

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

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

Redaktion (national)

Prof. Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Mark Zöllner

Redaktion international

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 60 – 121

60 | **Onlinedurchsuchung und Quellen-TKÜ in der StPO**
von *OStA Dieter Kochheim*

70 | **Die Probleme der Kollisionsfälle beim autonomen Fahren**
von *Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

76 | **Die Diskussion um die sog. „Raser-Fälle“**
von *Prof. Dr. Carsten Momsen*

101 | **Das neue Terrorismusstrafrecht im Lichte der Verfassung**
von *Prof. Dr. Jens Puschke*

109 | **Beteiligung von Geheimdiensten an sicherheitsbehördlichen Verfahren**
von *Prof. Dr. Fredrik Roggan*

115 | **Whistleblowing im Lichte der Geheimnisschutzrichtlinie**
von *Prof. Dr. Tobias Reinbacher, LL.M.*

AUSLANDSRUBRIK | 122 – 128

122 | **Überlegungen zur Krise des brasilianischen Strafvollzugs**
von *Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato*

ENTSCHEIDUNGEN | 129 – 133

129 | **Tötungsvorsatz und riskante Verhaltensweisen im Straßenverkehr**
BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – LG Berlin

BUCHBESPRECHUNGEN | 134 – 138

134 | **Jens Puschke: Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen**
von *Prof. Dr. Anja Schiemann*

137 | **Neele Marleen Schlenker: § 237 StGB – Das Verbot der Zwangsheirat**
von *Prof. Dr. Bernd-Rüdeger Sonnen*

TAGUNGSBERICHT | 139 – 141

139 | **Podiumsdiskussion „Terrorabwehr im Rechtsstaat“ in Mainz**
von *Marcus Papadopoulos*

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Onlinedurchsuchung und Quellen-TKÜ in der Strafprozessordnung – Neuordnung der tiefen technischen Eingriffsmaßnahmen in der StPO seit dem 24.8.2017

von OStA Dieter Kochheim*

Abstract

Am 24. August 2017 sind eine Reihe von Änderungen im Straf- und -verfahrensrecht in Kraft getreten, darunter besonders auch die Quellen-TKÜ in § 100a Abs. 1 StPO n.F. und die Onlinedurchsuchung in § 100b StPO n.F.

Der Beitrag beschreibt zunächst die zügige Verabschiedung im parlamentarischen Verfahren (I, I.1) und gibt einen Überblick über die maßgeblichen Änderungen (I.2) sowie über das jetzt geltende System der technischen Eingriffsmaßnahmen in den §§ 100a bis 101b StPO (I.3).

Unter Teil II werden die abschließenden Straftatenkataloge in den §§ 100a, 100b und 100g StPO im Hinblick auf die üblichen Erscheinungsformen des Cybercrime mit dem Ergebnis betrachtet, dass dem IuK-Strafrecht im Wesentlichen die Instrumente der Überwachung der Telekommunikation und der Quellen-TKÜ zur Verfügung stehen. Dabei ergibt sich auch, dass die Straftatenkataloge im Detail Wertungswidersprüche enthalten und besonders der des § 100g Abs. 2 StPO für wichtige Kriminalitätsfelder keine „Tür“ öffnet, die dennoch der Besonders schweren Kriminalität angehören.

Der Autor ist der Auffassung, dass jedenfalls die Onlinedurchsuchung für die Strafverfolgung keine nachhaltige Bedeutung haben wird. Deshalb ist es nötig, die Frage nach der wirksamen Verwertung polizeirechtlich erlangter Erkenntnisse im Strafverfahren zu stellen. Dem widmet sich der Teil III.

Teil III behandelt die strafverfahrensrechtlichen Verwertungsschranken und den hypothetischen Ersatzeingriff.

Ausgehend von dem Doppeltürmodell des BVerfG werden die gesetzlich geregelten Verwertungsschranken und ihre Öffnungen dargestellt. Eine besondere Betrachtung verdienen die §§ 100e Abs. 6 und 101a Abs. 5 StPO, die verbindliche Verwertungsverbote einrichten und auch den von der Rechtsprechung entwickelten Spurenansatz ausschließen. Sie führen dazu, dass der Spurenansatz greift, solange personenbezogene Daten unter den Voraussetzungen des Straftatenkatalogs des § 100a Abs. 2 StPO erhoben wurden. Wegen der Onlinedurchsuchung und dem Zugriff auf Vorratsdaten ist hingegen der Spurenansatz von der Rechtsprechung des BVerfG ausgeschlossen worden.

I. Umfassende Reform der StPO, des StGB und anderer Gesetze

Am 22.2.2017 startete die Bundesregierung zwei strafrechtliche Reformvorhaben, einerseits mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze¹ und andererseits mit dem Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens.² Darin vorgesehen sind etliche vernünftige Neuregelungen gewesen. Das gilt etwa für die Anordnung der Blutprobe in Straßenverkehrssachen ohne Richtervorbehalt (§ 81a StPO),³ die Verwertbarkeit von Beinahetreffern⁴ (§§ 81e, 81h StPO) und ganz besonders die mit Ordnungsgeld bewehrte Erscheinungspflicht von Zeugen bei der Polizei (§ 163 StPO),⁵ wenn ihre Vernehmung von der Staatsanwaltschaft angeordnet worden ist. Daneben werden die Erleichterung des Verfahrens bei der

* Der Verfasser ist Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Hannover. Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den der Verfasser am 1.12.2017 anlässlich der KriPoZ-Tagung an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster hielt.

¹ BT-Drs. v. 22.2.2017 – 18/11272.

² BT-Drs. v. 22.2.2017 – 18/11277.

³ Die Anordnung der Entnahme einer – oder mehrerer (Nachtrunkrede) – Blutprobe nach altem Recht ist zeitkritisch und vergleichbar der stillen Post: Der Streifenpolizist ruft (zu welcher Tageszeit auch immer und gerne auch nächstens) den eildiensthabenden Staatsanwalt an, trägt einen Sachverhalt vor, der Staatsanwalt stellt noch ein paar schlaue Fragen und ruft dann den Ermittlungsrichter an, der vielleicht noch erreichbar ist. Die von ihm gefilterten Informationen übermittelt er dem diensthabenden Ermittlungsrichter und der ordnet dann die Blutprobe an, weil ihm gar nichts anderes übrig bleibt. Die einzige sachliche Kontrolle obliegt dem diensthabenden Staatsanwalt und dessen Entscheidungsspielraum bei Straßenverkehrssachen gründet auf tiefem Niveau. Das muss die Polizei jetzt selber verantworten.

⁴ Die Beinahetreffer wurden bislang von der Rechtsprechung akzeptiert: BVerfG, Beschl. v. 13.5.2015 – 2 BvR 616/13; BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12; jetzt § 81h Abs. 1 nach Nr. 3 StPO.

⁵ Die Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen bei der Polizei wird seit gefühlten Ewigkeiten von der Ermittlungspraxis und verschiedenen Regierungsverantwortlichen gefordert, kam aber vorher nicht zustande. Auch schriftliche Auskunftersuchen der Polizei sind jetzt ordnungsgeldbewehrt, wenn die Staatsanwaltschaft diese Auskunftserhebung angeordnet.

Richterablehnung (§§ 26 ff. StPO), wegen der Fristsetzung und der inhaltlichen Gestalt von Beweisanträgen (§ 244 StPO) sowie wegen der Videovernehmung des Beschuldigten erstrebt (§ 136 StPO). Über den Sinn anderer Reformprojekte lässt sich streiten. Das gilt für die sowieso schon gängige Abstimmung über die Verhandlungstermine mit der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft in Umfangsverfahren (§ 213 StPO) und ganz besonders für die Eröffnungsrede der Verteidigung nach § 243 StPO, gegen die der Staatsanwaltschaft keine Erwiderung zusteht. Welche Bedeutung das Fahrverbot bei Nicht-Verkehrsstraftaten erlangen wird (§ 44 StGB), muss sich zeigen. Sinnvoll ist jedenfalls die Ausgestaltung der Nötigung als Privatklagedelikt (§ 374 StPO) und sinnlos die weiteren Tatbestände zum besonders schweren Fall des Vorenthaltes von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB), die zwar auf die Verwendung von Abdeckrechnungen⁶ ansprechen, aber die Erstellung solcher Scheinrechnungen keiner eigenen Strafdrohung unterwerfen.⁷ Soweit der Überblick über die ursprünglichen Reformbemühungen.

1. Parlamentarische Beratungen

Am 9.3.2017 verhandelte der Bundestag in erster Beratung über beide Gesetzesentwürfe und verwies sie in die Ausschüsse.⁸

Maßgeblich ist der Rechtsausschuss (Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz), der am 15.5.2017 tagte. Genau unter diesem Datum erschien auch die *Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD ...*⁹ und die hat es in sich: Einfügung der Quellen-TKÜ in den § 100a Abs. 1 S. 2 StPO nebst ergänzenden Regeln für diese Eingriffsmaßnahme (§ 100a Abs. 4 bis 6 StPO), Einführung der Onlinedurchsuchung durch einen völlig neu gestalteten § 100b StPO einschließlich eines Straftatenkatalogs (Abs. 2), der nahtlos aus dem § 100c StPO überführt wird (Akustische Wohnraumüberwachung; großer Lauschangriff), und eine nachhaltige Umgestaltung des Rechts der Eingriffsmaßnahmen in den §§ 100a bis 101b StPO.

Der Rechtsausschuss hat beide Gesetzesentwürfe und die Formulierungshilfe zusammengefasst.¹⁰ In zweiter Beratung vom 22.6.2017¹¹ und nach Gegenreden der beiden Abgeordneten *Wunderlich* und *Ströbele* hat der Bundestag einen Gegenantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN¹² abgelehnt und dem Entwurf des Rechtsausschusses mehrheitlich zugestimmt.¹³ Nach einer Gegenrede der niedersächsischen Justizministerin *Niewisch-Lennartz*¹⁴ hat der Bundesrat am 7.7.2017 seine Zustimmung erteilt.¹⁵

Das Gesetz wurde am 23.8.2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht¹⁶ und trat mit geringfügigen Ausnahmen am 24.8.2017 in Kraft.

Das ganze Gesetzgebungsverfahren hat 4 ½ Monate gedauert und am Ende befinden sich die Quellen-TKÜ und die Onlinedurchsuchung in der Strafprozessordnung, ohne dass die beiden Eingriffsmaßnahmen in der Öffentlichkeit diskutiert wurden. Das Verfahren scheint formell ordnungsgemäß gewesen zu sein und es bleibt nur der fahle Nachgeschmack, dass im Rechtsausschuss versteckt hinter wichtigen, im Ergebnis aber unscheinbaren Gesetzesänderungen zwei maßgebliche Eingriffsmaßnahmen zu Gesetz wurden, die in den ursprünglichen Gesetzesentwürfen nicht enthalten waren.¹⁷

2. Die Rechtslage seit dem 24.8.2017

Die wesentlichen Neuerungen sind:

§ 44 StGB	Fahrverbot bei Nicht-Verkehrsdelikten
§ 266a StGB	Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen
§ 81a StPO	Blutprobe ohne Richtervorbehalt
§§ 81e, 81h StPO	Verwertung von Beinahetreffern
§ 100a StPO	Quellen-TKÜ
§ 100b StPO	Onlinedurchsuchung
§ 136 StPO	Belehrung des Beschuldigten, Videoaufzeichnung
§ 163 StPO	Erscheins- und Aussagepflicht des Zeugen bei der Polizei
§ 374 StPO	Nötigung als Privatklagedelikt

Im Folgenden interessiert mich die neue Gestalt des Rechts der Eingriffsmaßnahmen in den §§ 100a ff. StPO.

3. Änderungen im Recht der technischen Eingriffsmaßnahmen

§ 100a StPO betrifft jetzt nicht nur die Überwachung der Telekommunikation (TKÜ) – ursprünglich: Telefonüberwachung, sondern auch die Quellen-TKÜ einschließlich der Messengerdienste. Die traditionelle TKÜ folgt dem Bild vom heimlichen Horcher an der Leitung. Dem wiederum folgend begreift das *BVerfG* den Eingriff in den technischen Vorgang der Telekommunikation – also auf die Leitung; besser: auf ihre Schnittstellen im technischen TK-Prozess – als einen Eingriff im Sinne von Art. 10 GG.¹⁸ Der kommunikative Zugriff auf Inhalte und Verkehrsdaten als Kommunikationspartner („Endgerät“

⁶ Scheinrechnungen von angeblichen Subunternehmern, die in die Buchhaltung eingestellt werden, um Schwarzlöhne und verdeckte Gewinnausschüttungen zu verschleiern.

⁷ Der Ersteller der Abdeckrechnungen bleibt somit Gehilfe beim Grunddelikt, so dass ihm nicht nur die Tatsache nachgewiesen werden muss, Abdeckrechnungen erstellt zu haben, sondern auch, dass diese kriminell genutzt wurden (Akzessorietät).

⁸ BT-Protokoll v. 9.3.2017, S. 22 142 und S. 22 183.

⁹ Ausschuss-Drs. 18(6)334 v. 15.5.2017.

¹⁰ BT-Drs. 18/12785 v. 20.6.2017.

¹¹ BT-Protokoll v. 22.6.2017, S. 24 585 ff.

¹² BT-Drs. 18/12834 v. 21.6.2017.

¹³ BT-Protokoll v. 22.6.2017, S. 24 595.

¹⁴ BR-Protokoll v. 7.7.2017, S. 355.

¹⁵ BR-Protokoll v. 7.7.2017, S. 356.

¹⁶ BGBl. I v. 23.8.2017, S. 3202.

¹⁷ Auf die Formulierungshilfe wurde ich erst durch eine Meldung bei Heise online aufmerksam und dann neugierig: Stefan *Krempf*, Schwarz-Rot will Einsatz von Staatstrojanern massiv ausweiten, Heise online 17.5.2017.

¹⁸ *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 595/07, Rn. 182, 183, 184; *BVerfG*, Beschl. v. 13.11.2010 – 2 BvR 1124/10, Rn. 13 (verlängerter Schutz für Verkehrsdaten nach ihrer Speicherung beim Zugangsprovider).

oder „Anschluss“ im Sinne des TKG) folgt hingegen nur den Grundsätzen, die zur informationellen Selbstbestimmung entwickelt wurden,¹⁹ und nicht auch denen zur technischen Integrität.²⁰ Eine Entschlüsselung auf dem Übermittlungsweg ist denklogisch nicht unmöglich,²¹ faktisch aber wegen der erforderlichen Rechnerleistung ausgeschlossen. Ein „Horcher“ ist aber auch eine Malware, die dem Zielgerät untergeschoben wird, um die Kommunikation abzugreifen, bevor sie verschlüsselt (Versand) oder nachdem sie entschlüsselt wurde (Empfang). Aus technischer Sicht unterscheidet sich die forensische Malware nicht (Remote Forensic Software), wenn es darum geht, nur die Telekommunikation (Quellen-TKÜ; § 100a StPO²²) oder auch alle weiteren gespeicherten Daten und Datenverarbeitungsprozesse abzugreifen (Onlinedurchsuchung; § 100b StPO). Sie nistet sich in den Datenverarbeitungsprozessen im Prozessor (CPU) und im Arbeitsspeicher (Hauptspeicher) ein und kann je nach dem, welche Instrumente zur Detektion sie mitführt, alle Datenverarbeitungsprozesse und die in den angeschlossenen Massenspeichern (Festplatten, andere Speichermedien, Cloud) abgelegten Daten durchsuchen.

Die systematische Struktur der technischen Eingriffsmaßnahmen in der Strafprozessordnung hat durch die Änderungen eine neue und im Ergebnis klarere Gestalt bekommen. Das zeigt sich besonders daran, dass die Vorschriften über das Verfahren und die Förmlichkeiten der TKÜ (§ 100b StPO a.F.) und des Großen Lauschangriffs (§ 100c StPO a.F.) jetzt in den neuen Fassungen der §§ 100d (Kernbereichsschutz) und 100e StPO (Verfahrensregeln) zusammengefasst wurden. Der § 100b StPO a.F. wurde dabei völlig aufgelöst und widmet sich jetzt der Onlinedurchsuchung. Beide Maßnahmen, die Onlinedurchsuchung und der Große Lauschangriff, behandelt das *BVerfG* als schwerste Eingriffsmaßnahmen, die miteinander vergleichbar sind.²³ Dem folgt die jetzige Gesetzesfassung und sie hat dadurch folgende Struktur bekommen:

§ 100a StPO

- Abs. 1 Voraussetzungen der Überwachung der Telekommunikation.
- Abs. 1 Quellen-TKÜ sowie Inhalts- und Verkehrsdaten gespeicherter, vormals verschlüsselt übermittelter Nachrichten
- S. 2, S. 3
- Abs. 2 Straftatenkatalog in Bezug auf die „Schwere Kriminalität“.
- Abs. 3 Ausweitung beider Eingriffsmaßnahmen auf die Nachrichtenmittler
- Abs. 4 Mitwirkungspflicht der Zugangsprovider.
- Abs. 5 Beschränkung der Quellen-TKÜ auf die

Inhalts- und Verkehrsdaten der Telekommunikation.

- Abs. 6 Protokollierung der Quellen-TKÜ einschließlich der Angaben zum angegriffenen itS,²⁴ der Entscheidungsgrundlage für die Anordnung und der Eingriffsbehörde.

§ 100b StPO

- Abs. 1 Voraussetzungen der Onlinedurchsuchung.
- Abs. 2 Straftatenkatalog in Bezug auf die „Besonders schwere Kriminalität“; vormals § 100c Abs. 2 StPO (Großer Lauschangriff, jetzt weggefallen).
- Abs. 3 Ausweitung der Eingriffsmaßnahme auf die Nachrichtenmittler.
- Abs. 4 Verweise auf § 100a Abs. 5 und Abs. 6 mit Ausnahme auf die Beschränkung der Quellen-TKÜ auf reine Kommunikationsdaten.

§ 100c StPO

- Abs. 1 Voraussetzungen der Akustischen Wohnraumüberwachung unter Verweis auf die Besonders schweren Straftaten aus dem Katalog des § 100b Abs. 2 StPO.
- Abs. 2 Ausweitung der Maßnahme auf Dritt Betroffene und Nachrichtenmittler.

§ 100d StPO

- Abs. 1 Kernbereichsschutz für alle Maßnahmen nach den §§ 100a bis 100c StPO.
- Abs. 2 Verwertungsverbot und Löschpflicht.
- Abs. 3 Technische Anforderungen an die Onlinedurchsuchung, um kernbereichsbezogene Erkenntnisse zu verhindern; verbindliche gerichtliche Entscheidung in Zweifelsfällen.²⁵
- Abs. 4 Verbot der Onlinedurchsuchung und des Großen Lauschangriffs bei allen Berufshelfern im Sinne von § 53 StPO.
- S. 1

- Abs. 4 Grundsätzliches Verwertungsverbot für Zufallsfunde, die von Angehörigen (§ 52 StPO) oder Berufshelfern herrühren (§ 53 StPO), nach Maßgabe des § 160a StPO.
- S. 2

§ 100e StPO

- Abs. 1 Anordnungskompetenz des Ermittlungsgerichts in den Fällen des § 100a StPO; Gefahr im Verzug: Anordnung der STA mit gerichtlicher Bestätigung.

¹⁹ *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 (Volkszählungsurteil).

²⁰ *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 595/07 (Onlinedurchsuchung).

²¹ Auch die *Enigma* wurde von genialen britischen Mathematikern geknackt.

²² § 100a Abs. 1 S. 3 StPO lässt auch die Durchsicht und Speicherung schon gespeicherter Kommunikationsdaten zu, wenn sie auf dem Übertragungsweg verschlüsselt waren und entschlüsselt gespeichert werden (Messenger ua).

²³ *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 115, 210.

²⁴ itS: informationstechnisches System im Anschluss an *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 595/07 (Onlinedurchsuchung).

²⁵ Die Kommunikation über stattgefunden oder geplante Straftaten unterliegen keinem Kernbereichsschutz, auch wenn sie mit Elementen des Kernbereichs verknüpft sind: *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370, 595/07, Rn. 281; *BVerfG*, Beschl. v. 26.6.2008 – 2 BvR 219/08, Rn. 19 (Tagebuch). Das sind im Wesentlichen die Anwendungsfälle, in denen eine gerichtliche Entscheidung in Betracht kommt.

- Abs. 2 Anordnungskompetenz der Staatsschutzkammer in den Fällen der §§ 100b und 100c StPO; Gefahr im Verzug: Anordnung des Vorsitzenden der Staatsschutzkammer; Verlängerung der Maßnahme nach 6 Monaten: Entscheidung des *OLG*.
- Abs. 3 Formelle Anforderungen an dem Eingriffsbeschluss.
- Abs. 4 Formelle Anforderungen an dem Fortsetzungsbeschluss.
- Abs. 5 Beendigungsgebot und Anordnungsbefugnisse.
- Abs. 6 Verwertungsbeschränkungen für und aus schwelengleichen Eingriffsmaßnahmen in anderen Verfahren und Verfahrensordnungen (hypothetischer Ersatzeingriff).

Während der § 100g StPO (Verkehrsdaten, Vorratsdaten) und ihm folgend § 101a StPO (Verfahrensregeln) zuletzt 2015 nachhaltig geändert wurden,²⁶ sind durch die Reform von 2017 die §§ 100f bis 101b StPO nur redaktionell angepasst worden.

4. Bedeutung der neuen Eingriffsinstrumente

Nach den Unterrichtungen der Bundesregierung über die Eingriffsmaßnahmen mit strenger Katalogbindung²⁷ stiegen die Anordnungen nach § 100g StPO von 9.901 (2012) über 13.979 (2014) auf 16.363 (2016), wobei nach dem Ablauf der Übergangsregelung am 29.7.2017 (§ 12 Abs. 1 EGStPO) mit einem jähen Absinken der Zugriffszahlen zu rechnen ist. Die Anordnungen nach § 100a StPO schwankten zwischen 2012 und 2016 zwischen 5.625 (2014) und 5.945 (2015). Dagegen wurden von der Strafverfolgung zwischen 2012 und 2015 jährlich zwischen 6 (2014) und 8 (2012) Akustische Wohnraumüberwachungen gemäß § 100c StPO durchgeführt.

Sowohl die Quellen-TKÜ als auch die Onlinedurchsuchung sind technisch aufwendige Eingriffsmaßnahmen, die einer soliden Vorbereitung und Erkundung der technischen Umgebung des Zielsystems bedürfen. Wegen dieser Schwierigkeiten und der hohen Eingriffsschwellen, die § 100b StPO setzt, vermute ich, dass künftig sehr wenige – also vergleichbar dem Großen Lauschangriff – Onlinedurchsuchungen in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren durchgeführt werden. Mit den Eingriffsschwellen anhand der einschlägigen Straftatenkataloge befasst sich unten Nr. 2.

Eher erwarte ich die Fälle, in denen eine Quellen-TKÜ oder eine Onlinedurchsuchung in anderen Verfahrensordnungen – zum Beispiel nach dem Polizeirecht – durchgeführt werden und sich die Frage stellt, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Beweisqualität die dort

gewonnenen Erkenntnisse in das Strafverfahren als Vollbeweis oder als Spur übernommen werden dürfen. Dementsprechend widmet sich unten die Nr. 3 den gesetzlichen Verwertungsregeln, dem hypothetischen Ersatzeingriff und schließlich dem von der Rechtsprechung entwickelten Spurenansatz. Besondere Verwertungsregeln und -verbote in Bezug auf die Angehörigen (§ 52 StPO) und besonders die Berufshelfer (§ 53 StPO) werden hier nicht vertieft betrachtet.

II. Straftatenkataloge betreffend die Schwere und Besonders schwere Kriminalität

Nach der Definition des *BVerfG* betrifft ein Gesetz²⁸ die besonders schwere Kriminalität, wenn es mit einer Höchstfreiheitsstrafe von mehr als 5 Jahren droht.²⁹ Der Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO befasst sich ausdrücklich mit der Schwere Kriminalität und ist für seine Anwendungsfälle abschließend, auch wenn etliche Katalogstraftaten mit einer Höchstfreiheitsstrafe von nur 5 Jahren drohen und viele Gesetze nicht in ihm enthalten sind (zum Beispiel der besonders schwere Fall der schweren Computersabotage; § 303b Abs. 4 StGB). Die Akustische Wohnraumüberwachung und die Onlinedurchsuchung beziehen sich jetzt einheitlich auf den deutlich engeren Straftatenkatalog in § 100b Abs. 2 StPO, der deckungsgleich aus dem § 100c Abs. 2 StPO a.F. übernommen wurde und sich der Besonders schweren Kriminalität widmet. § 100g StPO knüpft die laufende Protokollierung von Verkehrs- und Standortdaten an den Katalog in § 100a Abs. 2 StPO an und unterwirft den Zugriff auf zu diesem Anlass gespeicherten Vorrats- und Funkzellendaten (retrograde Verkehrsdaten; § 113b TKG; Einschränkung in § 100g Abs. 3 S. 2 StPO) seinem eigenen, streckenweise noch strengeren Straftatenkatalog in § 100g Abs. 2 StPO. Damit reagiert dieses Gesetz auf den streubreiten Eingriff, der mit der anlasslosen Vorratsdatenspeicherung verbunden ist. Die Straftatenkataloge sind in sich nicht stimmig und wirken wie Flickwerk. Besonders deutlich wird das daran, dass der Wohnungseinbruchsdiebstahl in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung (§ 244 Abs. 4 StGB n.F.) zwar die Erhebung von Vorratsdaten erlaubt (§ 100g Abs. 2 S. 2 Nr. 1 lit. b StPO), nicht aber die deutlich niederschwelligere TKÜ.

Zunächst referiere ich die Eingriffsmaßnahmen im Hinblick auf ihre Katalogbindung (Nr. 1) und betrachte anschließend verschiedene Kriminalitätsfelder, ob sie von den drei einschlägigen Katalogen erfasst werden (Nr. 2). Das Ergebnis ist ernüchternd: Dem IuK-Strafrecht im engeren Sinne, dem mein besonderes Interesse gilt,³⁰ stehen allenfalls die Maßnahmen aus § 100a StPO zur Verfügung und nicht auch die Onlinedurchsuchung und der Zugriff auf Vorratsdaten. In Einzelfällen, in denen sich das IuK mit dem klassischen Strafrecht verschränkt, kann das anders sein (BtM-Handel, sexuelle Ausbeutung u.a.).

²⁶ Zuletzt geändert durch das *Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten* vom 18.12.2015 auf der Grundlage der BT-Drs. v. 9.6.2015 – 18/5080.

²⁷ Im Internet veröffentlicht vom Bundesamt für Justiz unter Justizstatistiken – Telekommunikationsüberwachung.

²⁸ *Gesetz* ist in meinen Worten jede Rechtsnorm, die aus einem Tatbestand eine Rechtsfolge ableitet (in Anlehnung an § 7 EGStPO).

²⁹ *BVerfG*, Urt. v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/97, 1084/99, Rn. 235, 238, 241; das Gericht unterscheidet nicht danach, ob die Strafdrohung aus dem Grunddelikt oder einem besonders schweren Fall entstammt.

³⁰ *Kochheim*, Cybercrime und IuK-Strafrecht, 2015.

1. Katalogbindungen bei den technischen Eingriffsmaßnahmen

Die materiellen Voraussetzungen für die technischen Eingriffsmaßnahmen orientieren sich an der grundrechtsbeeinträchtigenden Schwere der Maßnahme und zeigen eine stringente Schlüssigkeit.

- § 100j Abs. 1 StPO** *Auskunft über Bestandsdaten* unter Zugriff auf die Auskunftsdaten (§§ 95, 111 TKG); keine Katalogbindung.
- § 100j Abs. 2 StPO** *Auskunft über Bestandsdaten* unter zusätzlichem Zugriff auf die *Vorratsdaten* (dynamische IP-Adressen; §§ 96, 113 TKG); keine Katalogbindung, aber Mitteilungspflichten.³¹
- § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO** Protokollierung von Verkehrsdaten wegen *Straftaten*, die *nicht* die *Telekommunikation* betreffen; Bindung an den Katalog in § 100a StPO.
- § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO** Rückgriff auf Vorratsdaten und Protokollierung von Verkehrsdaten wegen *Straftaten* im Zusammenhang mit der *Telekommunikation*; keine Katalogbindung, aber Ausschluss von Funkzellendaten (§ 100g Abs. 3 S. 2 StPO; sonst Bindung an den Katalog in § 100g Abs. 2 StPO).
- § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1, S. 2 StPO** Rückgriff auf *Vorrats-* und *Funkzellendaten* wegen *Straftaten*, die *nicht* die *Telekommunikation* betreffen; Bindung an den Katalog in § 100g Abs. 2 StPO.
- § 100i StPO** IMSI-Catcher; nicht zwingende Bindung an den Katalog in § 100a Abs. 2 StPO.
- § 100a Abs. 1 S. 1 StPO** Überwachung der Telekommunikation einschließlich der Standortdaten;³² Bindung an den Katalog in § 100a Abs. 2 StPO.
- § 100b StPO** Onlinedurchsuchung;³³ Bindung an den Katalog in § 100b Abs. 2 StPO.
- § 100c StPO** Akustische Wohnraumüberwachung; Bindung an den Katalog in § 100b Abs. 2 StPO.

2. Einzelne Kriminalitätsfelder im Spiegel der Straftatenkataloge

a) Betrugs- und Fälschungsdelikte

Seit der Reform aus 2007³⁴ sind die besonders schweren Formen der Betrugs- (§§ 263, 263a StGB; § 100a Abs. 2 Nr. 1n StPO) und der Fälschungsdelikte (§§ 267 bis 269 StGB; § 100a Abs. 2 Nr. 1q StPO) im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO enthalten. Aus dem Cybercrime betrifft das

besonders die Erscheinungsformen des Cardings, des Eingehungsbetruges in Bezug auf Handelsplattformen und des Phishings (Onlinebanking); in Randbereichen auch die Zahlungskartenkriminalität (Skimming).³⁵ Diese Deliktsformen tauchen weder in § 100b Abs. 2 noch in § 100g Abs. 2 StPO auf. Das Skimming im engeren Sinne, also das Ausspähen von Kontozugangsdaten, das noch im (strafbaren; § 149 StGB) Vorbereitungsstadium angesiedelt ist, wird vom Rückgriff auf Vorratsdaten ausgeschlossen und das schließt eine Strafverfolgung weitgehend aus. Geschädigt im strafrechtlichen Sinne werden aber nicht die Kontoinhaber, sondern die kontoführenden Banken, weil sie unautorisierte Zahlungen aus den Zahlungsdienstleistungsverträgen mit ihren Kunden aus eigenem Vermögen leisten, die nur zu einredebehafteten Erstattungsansprüchen wegen der Zahlungen und den damit verbundenen Gebühren führen (entgeltliche Geschäftsbeziehung; §§ 675f BGB ff.).

b) Erpressung

Die Drohungen mit DDoS-Angriffen und der Einsatz von Ransomware sind grundsätzlich Formen der Computersabotage im Sinne von § 303b StGB, die in Tateinheit mit Erpressung begangen werden. Das Grunddelikt nach § 253 Abs. 1 StGB ist im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO enthalten (Nr. 1.k), nicht aber in den anderen Katalogen, was angesichts der vorgesehenen Höchstfreiheitsstrafe von 5 Jahren nicht überrascht. Die qualifizierten Formen der Erpressung im besonders schweren Fall und der räuberischen Erpressung werden hingegen in allen drei Katalogen genannt. Wenn es sich um keine Einzelfälle des Cybercrime handelt ist die Schwelle zum gewerbsmäßigen Handeln schnell erreicht (§ 253 Abs. 4 StGB), so dass bei diesen beiden Formen des Cybercrime grundsätzlich auch eine Onlinedurchsuchung und ein Zugriff auf Vorratsdaten in Betracht kommen.

c) Absatzkriminalität

Als Formen der Absatzkriminalität begreife ich besonders die Handelsplattformen in geschlossenen Boards und im Darknet, die sich dem Handel mit Betäubungsmitteln, Falschgeld, gefälschten Zahlungskarten (Carding, Skimming) und pornografischen Abbildungen widmen. Insofern ergibt sich bei der Betrachtung der Straftatenkataloge ein uneinheitliches Bild.

Die qualifizierten Formen des BtM-Handels (§§ 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 29a, 30, 30a BtMG) drohen mit einer Höchstfreiheitsstrafe von 15 Jahren und werden in allen drei Straftatenkatalogen genannt. Der besonders schwere Fall eines Vergehens nach dem Grundstoffüberwachungsgesetz (§ 19 Abs. 3 GÜG) droht mit derselben Höchststrafe, ist aber nur im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO enthalten, obwohl es mit den BtMG-Verbrechen kriminalistisch vergleichbar ist.

³¹ § 100j Abs. 4 StPO.

³² Die Standortdaten sind die Geodaten, die anlässlich einer laufenden Telekommunikation im Einzelfall entstehen. Dagegen sind die Funkzellendaten alle stationären Geodaten, die in einer Funkzelle während eines bestimmten Zeitrahmens entstanden sind.

³³ Die *Onlinedurchsuchung light* anlässlich einer offenen Durchsuchung (§ 110 Abs. 3 StPO) kennt keine Katalogbindung.

³⁴ Fußend auf BT-Drs. 16/5846 v. 27.6.2007.

³⁵ Wegen der Einzelheiten: *Kochheim*, Cybercrime und IuK-Strafrecht, 2015.

Der Falschgeldhandel (§ 146 Abs. 1, Abs. 2 StGB), der Handel mit Zahlungskarten im besonders schweren Fall (§ 152a Abs. 3 StGB) und der Umgang³⁶ mit Zahlungskarten mit Garantiefunktion (§ 152b Abs. 1, Abs. 2 StGB) werden in den Katalogen von § 100a Abs. 2 und § 100b Abs. 2 StGB genannt, nicht aber in dem des § 100g StPO. Der Umgang mit kinderpornografischen Schriften (§ 184b Abs. 1 StGB) droht im Grunddelikt mit einer Höchstfreiheitsstrafe von 5 Jahren und wird deshalb nur in § 100a Abs. 2 StPO genannt. Der besonders schwere Fall (§ 184b Abs. 2 StGB) ist in allen drei Katalogen enthalten. Ungewöhnlich ist die Behandlung des Umgangs mit jugendpornografischen Schriften, dessen besonders schwerer Fall mit einer Höchstfreiheitsstrafe von 5 Jahren droht. Dieses qualifizierte Delikt ist im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO enthalten und richtigerweise nicht in dem des § 100b StPO. Dessen ungeachtet wird es im Katalog des § 100g Abs. 2 StPO genannt.

d) Hehlerei und Geldwäsche

Die gewerbsmäßige und die Bandenhehlerei (§ 260 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB) drohen mit einer Höchstfreiheitsstrafe von 10 Jahren und sind nicht nur im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO erfasst, sondern auch in dem des § 100b Abs. 2 StPO, nicht aber in dem des § 100g StPO. Das Verbrechen der gewerbsmäßigen Bandenhehlerei (§ 260a Abs. 1 StGB) ist in allen drei Katalogen vorgesehen. Das Grunddelikt der Geldwäsche (§ 261 Abs. 1, Abs. 2 StGB) droht im Höchstmaß mit 5 Jahren Freiheitsstrafe und wird – zutreffend – nur von § 100a Abs. 2 StPO genannt. Dagegen ist die Geldwäsche im besonders schweren Fall in allen drei Katalogen enthalten (§ 261 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 StGB).

Die Hehlerei betrifft im Zusammenhang mit dem Cybercrime besonders die Carding-Foren, in denen betrügerisch erlangte Waren verbreitet werden und auch das Auftrags-Carding angeboten wird. Dabei handelt es sich um eine besondere Spielart des Betruges, bei dem der Carder (der „etwas mit Karten macht“) eine Bestellung von Waren, Eintrittskarten, Fahrkarten und anderen online angebotenen Diensten entgegennimmt, sie mit ausgespähten Kartendaten ausführt und sich dafür vom Besteller bezahlen lässt, nachdem er die Ware in einer Packstation, einem Hausdrop³⁷ oder einem anderen Übermittlungsweg empfangen hat. Die Geldwäsche hat im Cybercrime einen festen Platz. Ihre Zwischenstationen reichen von Online-Casinos über Verrechnungssysteme wie E-Gold, Webmoney und Wechselstuben (Currencies) sowie Kryptowährungen wie Bitcoin bis hin zu Bankdrops,³⁸ zu denen nicht nur unter falschen oder ausgespähten Personalien eingerichtete Bankkonten und der Bargeldtransfer, sondern

auch die ohne Identitätsprüfung gewährten Kreditkarten auf Guthabenbasis gehören.

Die unterschiedliche Behandlung der besonders schweren Kriminalitätsformen in den einschlägigen Straftatenkatalogen zeigt sich am Beispiel der Hehlerei besonders deutlich. Die Onlinedurchsuchung als eine der beiden tiefsten Grundrechtseingriffe des Strafverfahrensrechts ist zugelassen, der Zugriff auf Vorratsdaten als dagegen geringerer persönlicher Eingriff hingegen nicht. Das passt nicht zusammen.

e) Kriminelle Vereinigung und Volksverhetzung

Die Gründung einer kriminellen Vereinigung und die Mitgliedschaft in ihr gehören zur schweren Kriminalität und sind bei einer Höchstfreiheitsstrafe von 5 Jahren (§ 129 Abs. 1 S. 1 StGB) im Katalog des § 100a StPO enthalten. Dagegen ist die Unterstützung einer kriminellen Vereinigung, für die das Gesetz mit 3 Jahren Höchstfreiheitsstrafe droht (§ 129 Abs. 1 S. 2 StGB), allenfalls der erheblichen Kriminalität zuzurechnen und dennoch im Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO enthalten. Der Widerspruch setzt sich fort: Die kriminelle Vereinigung in Bezug auf eine Katalogtat des § 100b Abs. 2 StPO mit einer Höchstfreiheitsstrafe von 5 Jahren befindet sich in allen drei Katalogen. Dasselbe gilt für die Volksverhetzung (§ 130 StGB³⁹), die mit einer Höchstfreiheitsstrafe von 5 Jahren droht und nur in dem Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufgeführt wird.

f) Kritische Infrastrukturen

Ganz kritisch wird es bei dem Thema Kritische Infrastrukturen. Dazu gehören durchweg Verbrechen mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr und zweistelligen Höchststrafen, beginnend bei der Brandstiftung (§ 306 StGB) und der Herbeiführung einer Kernenergieexplosion (§ 307 StGB) über den Missbrauch ionisierender Strahlen (§ 309 StGB) und der vorsätzlichen Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion (§ 308 StGB) bis hin zur Vorbereitung eines Explosions- oder Strahlungsverbrechens (§ 310 Abs. 1 StGB) und der Herbeiführung einer gemeingefährlichen Vergiftung (§ 314 StGB). Alle sechs Beispiele lassen eine TKÜ und den Zugriff auf Vorratsdaten zu, aber keine Onlinedurchsuchung.

Dabei sind alle sechs Deliktsformen typische Beispiele für ein besonders gefährliches Hacking gegen industrielle Anlagensteuerungen, das im Profitinteresse, aus kriegerischen Motivationen oder schlicht aus Wettbewerbsgründen ausgeführt wird. Das hat der Gesetzgeber übersehen

³⁶ Ich spreche im Anschluss an § 1 Abs. 3 WaffG vom *Umgang*, wenn das Gesetz mehrere Begehensformen wie Besitz, Verschaffen usw. kennt und es auf die einzelne Begehensform bei der Diskussion nicht ankommt.

³⁷ Der *Hausdrop* ist eine Zustelladresse für Post- und Paketsendungen eines Warenagenten, der sich dazu zur Verfügung stellt, oder ein ungenutzter Briefkasten in einem Mehrfamilienhaus (der sich für Warensendungen nur eingeschränkt nutzen lässt). Besser geeignet sind Paketstationen – auch fremde, die gehackt wurden – oder vorübergehend angemietete Wohnungen.

³⁸ Die frühe Form davon war der *Mule Account*, also das „Eselskonto“ eines Finanzagenten, der im Endeffekt auf dem Schaden sitzenblieb und bestraft wurde. *Bankdrops* werden hingegen von Tätern mit falschen oder ausgespähten Personalien eingerichtet und dann genutzt oder verkauft. Geläufig ist auch die Methode, dass arbeitssuchende Ausländer mehrere Bankkonten einrichten und dem Vermittler in der Erwartung einer baldigen Arbeitsstelle zur Nutzung überlassen, der sie seinerseits verkaufen kann. Vor einigen Jahren brachte das bis zu 1.500 € pro Bankdrop.

³⁹ Zuletzt maßgeblich geändert durch das 49. StrÄndG v. 21.1.2015.

und einen vielleicht drohenden Cyberwar unbeachtet gelassen.

3. Fazit

Die Betrachtung der Straftatenkataloge unter dem Gesichtspunkt des Cybercrime zeigt bereits Lücken im weitreichenden Katalog des § 100a StPO, mit denen die Strafverfolgung leben kann. Dass der Große Lauschangriff und die Onlinedurchsuchung gleichbehandelt werden und ihr Katalog in § 100b StPO nicht immer stringent ist, sei dahingestellt. Ärgerlich sind hingegen die klaffenden Lücken im Katalog des § 100g Abs. 2 StPO. Die anlasslose Speicherung von Verkehrsdaten ist ein streubreiter Eingriff in Grundrechte, daran besteht kein Zweifel. Der Zugriff auf Vorratsdaten ist jedoch unterhalb der Schwelle zum Großen Lauschangriff und der Onlinedurchsuchung angesiedelt, weil die Vorratsdaten keine Inhaltsdaten sind (die schon im Wege der TKÜ abgegriffen werden dürfen) und auch die Geodaten (Funkzellendaten) nur einen begrenzten Eingriff gegen die persönliche Lebensführung darstellen, weil sie Bewegungsprofile ermöglichen, ohne jedoch die Tiefe von Inhaltsdaten zu erreichen. Dadurch entsteht eine Unwucht, die wegen der Vorratsdaten wie eine rechtsstaatswidrige Einschränkung der verfassungsrechtlich gebotenen Strafverfolgung wirken kann.⁴⁰

Welchen Bestand die Vorratsdatenspeicherung haben wird, ist unklar. Am 1.7.2017 hätten die Zugangsprovider in den Echtbetrieb übergehen müssen (§ 150 Abs. 13 S. 1 TKG). Die zur Überwachung der Umsetzung zuständige Bundesnetzagentur hat aber Ende Juni 2017 alle Maßnahmen zur Durchsetzung der Speicherpflicht ausgesetzt⁴¹ und damit auf die Entscheidung des *OVG Münster* vom 22.6.2017 reagiert,⁴² wonach die gesetzliche Verpflichtung unionsrechtswidrig sei. Das *OVG* folgt damit einer Entscheidung des *EuGH*,⁴³ wonach die europarechtliche Datenschutzrichtlinie einer anlasslosen Vorratsdatenspeicherung entgegen stehe. Der *EuGH* und ihm folgend das *OVG Münster* verlangen von der Speicherpflicht besonders auch, dass sie von vornherein auf bestimmte Personengruppen oder Regionen beschränkt wird und jedenfalls nicht flächendeckend sein darf. Die Forderungen des *EuGH* sind unter verfassungsrechtlicher Betrachtung nicht unproblematisch. Bereits die Speicherpflicht stellt einen äußerst streubreiten Grundrechtseingriff dar, der nur durch strenge Zugriffsregeln gerechtfertigt werden kann.⁴⁴ Mit der inhaltlichen Bewertung der Vorratsdaten bei ihrer Auswahl würde ein weiterer, vergleichbarer streubreiter Eingriff eingerichtet, der nach der Spruchlinie des *BVerfG* nicht zulässig wäre. Das *BVerfG* hat sich unlängst zu der Frage geäußert, ob die Speicherpflichten gegen die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG verstoßen und die

entsprechenden Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen,⁴⁵ weil die Speicherpflichten nicht dem Zugang zum Beruf, sondern der Berufsausübung dienen. Das signalisiert, dass das nationale Verfassungsrecht der aktuellen Gesetzesfassung nicht entgegensteht. Die europarechtliche Betrachtung bleibt offen und ich kann mir gut vorstellen, dass an dieser Stelle noch ein interessanter Konflikt ansteht.

III. Verwertungsbeschränkungen und -verbote

Erhebungsverbote und Verwertungsbeschränkungen folgen aus den einschlägigen Gesetzen oder nach übergeordneten verfassungsrechtlichen Maßgaben. Nr. 1 befasst sich deshalb mit den verfassungsrechtlichen Verwertungsverboten, die zunächst von der Staatsanwaltschaft⁴⁶ und abschließend vom Gericht zu beachten sind. Nr. 2 betrachtet sodann die Erhebungs- und Verwertungsverbote in der Strafprozessordnung. Jedenfalls wegen der „Zweitverwertung“ in anderen strafrechtlichen Verfahren oder anderen Verfahrensordnungen gelten die Grundsätze des hypothetischen Ersatzeingriffs (Nr. 3), der seine besonderen Ausformungen an verschiedenen Stellen der Strafprozessordnung gefunden hat. Unter Nr. 4 wird schließlich der von der Rechtsprechung entwickelte Spurenansatz behandelt, der jedenfalls dem Freibeweis im Zusammenhang mit Daten aus Ermittlungsmaßnahmen unter den Schranken des § 100a Abs. 2 StPO zugänglich ist.

I. Verwertungsverbote mit übergeordneter Bedeutung

Die Frage nach den Beweisverwertungsverboten folgt im Wesentlichen der Generalklausel in § 261 StPO für die richterliche Überzeugungsbildung nach Abschluss der Beweisaufnahme im Urteil.⁴⁷ Durchgreifende Verwertungsverbote folgen aus der Missachtung des Richtervorbehalts,⁴⁸ aus nachhaltig willkürlichen Verfahrenshandlungen⁴⁹ oder solchen, die schwerwiegend gegen das Gebot der Fairness verstoßen.⁵⁰ Schlichte Fehler in der Rechtsanwendung oder eine unzureichend begründete Eingriffsentscheidung reichen dazu nicht aus.⁵¹ Somit gilt laut *BGH*:⁵² „Ein Verwertungsverbot kann ... nur verfassungsrechtlicher Natur sein und kommt nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall in Betracht.“ Dem folgt auch das *BVerfG*:⁵³ „Die Annahme eines Verwertungsverbots schränkt ... eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts ein, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle hierfür bedeutsamen Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher

⁴⁰ *BVerfG*, Ur. v. 2.3.2006 – 2 BvR 2099/04, Rn. 98; *BVerfG*, Beschl. v. 18.3.2009 – 2 BvR 2025/07, Rn. 16.

⁴¹ Bundesnetzagentur, Verkehrsdatenspeicherung, Stand 28.6.2017.

⁴² *OVG Münster*, Beschl. v. 22.6.2017 – 13 B 238/17.

⁴³ *EuGH*, Ur. v. 21.12.2016 – C-203/15 und C-698/15 – „Tele2 Sverige AB und Watson“.

⁴⁴ *BVerfG*, Ur. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, 263/08, 586/08, Leitsätze 2 ff.

⁴⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 28.9.2017 – 1 BvR 847/16, 1 BvR 1560/16.

⁴⁶ *BGH*, Beschl. v. 23.8.2011 – 1 StR 153/11, Rn. 18; *BVerfG*, Ur. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11, Rn. 93.

⁴⁷ Der Angeklagte hat keinen Anspruch auf einen Zwischenbescheid: *BVerfG*, Beschl. v. 18.3.2009 – 2 BvR 2025/07, Rn. 13 ff.

⁴⁸ *BGH*, Beschl. v. 30.8.2011 – 3 StR 210/11, Rn. 8.

⁴⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 9.11.2010 – 2 BvR 2101/09, Rn. 50.

⁵⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 15.10.2009 – 2 BvR 2438/08, Rn. 7.

⁵¹ *BGH*, Beschl. v. 18.1.2011 – 1 StR 663/10, Rn. 22, 25.

⁵² *BGH*, Ur. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 33 m.w.N.

⁵³ *BVerfG*, Beschl. v. 24.2.2011 – 2 BvR 1596, 2346/10, Rn. 10.

gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist...“ In einer etwas jüngeren Entscheidung heißt es dann:⁵⁴ „Grundrechtsverletzungen, zu denen es außerhalb der Hauptverhandlung gekommen ist, führen daher nicht zwingend dazu, dass auch das auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruhende Strafurteil gegen Verfassungsrecht verstößt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist ein Beweisverwertungsverbot geboten, wenn die Auswirkungen des Rechtsverstößes dazu führen, dass dem Angeklagten keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben, die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht führen würde. Zudem darf eine Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen würden, nicht bejaht werden, wo dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde. Ein Beweisverwertungsverbot kann daher insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten sein.“

Demzufolge stellen sich drei Fragen:

1. Welche gesetzlichen Erhebungs- und Verwertungsverbote kennt die StPO? Sie schließen die aktuelle Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse aus, die dann denklogisch auch nicht zu anderen Zwecken verwendet werden dürfen.⁵⁵
 2. Greift das Institut des hypothetischen Ersatzeingriffes zugunsten des Folgeverfahrens? Insoweit muss das Doppeltürmodell des *BVerfG* – jedenfalls für den Vollbeweis – sowohl den Export als auch den Import bei gleichzeitiger Schwellengleichheit zulassen.
 3. Gibt es Anwendungsfälle, in denen auch eine nicht schwellegleiche Verwertung möglich ist?
- 3a. Nach der Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes bleibt die gewonnene Erkenntnis weiterhin verwertbar. Das gilt etwa für die TKÜ, die zum Beispiel wegen des Verdachts eines besonders schweren Falles des Betruges zunächst zulässig war, der sich nach den weiteren Ermittlungen als „normaler“ Betrug darstellt, der keine TKÜ gerechtfertigt hätte.⁵⁶ Das gilt auch für weitergehende Ermittlungen in demselben Verfahrenskomplex, der demselben Lebenssachverhalten zugehört.

3b. Der Spurenansatz lässt zudem die Verwertung von Erkenntnissen auch in niedrigerschweligen Folgeverfahren zu, solange sie nur im Freibeweis verwendet werden (lit. d).

2. Erhebungs- und Verwertungsgrenzen in der StPO

Dem Institut des hypothetischen Ersatzeingriffes folgend (unten lit. c) wurden 2007 mit dem § 161 Abs. 2 StPO (Import von personenbezogenen Daten nach Maßgabe der Schwellengleichheit) und dem § 477 Abs. 2 S. 2, S. 3 StPO (Export in andere Strafverfahren und andere Verfahrensordnungen) die beiden grundlegenden Verwertungsgrenzen in das Strafverfahren eingeführt. Für sie gilt – vereinfacht – der Grundsatz, dass Erkenntnisse aus dem einen Verfahrensrecht nur dann in dem anderen Verfahrensrecht verwertet werden dürfen, wenn ihre Erhebung dort ebenfalls zulässig gewesen wäre (Schwellengleichheit). Ausschlaggebend ist der Zeitpunkt des Eingriffs. Die Verwertung von Zufallsfunden stellt einen erneuten Eingriff dar, so dass wegen der Geltung des Verfahrensrechts auf den Zeitpunkt der „Zweitverwertung“ abzustellen ist.⁵⁷

Das klassische Verwertungsverbot in der Strafprozessordnung bestimmt § 136a StPO: Die Aussage eines Beschuldigten – und das ist nicht schon jeder Verdächtige⁵⁸ – ist unter keinen Umständen verwertbar, wenn sie unter dem Einsatz verbotener Vernehmungsmethoden zustande gekommen ist. An die Zeugnisverweigerungsrechte (§§ 52 bis 53a StPO) der Angehörigen und der Berufshelfer knüpfen die Beschlagnahmeverbote in § 97 Abs. 1 StPO und das Verwertungsverbot in § 108 Abs. 2 StPO an (ärztliche Aufzeichnungen über einen Schwangerschaftsabbruch). Außerdem verbietet § 160a StPO grundsätzlich Ermittlungsmaßnahmen gegen Berufsgeheimnisträger, wenn sie nicht an der Straftat ihres Auftraggebers oder am Beuteabsatz beteiligt sind. Darüber hinaus bestimmen die §§ 100d Abs. 5 und 100g Abs. 4 StPO Erhebungsverbote in Bezug auf eine Onlinedurchsuchung, eine Akustischen Wohnraumüberwachung oder beim Zugriff auf Vorratsdaten, wenn die Erkenntnisse von einem Berufshelfer erlangt wurden (Löschpflicht), allerdings mit einer Öffnungsklausel in § 100d Abs. 5 S. 2 StPO nach einer eingegrenzten Verhältnismäßigkeitsprüfung. § 100e Abs. 6 StPO nimmt die §§ 100b und 100c StPO auf und lässt die Verwertung von personenbezogenen Daten in anderen Strafverfahren nur zu, wenn sie ebenfalls Straftaten aus dem Katalog des § 100b Abs. 2 StPO betreffen (Nr. 1). Dasselbe gilt für personenbezogene Daten, die aufgrund einer polizeirechtlichen Onlinedurchsuchung oder einer Akustischen Wohnraumüberwachung

⁵⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 1857/10, Rn. 117.

⁵⁵ Ein Sonderfall kann darin bestehen, dass die Verwertung im Ausgangsverfahren zwar unzulässig ist, im Folgeverfahren hingegen nicht. Nach der Spruchlinie des *BVerfG* ist die Verwertung im – sozusagen höherwertigem – Folgeverfahren zulässig: *BVerfG*, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 1857/10. Soweit Löschpflichten bestehen ist noch offen, ob die Löschpflicht Vorrang vor der Weitergabe an das höherwertige Verfahren hat. In der Tradition der Verfassungsrechtsprechung werden im Einzelfall die verschiedenen Verfassungsziele gegeneinander abgewogen werden müssen.

⁵⁶ *BGH*, Urt. v. 30.8.1978 – 3 StR 255/78, Leitsätze. Die gesetzliche Grundlage dafür liefert § 265 Abs. 2 StPO, wonach das Gericht bei geänderter Sachlage zwar einer Hinweispflicht unterliegt, nicht aber in der Beweisverwertung beschränkt wird.

⁵⁷ *BGH*, Urt. v. 27.11.2008 – 3 StR 342/08, Rn. 13.

⁵⁸ „Die Strafverfolgungsbehörden haben einen Zeugen erst dann als Beschuldigten zu behandeln, wenn sich der Verdacht gegen ihn so verdichtet hat, dass der Zeuge ernstlich als Täter der untersuchten Straftat in Betracht kommt“; *BGH*, Beschl. v. 7.9.2017 – 1 StR 186/17, S. 3.

erlangt wurden, für die Verwertung in einem Strafverfahren (Nr. 3). Sowohl § 161 Abs. 3 als auch § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO erlauben umgekehrt die polizeiliche Nutzung von im Strafverfahren erhobenen Daten, wenn die Gefahrenabwehr besonders hochrangige Schutzgüter betrifft. Das Gesetz folgt somit den Anforderungen des *BVerfG*, das im Hinblick auf die Verkehrsdaten verlangt hat, dass sie nicht schon für die Gefahrenvorsorge, sondern erst für die konkretisierte Gefahrenabwehr erhoben und eingesetzt werden dürfen.⁵⁹

3. Hypothetischer Ersatzeingriff

Diese besonderen Regelungen entsprechen dem vom *BVerfG* entwickelten Doppeltürmodell:⁶⁰ „Der Gesetzgeber muss, bildlich gesprochen, nicht nur die Tür zur Übermittlung von Daten öffnen, sondern auch die Tür zu deren Abfrage. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechnen zu einem Austausch personenbezogener Daten.“⁶¹

Gedanklich fußt es im hypothetischen Ersatzeingriff, der aber nur nach der Schwellengleichheit der hypothetischen Eingriffsmaßnahme fragt, und nicht auch danach, ob der Export aus dem Verfahren (zum Beispiel § 477 Abs. 2 StPO) und der Import aus einem anderen Verfahren erlaubt sind (zum Beispiel § 161 Abs. 2 StPO). Damit greift das Doppeltürmodell die Zweckänderung der Datenerhebung auf, wenn es darum geht, ob Erkenntnisse vollbeweislich zur gerichtlichen Überzeugungsbildung oder in anderen Verfahren oder Verfahrensordnungen genutzt werden dürfen. Seine grundlegende Gestalt hat das *BVerfG* schon 2009 beschrieben: „Ist eine Maßnahme nach [der StPO] nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig, so dürfen die auf Grund einer solchen Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen zu Beweis Zwecken in anderen Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz hätte angeordnet werden dürfen.“⁶¹

Folgender Gedanke ist tragend: „Entscheidend ist, dass ein Ermittlungsrichter bei hypothetischer Betrachtung einen entsprechenden richterlichen Durchsuchungsbeschluss auf strafprozessualer Grundlage zweifelsfrei erlassen hätte.“⁶²

Bemerkenswert ist die Einschränkung, die das *BVerfG* vornimmt, wenn es von „zu Beweis Zwecken“ spricht. Im Strafverfahrensrecht erfolgt die Beweisaufnahme grundsätzlich in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Tatsachengericht (§ 244 Abs. 1 StPO). Hier gilt der Strengbeweis nach Maßgabe der Vorschriften über die Beweisaufnahme. Nach ihrem Abschluss entscheidet das

Gericht abschließend nach dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO). Verfahrensleitende Entscheidungen unterliegen hingegen dem Freibeweis, der keine strengen Förmlichkeiten kennt und nicht mit der Beschwerde angegriffen werden kann (§ 305 StPO). Darauf spricht auch das *BVerfG* an, wenn es dem Angeklagten das Recht auf einen Zwischenbescheid über ein Verwertungsverbot abspricht;⁶³ um sich eine Überzeugung bilden zu können, muss sich das Gericht alle erreichbaren, zulässigen und sinnvollen Beweise (Erkenntnisse) verschaffen, um schließlich in einer Gesamtschau die Beweise einzeln und in ihrem Zusammenwirken zu bewerten.

4. Spurenansatz

Verwertungsbeschränkte Beweise und Spuren können als Zufallsfunde (§ 108 Abs. 1 StPO) grundsätzlich bei der Freibeweisführung dazu herangezogen werden, um andere (zulässige) Beweiserhebungen zu begründen. Das hat der *BGH* wegen der TKÜ-Erkenntnisse zunächst mit einer Einschränkung ausgeführt: Die Nichtkatalogstraftat muss im Sinne derselben prozessualen Tat mit der Anlasstat für die Maßnahme verbunden sein.⁶⁴ Dem ist das *BVerfG* im Hinblick auf die TKÜ gefolgt.⁶⁵ Maßgeblich ist jedoch die – hier polizeirechtliche – Zweckbindung, die der rechtmäßigen Datenerhebung zugrunde gelegen hat.⁶⁶ Dem folgend hat der *BGH* die freibeweisliche Verwertung von Spuren auch nach der Maßgabe neuerer gesetzlichen Verwertungsschranken als zulässig angesehen⁶⁷ und der Gesetzgeber legt diesen Maßstab den allgemeinen Verwertungsregeln in den §§ 161 Abs. 2 und 477 Abs. 2 S. 2, S. 3 StPO zugrunde.⁶⁸ Das kann allerdings nicht wegen der personenbezogenen Daten aus einer Akustischen Wohnraumüberwachung oder einer Onlinedurchsuchung gelten, weil das *BVerfG* in diesen Fällen die Anwendung des Spurenansatzes im Zusammenhang mit Nichtkatalogtaten ausschließt.⁶⁹

Zu unterscheiden ist danach zwischen den Eingriffsmaßnahmen, hier im Wesentlichen die TKÜ nach § 100a StPO, und den besonders tiefen Eingriffsmaßnahmen nach den §§ 100b und 100c StPO. Nach den verfassungsrechtlichen Grenzen, die das *BVerfG* gezogen hat, sind die Verwertungsregeln in § 100e Abs. 6 StPO entsprechend der Eingriffstiefe der Erstmaßnahme wegen des Spurenansatzes streng auszulegen: Der Spurenansatz gilt jedenfalls nicht, wenn die personenbezogenen Daten entweder aus einer Onlinedurchsuchung oder einer Akustischen Wohnraumüberwachung stammen und die weitere Strafverfolgung – im Sinne derselben prozessualen Tat – keinen Bezug zur Erstmaßnahme hat.

Die dogmatische Schranke, die das *BVerfG* 2009 einge-

⁵⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 157.

⁶⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 123.

⁶¹ *BVerfG*, Beschl. v. 18.3.2009 – 2 BvR 2025/07, Rn. 18.

⁶² *BGH*, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16, Rn. 40.

⁶³ *BVerfG*, Beschl. v. 18.3.2009 – 2 BvR 2025/07, Rn. 13 ff.

⁶⁴ *BGH*, Beschl. v. 18.3.1998 – 5 StR 693/97, Rn. 9.

⁶⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 29.6.2005 – 2 BvR 866/05, Rn. 4.

⁶⁶ *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09, Rn. 281, 283.

⁶⁷ *BGH*, Urt. v. 14.8.2009 – 3 StR 552/08, Leitsatz 2; so auch *OLG Hamm*, Urt. v. 8.8.2013 – 1 RVs 58/13, Rn. 20, 21.

⁶⁸ BT-Drs. 16/5846 v. 27.6.2007 – 16/5846, S. 64, 66.

⁶⁹ *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09, Rn. 301, 313, 316 (BKA-Gesetz). Diese Position hat das *BVerfG* auch schon ausdrücklich wegen der Akustischen Wohnraumüberwachung vertreten: *BVerfG*, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, Rn. 339.

führt hat, indem es die Verwertungsgrenzen auf „zu Beweis Zwecken“ beschränkte, folgt den Wortlauten in den §§ 161 und 477 StPO (seit 2007). Mit der Rechtsprechungslinie, die anhand der Erkenntnisse aus einer TKÜ entwickelt wurde, kommt der Spurenansatz im Hinblick auf die personenbezogenen Daten aus einer TKÜ oder einer Quellen-TKÜ weiterhin zum Zuge, wenn es um die Verfolgung von Nichtkatalogtaten geht.

Eine besondere Rolle spielt die Verwertung von Verkehrsdaten nach § 100g StPO. Auf § 100g StPO geht § 101a Abs. 5 StPO näher ein und unterwirft jedenfalls die Vorratsdaten einer Verwertungsschranke mit Katalogbindung an § 100g Abs. 2 StPO. Wegen der Verkehrsdaten unterscheidet § 100g jedoch zwischen den technisch veranlassten Verkehrsdaten (§§ 96, 100 TKG), auf die nach Maßgabe des § 100a Abs. 2 StPO oder wegen Straftaten zugegriffen werden darf, die die Telekommunikation be-

treffen, und die Vorrats- sowie die Standortdaten (§ 113b TKG), die der Katalogbindung des § 100g Abs. 2 StPO unterliegen.

Danach ergibt sich ein für den Spurenansatz klares Bild, das nur von dem unzureichenden Straftatenkatalog des § 100g Abs. 2 StPO getrübt wird: Personenbezogene Erkenntnisse, die beim Erstzugriff unter den Schranken des § 100a Abs. 2 StPO erhoben wurden, können im Wege des Spurenansatzes auch für Beweiserhebungen zu Nichtkatalogtaten (freibeweislich) verwertet werden, wenn nicht nur ein innerer Tatbezug zum Ausgangsverdacht besteht (prozessuale Tat), sondern die Erkenntnisgewinnung als solche rechtmäßig war. Der Spurenansatz ist hingegen ausgeschlossen, wenn der Erstzugriff nur unter den strengereren Voraussetzungen der Kataloge in § 100b Abs. 2 oder § 100g Abs. 2 StPO zulässig war.

Die Probleme der Kollisionsfälle beim autonomen Fahren

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

In den Mittelpunkt meiner Ausführungen möchte ich einige Defizite der bisherigen Diskussion über das Thema stellen, die ich bei der Lektüre einschlägiger Publikationen und als Zuhörer auf Vortragsveranstaltungen beobachtet zu haben glaube. Abschließende Antworten werde ich in der Kürze der Zeit nicht geben können; allenfalls Andeutungen, wie Antworten lauten könnten. Damit dürfte dann auch genügend Stoff für die anschließende Diskussion übrigbleiben.

I. Kein Totalverbot autonomer Fahrzeuge

Dass das Herstellen, Verkaufen und Verwenden autonomer Fahrzeuge zulässig ist, auch wenn sich Kollisionen mit Verletzungsfolgen, die nach den gegenwärtig geltenden rechtlichen Maßstäben nicht zu rechtfertigen sein werden, nicht vermeiden lassen werden,¹ wird nicht in Frage gestellt.²

Ich vermute, dass das anders wäre, wenn die denkbar bestmögliche Technik einen so primitiven Standard hätte, dass sich die Gefahr von Unfallereignissen mit schweren Folgen inkl. Todesfolgen signifikant erhöhen und es sogar zu Kollisionsfolgen kommen wird, die ein konventioneller Fahrzeugführer in der Kollisionssituation vermeiden könnte.³ Warum also ist die totale Nichtzulassung autonomer Fahrzeuge solange kein Thema, wie nicht ausgeschlossen werden kann, dass es – wenn auch nur äußerst selten – zu einem Zusammenstoß kommen kann, bei dem unvermeidbar ein Mensch getötet oder schwer verletzt wird und dies ein Verletzungserfolg ist, der im Widerspruch zur Rechtsordnung steht?⁴

Zwar wird vereinzelt vorgeschlagen, man könne die rechtliche Unbedenklichkeit aller denkbaren Fälle, also auch derjenigen, denen vor dem Maßstab des § 34 StGB keine

Vereinbarkeit mit dem Recht attestiert werden kann, mit der Figur des „erlaubten Risikos“ begründen.⁵ Meines Erachtens ist das richtig. Aber die Konstruktion stößt in der Literatur auf nicht nur vereinzelt Widerpruch.⁶

II. Tatbestandsmäßigkeit, insb. Versuchsbeginn

Der rechtliche Rahmen der Diskussion ist zwar ein strafrechtlicher, weil in erster Linie als Bewertungsmaßstab § 34 StGB herangezogen wird. Überhaupt kein Thema sind jedoch strafrechtsdogmatische Elemente in der Architektur einer Straftat, die der Prüfung des § 34 StGB vorgelagert sind: Warum ist es kein strafbarer Totschlagsversuch, wenn ein Programmierer eine Software entwickelt, von der er weiß, dass sie in autonome Fahrzeuge eingebaut wird, die möglicherweise in eine Kollisionslage verwickelt sein werden, in der es zu einer nicht gerechtfertigten Tötung eines Menschen kommen wird?⁷ Setzt der Programmierer nicht unmittelbar zur Verwirklichung des Totschlagstatbestandes an, wenn er das Steuerungselement für das Fahrzeug herstellt bzw. an der Herstellung mitwirkt?⁸ Wenn nicht, wann wird dann überhaupt die Grenze des Versuchsbeginns überschritten? Wo also beginnt die Vorwärtsbewegung des Fahrzeugs die Eigenschaft eines „unmittelbaren Ansetzens“ i.S.d. § 22 StGB zu bekommen?

III. Rechtfertigender Notstand – Teil 1

Im Mittelpunkt der Erörterungen steht § 34 StGB. Dessen Rechtfertigungsvoraussetzungen werden aber nur fragmentarisch berücksichtigt. Die Überlegungen und Argumentationen konzentrieren sich auf das „wesentlich überwiegende Interesse“ an der Gefahrabwendung. Nicht oder nur marginal thematisiert werden „gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut“, „nicht anders abwendbar“,

* Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie an der Universität Potsdam. Der Beitrag ist das um Fußnoten ergänzte Manuskript eines Vortrages anlässlich der Kriminalpolitischen Tagung am 1.12.2017 an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

¹ Beck, Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik, in: Hilgendorf (Hrsg.), *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, S. 117 (123); Schuster, Das Dilemma-Problem aus Sicht der Automobilhersteller, in: Hilgendorf (Hrsg.), *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, S. 99 (100).

² Gleß/Weigend, ZStW 126 (2014), 561 (583); vor einer „vorschnellen Zulassung“ warnen hingegen Sander/Hollering, NStZ 2017, 193 (206); für zu pessimistisch halten das Hörnle/Wohlers, GA 2018, 12 (34).

³ Gleß/Weigend, ZStW 126 (2014), 561 (585).

⁴ Nach Rohregger, JSt 2017, 196 (201) könne die Antwort auf das Leben-Leben-Problem möglicherweise lauten, „dass man den Dingen in einem solchen Fall einfach seinen Lauf lassen muss“.

⁵ Beck, Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 117 (129); Gleß/Weigend, ZStW 126 (2014), 561 (583); Hilgendorf, *Autonomes Fahren im Dilemma*, in: Hilgendorf (Hrsg.), *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, S. 143 (164 ff.); Hörnle/Wohlers, GA 2018, 12 (21); Schuster, RAW 2017, 13 (18).

⁶ Engländer, ZIS 2016, 608 (612); Erb, in: FS Neumann, 2017, S. 785 (794); Joerden, Zum Einsatz von Algorithmen in Notstandslagen. Das Notstandsilemma bei selbstfahrenden Kraftfahrzeugen als strafrechtliches Grundlagenproblem, in: Hilgendorf (Hrsg.), *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, 73 (87); Sander/Hollering, NStZ 2017, 193 (203).

⁷ Nach Sander/Hollering, NStZ 2017, 193 (202) kommt sogar eine Vorsatzstrafbarkeit gem. §§ 211, 212 StGB in Betracht.

⁸ Im Fall eines Dilemmas mit tödlichem Ausgang liege eine Strafbarkeit nach §§ 211, 212 StGB nahe, so Sander/Hollering, NStZ 2017, 193 (203). Dann muss vorher bereits Strafbarkeit gem. §§ 211, 212, 22 StGB begründet worden sein. Sogar an Strafbarkeit auf der Grundlage des § 30 StGB ist zu denken. Das ist auch an das von Gleß/Weigend, ZStW 126 (2014), 561 (580) entworfene Szenario heranzutragen: wo überschreiten der militärische Befehlshaber und der Konstrukteur des Roboterautos die Grenze des „unmittelbaren Ansetzens“ (§ 22 StGB)?

„angemessenes Mittel“ sowie das subjektive Rechtfertigungselement.

1. Gegenwärtige Gefahr

Gewiss liegt in den erörterten Beispielen⁹ eine gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut vor, sobald das autonome Fahrzeug auf ein für die Fahrzeuginsassen lebensgefährliches Hindernis stößt und das Ausweichen zu einer Verletzung oder Tötung eines anderen Menschen führen wird.¹⁰ Aber da es darum geht, das Verhalten des Programmierers rechtlich zu bewerten, müsste im Lichte des „Koinzidenzprinzips“¹¹ wenigstens darüber gesprochen werden, wie denn die zeitliche und räumliche Distanz, die zwischen diesem Verhalten und der geschilderten Kollisionslage besteht, in Einklang gebracht werden kann mit dem Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr. Während der Programmierer handelt, liegt eine gegenwärtige Gefahr nicht vor.¹² Deswegen ist die Handlung des Programmierers auch keine Gefahrabwendungshandlung. Im Gegenteil: Durch das Handeln des Programmierers wird die Gefahr geschaffen, jedenfalls für die Rechtsgüter, die von dem autonomen Fahrzeug angesteuert werden, wenn es einem Hindernis ausweicht. Das Problem wird ansatzweise erkannt im Kontext des § 35 StGB¹³, aber auch dort nicht erschöpfend untersucht, weil im Vordergrund das Fehlen der Selbstbetroffenheit bzw. der Betroffenheit einer nahestehenden Person steht.¹⁴

2. Nicht anders abwendbar

Ebenso groß ist das Defizit der Diskussion in Bezug auf das Notstandselement „nicht anders abwendbar“.¹⁵ Hier wird der Zusammenhang mit dem oben unter I. erwähnten Punkt sichtbar. Für alle, die im Vorfeld des Einsatzes autonomer Fahrzeuge im Straßenverkehr an Entwicklung, Produktion, Vertrieb und behördlicher Zulassung Ursachen dafür setzen, dass es zu den hier diskutierten Kollisionen kommt, ist die kollisionsimmanente Gefahr dadurch abwendbar, dass sie im Vorfeld gefahrvermeidend Weichen stellen. Diese Weichenstellung müsste zwangsläufig in die Richtung gehen, dass autonome Fahrzeuge überhaupt nicht zum Straßenverkehr zugelassen werden. Aber das will niemand und gewiss gibt es dafür rechtlich tragfähige Gründe.¹⁶ Diese Gründe müssen aber aufgedeckt werden und – soweit man § 34 StGB für eine zentrale Bewertungsnorm akzentuiert – mit dem Merkmal der Erforderlichkeit in Verbindung gebracht werden. Es muss mit anderen Worten dargelegt werden, warum der Verzicht auf autonome Fahrzeuge keine andere Gefahrabwendungsmöglichkeit ist, die der Tötung oder schweren

Verletzung eines Menschen in der Kollisionslage vorzuziehen ist.

3. Angemessenes Mittel

Der dogmatische Stellenwert des Notstandsmerkmals „angemessenes Mittel“ ist zwar in der Strafrechtswissenschaft umstritten und von vielen wird angenommen, der Angemessenheit komme neben der Interessenabwägung eine eigenständige Bedeutung nicht zu.¹⁷ Gleichwohl werden auch heute noch Schulbeispiele wie die gewaltsame Blutentnahme zum Zwecke der Lebensrettung¹⁸ als Beleg dafür angeführt, dass die Angemessenheitsklausel notwendig ist, weil es Fälle geben kann, in denen zwar ein überwiegendes Interesse für den gefahrabwendenden Eingriff existiert, eine mit der Erlaubnis verbundene Verpflichtung des Betroffenen zur Duldung des Eingriffs aber rechtlich unerträglich wäre.¹⁹ Wieso dann nicht auch die Verletzung – nicht: Tötung – eines Fußgängers durch ein autonomes Fahrzeug, das vor einem Hindernis ausweicht, weil ansonsten die in dem Auto sitzenden Menschen getötet werden, am Mangel der Angemessenheit scheitern soll, müsste jedenfalls auch mit Blick auf die Angemessenheitsklausel erörtert werden.²⁰ Denn am Fehlen des überwiegenden Gefahrabwendungsinteresses will die Literatur die Rechtfertigung ja nicht scheitern lassen.

4. Subjektives Rechtfertigungselement

Völlig unerwähnt bleibt bislang das bei jedem Rechtfertigungsgrund nach ganz h. M. notwendige subjektive Rechtfertigungselement.²¹ Gewiss hat der Konstrukteur und Produzent der technischen Fahrzeugkomponenten fiktive Szenarien vor Augen und somit eine Vorstellung von virtuellen Situationen, die die Merkmale einer Notstandlage erfüllen. Aber das ist etwas anderes als die Wahrnehmung der tatsächlich existierenden gegenwärtigen Gefahr durch den in die reale Situation involvierten Fahrzeugführer oder allgemein den gefahrabwendenden Täter. Die Wahrnehmung der Gefahr löst die Reaktion des Täters aus, sodass das subjektive Rechtfertigungselement eine Steuerungsfunktion hat in Bezug auf die Handlungen des Täters, die sodann an den objektiven Merkmalen des Erlaubnistatbestandes gemessen werden. Nur bei einer wirklich wahrgenommenen Gefahrenlage kann der Täter sein Gefahrabwendungshandeln in Einklang bringen mit den Rechtfertigungsanforderungen der Erforderlichkeit und des wesentlich überwiegenden Inte-

⁹ Vgl. die Fälle bei Joerden, Zum Einsatz von Algorithmen in Notstandslagen, 73 (75, 80, 83); Weigend, ZIS 2017, 599 (600).

¹⁰ Engländer, ZIS 2016, 608 (612).

¹¹ Jerouschek/Köbel, JuS 2001, 417 ff.

¹² Beck, Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 117 (133); Hörnle/Wohlers, GA 2018, 12 (23); Schuster, RAW 2017, 13 (17).

¹³ Rohregger, JSt 2017, 196 (200); Sander/Hollering, NStZ 2017, 193 (202).

¹⁴ Engländer, ZIS 2016, 608 (616); Sander/Hollering, NStZ 2017, 193 (202); Weigend, ZIS 2017, 599 (604).

¹⁵ Vgl. aber Erb, in: FS Neumann, S. 785 (787).

¹⁶ Schuster, Das Dilemma-Problem aus Sicht der Automobilhersteller, S. 99 (113).

¹⁷ Lenckner, GA, 1985, 295 (308); Schönke/Schröder/Perron, StGB, 29. Aufl. (2014), § 34 Rn. 46.

¹⁸ Joerden, GA 1991, 411 (425).

¹⁹ Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 3. Aufl. (2017), § 34 Rn. 199 ff.

²⁰ Von Erb, in: FS Neumann, S. 785 (787) wird zu Bedenken gegeben, dass durch die Einrichtung einer „intelligenten“ Technik zur Bewältigung von Notlagen alle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des § 34 StGB unterlaufen werden könnten, auch die Angemessenheit gem. § 34 S. 2 StGB.

²¹ Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), Vorb. § 32 Rn. 13.

resses.²² Zwar werden die autonomen Fahrzeuge selbst eine Reihe von Kennzeichen erkennen und auch verstehen können, die in die Interessenabwägung einfließen. Beispielsweise sieht das Fahrzeug quantitative Unterschiede. Denn das Beispiel, dass das Fahrzeug in der einen Richtung nur einen Menschen, in der anderen Richtung aber eine Gruppe mehrerer Menschen überfahren wird, ist mit das am meisten diskutierte.

IV. Rechtfertigender Notstand – Teil 2

Aber viele Sachverhaltselemente, die anerkanntermaßen das Ergebnis der Interessenabwägung beeinflussen,²³ wird das Fahrzeug nicht erkennen können.²⁴ Dies scheint mir der gewichtigste Mangel zu sein.

1. Defensivnotstand

Das Problem wird im Ansatz, nicht aber in seiner ganzen Breite wahrgenommen.²⁵ Dass z. B. die Spezifika der Situation eines Defensivnotstands in das Computerprogramm nicht eingearbeitet werden können, findet in einigen Veröffentlichungen Erwähnung. So schreibt *Volker Erb* in seinem Beitrag zur Ulfrid-Neumann-Festschrift:

„Da in die Interessenabwägung aber nicht nur das Gewicht der beteiligten Rechtsgüter und die jeweilige Schadenswahrscheinlichkeit einfließen, sondern auch einzelfallbezogen-normative Schutzwürdigkeitserwägungen (vor allem im Hinblick auf den Grad der Verantwortlichkeit beteiligter Personen für den Eintritt der kritischen Situation), wird selbst eine noch so ausgefeilte Sensorik in Verbindung mit gigantischen Rechenkapazitäten niemals leisten können, was an dieser Stelle zu verlangen wäre, denn die Entwicklung von Computern zur autonomen rechtlichen Bewertung komplexer Lebenssachverhalte (die damit grundsätzlich in der Lage wären, Richter und Staatsanwälte zu ersetzen) scheint völlig utopisch.“²⁶

Demgegenüber ist ein Problembewusstsein bei *Armin Engländer* nicht zu sehen, der in ZIS schreibt:

„Rechtlich trifft den Fahrzeughersteller die Pflicht, sein Fahrzeug so zu programmieren, dass es nicht eine Lebensgefahr für den Fahrzeugnutzer auf Kosten des Lebens eines anderen Verkehrsteilnehmers abwendet. Etwas anderes kommt nach den Grundsätzen des Defensivnotstands nur dann in Betracht, wenn es sich bei dem anderen um den Gefahrrheber handelt.“²⁷

Engländer geht also davon aus, dass dem Fahrzeug die Fähigkeit verliehen werden kann, die Verantwortlichkeit einer Person für die Gefahrenlage zu erkennen.

Richtig ist wiederum die Diagnose von *Thomas Weigend*, der zum Defensivnotstand folgendes schreibt:

„Doch dürften sich solche Zuständigkeitsfragen, deren Entscheidung auch von normativen Erwägungen abhängt, schwerlich im Voraus bestimmen und die Reaktion auf sie im Algorithmus des Fahrzeugs verankern lassen. Ob sich X aufgrund selbstverschuldeter Trunkenheit, wegen eines plötzlichen Herzversagens oder als Polizeibeamter im Einsatz auf dem Fahrweg des Autos befindet, werden die Sensoren des Fahrzeugs kaum feststellen können; die besonderen Voraussetzungen eines Defensivnotstands lassen sich deshalb im Programm des Fahrzeugs nicht abbilden.“²⁸

Es gibt neben dem Defensivnotstandsaspekt noch zahlreiche weitere Sachverhaltskomponenten, die in der Interessenabwägung berücksichtigt werden müssen, deren Berücksichtigung aber nicht vorprogrammiert werden kann, weil das Fahrzeug sie nicht erkennen wird. Zum Teil ist das Gewicht, das sie in die Interessenabwägung einbringen, deutlich höher als das der Gefahrrheberschaft bei einer Defensivnotstandslage. Zwei von ihnen seien hier kurz vorgestellt.

2. Einwilligung

Vor allem, wenn der Schaden, den das Fahrzeug durch sein gefahrabwendendes Manöver verursacht, unterhalb der Schwelle der Tötung eines Menschen liegt, kommen der Einwilligung oder mutmaßlichen Einwilligung eines der betroffenen Rechtsgutsinhaber entscheidende Bedeutung zu. Schon daran wird sichtbar, dass die Fokussierung auf den § 34 StGB einen wesentlichen Teil der Entscheidungsgrundlagen, die von der Rechtsordnung vorgehalten werden, ausblendet. Ist einer der Rechtsgutsinhaber, dessen Verletzung zur Abwendung der Gefahr geeignet ist, mit diesem Eingriff in sein Rechtsgut einverstanden, dann kann sich die Rechtmäßigkeit dieser tatbestandsmäßigen Inanspruchnahme des Rechtsguts bereits aus diesem Rechtsgrund – rechtfertigende Einwilligung – ergeben. Selbst im Falle einer tödlichen Gefahrrabwendung könnte das Einverständnis des Betroffenen den Unrechtsgehalt so erheblich reduzieren,²⁹ dass der hinzukommende Rettungserfolgswert insgesamt die Tat zu rechtfertigen in der Lage ist. Die Tat wäre nicht durch Einwilligung, sondern durch Notstand gerechtfertigt. Die Einwilligung wäre im Rahmen der Notstandsprüfung ein Faktor der Interessenabwägung, der entscheidend zu dem wesentlich überwiegenden Gefahrrabwendungsinteresse beitragen würde. Dem stünde die Rechtfertigungssperre des § 216 StGB nicht entgegen.³⁰

Man stelle sich folgende Kollision vor: das autonome

²² Die Unmöglichkeit eines so definierten subjektiven Rechtfertigungselements tritt noch schärfer in Erscheinung, wenn man sogar eine „pflichtgemäße Prüfung“ der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen verlangt, vgl. *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 15 Rn. 109.

²³ *Lenckner*, GA 1985, 295 (299): „Dies setzt eine Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls voraus, denn nur aus ihnen kann durch eine sorgfältige Analyse festgestellt werden, welche Interessen auf beiden Seiten berührt sind.“

²⁴ *Gleß/Weigend*, ZStW 126 (2014), 561 (581); *Sander/Hollering*, NSStZ 2017, 193 (204).

²⁵ *Sander/Hollering*, NSStZ 2017, 193 (204).

²⁶ *Erb*, in: FS Neumann, S. 785 (788); ebenso *Hörnle/Wohlers*, GA 2018, 12 (25).

²⁷ *Engländer*, ZIS 2016, 608 (618).

²⁸ *Weigend*, ZIS 2017, 599 (602).

²⁹ *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2017), § 216 Rn. 1.

³⁰ *Mitsch*, in: FS Weber, 2004, S. 49 ff.

Fahrzeug steuert auf ein plötzliches Hindernis zu, der Zusammenprall hätte für die Insassen des autonomen Fahrzeugs schwer gesundheitsschädliche oder gar tödliche Folgen. Das autonome Fahrzeug kann an dem Hindernis entweder links oder rechts vorbeifahren. Links würde das Fahrzeug eine junge Frau überfahren, rechts würde das Fahrzeug ein 4-jähriges Kind überfahren. Die junge Frau ist die Mutter des Kindes, das seinem Ball hinterher jagte und deshalb jetzt auf der anderen Straßenseite steht. Die Mutter, die die Gefahr erfasst, gibt in Richtung des autonomen Fahrzeugs verzweifelt Zeichen, der Fahrer möge sie und nicht das Kind überfahren. Ein Fahrzeugführer, der in herkömmlicher Art und Weise seine Wagen steuert, könnte dies sehen und darauf reagieren. Die Verletzung der Frau wäre wohl schon wegen Einwilligung gerechtfertigt, eine Tötung wäre m.E. durch eine Kombination von Einwilligung und Notstand zu rechtfertigen. Die Verletzung oder Tötung des 4-jährigen Kindes wäre nicht gerechtfertigt. Der Grund dafür wäre nicht das Fehlen eines wesentlich überwiegenden Gefahrabwendungsinteresses. Dieses wäre ja gegeben, sofern das Kind nicht getötet, sondern nur verletzt wird und dadurch der sichere Tod der Fahrzeuginsassen abgewendet würde. § 34 StGB greift schon deswegen nicht ein, weil die Gefahr anders abwendbar ist, nämlich durch ein Zufahren auf die Mutter, die damit einverstanden ist.³¹

3. Notwehr, Nothilfe

Eine weitere klare Rechtfertigungsentscheidung lässt sich ohne Rückgriff auf § 34 StGB finden, wenn die Kollisionslage Elemente einer Notwehr- bzw. Nothilfesituation enthält.³² Ist einer der durch das Ausweichmanöver potentiell verletzten Rechtsgutsinhaber ein Angreifer und der auf der gegenüberliegenden Straßenseite stehende andere Rechtsgutsinhaber das Angriffsopfer, ist das Überfahren des Angreifers gem. § 32 StGB gerechtfertigt.³³ Umgekehrt wäre das Überfahren des Angegriffenen wiederum schon deswegen nicht gerechtfertigt, weil das Überfahren des Angreifers die vorzugswürdige andere Möglichkeit der Gefahrabwendung ist.³⁴ Man kann sich leicht ausmalen, wie vielfältig die Nuancen der Notwehrsituation gestaltet werden können, um die Eindeutigkeit der Entscheidung auf der Basis des § 32 StGB zu erschüttern: Elemente der sozialetischen Notwehreinschränkungen können den Effekt haben, dass die Waage der Entscheidung nicht mehr so eindeutig die Vorzugswürdigkeit der Angreiferverletzung anzeigt. Nehmen wir an, der Angreifer wurde von dem Angegriffenen auf üble Weise absichtlich provoziert oder der Angreifer ist wegen Geisteskrankheit schuldunfähig oder der Angegriffene würde die Nothilfe durch Überfahren des Angreifers als unwillkommene aufgedrängte Nothilfe empfinden: ob dann die Verletzung oder gar Tötung des Angreifers immer noch das kleinere

Übel ist als die Verletzung des Angegriffenen, ist je nach Stärke des notwehreinschränkenden Gesichtspunktes fraglich.

Es ist zu vermuten, dass die oben skizzierten entscheidungserheblichen Umstände (Einwilligung, Notwehrlage) das Wahrnehmungs- und Reaktionsvermögen des autonomen Fahrzeugs überfordern würden. Wie soll das Fahrzeug erkennen, dass der auf der linken Fahrbahnseite stehende und seine geladene Pistole auf den Menschen am gegenüberliegenden rechten Fahrbahnrand richtende Mann nicht ein Polizeibeamter bei einer rechtmäßigen Festnahme, sondern ein Mörder oder Räuber ist, der sein Opfer töten oder ausrauben will?³⁵ Wie soll das Fahrzeug erkennen, dass die Mutter sich für ihr Kind aufopfern und von dem Fahrzeug überfahren werden will, damit ihr Kind verschont wird? Höchstwahrscheinlich wird das nicht möglich sein. Deshalb wird das Programm den Maßstab des § 34 StGB nur unvollständig abbilden und im konkreten Fall eventuell die falsche Entscheidung treffen.

V. Notwehr und Defensivnotstand gegenüber dem autonomen Fahrzeug

Soweit ich sehe, wird in keinem Beitrag zur Diskussion über die Kollisionen mit autonomen Automobilen die Notwehrprobe angewandt.³⁶ Das ist eine Methode, mit der versucht wird, Argumente für oder gegen eine Rechtfertigung von rechtsgutsbeeinträchtigenden Verhaltensweisen zu gewinnen. Man stellt die Frage, ob es hinnehmbar wäre, wenn dem Inhaber des betroffenen Rechtsgutes das Recht zur Notwehr gegen die rechtsgutsbeeinträchtigende Tat genommen würde, was der Fall ist, wenn dem Urheber der Rechtsgutsbeeinträchtigung rechtmäßiges Handeln attestiert wird.³⁷ Diese Methode kann auch auf die hier diskutierten Fallkonstellationen angewandt werden. Folgende Verkehrssituation diene als Anschauungsbeispiel: auf der Hauptstraße fährt das autonome Fahrzeug auf einen bewusstlos auf der Fahrbahn liegenden Mann zu. Das Überfahren des Mannes kann nur durch Ausweichen nach links oder Ausweichen nach rechts vermieden werden. Beide Ausweichmanöver hätten aber das tödliche Überfahren von Fußgängern, die sich auf der linken und auf der rechten Seite befindenden, zur Folge. Kurz vor der Stelle, wo der Bewusstlose auf der Fahrbahn liegt, biegt gerade ein Lkw aus einer Nebenstraße kommend auf die Hauptstraße ein. Der Führer des Lkws, der das autonome Fahrzeug auf den Bewusstlosen zufahren sieht, gibt Gas und rammt und zermalmt das autonome Fahrzeug. Die Insassen des autonomen Fahrzeugs kommen ums Leben, der bewusstlos auf der Fahrbahn liegende Mann bleibt unverehrt. Er wäre getötet worden, wenn der Lkw nicht das autonome Fahrzeug gestoppt hätte.

³¹ Lenckner, in: FS Lackner, 1987, S. 95 (105).

³² Nicht gesehen von Sander/Hollering, NSiZ 2017, 193 (202): „Ein notwehr- oder nothilfefähiger Angriff geht von keinem der Opfer der möglichen Fahrmanöver aus (§ 32 StGB)“.

³³ Gleß/Janal, JR 2016, 561 (575): „So wäre etwa für bestimmte Situationen in Rechnung zu stellen, dass andere Menschen gegenüber den Passagieren eines autonom fahrenden Fahrzeugs unrecht handeln können.“

³⁴ Lenckner, in: FS Lackner, 1987, S. 95 (104).

³⁵ Sander/Hollering, NSiZ 2017, 193 (204).

³⁶ Andeutung bei Sander/Hollering, NSiZ 2017, 193 (202): „... gegen das ihn i.S. eines (natürlich gegenwärtigen) rechtswidrigen Angriffs bedrohende Fahrmanöver – eine noch ausreichende Reaktionszeit unterstellt – Abwehrmaßnahmen wird ergreifen dürfen.“

³⁷ Zum Notwehrproben-Argument in der Diskussion über den „Nötigungsnotstand“ Krey, Jura 1979, 316 (321) Fn. 33; Neumann, JA 1988, 329 (333); Roxin, in: FS Oehler, 1985, S. 181 (188).

Die Tötung der Insassen des autonomen Fahrzeugs ist ein Totschlag. Der einzige Rechtfertigungsgrund, der den Lkw-Fahrer vor der Bestrafung aus § 212 StGB bewahren kann, ist die Nothilfe gem. § 32 StGB.³⁸ Es ist unübersehbar, dass das autonome Fahrzeug die Notwehrprüfung mit einigen Problemen belastet. Das beginnt bereits bei der Feststellung des Angriffs. Wenn das Fahrzeug autonom ist und sich seinen Weg ohne jede menschliche Steuerungshandlung sucht, wird das Auffinden der unverzichtbaren Angriffskomponente des menschlichen Verhaltens³⁹ schwierig.⁴⁰ Gewiss wurde der Fahrtantritt durch die Handlung eines Menschen ausgelöst, der das Fahrzeug in Bewegung gesetzt hat.⁴¹

Jedoch entsteht bei der Anknüpfung an dieses Verhalten das Problem der Gegenwärtigkeit des Angriffs.⁴² Gegenwärtig im Zeitpunkt der Kollision mit dem Lkw ist nicht mehr der Vollzug dieser Handlung, sondern die nunmehr autonome Vorwärtsbewegung des Fahrzeugs. Diese ist kein menschliches Verhalten, sie beruht auf menschlichem Verhalten und ist dessen Erfolg. Welche Komponente des Angriffsgeschehens – die Angriffshandlung oder der Angriffserfolg – Anknüpfungspunkt der Gegenwärtigkeitsprüfung ist, ist umstritten. Nach *Frister* und *Kühl* ist es das Angriffsverhalten,⁴³ nach *Engländer* und *Erb* soll es der Angriffserfolg sein.⁴⁴ Interessant ist, wie *Erb* seine Stellungnahme zu der Thematik näher eingrenzt: Notwehr soll zur Abwehr des Angriffserfolgs zulässig sein, wenn dieser noch in einem unmittelbaren räumlich-zeitlichen Zusammenhang mit der abgeschlossenen Angriffshandlung steht oder wenn der Angreifer den weiteren Geschehensverlauf noch in irgendeiner Weise beeinflussen kann. Zudem könne man die Gegenwärtigkeit des Angriffserfolges auch in ein gegenwärtiges Angriffsverhalten umdeuten, nämlich in einen Angriff durch Unterlassen. Übertragen auf das autonome Fahrzeug bedeutet das, dass ein gegenwärtiger Angriff nur vorliegt, wenn der Insasse während der Fahrt jederzeit bremsend oder lenkend eingreifen, das Fahrzeug anhalten oder ihm eine andere Richtung geben kann.

Damit ist die Überleitung zu dem nächsten Notwehrproblem – der Rechtswidrigkeit des „Angriffs“ – hergestellt: Eine rechtswidrige Aktivität kommt nicht in Betracht,⁴⁵ rechtswidrig kann allenfalls die Untätigkeit der in dem Fahrzeug sitzenden Menschen sein. Die Insassen eines

autonomen Fahrzeugs werden wahrscheinlich alles andere tun als ununterbrochen auf das Verkehrsgeschehen achten und sich permanent für ein gefahrabwendendes Eingreifen bereithalten.⁴⁶ Denn davon entlastet zu werden ist ja einer der großen Vorzüge der Fahrzeugautonomie. Fernsehen, Musik hören, Zeitung lesen, essen, trinken oder schlafen soll in einem Pkw für alle Insassen genauso möglich sein wie bei einer Reise mit der Eisenbahn.⁴⁷ Kommt es also zu der Kollision, weil die Insassen jegliche Einflussnahme auf die Fahrt ihres Fahrzeugs unterlassen haben, wird man nicht urteilen können, dass dieses Unterlassen rechtswidrig gewesen ist. Anderenfalls wäre eine der wesentlichen Eigenschaften autonomer Automobile, die ihre Nutzung so attraktiv machen, zerstört.⁴⁸ Das Abschalten der Konzentration auf den Verkehr wäre eine rechtswidrige Vernachlässigung der Pflicht zur aufmerksamen Beobachtung des Verkehrsgeschehens und permanent mit dem rechtlichen Risiko der eigenen Strafbarkeit verbunden. Zudem ist nicht einzusehen, wieso die Insassen eines autonomen Fahrzeugs rechtlich stärker in der Verantwortung stehen sollen als z. B. die Fahrgäste eines Taxis oder sonstige Mitfahrer in einem Kraftfahrzeug, das von einem Fahrzeugführer gesteuert wird. Kommt es zu einem Unfall, ist in erster Linie und meistens ausschließlich der Fahrzeugführer verantwortlich. Niemand käme auf die Idee, den Mitfahrern pflichtwidriges Unterlassen vorzuwerfen, wenn sie still sitzen, anstatt dem Fahrer ins Lenkrad zu greifen.

In dem autonomen Fahrzeug befinden sich zwar Menschen; aber keiner von ihnen trägt durch sein eigenes Verhalten dazu bei, dass sich die Bedrohung eines Rechtsgutes durch dieses Fahrzeug als rechtswidriger Angriff darstellt.⁴⁹ Bei konventionellen Fahrzeugen ist das anders. Hier kann immer auf das Handeln des Fahrzeugführers abgestellt werden und nicht zu selten erweist sich dieses als rechtswidriger Angriff, weil der Fahrer seine Sorgfaltspflichten beim Steuern des Fahrzeugs verletzt hat. Mit der Verwendung autonomer Fahrzeuge verschlechtert sich daher die Rechtslage potentieller Kollisionsopfer erheblich. Ihr Notwehrrecht ist von Beginn der Fahrt an und während des gesamten Fortbewegungsvorgangs ausgeschaltet.⁵⁰ Es gibt mit autonomen Fahrzeugen keine notwehrfähigen rechtswidrigen Angriffe im

³⁸ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Aufl. (2009), § 2 Rn. 10; *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 74.

³⁹ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 15 Rn. 5; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 99.

⁴⁰ *Joerden*, Zum Einsatz von Algorithmen in Notstandslagen, S. 73 (84) Fn. 18; *Hilgendorf*, Autonomes Fahren im Dilemma, S. 143 (167) Fn. 68.

⁴¹ *Engländer*, ZIS 2016, 608 (611).

⁴² Nach *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202) offenbar kein Problem.

⁴³ *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2015), Kap. 16. Rn. 17; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), § 7 Rn. 52.

⁴⁴ *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 1. Aufl. (2013), § 32 Rn. 15; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 110; ebenso *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 15 Rn. 21; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 147.

⁴⁵ *Schuster*, Das Dilemma-Problem aus Sicht der Automobilhersteller, S. 99 (103): „Denn die bloße Inbetriebnahme eines automatisierten Fahrzeugs wird nach straßenverkehrsrechtlicher Zulassung nicht mehr als fahrlässig anzusehen sein.“

⁴⁶ *Engländer*, ZIS 2016, 608 (611).

⁴⁷ *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (200): „... der von Industrie und Politik werbewirksam und schönfärberisch zugleich suggerierten Szenarien, in denen etwa eine in einem fahrenden Auto an einem Tisch sitzende Familie soll spielen könne, ohne sich um das Verkehrsgeschehen kümmern zu müssen ...“

⁴⁸ *Beck*, Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 117 (129).

⁴⁹ *Hörnle/Wohlers*, GA 2018, 12 (22), *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193 (202): „...zumal der Fahrer beim konkreten automatisierten Fahrmanöver weder über Tatherrschaft noch über einen diesbezüglichen Willen verfügen dürfte.“

⁵⁰ *Beck*, Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 117 (128).

Straßenverkehr.⁵¹

Ebenfalls schlechter wird die rechtliche Position des Opfers auf der Grundlage des Defensivnotstands. Gegenüber einem Fahrzeugführer, der durch sorgfaltspflichtgemäßes Fahren keine Notwehrlage begründet, hat der von dem Fahrzeug Bedrohte immerhin eine Gefahrabwendungsbeugnis nach Maßgabe des § 228 BGB. Im Verhältnis zu den Insassen eines autonomen Fahrzeugs wird der Gefährdete diese Position nicht mehr haben, es gelten die Bedingungen des Aggressivnotstandes. So liegen die Dinge zwar auch in Bezug auf die Insassen eines nichtautonomen Fahrzeugs, wie z. B. die Passagiere eines Omnibusses. Aber diese Fahrzeuge haben einen Fahrzeugführer, der mit seinem Handeln die Fahrzeuggefahr maßgeblich gestaltet und sich deshalb dem schärferen Defensivnotstandsrecht des Gefährdeten ausgesetzt sieht.

VI. Garantenstellung gegenüber den Verletzten

Abschließen möchte ich die Sammlung von Themen, denen mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden sollte, mit einem Hinweis auf Rechtsfragen, die sich stellen, wenn nach der Kollision mit dem autonomen Fahrzeug Verletzte zu versorgen sind und einer Verschlimmerung ihrer Verletzung entgegen gewirkt werden muss. Wachsen aus der Kollisionslage Garantenstellungen, vor allem aus Ingerenz, den Personen zu, die sich durch das autonome Fahrzeug befördern ließen und es zu diesem Zweck in Bewegung gesetzt haben? Schon bei nichtautonomen Fahrzeugen ist die Frage mit einem eindeutigen „Nein“ zu beantworten bezüglich der Fahrzeuginsassen, die sich nur befördern lassen und das Fahrzeug nicht selbst führen. Ihre strafrechtlich relevante Pflichtenstellung ist die des § 323c StGB.

Anders verhält es sich mit dem Fahrzeugführer. Hat er den Unfall durch pflichtwidrige Fahrweise verursacht, wird er

Garant aus Ingerenz und macht sich gegebenenfalls wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar, wenn er dem lebensgefährlich Verletzten vorsätzlich die erforderliche lebenserhaltende Hilfe vorenthält.⁵² Nach einer Mindermeinung entsteht die Garantenstellung sogar nach sorgfaltspflichtgemäßem Handeln.⁵³ Erwägenswert ist zudem ein zweiter Garantenstellungsentstehungsgrund, mit dem man den Streit um das Erfordernis sorgfaltspflichtwidrigen Vorverhaltens umgehen kann. Der Fahrzeugführer hat während der Fahrt auch die Herrschaft über die Gefahrenquelle „Auto“ und ist aus diesem Gesichtspunkt ein Überwachergarant. Auf die Qualität seines Fahrverhaltens kommt es dann nicht an.

In dem vollautonomen Fahrzeug der Zukunft werden ausschließlich Menschen sitzen, die das Fahrzeug nicht führen und deshalb auch keine eigene Herrschaft über diese Gefahrenquelle haben.⁵⁴ Sie rücken daher nicht in eine Garantenposition ein, wenn das Fahrzeug einen Menschen in Lebensgefahr bringt. Wer von den anwesenden Personen die ihm möglichen und zumutbaren Rettungshandlungen unterlässt, wird sich höchstens wegen Unterlassener Hilfeleistung strafbar machen. Die rechtliche Position des Gefährdeten ist also auch in dieser Hinsicht ungünstiger als bei einem Unfall mit einem nichtautonomen Fahrzeug.

VII. Fazit

Der kurze strafrecht dogmatische Spaziergang, auf dem zahlreiche Themen – z. B. die Anwendbarkeit des § 35 StGB⁵⁵ oder die Pflichtenkollision⁵⁶ – links liegen gelassen wurden, hat doch einen Eindruck davon verschafft, wie viel Arbeit noch vor uns Juristen liegt, bevor auch das geltende Strafrecht den autonomen Fahrzeugen grünes Licht geben kann.

⁵¹ Hörnle/Wohlers, GA 2018, 12 (29): „... der Mensch im Bus hat nicht entschieden und der verantwortliche Programmierer ist weit weg.“

⁵² BGHSt 25, 218 ff; 34, 82 ff.

⁵³ Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl. (2014), § 46 Rn. 92.

⁵⁴ Hörnle/Wohlers, GA 2018, 12 (22).

⁵⁵ Dazu Beck, Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 117 (137); Engländer, ZIS 2016, 608 (614); Hörnle/Wohlers, GA 2018, 12 (15).

⁵⁶ Dazu Hörnle/Wohlers, GA 2018, 12 (15); Joerden, Zum Einsatz von Algorithmen in Notstandslagen, S. 73 (90); Weigend, ZIS 2017, 599 (603).

Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment Die Diskussion um die sog. „Raser-Fälle“ als Ausdruck einer sich wandelnden Strafkultur?

von Prof. Dr. Carsten Momsen*

Abstract

Die sog. „Raser-Fälle“ werfen ein Schlaglicht auf die gegenwärtige Kultur der Strafrechtspflege in Deutschland sowie ihre Wahrnehmung im In- und Ausland. Sie zeigen, wie Strafrecht instrumentalisiert werden, aber zugleich auch selbst bereit sein kann, sich instrumentalisieren zu lassen. Obwohl von den Rasern statistisch (!) nur eine geringe Gefährdung ausgeht, ist es interessierten Diskursbeteiligten u.a. in Politik, Presse, Strafverfolgung gelungen, ein geradezu groteskes Bedrohungsszenario zu zeichnen. Dahinter erscheint der Wunsch, eine Gefährdung der Gesellschaft zu postulieren, hiergegen Härte zu zeigen und sich auf diese Weise als Beschützer von „Recht und Ordnung“ zu profilieren. Scheinbare, jedenfalls empirisch nicht validierte, Gefährdungslagen, sollen es rechtfertigen, bewährte Kategorien des Strafrechts und des Prozessrechts preiszugeben, da diese einer vermeintlich gerechten Bestrafung der häufig schon von vornherein als solcher feststehenden „Mörder“ im Wege stehen. Differenzierte und individualisierende „Formen“ des materiellen und prozessualen Rechts werden demgegenüber als „Förmelei“ empfunden, die sich im Interesse der Mehrheit der „billig und gerecht denkenden“, der man sich zugehörig fühlt, durchaus dehnen und biegen oder auch ganz vernachlässigen lassen. Ist der zu entscheidende Fall nur evokativ genug und erscheint die richtige Bewertung als selbstverständlich, stehen dem als Friedensstörer ausgemachten Verdächtigen ggf. nicht mehr alle der „schützenden Formen“ zu. Diese „Formen“ aber sind – hier lässt sich eine Linie ziehen von Zachariaes „Handbuch des Gemeinen Strafprozesses“ aus dem Jahr 1868 und Jherings Vortrag zum „Kampfs Recht“ 1872 bis zu Gerhard Jungfers „Strafverteidigung“ von 2016 – der entscheidende Schutz vor willkürlicher Strafverfolgung. Zwei Punkte stehen im Zentrum der Analyse: Lässt es sich rechtfertigen, die kategoriale Trennung von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu verwässern, um in einzelnen Fällen eine als notwendig empfundene harte Strafe verhängen zu können und darf man den Beweis der inneren Tatsachen durch Wahrscheinlichkeitsaussagen auf der

Basis eigener Plausibilitätsvorstellungen ersetzen? Daneben wird aufgezeigt, wie gefährlich es für die Wahrheitsermittlung ist, wenn inhaltliche Vorprägungen, fehlerhafte Evidenzannahmen und Richtigkeitserwägungen zur Grundlage der Erhebung und Würdigung von Beweisen gemacht werden; wie kognitive Dissonanzen zu Wahrnehmungsverzerrungen und diese zu unbewusst fehlerhaften Entscheidungen führen können.

I. Einleitung – Strafrecht als Symbol gegen indifferente Bedrohungsgefühle

Verbotene Rennen mit Kraftfahrzeugen im innerstädtischen Bereich sind kein neues Phänomen.¹ Deren strafrechtliche Aufarbeitung ist jedoch erst ab 2016 in den Fokus der öffentlichen Aufmerksamkeit geraten. Der Grund lag gewiss in einer zeitlichen Koinzidenz verschiedener Fälle u.a. in Köln, in der Schweiz, in Hamburg, Berlin und in Bremen. Statistisch lässt sich nichts für einen Anstieg entsprechender Fälle nachweisen², gleichwohl entstand ein massiver Druck auf die Gerichte, nicht zu milde zu urteilen.³ Im sich entwickelnden Bundestagswahlkampf war das Thema für die meisten Parteien bestens geeignet, Emotionen zu wecken und mit dem Ruf nach harten Strafen Punkte bei der Wählerschaft zu verbuchen und – man muss es zumindest vermuten – den sog. „rechten Rand“ nicht nur der AfD zu überlassen. Auch das BMJV konnte sich diesem Zeitgeist nicht völlig entziehen und erließ fast schon im ad-hoc Verfahren ein Gesetz gegen verbotene Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr. Dieses Gesetz allerdings ist trotz einiger handwerklicher Mängel ein richtiger Ansatz. Denn es führt zur Schließung genau der Lücke im Bereich der Freiheitsstrafe,⁴ welche einige – in der Retrospektive vielleicht vorschnell – dazu veranlasste, das Strafrecht dem als solchem empfundenen (oder erhofften) überwiegenden Willen der Bevölkerung entsprechend zu interpretieren. Dies mag, wenn man an die sitenbildende Kraft des Strafrechts glaubt, die spontan richtige Reaktion auf die „hässlichen Fälle“ sein, stellt aber

* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin und nebenberuflich als Verteidiger in Berlin und Bremen tätig.

¹ Vgl. bereits: BGHSt 53, 55; Kulhanek, in: BeckOK-StGB, 37. Ed. Stand Februar 2018, § 315d Rn. 1 ff.; näher BT-Drs. 18/10145, S. 7 – Begründung zur Einführung des § 315d StGB; Kubiciel, jurisPR-StrafR 16/2016, Anm.1.

² Eisele, KriPoZ 2018, 32.

³ Auch im Ausland stieß das Thema und die Reaktion der deutschen

Justiz bzw. der Strafverfolgungsbehörden auf Interesse, vgl. Momsen, "Murder conviction for illegal car racers could be overturned", DW.COM v. 27.2.2017; vgl. auch DW-TV-News v. 1.3.2018, <https://share.ard-zdf-box.de/s/LIgnQd34s> (zuletzt abgerufen am 6.3.2018).

⁴ Vgl. Kölner Rundschau v. 1.3.2017, abrufbar unter: www.aus-allerwelt/urteil-mit-strahlwirkung-toedliches-autorennen-raser-wegen-mordes-verurteilt-25918196 (zuletzt abgerufen am 25.1.2018); kritisch Eisele, KriPoZ 2018, 32 ff.

die sehr viel wichtigere Funktion des Strafrechts als Mittel der individuellen sozialen Intervention an einer entscheidenden Stelle in Frage. Gerade die soziale, im besten Fall integrative, Funktion des Strafrechts gerät in dem Wunsch, schnell „klare Kante zu zeigen“ aus dem Blick.⁵ Was man hier erlebt, ist eine Erscheinungsform des symbolischen Strafrechts. Nicht der Erlass eines Gesetzes, sondern die einzelne Entscheidung, die im Einzelfall besonders hoch zugemessene Strafe, wird zum Symbol, das an die Allgemeinheit gerichtet wird.⁶ Wie so häufig, wird es sehr viel mehr Mühe bereiten, die unreflektierte Preisgabe eines Differenzierungspotentials und die damit verbundene Ausweitung des Strafrechts soweit wieder einzugrenzen, dass die Fälle auf der Grenzlinie von Vorsatz und Fahrlässigkeit wieder und weiterhin adäquaten Lösungen zugeführt werden können.⁷

Glücklicherweise hat der 4. Senat am 1.3.2018 deutlich gemacht, dass in jedem einzelnen Fall der Beweis für das Vorliegen der objektiven und subjektiven Merkmale erbracht werden muss.⁸ Gleichwohl zeigen die ersten Reaktionen aus dem Lager der – vermutlich nur fürs Erste enttäuschten – Befürworter eines möglichst harten Durchgreifens, dass die Argumente des BGH die Diskussion nicht ohne weiteres werden einfangen können.⁹

Man kann eben nicht den einen, besonders krassen, Fall zwischen den Kategorien transzendieren, ohne die Kategorie neu zu definieren. Tatsächlich wird, wer dies gleichwohl unternimmt, die „eine“ Ausnahme auch weiterhin i.d.R. mit dem Kriterium der Evidenz¹⁰ zu rechtfertigen suchen. Die scheinbare Evidenz verschiebt sich damit jedoch von der Wahrnehmungs- auf die Bewertungsebene.¹¹ Evident ist dann vor allem, was dem Wertenden als richtig erscheint, also der subjektive Wertmaßstab.¹² Damit ist der wissenschaftstheoretische Begründungsrahmen des Evidenzkriteriums gesprengt. Zudem wird der zentrale Baustein eines rechtsstaatlichen Schuldstrafrechts in Frage gestellt – die individuelle Schuld des Täters, welche notwendig voraussetzt, sich einen Einblick in die Täterpsyche gerade dort zu verschaffen, wo das Verhalten besonders irrational und unverständlich erscheint. Dies mag zu einer milderer Sanktion führen oder aber auch zu einem sehr viel längeren Freiheitsentzug etwa im Fall der Sicherungsverwahrung. Fatal ist es in jedem Fall, die eigenen Wertmaßstäbe zu verabsolutieren und auf dieser Basis einer von entsprechenden festen Verhaltenserwartungen getrüben Wahrnehmung zu entscheiden.¹³

⁵ Das LG Berlin, näher s.u. II.2., spricht davon, dass kein „Raum für Schonung“ mehr vorhanden gewesen sei. Dazu Kubiciel/Hoven, NSiZ 2017, 439 (442). Vgl. aber Preuß HRRS 2017, 23; Mitsch, DAR 2017, 70; Neumann, Jura 2017, 160; Schneider; in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 212 Rn. 32a f., spricht von einem „besonders krass gelagerten Fall“ (Berlin) und mahnt im Übrigen, die „Fälle nicht über einen Kamm zu scheren“.

⁶ Vgl. dazu Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 253 ff.; Frank, ZStW 18 (1998), 734 ff. – Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt; Momsen, KriPoZ 2018, 21 ff. m.w.N.; s.u. III, IV, VIII.

⁷ Interessanterweise gab es in der Schweiz anlässlich insbesondere einer Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts bereits 2006/2007 eine ganz ähnliche emotional aufgeladene Kontroverse, dazu Mark Schweizer, Raserurteile: Verwässerung des Eventualvorsatzes, plädoyer 2/2007, 32-39.

⁸ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – LG Berlin, Rn. 18, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018).

⁹ So erklärte die Vorsitzende des 4. Senats, das Urteil werde „Erwartungen enttäuschen“, wenn man die öffentliche Diskussion zu dem Fall verfolge“, Spiegel-online v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/bundesgerichtshof-revidiert-urteil-gegen-berliner-raser-a-1196050.html> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018); nach Verkündung des Urteils erkennbar abgewogener bspw. Kubiciel, LTO v. 1.3.2018, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-4str39917-kudamm-raser-kein-mord-fahrlaessige-toetung-strassenverkehr/?r=rss> (zuletzt abgerufen am 7.3.2018); relativ unbeeindruckt dagegen noch kurz zuvor in SZ v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/panorama/interview-am-morgen-illegale-autorennen-mord-kann-es-auch-sein-wenn-die-toetung-nicht-das-ziel-ist-1.3886935> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018); differenziert nunmehr Hoven, ZEIT v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-03/bundesgerichtshof-raser-urteil-berlin/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

¹⁰ Blume, Stichwort „Evidenz“ in: Online Wörterbuch Philosophie, abrufbar unter: http://www.philosophie-woerterbuch.de/online-woerterbuch/?tx_gwbwphilosophie_main%5Betry%5D=314&tx_gwbwphilosophie_main%5Baction%5D=show&tx_gwbwphilosophie_main%5Bcontroller%5D=Lexcon&cHash=62a19b1fce598528818a6dec921b3410 (zuletzt abgerufen am 25.1.2018): „Offenbarkeit, Einsichtigkeit: dient in der Philosophie zur Bezeichnung der unmittelbaren Einsicht in die Wahrheit eines Satzes oder die Richtigkeit einer Erkenntnis. Der Evidenzbegriff bildet die Grundlage der Wahrheit in Erkenntnistheorien, die ihren Ausgangspunkt nicht bei der

menschlichen Gemeinschaft, sondern bei einem Subjekt und seinen geistigen Inhalten nimmt. Solch ein Subjekt, so nimmt beispielsweise Descartes an, verfügt über einen Schatz von ewigen Wahrheiten, die dem Subjekt angeboren sind (ideae innatae). Fällt der Blick des Subjekts auf eine dieser Wahrheiten, so wird sie klar und deutlich erkannt. Besitzt also ein gedanklicher Inhalt das Merkmal der Klarheit und Deutlichkeit, leuchtet er mit anderen Worten als evident ein, so ist er auch zugleich wahr. Evidenz wird damit der Wahrheit vorgeordnet, Wahr-Sein in Hinblick auf evident Erkanntwerden bestimmt.“

¹¹ Die Verwendung des Evidenzkriteriums auf der Wertungsebene ist häufig zu beobachten. So bspw. bei Schneider, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 34a: „Seit der Lederriemen-Entscheidung des Bundesgerichtshofs besteht kein Zweifel daran, dass solchermäßen agierende Täter bedingten Vorsatz aufweisen (BGHSt 7, 363). Diese basale Erkenntnis gilt es auch in den Fällen der Teilnahme an hochgefährlichen illegalen Autorennen fruchtbar zu machen.“ Der Verweis auf Kubiciel/Hoven NSiZ, 2017, 442, die ihrerseits das LG Berlin in Bezug nehmen, zeigt den Methodenfehler: „Fahrer, die, teils dicht nebeneinander, über rote Ampeln hinweg durch einen belebten Teil der Stadt rasen, „lieben“ ihr Fahrzeug nicht. Sie nutzen es vielmehr in einer Weise als Mittel zu ihrer Selbstverwirklichung, die „kein(en) Raum mehr für Schonung“ zulässt, wie das LG Berlin treffend formuliert.“ Soweit Indizien überhaupt erhoben wurden, weisen diese auf eine starke Affinität der Fahrer zu ihren Fahrzeugen. Das postulierte Gegenteil ist nicht „evident“ wahrnehmbar. Das subjektive Faktum auf Täterseite wird ersetzt durch die subjektive und in keiner Weise abgesicherte Wertung der Richter bzw. der Autor*innen, was es (nämlich Ihnen selbst) bedeute, das eigene Fahrzeug zu „lieben“. Eine forensische Ausnahmeregel, dass bei schweigenden Angeklagten Beweis durch Wertung zu ersetzen wäre, besteht nicht. Lediglich gewinnen Indizien gegenüber unmittelbaren Beweisen an Bedeutung (s.u. VI.3.).

¹² Insoweit stellt sich die Frage, ob die Einzelfallgerechtigkeit nicht ausnahmsweise einen absoluten Vorrang beanspruchen kann. Das Problem daran ist, dass systeminkohärente Einzelfallgerechtigkeit i.d.R. Folge einer evidenzbasierten Argumentation ist, wobei Evidenz nicht wissenschaftstheoretisch verstanden, sondern als „Offensichtlichkeit“ missinterpretiert wird. Dies öffnet die Tür für Wahrnehmungs- und Wertungsfehler (s. sogleich).

¹³ Dazu ausführlich Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht – Eine empirische Studie, Zürich, 2005; ders. Comparing Holistic and Atomistic Evaluation of Evidence, Law, Probability and Risk (2013) 1–25; Momsen/Washington, in: FS Rogall, 2018 (im Erscheinen).

II. Die Fälle

Nachfolgend werden zwei der verschiedenen sog. „Raser-Fälle“ miteinander verglichen und bewertet. Beide Fälle werfen eine Fülle von Problemen des materiellen Strafrechts und des Prozessrechts auf. Insbesondere im Bereich der Tatsachenfeststellung, der Beweiswürdigung und Argumentation stellen sich Fragen der Methodik. Daneben sind auch Grundfragen der Kriminalpolitik berührt. Viele der hier angelegten Probleme wurden in der bisherigen Diskussion nicht oder nicht ausreichend kenntlich gemacht. Das Ziel dieses Beitrags ist es, die Probleme zumindest zu benennen. Gerade die dogmatischen Fragen werden häufig nur aufgeworfen. Eine im engeren Sinne wissenschaftlich-dogmatische Auseinandersetzung kann und will der Beitrag nicht leisten, da ansonsten jeder Rahmen gesprengt würde oder eine sehr begrenzte Auswahl hätte getroffen werden müssen. Daher wird die Diskussion an dieser Stelle auch nicht systematisch aufgebaut, sondern eher punktuell angeregt, gewissermaßen im Sinne eines wissenschaftlichen Essays, gelegentlich eines wissenschaftlichen Feuilletons. Dieser Stil ist bewusst gewählt, um die Vielzahl der Fragen sowie die zwischen ihnen bestehenden Zusammenhänge, die einer Auseinandersetzung wert wären, darzustellen. Der Grund für diese Auswahl ist, dass diese beiden Fälle 2017 nahezu zeitgleich im Abstand von vier Wochen entschieden wurden und parallel dem 4. *Strafsenat* zur Entscheidung vorgelegt wurden. Die Hauptverhandlungen in Karlsruhe fanden Anfang Februar (Berlin) und Anfang März (Bremen) 2018 statt. Beide Fälle wurden am 1.3.2018 entschieden. Zudem weisen diese beiden Fälle in tatsächlicher Hinsicht, gerade die Beweiszeichen für Gegenstand und Reichweite des Vorsatzes betreffend, signifikante Unterschiede auf. Die zentrale Frage ist jedoch, ob diese Unterschiede eine kategoriale rechtliche Differenzierung rechtfertigen. Der zweite – Berliner – Fall steht im Zentrum der Analyse, da hier mit der Verurteilung wegen Mordes die Anforderungen an einen Tötungsvorsatz soweit herabgesetzt wurden, dass man durchaus von einer Zeitenwende in der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit hätte sprechen können, wenn das Urteil vom *BGH* bestätigt worden wäre. Die Diskussion wäre damit zugunsten der sog. „Möglichkeitstheorie“ entschieden worden, die dem Berliner Urteil de facto zugrunde liegt. Die stattdessen bemühte sog. „Wahrscheinlichkeitstheorie“ kann keine Kriterien anbieten, anhand derer sich ein konkreter Wahrscheinlichkeitswert feststellen ließe. Sie bleibt damit eine Spielart der Möglichkeitstheorie.¹⁴ Tatsächlich wird in den meisten Fällen, in denen von „Wahrscheinlichkeit des erkannten Erfolgseintritts“ als kognitivem Kriterium die Rede ist, das Evidenzkriterium in dem vorstehend be-

schriebenen, methodisch fehlerhaften Sinne einer normativen Offensichtlichkeit, die sich ihrerseits wesentlich aus der Vorprägung der bewertenden Person speist, angewendet.¹⁵

1. Der „Bremer Fall“¹⁶

Der Angeklagte betrieb einen Blog auf YouTube, auf dem er Videos einstellte, die mit einer Helmkamera beim Motorradfahren aufgenommen und von ihm live kommentiert wurden. Als Technikfan lebte er rund um Motorräder und verbrachte einen großen Teil seiner Zeit damit, auf dem Motorrad zu fahren und dies zu dokumentieren. In der Regel versuchte er zu nächtlichen Zeiten im Stadtgebiet von Bremen andere Motorradfahrer, vor allem aber Fahrer hochmotorisierter Autos, zu eher kurzen Wettrennen auf den Straßen zu bewegen. Ihm ging es primär darum, aus jugendlichem Übermut und Vernarrtheit in die Technik zu demonstrieren, dass er ein deutlich überlegener Fahrer war. Fehler der anderen wurden kommentiert, auch allerdings das Verhalten unbeteiligter Verkehrsteilnehmer, wenn diese sich oder ihn in Gefahr brachten. So beschrieb er bspw. einen Fußgänger, der ohne sich näher umzuschauen, auf die Straße zu laufen drohte, als so hilflos, dass er ihn jederzeit „zerlegen“ könne, erklärte dann aber, wie man als geübter Fahrer in diesen Situationen Unfälle vermeide – sowie, dass insbesondere unübte Fahrer nicht versuchen sollten, mit hohen Geschwindigkeiten durch die Stadt zu fahren. Zum verfahrensgegenständlichen Unfall kam es, als der Angeklagte zur Nachtzeit kurz sein Motorrad auf hohe Geschwindigkeit beschleunigte und dabei die erlaubte Geschwindigkeit massiv überschritt (max. 150 km/h). Danach ließ er das Motorrad „rollen“. Dabei näherte er sich einer Ampel. Obwohl die Fußgängerampel zum fraglichen Zeitpunkt auf „rot“ zeigte und andere Fußgänger stehen blieben, überquerte ein älterer männlicher Fußgänger unvermittelt die Straße. Der Fußgänger war zum Tatzeitpunkt im Bereich der eingeschränkten Schuldfähigkeit erheblich alkoholisiert. Der Angeklagte fuhr zu diesem Zeitpunkt bereits langsamer (unter 100 km/h) und konnte nicht mehr ausweichen, obwohl er nachweisbar nochmals seine Geschwindigkeit deutlich verminderte. Er traf den Fußgänger bei einer Geschwindigkeit von (nicht mehr als) 63 km/h mit tödlichen Folgen. Der Angeklagte selbst erlitt schwere Verletzungen, das Motorrad hatte einen Totalschaden.

Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage wegen Mordes – aus Habgier, besonders niedrigen Beweggründen und mit gemeingefährlichen Mitteln. Das *LG* konnte keinen Tötungsvorsatz feststellen und verurteilte den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung zu 2 Jahren und 9 Monaten Freiheitsstrafe. Die Generalstaatsanwältin in Bremen hat

¹⁴ Zur Wissenschaftlichkeit bei bedingtem Vorsatz pointiert *Walter*, *KriPoZ* 2018, 40 (bei genauer Betrachtung der Gesetzesformulierung straf-frei); ausf. *Momsen*, in: *SSW-StGB*, 3. Aufl. (2016), § 15 Rn. 15 ff.; vgl. auch *BGH*, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – *LG Berlin*, Rn. 17, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018).

¹⁵ Dem vom *LG Hamburg* am 19.2.2018 abgeurteilten Fall, in dem ebenfalls auf Mord erkannt wurde, scheint ein etwas anders gelager-

ter Sachverhalt zugrunde zu liegen, insoweit der Fahrer das Fluchtfahrzeug offenbar bewusst in den Gegenverkehr lenkte, um die verfolgenden Polizeiwagen abzuschütteln (vgl. *Welt-online* v. 19.2.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/regionales/hamburg/article173732224/Taxi-Dieb-verursacht-Unfall-Raser-von-Hamburg-wegen-Mordes-verurteilt.html> (zuletzt abgerufen am 22.2.2018)). Die Gründe dieses Urteils lagen bei Redaktionsschluss noch nicht vor.

¹⁶ *LG Bremen*, Urt. v. 31.1.2017 – 21 Ks 280 Js 39688/16 (12/16), (4 StR 311/17).

die Sache dem Generalbundesanwalt (GBA) vorgelegt mit dem Bemerkten, dass die Revision der Staatsanwaltschaft auf Weisung des Senators für Justiz und Verfassung durchgeführt werden solle. Der GBA lehnte es ab, der Revision beizutreten und beantragte Abweisung.¹⁷

2. Der „Berliner Fall“¹⁸

In der Nacht des 1.2.2016 trafen sich die beiden Angeklagten auf dem Kurfürstendamm und verabredeten mittels Gesten und lauten Motorengeräuschen, ein Autorennen den Ku'damm entlang bis zur Taubentzenstraße durchzuführen. Die beiden Angeklagten fuhren mit extrem überhöhter Geschwindigkeit und unter Missachtung von Verkehrszeichen in Richtung Gedächtniskirche. Die rund dreieinhalb Kilometer lange Strecke rasten die Angeklagten mit einer Geschwindigkeit bis zu 170 km/h entlang unter teilweiser Missachtung roter Ampeln. An der Kreuzung zur Nürnberger Straße kam es schließlich zu einem tödlichen Unfall. Ein mit deutlichen Abstand zu anderen Fahrzeugen noch bei grüner Ampelphase in die Kreuzung einfahrender Jeep wurde von dem Audi des einen Angeklagten quasi durchstoßen und rund 70 m weit geschleudert. Der Fahrer des Jeeps erlag noch am Unfallort seinen Verletzungen. Durch die Wucht des Aufpralls kollidierte der Audi des einen Angeklagten auch mit dem Mercedes des anderen Angeklagten, wobei durch die beiden Kollisionen Fahrzeugteile durch die Luft geschleudert wurden und im Umkreis von 70 m verstreut lagen. Die beiden Angeklagten erlitten lediglich leichte Verletzungen, die in seinem Fahrzeug mitfahrende Freundin des einen Angeklagten erlitt schwere Verletzungen. Die Angeklagten waren Fans hochmotorisierter Fahrzeuge und verwendeten den größten Teil ihrer Freizeit und ihres Geldes auf ihre Autos. In einem Fall stellte die Anklage fest, habe einer der Angeklagten seiner Freundin verboten, sich im Auto zu schminken, damit der Innenraum nicht beschmutzt werde.

Das LG verurteilte die beiden Angeklagten wegen Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs zu lebenslangen Freiheitsstrafen. Die Kammer kam also anders als im Bremer Fall zu dem Ergebnis, die Angeklagten hätten mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt.

3. Die Urteile des 4. Strafsenats¹⁹

Die beiden Entscheidungen des 4. Strafsenats befassen sich mit etlichen der hier angesprochenen grundsätzlichen Fragen. Explizit bestätigt wird die Bedeutung des voluntativen Vorsatzelements als rechtlich unverzichtbar und beweisbedürftig. In die richtige Richtung weist im Berliner Fall die Begründung, die Kammer habe den Tötungsvorsatz methodisch fehlerhaft in der Konstellation des sog. „dolus subsequens“ angenommen.²⁰ Indem der Senat unterstreicht, dass die Handlungsfähigkeit zum Tatzeitpunkt bzw. der Vorsatz zum Handlungszeitpunkt vorliegen muss, setzt er ein Zeichen gegen die Ersetzung von Tatsachenfeststellungen durch Zuschreibungen und für die Notwendigkeit einer Beweiserhebung auch zu subjektiven Tatsachen. Hier genau sieht der Senat auch die Qualität des Bremer Urteils sowie die „offensichtlichen“ Defizite der Berliner Entscheidung: „Die Verurteilung wegen Mordes konnte keinen Bestand haben, weil sie auf einer in mehrfacher Hinsicht rechtsfehlerhaften Grundlage ergangen ist. Der vom Landgericht Berlin festgestellte Geschehensablauf trägt schon nicht die Annahme eines vorsätzlichen Tötungsdelikts. (...) Davon abgesehen leidet auch die Beweiswürdigung der (Berliner) Strafkammer zur subjektiven Seite der Tat unter durchgreifenden rechtlichen Mängeln (...) Das Landgericht (Bremen) hat die subjektive Tatseite vielmehr auf der Grundlage einer umfassenden und sorgfältigen Gesamtschau aller hierfür maßgeblichen Umstände des Einzelfalles bewertet.“²¹

Die Tatgerichte müssen sich also weiterhin der Mühe unterziehen, den Vorsatz deliktsspezifisch festzustellen. Objektive und subjektive Tatsachen sind zu beweisen, nicht bloß als wahrscheinlich anzunehmen. Die Gerichte müssen insbesondere Zeitpunkt und Zusammentreffen der objektiven und subjektiven Strafbearbeitungsvoraussetzungen darlegen. Damit wurde die Bedeutung des Koinzidenzprinzips nochmals unterstrichen. Es erfolgt eine klare Stellungnahme zum Verhältnis von kognitivem und voluntativem Schulselement; ebenso zum Verhältnis von Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz. Damit ergibt sich, dass selbstverständlich auch ein „Raser-Fall“ vorstellbar ist, der unter § 211 StGB subsumiert werden kann. Es kommt – und das ist die entscheidende Botschaft des 4. Senats²² – darauf an, welche Beweise konkret für das Vorliegen eines spezifischen Tötungsvorsatzes zum Tatzeitpunkt vorliegen.

¹⁷ Vgl. den Antrag des GBA vom 24.7.2017, S. 1.

¹⁸ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), 35. Große Strafkammer.

¹⁹ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – LG Berlin, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018); vgl. auch Pressemitteilung v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=81300&pos=0&anz=45> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

²⁰ A.a.O., dazu unten V.1. und IX.

²¹ A.a.O.

²² BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – LG Berlin, Rn.18: „Die

Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts sind jedoch keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an (vgl. BGH, Urt. v. 15.10.1986 – 2 StR 311/86, BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 1 – Willenselement; Beschl. v. 7.3.2006 – 4 StR 25/06, NStZ 2006, 446). Dabei hat der Tatrichter die im Einzelfall in Betracht kommenden, einen Vorsatz in Frage stellenden, Umstände in seine Erwägungen einzubeziehen (vgl. BGH, Urt. v. 26.11.2014 – 2 StR 54/14, NStZ 2015, 516 (517); Beschl. v. 10.7.2007 – 3 StR 233/07, NStZ-RR 2007, 307; v. 27.8.2013 – 2 StR 148/13, NStZ 2014) <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018).

III. Struktur, Gegenstände und Ziele der Analyse

Dieser Beitrag versteht sich nicht als Besprechung der genannten Gerichtsurteile. Vielmehr geht es um eine Urteilsanalyse im weiteren Sinne. Ihr Gegenstand sind mögliche methodische Schwächen und Auslegungsdefizite, nicht zuletzt aber auch das Auftreten und mögliche Gründe für Wahrnehmungsverzerrungen, welche zu einer einseitigen Interpretation und Bewertung von Beweisen und Indizien führen können sowie dazu, Fakten gänzlich zu ignorieren.

Dabei muss man sich der Natur einer Urteilsbegründung bewusst sein. Feststellungen und Gründe eines Urteils müssen – wie eine Erzählung – in sich geschlossen und schlüssig sein. Daher wird man im Allgemeinen dazu neigen, erst auf zweiter Argumentationsebene darzulegen, warum alternative Deutungsmöglichkeiten nicht gleichermaßen überzeugend sind. Gleichwohl zwingt § 261 StPO dazu, diese zu würdigen. Auch wenn also eine Urteilsbegründung naturgemäß nicht die Objektivität eines Gutachtens haben muss, so lassen sich doch aus dem was gesagt wird, wie es gesagt wird und vor allem daraus, was ggf. nur angedeutet oder gar nicht gesagt wird, Rückschlüsse auf potentielle methodische Defizite ziehen.²³ Teilweise liegen diese auch offen zutage. Bei alledem erzählt auch dieser Beitrag eine Geschichte, denn es geht darum, potentielle methodische Fehler in der Urteilsentstehung, Argumentation und Begründung kohärent darzustellen. Die Urteile sind insoweit Mittel zum Zweck. Bei aller Kritik handelt es sich doch um methodisch durchschnittliche Urteile. Nachfolgend steht der eigentlich problematische Berliner Fall im Vordergrund. Er dient gleichsam als Schablone, vor deren Hintergrund einige Aspekte des Bremer Falls diskutiert werden.²⁴

IV. Der rechtspolitische Rahmen

1. Der ursprüngliche rechtspolitische Hintergrund – Strafraumen und Symbolik

Die Mordanklagen sind in beiden Fällen auf den beschränkten Strafraumen des Tatbestands der fahrlässigen Tötung zurückzuführen. Wenn § 222 StGB maximal 5 Jahre Freiheitsstrafe androht, so muss dieser Strafraumen auch für fahrlässige Mehrfachtötungen ausreichend sein. D.h. die realistische Straferwartung in Fällen wie den vor genannten liegt bei 3 – 4,5 Jahren. Dies erscheint vor allem der Presse und Öffentlichkeit viel zu wenig angesichts

der Leichtsinnigkeit und vor allem Sinnlosigkeit von Autorinnen, welche keinerlei gesellschaftlichen Nutzen haben. Das Berliner Urteil wurde daher auch als Hilferuf an den Gesetzgeber²⁵ verstanden, eine Interpretation, welcher das Gericht soweit ersichtlich nicht entgegengetreten ist. Man kann sich fragen, ob ein solches Signal richtigerweise über die Verurteilung zu lebenslanger Haft transportiert werden sollte.²⁶ Allerdings lässt sich auch die Vermutung entnehmen, dass die Richter vielleicht anders geurteilt hätten, wenn es den neuen § 315d StGB (unten 2.) schon gegeben hätte.

Wenn diese Intention tatsächlich die Beweiswürdigung beeinflusst haben sollte, so würden verschiedene methodische Probleme zusammentreffen. Im Ergebnis läge dem Urteil eine spezifische Form des symbolischen Strafrechts zugrunde: Einerseits zeigt sich das Urteil selbst als Symbol des Wunsches der *Kammer*, derartige Abweichungen von der allgemein erwarteten Verhaltensnorm besonders sichtbar zu sanktionieren, also ein Symbol der Härte zur Beruhigung der Bevölkerung. Andererseits zeigt sich aber auch eine Botschaft an den Gesetzgeber, den juristischen – und wohl auch medialen Druck von den Gerichten zu nehmen. Da es bei diesen primär generalpräventiv ausgerichteten Signalen insoweit nicht auf die konkreten Befindlichkeiten der Angeklagten ankommt, war die Versuchung groß, konkrete Tatsachen u.a. durch Wahrscheinlichkeitsannahmen und Verhaltenserwartungen zu substituieren. Dass beides zwar nachvollziehbare aber keine legitimen Strafzumessungserwägungen sind, die überdies zu fehlerhaften Beweiswürdigungen und Schlüssen führen können, wird nachfolgend näher dargelegt.²⁷

Wäre ein Tötungsvorsatz begründbar, sind Autos oder Motorräder nach insoweit einhelliger Rechtsprechung in fast allen Fällen als sog. „gemeingefährliches Mittel“ im Sinne des Mordtatbestands anzusehen. D.h. der Täter kann kaum steuern, wie viele Opfer er letztlich verursachen wird. Wäre das getroffene Fahrzeug im Berliner Fall ein voll besetzter Kleinbus gewesen, hätte es möglicherweise 5-6 Opfer gegeben. Zu beeinflussen war das für die Angeklagten im Tatzeitraum des Tötungsdelikts nicht (mehr). Damit ist die Strafraumenalternative zu „bis zu 5 Jahren“ nur noch „lebenslang“, da § 211 StGB anwendbar wäre. Hier hätte die Reform der Tötungsdelikte Abhilfe schaffen können.²⁸ Der relativ gelungene Entwurf des BMJV scheiterte aber aus politischen Gründen, da den Koalitionsparteien angesichts einer angenommenen punitiven Stimmung in der Bevölkerung der Mut fehlte, die

²³ *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987, S. 59 ff., 121 ff.; *Alfred J. Ayer*, Sprache, Wahrheit und Logik, 1987, S. 117 ff., 200 ff. („Veranschaulichung der Gefahr, linguistische Propositionen in der Tatsachenterminologie auszudrücken“); *Grewendorff/Ellscheid/Seibert*, in: Grewendorff (Hrsg.) Rechtskultur als Sprachkultur – zur forensischen Funktion der Sprachanalyse, 1992, S. 11 ff., 275 ff., 332 ff.; *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 13 ff. (zur logischen Analyse juristischer Entscheidungen).

²⁴ Auch die Mordmerkmale waren umstritten. Vor allem ob neben dem Fahrzeug als „gemeingefährlichem Mittel“ auch noch „besonders niedrige Beweggründe“ oder gar, wie die Bremer Anklage aus unerfindlichen Gründen meinte, „Habgier“ vorliegen konnte. § 211 StGB wird nachfolgend jedoch keiner näheren Betrachtung unterzogen.

²⁵ Kölnische Rundschau v. 1.3.2017, abrufbar unter: <http://www.rundschau-online.de/region/koeln/raserurteil-die-koeln>

e...ihr-vorgehen-aendem-25941386?originalReferrer=&originalReferrer= (zuletzt abgerufen am 2.2.2018).

²⁶ Vgl. dazu die Statements von *Schmitz*, *Momsen*, *Roxin* in NZZ v. 24.1.2017, S. 36.

²⁷ Zu Erscheinungsformen und methodischen Problemen symbolischen Strafrechts vgl. *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 253 ff.; *Frommel*, in: vorgänge 212 (4/2015), S. 107 ff.; vgl. http://www.humanistische-union.de/nc/publikationen/vorgaenge/online_artikel/online_artikel_detail/back/vorgaenge-212/article/symbolisches-strafrecht/, (zuletzt abgerufen am 18.2.2018); *Frank*, ZStW 18, 734 ff.; *Momsen*, KriPoZ 2018, 21 ff. m.w.N.; s.u. IV, X.

²⁸ In diesem Punkt kann *Hoven*, FAZ-Einspruch v. 31.1.2018, abrufbar unter: <http://einspruch.faz.net/einspruch-magazin/2018-01-31/a4a2340aa08d0c64f02dc90c820df411/?GEPC=s5> (zuletzt abgerufen am 1.2.2018), nur nachdrücklich zugestimmt werden.

verfassungsgerichtlich seit Jahren abgesicherte Vollzugspraxis gesetzlich auszugestalten.²⁹

2. Der aktuelle rechtspolitische Hintergrund – § 315d StGB als milderes Gesetz i.S.d. § 2 Abs. 3 StGB?

Eine Lösung des Strafrahenproblems schafft der neue § 315d StGB – Verbotene Rennen mit Kraftfahrzeugen.³⁰ Auch dieser ist ein typisches Produkt der hektischen Strafgesetzgebungsphase vor dem Ende der vergangenen Legislatur und technisch nicht vollends geglückt.³¹ Wenigstens würde die Norm im Berliner Fall *prima vista* auch bei „nur“ fahrlässiger Verursachung des Todes eine Strafe bis zu 10 Jahren ermöglichen.³² Auf diese Weise ist die oben beschriebene Sanktionslücke zwischen § 222 StGB und §§ 212/211 StGB geschlossen. Damit ist gewissermaßen nachträglich ein zentraler Grund für die Anwendung des Mordtatbestands entfallen.

Nicht nur materiell-strafrechtlich, sondern auch verfassungsrechtlich interessant ist allerdings, ob nicht die zwischenzeitliche Einführung eines milderen Gesetzes im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu berücksichtigen wäre. Das Rückwirkungsverbot („*nullum crimen sine lege scripta*“) des § 1 StGB greift wegen § 2 StGB nicht bei begünstigenden Gesetzesänderungen ein.³³ Allerdings gilt entspr. § 2 Abs. 3 StGB das mildere Gesetz, wenn das Gesetz, welches bei Begehung der Tat galt, bis zur letztinstanzlichen Entscheidung geändert wird.

Führt jedoch der zwischenzeitlich eingeführte § 315d StGB tatsächlich zur Anwendung des § 2 Abs. 3 StGB? Was unter „Gesetz“ i.S. des § 2 StGB zu verstehen ist, ist umstritten, Konsens besteht dahin, dass der Begriff weit ausgelegt werden kann.³⁴ Milder ist ein Gesetz, wenn sich bei Kontinuität des Unrechtstypus die Rechtsfolge zugunsten des Täters verändert.³⁵ Dieses vage Kriterium kann so interpretiert werden, dass § 2 Abs. 3 StGB anwendbar ist, wenn „durch die inhaltliche Veränderung das auf die konkrete Sachverhaltskonstellation bezogene Verbot oder Gebot, das hinter den Straftatbeständen steht, dieselbe Aussage (...) für den Täter trifft.“³⁶ Ein Problem liegt darin, dass kein bestehendes Gesetz verändert oder aufgehoben und durch ein neues ersetzt wurde.³⁷ § 2 StGB kann also überhaupt nur dann zur Anwendung kommen, wenn man das darin enthaltene Meistbegünstigungsprinzip so versteht, dass die für ein bestimmtes Verhalten geltenden Gesetze in Bezug auf ihre Rechtsfolge zusammen zu bewerten sind. Da die Konstellation einer neuen zusätzlich anwendbaren Norm zwischen Abs. 1 und Abs. 3 liegt, wird nachfolgend die Anwendbarkeit des Abs. 3 zunächst

hypothetisch unterstellt, da eine Strafflosigkeit nach Abs. 1 eine vollständige Ersetzung voraussetzen würde, wohingegen hier nur eine modifizierende Ergänzung vorliegt.

Zunächst ist § 2 Abs. 3 StGB auf die Herbeiführung des Todes, nicht die Durchführung des Rennens zu beziehen. Im Verhältnis zu § 222 StGB ist § 315d StGB kein milderes Gesetz. Zwar ist er in der Rechtsfolge gegenüber § 211 StGB eindeutig ein milderes Gesetz, jedoch sind die Anwendungsvoraussetzungen nicht identisch. D.h., wenn man davon ausginge, es liege ein Tötungsvorsatz vor, spielt die Neueinführung des § 315d StGB im Prinzip keine Rolle.

Anders sähe es hingegen aus, wenn auf die übergreifende Bewertungsgrundlage für die Zurechnung des Todeserfolgs abzustellen wäre, also §§ 211 und 315d StGB nicht als einander ausschließende Alternativen zu betrachten wären. Würde § 2 Abs. 3 StGB in dieser Weise Ausdruck des Meistbegünstigungsprinzips sein, müsste die Frage in der Revisions- oder Folgeinstanz³⁸ bewertet werden. Wiederum könnte man daran denken, dass das Urteil hierauf im Strafausspruch nicht beruhen kann, wenn § 211 StGB zur Anwendung gelangt, weil sich an der lebenslangen Freiheitsstrafe nichts ändert. Gleichwohl würde damit eventuell der Grundgedanke der Meistbegünstigung aus rein formalen Gründen missachtet. Denn es ist gerade nicht auszuschließen, dass die Beweiswürdigung zum Vorsatz im Urteil anders ausgefallen wäre, wenn dem Gericht eine Vorschrift zur Verfügung gestanden hätte, welche explizit Anwendung finden soll auf extrem gefährliches Verhalten im Straßenverkehr in der besonderen Situation eines verbotenen Rennens mit Kraftfahrzeugen (§ 315d Abs. 1 Nr. 2 i.V. Abs. 5 Alt. 1 StGB – Berliner Fall). Ähnliches gilt bzgl. des Versuchs, grob verkehrswidrig und rücksichtslos eine „höchstmögliche“ Geschwindigkeit zu erreichen (§ 315d Abs. 1 Nr. 3 i.V. Abs. 5 Alt. 1 StGB).³⁹ Daher könnte es dem Sinn des § 2 Abs. 3 StGB zuwiderzulaufen, die neuen Gesetze als nicht entscheidungserheblich einzuordnen. Diese Gesetze wurden gerade geschaffen für Situationen wie den Berliner oder den Bremer Fall.⁴⁰ Wenn dem so ist, dann kann wohl auch nicht ausgeschlossen werden, dass die neuen tatsächlichen Feststellungen sich auf die Annahme eines Tötungsvorsatzes ausgewirkt hätten. Gleichwohl: So sinnvoll es mit Blick auf den Ausgangspunkt der Diskussion um die „Raser-Fälle“ erschiene, § 315d StGB ggf. in der neuen Tatsacheninstanz anzuwenden, wäre dies eine weitreichende Neuinterpretation des § 2 Abs. 3 StGB. Sie würde auch nicht nur meistbegünstigend wirken. Denn für den Fall, dass die neue *Kammer* keinen Tötungsvorsatz feststellen

²⁹ Dass diese spontan-emotional gesteuerten Strafbedürfnisse gerade für den hier zu diskutierenden Fall des bedingten Vorsatzes in der Sozialpsychologie keinen Rückhalt finden, legt überzeugend dar *Walter*, KriPoZ 2018, 41 mit Verweis auf *Carlsmith/Darley/Robinson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 83, 2002, S. 284–298 (286); *Robinson*, *Intuitions of Justice and the Utility Desert*, 2013, S. 49 ff., 84; *ders.* und *Darley*, *Justice, Liability and Blame, Community Views and the Criminal Law*, 1995, S. 157 ff.; jew. m.w.N.

³⁰ Umfassend *Eisele*, KriPoZ 2018, 32 ff.; vgl. auch *Walter*, KriPoZ 2018, 40 ff.

³¹ Näher *Dahlke/Hoffmann-Holland*, KriPoZ 2017, 35 ff. u. 306 ff. und *Eisele*, KriPoZ 2018, 32 ff.

³² BT-Drs. 18/10145, S. 7, 9.

³³ *Satzger*, in: SSW-StGB, § 1 Rn. 55; § 2 Rn. 19 ff.

³⁴ BGHSt 20, 177 ff.; *Satzger*, in: SSW-StGB, § 2 Rn. 4 m.w.N.

³⁵ BGHSt 26, 167 ff.

³⁶ *Satzger*, in: SSW-StGB, § 2 Rn. 21.

³⁷ Bei Aufhebung und Ersetzung durch eine mildere Norm würde die Folge prinzipiell Strafflosigkeit sein (Abs. 1), Abs. 3 wäre nicht anwendbar, *Schmitz*, in: MüKo-StGB, § 2 Rn. 28; *Satzger*, in: SSW-StGB, § 2 Rn. 19.

³⁸ BGHSt 20, 77; *BGH*, NJW 1999, 556; *Satzger*, in: SSW-StGB, § 2 Rn. 20.

³⁹ Vgl. oben 2.

⁴⁰ S. auch *Eisele*, KriPoZ 2018, 32.

kann, wäre der anwendbare Strafrahmen anderenfalls der des § 222 StGB.

V. Mittäterschaft

1. Die zeitliche Dimension des Vorsatzes (1)

Im Berliner Fall spielt die Frage der Mittäterschaft der Teilnehmer eines Autorennens eine spezifische Rolle, im Bremer Fall gibt es nur einen Täter.

a) Mittäterschaft bei nicht konvergenten Delikten und strukturell notwendiger Beteiligung einer weiteren Person

Wenn beide Fahrer wie vom Berliner Gericht angenommen, als Mittäter gehandelt hätten, hätten sie auf der Basis eines gemeinsamen Tatentschlusses das Opfer in funktionalem Zusammenwirken töten müssen. Wiederum ist es von zentraler Bedeutung, objektiv wie subjektiv zwischen dem Rennen und der Tötung zu differenzieren. Komplex ist die Frage, ob, und wenn ja, wann überhaupt ein solcher gemeinsamer Plan bei zwei Akteuren entstehen kann, die nicht mit- sondern gegeneinander agieren. Denn die hier vorliegende Konstellation ist nicht die eines Konvergenzdelikts.⁴¹

Liest man juristische Stellungnahmen in der Tagespresse, ist die Sache offensichtlich ganz einfach: „Da es sich bei den Rennteilnehmern um Mittäter handelt, genügt es, wenn die Fahrer einen Unfall durch den jeweils anderen für möglich halten und sich damit abfinden“.⁴² Tatsächlich ist diese Aussage aber, vermutlich der Gedrängtheit des Mediums geschuldet, redundant. Gleichwohl mag sie auf den ersten Blick vielleicht sogar für juristisch geschulte Leser überzeugend wirken. Jedoch geht es bei § 25 Abs. 2 StGB um die Zurechnung objektiver Tatbeiträge. Erst auf dieser Basis lässt sich der jeweilige Vorsatz der Beteiligten sowie ggf. ein gemeinsamer Tatentschluss bestimmen. Zudem wird wieder der Entschluss zum Rennen mit dem zur Tötung verquickt. Wie der Alleintäter muss auch jeder Mittäter für sich den Erfolg „wollen“ bzw. in Kauf nehmen. Will man nur, dass ein anderer den Erfolg herbeiführt, liegt ein Gehilfenvorsatz näher.⁴³ Versucht man das Ganze auf dem Boden der sog. „Tatherrschaftslehre“ zu lösen, zeigt sich zudem noch deutlicher, dass nicht der Tatvorsatz dem Mittäter zugerechnet wird, sondern der funktionale objektive Beitrag.

Die Rechtsprechung verlangt entweder ein eigenes Interesse an der Tat oder die Vorstellung der Beherrschung des Tatgeschehens („Wille zur Tatherrschaft“). So scheint

der *BGH* in einigen Fällen für die Mittäterschaft auch auf Kriterien der Tatherrschaft abzustellen.⁴⁴ Dagegen wird in anderen Fällen auf die Interessentheorie zurückgegriffen und das Eigeninteresse als Voraussetzung der Mittäterschaft in den Vordergrund gestellt.⁴⁵

Freilich muss es diesen Entschluss selbst im Hinblick auf das Rennen erst einmal nachweisbar geben. Im Berliner Fall fuhren die Täter ein verbotenes Autorennen. Dies bedingt einerseits, dass es einen weiteren Fahrer gibt, andererseits haben beide nicht dasselbe Ziel. Jeder will selbst als erster die Ziellinie überfahren, muss also schneller als der andere sein und den Sieg beim Rennen nur für sich erreichen wollen. Auch bei einem olympischen 100m Sprint wird man nicht ernsthaft formulieren, die Athleten wollten mittäterschaftlich das Rennen gewinnen. Vielmehr ist die Grundstruktur hier kompetitiv. Wer gewinnen will, kann aber nicht für sich zugleich den Unfall in Kauf nehmen, der einen Sieg unmöglich macht.⁴⁶ Wer lediglich (hypothetisch) in Kauf nehmen würde, dass der Gegner den Unfall verursacht, weil er dann selbst gewinnen kann, hätte keinen eigenen Tötungsvorsatz, sondern wiederum, wenn überhaupt, Gehilfenvorsatz.⁴⁷ Es fehlt also bereits an der Zurechnungsgrundlage eines Tötungsdelikts in Mittäterschaft.

Aber selbst, wenn man diese Hürde einstweilen beiseiteschiebt, bleiben weitere Fragen zu klären. Da sich diese Struktur in Bezug auf das Wollen ersichtlich auch auf das Eintreffen an bestimmten Wegpunkten auf der Strecke auswirkt, sind beide Punkte relevant. Bei einer insoweit nicht konvergenten Tatausführung stellt sich objektiv, vor allem aber subjektiv, die Frage, ob zwei Täter, die „kompetitiv“ gegeneinander ein Rennen fahren, Mittäter im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB sein können. Nur dann wäre im Berliner Fall dem Angeklagten, der selbst das Opfer mit seinem Pkw nicht traf, der Todeserfolg zuzurechnen. Auch diesbezüglich wird allerdings in der Tagespresse erläutert, warum das kein Problem ist: „Hier wird man kaum argumentieren können, dass der Täter auf die sichere Fahrweise eines ihm weitgehend unbekanntem Kontrahenten vertraut hat“.⁴⁸ Soll also, auch wenn ein Fahrer selbst von seiner Fahrweise überzeugt war und für sich davon ausging, jeden Unfall vermeiden zu können, ihm im Wege des § 25 Abs. 2 StGB ein Tötungsvorsatz „zugerechnet“ werden, weil er nicht gleichermaßen darauf vertrauen konnte, dass der Kontrahent ebenso fahrtüchtig war, also vielleicht weniger „sicher“ Unfälle vermeiden konnte? Die zentralen methodischen Einwände seien nur kurz aufgezählt: (1) Es fehlt eine Feststellung dazu, welche Vorstellung beide vom Fahrvermögen des anderen hatten. (2) Liegt dem die Überlegung zugrunde, wer glaube, er sei

⁴¹ *Geppert*, Jura, 2011, 31; *Murmann*, in: SSW-StGB, Vor §§ 25 ff. Rn. 20.

⁴² A.a.O.

⁴³ Dazu *Joecks*, in: MüKo-StGB, § 25 Rn. 6.

⁴⁴ *Joecks*, in: MüKo-StGB, § 25 Rn. 6, mit Verweis auf *BGH*, NJW 1979, 1721; NSz 1982, 27; NSz 1984, 413; NJW 1985, 1035; NJW 1986, 77; NSz 1987, 224; NJW 1987, 2881; NSz 1987, 364; NSz 1988, 507; so auch *Roxin*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2011), § 25 Rn. 27 ff., 31.

⁴⁵ *Joecks*, in: MüKo-StGB, § 25 Rn. 6 f., mit Verweis auf StV 1983, 501; StV 1983, 461; NSz 1984, 423; NSz 1985, 165; StV 1986, 384; NSz 1990, 130.

⁴⁶ Vgl. *Willumat*, Strafbarkeit wegen Mordes im Fall der sog. Ku'damm-Raser – konsequente Vorsatzdogmatik oder bloßes kriminalpolitisches Statement? FU-Law-Clinic Blog v. 27.11.2017, S. 5, abrufbar unter: http://www.jura.fu-berlin.de/studium/lawclinic/blog/Blog/Beitrag_Willumat/index.html, (zuletzt abgerufen am 19.2.2018).

⁴⁷ Eine mittelbare Täterschaft kann hier nicht als Mittäterschaft gedacht werden. Überdies fehlen auch hier tatsächliche Anhaltspunkte.

⁴⁸ *Hoven*, FAZ – Einspruch v. 31.1.2018, abrufbar unter: <http://einspruch.faz.net/einspruch-magazin/2018-01-31/a4a2340aa08d0c64f02dc90c820df411/?GEPC=s5> (zuletzt abgerufen am 15.2.2018).

der bessere Fahrer und werde gewinnen, vertraue in Bezug auf das eigene Verhalten darauf, dass alles gut gehen werde, könne dasselbe aber nicht hinsichtlich des Gegners, so spricht dies doch gerade gegen einen eigenen Tötungsvorsatz. (3) Mittäterschaft bedeutet Zurechnung fremder Tatbeiträge. Dies geschieht hier gerade nicht. Vielmehr wird dem einen Fahrer kein objektiver Tatbeitrag zugerechnet, sondern gleichsam eine Vorstellung bezüglich der Fähigkeiten des anderen unterschoben, für die es keine Anhaltspunkte gibt. Schon gar nicht dafür, dass der andere eher eine Kollision in Kauf genommen habe – oder gibt es einen allgemeinen Regelsatz, dass, wer weniger gut fährt, eher einen Unfall in Kauf nimmt? Wenn ja, dann wird der Straßenverkehr künftig ein sehr heikles Unterfangen. Demnach (4) wird hier die Mittäterschaft quasi auf den Kopf gestellt. Wenn für sich betrachtet jeder geglaubt hat, er könne einen Unfall vermeiden, so kann aus dieser Fahrlässigkeit nicht über § 25 Abs. 2 StGB Vorsatz werden, selbst wenn jeder einen dolus eventualis bzgl. der Erfolgsherbeiführung durch den anderen hätte. Mittäterschaft wirkt nicht vorsatzbegründend für den Fahrlässigkeitstäter. Der 4. Senat stellt glücklicherweise auch insoweit klar heraus, dass es überdies wiederum an der deliktsspezifischen Begründung des Tatenschlusses fehlt: „Aus den Urteilsfeststellungen ergibt sich nämlich nicht, dass die Angeklagten ein Tötungsdelikt als Mittäter begangen haben. Dafür wäre erforderlich, dass die Angeklagten einen auf die Tötung eines anderen Menschen gerichteten gemeinsamen Tatentschluss gefasst und diesen gemeinschaftlich (arbeitsteilig) ausgeführt hätten. Die Verabredung, gemeinsam ein illegales Straßenrennen auszutragen, auf die das Landgericht abgestellt hat, hat einen anderen Inhalt und reicht für die Annahme eines mittäterchaftlichen Tötungsdelikts nicht aus. Vielmehr hat es insoweit nur darauf verwiesen, dass „ein Kräftemessen mittels eines Autorennens/Stechens naturgemäß ein von einer gemeinsamen Tatherrschaft getragenes Verhalten“ (UA 49) darstellt. Die erforderliche Anknüpfung dieser Erwägungen an ein vorsätzliches Tötungsdelikt findet sich im Rahmen der Prüfung der Mittäterschaft nicht. Dass die Angeklagten den Entschluss gefasst hätten, einen anderen durch gemeinschaftliches Verhalten zu töten, lässt sich dem Urteil an keiner Stelle entnehmen.“⁴⁹

b) Zeitpunkt der Fassung eines deliktsspezifischen gemeinsamen Tatenschlusses

Wie sich die Fassung des gemeinsamen Tatenschlusses

zur Tötung anderer Menschen – deliktsspezifisch! – darstellen könnte, ist ein komplexes Zurechnungsproblem.⁵⁰ Hinzu kommen Fragen im Bereich der spontanen Fassung eines Tatplans. Hierfür wäre zunächst ein Indiz für den relevanten Zeitpunkt zu benennen. Da soweit erkennbar vor dem Beginn des Rennens keine nachgewiesene Kommunikation stattfand, kommt ein früherer Zeitpunkt nicht in Betracht.⁵¹ Zwar kann ein gemeinsamer Tatplan auch sehr spontan gefasst werden. Jedoch bedingt gerade eine beschränkte, häufig nonverbale Kommunikation, dass der Hinzutretende (der sich der Aufforderung, mitzumachen, anschließt) den wesentlichen Sachverhalt erfasst. Das mag man für das Rennen an sich wohl zugeben. Eine vergleichbare Entschlussfassung im Hinblick auf die – zu diesem Zeitpunkt nicht, bzw. wenn überhaupt, nur am Rande des Bewusstseins vorhandene Vorstellung, dass andere Menschen an Leib oder Leben gefährdet werden könnten, ist in concreto nicht vorstellbar. Gerade durch die spontane Entschlussfassung zum Rennen werden weitergehende Reflektionen über ein tragisches Ende unwahrscheinlicher. Die Kammer hat sich ohnehin weitgehend darauf beschränkt, den Entschluss zum Rennen zu begründen. Die zwingend notwendige Differenzierung zum Tötungsvorsatz erfolgt nicht. Damit verschiebt sich der Zeitpunkt, zu welchem ein Tatentschluss zur Tötung gefasst werden konnte, auf konkrete Situationen während des Rennens. Selbst wenn man die Erkenntnis des ersten der beiden Fahrer als Zeitpunkt möglicher Zurechnung annehmen würde, muss die Unfallsituation in irgendeiner Weise visualisiert worden sein. Zu diesem Zeitpunkt war es nicht mehr möglich, den Erfolgseintritt durch Ausweichen zu verhindern. Hierbei handelt es sich nicht um eine „Spitzfindigkeit“ der Senatsvorsitzenden, „die nicht über das eigentliche Problem hinwegtäuschen“ könne.⁵² Im Gegenteil ist es notwendig, zu differenzieren, zu präzisieren – und Tatsachen festzustellen.

2. Ersetzung des Vorsatznachweises im Einzelfall durch probabilistische Zuschreibung

Diese Notwendigkeit zu differenzieren, gerät aus dem Fokus, wenn der Zeitpunkt der Entschlussfassung im Hinblick auf die Todesherbeiführung nicht präzisiert wird. Hierfür wiederum ist, wie nachfolgend genauer dargelegt wird, u.a. ursächlich, dass der Vorsatz auf ein kognitives Element im Sinne einer generalisierenden Vernünftighkeitsannahme reduziert wird (i.S. eines allgemein voraus-

⁴⁹ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – LG Berlin, Rn. 28, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018); vgl. auch Pressemitteilung v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=81300&pos=0&anz=45> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

⁵⁰ Näher Murmann, in: SSW-StGB, § 25 Rn. 38 m.w.N.

⁵¹ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – LG Berlin, Rn. 3, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018).

⁵² So aber wiederum Hoven, in LTO v. 10.2.2018, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/berliner-raserfall-bgh-zeitpunkt-vorsatz-toetung-mord-mittaeterschaft/> (zuletzt abgerufen am 15.2.2018). Weiter ist zu lesen: „Den Angeklagten im "Berliner

Raser-Fall" vergleichbar ist ein Täter, der den Stein rollt, obwohl er weiß, dass möglicherweise Menschen am Fuße des Berges stehen und dass er, wenn der Stein erst einmal rollt, keine Möglichkeit mehr haben wird, ihre Tötung zu verhindern. Ebenso wie die Renn Teilnehmer weiß der Täter hier nicht, ob tatsächlich ein anderer getroffen werden wird – da dies jedoch allein vom Zufall abhängt, hofft er vielleicht auf das Ausbleiben eines Erfolges, vertraut aber nicht darauf. Alle Voraussetzungen des bedingten Vorsatzes sind damit im Zeitpunkt der Tathandlung erfüllt. Dass der Täter erst nachdem der Stein eine Weile rollt sicher weiß, dass er einen Menschen treffen wird, ändert daran nichts.“ Statt vieler naheliegender Einwände sei nur gefragt, woraus ohne weitere Nachweisbedürftigkeit folgt, dass wer auf einen Ausgang hofft, nicht auch darauf vertraut, noch dazu, wenn doch dessen Eintritt (wenn überhaupt) nur als möglich erkannt wird? Zur damit ebenfalls in Bezug genommenen Konstellation des „dolus subsequens“, s.u. 3. u. IX.

gesetzten Wissens). Dann aber geht es nicht um eine subjektive Tatsache, deren Vorliegen zum Tatzeitpunkt beweisbedürftig ist.⁵³ Ebenfalls mitursächlich ist, dass eine deliktsspezifische Differenzierung des Vorsatzes nicht konsequent durchgehalten wird. Dass die Berliner Fahrer vorsätzlich ein Autorennen durchführten, ist aufgrund weitgehend erkennbarer Tatsachen und einer insoweit zur Überzeugungsbildung geeigneten Beweiswürdigung argumentativ gut abgesichert. Nur: Gegenstand der Diskussion ist der Vorsatz, einen anderen Menschen zu töten. Die Beweise für das eine sind in der Mehrzahl nicht einmal schwache Indizien für das andere. Es bedarf also deliktsspezifischer Feststellung, Beweiswürdigung und rechtlicher Argumentation. Statt aber, wie deshalb notwendig, den (Er-) Kenntnisstatus der Fahrer zum Tatzeitpunkt zumindest mit konkreten Indizien abzusichern, schreibt die Kammer den Fahrern bestimmte Eigenschaften zu, die nach ihrer Ansicht bspw. Fahrer hochmotorisierter Autos üblicherweise haben und schlussfolgert hieraus, was die beiden Angeklagten zum Tatzeitpunkt für einen Erkenntnishorizont gehabt haben sollten.

Derartige Eigenschaften weisen Personen üblicherweise bereits weit im Vorfeld des eigentlichen tatbestandlichen Verhaltens auf. Damit wird das Wesen des Vorsatzes in extremer Weise modifiziert, generalisiert und normativiert. Wie sich erweisen wird, transzendiert das zeitlich gebundene Faktum Vorsatz zu einer probabilistischen Prognose. Wahrscheinlichkeitsaussagen sind zwar nützlich zum Verständnis oder zur Modellierung komplexer Systeme, denn oftmals können keine bestimmten Sachverhalte festgestellt werden. Allerdings können in diesen Fällen i. d. R. nur absolute oder relative, genaue oder ungefähre Wahrscheinlichkeitsbewertungen angegeben werden; es sind also nur Wahrscheinlichkeitsaussagen möglich darüber, was rechnerisch zu erwarten wäre. Solche Aussagen ermöglichen im Allgemeinen keine Bestimmung von Einzelfällen, vielmehr handelt es sich um statistische Aussagen über regelmäßig stattfindende Ereignisse.⁵⁴ Ganz konkret: Die Beweisfrage „nahmen die Fahrer zum relevanten Zeitpunkt in Kauf?“ wird ersetzt durch „nehmen Fahrer ein solches Ereignis üblicherweise mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit in Kauf?“.

Dementsprechend ist diese Vorgehensweise zur Bestimmung des konkreten Tatvorsatzes ungeeignet, denn sie ermöglicht lediglich eine statistische Aussage über die Wahrscheinlichkeit, dass ein bestimmtes Ereignis eintreten könnte. Sie ist aber gerade nicht zur Vorhersage konkreter Einzelereignisse verwendbar.⁵⁵ Methodisch schließt dies auch eine Reproduktion des konkreten Ereignisses aus. Daran ändert sich auch nichts, wenn man sich

in (fehlerhafter) Anwendung des Evidenzkriteriums darauf beruft, die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit mit der Möglichkeitstheorie durchführen zu wollen.⁵⁶ Die Begründungsebene der Wahrscheinlichkeit ist eine ganz andere. Während man dort behauptet, wer mit x% Wahrscheinlichkeit erkenne, dass ein Erfolg eintreten werde, handele vorsätzlich, heißt es hier, mit y% Wahrscheinlichkeit lag statistisch gesehen Vorsatz vor. Das Ergebnis kann immer nur lauten: Mit der Wahrscheinlichkeit von z% hat der Angeklagte vorsätzlich gehandelt.⁵⁷ Darauf ein Urteil zu stützen, wäre ein Verstoß gegen den Grundsatz in-dubio-pro-reo.

3. Die zeitliche Dimension des Vorsatzes und ihre Bedeutung für das Schuldprinzip – „*dolus antecedens*“, „*dolus subsequens*“ und „*Koinzidenzprinzip*“

Die Ersetzung festzustellender konkreter Tatsachen durch Zuschreibung probabilistischer Aussagen führt zu einem weiteren Problem, das auch in der Berliner Entscheidung angelegt ist. Die statistische Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Bewusstseinszustands kann nicht hinreichend situationsspezifisch erfolgen. In Ermangelung von Vergleichsfällen kann man nicht sagen, „alle Teilnehmer an verbotenen Rennen, bei denen Menschen zu Tode kommen“, sondern allenfalls „wer unvernünftig schnell fährt“ oder „wer an einem solchen Rennen teilnimmt“. Dieses Bewusstsein, selbst wenn es allgemein vorhanden wäre, kann man aber nicht ohne weiteres auf die Unfallsituation extrapolieren, solange es keine konkreten Indizien gibt. Dementsprechend muss man die Erwartung, der Täter werde die kognitiven und voluntativen Elemente des Vorsatzes zum Tatzeitpunkt aufgewiesen haben, in die Vorstellung eines situationsübergreifenden Vorsatzkontinuums abwandeln. Das führt jedoch allenfalls zu einem latenten Vorsatz, für den u. U. zu keiner Zeit des Versuchs- und Vollendungsstadiums festgestellt werden kann, dass er zumindest kurzfristig aktualisiert wurde. An dieser Stelle ist nochmals in Erinnerung zu rufen, dass es um die tatbestandliche Ausführung der Tötung geht, nicht um die des Rennens! Der Zeitraum ist aber in den vorliegenden Konstellationen aufgrund der späten Erkennbarkeit des späteren Opfers und der hohen Geschwindigkeit extrem verengt. Schließt man in dieser Konstellation aus Indizien für Phasen vor oder nach der tatbestandlichen Ausführung auf einen Tatvorsatz, so hat man tatsächlich im ersteren Falle einen „*dolus antecedens*“⁵⁸, im zweiten einen „*dolus subsequens*“⁵⁹ begründet. Beides sind keine Vorsatzformen im Sinne des Strafrechts.⁶⁰ Sie stellen eine Verletzung des Koinzidenz- oder Simultaneitätsprinzips dar, welches besagt, dass alle Strafbarkeitsvoraussetzungen zu

⁵³ Vgl. auch *Walter*, KriPoZ 2018, 40.

⁵⁴ *Hájek*, Interpretations of Probability, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/entries/probability-interpret/> (zuletzt aufgerufen am 31.1.2018).

⁵⁵ Näher: <http://deacademic.com/dic.nsf/dewiki/1132680> (zuletzt abgerufen am 31.1.2018).

⁵⁶ Vgl. oben II.

⁵⁷ *Köller/Nissen/Rieß/Sadorf*, (hrsg. BKA), Probabilistische Schlussfolgerungen in Schriftgutachten, 2004, S. 64, 68, 72.

⁵⁸ *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 89 f.

⁵⁹ *Roxin*, AT I, § 12 Rn. 91.

⁶⁰ Ausf. *Roxin*, AT I, § 12 Rn. 89 ff; *Joecks*, in: MüKo-StGB, § 15

Rn. 15 f.; *Vogel*, in: LK-StGB, § 15 Rn. 52; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 976 (979); *Duttge*, in: Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 15 Rn. 9 f.; *Vogel*, in: LK-StGB, § 15 Rn. 52 ff.; dies schließt nicht aus, dass der Täter eines (räuberischen) Diebstahls erst in dem Moment des Gewährwerdens von Polizeikräften und der Entscheidung, auf einen von ihnen zuzufahren, erkennt und billigend in Kauf nimmt, dass er möglicherweise bereits in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe zum Diebstahl bemerkt worden war und dies zu der Polizeiaktion führte; *BGH*, NJW 2015, 3178. Allerdings ist ein entsprechender Nachweis erforderlich. Vgl. auch *BGHSt* 6, 229 ff.; *BGHSt* 10, 151 ff.; *BGH*, JZ 1983, 857 m. Anm. *Hruschka*, JZ 1983, 860; vgl. auch *Lampe*, ZStW 72

einem Zeitpunkt innerhalb des Versuchs- oder Vollendungsstadiums (tatbestandlichen Ausführungsstadiums) zusammentreffen müssen. Nur dann kann bei methodisch korrekter Subsumtion eine strafbare Handlung vorliegen.⁶¹ Näheres unter VII.3, IX.

VI. Das Vorsatzproblem – das voluntative Element als notwendiges Abgrenzungskriterium zwischen Tötungs- und (Lebens-) Gefährdungsvorsatz

In beiden Fällen stellt sich die zentrale Frage, ob die Angeklagten während des Autorennens den Tod anderer Menschen zumindest billigend in Kauf nahmen. Jeweils bestand objektiv ein erhebliches Risiko dafür, dass ein Unfall zugleich zu schwersten Verletzungen oder zum Tod auch der Angeklagten selbst führen könnten. Suizidale Neigungen konnten in keinem Fall festgestellt werden.

1. Erkennen und Wollen

Kann man sich also auf ein solches Rennen einlassen ohne zugleich den eigenen Tod oder schwere Verletzungen in Kauf zu nehmen? Kann man, anders gewendet, weder eigene Verletzungen noch die Beschädigung des eigenen Fahrzeugs in Kauf nehmen, wohl aber gleichzeitig einen Unfall und den Tod anderer Verkehrsteilnehmer? Als Kontrollfrage sei ein etwas anders gelagerter Fall gebildet, welcher exakt dasselbe Problem aufwirft: Wer an einer wenig übersichtlichen Stelle bei Rot als Fußgänger die Straße quert, sollte wissen, dass jederzeit ein Fahrzeug die Stelle erreichen kann und trotz ordnungsgemäßer Fahrweise zu einem Ausweichmanöver gezwungen werden kann, durch welches unkalkulierbare Sachschäden entstehen können aber gleichermaßen das Leben des ausweichenden Autofahrers beendet werden kann. Kann ein solcher Fußgänger die Straße überqueren, ohne einen Vorsatz zur Sachbeschädigung, Körperverletzung oder Tötung?

Nach gängiger Definition besteht der Vorsatz aus einem Element des Wissens um den möglichen Erfolg – dem kognitiven Element.⁶² Daneben ist es aber auch erforderlich, den Erfolg der Tötung mit einem Element des Willens herbeizuführen, dem voluntativen Element.⁶³

Dass es in der vorliegenden Konstellation nicht denkbar

ist, ein voluntatives Element gleichermaßen pro Tötung und contra Selbstgefährdung oder Fahrzeugbeschädigung im aktiven handlungsleitenden Bewusstsein aufzuweisen, scheint deshalb bei tatsachenorientierter Betrachtung eindeutig zu sein. Denn der Tod eines Unbeteiligten kann hier nur durch Verletzung der eigenen Rechtsgüter, die erhalten werden sollen, herbeigeführt werden. Daher kann ein Tötungsvorsatz in Fällen wie dem vorliegenden nur dann angenommen werden, wenn das voluntative Vorsatzelement von seiner tatsächlichen und beweis zugänglichen Grundlage abgelöst und durch einen Wertungs- und Zuschreibungsakt ersetzt wird. Dies wäre nur dann anders, wenn man Indizien dafür finden würde, dass die Fahrer eigene Verletzungen bis hin zum Tod und die Beschädigung oder Zerstörung der Fahrzeuge in Kauf genommen hätten.⁶⁴ Dafür aber gibt es in der Begründung keine unmittelbaren Beweise oder Indizien. Dementsprechend musste die *Kammer* das voluntative Vorsatzelement in tatsächlicher Hinsicht zumindest teilweise durch einen Wertungsakt substituieren.

Im Kern geht es bei dem juristisch-rationalen Teil der Diskussion der „Raser-Fälle“ darum, dass dieses voluntative Element des Vorsatzes preisgegeben werden könnte, wenn die Annahme eines Tötungsvorsatzes auf rechtlich zutreffenden Erwägungen fußt.⁶⁵ Dies hätte weitreichende Auswirkungen auf die Dogmatik und vermutlich auch auf die Verurteilungspraxis bei Tötungsdelikten. Denn eine solche Verkürzung des Vorsatzes würde die gesamte Grenzlinie zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit verschieben. Was wären die Konsequenzen:

2. Lebensgefährdung und Tötung

Der sogenannte „Gefährdungsvorsatz“ wäre nicht mehr sinnvoll zu begründen, eine Differenzierung zwischen vorsätzlich lebensgefährdendem Verhalten und vorsätzlich todesverursachendem Verhalten ließe sich nicht mehr durchführen. Denn wer (kognitiv) erkennen würde, oder bei realistischer Einschätzung der Lage erkennen müsste (dazu gleich), dass sein Verhalten möglich oder wahrscheinlich den Tod eines anderen Menschen herbeiführen kann, handelte in jedem Fall vorsätzlich. Diesen Schluss befürworten die Vertreter der Mordanklagen in unseren Fällen, explizit oder inzident.⁶⁶ Der 4. Senat tritt dem zu

(1960), 93. *Rotsch*, in: FS Puppe, 2011, S. 997 (889 ff.).

⁶¹ *Joecks*, in: MüKo-StGB, § 15 Rn. 15; *Hruschka*, JZ 1983, 860.

⁶² *Momsen*, in: SSW-StGB, § 15 Rn. 19 ff.

⁶³ A.a.O., Rn. 35 ff.

⁶⁴ Sofern der Bericht in Welt-online v. 19.2.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/regionales/hamburg/article173732224/Taxi-Dieb-verursacht-Unfall-Raser-von-Hamburg-wegen-Mordes-verurteilt.html> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018), zutreffend ist, scheint hier ein Unterschied zwischen dem Berliner und dem Hamburger Fall zu liegen, denn dort scheint der Fahrer bewusst in den Gegenverkehr gesteuert zu sein, hätte also die für die Fassung des Tötungsvorsatzes relevante Situation zu einem handlungsfähigen Zeitpunkt vor Augen gehabt („...auf der Flucht vor der Polizei wiederholt riskante Fahrmanöver gemacht. Als er das Taxi in den Gegenverkehr lenkte, habe er billigend in Kauf genommen, dass aufgrund der hohen Geschwindigkeit Unbeteiligte bei einer Kollision „mit großer Wahrscheinlichkeit zu Tode kommen“ würden...“). In diesem Fall

wäre jedenfalls die Wahrscheinlichkeitstheorie zutreffend angewendet, da das bewusste Lenken in den Gegenverkehr ein tatsächliches Indiz dafür darstellen könnte, dass der Fahrer zum Zeitpunkt der Tathandlung eine Tötung anderer Personen als möglich bzw. wahrscheinlich erkannt hat (Urteilsgründe dieses Urteils lagen bei Manuskripterstellung noch nicht vor).

⁶⁵ *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 34a; *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 440 f.; *Preuß*, HRRS 2017, 23; *Mitsch*, DAR 2017, 70; *Neumann*, JURA 2017, 160.

⁶⁶ *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 34a; *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 442; *LG Berlin* (Fn.11), UA 64; dazu differenziert nunmehr *Hoven*, ZEIT v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-03/bundesgerichtshof-raser-urteil-berlin/komplettansicht>, (zuletzt abgerufen am 2.3.2018); vgl. auch *Willumat*, Strafbarkeit wegen Mordes im Fall der sog. Ku'damm-Raser – konsequente Vorsatzdogmatik oder bloßes kriminalpolitisches Statement?, FU-Law-Clinic Blog v. 27.11.2017, S. 6, abrufbar un-

Recht entgegen.⁶⁷

Tatbestände wie § 224 Nr. 5 (gefährliche Körperverletzung durch lebensgefährdendes Verhalten) oder auch §§ 315c StGB (Straßenverkehrsgefährdung) und der o.g. neu eingeführte § 315d StGB sind dadurch gekennzeichnet, dass sie in vollem Umfang vorsätzlich begangen werden und doch niemals zu einer Verurteilung nach §§ 212, 211 StGB führen würden. Weil sich der Vorsatz nur auf eine Gefährdung fremden Lebens bezieht, nicht aber auf dessen Auslöschung. In der Regel befassen sich die Täter gar nicht mit dem Umstand, dass das Opfer sterben könnte, obwohl sie alle tatsächlichen Umstände ihres Tuns erfassen. Dabei beschreibt § 224 Nr. 5 StGB eine an sich noch komplexere Situation: Das Zusammentreffen eines Verletzungsvorsatzes im Hinblick auf die körperliche Integrität mit einem bloßen Gefährdungsvorsatz bzgl. des Lebens – und dies nicht „bloß“ im Rahmen eines Autorennens, sondern bei einer gezielten Verletzungseinwirkung auf den Körper, etwa bei Messerstichen.⁶⁸ Bemerkenswerterweise hat der Gesetzgeber in der neuen Vorschrift zu verbotenen Rennen mit Kraftfahrzeugen, in § 315d Abs. 2 StGB, erneut explizit einen Lebensgefährdungsvorsatz normiert.⁶⁹ Wendet man die Möglichkeits- theorie an und verzichtet zugleich auf das voluntative Vorsatzelement, so kann diese Differenzierung nicht mehr abgebildet werden. Hierin liegt eine der systematischen Schwächen der Konstruktion.

3. Indizienbeweis und Schlussfolgerung

Die Protagonisten dieses Ansatzes⁷⁰ verweisen auf vermeintliche forensische Notwendigkeiten: Da niemand in die Köpfe der Angeklagten hineinsehen könne, müsse gerade bei Tötungsdelikten, bei denen verständigt verteidigte Angeklagte in aller Regel von Ihrem Schweigerecht Gebrauch machen, ohnehin von äußeren Indizien auf das innere Wollen geschlossen werden.⁷¹ Daher spiele in der Praxis nur das kognitive Element eine Rolle. Falsch, weil eben Vortat- und Nachtatverhalten, mündliche und schriftliche Äußerungen, Emails und Chats, sehr wohl etwas dazu sagen können, ob der Angeklagte innerlich der Tötung des Opfers oder anderer Menschen im Zusammenhang mit seinem Verhalten ablehnend oder neutral bzw. zustimmend gegenüberstand. Falsch auch deshalb, weil Urteilsfeststellungen bislang differenziert zu beiden As-

pekten Ausführungen, verknüpft mit der Würdigung entsprechender Beweise, enthalten müssen. Hätten sich Urteile bislang nur mit der Wissensseite begnügt, hätten sie aufgehoben werden müssen. Die Bedeutung der Erhebung von Beweisen für das voluntative Element betont der 4. Senat: „Ob der Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Elemente im Rahmen der Beweiswürdigung umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen.“⁷²

Richtig, weil es in der Tat darum geht, Indizien für das konkrete voluntative Bewusstsein zum Tatzeitpunkt zu finden. Indizien aber werden definiert als „Tatsachen, aus denen positive oder negative Schlüsse auf Haupttatsachen gezogen werden können. Primäre Indizien sind die sog. fundierenden Tatsachen: Sachverhalte oder Sachverhaltsmomente, die der Tatrichter selbst in der Hauptverhandlung wahrnimmt und im Urteil in deskriptiven Sätzen wiedergibt, also Bekundungen und Verhalten von Zeugen, Darlegungen von Sachverständigen, der Wortlaut von Urkunden, die Beschaffenheit von Gegenständen der Augenscheinseinnahme, die Erklärungen und das Agieren des Angeklagten, die Abfolge von Fragen oder Vorhalten und Antworten. (...) Aus den primären Indizien zieht das Tatgericht Folgerungen zum Vor- oder Nachteil des Angeklagten.“⁷³ Wie dies korrekt erfolgen kann, zeigt der 4. Senat am Bremer Urteil: „Das Landgericht hat die subjektive Tatseite vielmehr auf der Grundlage einer umfassenden und sorgfältigen Gesamtschau aller hierfür maßgeblichen Umstände des Einzelfalles bewertet und ist rechtlich beanstandungsfrei zu der Überzeugung gelangt, dass der Angeklagte trotz der von ihm erkannten Gefahr, durch seine Fahrweise andere Verkehrsteilnehmer zu gefährden, darauf vertraute, dass alles gut gehen und niemand zu Tode kommen werde. Zur Begründung hat es u.a. darauf verwiesen, dass der Angeklagte bei Wahrnehmung des Fußgängers sofort eine Vollbremsung einleitete und für ihn als Motorradfahrer ein Unfall mit der Gefahr schwerer eigener Verletzungen verbunden war, was neben der ausführlich und nachvollziehbar begründeten Fehleinschätzung der eigenen Fahrfähigkeiten deutlich dafürsprach, dass er glaubte, einen Unfall vermeiden zu können.“⁷⁴

Was von den Protagonisten der Berliner Entscheidung vorgeschlagen wird, ist jedoch, die Erhebung von konkreten Indizien zu überspringen und gleich zum

ter: http://www.jura.fu-berlin.de/studium/lawclinic/blog/Blog/Beitrag_Willumat/index.html (zuletzt abgerufen am 19.2.2018).

⁶⁷ Vgl. *BGH*, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – *LG Berlin*, Rn. 19, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018). „Dabei ist die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes, vgl. *BGH*, Urt. v. 14.1.2016 – 4 StR 84/15, a.a.O., 80; v. 16.5.2013 – 3 StR 45/13, NStZ-RR 2013, 242 (243); Beschl. v. 26.4.2016 – 2 StR 484/14, NStZ 2017, 22 (23). Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgeintritts sind jedoch keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an (vgl. *BGH*, Urt. v. 15.10.1986 – 2 StR 311/86, BGHR StGB, § 15 Vorsatz, bedingter 1 – Willenselement; Beschl. v. 7.3.2006 – 4 StR

25/06, NStZ 2006, 446).“

⁶⁸ Dazu *Momsen/Momsen-Pflanz*, in: SSW-StGB, § 224 Rn. 34 ff.

⁶⁹ Dazu *Eisele*, KriPoZ 2018, 37. Näher unten VIII.4.

⁷⁰ *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 34a; *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 442; und auch das *LG Berlin*, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), UA 64.

⁷¹ *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 440.

⁷² *BGH*, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – *LG Berlin*, Rn. 18, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018). vgl. *BGH*, Urt. v. 7.7.2016 – 4 StR 558/15, a.a.O.; v. 19.4.2016 – 5 StR 498/15, a.a.O.; v. 16.9.2015 – 2 StR 483/14, NStZ 2016, 25 (26).

⁷³ Vgl. nur *Krehl*, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 244 Rn. 5 f.

⁷⁴ So deutlich für den Bremer Fall in der Pressemitteilung v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=81300&pos=0&anz=45> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

Schlussfolgern überzugehen. Da dies mangels entsprechender Beweiserhebung nicht aus konkreten Tatsachen geschehen kann, wird aus normativen Erfahrungssätzen gefolgert. Dieser methodische Fehler würde nicht dazu führen, dass das voluntative Element gleichsam aus dem kognitiven destilliert wird, wie es dieser Ansatz suggeriert. Es wird vielmehr durch normative Erwartungen substituiert und verliert damit seinen Charakter als subjektive Tatsache, die den individuellen Beschuldigten kennzeichnet.

VII. Die Verknüpfung von voluntativem Vorsatzelement und psychologischem (voluntativem) Schuldmoment

Ganz entscheidend ist, dass die voluntative Seite des Vorsatzes eng mit dem psychologischen Schuldmoment verknüpft ist. Ohne an dieser Stelle tiefer in dessen höchst interessante Dogmatik eintauchen zu können, lässt gerade ein völlig irrationales Wollen oder Nichtwollen entscheidende Schlüsse auf die psychische Konstitution des möglichen Täters zu.

1. Das psychologische (voluntative) Schuldmoment

Das psychologische Schuldmoment ist nicht zu verwechseln mit dem sog. „psychologischen Schuldbegriff“. Letzter bezeichnete um die vorletzte Jahrhundertwende die „subjektive Beziehung des Täters zum Erfolg“.⁷⁵ Er unterschied Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldarten, die damals sog. „Zurechnungsfähigkeit“ (Schuldfähigkeit) wurde zur Voraussetzung der Annahme von Schuld.⁷⁶ Psychologische Schuldmomente hingegen finden sich in den meisten materiellen Schuldbegriffen.⁷⁷ Sie sind in gewisser Weise notwendige Korrekturen zur normativ unterstellten Willensfreiheit. Definiert man mit dem frühen BGH⁷⁸ „Schuld als Vorwerfbarkeit“, fußt diese auf der Annahme, der Mensch sei auf freie, verantwortliche und sittliche Selbstbestimmung angelegt und könne sich grds. normgemäß verhalten. Man fragt nach Anhaltspunkten dafür, dass die Fähigkeit des Täters der normativen Erwartung entsprechend, d.h. anders als kriminell, handeln zu können, eingeschränkt war. Es geht also um die Fähigkeit zu normgemäßem Verhalten.⁷⁹ Ist diese Fähigkeit pathologisch, konstitutionell oder situativ aufgehoben oder eingeschränkt, so liegt ein Schuldausschluss nach §§ 17 und 20 StGB bzw. die Feststellung eingeschränkter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) nahe. *Frister* hat dies in stärkerer Verknüpfung mit einer konkreten Willensfreiheit bezeichnet als die „Fähigkeit zu einer hinreichend differenziert-strukturierten Willensbildung“, so dass man danach fragen muss, ob die Eigenschaft einer Person „sich

in einer Art und Weise zu entscheiden, die nicht signifikant hinter dem allgemeinen, in unserer Gesellschaft erreichten Differenzierungsniveau zurückbleibt“.⁸⁰ Dieses von *Frister* so bezeichnete „voluntative“ Schuldmoment ist dann die Voraussetzung der individuellen Strafbarkeit. Fehlt es, kommen nur schuldunabhängige Sanktionen in Betracht. Wer auf diese notwendige individuelle Betrachtung zugunsten eines generellen normativen Maßstabs verzichtet, bewegt sich in Richtung eines rein generalpräventiv ausgebildeten Schuldbegriffs.⁸¹

2. Die Feststellung des voluntativen Vorsatzelements und der Schluss auf das psychologische (voluntative) Schuldmoment

Anlass zu dessen Feststellung, i.d.R. im Wege einer psychiatrischen/psychologischen Begutachtung, besteht aber nur dann, wenn der Täter sich anders als normativ erwartet verhalten hat. An dieser Stelle kommt eine Reminiszenz an den psychologischen Schuldbegriff ins Spiel, denn – soweit man bei allen Unterschieden im Einzelnen im Grundsatz der finalen Handlungslehre folgen will – stellen sich Vorsatz und Fahrlässigkeit als unterschiedliche Ausprägungen des Unrechtsbewusstseins auf der Tatbestandsebene dar und sind insoweit untrennbar mit der Schuld verknüpft, daher kann man immer noch von Schuldformen i.w.S. sprechen.⁸² Dementsprechend stellt sich das voluntative Vorsatzelement als eine Art tatbestandlicher Spiegelung des psychologisch – voluntativen Schuldmoments dar.

Auf der Vorsatzebene ist der „Wille“ (der motivatorische Antrieb) des Täters beweismäßig zu ermitteln, unabhängig davon ob dieser vernünftig erscheint oder nicht. Auf der Schuldsebene ist zu überprüfen, ob das, was sich tatsächlich als motivatorischer Antrieb des tatbestandlichen Verhaltens herausgestellt hat, auch auf einer im oben dargestellten Sinne „freien“ Entscheidung beruht. Heißt, es gibt eine methodisch zentrale Differenzierung zwischen der Frage, ob der Täter einen Erfolg im Sinne eines spezifisch normwidrigen Verhaltens herbeiführen wollte (voluntatives Vorsatzelement) und der Frage danach, ob er den Erfolg erkennen konnte, weil er dazu über die notwendigen (Er-) Kenntnisse verfügte (kognitives Vorsatzelement) auf der einen Seite. Auf der anderen Seite stehen die Frage, ob der Täter auch erkennen konnte, dass sein Verhalten Unrecht war (Einsichtsfähigkeit) und die Prüfung, ob er sich darüber hinaus im pathologischen Sinne anders hätte steuern können (psychologisch-voluntatives Schuldmoment) und an ihn deshalb die allgemeinen Erwartungen gestellt werden können (Vorwerfbarkeit). Konkret bedeutet dies, dass zunächst zwei Prüfungen

⁷⁵ Vgl. *Roxin*, AT I, § 19 Rn. 10 m.w.N.

⁷⁶ *Radbruch*, ZStW 24 (1904), 333, ff.; ausf. die Monographien von *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895; *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; vgl. auch den historischen Abriss bei *Goldschmidt*, in: Frank FS, Bd. 1, 1930 (Reprint 1969), S. 428 ff.

⁷⁷ Terminologie hier entsprechend *Roxin*, AT I, § 19 Rn. 16 ff.

⁷⁸ BGHSt 2, 200.

⁷⁹ Umfassend, *Maiwald*, FS Lackner, 1987, S. 149 ff.; vgl. auch *Momsen*, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten,

2006, S. 478 ff.

⁸⁰ *Frister*, MSchrKrim 1994, 316 ff.; *ders.*, Die Struktur des voluntativen Schuldlements, 1993, S. 99 ff., 118 ff., 253; vgl. *Roxin*, AT I, § 19 Rn. 38.

⁸¹ Pointiert bei *Jakobs*, AT, 17/18 ff. und ausf. in: Schuld und Prävention, 1976. Insoweit kein Zufall, dass *Jakobs* auch von den Gegnern des voluntativen Vorsatzelements in Anspruch genommen wird.

⁸² BGHSt 36, 1 ff.; 39, 100 ff.; vgl. *Momsen*, in: SSW-StGB, § 15 Rn. 7.

schritte auf der tatbestandlichen Seite des Unrechtsbewusstseins zu vollziehen sind, bevor über die Schuld ein Urteil möglich ist. Denn erst, wenn geklärt ist, ob es an der voluntativen oder der kognitiven Seite des Vorsatzes fehlt (oder an beiden), wird die notwendig differenzierte Wertung auf der Schuldenebene möglich: Konnte diesem konkreten Täter das konkrete Zurückbleiben hinter den allgemein zu erwartenden Maßstäben vorgeworfen werden?

Zur Verdeutlichung: Wenn es in unseren Beispielfällen so ist, dass die Fahrer zwar die notwendigen Kenntnisse besaßen, um sich zu erschließen, dass bei ihrem Verhalten der Tod anderer Menschen ins Kalkül gezogen werden musste,⁸³ gibt es aber keine Anhaltspunkte dafür (bzw. Anhaltspunkte, die dagegen sprechen, s.u.), dass sie bei der Tatbegehung (des Tötungsdelikts!) überhaupt nur daran dachten, dass diese Gefahr sich verwirklichen könnte, so wird eng mit dem voluntativen Vorsatzelement. Es geht dabei nicht um die notwendige Tatsachenkenntnis, sondern um eine konkrete Reflexionsleistung. Jeweils jedoch ist das Ergebnis dasselbe – zum Zeitpunkt der Tat fehlte das Bewusstsein. In beiden Fällen stellt sich sodann die Frage, ob es den Tätern vorgeworfen werden kann, die notwendigen Kenntnisse nicht erlangt zu haben bzw. nicht über den Erfolgseintritt reflektiert zu haben – schuldhaft fahrlässiges Verhalten.⁸⁴

3. Der Verlust der Individualisierung des Strafrechts – Ersetzung der beweisbedürftigen subjektiven Tatsache „Vorsatz“ durch generalisierende Plausibilitätsabwägungen

Knüpft man strafrechtliche Verantwortlichkeit nur am Kognitiven, am Wissen an, so misst man auch das Voluntative immer am Maßstab des Vernünftigen und legt tendenziell zugrunde, was eigener Ansicht nach vernünftige Menschen wissen sollten und was nach verallgemeinertem eigenem Maßstab vernünftig – und richtig – erscheint. Man bewertet also nicht, was dieser Täter zum Tatzeitpunkt erkannte und wie weit er reflektierte, sondern stellt lediglich das Zurückbleiben des äußeren Verhaltens hinter den (eigenen) verallgemeinerten Anforderungen fest. Der entscheidende Zwischenschritt in Bezug auf den konkreten Täter in der konkreten Situation fehlt.

So formulieren es *Kubiciel* und *Hoven*⁸⁵ dann auch konsequent und explizit: „Wenn der Täter die dem Rennen innewohnenden Gefahren erkannt und dennoch gehandelt hat, so kann er nicht einwenden, er habe das eine (Rennen) gewollt, das andere (Schädigung Dritter) hingegen nicht.“⁸⁶ Dieser in sich widersprüchlichen Einlassung eines „psychologischen Akrobaten“⁸⁷ zu folgen hieße, ihm die Eigenschaft als vernünftige Person abzuerkennen⁸⁸ und ihm dennoch die Definitionsmacht darüber zu verleihen, welche Aspekte des von ihm gewollten Ganzen rechtsverbindlich sein sollen und welche nicht.⁸⁹

Auch wenn es ein hehrer Anspruch ist, den Täter als einen Vernünftigen zu ehren (die Formulierung erinnert – nicht von ungefähr – an Hegels Straftheorie, die – nicht von ungefähr – eine generalpräventive Legitimierung von Strafe darstellt⁹⁰), so hat dies wenig mit Tatsachenfeststellung zu tun. Sofern der Täter sich unvernünftig verhält, ist das die Tatsache, wenn er unvernünftiger Weise vertraut, die subjektive Tatsache. Dies kann durch Indizien festgestellt oder widerlegt sein, ggf. gilt der Grundsatz in dubio pro reo. Dagegen kann wiederum nicht aus dem Vorsatz zum Rennen unmittelbar der Vorsatz zur Tötung gefolgert werden. Die Argumentation unternimmt in Bezug auf die Tötung einen Schluss vom Sollen aufs Sein. Daher geht es an dieser Stelle auch nicht darum, danach zu fragen, ob der Täter Rechtsverbindlichkeit definiert. Dies ist nicht einmal ansatzweise eine Frage, die methodisch im Bereich des Vorsatzes verortet wäre. Hier werden schlicht normative und tatsächliche Aspekte miteinander vermengt und daraus entsteht – wie kaum anders zu erwarten – kognitiv dissonant und methodisch defizitär eine Evidenzwertung. Vor dem Ziel der generalpräventiv-symbolisch legitimierten Vergeltung⁹¹ wird der Täter zum Objekt einer staatlichen Reaktion, die letztlich an die Bevölkerung adressiert ist. Botschaft: Wer sich unvernünftig verhält, wird bestraft. Ob das objektiv grell Unvernünftige aus der subjektiven Täterperspektive indes nur im Hintergrund stand und keine für die Motivation zur Tat relevante Rolle spielte, ist vor diesem an den, wie auch immer definierten, Bedürfnissen einer virtuellen Allgemeinheit orientierten Ansatz zur Legitimation des Strafrechts wenig entscheidend.⁹²

⁸³ Eine Konstellation, in denen der Vorsatz gegeben war, weil nur die Wertung nicht erfolgte, lag etlichen sog. „Blutrachemorden“ zugrunde. Vgl. *Momsen*, NStZ 2003, 237 ff. – Tatsächlich ließen sich keine entsprechenden Kulturen finden, in welchen es kein Tötungsverbot gibt. Damit stellt sich bei den sog. „Ehremorden“ kein entsprechendes Vorsatzproblem, die rechtliche Bewertung verschiebt sich in den Bereich des § 17 StGB, ggf. der §§ 20, 21 StGB; vgl. auch *Grünewald*, NStZ 2010, 1 ff.

⁸⁴ Daher bleibt unerfindlich, warum teilweise angenommen wird, dass wer sich nur unvernünftig genug verhalte – wie „die Raser“ – immer exkulpiert werde, wenn auf den Nachweis des voluntativen Vorsatzes die üblichen Beweisregeln angewendet werden; so immer noch angedeutet bei *Hoven*, ZEIT v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-03/bundesgerichtshof-raser-urteil-berlin/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

⁸⁵ *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 440, 441 f.

⁸⁶ *Jakobs*, RW 2010, 283 (289).

⁸⁷ *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 ff. (669).

⁸⁸ Vgl. *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 166 f., 268; *Puppe*, GA 2006, 65 (73).

⁸⁹ Vgl. *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, S. 392; *Puppe*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2012); § 15 Rn. 85.

⁹⁰ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1921, §§ 99 – 101, dazu *Roxin*, AT I, § 3 Rn. 4.

⁹¹ Zutreffend *Roxin*, AT I, § 3 Rn. 8: „Gleichwohl ist die Vergeltungstheorie heute wissenschaftlich nicht mehr haltbar (...) Die metaphysische Gerechtigkeit zu verwirklichen ist der Staat als eine menschliche Einrichtung weder fähig noch berechtigt (...) Die Rückständigkeit des deutschen Strafvollzugs (...) beruht wesentlich auf dem lange Zeit dominierenden Einfluss der Vergeltungstheorie“ (...) Sühne „kann aber nicht zur Rechtfertigung der Vergeltungsstrafe dienen, weil ein derartiges Sühneerlebnis, das in Wirklichkeit nur selten vorkommt, (...) durch eine nicht vergeltende sondern helfende Strafe herbeigeführt werden kann“.

⁹² Dass tatsächlich ein Delegitimierungseffekt die Folge ist, gilt sowohl für die symbolhafte Strafgesetzgebung in gleicher Weise wie für die symbolhafte Gesetzesanwendung; vgl. *Prittitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 253 ff.; *Frommel*, in: vorgänge 212 (4/2015), S. 107 ff.; vgl. http://www.humanistische-union.de/nc/publikationen/vorgaenge/online_artikel/online_artikel_detail/back/vorgaenge-212/article/symbolisches-strafrecht/ (zuletzt aufgerufen am

Ein humanes, an individueller Gerechtigkeit ausgerichtetes Strafrecht misst aber nicht nur am Maßstab des Vernünftigen, sondern muss danach trachten, auch den Unvernünftigen verstehen zu wollen. Die meisten Gewalttaten sind irrational, unvernünftig, so wie es konstitutiv oder situativ die meisten Straftäter sind. Wer sie aber erst- oder resozialisieren will, muss zuerst einmal versuchen sich in ihre Irrationalität einzufühlen, um zu sehen, wie sich die Tat aus dieser Perspektive darstellt, die eben gerade nicht die eigene, als evident vernünftig gesetzte, ist. Nur dann wird man die Ursache und Motivation abweichenden Verhaltens begreifen und ihr eventuell etwas entgegensetzen können. Ein Strafrecht, das darauf verzichtet, ist von seiner Ausrichtung her sozialpräventiver Elemente weitgehend entkleidet. Weil die (mediale und politische) Symbolhaftigkeit in den Vordergrund tritt, verliert es seine Sensibilität und integrative Funktion. Wo es generalpräventive Reflexe⁹³ mit Wahrscheinlichkeitserwägungen bedient und Vorsatz mit indifferenten Gefährdungsgefühlen vermengt, entsteht Raum für Hybris im Strafrecht.

VIII. Methodische Probleme der Annahme eines Eventualvorsatzes

Innerhalb dieses so vorgezeichneten Rahmens werfen die Argumente zur Begründung des Eventualvorsatzes weitere methodische und dogmatische Probleme auf:

1. Methodisch fehlerhafte Wahrscheinlichkeitsannahme

Ausgangspunkt der Argumentation im Berliner Fall ist die Begründung für das Wissen um den möglichen Tod des Opfers. Da das kognitive Element zugleich das voluntative Element unwiderleglich indizieren soll, muss dieses Wissen differenziert und vor allem zum Tatzeitpunkt präsent sein. Methodisch fehlerhaft wird jedoch gleich zu Beginn der Argumentation das „Wissenselement“ des subjektiven Tatbestands tragend damit begründet, dass „sich die Gefährlichkeit der Handlung mit der Länge der gefahrenen Strecke kontinuierlich erhöhte, da damit auch die

Wahrscheinlichkeit eines Unfalls zunahm.“⁹⁴

Hierin liegt ein Verstoß gegen wissenschaftliche Denkgesetze.⁹⁵ Die Wahrscheinlichkeit eines Unfalls war nämlich an jeder Kreuzung auf der Unfallstrecke potentiell gleich hoch⁹⁶, keineswegs wurde sie kontinuierlich durch die Länge der gefahrenen Strecke erhöht. Strenggenommen – wengleich zynisch anmutend – war die Unfallwahrscheinlichkeit an jeder Kreuzung aufgrund des Überquerens der Kreuzung mit drastisch erhöhter Geschwindigkeit gegenüber einem solchen mit einfacher Geschwindigkeit sogar herabgesetzt. Jedenfalls findet aber eine Kumulation der Wahrscheinlichkeiten hier entgegen der Ansicht der *Kammer* nicht statt. Dies wird anhand eines einfachen Beispiels deutlich: Wer tausend Mal einen Würfel wirft, hat beim 1000. Wurf auch keine größere Chance darauf, eine Sechs zu würfeln, als beim 1. Wurf. Wer eine lange Strecke entlangfährt und hierbei zehn rote Ampeln überfährt, wird an der 10. Ampel nicht mit höherer Wahrscheinlichkeit einen Unfall herbeiführen als bei der 1. Ampel. Die Wahrscheinlichkeit muss stattdessen für jede Gefahrensituation neu beurteilt werden. Dies entspricht dem sog. „Bernoulli-Prozess“.⁹⁷ Die *Kammer* hat diesen elementaren Grundsatz der Mathematik offensichtlich verkannt und hiermit ihrer Beurteilung des Wissenselements des Tötungsvorsatzes einen Verstoß gegen wissenschaftlich anerkannte Grundsätze zugrunde gelegt. Die Behauptung, das Autorennen stelle einen Fall des Russisch-Roulette dar, ist wissenschaftlich nicht haltbar.⁹⁸ Dort verringert sich mit jedem Schuss die Anzahl der verbleibenden leeren Kammern. Die Chance zu überleben, verschlechtert sich immer weiter zu Lasten des Schützen. Dagegen werden an jeder Ampel, die Karten aufs Neue gemischt und neu ausgegeben. Dieser Denkfehler zeigt eindrücklich, welche erhebliche Verzerrungsgefahren bei Begründungen mit dem Kriterium der Evidenz auf der methodologisch falschen Ebene der Tatsachenbewertung drohen.⁹⁹ Offenbar ein Fall kognitiver Dissonanz,¹⁰⁰ denn Ausgangspunkt ist die Erwartung, es müsse die für den „krassen“ Fall angemessene Strafe begründet werden. Da

18.2.2018); vgl. i.ü. bereits *Frank*, ZStW 18 (1906), 734 ff.

⁹³ Diesen Begriff verwendet *Frommel*: „Als reflexhaftes Strafrecht lässt sich eine Gesetzgebung charakterisieren, die nicht mehr Probleme lösen, sondern in erster Linie auf Skandale medienwirksam reagieren will. Sie greift reflexhaft Forderungen nach mehr Strafrecht auf und schämt sich zugleich, dass sie so agiert. Beides passt zu Politikern und Lobbyisten, die in erster Linie medienwirksam sein wollen. Strafrecht eignet sich für die Personalisierung von Problemen, weil es ohnehin seit dem 19. Jahrhundert personalisiert ist (Schuldprinzip). In einer Mediengesellschaft kann man auf diese Weise „Zeichen“ setzen. Praktisch für diejenigen, welche sich über die mittel- und langfristigen Folgen ihres Tuns erst einmal keine Gedanken machen, weil sie das Tempo der sich überstürzenden Skandale ohnehin überfordert. Beides – die Inszenierung eines Skandals und das Ingang-Setzen eines spektakulären Strafverfahrens – funktioniert nur, wenn diejenigen, die das betreiben, das komplexe Geschehen unangemessen reduzieren“; so in vorgänge 212 (4/2015), S. 107 ff., abrufbar unter: http://www.humanistische-union.de/nc/publikationen/vorgaenge/online_artikel/online_artikel_detail/back/vorgaenge-212/article/symbolisches-strafrecht/ (zuletzt aufgerufen am 18.2.2018).

⁹⁴ *LG Berlin*, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16).

⁹⁵ BGHSt 21, 157, 159 = NJW 1967, 116; BGHR, § 261 Beweiswürdigung 2, 16; BGH, NSiZ 1999, 205; 2002, 48; 2011, 338; NSiZ-RR 2007, 43 (44); 2012, 369.

⁹⁶ Genau genommen differiert sie je nach der konkreten Situation an jeder Ampel, ist also bei jeder Ampel individuell zu bestimmen.

⁹⁷ Vgl. etwa *Sibbertsen*, Statistik, 2. Aufl. (2015), S. 284. Konstellationen wie die vorliegende sind klar von solchen abzugrenzen, in denen die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses durch die wiederholte Durchführung bei einer festen und gleichbleibenden Grundgesamtheit kumuliert wird. Eine solche Konstellation liegt etwa vor bei einem Experiment, bei dem die Wahrscheinlichkeit, mehrere Sechsen hintereinander zu würfeln, berechnet wird. Hier ergibt sich tatsächlich erst durch Kumulation der einzelnen Wahrscheinlichkeiten von jeweils 1/6 eine Wahrscheinlichkeit von 1/36 dafür, zwei Sechsen hintereinander zu würfeln (S. 219-221). Vorliegend ging es indes nicht um die Berechnung der kumulierten Wahrscheinlichkeit eines Unfalls bei einer gleichbleibenden Grundgesamtheit und mehreren Ereignissen, sondern allein um die gesteigerte Unfallwahrscheinlichkeit zum Tatzeitpunkt aufgrund der Länge der gefahrenen Strecke.

⁹⁸ Gleichwohl wird sie unkritisch von *Kubiciel/Hoven*, NSiZ 2017, 442, übernommen, ebenso von *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 34b.

⁹⁹ S.o.I.

¹⁰⁰ Als typischer Fehler beschrieben bei *Schweizer*, Beweismaß – Rationalität und Intuition, 2015, S. 83 ff. – im Übrigen darf nicht verkannt werden, dass eine Urteilsbegründung grds. eine Argumentation zu einem bestimmten Ergebnis (eine von mehreren möglichen Geschichten) darstellt, also zielorientiert aufgebaut ist. Hinweise auf Dissonanzen lassen sich aber gerade dort finden, wo die Befassung mit der möglichen Alternative nahegelegen hätte, aber nicht stattfindet. Sehr aufschlussreich analysiert von *Grasnick*, Über Schuld,

diese nicht nur ca. 4-5 Jahre sein darf, muss der Mordvorsatz begründet werden. Die Prüfhypothese hätte lauten müssen: „Liegt tatsächlich ein Tötungsvorsatz vor.“ Stattdessen war sie vermutlich: „Wie lässt sich der Tötungsvorsatz begründen?“

2. Fehlinterpretationen auf Basis unzutreffender Wahrscheinlichkeitsannahmen

In gewisser Weise logisch folgerichtig (bzw. folgefalsch) wird der Tötungsvorsatz dann ausschließlich für den Moment des Rennens positiv festgestellt, in dem die Angeklagten in den Kreuzungsbereich des Kollisionsortes einführen. Für keine vorausgehende Phase des Rennens wird auch nur festgestellt, die Fahrer könnten zumindest das Bewusstsein einer Kollision mit einem in eine Kreuzung einfahrenden Fahrzeugführer entwickelt haben, sowie, dass diese wahrscheinlich tödlich ausgehen werde. Das Urteil enthält sich jeder Beurteilung des Geschehens vor dem Zusammenstoß und belässt es dabei, dass jedenfalls zu diesem Zeitpunkt der Vorsatz gegeben sei. Eine Folgerung, die sich maßgeblich auch aus der Zuschreibung eines Wissens um sich vermeintlich immer weiter steigende Wahrscheinlichkeit eines Zusammenstoßes speist, welche das Urteil entgegen wissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten der Beurteilung fehlerhaft zugrunde legt. Tatsächlich hätte man über eine Reihe vorhergehender Versuche nachdenken müssen. Dabei handelt es nicht um einen Taschenspielertrick,¹⁰¹ sondern vielmehr hätte sich die Argumentation schon viel früher mit der Frage des Versuchsbeginns des Tötungsdelikts auseinandersetzen müssen. Dabei wäre offenkundig geworden, wie eng der Zeitraum der tatbestandlichen Ausführung war. Der vorstehend beschriebene Fehler verleitete aber zu der Annahme, man könne das Geschehen von hinten aufrollen, da hier die mögliche Tötung am tiefsten ins Bewusstsein gedrungen sein müsste.¹⁰²

Durch diese fehlerhafte Annahme in ihrer eigenen Erwartung gefangen, verstellt sich die Kammer zudem den Blick auf ein entscheidendes Kriterium des subjektiven Tatbestands: das persönliche Erleben des Teilnehmers eines illegalen Rennens. Tatsächlich hatten die Angeklagten

den Weg bis zur Kollision trotz äußerst hoher Geschwindigkeiten und Missachtung von Verkehrsregeln ohne eine festgestellte, von ihnen als konkret gefährlich erlebte, Situation zurückgelegt. Insofern ergäbe sich das Gegenteil der mathematisch unzutreffenden höher werdenden Kollisionsgefahr: Möglicherweise vertrauten die Fahrer dadurch, dass die gefährlichen Situationen ausblieben, immer mehr darauf, die Gefahr zu beherrschen und das Ziel hinter der Nürnberger Straße ohne Zusammenstoß erreichen zu können.¹⁰³ Dieses Verdrängen möglicher Gefahren könnte sogar noch dadurch gefördert worden sein, dass die Fahrer das Ende der Rennstrecke bereits vor Augen hatten.¹⁰⁴ Auch hier zeigt sich bei der Berliner Kammer das Phänomen, nur diejenigen Elemente des durchaus vorhandenen Beweismaterials wahrzunehmen, welche in die Ausgangshypothese einpassen.¹⁰⁵

3. Brüche in der Binnenkohärenz – Bedeutung der Tatmotivation für die Annahme eines Tötungsvorsatzes

Es liegt in der Natur dieses Befundes, dass sich Symptome in einer Tendenz zu immer kleinteiligerer Binnenkohärenz manifestieren. Dass der Bewertungsrahmen selbst nicht kohärent ist und die übergreifende Argumentation widersprüchlich werden kann, gerät dabei aus dem Blick. So heißt es, die Angeklagten hätten aus Gewinnstreben (Autorennen), angestrebter Selbstbestätigung und zwecks Demonstration der Stärke des eigenen Wagens zur Tatzeit gehandelt. Aufgrund dieser Motivation seien sie bereit gewesen, schwerste Folgen in Kauf zu nehmen, wobei sie den Tötungserfolg nicht wünschten und auch kein Tötungsmotiv gehabt hätten. Die Konsequenzen ihrer Fahrweise seien ihnen egal gewesen, denn jeder von ihnen habe aus dem Rennen als Sieger hervorgehen wollen. Sie hätten es darauf ankommen lassen und nicht mehr ernstlich darauf vertrauen können, ein Unfallgeschehen durch ihr Fahrgeschick zu vermeiden.¹⁰⁶

Diese Begründungsansätze unterliegen jedoch Logikfehlern: Der Wille, das Rennen zu gewinnen und die entsprechende Bestätigung zu suchen, besser als andere fahren zu können, setzt logisch voraus, ohne Unfall „ins Ziel“ zu

Strafe und Sprache, 1987, 1 ff.

¹⁰¹ Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 442.

¹⁰² Die Argumentation, mit welche die Irrelevanz der Versuchsfrage begründet werden soll, ist zudem widersprüchlich: „In normativ-systematischer Hinsicht spricht gegen die Relevanz dieses sog. „Versuchsdilemmas“, dass damit zwei verschiedene, auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelte Fragen miteinander vermengt werden. Dies zeigt sich auch daran, dass es für die Bestimmung der Versuchsstrafbarkeit in sog. Raserfällen nicht allein, ja nicht einmal vorrangig auf den bedingten Tatentschluss, sondern auf das unmittelbare Ansetzen ankommt. Hätten nämlich die Fahrer zu Beginn ihres Rennens laut ausgerufen: „Ich nehme den Tod anderer billigend in Kauf!“, stellte sich gleichwohl die Frage, ob die Versuchsschwelle bereits beim Anlassen des Motors, beim Überfahren der ersten Ampel oder beim Abbiegen eines anderen Verkehrsteilnehmers überschritten worden ist. All dies zeigt: Die hochgradig einzel-fallabhängige Versuchsfrage kann keine Bedeutung für die auf einer anderen Ebene angesiedelte Vorsatzprüfung haben.“ (so Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 442). Zum einen ist der Versuch auch hier notwendiges Durchgangsstadium der Vollendung, zum anderen muss der Vorsatz als Tatentschluss gerade zum Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens vorliegen. Damit muss in identischer Weise das Zeitmoment konkretisiert werden.

¹⁰³ Was stochastisch insoweit zutreffend wäre, als immer weniger Situationen mit der jeweils immer gleich hohen Wahrscheinlichkeit „zu meistern“ waren.

¹⁰⁴ Auch diese Effekte dissonanter Beweisinterpretation sind aus vergleichbaren Fällen lange bekannt; vgl. Schweizer, plädoyer 2/2007, 32-39: „Im Übrigen kann bei Unfällen im Straßenverkehr nicht ohne weiteres aus der hohen Wahrscheinlichkeit des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs auf dessen Inkaufnahme geschlossen werden. Erfahrungsgemäß neigen Fahrzeuglenker dazu, einerseits die Gefahren zu unterschätzen und andererseits ihre Fähigkeiten zu überschätzen, weshalb ihnen unter Umständen das Ausmaß des Risikos der Tatbestandsverwirklichung nicht bewusst ist. Einen unbewussten Eventualdolus aber gibt es nicht (siehe Fiolka, Das Rechtsgut, Strafrecht versus Kriminalpolitik, dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechtsgesetzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes [SVG] und des Betäubungsmittelgesetzes [BtmG], Diss. Freiburg 2006, S. 723 ff.; Riklin in: Strassenverkehrsrechts-Tagung 2006, S. 257 ff.).“

¹⁰⁵ Näher und m.w.N. Momsen/Washington, in: FS Eisenberg, 2018 (im Erscheinen).

¹⁰⁶ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), UA 28, 60, 61.

kommen. Der den Eventualvorsatz vermeintlich mitbegründende Satz „Diese Konsequenzen [in Form eines Unfalls] waren ihnen in diesem Moment egal und gleichgültig, denn jeder von ihnen wollte aus dem Rennen als Sieger hervorgehen“, zeigt den Widerspruch und die Unvereinbarkeit den Taterfolg um der Zielerreichung willen in Kauf zu nehmen, exemplarisch auf. Der Taterfolg schließt das Erreichen des Handlungsziels aus und kann damit unter der Prämisse der *Kammer* auch vom Fahrer nicht als lediglich „gleichgültig“ oder „unerwünscht“ verbucht worden sein. Der Taterfolg durfte keinesfalls eintreten, wollte der Fahrer das ihm von der *Kammer* attestierte Handlungsziel erreichen. Wer als Sieger hervorgehen will, dem kann es nicht gleichzeitig egal oder auch nur unerwünscht sein, ob es zu einem Unfall kommt, der das Rennen für ihn als Verlierer beendet.¹⁰⁷

4. Ausschlusses eines Bewusstseins der Eigengefährdung und gleichzeitige Annahme eines Eventualvorsatzes zur Tötung Dritter

Weitere kontextuale Widersprüche entstehen im Hinblick auf den Vorsatz der Fremdgefährdung, dessen Verhältnis zur Verletzung sowie den Vorsatz der Gefährdung und Verletzung der eigenen Person sowie der Autos. Annahmen darüber, was durchschnittlich strukturierte Menschen in vergleichbaren Situationen „vernünftigerweise“ in Kauf nehmen müssen, ersetzen die Feststellung dessen, was der individuelle Angeklagte zum Tatzeitpunkt in sein Bewusstsein aufgenommen hatte.

a) Ersetzung der unvernünftigen Realitätswahrnehmung der Angeklagten durch postfaktische Vernünftigeitsannahmen

Nur binnenkohärent ist die Annahme, dass der denkwichtige (Total-) Schaden an den Fahrzeugen der Angeklagten bei einer Kollision deren billigender Inkaufnahme nicht entgegenstehe, weil entsprechend mögliche Gedanken der Angeklagten hieran jedenfalls im „Adrenalinrausch und im „Kick“ des Rennens“ untergingen.¹⁰⁸ Widersprüche entstehen dann bereits, wenn es heißt, zum anderen hätten die Angeklagten eben diese Kollision mit tödlicher Wirkung - nicht für sich, aber unbeteiligte Dritte - nicht nur erkannt, sondern sich mit eben dieser abgefunden bzw. sich insoweit gleichgültig gezeigt und darüber hinaus auch die Möglichkeit des Todes für sich im Nahbereich der Kreuzung aufhaltender Personen durch umherfliegende Trümmerteile erkannt und in Kauf genommen.¹⁰⁹

Damit unterstellt die *Kammer* hinsichtlich des Kollisions-

ereignisses den Fahrern zwei unterschiedliche, sich widersprechende und quasi ausschließende Bewusstseinszustände, welche indes dennoch gleichzeitig das Bewusstsein im Tatzeitpunkt geprägt hätten.

Zum einen das volle Bewusstsein um das Risiko einer für einen unbeteiligten Verkehrsteilnehmer tödlichen Kollision mit weiterer tödlicher Gefährdung Umstehender durch Trümmerteile, welche billigend in Kauf genommen wird, und zum anderen und gleichzeitig das völlige Ausblenden der denkwortwendig hiermit verbundenen Eigengefährdung und Beschädigung des eigenen Autos.

Das zur Stützung dieser Erwägungen angebrachte Argument verbleibt wiederum ausschließlich im normativen Bereich der Maßstäbe des (evident) Vernünftigen. Das Argument lautet: „Diese Einwände skizzieren deren innere Befindlichkeit zutreffend dahingehend, dass sie Unfälle nicht gezielt verursachen wollen. Eine Kamikaze-Einstellung dürfte den Teilnehmern an illegalen Autorennen fremd sein. Im Kontext des bedingten Tötungsvorsatzes – und allein hierum geht es – sind derartige Bedenken hingegen nichtssagend. Das bewusste Eingehen der von ihnen im gedanklichen Mitbewusstsein zutreffend erkannten vorgenannten Risiken ist der Preis, den die Angeklagten im Berliner Raser-Fall notwendigerweise entrichten mussten, um den durch das Rennen vermittelten „Kick“ oder die durch den Sieg erstrebte Steigerung des Ansehens in der Szene erreichen zu können. Pointiert: Da das Eine ohne das Andere nicht zu haben ist, müssen sich die Angeklagten nolens volens damit abfinden, dass sich während der Wettfahrt ein Unfall mit weitreichenden Folgen sowohl für sie als auch für andere Verkehrsteilnehmer ereignen kann.“¹¹⁰ Dagegen stellte das *Schweizer Bundesgericht* in einem vergleichbar angelegten Fall fest, bei Unfällen im Straßenverkehr könne nicht ohne weiteres aus der hohen Wahrscheinlichkeit des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs auf dessen Inkaufnahme geschlossen werden. Erfahrungsgemäß neigten Fahrzeuglenker nämlich dazu, einerseits die Gefahren zu unterschätzen und andererseits ihre Fähigkeiten zu überschätzen, weshalb ihnen unter Umständen das Ausmaß des Risikos der Tatbestandsverwirklichung zum Tatzeitpunkt nicht bewusst sei.¹¹¹ Einen unbewussten Eventualdolus aber gebe es nicht.¹¹² So wie es im Berliner Fall nicht übergangen werden durfte, dass die Angeklagten möglicherweise tatsächlich daran glaubten, dass gerade sie in der Lage wären, die Situationen zu kontrollieren, so richtig war es im Bremer Fall, darauf einzugehen, dass der Angeklagte einerseits erkannte (und fast pädagogisch vermittelte), dass ungeübte Fahrer seine Manöver nicht würden ausführen können und trotzdem realitätsfern davon überzeugt war,

¹⁰⁷ Vgl. Jäger, JA 2017, 786 (787).

¹⁰⁸ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), UA 65.

¹⁰⁹ A. a. O., UA 26.

¹¹⁰ Schneider, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 34b; ebenso Kubiciel/Hoven, NSZ 2017, 441; dagegen zutr. Mitsch, DAR 2017, 70.

¹¹¹ BGE 133 IV 9, E 4.4; vgl. Schweizer, plädoyer 2017, 32 ff.

¹¹² „Typische Raser, «halten sich alle für kleine Schumacher». Es mag zwar strohdumm sein, aber diese Menschen glauben tatsächlich, sie hätten ihr Fahrzeug auch bei 130 Kilometern pro Stunde innerorts unter Kontrolle. Das Bundesgericht betont selber, die Annahme, der

Fahrzeuglenker habe sich gegen das Rechtsgut entschieden und nicht mehr im Sinne der bewussten Fahrlässigkeit auf einen guten Ausgang vertraut, dürfe nicht leichthin getroffen werden. Selbst bei einem waghalsigen Überholmanöver vertraue der Fahrer – wenn auch oftmals rational nicht begründbar – leichtfertig darauf, es werde schon nicht zu einem Unfall kommen (BGE 130 IV 58, 65).“ – Bächli-Biètry, (Präsidentin der Schweizerischen Vereinigung der Verkehrspsychologie), zitiert bei Schweizer, plädoyer 2007, 35; vgl. auch Eisele, KriPoZ 2018, 32 f.

ihm selbst würde aufgrund seiner überragenden Fahrfähigkeiten kein Unfall passieren. In beiden Fällen stellt dies einen zentralen Bezugspunkt bei der Bewertung des Tatvorsatzes im tatsächlichen Bereich dar. Gibt es keine validen Anhaltspunkte dafür, dass die Angeklagten sich zum Tatzeitpunkt in Wahrheit solcher Fähigkeiten nicht sicher waren, so ist – in dubio pro reo – die realitätsferne Selbstüberschätzung der Beweiswürdigung zugrunde zu legen. Ob die fehlerhafte Wahrnehmung der eigenen Realität vorwerfbar ist, ist eine Frage der Schuld, genauer gesagt, der individuellen Fahrlässigkeit.

b) Zuschreibung von Wahrnehmungen

Im Urteil finden sich Anhaltspunkte für eine weitere ergebnisgeleitete Beweiswürdigung. Diese dürfte ebenfalls Folge kognitiver Dissonanzen sein, denn ersichtlich ist die Argumentation zu diesem Zeitpunkt bereits auf ein Ergebnis festgelegt, welches den selbst formulierten Erwartungsmaßstäben am ehesten entspricht: „Die Fahrer dieser Fahrzeuge fühlen sich in ihren tonnenschweren, stark beschleunigenden, mit umfassender Sicherheitstechnik ausgestatteten Autos geschützt, stark und überlegen wie in einem Panzer oder in einer Burg und blenden jegliches Risiko für sich selbst aus“.¹¹³ In seltener Deutlichkeit wird eine pauschale und nicht näher begründete Annahme des Gerichts zum Bewertungsmaßstab des konkreten Falls gemacht. Ob der Angeklagte zum Tatzeitpunkt ein solches Bewusstsein hatte, wird nicht einmal indiziell dargelegt. Die Begründung gerät dann wiederum in einen kontextualen Widerspruch zu einer anderen Argumentation im Kontext der Annahme einer vorsätzlichen gefährlichen Körperverletzung: Für Beifahrerin habe, in demselben sicheren Fahrzeug sitzend, eine „konkrete Lebens- und Todesgefahr“ bestanden, welche sich zudem in tragischer Weise realisiert habe.¹¹⁴ In diesem Fall wird auch die kognitive Seite des Vorsatzes nicht mehr individuell zum konkreten Tatzeitpunkt festgestellt. Diese konkret zu beweisende Tatsache wird ersetzt durch allgemeine Betrachtungen über das Sicherheitsgefühl einer bestimmten Gruppe von Menschen (den „Fahrern dieser Fahrzeuge“). D.h. es wird – ohne hinreichende Differenzierung – einer konkreten Person in einer konkreten Situation die Eigenschaft, die einer Personengruppe generell zukommen soll, zugeschrieben, ein normativer und kein (Tatsachen feststellender) Erkenntnisakt. Der 4. Senat verneint zu Recht entsprechende Erfahrungssätze.¹¹⁵ Zu der damit einhergehenden methodischen Problematik, zum einen das Unrechtsbewusstsein nicht mehr ausreichend zu differenzieren

und zum anderen den Vorsatz als probabilistische Zuschreibung und nicht mehr als subjektive und beweispflichtige Tatsache zu behandeln, s.o. IV.1.b) und VII.2.

5. Dogmatisch unzutreffende Parallele zu „äußerst gefährlichen Gewalthandlungen“

In ihrer Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit geht die Berliner Kammer zunächst nach einer insoweit gängigen Formel davon aus, dass es „bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen“ naheliege, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, dass Opfer könne zu Tode kommen. „Eine hohe und zudem anschauliche konkrete Lebensgefahrlichkeit von Gewalthandlungen stellt mithin auf beiden Vorsatzebenen das wesentliche auf bedingten Tötungsvorsatz hinweisende Beweisanzeichen dar“.¹¹⁶ Allerdings unterbleibt es hier, den entscheidenden Unterschied zu den unter diesen Begrifflichkeiten entschiedenen Konstellationen herauszuarbeiten. In sämtlichen von der Kammer insoweit angeführten Rechtsprechungszitaten hatte der jeweilige Täter sein Opfer i.d.R. konkret im Blick und das Primärziel war i.d.R. ein Angriff auf die körperliche Integrität.¹¹⁷ Soweit von den äußerst gefährlichen Gewalthandlungen die Rede war, welche den Tötungsvorsatz indizieren können, handelte der jeweilige Täter in Bezug auf das Opfer in aller Regel mit direkter Verletzungsabsicht und selbstverständlich realisierte er jeweils das Opfer im Blick- und Zielfeld seiner Gewalthandlungen.¹¹⁸ Daran fehlt es bei dem Autorennen in beiden Aspekten: Weder visualisierten die Täter ein Opfer noch war ihr Verhalten zielgerichtet auf eine Verletzung Dritter. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass es hier insgesamt am voluntativen Element fehlt, wohingegen in den vorstehend genannten Beispielfällen (i.d.R. § 224 Nr. 5 StGB) der Körperverletzungsvorsatz vorliegt (i.d.R. als dolus directus 1. Grades) und zu begründen ist, warum im Hinblick auf das Leben keine Verletzung intendiert ist. Auch diese Widersprüche entgehen im Argumentationszusammenhang des Urteils.

Die fehlende Primärintention, Dritte zu verletzen, sowie der Umstand, dass die Angeklagten in beiden Fällen spätere Opfer zu keinem Zeitpunkt gefährlichen Handlung im Sichtfeld hatten oder auch nur um dessen physische Existenz wussten, stellt eine Besonderheit dar, die zum einen das Heranziehen von Judikaten obsolet macht, in denen es bei der Frage äußerst gefährlicher Gewalthandlungen regelmäßig um die Problematik geht, ob ein Täter, der ein Opfer in den Brustraum sticht oder mit Stahlkappenstie-

¹¹³ *LG Bremen*, Ur. v. 31.1.2017 – 21 Ks 280 Js 39688/16 (12/16), UA 64.

¹¹⁴ *LG Bremen*, Ur. v. 31.1.2017 – 21 Ks 280 Js 39688/16 (12/16), UA 70.

¹¹⁵ Die *Berliner Kammer* „hat diese Annahme darauf gestützt, dass mit den Angeklagten vergleichbare Fahrer sich in ihren tonnenschweren, stark beschleunigenden und mit umfassender Sicherheitstechnik ausgestatteten Fahrzeugen regelmäßig sicher fühlten "wie in einem Panzer oder in einer Burg". Einen Erfahrungssatz dieses Inhalts gibt es aber nicht. Ein entsprechendes Vorstellungsbild ist konkret auf die Angeklagten bezogen zudem nicht belegt. Gerade angesichts der vorliegend objektiv drohenden Unfallszenarien – Kollisionen an einer innerstädtischen Kreuzung mit anderen Pkw oder, wie die Urteilsgründe mitteilen, sogar mit Bussen bei mindestens 139 bzw. 160

km/h – versteht sich dies auch nicht von selbst.“ – *BGH*, Ur. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – *LG Berlin*, Rn. 24, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018); vgl. auch Pressemitteilung v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=81300&pos=0&anz=45> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

¹¹⁶ *LG Berlin*, Ur. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), UA 50 f.

¹¹⁷ *Schneider*, in: *MüKo-StGB*, § 212 Rn. 34a.

¹¹⁸ Vgl. *Momsen/Momsen-Pflanz*, in: *SSW-StGB*, § 224 Rn. 35 f. m.w.N.

feldern mehrfach gegen den Kopf tritt, lediglich mit Körperverletzungsvorsatz, aber ohne Tötungsvorsatz handelte.¹¹⁹ Gerade das Abstellen auf diese Judikate zur Legitimation des Prüfungsmaßstabes lässt vermuten, dass diese – evidenten – Unterschiede zu der hier besprochenen Konstellation gar nicht realisiert wurden. Wiederum werden scheinbar nur die zum vorgezeichneten Begründungszusammenhang passenden Argumente übernommen.¹²⁰

Demgegenüber weist der GBA in seiner Stellungnahme zur Revision der Staatsanwaltschaft im Bremer Fall darauf hin, dass es insbesondere bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich sei, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetze und seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung sowie seine Motivation und die zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht ziehe.¹²¹ Dabei liege zwar die Annahme einer Billigung des Todes des Opfers nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz erkannter Lebensgefährlichkeit durchführt. Allein aus dem Wissen um den möglichen Erfolgseintritt oder die Gefährlichkeit des Verhaltens könne aber nicht ohne Berücksichtigung etwaiger sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebender Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das Willenselement des Vorsatzes gegeben sei.¹²²

6. Vorerfahrung als Basis von Verdrängung

Als maßgeblicher vertrauensstiftender Aspekt für das tatsachenfundierte Vertrauen auf das Ausbleiben des Taterfolgs wird in der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Vorerfahrung mit bestimmten gefährlichen Handlungen herangezogen.¹²³ Dies gilt auch für eine Gefährdungsgewöhnung, die der Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes entgegenstehen kann, sofern der Täter aus seinem Vorverhalten subjektiv den Schluss gezogen haben mag, gesetzte Gefahren würden sich entgegen der Erwartung Dritter bzw. entgegen der Ratio des durchschnittlichen Betrachters dennoch nicht realisieren.

In der Beweiswürdigung des Berliner Urteils wird die Frage der Gefährdungsgewöhnung jedoch außen vorgelassen. Nach den Feststellungen der *Kammer* fuhr der Angeklagte gern schnell und missachtete nachts rote Ampeln. Er sei ein Teilnehmer an illegalen Autorennen und Stechen, steigere sein Selbstwertgefühl über sein Kfz bzw. einen sportlich riskanten Fahrstil und zeichne sich durch eine konsequente Nichtbeachtung der Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung aus.¹²⁴ Was folgt daraus für den Bewusstseinszustand zum Tatzeitpunkt? Jedenfalls kein stetig erhöhtes Gefahrenbewusstsein – was im Übrigen auch zunächst indiziell für einen Gefährdungsvorsatz wäre.

Dies macht auch der 4. Senat deutlich und knüpft im Bremer Fall an die Ansicht des GBA an, dass es von einer umfassenden und differenzierten Betrachtung zeuge, dass die *Kammer* sowohl die Gesamtpersönlichkeit als auch das verkehrsspezifische („egoistische“) Verhalten in ihre Betrachtung einbezogen habe.¹²⁵

In einem vergleichbaren Schweizer Fall heißt es demgemäß in einem Gutachten: „Wer einen tiefer gelegten VW Corrado VR 6 mit verdunkelter Heckscheibe und Doppelauspuff fährt, will sein Auto nicht bei einem Unfall verschrotten. Er vertraut – in den Worten des *Bundesgerichts* „wenn auch oftmals rational nicht begründbar“ – darauf, dass er sein Fahrzeug beherrscht. Er wird sich daher nicht von der Strafe beeindruckt lassen, die für die Verursachung des Unfalls angedroht ist, weil er nicht mit dem Unfall rechnet. Selbst wenn er erkennt, dass zu hohe Tempi generell gefährlich sind, „weiß“ er, dass ihm nichts passieren wird.“¹²⁶

Vermutlich bewertet das *LG Berlin* die eigenen Feststellungen an dieser Stelle nur noch selektiv. Denn der Täter habe nach seinen Angaben das Gefühl gehabt, immer anhalten oder ausweichen zu können, um niemanden zu gefährden. Dass er dem Tatgeschehen auch nur nahe kommende konkrete Gefährdungsmomente in derartigen Situationen erlebt hätte, ist nicht festgestellt. Konkrete den Vorsatz des Angeklagten zumindest indiziell nahe liegende Umstände sucht man in der Argumentation vergebens.

Zwingend wäre es hingegen gewesen, auf Indizien pro und contra einzugehen, weil ein „ernstes Vertrauen [...]“, das in einem entsprechenden Erfahrungssatz („dass es doch immer gut geht oder gut gegangen ist“) eine Stütze findet“, dem Vorsatz entgegenstehen kann und allein deshalb stets der Erörterung bedarf, um rechtsfehlerfrei über die Frage des subjektiven Tatbestands judizieren zu können.¹²⁷

Diese Auseinandersetzung war insbesondere auch angesichts des konkreten Verlaufs der angeklagten Fahrt von Rechts wegen zwingend geboten. Laut den Feststellungen hatten die Angeklagten mehrere rote Ampeln mit überhöhter Geschwindigkeit überquert, ohne dass die *Kammer* eine aus diesen Normverstößen konkret gefährliche Situation festgestellt hätte. Als der Fahrer die rote Ampel überquerend in den Kreuzungsbereich einfuhr, in welchem sich die tödliche Kollision ereignete, war das für ihn geltende Lichtzeichen bereits 17 Sekunden rot. Und es war wie erwähnt die letzte Kreuzung vor dem „Ziel“.

Der rechtsfehlerfreie Schluss auf einen Eventualvorsatz wäre hiernach nur dann möglich, wenn das Urteil erkennen ließe, dass die *Kammer* erwogen hätte, dass nicht nur

¹¹⁹ Näher *Momsen*, in: SSW-StGB, § 212 Rn. 8 ff.

¹²⁰ Dies wäre einem am Case Law geschulten Gericht möglicherweise nicht passiert, da in einem ersten methodischen Schritt immer die Vergleichbarkeit des Präjudizes begründet wird, vgl. https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_403.

¹²¹ Stellungnahme S. 3 mit Verweis auf *BGH*, NSStZ 2011, 702 Rn. 34.

¹²² *BGH*, NSStZ 2011, 702 Rn. 35.

¹²³ Aufschlussreich *BGH*, NSStZ 2006, 36; näher und kritisch bei *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 63 ff., 69 ff.; vgl. zu Bspn.

auch *Momsen*, in: SSW-StGB, § 212 Rn. 12.

¹²⁴ *LG Berlin*, UrT. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16) UA 21, 60.

¹²⁵ Pressemitteilung v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=81300&pos=0&anz=45> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

¹²⁶ Nachweise bei *Schweizer*, plädoyer 2007, 36.

¹²⁷ Zutreffend *OLG Braunschweig*, NSStZ 2013, 593 Rn. 48.

einerseits bei vorhergehenden Fahrten, sondern darüber hinaus auch bei der angeklagten Tat, der Fahrer bei seinen Regelverstößen einen dahingehenden (falschen) negativen Erfahrungswert hatte, dass seine Normbrüche selbst im Falle der Rotlichtverstöße mit hoher Geschwindigkeit vermeintlich keine konkreten Gefährdungsmomente zeigten. Dies gilt insbesondere, da die *Kammer* sich zuvor dem Schluss der Sachverständigen *Dr. Bächli-Bietry*¹²⁸ angeschlossen hatte, dass die erlebte Freude bei unentdeckten Regelverstößen einen negativen Lernprozess noch besonders effektiv verstärkt habe. Wiederum scheint die normative Erwartung die Beweiswürdigung dissonant beeinträchtigt zu haben.

Gleiches gilt für die Nichtverwertung eines weiteren Indizes, welches in den Feststellungen vorhanden ist: Vor dem Fahrzeug des Opfers kreuzte 17-19 Sekunden lang kein Fahrzeug die Fahrbahn. Es hatten sich also keine sichtbaren Kfz während der Rotphase gesammelt und die größte Wahrscheinlichkeit kreuzender Fahrzeuge war zum Zeitpunkt der Kollision mithin bereits vorüber.

Im Bremer Fall wurde die Vorerfahrung des Täters demgegenüber mitberücksichtigt. Der Angeklagte hatte sich eingelassen, er habe zwar gewusst, dass seine Fahrweise gefährlich sei, aufgrund des Miterlebens von Unfällen von Bekannten. Diese seien danach jedoch einfach wieder aufgestanden. Dadurch habe sich sein Gefühl für die Gefährlichkeit verschoben. Hierauf und auf der Vielzahl der Verkehrsverstöße, die sämtlich ohne Folgen eines Unfalls geblieben sind (auch im Berliner Fall gab es vor dem Unfall viele Verkehrsverstöße, das wurde aber wohl nicht mit einbezogen), basiert die Überzeugung der *Kammer* von der Nachvollziehbarkeit des Verdrängens, das sie als einen Gesichtspunkt in die Gesamtbetrachtung einbezogen hat. Das Verdrängen der Gefährlichkeit heißt, dass der Angeklagte um seine gefahrenträchtige Fahrweise sehr wohl wusste, dieses Bewusstsein aber nur latent vorhanden war.¹²⁹ Ist es aber logisch folgerichtig zu argumentieren, die Verdrängung der Gefährlichkeit des Rennens impliziere das Bewusstsein des tödlichen Unfalls? Die Friktion ist offensichtlich. Dementsprechend fehlt es am präsenten Bewusstsein, einer Voraussetzung für die Bildung eines voluntativen Vorsatzelements.¹³⁰

7. Inkohärenz des Bewertungsmaßstabs

An einer weiteren Aussage des Berliner Urteils lässt sich überdies erkennen, dass der gewählte Prüfungsmaßstab der Begründung einer Fahrlässigkeitsschuld näher verwandt ist, als dem für den Vorsatz geltenden: Bei durchschnittlicher Sinnes- und Geistesanspannung habe auch

der Schnellfahrer im Ruhezustand die Möglichkeit des In-sichgehens, Besinnens und der Erkenntnis. Dies wird ergänzt durch die Anmerkung, dass auch der Einzelne aus der Welt der Raserszene eine Person bleibe, die ihren Verstand benutzen könne. So richtig diese Annahmen dem Grunde nach sind, verstellen sie der Kammer den Blick auf die Prüfung des „Seins“ des Angeklagten, das sie stattdessen aus dem „Sollen“ deduzieren.

Auch diese Argumentation erscheint als rechtlich verfehlt, denn hier wird der subjektive Maßstab des Angeklagten gegen denjenigen eines gleichsam objektiven Dritten ausgetauscht, an dessen Vernunftbegabung sich die angeklagten Fahrer messen lassen müssen. Weitere Begründung erfährt der Befund eines rechtsfehlerhaften Prüfungsmaßstabs durch die Feststellung, „die Angeklagten konnten im Tatzeitpunkt gerade nicht mehr darauf vertrauen, dass alles gut gehen werde“. Dass sie tatsächlich nicht mehr darauf vertrauten, wird nicht festgestellt. Dies liegt angesichts der gleichzeitigen Untersuchungsergebnisse, wonach der Angeklagte das Gefühl habe, niemanden gefährden zu können, auch nicht auf der Hand, sondern ist kontraindiziert. Auch zu diesem Beweiszeichen verhält sich das Urteil – anders als höchstrichterlich vorgegeben – jedoch nicht.

Auch der 4. *Senat* kritisiert mit deutlichen Worten diese methodischen Fehler: „Davon abgesehen leidet auch die Beweiswürdigung der *Strafkammer* zur subjektiven Seite der Tat unter durchgreifenden rechtlichen Mängeln. Diese betreffen die Ausführungen zu der Frage, ob eine etwaige Eigengefährdung der Angeklagten im Falle eines Unfalls gegen das Vorliegen eines Tötungsvorsatzes sprechen könnte. Dies hat das *LG* mit der Begründung verneint, dass die Angeklagten sich in ihren Fahrzeugen absolut sicher gefühlt und eine Eigengefährdung ausgeblendet hätten. Mit dieser Erwägung ist aber nicht ohne Weiteres in Einklang zu bringen, dass die Angeklagten, wie das Landgericht weiter angenommen hat, bezüglich der tatsächlich verletzten Beifahrerin des einen von ihnen schwere und sogar tödliche Verletzungen als Folge eines Unfalls in Kauf genommen haben. Schon diesen Widerspruch in der Gefährdungseinschätzung der Angeklagten zu Personen, die sich in demselben Fahrzeug befanden, hat die Schwurgerichtskammer nicht aufgelöst.“¹³¹

8. Ersetzung des faktenbasierten voluntativen Vorsatzelements durch einen normativ zuschreibenden Vorsatzbegriff und Verletzung des Schuldprinzips

Nicht nur die höchstrichterliche Rechtsprechung, auch das in Art. 2 I, 1 I GG bzw. im Rechtsstaatsprinzip verankerte Schuldprinzip gebietet die Auseinandersetzung mit den

¹²⁸ *LG Berlin*, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16) UA 42, 61. Die belastende Verwertung dieses Gutachtens ist angesichts der von der Gutachterin bekanntermaßen vertretenen Position (s.o. Fn. 49) wiederum kaum anders als mit kognitiver Dissonanz zu erklären. Dies wird letztlich daran deutlich, dass als Grund angegeben wird, das Gutachten sei lückenhaft, da es sich mit belastenden Indizien nicht ausreichend auseinandergesetzt habe. Dann aber dürfe das Gutachten streng genommen gar nicht herangezogen werden und nicht lediglich die der Erwartung nicht entsprechenden Folgerungen.

¹²⁹ Stellungnahme d. GBA S. 6.

¹³⁰ Vgl. *BGH*, StV 1987, 92 (§ 224 Nr. 5), näher *Momsen*, in: SSW-StGB, § 212 Rn. 5, 7, 8 ff.

¹³¹ *BGH*, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – *LG Berlin*, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018), Rn. 21 ff.; vgl. auch Pressemitteilung v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=81300&pos=0&anz=45> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

individuell gegen den Tötungsvorsatz sprechenden Beweisanzeichen. Dieser Grundsatz verlangt, dass nicht nur Straftat und -höhe an der individuellen Schuld des Einzelnen zu messen sind. Insbesondere ist auch die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten den Schuldvorwurf einer Strafnorm verdient, sowie die Frage, ob Schuld im Strafverfahren hinreichend festgestellt ist, hieran zu messen.¹³² Hieraus folgt, dass sich die Grundanforderungen an den Schuldbeweis – im vorliegenden Fall der Beweis der Vorsatzschuld in Abgrenzung zur Fahrlässigkeitsschuld – auch aus dem Schuldgrundsatz ergeben.¹³³

Die *Berliner Kammer* entzieht sich letztlich der Last, einen individuell-begründeten Eventualvorsatz nachzuweisen, durch eine normative Zuschreibung des Vorsatzes. Ein entsprechendes Vorgehen wird auch in Teilen der Literatur favorisiert¹³⁴ und von der *Kammer* offenkundig, ohne indes direkt benannt zu werden, zustimmend rezipiert. Folgt man dem jedoch, geht damit zwangsläufig der Abschied von einem individuell basierten und begründeten Vorsatzbegriff zugunsten eines extern zuschreibenden einher.

Dieser von der *Kammer* verfolgte Ansatz einer normativen Vorsatzbegründung widerspricht nicht nur der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. Er ist auch in Ansehung des Schuldprinzips verfassungsrechtlich problematisch und dogmatisch verfehlt. Die das menschliche Handeln tragenden Vorstellungen und Gedanken entsprechen eben nicht notwendig exakt den Umständen der Außenwelt oder den Vorstellungen eines vernünftigen Dritten und sind daher dem Schuldgrundsatz folgend nicht schuldbe gründend an diesen Maßstäben auszurichten oder zu messen. So rücksichtslos und strafwürdig sich das Verhalten der Angeklagten in den Feststellungen der *Kammer* und vor allem im Taterfolg darstellt, sind unverständliche Empathiedefizite von Straftätern nicht mit Empathiedefiziten der Strafrechtsdogmatik, die sich für das individuelle Risikobewusstsein der handelnden Akteure gar nicht mehr interessiert, zu beantworten. Solche Antworten entsprechen nicht mehr dem Schuldstrafrecht.¹³⁵

Derartigen Herangehensweisen ist indes bislang zutreffend vielfach auch in der Lehre eine Absage erteilt worden. *Vogel* konstatierte, dass ein normativer Vorsatzbegriff an *versari in re illicita, dolus indirectus* sowie *dolus ex re* anknüpfe und auf einem rein normativen Schuldbegriff basiere, der Schuld als normativ-objektive Wertung

der Rechtsordnung und nicht als subjektiv-innerpsychische Beziehung des Täters zur Tat begreife. Dementsprechend werde (von *Puppe*) argumentiert, ein Täter solle nicht durch sein Wollen selbst die strafrechtliche Beurteilung seines Handelns determinieren bzw. entscheiden können. Damit aber träfe die Strafe den Täter „wegen dessen, was in den Köpfen anderer als Wertung geleistet wird“, nicht aber mehr „wegen dessen, was er selbst böse artig-bewusst oder leichtsinnig angerichtet hat.“¹³⁶

Dies bestreitet nicht, dass ein Wertungsakt unvermeidbar ist. Wenn aber die Ermittlung der vom Täter selbst vorgenommenen Wertung und seiner Beziehung zur Tat durch diejenige des Tatrichters bereits auf der beweisrechtlichen Ebene dogmatisch zu substituieren ist, wird das Schuldprinzip in auch verfassungsrechtlich nicht hinnehmbarer Weise aufgegeben. Dementsprechend hat auch *Roxin*¹³⁷ ausgeführt, dass die vorsätzliche und die fahrlässige Tatbestandsverwirklichung nicht nur verschiedene Unrechtstypen darstellten, sondern dass zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit auch ein Schuldunterschied bestehe, der die weitaus höhere Bestrafung der Vorsatztat legitimiert. Eine sachgerechte Bewertung der Täterschuld erfordere daher die Einbeziehung aller schuldrelevanten Umstände und könne sich nicht mit einem einzigen – gewiss wichtigen – Kriterium wie dem der ‚Vorsatzgefahr‘ begnügen.

Neben den vorgenannten Bedenken gilt auch, dass der normativ zuschreibungs begründende Begriff einer Vorsatzgefahr auch einfachgesetzlich verfehlt wäre, worauf u.a. *Schünemann*¹³⁸ zutreffend hingewiesen hat. Denn der Verzicht auf das voluntative Element des Vorsatzes kann (etwa nach der dem normativen Vorsatzbegriff verwandten Formel Herzbergs der sog. „unabgeschirmten Vorsatzgefahr“¹³⁹) die Differenzierung des Gesetzes zwischen Gefährdung- und Verletzungsgefahr nicht nur nicht erklären, sondern müsste diese contra legem aufgeben. Gerade im Bereich des Verkehrsstrafrechts ist diese indes u. a. de lege lata in der Konzeption der §§ 315c, 315d StGB verankert.

Die *Kammer* reduziert damit das voluntative Vorsatzelement zu einer bloßen Beweislastregel im Sinne eines Anscheinsbeweises dahingehend, dass derjenige, der eine Handlung als erfolgsgeeignet erkenne, mit dieser den Erfolg auch herbeiführen wolle, soweit es keine entgegenstehenden Beweise gibt. Diese Reduktion einer beweispflichtigen tatbestandlichen Voraussetzung der Strafbarkeit

¹³² BVerfGE 20, 323; 57, 250; 95, 96; 58, 159.

¹³³ BVerfGE, NJW 2013, 1058, Rn. 54; NJW 1987, 2427; NJW 2004, 207; *Eschelbach*, in: MAH-Strafverteidigung, 2. Aufl. (2014), § 30 Rn. 107.

¹³⁴ *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017) § 15 Rn. 24 ff.; hierzu auch *Fischer*, in: StGB, 63. Aufl. (2015), § 212 Rn. 12a). So meint *Puppe* explizit: „Das Verständnis des sog. Willenselements des dolus eventualis als factum brutum, also rein tatsächlicher psychischer Befund, den das Tatgericht anhand beliebiger Indizien, die die Psychologie oder die Lebenserfahrung zur Verfügung stellt, feststellt und dann unter den Begriff des billigenden Inkaufnehmens, sich Abfindens oder der Gleichgültigkeit subsumiert, hat sich in der Praxis nicht bewährt.“ *Puppe* führt insoweit aus, dass wenn nach ihrer Theorie der Täter schon nicht mit der Verteidigung gehört werde, er habe den Erfolg nicht gewollt und auch nicht gewünscht, obschon er sich gleichwohl um seines Zieles Willen für seine Herbeiführung entschieden habe, warum solle er dann

mit eben einer solchen Verteidigung dahingehend gehört werden, dass die Wahrscheinlichkeit der Verknüpfung von Erfolg und Ziel um ein wenig geringer gewesen sei? Vgl. GA 2006, 65 (72).

¹³⁵ *Prittitz*, in: FS *Puppe*, 2010, S. 830, bezeichnet sie zutreffend ihrerseits als ungerecht. Die Strafwürdigkeit des hiesigen Verhaltens ist unbestritten. Sie hat aber nicht nur jüngst den Gesetzgeber bei der Pönalisierung illegaler Autorennen auf den Plan gerufen, sondern auch die Maßstäbe in Besprechungen der hier angefochtenen Entscheidung verschoben; so etwa, wenn *Kubicjel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (440) davon sprechen, was den Angeklagten „klar gewesen sein muss“.

¹³⁶ *Vogel*, GA 2006, 386 f.

¹³⁷ *Roxin*, in: FS Rudolph, 2004, S. 243.

¹³⁸ *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363.

¹³⁹ *Herzberg*, NJW 1987, 1461; näher *Momsen*, in: SSW-StGB, § 212 Rn. 48.

auf einen prozessualen Anscheinsbeweis steht im Widerspruch zum verfassungsrechtlich verankerten Schuldprinzip und modifiziert den in dubio pro reo-Grundsatz.¹⁴⁰

So liegt die Annahme nahe, dass die *Kammer* meinte, auf die möglichst individuelle Feststellung der subjektiven Verfasstheit des Angeklagten verzichten zu können und selbige durch eine normative Vorsatzzurechnung ersetzen zu dürfen. In der Sache bleibt die *Kammer* der Vorstellung einer Vorsatzgefahr verhaftet und ersetzt den im Rahmen der §§ 211, 212 StGB notwendigen Erfolgsvorsatz durch einen Gefährdungsvorsatz, der jedoch den subjektiven Tatbestand des Tötungsdelikts als aliud nicht ausfüllen kann.¹⁴¹

9. „Leichtfertigkeit“

Die jüngst erneut vorgeschlagene Lösung, eine eigene Kategorie der „Leichtfertigkeit“ in den subjektiven Tatbestand einzuführen¹⁴², ist reizvoll. Man könnte auf die vorhandene Dogmatik und Rechtsprechung zu dieser Kategorie als besonders „grober Fahrlässigkeit“ zurückgreifen.¹⁴³ Gerade im Bereich des Strafmaßes ließen sich hilfreiche Differenzierungsmöglichkeiten schaffen. Allerdings würde die Beweisfrage gerade nicht entschärft, da nun eine zusätzliche Abgrenzung durchzuführen und beweismäßig zu unterlegen wäre. Denn soll „Leichtfertigkeit“ eine echte Zwischenstufe zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz werden, sind die entsprechenden Beweise für die neue Kategorie zu finden und es ist dazulegen, warum die Täter weder fahrlässig noch vorsätzlich handelten. Einfacher wird also auf der prozessualen Ebene nichts. Auf der materiellen und Strafzumessungsebene könnte es aber zu mehr Gerechtigkeit führen.

Dem liegt die Idee einer „besonderen Vorsatznähe“¹⁴⁴ zugrunde, was nach *Duttge*¹⁴⁵ insbesondere dann plausibel erscheinen kann, wenn man der Leichtfertigkeit eine Aufgangfunktion für Fälle eines zwar nicht nachweisbaren, aber naheliegenden Vorsatzes zumesse.¹⁴⁶ Zurecht wird darauf hingewiesen, dass allerdings unklar bleibe, worin diese Vorsatznähe liegen soll, wenn es jedenfalls nicht das voluntative Element sein kann, das der Leichtfertigkeit eigen sein muss. Würde hingegen ein erhöhter Grad an Erfolgswissen verlangt¹⁴⁷, käme das einer Beschränkung auf die bewusste Fahrlässigkeit gleich, was den gleichgültigen gegenüber einem umsichtig abwägenden Täter unbillig bevorzugt würde. In jedem Fall werden die Probleme der Beweisbarkeit durch die Einführung einer neuen Kategorie nicht geringer. Will man hingegen nur bei nicht beweisbarem Vorsatz eine erhöhte Strafe in der

Nähe der Vorsatzstrafe finden können, so bliebe im Prinzip alles beim Alten. Man könnte bei einzelnen Tatbeständen das Merkmal aufnehmen und im Übrigen die Strafrahmenobergrenze etwa bei §§ 222 und 229 StGB heraufsetzen.

IX. Koinzidenzprinzip – die zeitliche Dimension des Vorsatzes (2)

Mehrfach wurde dargelegt, dass die *Kammer* konkrete Tatsachenfeststellungen im Hinblick auf das Bewusstsein der Fahrer zum Kollisionszeitpunkt durch normative Zuschreibungen und Wahrscheinlichkeitsaussagen ersetzt hat. Diese Vorgehensweise ist wie erwähnt zur Bestimmung des konkreten Tatvorsatzes ungeeignet, denn sie ermöglicht lediglich eine statistische Aussage über die Wahrscheinlichkeit, dass ein bestimmtes Ereignis eintritt, ist aber gerade nicht zur Vorhersage konkreter Ereignisse geeignet.¹⁴⁸ Daran ändert sich auch nichts, wenn man sich in (fehlerhafter) Anwendung des Evidenzkriteriums darauf beruft, die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit mit der Möglichkeitstheorie durchführen zu wollen.¹⁴⁹ Neben der Vermengung zweier verschiedener Inhalte des Vorsatzes (Rennen – Tötung des Opfers) und den diese Annahmen begleitenden Gefahren kognitiver Dissonanzen entstehen auch Konsequenzen bei der Bestimmung des Zeitpunkts der Vorsatzfassung – und damit für die Anwendung des Koinzidenzprinzips.

1. Der relevante Zeitpunkt – Visualisierung der Tatumsstände als Voraussetzung für die Feststellung des voluntativen Vorsatzelements

Aus der Fokussierung auf das jeweilige Delikt ergibt sich ein wichtiger zeitlicher Differenzierungsaspekt: Für die Frage des Vorsatzes muss die entsprechende Disposition zum Tatzeitpunkt tatsächlich vorgelegen haben. Diese sog. „subjektive Tatsache“ muss für den Tatzeitpunkt bewiesen werden.¹⁵⁰

Dies ist bei Kenntnissen, die in nicht zu ferner Vergangenheit einmal erworben wurden, regelmäßig der Fall, so dass sich die Frage eher ausnahmsweise auf die Schuldebene verschiebt. Insbesondere dann, wenn der Täter seine vorhandenen Kenntnisse konstitutionell nicht aktivieren konnte oder daran bspw. infolge übermäßiger Alkoholisierung gehindert war.

Die Frage, ob der Täter den Eintritt des Erfolgs zumindest bewusst in Kauf nimmt, ist dagegen praktisch nicht im Rückgriff auf das an sich bei dem Täter vorhandene Potential zu beantworten. Das macht die Beurteilung gerade

¹⁴⁰ Der Gedankengang wird übernommen von *Kubiciel/Hoven*, *NStZ* 2017, 441, die sich auf *Jakobs*, *RW* 201, 288 f. beziehen, der in genau diese Richtung argumentiert. Gleiches gilt für die in UA 51 von der *Kammer* übernommene These *Puppess*, *NStZ* 2016, 575 ff.

¹⁴¹ So *BGHSt* 22, 80. Näher auch unten VII.4.

¹⁴² *Hoven*, *ZEIT* v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-03/bundesgerichtshof-raser-urteil-berlin/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

¹⁴³ Ausf. *Duttge*, in: *MüKo-StGB*, § 15 Rn. 14 ff., 190 ff.; *BGHSt* 20, 315 (323 ff.); *BGH*, *GSSt* 39, 100 ff.; vgl. auch *Momsen*, in: *SSW-StGB*, § 15 Rn. 61.

¹⁴⁴ *BGH* *NStZ-RR* 2010, 311 ff.; *BGH*, *BeckRS* 2013, 01849;

Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 2009, § 5 Rn. 12; *Lohmeyer*, *NJW* 1960, 1798; ausführlich *Duttge*, in: *MüKo-StGB*, § 15 Rn. 192.

¹⁴⁵ *Duttge*, in: *MüKo-StGB*, § 16 Rn. 190 ff.

¹⁴⁶ *Duttge*, in: *MüKo-StGB*, § 15 Rn. 192; *Arzt*, in: *GS Schröder*, 1978, S. 11 ff.

¹⁴⁷ *Tenckhoff*, *ZStW* 88 (1976), 947 ff.; dazu *Duttge*, in: *MüKo-StGB*, § 15 Rn. 192.

¹⁴⁸ Näher <http://deacademic.com/dic.nsf/dewiki/1132680> (zuletzt abgerufen am 31.1.2018).

¹⁴⁹ Vgl. oben II.

¹⁵⁰ Näher *Momsen*, in: *SSW-StGB*, § 15 Rn. 17.

bei schweigenden Angeklagten wie erwähnt schwierig.¹⁵¹ Da es aber schlechterdings nicht auszuschließen ist, dass ein Täter im Geschwindigkeitsrausch oder infolge anderweitig übermäßiger Hormonausschüttung an die Konsequenzen seines Tuns nicht gedacht hat, muss man nach Indizien suchen.¹⁵²

Diese dürfen aber gerade nicht aus dem Maßstab des allgemein Erwarteten normativ konstruiert werden. Es geht um faktische Anhaltspunkte dafür, dass ein Täter tatsächlich die potentiellen Folgen seines Tuns nicht reflektiert, mag dies auch noch so weit entfernt von dem sein, was wir als vernünftig erachten. Finden sich keine Anhaltspunkte, spricht vieles dafür, den Maßstab des Normalen, des für diese Personengruppe Durchschnittlichen anzulegen und einen Vorsatz mangels entgegenstehender Erkenntnisse zu bejahen.¹⁵³

„Auf der Hand“ liegt insoweit wenig vom Bewusstseinszustand der Fahrer zum Tatzeitpunkt der Tötung des Opfers¹⁵⁴, denn es liegt ja gleichermaßen auf der Hand, dass man solche Rennen prinzipiell unterlassen sollte. Trotzdem führen sie das Rennen. Zudem führt das hier wiederum in der Bewertungsebene verwendete Kriterium der Evidenz dazu, die Differenzierung zwischen Rennen und Tötung zu verwischen. Es mag den Fahrern zwar zu einem Zeitpunkt vor Tatbegehung bewusst gewesen sein, dass sie andere Menschen würden verletzen oder töten könnten – worauf die *Berliner Kammer*, wenn man es genau betrachtet, mit ihren generalisierenden Annahmen abstellt. Das sagt aber noch nichts darüber, wie es mit dem (dem Beweis zugänglichen) Faktum der subjektiven Tatsache des Vorsatzes zum Tatzeitpunkt bestellt ist. Dieser muss sich wie erwähnt auf die Tötung eines anderen Menschen beziehen, nicht auf das Rennen an sich.

Will man das Evidenzkriterium zulässig verwenden, so könnte man fragen, wann dieser Ausgang für die Fahrer evident gewesen sein kann, wann die Tötung eines konkretisierten Opfers ihnen frühestens möglich erschienen sein konnte. Auch wenn man sich auf das kognitive Vorsatzelement beschränken würde, setzt dies Kenntnis, wenigstens Erkennen des möglichen Erfolges voraus. In concreto bestand zu diesem Zeitpunkt aber keine Möglichkeit mehr, den Erfolg abzuwenden. Damit fehlte es an der Handlungsfähigkeit zum Zeitpunkt einer möglichen (sic!) Vorsatzfassung und damit am zeitgleichen Zusammentreffen aller Strafbarkeitsvoraussetzungen. Wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die geforderte Reflektion (wenn auch nur aus Zeitgründen) nicht erfolgte, ist dies in dubio pro reo für den konkreten Täter zu konzedieren.

Dann fehlte es situationsbedingt am Vorsatz.

2. „*dolus antecedens*“ bzw. „*dolus subsequens*“

In der Sache wird im Berliner Fall aber auch an dieser Stelle das konkret auf den Täter zu beziehende Willensmoment durch generelle Wahrscheinlichkeitserwägungen ersetzt.¹⁵⁵ Wie oben unter VIII. dargelegt, visualisierten die Fahrer während der tatbestandlichen Ausführungshandlungen weder ein Opfer noch war ihr Verhalten bis zum Unfall zielgerichtet auf eine Verletzung Dritter. Die *Kammer* aber ersetzt die (auf fehlerhaften Einschätzungen beruhende) Realität der Angeklagten schlicht post factum durch eine von ihr für vernünftig gehaltene Realität (s. VIII). „Real“ und faktisch wirksam waren aber für die Herbeiführung des Todes des Opfers allein die Vorstellungen der Angeklagten zum Tatzeitpunkt. Durch die Übertragung davon abgelöster Wahrscheinlichkeitsannahmen auf den Tatzeitpunkt verletzt die Begründung zugleich das für das Schuldprinzip zentrale Koinzidenzprinzip.¹⁵⁶ Denn zugeschrieben wird lediglich das Vorliegen eines zu irgendeinem Zeitpunkt vor (oder nach) der Ausführung (möglicherweise, s.o. II.) gegebenen Bewusstseinszustands. Der Vorsatz muss aber vollumfänglich während der Ausführung bzw. im Versuchsstadium vorliegen – und zwar deliktsspezifisch betrachtet. Schon, wenn dies nur für das Vorbereitungsstadium festgestellt würde, läge lediglich ein „*dolus antecedens*“ vor. Bloße Indizien im Bereich des nachtatbestandlichen Verhaltens würden allenfalls einen „*dolus subsequens*“ begründen können. Beide sind keine Erscheinungsformen des Vorsatzes im Sinne des Strafrechts.¹⁵⁷

Methodisch richtig wäre es, danach zu fragen, wann die Angeklagten überhaupt einen konkreten Tötungsvorsatz hätten fassen können. Bis zum eigentlichen Unfallgeschehen kam es zu keiner konkret gefährlichen Situation. Die Fahrer konnten also kein konkretes Opfer visualisiert haben. Falls doch, hätte man einen Versuch erörtern müssen. Nach den Kriterien des unmittelbaren Ansatzens kommt eine deliktsspezifische Vorsatzbildung nicht in Betracht, bevor das Opfer das (oder die) Opfer individualisiert, jedenfalls nicht bevor er den letzten Zwischenschritt vor der Tatausführung gemacht hat.¹⁵⁸ Aufgrund der Struktur des versuchten Delikts kommt es maßgeblich auf die Vorstellung der Fahrer an.¹⁵⁹ Auf der Basis des festgestellten Sachverhalts kann es – unabhängig von der Beweisbarkeit der subjektiven Tatsache – nicht zur Bildung eines Tötungsvorsatzes gekommen sein, bevor das Opfer in das Blickfeld der Fahrer geriet. Zu diesem Zeitpunkt aber war ein Ausweichen oder Bremsen nicht mehr möglich. Selbst

¹⁵¹ Ausf. zu den Schwierigkeiten des forensischen Nachweises und mit umfangr. Nachweisen *Momsen*, in: SSW-StGB, § 15 Rn. 38 f.

¹⁵² Das wäre nicht einmal dann anders, wenn es sich tatsächlich um „forensische Raritäten“ handeln würde, wie *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 23a, Fn. 117, annimmt.

¹⁵³ *Joecks*, in: MüKo-StGB, § 15 Rn. 15; *Hruschka*, JZ 1983, 860; *Roxin*, AT I, § 12 Rn. 91.

¹⁵⁴ So aber *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 23a.

¹⁵⁵ Deutliche Kritik daran bei *Hans Schultz*, Rechtsprechung und Praxis zum Straßenverkehrsrecht in den Jahren 1983–1987, Bern 1990, S. 94.

¹⁵⁶ Die konsequenteste methodische Darstellung findet sich im Lehrbuch von *Hruschka*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1988), der die von ihm

methodisch korrekt als „Simultaneitätsprinzip“ gekennzeichnete zeitliche Dimension der Strafbarkeitsvoraussetzungen zum Ausgangspunkt der Strafbarkeitsvoraussetzungen wählt.

¹⁵⁷ *Roxin*, AT I, § 12 Rn. 89 ff.

¹⁵⁸ BGHSt 30, 363; NJW 1985, 1035; NStZ 2013, 156; NStZ 2004, 38; NStZ 1987, 20; StV 1984, 420; auf die Vornahme von Gefährdungshandlungen, welche nach der Vorstellung des Täters zumindest in einem unmittelbar räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Tatbestandsbefriedigung stehen, stellt der *BGH*, NStZ 2008, 409 ab; vgl. auch *BayObLG*, NJW 1990, *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 112; *Kudlich/Schuhr*, in: SSW-StGB, § 22 Rn. 36 ff.

¹⁵⁹ *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 111.

wenn man – ohne Kenntnis der konkreten Täterpsychologie – hier einen Vorsatz annehmen wollte, war der Handlungszeitpunkt vorüber. Das Erkennen der Situation kam so spät, dass es auch im Falle der (fast schon absurd anmutenden) Billigung dieses Unfalls nur noch zu einer Erscheinungsform des nachträglich gefassten Vorsatzes, eines „*dolus subsequens*“, reichen würde.

So sieht es auch der 4. Senat: „Der vom *Landgericht Berlin* festgestellte Geschehensablauf trägt schon nicht die Annahme eines vorsätzlichen Tötungsdelikts. Nach den Urteilsfeststellungen, an die der *Senat* gebunden ist, hatten die Angeklagten die Möglichkeit eines für einen anderen Verkehrsteilnehmer tödlichen Ausgangs ihres Rennens erst erkannt und billigen in Kauf genommen, als sie in die Unfallkreuzung einfuhren. Genau für diesen Zeitpunkt hat das *Landgericht* allerdings auch festgestellt, dass die Angeklagten keine Möglichkeit mehr hatten, den Unfall zu verhindern; sie seien „absolut unfähig gewesen, noch zu reagieren“. Nach diesen Feststellungen war das zu dem tödlichen Unfall führende Geschehen bereits unumkehrbar in Gang gesetzt, bevor die für die Annahme eines Tötungsvorsatzes erforderliche Vorstellung bei den Angeklagten entstanden war. Ein für den Unfall und den Tod unfallbeteiligter Verkehrsteilnehmer ursächliches Verhalten der Angeklagten, das von einem Tötungsvorsatz getragen war, gab es nach diesen eindeutigen Urteilsfeststellungen nicht.“¹⁶⁰

Das Koinzidenzprinzip ist wie erwähnt ein integraler Bestandteil des Schuldprinzips, genauer gesagt der Anknüpfung der Strafe an die in der Tat zum Ausdruck kommende Schuld. Gerade dieses Prinzip verhindert die Umwandlung des Strafrechts zu einem tätertypenverhafteten, präventiven Sicherheitsrecht. Wer in dieser methodisch konsequenten Argumentation eine „wenig überzeugende Spitzfindigkeit erblickt, welche nur über die eigentlichen Probleme hinwegtäuschen soll“¹⁶¹, muss sich fragen lassen, ob er genau das will – ein generalpräventives Sicherheitsrecht an der Stelle des Schuldstrafrechts.

X. Ausblick

Oben wurde dargelegt, dass eine generalisierend zugeschriebene Bewusstseinslage, in der sich möglicherweise selbst der Angeklagte zu einem Zeitpunkt X einmal befunden haben mag, nicht die Feststellung des deliktsspezifischen Tatvorsatzes ersetzen kann. Wegen der elementaren Bedeutung des Koinzidenzprinzips für das Schuldprinzip ist das voluntative Vorsatzelement eng mit dem psychologischen Schuldmoment verknüpft. Es ist für das Verständnis (nicht die Akzeptanz) von Straftaten wichtig,

gerade weil es Anknüpfungspunkt für die psychologische Aufarbeitung abweichenden Verhaltens ist.

Die Argumentation im Berliner Urteil gibt Anlass, einige methodische Fehler zu vermuten, welche zur Verdeutlichung besonders hervorgehoben wurden: Wahrscheinlich basiert die rechtliche Bewertung auf einigen der oben beschriebenen Fehlschlüsse bzw. –Fehlinterpretationen, insbesondere auf Generalisierung, zeitlicher Verschiebung, methodisch unzulässiger Vermischung von konkreten Fakten und Wahrscheinlichkeiten, Vermengung von Tatsachen und Erwartungen. Dies führt zu einer fehlerhaften, auf vorgefassten Erwartungen fußenden, Auswahl und Bewertung von Beweisen u.v.a. Indizien. Bestätigt wird schließlich primär die normative Erwartungshaltung. Eine von zugeschriebenen Kenntnissen unabhängige Bewertung des voluntativen Vorsatzelements ist kaum mehr möglich. Hinterfragt man jedoch nicht die mögliche Fehlerhaftigkeit der Prämissen, erscheint die Argumentation *prima vista* verblüffend binnenkohärent. Das führt dazu, dass die Gesamtbewertung genauso selbstverständlich, als nahezu zwangsläufig, erscheint. Im Allgemeinen gelten derartige Urteile als „revisionssicher“. Dennoch enthebt auch eine suggestive Geschlossenheit der Darstellung in den Urteilsgründen nicht davon, das Vorliegen konkreter (subjektiver) Tatsachen zum Tatzeitpunkt beweisen zu müssen. Anderenfalls beruht die Suggestion auf Zirkelschlüssigkeit.¹⁶²

Ein Problem besteht auch in der Annahme, man könne für einen als solchen zumindest in der Wahrnehmung des Berliner Falls empfundenen „krassen“ Ausreißer von der Norm auch eine Ausnahme vom Prinzip legitimieren. Dies ist aber nicht Einzelfallgerechtigkeit, sondern Einzelfallstrafrecht im Sinne einer Abkehr von verbindlichen methodischen Kriterien.

Eine solche Argumentation erscheint nicht mehr nur als die – völlig legitime – Bewertung eines Einzelfalles, sondern vielmehr als Instrumentalisierung eines einzelnen Falles (und Beschuldigten), um bestimmte Botschaften an die Allgemeinheit zu senden. Tatsächlich ist das beschuldigte Individuum hier zumindest teilweise lediglich ein Medium, an dem Härte demonstriert wird. Symbolisches Strafrecht wird hier verwirklicht als symbolische Entscheidung mit dem Ziel gegenüber der Rechtsgemeinschaft Härte bzw. Stärke zu signalisieren. Eine relativ einfache Botschaft, deren Lasten allerdings ungleich verteilt sind.¹⁶³ *Frommel* hat diese Form medial-symbolischen Strafrechts treffend beschrieben: „Wie sieht nun die Straftheorie aus, die zu einer hyperaktiven Mediengesellschaft

¹⁶⁰ *BGH*, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – *LG Berlin*, Rn. 13 ff. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528> (zuletzt abgerufen am 12.3.2018); vgl. auch die Pressemitteilung v. 1.3.2018, abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=81300&pos=0&anz=45> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

¹⁶¹ *Hoven*, in *LTO* v. 10.2.2018, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/berliner-raserfall-bgh-zeitpunkt-vorsatz-toetung-mord-mittaeterschaft/> (zuletzt abgerufen am 15.12.2018), nunmehr relativiert und differenziert in *ZEIT* v.

1.3.2018, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-03/bundesgerichtshof-raser-urteil-berlin/komplettan-sicht> (zuletzt abgerufen am 2.3.2018).

¹⁶² Dies zeigt *Fischer*, *ZEIT* v. 29.1.2018, aufs Neue sehr überzeugend auf, ungeachtet der teilweise etwas geringer ausfallenden Überzeugungskraft einiger der dort vorgestellten Thesen im Übrigen, vgl. <http://meedia.de/2018/01/29/das-sternechen-system-thomas-fischers-zeit-kritische-anmerkungen-zum-mediensystem-tribunal-gegen-dieter-wedel/> (zuletzt abgerufen am 30.1.2018).

¹⁶³ *Prittitz*, *Strafrecht und Risiko*, 1993, S. 253 ff., zeigt die differenzierten Verwendungen des Begriffs auf.

schaft passt? Das symbolische Strafrecht verzichtet zunehmend auf die bislang übliche empirische Forschung, um die spezialpräventiven Wirkungen neuer Normen zu testen, und setzt ganz auf die symbolische Funktion. Es geht um indirekte Generalprävention. Dabei wird der Nutzen einer Begrenzung des Strafrechts auf Rechtsgüterschutz systematisch unterschätzt. Unbestimmtes Strafrecht zerstört nicht nur die Legitimität, auch die systematische Stimmigkeit der jeweiligen Regelungsbereiche verschwimmt. Permanent geändertes Strafrecht wird überkompliziert, undurchschaubar und – im Einzelfall – manipulierbar. Am Ende muss die Regelungswut mit Diversion kompensiert werden, was einem Verzicht auf rechtsstaatliche Rationalität gleichkommt.¹⁶⁴ Sicher unbewusst, stellt sich die Argumentation des Berliner Urteils in Teilen als Ausdruck einer manipulativen, medialen Erwartung dar. Aus dem Blick gerät bei der Fokussierung auf das Signal an die Bevölkerung nicht zuletzt die Proportionalität der Strafe.¹⁶⁵ Dass das ausgesandte Symbol, je mehr es sich an allgemeinen Wertungen und Wahrscheinlichkeiten bzw. Erwartungen und nicht an den feststellbaren Tatsachen des individuellen Beschuldigten orientiert, ein rein generalpräventives ist, wurde oben bereits dargelegt.

Der 4. Senat hat sich ebenfalls ausgesprochen gegen die Ablösung des Vorsatzes von der Täterpsyche und die damit verbundene Lockerung der wechselbezüglichen Struktur von subjektivem Tatbestand und Schuld als zwei systematisch miteinander oszillierender Röhren des Unrechtsbewusstseins. Dem ist der Senat explizit entgegengetreten, indem er die grundsätzliche Bedeutung des voluntativen Vorsatzelements in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie die Beweisbedürftigkeit betont hat: „In rechtlicher Hinsicht ist nach ständiger Rechtsprechung bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billig oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement) ... Ob der Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Elemente im Rahmen der Beweiswürdigung umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen.“¹⁶⁶ Das ist zu unterstreichen. Wenn Strafrecht eine verhaltenssteuernde Funktion haben soll, ohne bloßes Machtrecht zu sein, dann muss es beim Täter und an dessen psychischer Determinierung ansetzen, dann muss zuerst die fremde Irrationalität verstanden werden, um zu sehen, wie sich die Tat aus dieser Perspektive, die eben gerade nicht die eigene ist, darstellt. Nur dann wird

man die Ursache und Motivation abweichenden Verhaltens begreifen und ihr eventuell etwas entgegensetzen können. Ein Strafrecht, das darauf verzichtet, ist kein rationales Strafrecht.

Sind Gerichte oder Ermittlungsorgane nicht bereit, die eigene schein-rationale Perspektive zumindest zeitweise zu verlassen und verzichten auf den Versuch, die Realität der Angeklagten zu verstehen, so werden sie eigenen Erwartungen erliegen. Das Streben nach Binnenkohärenz führt leicht zu kognitiven Dissonanzen. Diese führen zu Wahrnehmungsverzerrungen, jene zur Erhebung primär der in Erwartungsschemata passenden Beweise, später zu einer nur binnenkohärenten Würdigung der vorselektierten Beweise. Und all das führt unter Umständen zu einem unbewussten Fehlurteil – schlicht, weil es schon an der Bereitschaft fehlt, die eigene Perspektive auch einmal zu relativieren. Verstärkt werden diese Effekte durch eine Neigung zur fehlerhaften Verwendung der Evidenz als Wertungs- bzw. Beweiswürdigungskriterium in normativer Hinsicht. Evident erscheint, was der Erwartung entspricht, die idealtypische Scheinlösung zur Beseitigung einer kognitiven Dissonanz.¹⁶⁷

Bedenklich erscheint insbesondere, dass es in der zu Ende gedachten Konsequenz dieses Ansatzes liegt, den Täter nicht zu bestrafen, weil er als das Individuum, das er ist, vorwerfbar und nachweisbar Unrecht verwirklicht hat. Die Strafe knüpft vielmehr unabhängig von der individuellen Disposition zum Tatzeitpunkt an dem objektiven Abweichen einer Verhaltenserwartung an. Und wie sich gezeigt hat, führt die Verhaftung in diesen häufig nicht offengelegten Verhaltenserwartungen sehr leicht dazu, primär danach zu schauen, „ob“ jemand sich anders als erwartet verhält, nicht mehr aber nach der individuellen Disposition, welche für diese Abweichung ursächlich sein kann. Denn diese wird durch generalisierende Zuschreibungen von kognitiven Fähigkeiten oder Bewusstseinszuständen ersetzt. Ebenso generalisierend und objektiv fällt die strafrechtliche Reaktion selbst aus. Dieses Bild ergibt sich jedenfalls mit Blick auf o.g. Presseberichte oder massenmedial platzierte Stellungnahmen. Diese propagieren relativ unverhohlen (nicht nur) gelegentlich die überlegene Wirksamkeit des harten Durchgreifens, der schärferen Bestrafung. Gerade aber hat Prittwitz zu Recht und zum rechten Zeitpunkt nochmals in Erinnerung gerufen, dass eine Strafschärfung ein untaugliches und anachronistisches Mittel der Kriminalpolitik ist: „Dass die uns umgebenden populistischen Tendenzen in Zeiten unübersichtlicher gesellschaftlicher Entwicklungen besonders

¹⁶⁴ Frommel, in: vorgänge 212 (4/2015), S. 107 ff.; vgl. http://www.humanistische-union.de/nc/publikationen/vorgaenge/online_artikel/online_artikel_detail/back/vorgaenge-212/article/symbolisches-strafrecht/ (zuletzt abgerufen am 18.2.2018).

¹⁶⁵ Dazu *Fraser/Momsen/O'Malley/Washington*, Proportionality of Punishment/Sentencing, Vorträge am 18.9.2017 in Oxford und 6.4.2018 in Frankfurt a.M. (erscheint in *Ambos/Duff/Roberts/Weigend* (Hrsg.) *Foundational Principles and Concepts of Anglo-German Criminal Law and Justice*, Cambridge University Press 2018), näher: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/anglo-german-dialogue> (zuletzt abgerufen am 18.2.2018).

¹⁶⁶ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – LG Berlin, Rn. 17 [\[ris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528\]\(http://ris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=81558&pos=1&anz=528\) \(zuletzt abgerufen am 12.3.2018\), mit Verweis auf BGH Urt. v. 14.1.2016 – 4 StR 72/15, NSZ 2016, 211 \(215\); v. 30.4.2014 – 2 StR 383/13, StV 2015, 300\(301\); v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183\(186\); v. 16.10.2008 – 4 StR 369/08, BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 63.](http://ju-</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁶⁷ Ausf. Kahnemann, Thinking, Fast and Slow, 2012; *Song Richardson/Atiba Goff*, Self-Defense and the Suspicion Heuristic, Iowa Law Review, Vol. 98 (2012), 293 ff., vgl. auch *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg, 2018, (im Erscheinen), *Momsen/Washington*, in: FS Rogall, 2018 (im Erscheinen); *Momsen*, KriPoZ 3/2018 (Beitrag zum Lügendetektor erscheint im Juni).

anfällig sind für die Sehnsucht nach den „guten alten Zeiten“, in denen man noch richtig (hart) bestraft hat, ist keine Überraschung. Dass der Gesetzgeber dieser Sehnsucht gerne nachkommt, wenn er symbolisch und also billiger dabei wegkommt, als wenn er sich auf mehr Erfolg versprechende, aber teurere Maßnahmen einlässt, dürfte auch niemanden überraschen¹⁶⁸.

Zurück zum voluntativen Vorsatzelement: Dieses ist und bleibt ein wesentlicher Punkt, welcher die Gerichte dazu

verpflichtet, sich in die Psychologie des Angeklagten einzufühlen. Es sollte schon deshalb nicht preisgegeben werden. Vielmehr ist es angebracht, den Täter unter Umständen als Unvernünftigen zu würdigen – und mit Strafe zu sanktionieren, wenn ihm dies vorwerfbar ist. Denn Kriminalität ist ja gerade gekennzeichnet durch eine Form der – nicht hinnehmbaren und vorwerfbaren – Abweichung von der Norm des allgemein als vernünftig Geltenden.

¹⁶⁸ Prittwitz, KriPoZ 2018, 41 ff., 47.

Das neue Terrorismusstrafrecht im Lichte der Verfassung

von Prof. Dr. Jens Puschke, LL.M.*

Abstract

Das Strafrecht muss sich an den Vorgaben der Verfassung messen lassen. Mit Blick auf die Kriminalstrafsanktion als Rechtsfolge und die hierdurch bedingte besondere Eingriffsqualität von Strafnormen sind hohe Anforderungen an dessen Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit zu stellen. Dies gilt gerade auch für Straftatbestände, die im Vorfeld einer Rechtsgutsschädigung ansetzen. Durch die Tatbestände des neuen Terrorismusstrafrechts will der Gesetzgeber terroristische Anschläge verhindern, indem er bestimmte Vorbereitungshandlungen großflächig unter Strafe stellt. Hierbei werden systematisch Handlungen erfasst, die objektiv neutral sind und weit vor einem möglichen Anschlag liegen können. In dem Beitrag sollen Kriterien dargestellt werden, anhand derer die Verhältnismäßigkeit solcher Normen beurteilt werden kann.

I. Einleitung

Am 10.10.2015 wurde der später vom *LG München I* verurteilte A¹ am Flughafen München festgenommen, weil er in die Türkei zu reisen versuchte. Mit dieser Handlung erfüllte er den objektiven Tatbestand des § 89a Abs. 2 lit. a StGB, der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat. Da A diese Handlung nach den Feststellungen des *LG* vornahm, um sich nach einer Weiterreise nach Syrien und nach entsprechender Ausbildung einer der gegen das Regierungsregime kämpfenden Gruppierungen anzuschließen, wurde auch der subjektive Tatbestand als erfüllt angesehen. A wurde zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten wegen dieser Tat und einer zuvor bereits in gleicher Absicht erfolgten Reise in die Türkei verurteilt.²

Vor dem Hintergrund, dass die Strafnorm des § 89a Abs. 2 lit. a StGB an objektiv neutrale Handlungen anknüpft und subjektiv einen Planungszusammenhang hinsichtlich eines weit in der Zukunft liegenden Geschehens ausreichen lässt, stellt sich die Frage, ob diese Vorgaben und damit das Urteil mit den Grundsätzen der Verfassung in Einklang stehen. Diese Frage ergibt sich auch für eine

Vielzahl weiterer im Vorfeld einer Rechtsgutsschädigung ansetzenden Straftatbestände, wobei in jüngerer Zeit insbesondere im Terrorismusstrafrecht von dieser Normenart Gebrauch gemacht wurde. In dieser Hinsicht war die Einführung des § 89a Abs. 2 lit. a StGB die vorerst letzte, aber wohl gravierendste Verirrung des Gesetzgebers.

Erfasst wird das Unternehmen der Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland, sofern es zum Zweck der Ausbildung hinsichtlich einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat geschieht („Versuch der Vorbereitung zur Vorbereitung“³). Die Neuregelung erfolgte durch das *Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* vom 12.6.2015⁴, in dem zudem die Strafbarkeit der Terrorismusfinanzierung erheblich erweitert und in § 89c StGB neugefasst wurde. Nur sechs Jahre zuvor wurden mit dem *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG)*⁵ die §§ 89a, 89b und 91 in das Strafgesetzbuch eingefügt. Unter Strafe gestellt sind nunmehr bestimmte Formen der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB), die Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89b StGB), die Terrorismusfinanzierung (§ 89c StGB) und die Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 91 StGB).

Bei den Neuregelungen handelt es sich um Vorbereitungstatbestände,⁶ da sie Handlungen, die die Begehung (terroristischer) Anschläge fördern könnten und sollen, bereits im Vorfeld der Durchführung eines solchen Anschlages erfassen und mit Kriminalstrafe bedrohen. Da nach der gesetzgeberischen Intention der Anschlag vor seiner Durchführung verhindert werden soll, indem in einen als bedrohlich angesehenen Geschehensablauf interveniert wird, können diese Normen auch als Interventionsstrafrecht bezeichnet werden.⁷

Angesichts der besonderen Bedeutung des Terrorismus-

* Der Verfasser ist Inhaber einer Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Medizinstrafrecht an der Philipps-Universität Marburg.

¹ Urt. v. 19.5.2016 – 2 KLs 111 Js 169510/15.

² Die Einzelstrafen lagen jeweils bei 1 Jahr und 10 Monaten.

³ Vgl. *BGH*, NJW 2017, 2928 (2931).

⁴ BGBl. I, 926.

⁵ Vom 30.7.2009, BGBl. I, 2437.

⁶ Siehe zur abweichenden Einordnung des § 91 Abs. 1 Nr. 1 StGB *Puschke*, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, 2017, S. 339, 345.

⁷ Siehe hierzu *Puschke*, in: *Lange/Wendekamm* (Hrsg.), *Die Verwaltung der Sicherheit. Theorie und Praxis der öffentlichen Sicherheitsverwaltung*, 2018, S. 215 (216 ff.); *ders.*, S. 26 ff.; siehe auch *Rackow*, in: *FS Maiwald*, 2010, S. 615 (618 f.); vgl. zu Hintergründen auch *Brunhöber*, in: *Puschke/Singelstein* (Hrsg.), *Der Staat in der Sicherheitsgesellschaft*, 2018, S. 193 ff.

strafrechts als Leitbild für die Kriminalprävention insgesamt,⁸ der besonderen Eingriffsintensität und der Zunahme von Strafverfahren⁹ und höchstrichterlichen Urteilen in diesem Bereich¹⁰ erscheint es dringlich geboten, die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit nicht vorschnell aus dem Blick zu verlieren und Kriterien zu ihrer Beurteilung aufzuzeigen.

II. Strafrecht und verfassungsrechtliche Begrenzung – eine schwierige Beziehung

Das Verhältnis von materiellem Strafrecht und der Verfassung ist immer noch weitgehend ungeklärt. Während grundsätzlich anerkannt ist, dass die Bindungswirkung der Grundrechte auch das Strafrecht betrifft,¹¹ sind die konkreten Grenzen, die sich aus der Verfassung ergeben, umstritten. Zwar wird regelmäßig betont, dass das Strafrecht als schärfstes Schwert des Staates einer besonderen Überprüfung bedürfe.¹² Jedoch führte dies in der Vergangenheit nur in seltenen Fällen zur Beschränkung von Strafnormen aus verfassungsrechtlichen Gründen¹³ oder sogar zu ihrer vollständigen Verwerfung durch die Judikatur. Als Folge wird zum Teil vertreten, dass sich das Strafrecht bzw. die Strafrechtswissenschaft nicht von der Verfassung einnehmen lassen und sich auf die Entwicklung eigenständiger Kriterien konzentrieren sollte.¹⁴ Wird – wie hier – als zentral angesehen, dass das Strafrecht einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf,¹⁵ gilt es Kriterien zu entwickeln, die für eine verfassungsrechtliche Bewertung bedeutsam sind.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich dabei für das Interventionsstrafrecht, vor allem, wenn es um Normen im Bereich des Terrorismusstrafrechts geht. So stellt auch der *BGH* fest, dass sich der bisherigen Rechtsprechung des *BVerfG* keine eindeutigen Maßstäbe für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit strafrechtlicher Normen entnehmen lassen, die präventiv weit im Vorfeld eigentlicher Rechtsverletzungen angesiedelte Handlungen pönalisieren.¹⁶ Die Schwierigkeiten ergeben sich vornehmlich daraus, dass die Begrenzungswirkung der beiden herausgehobenen verfassungsrechtlichen Maßstäbe, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgebot, hier ihrerseits an Grenzen zu stoßen scheint. Zum einen geht es um die Verhinderung besonders schwerwiegender Straftaten, weshalb zum Teil reflexartig alle grundsätzlich geeigneten Mittel für erforderlich und angemessen gehalten werden. Zum anderen können auch Verhaltensweisen,

die weit im Vorfeld einer möglichen Rechtsgutsschädigung stattfinden, auch wenn sie objektiv neutral sind, tatbestandlich so erfasst werden, dass sie irgendein Verhalten konkret beschreiben.

Dementsprechend hatte der *BGH* bei der Überprüfung des Urteils im eingangs geschilderten Fall auch keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 89a Abs. 2 lit. a StGB. Hinsichtlich der Bestimmtheit der Norm würden sich keine Besonderheiten gegenüber § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB ergeben.¹⁷ Für diesen hatte der *BGH* bereits entschieden, dass die Vorschrift trotz einer Vielzahl von Tatbestandsmerkmalen, die der Ausfüllung bedürfen, dem Normadressaten insgesamt noch eine ausreichende Prognose dahin, ob ein bestimmtes Verhalten strafbar ist, erlaube.¹⁸ Auch liege in der Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld der Gefährdung der Rechtsgüter durch die Vorbereitung von Straftaten weder ein Verstoß gegen das Übermaßverbot noch eine Missachtung des Schuldgrundsatzes durch Normierung eines Gesinnungs- oder Gedankenstrafrechts.¹⁹

Die angelegten Maßstäbe und die damit erzielten Ergebnisse können jedoch nicht überzeugen. Kann es von Verfassung wegen wirklich irrelevant sein, welche Verhaltensweise sanktionsbewehrt ist, nur weil sie in böser Absicht vorgenommen wird? Oder muss sich nicht vielmehr die Verhältnismäßigkeit der Norm und ihre Bestimmtheit aus einer Gesamtbetrachtung ergeben, bei der insbesondere die Folgen eines Normverstosbes (Kriminalstrafe) zu beachten sind? Die Aufbereitung der Kriterien für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Vorbereitungstatbeständen des Terrorismusstrafrechts soll hier entlang der Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Bestimmtheitsgebotes erfolgen, wobei auch auf das Verbot eines Gesinnungsstrafrechts eingegangen wird. Innerhalb der einzelnen Prüfebene sind strafrechtsspezifische Besonderheiten zu beachten.

III. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist als übergreifende Leitregel allen staatlichen Handelns anerkannt und stellt auch für das Strafrecht ein Kernprinzip dar. Aus ihm sind Vorgaben ableitbar, welches Verhalten mit Kriminalstrafe bedroht werden darf, und zwar im Ergebnis grundsätzlich unabhängig davon, ob dies separat als Frage der Legitimität der strafrechtlich abgesicherten Verhaltensnorm und

⁸ Siehe hierzu *Puschke*, S. 26 ff.

⁹ Aburteilungen für §§ 89a, b, c, 91 StGB seit der Einführung: 2009-2012: 0, 2013: 1, 2014: 0, 2015: 4, 2016: 7, Strafverfolgungsstatistik 2009-2016 Tabelle 2.1.

¹⁰ Siehe allein im Jahr 2017: *BGH*, NJW 2017, 2928; NJW 2017, 2693; NSiZ 2018, 89; *BGH*, Beschl. v. 21.9.2017 – AK 43/17; *BGH*, NSiZ-RR 2018, 42; *BGH*, Beschl. v. 29.11.2017 – AK 58/17; siehe aber zur teilweise zurückhaltenden Anwendung: *Puschke/Rienhoff*, in: *Puschke/Singelstein* (Hrsg.), *Der Staat in der Sicherheitsgesellschaft*, 2018, S. 243 (258).

¹¹ *BVerfGE* 6, 389 (433); 25, 269 (286); 35, 1 (45); 88, 203 (258); 90, 145 (172); *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), Vor § 1 Rn. 30; vgl. zur Zurückhaltung des *BVerfG* bei der Beschränkung des Bundesgesetzgebers im Bereich des Strafrechts *Baroke*, in: *Sinn/Gropp/Nagy* (Hrsg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, 2011, S. 247 (264).

¹² *BVerfGE* 90, 145 (172); 92, 277 (326); 96, 10 (25); 120, 224 (240).

¹³ Vgl. aber *BGHSt* 59, 218 hinsichtlich § 89a StGB.

¹⁴ Siehe zu einer entsprechenden Skepsis gegenüber der Beschäftigung mit dem Verfassungsrecht *Greco*, in: *Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum* (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, 2012, S. 13 ff.

¹⁵ Vgl. jüngst eingehend *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014; siehe zur Verbindung von Verhältnismäßigkeitsprinzip und Strafwürdigkeit auch *Bock/Harrendorf*, *ZStW* 126 (2014), 337 (366 f.).

¹⁶ NJW 2017, 2928 (2931).

¹⁷ *BGH*, NJW 2017, 2928 (2931).

¹⁸ *BGHSt* 59, 218 (223).

¹⁹ *BGH*, NJW 2017, 2928 (2931).

der Sanktionsnorm angesehen wird oder eine zusammenhängende Bewertung erfolgt.²⁰ Letztlich gilt übergeordnet, dass ein Eingriff in die Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) sowie in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG durch die Androhung einer Kriminalstrafe für die Vornahme eines bestimmten Verhaltens nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn dieser nicht außer Verhältnis zum Zweck der Regelung steht.

1. Eignung und Erforderlichkeit der Normen zur Zweckerreichung

Die §§ 89a, 89b, 91 StGB sollen dazu dienen, die Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat zu verhindern bzw. den dahinterstehenden Schutz von Leben und persönlicher Freiheit zu erreichen. Die Strafbarkeit der Terrorismusfinanzierung gem. § 89c StGB dient darüber hinaus der Verhinderung der dort normierten Katalogtaten. Der Zweck der Regelungen, bestimmte in der Zukunft liegende Straftaten zum Schutz gewichtiger Rechtsgüter zu verhindern, ist grundsätzlich als legitim anzuerkennen.²¹ Auch können Strafnormen, die Vorbereitungshandlungen zu diesen Straftaten erfassen, unter Beachtung des weiten Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers,²² grundsätzlich als geeignet und erforderlich zur Zweckerreichung angesehen werden. Bereits an dieser Stelle kann allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob das in § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB normierte Verbot des Umgangs mit (lediglich) gesundheitsschädlichen Stoffen für den Schutz von Leben und persönlicher Freiheit wirklich geeignet ist, oder ob die von den Stoffen ausgehenden Gefahren eine gesteigerte Qualität aufweisen müssen.²³ Für das Verbot von Ausreiseunternehmungen gem. § 89a Abs. 2 lit. a StGB erscheint es zudem fraglich, ob nicht außerstrafrechtliche Formen der Ausreisebegrenzungen²⁴ ein ebenso effektives, jedoch mildereres Mittel zur Verhinderung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten darstellen.²⁵

2. Angemessenheit

Mögen Fragen nach der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Strafbarstellung terroristische Straftaten vorbereitender Handlungen mit dem Verweis auf den weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers nur selten das Verdikt der Verfassungswidrigkeit rechtfertigen, stellt sich die Angemessenheit als entscheidender Prüfmaßstab für die

Beurteilung der Strafnormen dar.²⁶ Zwar gilt auch hier die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers.²⁷ Jedoch ergeben sich aus der Gesamtbetrachtung der widerstreitenden Interessen unter Einbeziehung strafrechtsspezifischer Zusammenhänge Vorgaben, die für die gesetzgeberische Entscheidung handlungsleitend sein müssen, auch wenn diese nicht zwingend zu eindeutiger Grenzziehung befähigen.²⁸

a) Unterscheidung zwischen strafrechtlichen und gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen

Entscheidend für die Frage, ob das neue Terrorismusstrafrecht in angemessener Weise in Grundrechte eingreift, ist die Feststellung der Schwere des Grundrechtseingriffs, der sich auch aus den angedrohten Folgen bei einem Verstoß gegen das Verbot ergibt. Insbesondere für die Beurteilung von Regelungen, die im Vorfeld einer Rechtsgutschädigung ansetzen, ist hiermit die Unterscheidung zwischen einer strafrechtlichen und einer gefahrenabwehrrechtlichen Erfassung angesprochen. Sind gefahrenabwehrrechtliche Regelungen einschlägig, drohen lediglich Maßnahmen zur Beseitigung der Gefahr. Im Strafrecht werden demgegenüber regelmäßig Geld- oder Freiheitsstrafen, die mit einem Unwerturteil verbunden sind, angedroht. Obwohl auch erstere Rechtsfolgen mit Blick auf polizeiliche Zwangsmaßnahmen sehr eingriffsintensiv sein können,²⁹ stellen sich die strafrechtlichen Folgen als wesentlich gravierender dar.³⁰ Daher gilt: Nicht alles, was Anlass für eine gefahrenabwehrrechtliche Intervention sein darf, darf auch mit einer strafrechtlichen Sanktion bedroht werden.³¹

Dennoch gerät die Unterscheidung insbesondere mit Blick auf die Ausweitung des Interventionsstrafrechts in Form von Vorbereitungstatbeständen zunehmend unter Druck.³² Diese Straftatbestände wurden vornehmlich mit dem Ziel eingeführt, die möglicherweise in der Zukunft liegenden terroristischen Straftaten zu verhindern. Sie sollen greifen, bevor etwas passiert ist.³³ Die Verhinderung von Straftaten ist allerdings originär Aufgabe des Polizeirechts. Sie darf – entgegen der gesetzgeberischen Intention – aufgrund der eingriffsintensiveren Rechtsfolgen nicht ohne Weiteres mit den Mitteln des Strafrechts betrieben werden. Insbesondere kann die Erweiterung des materiellen Strafrechts nicht auf das Ziel gestützt werden,

²⁰ Siehe hierzu Puschke, S. 161; für eine differenzierende Betrachtung etwa Frisch, NStZ 2016, 16 ff.; Gärditz, JZ 2017, 641 (642).

²¹ Vgl. auch BGHSt 59, 218 (225 f.); BGH, NJW 2017, 2928 (2931).

²² Siehe nur BVerfGE 120, 224 (240 ff.).

²³ Siehe bereits Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling, NStZ 2009, 593 (596).

²⁴ Vgl. §§ 7, 8 PassG.

²⁵ Siehe auch Ambos, JR 2017, 655 (656); Puschke, StV 2015, 457 (460), a.A. Biehl, JR 2015, 561 (565); als vom Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt ansehend BGH, NJW 2017, 2928 (2931).

²⁶ Siehe für § 89a StGB auch Brodowski/Jahn/Schmitt-Leonardy, GSZ 2018, 7 (10).

²⁷ BVerfGE 120, 224 (241).

²⁸ Puschke, S. 172; ablehnend bzgl. einer Bindungswirkung gegenüber dem Gesetzgeber Gärditz, JZ 2017, 641 (649).

²⁹ Vgl. etwa die Regelungen in §§ 20a ff. BKAG. Bedenklich sind insoweit die Bemühungen um eine ausgedehnte Präventivhaft für sog. Gefährder, etwa Art. 17 ff. BayPAG, grds. befürwortend demgegenüber Kubiciel, ZRP 2017, 57 ff.

³⁰ Siehe zur Begründung Puschke, S. 158 ff. Zudem ist zu beachten, dass neben den materiell-strafrechtlichen Rechtsfolgen auch eingriffsintensive strafprozessuale Maßnahme bei entsprechendem Tatverdacht durchgeführt werden können. Für Vorbereitungshandlungen gilt zudem, dass polizeiliche, nachrichtendienstliche und strafprozessuale Maßnahmen parallel durchgeführt werden können; zu diesbezüglich möglichem „Befugnis-shopping“ Brodowski/Jahn/Schmitt-Leonardy, GSZ 2018, 7 (8).

³¹ Vgl. auch Rackow, in: FS Maiwald, 2010, S. 615 (617 ff.).

³² Siehe hierzu eingehend Brodowski/Jahn/Schmitt-Leonardy, GSZ 2017, 7 ff. und GSZ 2018, 7 ff.; vgl. auch Roggan, ZRP 2017, 208 (209).

³³ Siehe BT-Drs. 16/12428, S. 12.

die polizeilichen, nachrichtendienstlichen und strafprozessualen Eingriffsmöglichkeiten auszudehnen.³⁴ Insofern ist zu unterscheiden zwischen dem Polizeirecht, welches die Intervention in einen als gefährlich beurteilten Geschehensablauf zum Zwecke der Verhinderung von Straftaten bezweckt, und dem Strafrecht, das unmittelbar die Vorbereitungshandlung als solche adressiert, um bereits diese mittels generalpräventiver Wirkmechanismen zu verhindern.³⁵ Die nachgelagerte interventionistische Wirkung hinsichtlich eines zukünftigen terroristischen Anschlags wird somit allenfalls mittelbar verfolgt.

Entsprechend kommt es für die Abwägung im Rahmen der Angemessenheit eines strafrechtlichen Vorbereitungstatbestandes nicht nur darauf an, ob er die Gefährdung eines Rechtsgutes als solche erfasst. Aus dem Zusammenspiel zwischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den strafrechtsspezifischen verfassungsrechtlichen Vorgaben von Tatprinzip und Schuldgrundsatz, der seine Grundlage in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG hat,³⁶ ergibt sich vielmehr, dass die Zweckverfolgung nur durch ein sanktionsbewehrtes Verbot von vorwerfbar Unrecht erfolgen darf.³⁷ Nicht Störer oder Gefährder sind Adressaten einer Strafnorm,³⁸ sondern Personen, denen nach Ausübung des tatbestandlich umschriebenen Verhaltens strafwürdiges Verhalten vorgeworfen werden kann. Nicht die möglicherweise in der Zukunft liegende Tat darf Grund für die Anwendung des Strafrechts sein („antizipierte Repression“³⁹), sondern die Vorbereitungstat, die sich als Unrecht darstellen muss. Gefährdung und strafrechtliches Unrecht sind somit nicht gleichzusetzen.⁴⁰ Für Vorbereitungstatbestände kann die zu erfassende Unrechtsform dabei als Gefährdungsunrecht qualifiziert werden.⁴¹ Die Angemessenheitsprüfung bei Straftatbeständen erfolgt somit gegenüber derjenigen bei gefahrenabwehrrechtlichen Vorgaben anhand von modifizierten Maßstäben.⁴² Entsprechend formuliert auch das *BVerfG*: „Im Bereich staatlichen Strafens folgt aus dem Schuldprinzip und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen.“⁴³ Formal spricht auch der Gesetzgeber hinsichtlich des neuen Terrorismusstrafrechts von der Erfassung strafwürdiger Fälle.⁴⁴ Der eingangs formulierten Schwierigkeit hinsichtlich der Begrenzungswirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für Vorbereitungstatbestände, die dem Schutz besonders bedeutsamer Rechtsgüter dienen, ist daher im Rahmen der Unrechtsbestimmung beizukommen.

Es bleibt die Frage zu beantworten, worin ein solches Gefährdungsunrecht in Abgrenzung zu Verhaltensweisen, die nur ein Eingreifen zwecks Gefahrenabwehr erlauben, zu sehen ist. Dabei kann eine scharfe Trennlinie nicht gezogen werden. Die Gefährdungsunrechtsqualität kann sich nur aus einer Gesamtbetrachtung von objektiven und subjektiven Elementen ergeben.⁴⁵ Dabei ist – anders als im Gefahrenabwehrrecht – die Vorbereitungshandlung, um deren Pönalisierung es geht, und nicht die möglicherweise in der Zukunft liegende (terroristische) Anschlagstat der unmittelbare Maßstab.

Abwägungsrelevante Kriterien sind somit die Wertigkeit der Rechtsgüter, deren Schutz bezweckt ist, wobei die Schwere der zukünftigen Tat und das dahinterstehende Rechtsgut auch maßgeblichen Einfluss auf den Unrechtsgehalt der Vorbereitungshandlung haben, sowie der unrechtsbegründende objektive und subjektive Zusammenhang der Vorbereitungshandlung mit der vorbereiteten Tat. Ebenfalls bedeutsam ist die Nähe der inkriminierten Handlung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung.

b) Auswirkungen auf die tatbestandlichen Vorgaben

Anhand der erarbeiteten abwägungsrelevanten Kriterien im Rahmen der Angemessenheitsprüfung sind die Tatbestände des neuen Terrorismusstrafrechts zu beurteilen.

aa) Wertigkeit des Rechtsgutes / Schwere der anvisierten Straftat

Hinsichtlich der Wertigkeit der Individualrechtsgüter und der Bedeutung ihres Schutzes vor in der Zukunft liegenden (terroristischen) Straften ist grundsätzlich davon auszugehen, dass dem Zweck der Normen großes Gewicht zukommt.⁴⁶ Dies betrifft die Rechtsgüter Leben und persönliche Freiheit in §§ 89a, 89b und 91 StGB sowie die potenzielle Betroffenheit weiterer hochrangiger Rechtsgüter der Katalogtaten des § 89c StGB. Allerdings gilt dies nicht durchweg für all jene Katalogtaten. Dem ebenfalls anvisierten Schutz vor Vergehen wie § 224 StGB oder §§ 303b, 305 und 305a StGB kommt eine solche Bedeutsamkeit nicht zu, was im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen ist.

Darüber hinaus stellt der Gesetzgeber durch die tatbestandliche Fassung der §§ 89a, 89b und 91 StGB klar, dass die Tatbestände nicht dem Schutz vor jedweder schweren Gewalttat dienen, sondern nur vor solchen, die staatsgefährdend sind. Der Grundrechtseingriff durch das strafrechtliche Verbot weit im Vorfeld der eigentlichen Tat stattfindender Vorbereitungshandlungen soll somit nur

³⁴ Zu diesem Hintergrund siehe *Paeffgen*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 89a Rn. 1; *Zöller*, StV 2012, 364 (372); vgl. auch *Bock/Harrendorf*, ZStW 126 (2014), 337 (377).

³⁵ Siehe zur bedenkliehen Veränderung der strafrechtlichen Zwecksetzung und Wirkweise durch das Interventionsstrafrecht *Puschke*, S. 61 ff.; *ders.*, in: *Lange/Wendekamm* (Hrsg.), S. 215 (218 ff.).

³⁶ *BVerfGE* 123, 267 (413).

³⁷ *Puschke*, S. 172 ff.; siehe hierzu auch *Burghardt*, in: *Brunhöber* (Hrsg.) *Strafrecht im Präventionsstaat*, 2014, S. 83 (92 f., 97 ff.).

³⁸ Siehe allerdings zur Entwicklung eines „Gefährderrechts“ *Brodowski/Jahn/Schmitt-Leonardy*, GSZ 2017, 7 ff. und GSZ 2018, 7 ff.

³⁹ *Brodowski/Jahn/Schmitt-Leonardy*, GSZ 2018, 7 (11).

⁴⁰ *Gierhake*, ZIS 2008, 297 (399); *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89a Rn. 2.

⁴¹ *Puschke*, S. 248 ff.

⁴² *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 81. EL 2017 (Stand: November 2006), Art. 20 Rn. 124: „strafrechtsspezifische Ausprägungen der Verhältnismäßigkeit“.

⁴³ *BVerfGE* 120, 224 (241).

⁴⁴ *BT-Drs.* 16/12428, S. 12.

⁴⁵ So auch *BGHSt* 59, 218 (232); *BGH*, NJW 2017, 2928 (2932); vgl. zu verfassungsrechtlichen und straftheoretischen Hintergründen *Puschke*, S. 137 ff.

⁴⁶ *BGHSt* 59, 218 (228); *BGH*, NJW 2017, 2928 (2931).

zur Verhinderung qualifizierter, also staatsgefährdender Gewalttaten dienen. Gem. § 89a Abs. 1 S. 2 StGB ist eine schwere Gewalttat staatsgefährdend, wenn sie nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben. Beschränkungen hinsichtlich der Qualität der in den Schutzbereich einbezogenen Staaten sind nicht vorgegeben. Entsprechend gehen das *LG München I* und der *BGH* in obigem Fall davon aus, dass nach den Gesetzesvorgaben nicht maßgebend ist, ob der Täter den Bestand oder die Sicherheit eines Rechtsstaates oder eines Unrechtsregimes beeinträchtigen will.⁴⁷ Unter dogmatischen, verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Gesichtspunkten scheint eine solche Auslegung der Tatbestände verfehlt.⁴⁸ Der tatbestandliche Bezugspunkt der Staatsgefährdung muss verfassungsrechtlichen Grundsätzen entsprechen und ist daher auf schutzwürdige Rechtsstaaten zu beschränken.⁴⁹ Insofern mahnte auch der *BGH* in einer früheren Entscheidung an, dass eine restriktive Auslegung geboten sei, damit die Vorschrift bezüglich ihrer materiell-rechtlichen Voraussetzungen nicht überdehnt würde, wenn sie in extensiver Weise auf die Vorbereitung jedweder die äußere oder innere Sicherheit eines beliebigen Staates dieser Welt gefährdenden Gewalttat anzuwenden wäre.⁵⁰ Eine solche Restriktion hat auch vor dem Hintergrund Bedeutung, dass die Vorbereitung einer gerechtfertigten Tat, entgegen der Ausführungen des *BGH*,⁵¹ kein Unrecht darstellt, an das eine Sanktion anknüpfen darf.⁵² Die Anforderungen an die Qualität des Staates gelten in gleicher Weise für das Verbot der Terrorismusfinanzierung gem. § 89c StGB hinsichtlich der Bestimmung der vorbereiteten Straftaten zur Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung der politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates (Abs. 1 S. 2). Auch hier muss sich die Norm auf ein den Verfassungsgrundsätzen entsprechendes Staatengebilde beziehen.

bb) Planungszusammenhang

Kernelement von Vorbereitungstatbeständen ist, dass sie über einen im subjektiven Tatbestand verorteten Planungszusammenhang eine Verbindung zum Ziel der Regelungen (Schutz von Rechtsgütern vor in der Zukunft liegenden terroristischen Straftaten) herstellen, woran sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung orientiert. Insofern geht auch der *BGH* davon aus, dass sich das Unrecht der Tat vornehmlich aus dem Planungszusammenhang ergibt,

wenngleich dabei das Zusammenspiel von objektivem und subjektivem Tatbestand nicht unerwähnt bleibt.⁵³ Je weiter die objektive Tathandlung von einer Rechtsgutsverletzung entfernt ist und je stärker das nachfolgende Geschehen in der Hand des Vorbereitungstäters liegt, desto höher müssen die Anforderungen an den Planungszusammenhang sein.⁵⁴

Als Mindestvoraussetzung muss somit die Ausführung der anvisierten Tat vom Vorsatz des Vorbereitungstäters erfasst sein. Darüber hinaus nahm der *BGH* für die Vorschrift des § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB in verfassungskonformer Auslegung an, dass der Vorbereitungstäter bzgl. des Ob der Tat fest entschlossen sein und diese nicht nur hinsichtlich des allgemeinen Deliktstypus in sein Vorstellungsbild aufgenommen haben müsse,⁵⁵ mithin eine gewisse Konkretisierung erforderlich sei. Dem Absichts- und Konkretisierungserfordernis ist für Vorbereitungstaten, bei denen der Täter das weitere Geschehen noch in der Hand hält, im Grundsatz zuzustimmen.⁵⁶ Nur auf diese Weise kann eine ausreichende subjektive Unrechtsbeziehung zur Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes hergestellt werden, die in Abwägung mit dem Ziel des Schutzes dieser Rechtsgüter eine Strafbarkeit als angemessen erscheinen lässt.

Zum Teil wird angenommen, dass der Gesetzgeber den Vorgaben des *BGH* bei der Neuregelung der § 89a Abs. 2 lit. a und § 89c StGB hinreichend Rechnung getragen habe, indem er Absichtserfordernisse in die Tatbestände aufnahm.⁵⁷ Dies ist jedoch in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Selbst wenn es sich den Ausführungen des *BGH* nicht unmittelbar entnehmen lässt,⁵⁸ so ist es jedoch zwingend, dass sich das Absichtserfordernis nicht auf irgendeine in der Zukunft liegende Straftat richtet, sondern auf eine, die sich auf eine unmittelbare Beeinträchtigung des zu schützenden Rechtsguts bezieht.⁵⁹ Nur eine solche Interpretation des Absichtserfordernisses lässt sich unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgern, wie es der *BGH* getan hat. Würde es ausreichen, dass eine Vorbereitungshandlung in der Absicht erfolgt, eine weitere Vorbereitungshandlung durchzuführen, ohne dass die Haupttat vom Vorstellungsbild des Handelnden entsprechend umfasst wäre, würden die verfassungsrechtlichen Beschränkungen ins Leere laufen.⁶⁰

Entsprechend ist dem Erfordernis genüge getan, wenn der Vorbereitungstäter handelt, um eine schwere staatsgefährdende Gewalttat durchzuführen. Gleiches gilt auch für das

⁴⁷ *LG München I*, Urt. v. 19.5.2016 – 2 KLs 111 Js 169510/15 Rn. 44; *BGH*, NJW 2017, 2928 (2930); siehe auch *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 4.2.2014 – 4 Ws 16/14 Rn. 16; vgl. auch *Schäfer*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 89a Rn. 19.

⁴⁸ Siehe *Ambos*, JR 2017, 655 (657 ff.); *Gazeas/Grosse-Wilde*, StV 2018, 84 ff.; vgl. auch bereits *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling*, NStZ 2009, 593 (595); *Puschke*, NJW 2017, 2932; zu einer pointierten Kritik auch *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89a Rn. 17 ff.; a.A. *Biehl*, HRRS 2016, 85 (87 f.).

⁴⁹ *Ambos*, JR 2017, 655 (657).

⁵⁰ BGHSt 61, 36 (42).

⁵¹ *BGH*, NJW 2017, 2928 (2929 f.); *Paul*, GSZ 2018, 39 (44) interpretiert diese Ausführungen so, dass der *BGH* die Rechtsgüter des § 89a StGB im Schwerpunkt für Gemeinschaftsgüter und nicht für Individualgüter hält.

⁵² Siehe auch *Ambos*, JR 2017, 655 (659); *Gazeas/Grosse-Wilde*, StV 2018, 84 (87); *Puschke*, NJW 2017, 2932.

⁵³ *BGH*, NJW 2017, 2928 (2932); vgl. auch BGHSt 59, 218 (232); *KG*, StV 2012, 345 (347).

⁵⁴ *Puschke*, StV 2015, 457 (462).

⁵⁵ BGHSt 59, 218 (239 f.).

⁵⁶ Siehe *Puschke*, S. 363 ff.; siehe zu Einwänden gegen die spezifischen Vorgaben des *BGH* für § 89a StGB *Fischer*, StGB, 65. Aufl. (2018), § 89a Rn. 40.

⁵⁷ Siehe etwa *Schäfer*, in: MüKo-StGB, § 89a Rn. 59; siehe aber zu Bedenken hinsichtlich des unübersichtlichen Absichtserfordernisses *Ambos*, JR 2017, 655 (657); *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89a Rn. 61.

⁵⁸ So wohl zu Recht *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89a Rn. 29a Fn. 125.

⁵⁹ Zust. *Gazeas/Grosse-Wilde*, StV 2018, 84 (86 Fn. 23).

⁶⁰ *Puschke*, StV 2015, 457 (462).

Sammeln oder Entgegennehmen von Vermögenswerten zur Durchführung einer rechtsgutsverletzenden Tat etwa i.S.d. § 89c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 StGB. Demgegenüber steht es mit den aufgezeigten Prämissen nicht in Einklang – wenngleich vom Wortlaut gedeckt –, wenn die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland gem. § 89a Abs. 2 lit. a StGB erfolgt, um eine Vorbereitungshandlung i.S.d. § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB durchzuführen, die Gewalttat selbst allerdings noch nicht beabsichtigt ist.⁶¹ Entsprechend kann es nicht gem. § 89c Abs. 1 S. 1 Nr. 7 und Nr. 8, (Abs. 2) StGB ausreichen, wenn mit Vermögenswerten umgegangen wird, damit Vorfeldtaten begangen werden können.⁶² Um den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht zu werden, ist auch für diese Tatbestände die Absicht zur Begehung der rechtsschädigenden Tat selbst zu fordern.

cc) Objektiver Gefährdungszusammenhang

Allein die Tatsache, dass eine (gewichtige und rechtsgutschädigende) Straftat geplant ist, ist notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für die Annahme von Gefährdungsunrecht und damit für die Angemessenheit einer strafrechtlichen Erfassung. Dies gilt bei rechtstat-sächlicher Betrachtung auch vor dem Hintergrund, dass ein (doppeltes) Absichtserfordernis keine effektive Strafbarkeitshürde darstellt.⁶³ Vielmehr bedarf es des Weiteren eines objektiven Gefährdungszusammenhangs, der sich im objektiven Tatbestand der Norm wiederfinden muss. Der *BGH* lässt im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit sowohl des § 89a Abs. 2 Nr. 3 als auch des § 89a Abs. 2 lit. a StGB allerdings ausreichen, dass neutrale Verhaltensweisen, die für sich genommen unverdächtig sowie sozialadäquat sind, vom Tatbestand erfasst werden, soweit ein hinreichender subjektiver Planungszusammenhang tatbestandlich verlangt wird.⁶⁴ Insofern sollen bei einem geringen objektiven Unrechtskern regelmäßig erhöhte Anforderungen an das subjektive Unrechtselement zu stellen sein.⁶⁵ Die Kompensation schwächer ausgeprägter objektiver Unrechtselemente durch stärker ausgeprägte subjektive Unrechtselemente entspricht der erforderlichen Gesamtbetrachtung und Abwägung bei der Bestimmung der Angemessenheit der Norm. Insofern kann die strafrechtliche Erfassung der Vorbereitung einer Vorbereitung in der Absicht, eine Haupttat durchzuführen, dann verhältnismäßig sein, wenn es sich um eine besonders gravierende Haupttat handelt und diese bereits hinreichend im Vorstellungsbild des Vorbereitenden konkretisiert ist.

Die Pönalisierung einer vorbereitenden Verhaltensweise, die gegenüber der anvisierten Straftat, vor der geschützt werden soll, neutral ist, kann demgegenüber keinesfalls als verhältnismäßig angesehen werden. Dies ergibt sich wiederum aus dem Zusammenspiel mit dem für das Strafrecht geltenden Schuldgrundsatz und dem Tatprinzip, wonach das Strafrecht an eine Tat und nicht lediglich an die Täterpersönlichkeit anknüpfen muss⁶⁶, sowie Ableitungen aus dem Eigenverantwortlichkeitsprinzip und der generalpräventiven Wirkweise des Strafrechts.⁶⁷ Im Ergebnis dürfen daher nur Vorbereitungshandlungen pönalisiert werden, die zum einen geeignet sind, die Haupttat zu ermöglichen oder zu fördern, und die sich zum anderen als typische Vorbereitungshandlungen darstellen, bei denen sich somit ein äußerlich erkennbarer Erfolg i.S.e. objektiven Manifestation mit Blick auf die anschließende Rechtsguttschädigung ergibt.⁶⁸

Diese Voraussetzungen erfüllen die objektiven Tatbestandsvorgaben des § 89c StGB nicht, jedenfalls sofern sie auf neutrales Verhalten des Sammelns und Entgegennehmens von Vermögenswerten abstellen. Auch die Rechtsgrundlage für die Verurteilung im Eingangsfall, § 89a Abs. 2 lit. a StGB, knüpft ausschließlich an Ausreisebestrebungen, also indifferente Verhaltensweisen hinsichtlich der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat an. Dass ein solcher Anknüpfungspunkt nicht ausreichen kann und zur Entgrenzung des Strafrechts führen würde, wird umso offensichtlicher, wenn an weitere Vorbereitungshandlungen gedacht wird, wie etwa das Öffnen der Haustür auf dem Weg zum Flughafen,⁶⁹ deren Pönalisierung nach den Vorgaben des *BGH* von Verfassungen wegen ebenfalls nicht zu beanstanden wäre.

dd) Das Verbot von Gesinnungsstrafrecht und der Schutz des Kernbereichs

Aus dem Gesagten folgt, dass Vorbereitungstatbestände, die eine Beziehung zur Haupttat nur über den Planungszusammenhang herzustellen versuchen, als Gesinnungsstrafrecht zu qualifizieren und als illegitim zu verwerfen sind. Dies gilt letztlich auch für solche Tatbestände, die objektiv lediglich an neutrale Verhaltensweisen anknüpfen und somit weit überwiegend auf der Grundlage der Motivation der handelnden Person die Bestrafung ermöglichen sollen.⁷⁰ Wenn der *BGH* demgegenüber darauf abstellt, dass die Grenze zum Gesinnungsstrafrecht erst dann überschritten sei, wenn sich die auf eine Deliktsbegehung

⁶¹ Im Ergebnis so auch *Aliabasi*, Die staatsgefährdende Gewalttat, 2017, S. 324 f.

⁶² Grds. gilt dies auch für § 89b StGB, wobei hier allerdings bereits die Bezugnahme auf das Unterweisen-Lassen problematisch erscheint, siehe hierzu unten III. 2. b) dd).

⁶³ *Gazeas/Grosse-Wilde*, StV 2018, 84 (86); siehe auch *Ambos*, JR 2017, 655 (656).

⁶⁴ *BGHSt* 59, 218 (238 ff.); *BGH*, NJW 2017, 2928 (2932); siehe hierzu auch *Paul*, GSZ 2018, 39 (43).

⁶⁵ *BGH*, NJW 2017, 2928 (2932) mit Verweis auf *Sieber/Vogel*, Terrorismusfinanzierung, 2015, S. 143.

⁶⁶ *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 203 f.; *Sinn*, in: Sinn/Gropp/Nagy (Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, 2011, S. 13 (19).

⁶⁷ Siehe hierzu *Puschke*, S. 262 ff.

⁶⁸ Vgl. auch *Sieber/Vogel*, S. 140 f.; ähnlich auch *von Hirsch/Wohlers*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 196 (203); *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2011), § 11 Rn. 9; vgl. auch *Hungerhoff*, Vorfeldstrafbarkeit und Verfassung, 2013, S. 53; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 344 ff.

⁶⁹ Siehe auch *Gazeas*, DRiZ 2015, 218 (220).

⁷⁰ Siehe auch *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 65; in diese Richtung auch *Landau*, EuGRZ 2016, 505 (511); grds. ebenso, wenngleich mit anderem Ergebnis für §§ 89a ff. StGB, auch *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. (2018), Art. 20 Rn. 68; a.A. *Biehl*, JR 2015, 561 (566).

abzielende innere Vorstellung des Täters nicht in einer äußeren Handlung manifestiere,⁷¹ diese Grenzüberschreitung aber für Ausreiseunternehmungen nicht annimmt, so wird verkannt, dass die Manifestation einer Anschlagabsicht mehr voraussetzt als irgendeine äußerliche Handlung. Manifestation bedeutet gerade, dass der Planungszusammenhang erkennbar nach außen tritt.⁷² Ausreiseunternehmungen können aber zu höchst unterschiedlichen Zwecken erfolgen und geben keinerlei Hinweise auf die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat. Wegen dieses neutralen Bezugspunktes und der erneuten Vorverlagerung der Strafbarkeit durch die Einführung des § 89a Abs. 2 lit. a StGB trägt der Verweis auf die frühere Entscheidung des *BGH* zu § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB⁷³ gerade nicht.⁷⁴

Darüber hinaus ergeben sich tiefgreifende Bedenken, wenn sich Vorbereitungstatbestände auf Verhaltensweisen beziehen, die als solche überhaupt nicht nach außen gerichtet sind, sondern an nach innen gerichtete Vorgänge anknüpfen. Dies ist für das Unterweisen-Lassen in bestimmten Fertigkeiten gem. § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB anzunehmen, sofern dies, dem Wortlaut entsprechend, ausschließlich als Tätigkeit zum Erlernen dieser Fertigkeiten interpretiert wird.⁷⁵ Nach hier vertretener Auffassung berührt eine entsprechende Tatbestandsausgestaltung den Kernbereich privater Lebensgestaltung und ist daher unzulässig.⁷⁶ Entsprechendes gilt im Ergebnis auch für die Tatvarianten der §§ 89a Abs. 2 lit. a, 89b StGB, die sich auf diese Verhaltensweisen im Rahmen des Planungszusammenhanges beziehen.

ee) Strafmaß

Zusätzlich zu den Beschränkungen, die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für die Ebene des Tatbestandes ergeben, muss sich auch das angedrohte und verhängte Strafmaß als angemessen darstellen.⁷⁷ Insofern fällt auf, dass insbesondere die Rechtsfolgen der §§ 89a und 89c StGB mit einer angedrohten Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren sehr gravierend ausfallen und an der Grenze zur Unangemessenheit liegen dürfen, was auch mit dem hohen Symbolcharakter der Normen im Zusammenhang steht.⁷⁸ Der geringe Unrechtsgehalt der (legitim) erfassten, zum Teil sehr weit im Vorfeld der Haupttat liegenden Vorbereitungshandlungen muss daher jedenfalls bei der Zumessung der Rechtsfolgen angemessen berücksichtigt werden.⁷⁹ Insofern sind auch die Regelungen zu den minderschweren Fällen zu beachten.

Da das Strafmaß für die anvisierte, in der Zukunft liegende Straftat eine erste Orientierung auch für das Strafmaß für die Vorbereitungshandlung bildet, wobei letzteres grundsätzlich maßgeblich hinter ersterem zurückbleiben muss, erscheint jedenfalls der Strafrahmen für die Vorbereitung der §§ 224, 303b, 305 und 305a StGB gem. § 89c Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB unangemessen hoch. Dies können auch die zusätzlichen tatbestandlichen Einschränkungen in § 89c Abs. 1 S. 2 StGB nicht kompensieren.

IV. Bestimmtheitsgebot

Das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber dazu, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.⁸⁰

Unzulänglichkeiten ergeben sich zunächst bzgl. der Staatsschutzklausel des § 89a Abs. 1 S. 2 StGB, aufgrund derer sich die Vorbereitungshandlungen der §§ 89a, b und 91 StGB auf eine staatsgefährdende Gewalttat beziehen müssen.⁸¹ Bereits die uneinheitlichen Ausführungen des *BGH* zu der Frage, welche Staatengebilde erfasst sein sollen,⁸² zeigen, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände im Dunkeln liegen. Ebenso bleibt es schwer festzustellen, wann eine lediglich geplante Straftat bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates zu beeinträchtigen bzw. Verfassungsgrundsätze zu untergraben.⁸³ Entsprechendes gilt für die Formulierung in § 89c Abs. 1 S. 2 StGB. Zwar ist die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe und Generalklauseln nicht von vornherein ausgeschlossen. Jedoch wird auch in der aktuellen Rechtsprechung die Voraussetzung der Beeinträchtigung der Sicherheit eines Staates quasi leerformelhaft unterstellt, wenn etwa auf die Tötung von Anhängern der Regierungstruppen (Syriens) und das Beeinträchtigen von Regierungsstrukturen durch Kampfhandlungen abgestellt wird.⁸⁴

Zudem müssen sich aus der Verbindung von Tat- und Schuldprinzip sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit dem Bestimmtheitsgebot auch Anforderungen an den Inhalt des normierten Verhaltens ergeben.⁸⁵ Nicht das Verbot irgendeines Verhaltens ist hinreichend bestimmt zu fassen, sondern das Verbot eines Unrechtsverhaltens.⁸⁶

⁷¹ *BGH*, NJW 2017, 2928 (2932) mit den Ausführungen nicht gerecht werdendem Verweis auf *Sieber/Vogel*, S. 140 f.

⁷² Siehe auch *Ambos*, JR 2017, 655 (660); *Sieber/Vogel*, S. 141.

⁷³ *BGHSt* 59, 218 (229 ff.).

⁷⁴ So auch *Ambos*, JR 2017, 655 f.; *Gazeas*, DRiZ 2015, 218 (220).

⁷⁵ Siehe zur Auslegung des Merkmals *BGH*, NSiZ 2018, 89 f.; zu Einschränkungsversuchen *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling*, NSiZ 2009, 593 (597); *Zöller*, Terrorismusstrafrecht, 2009, S. 569 f.

⁷⁶ Siehe hierzu *Puschke*, S. 289 f., 404 ff.; *ders.*, in: Hefendehl (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, 2010, S. 9 (36 f.); im Ergebnis so auch *Müller*, Präventive Freiheitsentziehung als Instrument der Terrorismusbekämpfung, 2011, S. 208.

⁷⁷ Siehe zu konkreten Überlegungen zur Relation zwischen Straftat und Strafsanktion *Gruszecka*, KriPoZ 2017, 387 (389 ff.).

⁷⁸ Siehe zur Symbolik *Schulte*, Terrorismus und Anti-Terrorismusgesetzgebung, 2008, S. 225 f., 232 ff.; *Zöller*, GA 2010, 607 (619 f.).

⁷⁹ *BGHSt* 59, 218 (228 f.); *BGH*, NJW 2017, 2928 (2931).

⁸⁰ Vgl. nur *BVerfG*, NJW 1998, 2589 (2590).

⁸¹ Zusätzlich ergeben sich auch Unklarheiten, wie das Absichtsmerkmal in § 89a Abs. 2 lit. a StGB zu verstehen ist, siehe *Ambos*, JR 2017, 655 (657).

⁸² Siehe oben III. 2. b) aa).

⁸³ Ebenso *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling*, NSiZ 2009, 593 (595).

⁸⁴ Urt. v. 19.5.2016 – 2 KLs 111 Js 169510/15, Rn. 51; siehe demgegenüber zum Hinweis, dass nicht jede Gewalthandlung gegen Leib oder Leben von Personen, die auf Seite eines Staates in einem bewaffneten Konflikt kämpfen, ohne Berücksichtigung der sonstigen Umstände die Voraussetzungen der Staatsschutzklausel des § 89a Abs. 1 S. 2 StGB erfüllt, *BGHSt* 61, 36 (40); siehe zur Kritik auch *Ambos*, JR 2017, 655 (658).

⁸⁵ *Puschke*, S. 148 ff.; vgl. auch *Gropp*, in: Sinn/Gropp/Nagy (Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, 2011, S. 121 (126).

⁸⁶ Vgl. auch *Fischer*, § 89a Rn. 35 f.

Insofern sind die Voraussetzungen, die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinsichtlich der Erfassung der objektiven Tatseite ergeben haben, über das Bestimmtheitsgebot abzusichern und die Umschreibung einer typischen Vorbereitungshandlung zu verlangen. Es darf nicht dem Rechtsanwender überlassen werden, die typischen Vorbereitungshandlungen aus einem breiten Strauß neutraler Handlungen (z.B. das Unterweisen in sonstigen Fertigkeiten, die der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat dienen gem. § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB⁸⁷) herauszuentwickeln.

Wird hinsichtlich des Adressatenkreises, auf den sich der Bestimmtheitsgrundsatz bezieht, nicht verkürzend auf Rechtsunterworfenen, sondern auch auf Rechtsanwender, insbesondere die Akteure der staatlichen Strafrechtspflege, abgestellt,⁸⁸ so erfüllt die Erfassung neutraler Verhaltensweisen Bestimmtheitserfordernisse auch dann nicht, wenn sie sich auf der Sache nach konkretisierbare Handlungen bezieht, wie etwa das Unternehmen aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen i.S.d. § 89a Abs. 2 lit. a StGB. Die materiellen Strafnormen sind Grundlage für die Entscheidung der Strafverfolgungsbehörden über die Legitimität der Anwendung eingriffintensiver Ermittlungsmaßnahmen sowie für die Überzeugungsbildung des Gerichtes.⁸⁹ Insofern muss es die tatbestandliche Fassung des äußeren Verhaltens ermöglichen, nachvollziehbare Kriterien zu entwickeln, auf denen Strafverfolgungsmaßnahmen und Urteile beruhen, und so die Wahrscheinlichkeit der Verfolgung Unschuldiger gering gehalten werden. Können vermeintliche Rückschlüsse etwa auf eine Anschlagabsicht nur aus allgemeinen Lebensumständen oder aus Überwachungsmaßnahmen im Vorfeld der Tatbegehung gezogen werden, ist die Rechtsstaatlichkeit der Strafverfolgung gefährdet und die Abgrenzung zwischen nachrichtendienstlicher, polizeili-

cher und strafverfolgungsbehördlicher Tätigkeit aufgegeben.

V. Fazit

Kann die Verurteilung des A auf Grundlage des § 89a Abs. 2 lit. a StGB im Eingangsfall vor der Verfassung Bestand haben? Die dargestellten Kriterien, die auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgebot basieren, sprechen dagegen. Die Kriminalisierung objektiv vollständig neutraler Verhaltensweisen, die nicht auf eine geplante Straftat hindeuten und zudem weit im Vorfeld einer solchen Tat stattfinden, ist unangemessen; § 89a Abs. 2 lit. a StGB ist verfassungswidrig. Dabei ist nicht zu verkennen, dass Kriterien, welche vor allem die Beurteilung der Angemessenheit einer Strafnorm ermöglichen sollen, keine eindeutige Grenzziehung zwischen verfassungsgemäßen und verfassungswidrigen Regelungen ermöglichen. So ist zwar für das neue Terrorismusstrafrecht insgesamt zu konstatieren, dass sich viele der Tatbestandsvarianten zumindest im Grenzbereich des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegen, sachwidrig sind und straftheoretisch kaum legitimierbar erscheinen,⁹⁰ jedenfalls aber eingeschränkt ausgelegt werden müssen. Die abschließende Verwerfungskompetenz liegt jedoch einzig beim *BVerfG*. Sollte dieses es dem Gesetzgeber von Verfassung wegen aber nicht verwehren, das Betreten eines Flughafens oder das Passieren der Ausreisekontrolle mit Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren zu bedrohen, so wäre eine judikative, auf Verfassungsgrundsätzen basierende Grenzziehung für Vorbereitungstatbestände gescheitert. Damit liefe die vom *BVerfG* für Strafnormen geforderte gesteigerte Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die sachgerechte Abstimmung von Tatbestand und Rechtsfolge endgültig leer.

⁸⁷ Siehe hierzu auch Zöller, S. 568 f.

⁸⁸ Siehe hierzu Misch, NJW 2015, 209 ff.; vgl. auch Aliabasi, S. 219 m.w.N.

⁸⁹ Puschke, StV 2015, 457 (463).

⁹⁰ So auch Zöller, NSZ 2015, 378 ff.; siehe auch Brodowski/Jahn/Schmitt-Leonardy, GSZ 2018, 7 (9 f.).

Die Beteiligung von Geheimdiensten an sicherheitsbehördlichen Verfahren

Grundsätzliche Überlegungen aus Anlass eines Vereinsverbots

von Prof. Dr. Fredrik Roggan*

Abstract

Die Kooperation von Geheimdiensten mit Gefahrenabwehr-, Strafverfolgungs- und anderen Sicherheitsbehörden ist eine im Rechtsstaat nicht immer einfach zu bewältigende Herausforderung. Das liegt nicht zuletzt daran, dass Geheimdienste über Informationen verfügen, die von Sicherheitsbehörden nicht selber erhoben werden dürften und überdies als nur eingeschränkt zuverlässig anzusehen sind. Um eine „Kontamination“ von sicherheitsbehördlichen Verfahren mit solchen Daten zu vermeiden, ist eine ermittlungsbezogene Amtshilfeunfähigkeit von Geheimdiensten zu postulieren.

I. Zum Ausgangsfall

Es erscheint auf den ersten Blick keineswegs abwegig, dass sich eine Sicherheitsbehörde im Rahmen eigener Aufgabenwahrnehmung auch der Erkenntnisse solcher Behörden bedient, die andere Aufgabenzuschnitte besitzen. Durch eine interbehördliche Zusammenarbeit lassen sich neue Informationsstände generieren, die ohne eine solche Kooperation nicht zu erlangen wären. Freilich ist damit die ebenso grundsätzliche Frage nach dem rechtlichen Rahmen einer solchen Zusammenarbeit gestellt.

Als Anschauungsobjekt soll ein im Jahr 2017 vom Bundesinnenministerium geführtes Vereinsverbotsverfahren herangezogen werden, in dem die Auswertung von polizeilicherseits sichergestellten Asservaten dem Bundesamt für Verfassungsschutz (im Folgenden: BfV) überantwortet wurde. Hierbei soll es sich nach journalistischen Recherchen um nichttechnische Unterlagen, also vor allem Zeitschriften gehandelt haben.¹ Damit stellt sich die Frage, ob das BfV – untechnisch gesprochen – als Dienstleister für die bereits tätige Verbandsbehörde eingesetzt werden durfte.² Freilich müsste sich dann – so jedenfalls die Rechtsauffassung der Bundesregierung – ohne weiteres feststellen lassen, dass im Rahmen des laufenden Vereinsverbotsverfahrens und unter Berücksichtigung der bereichsspezifischen Befugnisse und Aufgaben dieses Geheimdienstes eine entsprechende Beauftragung zulässig ist.³ Demzufolge wäre dieser dann verpflichtet, die Verbandsbehörde über die Ergebnisse der Asservatenauswertung zu informieren.⁴ Unabhängig von einem solchen

„Rückfluss“ der neu generierten Informationen für die Zwecke des Verbandsverfahrens stellen sich die Fragen, ob das BfV die ihm zur Auswertung überlassenen, personenbezogenen Daten auch im Rahmen eigener Aufgabenerfüllung ohne weiteres nutzen und verarbeiten darf und ggf. Unterlagen, die hierfür nicht mehr erforderlich sind, zu vernichten hat.⁵

Diese Punkte berühren die ganz grundsätzlichen Fragenkomplexe, in welchem Verhältnis die (deutschen) Geheimdienste zu anderen Behörden stehen (II.), unter welchen Bedingungen ein Austausch personenbezogener Daten aus Anlass eines sicherheitsbehördlichen Verfahrens erfolgen darf (III.) und schließlich, welche Auswirkungen bei einer Beteiligung eines Geheimdienstes an einem sicherheitsbehördlichen Verfahren zu gewärtigen sind (IV.).

II. Geheimdienste als Sicherheitsbehörden?

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 VereinsG kann die Verbandsbehörde für ihre Ermittlungen die Hilfe der für die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zuständigen Behörden und Dienststellen in Anspruch nehmen. Die Regelung ist unproblematisch als Konkretisierung der allgemeinen Amtshilfeverpflichtung aufzufassen.⁶ Ebenso unproblematisch lassen sich die Polizei- und Ordnungsbehörden von Bund und Ländern als solche Hilfsbehörden einordnen. Um welche es sich hierbei im Einzelnen handelt, lässt sich den jeweils einschlägigen Polizei- und Ordnungsbehördengesetzen entnehmen.⁷

Über diese der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verpflichteten Stellen hinaus sollen nach einer in der Kommentarliteratur durchaus verbreiteten Ansicht auch das BfV und die Geheimdienste der Bundesländer als Hilfsbehörden in Anspruch genommen werden können.⁸ Dann wären auch die (deutschen) Geheimdienste mit der Aufgabe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung betraut und könnten in diesem Sinne als *Sicherheitsbehörden* – eine Legaldefinition findet sich, soweit ersichtlich, lediglich in Art. 6 LStVG – verstanden werden.⁹ Ein solches Ver-

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg, Oranienburg.

¹ Biermann, www.zeit.de/politik/deutschland/2017-12/indymedia-linksunten-verbot-34c3/seite-2 (zuletzt abgerufen am: 22.2.2018).

² Vgl. dazu Unterreitmeier, GSZ 2018, 1 (3): „Informationsdienstleister“.

³ BT-Drs. 19/352, S. 2 (Vorbemerkung der Bundesregierung).

⁴ BT-Drs. 19/352, S. 2 (Antwort auf Frage 3).

⁵ Bejahend BT-Drs. 19/352, S. 2 f. (Antwort auf Frage 4).

⁶ BT-Drs. IV/430, S. 16; vgl. auch Albrecht, in: Albrecht/Roggenkamp, Vereinsgesetz, 2014, § 4 Rn. 2 mwN.

⁷ Albrecht, in: Albrecht/Roggenkamp, § 4 Rn. 7.

⁸ Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, VereinsG, § 4 Rn. 6; Wache, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 217. EL (Oktober 2017), VereinsG § 4 Rn. 4; Albrecht, in: Albrecht/Roggenkamp, § 4 Rn. 7.

⁹ Zum Begriff ausf. Roggan, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. (2018, im Erscheinen), Kap. C Rn. 101; zu den unterschiedlichen Sicherheitsbegriffen im Geheimdienst- und Polizeirecht vgl. Kutscha, Vorgänge 215 (3/2016), 78 ff.

ständnis kollidiert allerdings nicht nur mit der im sonstigen Schrifttum nicht nur vereinzelt vertretenen Auffassung, nach der die Aufgabenzuschritte von Geheimdiensten strikt von denjenigen der Sicherheitsbehörden unterschieden werden müssen,¹⁰ sondern auch mit der Rechtsprechung des *BVerfG*: Nach letzterer obliegt lediglich den Polizei- und (anderen) Sicherheitsbehörden die Verhütung, Verhinderung und Verfolgung von Straftaten sowie die Abwehr von sonstigen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.¹¹ Dass mit Blick auf Geheimdienste nicht von Sicherheitsbehörden gesprochen werden sollte, folgt auch aus der im Jahr 2015 explizierten Kodifizierung eines speziellen Rechtfertigungsgrundes für Verdeckte Mitarbeiter und V-Teute. Seitdem sind selbst schwere Straftaten solcher Personen, die bis hin zur Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (§ 89a StGB) oder der Mitgliedschaft in terroristischen Vereinigungen (§ 129a StGB) reichen können, unter bestimmten Bedingungen nicht mehr strafbewehrt (vgl. § 9a Abs. 2 S. 2 u. 3 BVerfSchG).¹² Im Dienste von Geheimdiensten stehenden Personen wird also etwas erlaubt, was die Angehörigen von Sicherheitsbehörden zu verhindern und zu verfolgen haben. Und schließlich spricht die Gesetzesbegründung gegen eine Einbeziehung von Geheimdiensten in ein Vereinsverbotsverfahren. Hiernach ermächtigt § 4 Abs. 1 VereinsG die Verbotsbehörden zur Inanspruchnahme der „zuständigen Behörden“, und zwar „sowohl die der Ordnungsbehörden als auch die der Exekutivpolizei“.¹³ Von anderen staatlichen Institutionen ist dort nicht die Rede.

Insgesamt war die Einführung der hier interessierenden Vorschrift von dem Gedanken getragen, dass das Vereinsrecht im System des deutschen Rechts immer auch als „Sondergebiet des Rechts der allgemeinen Gefahrenabwehr“ bzw. des „Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ gegolten hat¹⁴ und es sich bei Verbotsbehörden mithin um Sicherheitsbehörden handelt.

Bei einer Gesamtschau lässt sich nach hier vertretener Auffassung mithin konstatieren, dass ein Vereinsverbot ein *rein sicherheitsbehördliches Verfahren* meint, bei dem die in § 4 Abs. 1 S. 1 VereinsG genannten Hilfsbehörden nicht nur entsprechend beauftragt, sondern jeweils auch mit Exekutivbefugnissen ausgestattet sein müssen. Mit letzteren gehen umfassende Kontrollmöglichkeiten der Öffentlichkeit ebenso einher wie solche der Betroffenen, die durch die speziellen Rechtsschutzmöglichkeiten (vgl. § 6 VereinsG) konkretisiert werden. Unvereinbar ist hiermit eine Einbeziehung solcher Stellen, denen polizeiliche Befugnisse oder Weisungsbefugnisse explizit gesetzlich verwehrt sind (§ 8 Abs. 3 1. Hs. BVerfSchG). Nach alledem kann die Auswertung von polizeilicherseits sicherge-

stellten Asservaten durch Geheimdienste im Rahmen eines Vereinsverbotsverfahrens jedenfalls nicht auf § 4 Abs. 1 S. 1 VereinsG gestützt werden. Gleichzeitig sind Geheimdienste jedenfalls im Sinne des Vereinsrechts nicht als amtshilfefähig aufzufassen.

III. Zu anderen Rechtsgrundlagen für eine Datenauswertung

Zu den Sicherheitsbehörden zählen neben den hier anlassbezogen interessierenden Vereinsverbotsbehörden – im Anschluss an die bereits angeführte Rechtsprechung des *BVerfG* – auch die Polizeibehörden sowie nach richtiger Ansicht auch die Strafverfolgungsbehörden.¹⁵ Soll im Rahmen eines in einer solchen Behörde geführten Verfahrens, wozu neben einem Vereinsverbotsverfahren auch jede auf polizeirechtlicher oder strafprozessualer Grundlage basierende Ermittlung zählen kann, eine Einbeziehung geheimdienstlicher Erkenntnisse durch eine Auswertung von Informationen,¹⁶ die in sichergestellten oder beschlagnahmten Gegenständen gespeichert, in ihnen verkörpert oder sonst mit ihnen verbunden sind, erfolgen, so kann dies in einem mehrschrittigen Verfahren erfolgen. In einem *ersten Schritt* wären die Asservate, sinnvollerweise mitsamt einem möglichst detaillierten Auswertungsersuchen,¹⁷ an den Geheimdienst zu übergeben. Schon hier stellt sich die Frage nach der entsprechenden Ermächtigungsgrundlage (näher unter 2.). In einem *zweiten Schritt* würde die informationelle Auswertung der Asservate unter Berücksichtigung der geheimdienstseitig vorhandenen Informationsbestände in Dateien o. ä. erfolgen. In einem *letzten, dritten Schritt* könnten die hierdurch generierten Informationen der Sicherheitsbehörde zur dortigen Zweckverfolgung übergeben werden. Im Ansatz ließe sich ein solches Verfahren als Amtshilfe des Geheimdienstes zugunsten der Sicherheitsbehörde verstehen. Es wird aber zu zeigen sein, dass das überkommene Verständnis der Amtshilfe, wie es auch in Art. 35 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommt, an Grenzen stößt.

1. Der rechtliche Rahmen einer Amtshilfe durch Geheimdienste

Im verfassungsrechtlichen Verständnis handelt es sich bei einer Amtshilfe um die Hilfeleistung zwischen Behörden unter Überwindung bestehender Kompetenz- und Zuständigkeitsgrenzen. Im Kern geht es dabei um einen ergänzenden Beistand, der eine Behörde einer anderen Behörde leistet, um dieser die Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu ermöglichen oder zu erleichtern.¹⁸ Dieses Verständnis impliziert, dass es sich aus der Perspektive der hilfeleistenden

¹⁰ Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. (2016), S. 27; Poscher/Rusteberg, KJ 2014, 57 (62 ff.); Müller-Heidelberg, FS Kutscha, 2013, S. 212; a.A. etwa Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. (2016), S. 271; Warg, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 517; ders., Die Polizei 2013, 200 (201).

¹¹ BVerfGE 133, 277 (327).

¹² Ausf. dazu Roggan, GA 2016, 393 ff.; Scharmer, StV 2016, 323 (325 ff.); vgl. auch Bader, HRRS 2016, 293 ff.

¹³ BT-Drs. IV/430, S. 16.

¹⁴ BT-Drs. IV/430, S. 8.

¹⁵ Näher Griesbaum/Wallenta, NStZ 2013, 369 ff.

¹⁶ Zum Begriff Warg, in: Dietrich/Eiffler, S. 516.

¹⁷ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. (2018), § 4 Rn. 31.

¹⁸ Vgl. nur Ergbuth, in: Sachs, GG, 7. Aufl. (2014), Art. 35 Rn. 10.

den Behörde um eine rein *fremdnützige* Tätigkeit handelt.¹⁹ Damit korrespondiert eine fachliche Weisungsbefugnis,²⁰ der sich die hilfeleistende Behörde zu unterwerfen hat. In diesem Sinne bleibt die ersuchende Behörde „Herrin des Verfahrens“.²¹

a) Geheimdienstliche Amtshilfe nach allgemeinen Grundsätzen?

Auch wenn nach hier vertretener Auffassung ein amts-hilfe-bezogener Ansatz bei der Kooperation in vereins-rechtlichen Verbotsverfahren zu verwerfen ist, so ist damit noch keine Aussage dazu getroffen, wie sich dies in anderen sicherheitsbehördlichen Verfahren darstellt, ob Geheimdienste also dort amts-hilfefähig sein können. In methodischer Hinsicht wäre ein möglichst detailliertes (Auswertungs-)Ersuchen an einen Geheimdienst zu richten. Dabei müsste die Sicherheitsbehörde die Verfahrensherrschaft behalten und namentlich etwa die Einzelheiten des Auswertungsprozesses bis hin zur Auswertung ganz bestimmter Informationsbestände in Ausübung des genannten Weisungsrechts bestimmen können. Überdies hätte eine solche Beistandsleistung ausschließlich im Sinne der Aufgabenwahrnehmung der Sicherheitsbehörde zu erfolgen. Hierin eingeschlossen wäre, dass alleine das Recht der ersuchenden Behörde zu gelten hätte, nicht dasjenige des ersuchten Geheimdienstes.

In Ermangelung spezialgesetzlicher Regelungen hätten bei einer solchen Vorgehensweise die allgemeinen Grundsätze zur Amtshilfe zu gelten (§§ 4 ff. VwVfG). Als Voraussetzung käme namentlich in Betracht, dass eine Sicherheitsbehörde zur Durchführung ihrer Aufgaben auf die Kenntnis von Tatsachen angewiesen ist, die ihr unbekannt sind und die sie selbst nicht ermitteln kann (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG). In den Blick gerieten damit Informationen auf der Seite eines Geheimdienstes, die beispielsweise eine Polizei- oder Strafverfolgungsbehörde qua eigener Datenerhebungsbefugnisse nicht zu erlangen imstande wäre.

Freilich dürfte einer geheimdienstlichen Amtshilfe kein – insbesondere: explizites – gesetzliches Verbot entgegenstehen (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG). Dabei müsste sich die Unzulässigkeit einer Amtshilfe aus dem für die ersuchte Behörde geltenden Recht ergeben.²² Wenn und solange Geheimdienste aber *weitergehende* Datenerhebungs- und Verarbeitungsbefugnisse als Sicherheitsbehörden besitzen,²³ so können sich insoweit aus dem Geheimdienstrecht schon logisch keinerlei Beschränkungen ergeben. Allenfalls könnte die einfachgesetzliche Bestimmung des § 8 Abs. 3 1. Hs. BVerfSchG herangezogen werden, nach

der dem BfV keine polizeilichen Befugnisse oder Weisungsbefugnisse zustehen. Zu ersteren gehören allerdings nicht allgemeine Ermittlungstätigkeiten, also etwa Informationsverarbeitungen (Auswertungen etc.),²⁴ sondern vor allem die polizeilichen Standardmaßnahmen, die ggf. auch mit unmittelbarem Zwang durchzusetzen sind (Identitätsfeststellungen, Freiheitsentziehungen, Durchsuchungen etc.).²⁵ Ein allgemeines Verbot einer „Ermittlungs-Amtshilfe“ zugunsten von Sicherheitsbehörden ergibt sich daraus mithin nicht. Lediglich in der umgekehrten Konstellation, also einer Amtshilfe zugunsten eines Geheimdienstes, existiert ein solches in beschränkter Form (§ 8 Abs. 3 2. Hs. BVerfSchG). Es ist deswegen nicht von vornherein abwegig, von der Zulässigkeit von geheimdienstlicher Amtshilfe zugunsten von Sicherheitsbehörden nach allgemeinen Amtshilfegrundsätzen auszugehen.²⁶

b) Verfassungsrechtliche Begrenzungen

Einem solchen Vorgehen könnte jedoch höherrangiges Recht entgegenstehen. Damit gerät das Trennungsgebot zwischen Polizeibehörden und Geheimdiensten jedenfalls dann in den Focus, wenn ihm Verfassungsrang zugeschrieben wird. Der entsprechende Meinungsstreit ist an dieser Stelle nicht nachzuzeichnen,²⁷ wurde durch die Entscheidung des *BVerfG* zur Anti-Terror-Datei²⁸ allerdings auch nicht eindeutig entschieden.²⁹ Immerhin ist in der verfassungsgerichtlichen Judikatur aber anerkannt, dass Geheimdienste „nicht zur gezielten Erlangung von Zufallsfunden für nicht-nachrichtendienstliche Zwecke eingesetzt werden“ dürfen.³⁰ Daraus lässt sich ein verfassungsrechtlich verankertes Verbot ableiten, dass die existierenden Eingriffsbefugnisse von Sicherheitsbehörden – namentlich von Strafverfolgungs- und Polizeibehörden – nicht umgangen werden dürfen.³¹ Damit ist ein „Handlungsverbund“ der hier interessierenden Behörden mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.³²

Damit ist die Auffassung, nach der eine geheimdienstliche Amtshilfe grundsätzlich zulässig ist und das Trennungsgebot lediglich verlangt, dass ein Geheimdienst nicht im Wege einer Amtshilfe sog. „nachrichtendienstliche Mittel“ einsetzen darf,³³ abzulehnen. Vielmehr ist ein zielgerichtetes Zusammenwirken anlässlich sicherheitsbehördlicher Aufgabenerfüllung unter Inanspruchnahme von geheimdienstlicher Amtshilfe grundsätzlich zu verwerfen. Damit sind nicht nur eine „Auswertungsamtshilfe“, wie sie in dem eingangs beschriebenen Verfahren geleistet wurde, unzulässig, sondern auch andere Unterstützungsleistungen für Sicherheitsbehörden (wie etwa Observations- oder „Fahndungsamtshilfen“³⁴). Verallgemeinernd

¹⁹ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 4 Rn. 35.

²⁰ Erbguth, in: Sachs, Art. 35 Rn. 18.

²¹ Zuletzt *BVerwG*, NJW 2018, 716 (718).

²² Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 5 Rn. 15.

²³ Vgl. *BVerfGE* 133, 277 (325).

²⁴ Gusy, in: Dietrich/Eiffler, S. 371 f.

²⁵ Vgl. nur *BVerfGK* 18, 193 (208); *Götz/Geis*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Aufl. (2017), S. 177 („polizeitypische Eingriffe in Freiheit und Eigentum“).

²⁶ Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, *BVerfSchG* § 8 Rn. 51.

²⁷ Vgl. statt vieler nur *Kutscha*, in: Roggan/Kutscha, Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl. (2006), S. 80 f.

²⁸ *BVerfGE* 133, 277 (329): „informationelles Trennungsprinzip“.

²⁹ Dazu etwa *Will*, in: *FG Schlink*, 2014, S. 434; krit auch *Arzt*, *NVwZ* 2013, 1328 ff.

³⁰ *BVerfGK* 18, 193 (208).

³¹ Vgl. *Bergemann*, in: Liskén/Denninger, Kap. H Rn. 121.

³² *Zöller*, in: Roggan/Kutscha, S. 499.

³³ *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, *BVerfSchG*, § 8 Rn. 51.

³⁴ *Bergemann*, in: Liskén/Denninger, Kap. H Rn. 121 unter Hinweis auf *Liskén*, *NJW* 1982, 1481 (1487).

ist nach hier vertretener Auffassung eine *generelle Amtshilfeunfähigkeit* von Geheimdiensten im Rahmen von sicherheitsbehördlicher Aufgabenwahrnehmung anzunehmen, soweit hiermit Eingriffe in die Belange von Betroffenen oder eine Vertiefung von (Informations-)Eingriffen einhergehen. Davon abgesehen erscheint es schon faktisch wenig nahe liegend, dass ein Geheimdienst sich einer umfänglichen sicherheitsbehördlichen Verfahrensherrschaft unterwerfen könnte.

2. Einschlägigkeit der Regelungen zur Datenübermittlung?

Tragfähig erscheint allenfalls, das genannte Vorgehen als wechselseitiges (Daten-)Übermittlungsverfahren zu behandeln.³⁵ Voraussetzung hierfür ist freilich, dass die Voraussetzungen der spezifischen Übermittlungsregelungen eingehalten werden. Dabei erscheint es jedenfalls im Ansatz nicht ausgeschlossen, dass sich die Übergabe von polizeilicherseits sichergestellten oder beschlagnahmten Asservaten zwecks Auswertung als Übermittlung von Informationen an das BfV – und dies auch unabhängig von einem Vereinsverbot – darstellen kann und demzufolge die Übermittlungsvorschriften des § 18 BVerfSchG einschlägig sein können.³⁶

Ein erster, genauerer Blick zeigt freilich bereits, dass diese Regelungen ausschließlich die Übermittlung von bekanntgewordenen *Tatsachen* (§ 18 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG) oder auch bekanntgewordenen *Informationen* einschließlich personenbezogenen *Daten* (§ 3 Abs. 1 BDSG) zum Gegenstand haben. Sämtliche Begrifflichkeiten meinen schon vom natürlichen Wortsinn her lediglich Immaterielles, also Inhalte bzw. Bedeutungshaltiges, nicht die entsprechenden Träger, soweit dieselben nicht bloße Instrumente eines Transports sind. Deshalb kann eine CD, ein USB-Stick oder beliebiger Datenträger, auf dem sich die kopierten Informationen aus einem sichergestellten PC o.ä. befinden, an einen Geheimdienst übergeben werden und die Tatsachen und Informationen (als Daten) auf diese Weise übermittelt werden. Nicht gedeckt von den Regelungen wäre es hingegen, ein sicherheitsbehördlich sichergestelltes Asservat weiterzureichen. Das ergibt sich schon daraus, dass hiermit ein zumindest vorübergehender Verlust der Herrschaft über eben dieses Beweismittel seitens der Sicherheitsbehörde verbunden wäre. Einen solchen Verzicht sieht weder eine polizeirechtliche, strafprozessuale oder andere sicherheitsrechtliche Regelung vor. Damit haben Asservate in körperlicher Hinsicht – „im Original“ – in der Sphäre der Sicherheitsbehörden zu verbleiben.

Ein weiterer, näherer Blick zeigt überdies, dass die Regelungen von § 18 BVerfSchG sämtlich der Sicherung der Aufgabenerfüllung der Geheimdienste dienen und demzufolge nicht als Befugnisnormen im Rahmen der sicherheitsbehördlichen Aufgabenerfüllung verstanden werden

können. Besonders deutlich wird dies bei den Pflichtübermittlungen nach § 18 Abs. 1 lit. b BVerfSchG, die ein *ob-ligo* für bestimmte Behörden zur Informationsübermittlung an Verfassungsschutzbehörden des Bundes oder der Länder nur dann begründet, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Übermittlung für die Erfüllung der *Aufgaben der Verfassungsschutzbehörde* – zu Grunde zu legen ist hierbei das entsprechende Verständnis des *BVerfG*³⁷ – erforderlich ist. Ein anderes Verständnis dieser Übermittlungsregelungen würde gleichsam einen Eingriff in nicht-geheimdienstliche Regelungsregime implizieren.

Bestätigt wird dieser Befund bei den Ermessensübermittlungen: § 18 Abs. 2 BVerfSchG setzt eine Entscheidung einer Sicherheitsbehörde über das „Ob“ voraus und knüpft die Übermittlung von bekanntgewordenen Informationen an tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Übermittlung – wiederum – für die Erfüllung der Aufgabe der empfangenden Verfassungsschutzbehörde erforderlich ist. Auch diese Ermächtigung dient nach ihrem Wortlaut eindeutig *nicht* der sicherheitsbehördlichen Aufgabenwahrnehmung. Damit ist festzustellen, dass *de lege lata* eine Befugnis zur Übermittlung von Informationen an Geheimdienste im Dienste eines sicherheitsbehördlichen Verfahrens nicht existiert. Das eingangs geschilderte Vorgehen ist damit schon in seinem *ersten* Schritt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu rechtfertigen und daher rechtswidrig.

3. Zu weiteren Annahmen der Bundesregierung

Unabhängig von letztgenannter Wertung sollen auch die weiteren Schritte des hier interessierenden Vorgehens einer Würdigung unterzogen werden. Dies soll wiederum mit Blick auf die öffentlich geäußerten Annahmen der Bundesregierung erfolgen. Bei der Auswertung von polizeilicherseits sichergestellten oder beschlagnahmten Asservaten durch eine Verfassungsschutzbehörde in einem sicherheitsbehördlichen Verfahren handelt es sich um den *zweiten* Schritt, der sich unproblematisch als Erhebung von Daten sowie ihre Verarbeitung und Nutzung im Sinne des allgemeinen Datenschutzrechts verstehen lässt.³⁸

Nach Ansicht der Bundesregierung bestimmt sich die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung in hier interessierendem Rahmen nach § 8 Abs. 1 BVerfSchG.³⁹ Schon damit freilich wird – wenn auch nicht explizit – bestätigt, dass die gesamte Beteiligung des Geheimdienstes nicht einmal eine Amtshilfe-Ähnlichkeit aufweist, wie an anderer Stelle durch den Verweis auf § 4 Abs. 1 VereinsG aber suggeriert wird, denn dieser Umgang mit den Informationen erfolgt nach § 8 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG in geheimdienstlicher, mithin nicht *fremder* Aufgabenerfüllung. Eine Bestätigung dieses Befundes erfolgt dadurch, dass die Bundesregierung von einer Verpflichtung zur Löschung von Unterlagen ausgeht, die für die Erfüllung der *Aufgaben des BfV* nicht erforderlich sind.⁴⁰ Diese werden

³⁵ Ebenso *Götz/Geis*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 178.

³⁶ So BT-Drs. 19/352, S. 2 (Antwort auf Frage 1).

³⁷ BVerfGE 133, 277 (325 ff.).

³⁸ Vgl. dazu nur *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BVerfSchG, § 8 Rn. 5 ff.

³⁹ BT-Drs. 19/352, S. 2 (Antwort auf Frage 4).

⁴⁰ BT-Drs. 19/352, S. 3 (Antwort auf Frage 4).

dem weiteren sicherheitsbehördlichen Verfahren damit entzogen und damit gleichsam der Beweis erbracht, dass insoweit die Herrschaft über das Verfahren auf den Geheimdienst übergegangen sein muss. Wurden Asservate „im Original“ an den Geheimdienst übergeben, gingen damit ggf. auch Spurenläger im kriminalistischen Sinne ganz oder teilweise verloren.

Weiterhin erfährt die Erkenntnis, dass die um Unterstützung ersuchende Behörde das von ihr zuvor beherrschte Verfahren „in die Hände“ des Geheimdienstes abgibt, durch diejenigen Daten eine Manifestation, die für eine (Rück-)Übermittlung an eine Sicherheitsbehörde in Betracht kommen. Es handelt sich ausschließlich um solche, die von Interesse für eine geheimdienstliche Aufgabenerfüllung sind. Angesprochen ist hiermit schließlich der dritte Schritt, also die Übermittlung der Auswertungsergebnisse an eine Sicherheitsbehörde. Die Bundesregierung ist diesbezüglich – freilich in falscher Annahme eines amtshelfenden Charakters der Auswertung der Asservate durch das BfV – der Auffassung, dass in einem Vereinsverbotsverfahren das BfV die Verbandsbehörde über die Ergebnisse einer Asservatenauswertung zu informieren habe.⁴¹ Auch dies wäre nur dann zutreffend, wenn eine solche Verpflichtung eine gesetzliche Grundlage besäße. Indessen sind Übermittlungsverpflichtungen für deutsche Geheimdienste auch mit Blick auf empfangende Behörden eng beschränkt (ausschließlich Staatsanwaltschaften und Polizeien) und bestehen *de lege lata* lediglich in Fällen von tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die Übermittlung zur Verhinderung oder Verfolgung von bestimmten Staatsschutzdelikten erforderlich ist (vgl. § 20 Abs. 1 BVerfSchG).

4. Zwischenergebnis: Keine rechtlichen Grundlagen für die Einbeziehung von Geheimdiensten

Nach alledem ist festzustellen, dass Geheimdienste nicht um Amtshilfe in sicherheitsbehördlichen Verfahren ersucht werden dürfen. Weder ist dies in vereinsrechtlichen Verfahren – dort wegen der expliziten Beschränkung auf Ordnungsbehörden und „Exekutivpolizei“ – noch in staatsanwaltschaftlichen, polizeilichen oder sonstigen sicherheitsbehördlichen Verfahren nach allgemeinen Regeln der Amtshilfe zulässig. Generalisierend ist von der Amtshilfeunfähigkeit von Geheimdiensten in sicherheitsbehördlichen Verfahren auszugehen, sofern hiermit neue Grundrechtseingriffe bewirkt oder bereits erfolgte vertieft werden. Auch im Übrigen zeigt ein Blick auf die Übermittlungsregelungen im Geheimdienstrecht, dass diese mit einer „Zuarbeit“ für fremde Verfahren unvereinbar sind und daher ebenso wenig herangezogen werden können. Mit diesem Ergebnis ist freilich noch keine Aussage dazu getroffen, ob solche Möglichkeiten *de lege ferenda* nicht eingeführt werden könnten oder sollten. Das wäre aber nur dann zu befürworten, wenn sicherheitsbehördliche Verfahren hierdurch nicht durch – in verschiedener

Hinsicht – prekäre Informationen kontaminiert würden. Deshalb ist die Zuverlässigkeit von geheimdienstlichen Informationsbeständen zu thematisieren.

IV. Exkurs: Zur „Zuverlässigkeit“ von geheimdienstlichen Informationsbeständen

Kooperationen zwischen Sicherheitsbehörden sind nicht nur in gegenständlichen Konstellationen (zumindest denkbar, sondern werden im Rahmen einer dateimäßigen Zusammenarbeit bereits praktiziert (Anti-Terror-Datei, Rechtsextremismus-Datei ...) und haben, sofern eine solche im Schwerpunkt auf die Anbahnung von Ermittlungersuchen gerichtet ist, auch eine verfassungsgerichtliche Billigung erfahren.⁴² Hier wie dort ist aber nicht aus dem Blick zu verlieren, dass Geheimdienste Datenerhebungen nicht unter denselben tatsächlichen wie rechtlichen Bedingungen vornehmen, wie das von solchen Behörden erwartet wird, deren Tätigkeit auf öffentlich zu führende, möglichst effektiv zu kontrollierende (insbesondere auch gerichtliche) Verfahren gerichtet ist. Wenn aber geheimdienstliche Informationen in irgendeiner Weise Auswirkungen auf solche Verfahren haben oder haben können, so ist deren – im weiteren Sinne – „Belastbarkeit“ zu hinterfragen.

In sicherheitsbehördlichen Verfahren sind Informationen auf der Grundlage verfassungsgemäßer Ermächtigungsgrundlagen rechtmäßig zu erlangen, sollen inhaltlich richtig sein und stellen in diesem Sinne „zuverlässige“ Informationsbestände dar. Die auch vom *BVerfG* genutzte Wendung von der „Zuverlässigkeit“ ist eine Wertung, die beispielsweise hinsichtlich ihrer Nutzbarkeit in einem Strafverfahren über die Frage der Rechtmäßigkeit einer Informationserlangung hinausgeht. Sie kann dort den Grundsatz der materiellen Wahrheit berühren,⁴³ weil in diesem Sinne unzuverlässige Informationen ihre Ermittlung zu beeinträchtigen vermag.

Mit Blick auf verfassungsrechtliche Grundsätze sind Informationen, die etwa durch das BfV auf der Basis von § 8 Abs. 2 i. V. m. § 9 BVerfSchG erhoben wurden (und werden), als grundsätzlich prekär einzustufen. Hiernach darf das BfV Methoden, Gegenstände und Instrumente zur heimlichen Informationsbeschaffung, wie den Einsatz von Vertrauensleuten und Gewährspersonen, Observationen, Bild- und Tonaufzeichnungen, Tarnpapiere und Tarnkennzeichen anwenden. Diese Methoden sind in einer (geheim gehaltenen⁴⁴) Dienstvorschrift zu benennen, die auch die Zuständigkeit für die Anordnung solcher Informationsbeschaffungen regelt.⁴⁵ Die Vorschrift erfüllt nicht einmal die Mindestanforderungen an eine Norm, die zu eingriffintensiven Datenerhebungen berechtigt.⁴⁶ Über solche Bedenken hinaus ist in rechtspolitische Überlegungen einzustellen, dass die Geheimdienste personenbezogene Daten auch im Zuge der Begehung schwerer, allerdings gerechtfertigter Straftaten (der Mitgliedschaft in

⁴¹ BT-Drs. 19/352, S. 2 (Antwort auf Frage 3).

⁴² BVerfGE 133, 277 (320 f., 322 f., insbes. 329 ff., 339, 353 f., 356, 364 und 369); vgl. dazu *Hörauf*, NVwZ 2015, 181 (185).

⁴³ Vgl. dazu nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), S. 379 f.

⁴⁴ Krit. dazu *Hefendehl*, GA 2011, 209 (212).

⁴⁵ Näher dazu *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BVerfSchG, § 8 Rn. 44 ff.

⁴⁶ Ausf. dazu *Roggan*, in: GS Weßlau, 2016, S. 275 f.

terroristischen Vereinigungen o.ä.) erheben dürfen (vgl. § 9a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG). Ein solches Vorgehen⁴⁷ ist Sicherheitsbehörden – namentlich nach Strafverfahrens-⁴⁸ und Polizeirecht⁴⁹ – kategorisch untersagt. Hieran ist schon aus rechtsethischen Gründen festzuhalten, weil andernfalls die gravierende Gefahr bestände, dass der Rechtsstaat durch die Beteiligung von Amtsträgern an Straftaten seine Autorität einbüßte.⁵⁰

Neben solchen rechtlichen Bedenken gegen die Grundlagen der geheimdienstlichen Informationserhebung sind aber auch tatsächliche Einschränkungen der Zuverlässigkeit geheimdienstlicher Informationsbestände zu berücksichtigen: Wegen der sich von sicherheitsbehördlicher Aufgabenerfüllung grundlegend unterscheidenden Zielrichtung geheimdienstlicher Informationsbeschaffungen gelten für letztere (ggf. wesentlich) schwächer ausgebildete Zuverlässigkeitskriterien. Mit Blick auf die sog. Online-Durchsuchungen etwa konstatiert das *BVerfG* mit Blick auf eine entsprechende Datenerhebungsbefugnis, dass an deren Eignung zur Zweckerreichung jedenfalls nicht deswegen zu zweifeln ist, weil möglicherweise der Beweiswert der Erkenntnisse, die mittels einer solchen Maßnahme gewonnen werden, begrenzt ist.⁵¹ Umgekehrt bedeutet dies, dass angesichts der andersartigen Aufgabenstellungen der Geheimdienste grundsätzlich geringere Anforderungen an die Zuverlässigkeit ihrer Informationsbeschaffungen gestellt werden können, als das in sicherheitsbehördlichen Verfahren der Fall ist.⁵² Deshalb sollten auf hier in Rede stehende Beteiligungen von Geheimdiensten zukünftig vollständig verzichtet werden.

V. Rechtspolitischer Schluss

Auf politischer Ebene scheinen Bestrebungen zu existieren, die den deutschen Geheimdiensten eine von den gesetzlichen Rahmenbedingungen abweichende Rolle in der Sicherheitsarchitektur zuweisen wollen. Dies wird nicht zuletzt durch den häufig verwandten Begriff der Sicherheitsbehörden unterschiedslos für Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden unter Einschluss der Geheimdienste offenbar.⁵³ Mit dem Behaupten eines „Wirkungsverbundes“⁵⁴ zwischen sämtlichen genannten Akteuren kann sodann die Erwartung verknüpft werden, dass die Geheimdienste umfassend an der Verhinderung von (auch schweren) Störungen der öffentlichen Sicherheit und der

Verfolgung von Straftaten mitwirkten. Entsprechendes lässt sich jedoch weder den gesetzlichen Aufgabenbeschreibungen noch den Befugnisregelungen des Geheimdienstrechts entnehmen. Motiviert könnten diese Zuschreibungen durch eine gewollte Aufwertung der Geheimdienste im Behördengefüge sein. Indessen sehen die einschlägigen Regelungen des Geheimdienstrechts gerade keine bedingungslose Pflicht zur Übermittlung von sämtlichen⁵⁵ Informationen, die von Gefahrenabwehr- oder Strafverfolgungsbehörden für die dortigen Belange dienstbar gemacht werden könnten, vor. Eine Übermittlung unterbleibt selbst in Fällen einer grundsätzlichen Übermittlungspflicht nach § 20 Abs. 1 BVerfSchG⁵⁶ dann, wenn „überwiegende Sicherheitsinteressen“ eines Geheimdienstes dies erfordern (vgl. § 23 Nr. 2 BVerfSchG). Diese Sicherheitsinteressen zielen insbesondere darauf, die verdeckte Arbeit und ihre Methoden vor Entdeckung zu schützen.⁵⁷ Dabei soll der Schutz „geheimer Mitarbeiter“ vor einer Enttarnung „absolute Priorität“ genießen.⁵⁸ Beispielsweise ist es nicht ausgeschlossen, dass dem Schutz einer besonders wertvollen Quelle der Vorrang eingeräumt wird vor der Information der Polizei über den Aufenthaltsort von per Haftbefehl gesuchten Personen⁵⁹ oder auch anderweitig eine Behinderung von polizeilichen Ermittlungen bewirkt wird.⁶⁰ In der Vergangenheit führten Geheimhaltungsbelange gar zur Vereitelung der justiziellen Aufarbeitung von Tötungsverbrechen.⁶¹

Erst das Strafrecht kann nach unbestrittener Auffassung⁶² den ggf. umfassenden Geheimhaltungsinteressen im Einzelfall Grenzen setzen: Die Strafbarkeit wegen der Nichtanzeige geplanter (einzeln bestimmter) Straftaten (vgl. § 138 StGB) gilt auch für Geheimdienstmitarbeiter. Es ist mithin *erst* das Strafrecht, das gewissermaßen „von außen“ auf die Arbeit von Geheimdienstmitarbeitern einwirkt und eben nicht eine Verpflichtung für eine Behörde begründet,⁶³ sondern einen Normappell an wissende Individuen richtet. Die zwingende Verhinderung oder die Ermöglichung der Verfolgung von schweren Straftaten ist in diesem Sinne nicht geheimdienstrecht-genuin, sondern strafrechtlich aufoktroiert.

Die Erwartungen an die Mitwirkung von Geheimdiensten an „Sicherheitsproduktion“ sollten damit insgesamt nicht überspannt werden.

⁴⁷ Nach BT-Drs. 19/406, S. 2 (Antwort auf Frage 1) selbst in quantitativer Hinsicht geheimhaltungsbedürftig.

⁴⁸ Vgl. nur *Günther*, in: MüKo-StPO, 2014, § 110c Rn. 39: „allumfassend“; *Hauck*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2014), § 110c Rn. 8; *Eschelbach*, in: SSW-StPO, 3. Aufl. (2018), § 110c Rn. 10; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. (2017), § 110c Rn. 4.

⁴⁹ *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. (2017), S. 115; wohl auch *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. (2016), S. 255 f.; *Hornmann*, HSOG, 2. Aufl. (2008), § 16 Rn. 25; a.A. *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. (2012), S. 198: „kleinere Straftaten“ zum Schutz einer Legende.

⁵⁰ *Wolter/Jäger*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 110c Rn. 9; vgl. auch *OLG Düsseldorf*, NStZ 2013, 590 (592).

⁵¹ BVerfGE 120, 274 (321).

⁵² Mit Blick auf Strafverfahren *Roggan*, in: GS Weßlau, S. 277.

⁵³ Besonders deutlich *Warg*, in: Dietrich/Eiffler, S. 519: „Nachrichtendienste als Gefahrenabwehrbehörden“; *Unterreitmeier*, GSZ 2018, 1 (3 ff.); vgl. auch *Masing*, GSZ 2018, 6.

⁵⁴ So etwa in der Einladung zum „2. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste“, www.bmi.bund.de/SharedDocs/termine/DE/veranstaltungen/nd-symposium/tagungsflyer.pdf?__blob=publicationfile&v=3 (28.2.2018).

⁵⁵ Näher *Bergemann*, in: Lisken/Denninger, Kap. H Rn. 112.

⁵⁶ *Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 543; *Siems*, in: Dietrich/Eiffler, S. 1470; *Warg*, Die Polizei 2013, 200 (204); a.A. *Bock*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BVerfSchG, § 20 Rn. 1 („Opportunitätsprinzip“).

⁵⁷ Vgl. etwa *Bock*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BVerfSchG, § 23 Rn. 6; *Siems*, in: Dietrich/Eiffler, S. 1444; *Warg*, Die Polizei 2013, 200 (205).

⁵⁸ *Droste*, S. 554.

⁵⁹ Krit. dazu *Kutscha*, NVwZ 2013, 324 (327).

⁶⁰ BT-Drs. 17/14600, S. 884 (NSU-Komplex).

⁶¹ *LG Berlin*, StV 1991, 371 ff.; dazu *Remé*, Bürgerrechte & Polizei/CILIP 39 (2/1991), 72 ff.

⁶² Nachweise bei *Bergemann*, in: Lisken/Denninger, Kap. H Rn. 117c.

⁶³ So aber *Droste*, S. 544.

Die Strafbarkeit des Whistleblowings nach § 17 UWG im Lichte der Geheimnisschutzrichtlinie

von Prof. Dr. Tobias Reinbacher*

Abstract

Die Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, deren Umsetzung in deutsches Recht bis zum 8. Juni 2018 erfolgen muss, bringt einige Veränderungen für die bisherige Rechtslage mit sich. Dabei sieht sie auf der einen Seite einen (zivilrechtlichen) Mindestschutz der Geschäftsgeheimnisse vor, auf der anderen Seite wird aber das Whistleblowing zur Aufdeckung von illegalen Vorgängen im Unternehmen in bestimmten Fällen privilegiert. Letzteres Ziel der Richtlinie wird in diesem Beitrag näher betrachtet. Es wird im Rahmen des § 17 UWG bislang nicht ausreichend gewährleistet und wird daher bei der Umsetzung zu berücksichtigen sein.

I. Einleitung

Das Whistleblowing wird spätestens seit der Affäre um den Ankauf von Steuer-CDs durch deutsche Behörden auch im (Wirtschafts-)Strafrecht lebhaft diskutiert. Gemeint sind mit diesem Begriff im Rahmen des Wirtschaftsstrafrechts Insider, die auf illegale Praktiken eines Unternehmens hinweisen. Man denke nur an die Siemens-Affäre oder den jüngsten Abgasskandal in der Automobilindustrie oder an Fälle, in denen in einem Unternehmen systematisch Schwarzarbeit oder Steuerhinterziehung praktiziert werden. Zwar sind die Vorgänge im Abgasskandal anders gelüftet worden, oft werden illegale Praktiken eines Unternehmens aber erst durch Whistleblowing bekannt.¹

Durch Whistleblowing kann der Kredit eines Unternehmens in der Öffentlichkeit nachhaltig geschädigt werden. Zudem kann das Aufdecken von illegalen Vorgängen mit der Offenlegung von Firmenstrukturen und Interna verbunden sein, was dem Unternehmen im Wettbewerb schadet. Aus der Sicht des Unternehmens geht es daher um den Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Jedes Unternehmen verfügt über Informationen, deren Geheimhaltung von

entscheidender Wichtigkeit für seine Wettbewerbsfähigkeit ist, wie etwa das (immer noch) geheime Rezept von Coca Cola. Solche Geheimnisse können Produktionstechniken, Zusammensetzung und Inhaltsstoffe der Produkte, Software-Programme oder auch Kundenlisten, also Informationen aller Art, sein. Know-how und Informationen haben in der Informationsgesellschaft einen ständig steigenden Wert.

Unternehmen investieren viel in die Entwicklung von Ideen und verschaffen sich dadurch Vorteile im Wettbewerb. Sie haben folglich ein großes Interesse daran, dass diese Informationen geheim bleiben. Die im Zusammenhang mit dem Unternehmen stehenden Geheimnisse genießen in den Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG auch grundrechtlichen Schutz.² Über eine Vielzahl an Gesetzen verteilt finden sich aber auch Strafvorschriften, die den Schutz von Geschäftsgeheimnissen bezwecken. Hier ist insbesondere § 17 UWG zu nennen, der auch den Gegenstand dieses Beitrages bildet. Dieser verwendet zwar die Begriffe Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, inhaltlich lassen sich diese aber kaum sinnvoll trennen,³ sodass teilweise auch der Oberbegriff Wirtschaftsgeheimnis verwendet wird.⁴ Die Auflösung des Konflikts zwischen dem gesellschaftlich u.U. sogar erwünschten Whistleblowing auf der einen und dem – auch strafrechtlichen – Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen auf der anderen Seite ist ein bislang ungeklärtes Problem, das im Strafrecht erst seit kurzem intensiv erörtert wird.

Nun hat die EU am 8.6.2016 die *Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung*⁵ erlassen (hier: „Geheimnisschutzrichtlinie“). Sie ist gemäß ihrem Art. 18 bis zum 9.6.2018 umzusetzen. Obwohl die Zeit drängt, gibt es bisher noch keinen offiziellen Entwurf zu ihrer Umsetzung.⁶ Stimmen aus der Strafrechtswissenschaft fehlen ebenfalls noch gänzlich. Ich nehme meine These aber schon einmal vorweg: Die

* Der Verfasser ist Inhaber einer Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser im Dezember 2017 an der Universität Mannheim gehalten hat.

¹ Vgl. BT-Drs. 17/8567, S. 5; vgl. zum Begriff des Whistleblowings noch Teil II.

² Vgl. Reinbacher, in: Leitner/Rosenau, Nomos Kommentar Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (NK-WSS), 2017, § 17 UWG Rn. 2; vgl. zu Art. 12 Abs. 1 GG auch BVerfGE 115, 205 ff.; zu Art. 14 Abs. 1 GG Brammsen, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (MüKo-LauterkeitsR), 2. Aufl. (2014), § 17 UWG Rn. 6.

³ Brammsen, in MüKo-LauterkeitsR (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 8; Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 7.

⁴ Brammsen, in MüKo-LauterkeitsR (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 8; Eufinger, WM 2016, 2336 (2338); Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 7; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2017), § 33 Rn. 36.

⁵ ABl. EU Nr. L 157/1, v. 15.6.2016; zur Gesetzgebungsgeschichte Hoeren/Münker, WRP 2018, 150 (151); Lejeune, CR 2016, 330, (331).

⁶ Vgl. aber Hoeren/Münker, WRP 2018, 150 (151), die auf einen internen Entwurf hinweisen; vgl. ferner die Antworten der Bundesregierung jeweils auf Kleine Anfragen u.a. der Fraktion DIE LINKE vom 7.7.2017 und 1.2.2018, dass ein Entwurf vorbereitet werde, der auch Vorschriften zum zivilrechtlichen Schutz von Whistleblowern enthalten werde; BT-Drs. 18/13079, S. 7; BT-Drs. 19/598, S. 7.

Geheimnisschutzrichtlinie enthält wichtige Konsequenzen im Hinblick auf die Frage der Strafbarkeit des Whistleblowings nach § 17 UWG. Zwar zielt sie zunächst nur auf einen zivilrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen, sie wirkt sich aber auch auf den strafrechtlichen Schutz aus, was hier näher dargestellt wird. Zur Erläuterung folgen zunächst einige kurze Ausführungen zum Begriff und Phänomen des Whistleblowings (II.). Danach wird der bisherige Diskussionsstand in der Strafrechtswissenschaft aufgezeigt (III.). Sodann werden die hier interessierenden Regelungen der Geheimnisschutzrichtlinie erläutert (IV.), bevor auf ihre Konsequenzen für die bisherigen Lösungsansätze (V.) und mögliche Lösungswege (VI.) eingegangen wird. Der Beitrag schließt mit einer kurzen Zusammenfassung (VII.).

II. Begriff und Phänomen des Whistleblowings

Whistleblower sind Hinweisgeber, die auf Missstände hinweisen.⁷ Im Wirtschaftsstrafrecht geht es um Insider, also Beschäftigte im Unternehmen, die unethische oder illegale Praktiken eines Unternehmens aufdecken.⁸ Dabei wird zwischen internem und externem Whistleblowing unterschieden.⁹ Bei Ersterem wendet sich der Unternehmensangestellte an interne Compliance-Officers oder Vorgesetzte. In letzterem Fall trägt er sein Wissen nach außen und informiert etwa Strafverfolgungsbehörden oder die Presse.

In der Öffentlichkeit wird die Aufdeckung von Straftaten im Unternehmen vielfach positiv wahrgenommen, da ein großes Interesse der demokratischen Öffentlichkeit besteht, von illegalen Praktiken im Unternehmen Kenntnis zu erlangen. Das Verfolgen von Straftaten oder das Erwirtschaften von Steuern sind gewichtige öffentliche Interessen. Die Effektivität der Strafverfolgung ist zudem ein Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips.¹⁰ Da der Staat über das Gewaltmonopol verfügt, muss er Straftaten effektiv verfolgen können. Dennoch müssen Whistleblower zzt. noch harte rechtliche Konsequenzen fürchten. Die Auflösung dieses Problems wird schon seit einiger Zeit im Arbeitsrecht diskutiert, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.¹¹ Nach der Ansicht des *EGMR* fällt das Whistleblowing in den Bereich der Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK, es muss aber eine Abwägung mit den Interessen des Arbeitgebers stattfinden.¹² Nach der Auffassung des *BVerfG* fallen zumindest Zeugenaussagen unter Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m.

Art. 20 Abs. 3 GG.¹³

Umfassende einfachgesetzliche Regelungen des Whistleblowings fehlen bislang, entsprechende Gesetzesentwürfe sind gescheitert.¹⁴ Ausnahmen bestehen aber z.B. für das Recht von Beamten gemäß den §§ 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG, 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG, auf Korruption im öffentlichen Dienst hinzuweisen, nach § 17 Abs. 2 ArbSchG für Meldungen in Bezug auf Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit sowie nach § 4d Abs. 6 FinDAG, wonach bei Meldungen von Gesetzesverstößen an die BaFin u.a. auch keinerlei strafrechtliche Konsequenzen folgen dürfen, es sei denn die Meldung ist vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr abgegeben worden. Ansonsten besteht aber ein hohes Risiko, denn Whistleblower können sich wegen eines Verrats von Wirtschaftsgeheimnissen strafbar machen. Die strafrechtliche Diskussion kreist bislang vornehmlich um § 17 UWG. Auf diese Vorschrift wird sich auch dieser Beitrag konzentrieren.

III. Lösungen de lege lata im Rahmen des § 17 UWG

Die Auflösung des Konflikts zwischen dem Ziel der effektiven Verfolgung von Straftaten auf der einen und dem Recht des Unternehmens auf Wahrung seiner Geheimnisse auf der anderen Seite ist im Strafrecht sehr umstritten. Noch recht einfach ist die Lösung, wenn es dem Whistleblower rein altruistisch nur darum geht, eine Straftat oder einen Missstand aufzudecken. Denn dann liegt schon der subjektive Tatbestand des § 17 UWG nicht vor, der ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, verlangt.¹⁵ Nimmt er hingegen von der Presse oder den Strafverfolgungsbehörden ein Entgelt an, so dürfte zumindest auch¹⁶ ein Handeln aus Eigennutz vorliegen,¹⁷ sofern man nicht sogar eine Schädigungsabsicht bejaht.¹⁸ Auch kommt ein Handeln zu Gunsten eines Dritten in Betracht, wenn die Presse informiert wird.¹⁹

In diesem Fall gelangen gewichtige Stimmen in der Literatur zu einer Strafbarkeit des externen²⁰ Whistleblowings wegen eines Verrats von Wirtschaftsgeheimnissen, was insbesondere im Zusammenhang mit den an den Staat verkauften Steuer-CDs angenommen wurde.²¹ Allerdings erscheint das Ergebnis uneingeschränkter Strafbarkeit kont-

⁷ Vgl. auch die Definition in § 2 Abs. 2 des (gescheiterten) Entwurfs eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern – Whistleblowern, BT-Drs. 17/8567, S. 6.

⁸ Zum Begriff auch *Eufinger*, ZRP 2016, 229; *ders.*, WM 2016, 2336; *Koch*, ZIS 2008, 500; *Wittig* (Fn. 4), § 6 Rn. 183.

⁹ *Eufinger*, ZRP 2016, 229; *ders.*, WM 2016, 2336; *Koch*, ZIS 2008, 500; *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 41; *Wittig* (Fn. 4), § 6 Rn. 183.

¹⁰ Vgl. nur *BVerfGE* 77, 65 (76); 80, 367 (375).

¹¹ Vgl. nur *EGMR*, NJW 2011, 3501; *BVerfG*, NJW 2001, 3474; *BAG*, BeckRS 2016, 119684; *Henssler*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 626 Rn. 165 ff.

¹² *EGMR*, NJW 2011, 3501 (3503).

¹³ *BVerfG*, NJW 2001, 3474 (3475).

¹⁴ Vgl. etwa den Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern – Whistleblowern, BT-Drs. 17/8567, S. 5.

¹⁵ *Janssen/Mahuga*, in: MüKo-StGB, Band 7, 2. Aufl. (2015), § 17 UWG Rn. 62; *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 41.

¹⁶ Die besonderen Absichtsmerkmale des § 17 UWG müssen nicht alleiniger Beweggrund sein, sondern können auch neben anderen Motiven vorliegen; vgl. *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, U 43, Gesetz gegen den unerlaubten Wettbewerb, Stand: 217. EL Oktober 2017, § 17 UWG Rn. 30; *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 37.

¹⁷ *Satzger*, in: FS Achenbach, 2011, S. 447, 451.

¹⁸ *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (230).

¹⁹ *Rengier*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 2, 3. Aufl. (2016), § 17 Rn. 44a.

²⁰ Beim internen Whistleblowing dürfte zumindest eine Einwilligung des Betriebsinhabers vorliegen, sofern er entsprechende Stellen eingerichtet hat; vgl. *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 41.

²¹ Vgl. etwa *Schünemann*, NSTZ 2008, 305 (308).

raintuitiv. Denn nicht nur billigt der Staat selbst ganz offensichtlich das Vorgehen, sondern das Whistleblowing genießt, wie gesagt, auch in der Öffentlichkeit vielfach Zustimmung und ist inzwischen in bestimmten Bereichen auch positivrechtlich privilegiert. Insofern gibt es bereits de lege lata verschiedene Ansätze zur Beschränkung der Strafbarkeit nach § 17 UWG. Dabei werden insbesondere die drei folgenden Lösungen vertreten.

1. Lösung auf der Ebene des Tatbestandes: Der Geheimnisbegriff

Manche Stimmen in der strafrechtlichen Literatur nehmen an, dass „illegale Geheimnisse“ gar keine Geheimnisse im Sinne des § 17 UWG sind,²² d.h. es liegt bei aufgedeckten Straftaten kein taugliches Tatobjekt vor, sodass das Whistleblowing schon aus diesem Grunde immer straflos ist, wenn ein illegaler Vorgang aufgedeckt wird. Die h.M. definiert das Wirtschaftsgeheimnis nämlich als „jede Tatsache, die im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb steht, nicht offenkundig, sondern nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist, an welcher der Betriebsinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat und die nach seinem erkennbaren Willen geheim gehalten werden soll“.²³ Das Wirtschaftsgeheimnis hat insofern vier konstituierende Voraussetzungen:²⁴ (1) eine Tatsache mit betrieblichem oder geschäftlichem Bezug, (2) die Nicht-Offenkundigkeit, (3) einen Geheimhaltungswille und (4) als normatives Element ein objektiv zu bestimmendes schutzwürdiges (berechtigtes) Geheimhaltungsinteresse des Geheimnisträgers an der Geheimhaltung. An letzterem Punkt setzt diese Meinung an: „Illegale Geheimnisse“ fielen nicht unter § 17 UWG, da insofern kein „berechtigtes Interesse“ bestehe und die Lauterkeit des Wettbewerbs erst durch die Offenlegung des Missstandes wieder hergestellt werde.²⁵ Zudem wird angeführt, dass auf der Grundlage des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs illegale Vorgehensweisen nicht zum geschützten Vermögen zählen könnten.²⁶

Diese Ansicht überzeugt aber schon de lege lata nicht. Sie beruht insbesondere auf einer Interpretation des § 17 UWG als Vermögensdelikt.²⁷ § 17 UWG schützt jedoch primär das Geheimhaltungsinteresse des Geschäftsinhabers, nur reflexartig auch die Lauterkeit des Wettbewerbs.²⁸ Zudem ist in anderen Bereichen, wie etwa bei § 203 StGB, anerkannt, dass auch illegale Vorgänge zu den Geheimnissen gehören.²⁹ Letztlich besteht auch bei

diesen ein schützenswertes Interesse des Geschäftsinhabers,³⁰ der ganz erhebliche Schäden durch die Offenlegung erleiden kann, insbesondere weil diese regelmäßig mit der Offenbarung (legaler) Unternehmensstrukturen und -vorgänge einhergeht. Lehnte man ein Geheimnis und damit das Tatobjekt ab, so könnten die diesbezüglichen Kenntnisse ohne weiteres ausgenutzt werden. Schließlich lässt eine Herausnahme aus dem Geheimnisbegriff keinen Spielraum für die Berücksichtigung milderer Mittel, der Schwere der Straftat oder der Intention des Offenbarenden. Soll eine Abwägung von Interessen stattfinden, so ist der richtige Platz die Ebene der Rechtswidrigkeit.

2. Lösung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit: § 158 StPO als Rechtfertigungsgrund

Daher verorten andere Stimmen die Lösung hier, wobei das Merkmal „unbefugt“ von der h.M. bei § 17 UWG als Verweis auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe verstanden wird.³¹ Selbstverständlich ist die Offenbarung von Straftaten gerechtfertigt, wenn diese bevorstehen und sich im Katalog des § 138 StGB finden,³² denn dann wäre ihre Nichtanzeige strafbar. Bei bereits begangenen Straftaten oder bei solchen, die nicht im Katalog des § 138 StGB aufgeführt sind, muss aber ein anderer Rechtfertigungsgrund gefunden werden.

Manche sehen diesen in § 158 Abs. 1 StPO.³³ Es wird argumentiert, das dort normierte Anzeigerecht bestehe nun einmal für jeden Bürger und müsse daher auch für Unternehmensangehörige gelten. Im Rahmen des § 203 StGB hat aber noch niemand diese Begründung vorgebracht. Das muss sie natürlich nicht widerlegen. Nur muss man sehen, dass dadurch das Interesse des Unternehmensinhabers keine Berücksichtigung fände. Zudem ist die Frage, ob im Einzelfall die Möglichkeit besteht, sich auch an die Presse zu wenden, nicht beantwortet.

3. Lösung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit: § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund

Die vorzugswürdige h.M. im Strafrecht löst das Problem bislang über eine Interessenabwägung auf der Rechtswidrigkeitsebene.³⁴ Hierzu kann der rechtfertigende Notstand

²² Diemer, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 16), § 17 UWG Rn. 16; Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333); Rützel, GRUR 1995, 557, 558 ff.

²³ BGHSt 41, 140, 142; Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 7; Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 19), § 17 Rn. 7.

²⁴ Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 7; Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 19), § 17 Rn. 9; Wittig (Fn. 5), § 33 Rn. 37 ff.

²⁵ Rützel, GRUR 1995, 557, 560.

²⁶ Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333).

²⁷ So ausdrücklich Brammsen, in: MüKo-LauterkeitsR (Fn. 2), § 27 Rn. 6; Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333).

²⁸ Janssen/Maluga, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 17 Rn. 10; Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 2; Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 19), § 17 Rn. 4.

²⁹ Beckemper/Müller, ZJS 2010, 105 (109).

³⁰ Beckemper/Müller, ZJS 2010, 105 (109); Janssen/Maluga, in: MüKo-StGB (Fn. 15) § 17 UWG Rn. 35 ff.; Rahimi Azar, JuS 2017, 930 (933); Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 23.

³¹ Brammsen, in: MüKo-LauterkeitsR (Fn. 2), § 27 Rn. 55; Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 40; Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 19), § 17 Rn. 45; Wittig (Fn. 4), § 33 Rn. 52 – a.A. Janssen/Maluga, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 17 Rn. 52 f.; Ohly, GRUR 2014, 1 (6): Tatbestandsmerkmal, das allgemeine Interessenabwägung ermöglicht.

³² Diemer, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 16), § 17 UWG Rn. 24; Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 49; Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 19), § 17 Rn. 46.

³³ Kaiser, NSiZ 2011, 383 (388); Satzger, in: FS Achenbach, 2011, S. 447 (451).

³⁴ Vgl. aber auch Ohly, GRUR 2014, 1 (6), der ebenfalls für eine Interessenabwägung eintritt, allerdings im Tatbestand im Rahmen des Merkmals „unbefugt“.

gemäß § 34 StGB herangezogen werden,³⁵ sofern nicht die Grundrechte selbst als Rechtfertigungsgrund dienen.³⁶ Bei bevorstehenden Straftaten kann insofern eine Gefahr für die bedrohten Rechtsgüter und bei begangenen Straftaten für die bereits genannten öffentlichen Interessen bestehen.³⁷ Auch § 34 StGB ermöglicht jedenfalls eine Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall, wobei die betroffenen Grundrechte in die Abwägung einfließen. Insbesondere stellt § 34 StGB aber das Postulat der Erforderlichkeit auf. Insofern kann etwa ein internes Whistleblowing – bei gleicher Eignung zur Abwendung der Gefahr – als milderer Mittel der Strafanzeige bzw. die Strafanzeige selbst wiederum als milderer Mittel der Mitteilung an die Presse vorzuziehen sein.³⁸ Der Gang zur Presse dürfte allerdings in der Regel an der Erforderlichkeit scheitern.³⁹ Von den ablehnenden Stimmen wird insbesondere der Gefahrabwendungswille,⁴⁰ also die subjektive Komponente des Rechtfertigungsgrundes, verneint und eine Strafbarkeit angenommen, wenn der Whistleblower für die Offenbarung der Geheimnisse ein Entgelt erhält.⁴¹ Das überzeugt mich allerdings nicht, weil es eine komplexe Motivationslage geben kann, warum eine Straftat im Unternehmen offenbart wird⁴² und der Gefahrabwendungswille auch neben anderen Beweggründen vorliegen kann.⁴³

IV. Die Regelungen der Geheimnisschutzrichtlinie

Nun aber zu den Regelungen der Geheimnisschutzrichtlinie. Diese enthält für unsere Frage insbesondere zwei interessante Bestimmungen. Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 sieht eine Definition des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses vor. Hiernach muss dieses die folgenden drei Kriterien erfüllen: (1) Die Informationen müssen geheim sein; (2) sie müssen von kommerziellem Wert sein, weil sie geheim sind; (3) sie müssen Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen sein.

Im Zusammenhang mit der Aufdeckung von Straftaten durch Whistleblower einschlägig ist aber vor allem Art. 5 RL (EU) 2016/943. Dieser sieht nämlich Ausnahmen von den (in Art. 4 RL (EU) 2016/943 vorgesehenen) Verboten vor, und zwar in seinem lit. b), wenn die Handlung zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit erfolgt, sofern der Täter in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Erwägungsgrund (20) zur Geheimnisschutzrichtlinie erklärt diese Ausnahme zu Gunsten des Whistleblowings näher. Dort heißt es, dass die in der RL

vorgesehenen Maßnahmen nicht dazu dienen sollen, das Whistleblowing einzuschränken. Daher soll der Geheimnisschutz nicht greifen, wenn die Offenlegung insoweit dem öffentlichen Interesse dient, als ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit „von unmittelbarer Relevanz“ aufgedeckt wird. Letztere Einschränkung kann man als Erheblichkeitsschwelle verstehen, sodass jedenfalls keine Bagatellen aufgedeckt werden dürfen. Im Übrigen können die Mitgliedstaaten weitere Ausnahmen zulassen, wenn der Betreffende in gutem Glauben handelte. Daraus folgt, dass eine illegale Aktivität nach Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 objektiv vorliegen muss. Dies wird durch die englische Sprachfassung gestützt, in der es heißt: „Therefore, the protection of trade secrets should not extend to cases in which disclosure of a trade secret serves the public interest, insofar as directly relevant misconduct, wrongdoing or illegal activity is revealed“.

Zu klären ist allerdings, ob Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 nur Verhalten ausklammert, das subjektiv ausschließlich zum Schutz öffentlicher Interessen geschieht. Denn in diesem Fall ist, wie ausgeführt, schon der subjektive Tatbestand des § 17 UWG fraglich. Er könnte aber auch Fälle erfassen, in denen der Täter Geld für seine Informationen bekommt, wie etwa bei der Übergabe von Steuer-CDs an den Staat oder bei der Weitergabe von Informationen an die Presse. In diesen Fällen handelt der Täter, wie gesehen, zumindest auch aus finanziellem Eigennutz. Die Frage, ob die Geheimnisschutzrichtlinie auch diese Fälle ausnimmt, wird der *EuGH* zu klären haben.

Nach meiner derzeitigen Einschätzung erfasst Art. 5 lit. b) der RL (EU) 2016/943 auch Fälle, in denen der Whistleblower zwar grundsätzlich mit der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, daneben aber auch ein eigenes Interesse daran hat, eine Entlohnung zu erhalten. Denn sonst würden im Ergebnis Whistleblowing-Aktivitäten zumindest in Fällen, in denen Informationen an die Presse gegeben werden oder in denen der Staat eine Belohnung zahlt, eingeschränkt, was die Geheimnisschutzrichtlinie nach Erwägungsgrund (20) gerade nicht soll. Dafür spricht auch die folgende Erwägung:

³⁵ *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (230); *ders.*, WM 2016, 2336 (2338); *Kassiske*, ZJS 2016, 628 (633); *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 43; *Rengier*, in: Fezer/Büschler/Obergfell (Fn. 19), § 17 Rn. 47; *Wittig* (Fn. 4), § 33 Rn. 52a.

³⁶ Erwogen bei *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 43; vgl. auch *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (331).

³⁷ Zu dieser Differenzierung *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 43 ff.; *Rengier*, in: Fezer/Büschler/Obergfell (Fn. 19), § 17 Rn. 47 f.

³⁸ *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 1), § 17 UWG Rn. 44; *Rengier*, in: Fezer/Büschler/Obergfell (Fn. 19), § 17 Rn. 47a.

³⁹ *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (331); *Rahimi Azar*, JuS 2017, 930 (935); vgl. auch *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. (2016), § 17 Rn. 30.

⁴⁰ Ein solcher ist nach der zutreffenden Ansicht erforderlich; vgl. *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 4. Aufl. (2017), § 34 Rn. 24; *Heinrich*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2016), Rn. 429 ff.; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 34 Rn. 5; *Rengier*, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2017), § 19 Rn. 63; manche lassen bei § 34 StGB auch die Kenntnis der Rechtfertigungslage ausreichen; vgl. nur *Erb*, in: *MüKo-StGB*, Band 1, 3. Aufl. (2017), § 34 Rn. 206.

⁴¹ *Rahimi Azar*, JuS 2017, 930 (935); *Trüg*, StV 2011, 111 (112); zweifelnd auch *Sieber*, NJW 2008, 881 (884).

⁴² *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 2), § 17 UWG Rn. 48.

⁴³ *Rengier*, AT (Fn. 40), § 19 Rn. 63.

In der Marktmissbrauchsverordnung⁴⁴ hat die EU einerseits einen wirksamen Schutz für Whistleblower vorgeschrieben sowie andererseits in ihrem Art. 32 Abs. 4 die Möglichkeit eröffnet, finanzielle Anreize für Whistleblower zu schaffen, um diese zur Offenlegung von Verstößen zu motivieren. Mit anderen Worten soll dort ein finanzielles Interesse die Privilegierung gerade nicht aufheben. In den USA ist eine solche finanzielle Kompensation von Whistleblowern üblich.⁴⁵ Wenn der EU-Gesetzgeber dies beim Marktmissbrauch so sieht, wird er auch beim Geheimnisverrat keine andere Wertung vornehmen. Schließlich ist menschliches Handeln nur selten von einem einzigen Antrieb geleitet.

V. Konsequenzen der Geheimnisschutzrichtlinie für das deutsche Strafrecht

Welche Konsequenzen hat die Geheimnisschutzrichtlinie für das deutsche Recht,⁴⁶ insbesondere für die Strafbarkeit nach § 17 UWG? Man muss natürlich sehen, dass sie zunächst nur auf einen zivilrechtlichen Schutz der Geschäftsgeheimnisse abzielt. Insofern könnte man annehmen, das Strafrecht bliebe völlig unberührt und in Fällen des Ausnahmetatbestandes für das Whistleblowing griffen dann eben die zivilrechtlichen Sanktionen und Maßnahmen nicht. Dies kann aber aus verschiedenen Gründen nicht richtig sein.

Erstens könnte der deutsche Gesetzgeber nämlich versuchen, die Richtlinie durch eine Reform des § 17 UWG umzusetzen, sodass das Strafrecht (weiterhin) der Ausgangspunkt für den zivilrechtlichen Schutz wäre. Dann müsste § 17 UWG selbst aber die Ziele der Geheimnisschutzrichtlinie berücksichtigen, damit sie im Zivilrecht zum Tragen kommen, sodass die Strafnorm bereits unmittelbar beeinflusst wäre.

Zweitens könnte der deutsche Gesetzgeber sich zwar zu einer rein zivilrechtlichen Umsetzung entschließen, neben welcher der strafrechtliche Schutz bestehen bliebe. Auch dann würde aber eine zivilrechtliche Freistellung des Whistleblowings auf das Strafrecht durchgreifen. Dies gilt schon aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung und wegen der Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts, zumal sich kaum sagen lässt, zivilrechtliche Sanktionen seien ausgeschlossen, nicht aber die viel weitergehenden strafrechtlichen Konsequenzen. Denn in diesem Fall wird das entsprechende Verhalten von der Rechtsordnung nicht missbilligt. Insbesondere folgt dies aber aus dem Unionsrecht. Denn die Geheimnisschutzrichtlinie etabliert zwar nur einen Mindestschutz der Geschäftsgeheimnisse,⁴⁷ wie sich aus Art. 1 Abs. 1 UA 2 der RL (EU) 2016/943 ergibt, sodass die Mitgliedstaaten einen weitergehenden (auch

strafrechtlichen) Schutz vorsehen können, aber nur, sofern gewährleistet ist, dass bestimmte explizit genannte zwingende Vorschriften der Richtlinie eingehalten werden, zu welchen Art. 5 der RL (EU) 2016/943 gehört. Insofern ist gerade der Bereich des Whistleblowings vollharmonisiert.⁴⁸ Daraus folgt aber, dass weitergehende, d.h. auch strafrechtliche, Sanktionen nicht möglich sind, wenn dadurch von den vollharmonisierenden Vorgaben des Art. 5 der RL (EU) 2016/943 abgewichen wird.⁴⁹ Auch dürfen die Ziele der Richtlinie schon wegen des Grundsatzes des *effet utile* des Unionsrechts und der Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten durch das Strafrecht nicht ausgehebelt werden und müssten bei fehlender Umsetzung ggf. auch in eine richtlinienkonforme Auslegung einfließen.⁵⁰ Auch die Strafnorm knüpft ihre strafrechtlichen Folgen schließlich nur an eine (außerstrafrechtliche) Ge- oder Verbotsnorm (Primärnorm), und es darf kein mitgliedstaatliches Verbot geben, das dem Unionsrecht widerspricht.⁵¹ Auch wenn § 17 UWG bestehen bleiben soll, müssen die diesbezüglichen Ziele der Geheimnisschutzrichtlinie daher ausreichend berücksichtigt werden. Meines Erachtens setzen die soeben vorgestellten Ansichten zur Privilegierung des Whistleblowings diese Ziele aber nicht ausreichend um bzw. sind mit der Geheimnisschutzrichtlinie gar nicht vereinbar.

1. Tatbestandslösung und Vorgaben der Richtlinie

Zunächst zur Beschränkung des Geheimnisbegriffs bei illegalen Aktivitäten. Es wurden oben bereits einige Gründe angeführt, die gegen diese Ansicht sprechen. Auch die Geheimnisschutzrichtlinie geht nun aber davon aus, dass illegale Unternehmenspraktiken ein Geheimnis darstellen. Sie verlangt nämlich hier kein „berechtigtes Geheimhaltungsinteresse“, sieht also keinen normativen Teil des Geheimnisbegriffs vor, der als Ausschlussgrund wirken würde. Auch ihre Systematik belegt dies, da sie das Geschäftsgeheimnis in Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 definiert, während die Schranke im Hinblick auf das Whistleblowing sich hingegen in Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 findet. Also werden der Geheimnisbegriff und die mögliche Zulässigkeit der Weitergabe getrennt behandelt. Und schließlich verlangt Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 die Intention, öffentliche Interessen zu schützen. Wären illegale Vorgänge aber schon kein Geheimnis, so wären sie unabhängig von der Intention niemals geschützt. Durch die Schranke in Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 wird jedenfalls ausgeschlossen, dass ein Konkurrent aus reinem Eigeninteresse Schutzlücken ausnutzt.⁵²

⁴⁴ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014, über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission; ABl. (EU) Nr. L 173/1 v. 12.6.2014.

⁴⁵ Zum US-amerikanischen *Dodd-Frank Act* vgl. *Eufinger*, WM 2016, 2336 (2341).

⁴⁶ Ausführlich zum Umsetzungsbedarf *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009; *McGuire*, GRUR 2016, 1000.

⁴⁷ *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 (1010).

⁴⁸ *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1036).

⁴⁹ Vgl. *McGuire*, GRUR 2016, 1000 (1008).

⁵⁰ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, Kommentar, 36. Aufl. (2018), Vor §§ 17-19 Rn. 10.

⁵¹ Vgl. dazu ganz allgemein *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. (2016), § 9 Rn. 10 ff.

⁵² *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1044).

2. Anzeigerecht und Vorgaben der Richtlinie

Auch die Lösung über § 158 Abs. 1 StPO erfüllt die Vorgaben der Geheimnisschutzrichtlinie nicht, da dadurch nur die Weitergabe an die Staatsanwaltschaft oder die Polizei, nicht aber an die Presse gedeckt ist. Art. 5 lit. b) der RL (EU) 2016/943 differenziert aber nicht nach dem Adressaten. Diese Bestimmung lässt die Offenlegung nach der Entscheidung des Whistleblowers zu.

3. Interessenabwägung und Vorgaben der Richtlinie

Schließlich weicht auch die Lösung im Rahmen einer Interessenabwägung über § 34 StGB (oder einer direkten Grundrechtsabwägung) vom Weg der Geheimnisschutzrichtlinie ab. Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 setzt nämlich keine Prüfung der Erforderlichkeit und keine Interessenabwägung voraus. Höchstens über die in Erwägungsgrund (20) genannte „unmittelbare Relevanz“ ließe sich eine Einschränkung auf gewichtige Straftaten herauslesen.

Im Entwurf der Kommission⁵³ war hingegen noch das Merkmal der „Erforderlichkeit“ vorgesehen. Da dieses nun fehlt, besteht kein Zwang zum vorrangigen Einschalten interner Stellen oder der Staatsanwaltschaft. Der Whistleblower, der einen Missstand aufdeckt, kann seinem eigenen Gewissen folgend das seiner Ansicht nach richtige Mittel und Medium für die Aufdeckung des Missstandes wählen, sodass auch der sofortige Gang an die Presse möglich ist.⁵⁴ Das mag man kritisieren, da nun jegliche Berücksichtigung gegenläufiger Interessen oder Abstufung fehlt. Für den Whistleblower bringt diese Regelung jedoch Klarheit, da die Frage seiner Strafbarkeit nun nicht mehr von einer ungewissen Interessenabwägung abhängt. Zudem wird der Gang zur Presse erleichtert. Es ist aber festzuhalten, dass außerhalb des § 138 StGB auch in der Zukunft natürlich keine Verpflichtung besteht, Straftaten im Unternehmen anzuzeigen.

VI. Lösungswege

Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst folgendes Zwischenergebnis: Die Geheimnisschutzrichtlinie enthält einige Wertungen, die vom geltenden Recht in seiner Interpretation durch die h.M. nicht ausreichend erfasst sind. Das betrifft natürlich nicht nur das Whistleblowing, sondern neben dem Geheimnisbegriff auch eine Vielzahl an Regelungen zu verbotenen Handlungen, zivilrechtlichen Rechtsfolgen und zum Verfahren. Da eine Richtlinie den Mitgliedstaaten gemäß Art. 288 UA. 3 AEUV die Wahl des Mittels zur Umsetzung lässt, stellt sich die Frage, ob eine große Lösung gewählt wird oder ob nur partielle Ergänzungen am geltenden Recht vorgenommen werden.

Welchen Weg der Gesetzgeber wählt, kann natürlich nicht mit Sicherheit prognostiziert werden. Es sollen aber einige denkbare Lösungswege aufgezeigt werden.

1. Reform des § 17 UWG

Die erste Lösung besteht darin, zu versuchen, sämtliche Vorgaben der Geheimnisschutzrichtlinie in § 17 UWG (und den entsprechenden Vorschriften anderer nebenstrafrechtlicher Gesetze⁵⁵) zu integrieren. Dafür würde zwar sprechen, dass der traditionelle strafrechtlich orientierte Geheimnisschutz beibehalten bliebe. Dies dürfte jedoch ein schwieriges Unterfangen sein, da die Richtlinie z.B., anders als der bisherige § 17 UWG, für das Zivilrecht keine besonderen Absichten des Offenbarenden wie Zwecke des Wettbewerbs, Eigennutz, Drittbegünstigungs- oder Drittschädigungsabsicht verlangt⁵⁶ und keine Beschränkung auf bestimmte Täter vorsieht, daneben aber auch Regelungen zum Verfahren und zur Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche enthält. Insofern sieht sie ein so umfassendes Regelungskonzept vor, dass sich dieses alleine in § 17 UWG kaum integrieren lässt.⁵⁷ Dieser Ansatz birgt zudem eine besondere Gefahr: Eine punktgenaue Umsetzung in § 17 UWG würde zu einer problematischen Erweiterung der Strafbarkeit führen, da viele Handlungen bisher nicht erfasst sind, darunter teilweise auch sehr unbestimmte Vorgaben. Jedenfalls müsste dann das Whistleblowing in diesem Rahmen eine entsprechende Privilegierung erfahren.

2. Erlass eines eigenständigen zivilrechtlichen Gesetzes mit strafrechtlicher Annexvorschrift

Die zweite Lösung besteht in der Schaffung eines neuen eigenständigen und umfassenden zivilrechtlichen Gesetzes zum Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen.⁵⁸ Dieses könnte die Geheimnisschutzrichtlinie möglichst präzise umsetzen, dabei auch das Whistleblowing privilegieren und am Ende selbst eine Strafvorschrift vorsehen. Dann könnten § 17 UWG und andere nebenstrafrechtliche Vorschriften zum Geheimnisschutz gestrichen werden. Einer solchen Annexregelung wohnt aber wiederum die Gefahr der Erweiterung der Strafbarkeit inne, sofern der strafrechtliche Schutz mit dem zivilrechtlichen Schutz gleichlaufen soll. Die Richtlinie zwingt dazu freilich nicht, da sie keine Vorgaben für das Strafrecht enthält. Daher könnte der strafrechtliche Schutz auch nur punktuell ausfallen, insbesondere weil er sich neben einer eigenständigen zivilrechtlichen Regelung nun auf die Ultima ratio-Funktion beschränken könnte.⁵⁹

⁵³ Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlament und des Rates über den Schutz den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, KOM (2013), 813 endg.

⁵⁴ So auch *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231); *Hoeren/Münker*, WRP 2018, 150 (154). Unklar ist allerdings, ob sich etwa im Arbeitsrecht Einschränkungen aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers ergeben können; vgl. ferner *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 (1014) – a.A. *Lejeune*, CR 2016, 330 (333): Die bisherige Rechtslage in Deutschland sei mit Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 kompatibel.

⁵⁵ Vgl. *Ann*, GRUR-Prax 2016, 465.

⁵⁶ Davon zu unterscheiden ist natürlich die hier genannte Absicht des Whistleblowers, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, welche keine Strafbarkeitsvoraussetzung ist, sondern gerade im Gegenteil eine Privilegierung beinhaltet.

⁵⁷ *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1036 f.); *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009.

⁵⁸ Dafür etwa *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 (1016); vgl. auch *Ann*, GRUR-Prax 2016, 465 (466).

⁵⁹ Vgl. auch *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 (1016).

3. Erlass eines eigenständigen zivilrechtlichen Gesetzes unter Beibehaltung des § 17 UWG

Nach der dritten Lösung würde zwar ebenfalls ein entsprechendes zivilrechtliches Gesetz geschaffen, § 17 UWG daneben aber bestehen bleiben.⁶⁰ Der Vorteil dieser Lösung besteht darin, dass das Strafrecht als ultima ratio in seiner etablierten Form erhalten bliebe. Auch in diesem Fall muss aber gewährleistet sein, dass die Strafvorschriften die zivilrechtlichen Wertungen nicht aushebeln. Insbesondere müsste die zivilrechtliche Freistellung des Whistleblowings sich auch auf die Strafbarkeit auswirken, ein zivilrechtlicher Erlaubnistatbestand etwa auch als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund greifen. Besteht ein zivilrechtliches Recht des Whistleblowers zur Offenbarung der entsprechenden Tatsachen, so kann auch im Strafrecht diese Handlung nicht unbefugt geschehen.

4. Erlass eines eigenständigen Whistleblower-Gesetzes

Schließlich besteht im Hinblick auf das hier behandelte Thema selbstverständlich die Möglichkeit, die Geheimnisschutzrichtlinie zum Anlass zu nehmen, die bisher erfolglosen Versuche des Erlasses eines eigenständigen Gesetzes zum Schutz von Whistleblowern wieder aufzugreifen und dadurch die zwingenden Vorgaben des Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 umzusetzen.⁶¹ Dies würde den deutschen Gesetzgeber allerdings nicht davon befreien, parallel dazu den Geheimnisschutz entsprechend der Geheimnisschutzrichtlinie neu zu ordnen.

VII. Zusammenfassung

In der Geheimnisschutzrichtlinie ist das Aufdecken illegaler Praktiken in Wirtschaftsunternehmen mittels Whistleblowing in größerem Ausmaß privilegiert als nach der bisher h.M. im deutschen Strafrecht. Unabhängig davon, wie eine Umsetzung erfolgt, muss das Whistleblowing ohne Rückgriff auf § 34 StGB, d.h. ohne Prüfung der Erforderlichkeit und ohne Abwägung im Einzelfall, jetzt straflos sein, wenn es zumindest auch⁶² zur Aufdeckung einer illegalen Tätigkeit geschieht und mit der Absicht vorgenommen wird, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Ein solches Verhalten ist nämlich durch die

Geheimnisschutzrichtlinie freigestellt und kann daher auch nicht strafbar sein. Zum Abschluss soll noch einmal kurz skizziert werden, welche Änderungen im Hinblick auf das Thema dieses Beitrages jedenfalls umgesetzt werden sollten bzw. müssen.

Erstens sollte der Geheimnisbegriff (des § 17 UWG) modifiziert werden. Zwar etabliert die Geheimnisschutzrichtlinie nur einen Mindestschutz, sodass das deutsche Recht einen weniger strengen Geheimnisbegriff beibehalten könnte,⁶³ jedoch betont Erwägungsgrund (14) die Wichtigkeit eines homogenen Geheimnisbegriffs innerhalb der EU.⁶⁴ Für die Angleichung des Begriffs spricht zudem, dass er sich dann wie die Geheimnisschutzrichtlinie an Art. 39 des TRIPS-Übereinkommens orientieren würde.⁶⁵ Ein „berechtigtes Geheimhaltungsinteresse“ als konstitutives Merkmal enthält der europäische Geheimnisbegriff nicht. Stattdessen sind nun aber explizit „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ erforderlich. Es bietet sich an, den Begriff legal zu definieren. Allerdings könnte auch schlicht die Rechtsprechung in Zukunft einen richtlinienkonformen Begriff verwenden. Höchstens in dem Fall, dass der strafrechtliche Schutz über § 17 UWG neben einer eigenständigen zivilrechtlichen Regelung bestehen bleibt, könnte man erwägen, den strafrechtlichen Geheimnisbegriff enger zu definieren.

Zweitens ist Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 im Hinblick auf das Whistleblowing umzusetzen. Interpretiert man diesen Ausschlussgrund wie hier in dem Sinne, dass er auch dann gilt, wenn z.B. das subjektive Merkmal des Eigennutzes wegen einer Entgeltzahlung erfüllt ist, so muss sichergestellt sein, dass das Whistleblowing außerhalb der engen Grenzen des § 34 StGB straflos ist. Die Regelung in Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 ist zwingend umzusetzen, was sich aus ihrem Art. 1 Abs. 2 ergibt, da es dort heißt, dass die Mitgliedstaaten zwar einen weitergehenden Schutz für Geschäftsgeheimnisse vorsehen können, aber nur, solange gewährleistet ist, dass die Schranken des Art. 5 eingehalten werden, sodass eine vollharmonisierende Bestimmung anzunehmen ist. Wird ein zivilrechtliches Spezialgesetz geschaffen, so müssen die dort geregelten Ausnahmen für das Whistleblowing auch im Strafrecht als Rechtfertigungsgründe greifen.

⁶⁰ Nach *Hoeren/Münker*, WRP 2018, 150, scheint dies der derzeit favorisierte Weg des BMJV zu sein („wie man hört“).

⁶¹ Dafür *Ann.*, GRUR-Prax 2016, 465 (466); *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231). Ob ein solches Gesetz kommen wird, lässt sich derzeit noch nicht sagen; die Bundesregierung hat auf eine Kleine Anfrage u.a. der Fraktion DIE LINKE, wie sie zu einer gesetzlichen Definition und einem Schutz der Whistleblower vor Strafverfolgung stehe, am 1.2.2018 auf die noch ausstehende Regierungsbildung verwiesen; vgl. BT-Drs. 19/598, S. 8.

⁶² Bei rein altruistischem Handeln scheidet auch nach geltendem Recht schon der subjektive Tatbestand des § 17 UWG aus, sodass insofern kein Reformbedarf besteht.

⁶³ *Lejeune*, CR 2016, 330 (333).

⁶⁴ *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 (1011).

⁶⁵ A.a.O.

AUSLANDSRUBRIK

Überlegungen über die Krise des brasilianischen Strafvollzugssystems

von Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato*

Abstract

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Krise des brasilianischen Strafvollzugssystems. Zunächst wird die historische Entwicklung des brasilianischen Strafvollzugs von der Kolonialzeit bis heute skizziert. Im Anschluss daran werden aktuelle Zahlen zum brasilianischen Strafvollzug vorgestellt und Gründe für Probleme in der Rechtspraxis benannt. Schließlich stellt der Beitrag Resolutionen des interamerikanischen Gerichtshofes für Menschenrechte vor, der wiederholt Defizite unter anderem im Zusammenhang mit der massiven Überbelegung brasilianischer Strafvollzugsanstalten festgestellt hat.

I. Einführung

Die Krise des brasilianischen Strafrechtes und Strafvollzugssystems zeigt sich in der Unfähigkeit, ihre Versprechen einzulösen. Wenn es der Zweck des Rechtssystems ist, dass das Recht die Gerechtigkeit¹ verwirklicht, muss man, zumindest in Brasilien, seinen Misserfolg zugeben. Die Konzeption des Gesetzes wird nicht Realität. Es gibt einen Bruch zwischen dem, was man verspricht, und dem, was man verwirklicht.² Dieses Problem betrifft verschiedene Ebenen der Strafrechtspraxis, die wirtschaftlichen Parametern folgt.³ Auf diese Weise kann man nicht von Gerechtigkeit⁴ in dem brasilianischen Strafvollzugssystem sprechen, das unter der altbekannten Tatsache leidet, dass Haushaltsmittel fehlen und Misswirtschaft herrscht. Das ist – betrachtet man die brasilianische Strafrechtsgeschichte – kein neues Problem. Der Beitrag beleuchtet die historische Entwicklung des brasilianischen Strafvollzugs

und zeigt die Unfähigkeit der Freiheitsstrafe auf, präventiven Strafzwecken zu dienen.

In der Strafrechtswissenschaft ist die Annahme durchaus verbreitet, die Strafrechtspflege befinde sich seit ihrer Gründung in der Krise. Argumentiert wird, die Krise der Strafrechtspflege sei nicht „konjunkturell“, sondern strukturell.⁵ Für Zaffaroni/Batista/Slokar/Alagia entsteht diese Krise der Strafrechtspflege in dem Augenblick, in dem der Herrscher – der Staat – die Befugnis, Strafen anzuwenden, übernimmt und die Anwendung der Strafe in der Privatsphäre verbietet.⁶ Die staatliche Strafrechtspflege befinde sich, so Bueno Arús, daher schon immer in der Krise. Von dem Moment an, in dem der Monarch der Renaissance-Periode das *ius puniendi* für sich behauptete und so die Strafmacht mit der unbegrenzten Souveränität des modernen Staats verband, dient die Strafrechtspflege der Verteidigung der Sicherheit des Staates und seiner öffentlichen und der sozioökonomischen Ordnung und nicht länger nur dem Schutz individueller Rechte.⁷

Insbesondere steht dabei auch die Freiheitsstrafe in der Kritik. Auch wenn es neben der Freiheitsstrafe noch andere Sanktionsinstrumente gibt, handelt es sich bei ihr um die wohl wichtigste Sanktion. Sie unterscheidet sich, wie v. Hippel schon bemerkte, insbesondere auch von anderen Arten der Freiheitsentziehung als Zwangsmittel zur Durchsetzung bestimmter Handlungen, z.B. der Bezahlung von Schulden oder auch zur Sicherung des Strafverfahrens.⁸ Dennoch wird sich mein Beitrag auf die Analyse

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht und Kriminologie an der Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro und Verteidigungsstaatsanwalt im Bundesstaat Rio de Janeiro, Brasilien. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Ebal Bolacio für die Hilfe bei der Übersetzung ins Deutsche.

¹ Der Begriff Gerechtigkeit wird hier im Sinne von „Grundgüter auf alle Mitglieder der Gesellschaft gerecht aufteilen“ gebraucht, vgl. dazu: Rawls, A Theory of Justice, 1999, S. 78 ff.; trotzdem muss erkannt werden, dass der Inhalt des Begriffs Gerechtigkeit in den normativen immer noch konturloser wird. Deshalb kann das Recht als Vorwand dienen, um die Ungerechtigkeit von Staaten zu maskieren: Klenner, in: Haug, Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, 5. Bd, 2001, S. 393.

² Über die Schizophrenie der Kriminalpolitik und die verschiedenen Perspektiven der deklarierten und latenten Strafzwecke: Santos, Direito Penal – Parte Geral, 3. Aufl. (2008), S. 459 ff.; Innerhalb dieses Rahmens weisen Zaffaroni/Batista/Slokar/Alagia auf die Verwirrung der Ideologien des Strafvollzugs hin, Zaffaroni/Batista/Slokar/Alagia, Direito Penal Brasileiro, 1. Bd, 2003, S. 383 f.

³ Dazu gibt es eine ganze Reihe von kritischen Beiträgen in der Literatur: Rusche/Kirchheimer, Sozialstruktur und Strafvollzug, 1981; Melossi/Pavarini, The Prison and the Factory – Origins of the Penitentiary System, 1981; Garland, Punishment and Welfare – A History of Penal Strategies, 1985; Young, The Exclusive Society – Social Exclusion, Crime and Difference in late Modernity, 1999; Giorgi, Re-thinking the political economy of punishment, 2006. Jedoch findet man auch in der Fachliteratur Autoren, die das Verbrechen und die Strafrechtspflege mit der Wirtschaft verbinden, ohne kritisch oder radikal zu sein, siehe: Posner, Columbia Law Review, 85, 1985, S. 1193 ff.; Hylton, Hylton, RLE, 1(2), 2005, S. 175 ff.

⁴ Rawls, (Fn.1), S. 78 ff.

⁵ 2012 schrieb Silva Sánchez, dass die Krise, die in den letzten Jahrzehnten eine zyklische Intensivierung erfahren habe, ein struktureller Zustand des Strafrechts sei. Trotzdem verortete er noch vor 2012 den Ursprung der Krise in den 1960er Jahren. Silva Sánchez, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, 2. Aufl. (2012), S. 1 ff.

⁶ Zur Unterscheidung zwischen den Modellen der Reaktion auf die gesellschaftlichen Konflikte, siehe Zaffaroni/Batista/Slokar/Alagia (Fn. 2), S. 383 ff.

⁷ Bueno Arús, La Ciencia del Derecho Penal: Un modelo de Inseguridad Jurídica, 2005, S. 189 f.

⁸ v. Hippel, Die geschichtliche Entwicklung der Freiheitsstrafe, 1928, S. 1.

der Freiheitsentziehung als strafrechtliches Sanktionsinstrument in Brasilien beschränken.

II. Ein Überblick über die Geschichte der brasilianischen Strafanstalten

Im Allgemeinen kann man sagen, dass die Geschichte der Gefängnisse in Brasilien im 19. Jahrhundert begann und ihren Ausgangspunkt in Brasilien damit beinahe noch vor Portugal nahm. Der portugiesische Liberalismus hatte als historisches Merkmal die Revolution von Porto im Jahr 1820. Die liberale portugiesische Bewegung erreichte die Gefängnisreform erst im Jahr 1936, d.h. die Festigung der Freiheitsstrafe geschah im 19. und 20. Jahrhundert.⁹ Die Freiheitsstrafe wurde erst nach dem 18. Jahrhundert als die echte Strafe erfasst.¹⁰ Gesetzlich wurde die Freiheitsstrafe als Hauptstrafe durch das portugiesische Strafgesetzbuch von 1852 anerkannt, aber diese Gesetzänderung schlug sich nicht unmittelbar im portugiesischen Strafvollzugssystem nieder.¹¹

In Brasilien wurde ebenfalls erst ab dem 19. Jahrhundert der Freiheitsentzug zur Hauptform der Strafe.¹² Bis dahin war das Strafsystem grundsätzlich privat und körperlich organisiert. Das koloniale Strafsystem war geprägt durch öffentlich vollstreckte Strafen: Herren züchtigten ihre Sklaven körperlich, Todesstrafen wurden mit dem Galgen vollstreckt, es gab Verurteilungen zum Dienst auf Galeeren,¹³ Exil¹⁴ und die Auferlegung von Zwangsarbeit.

Die Filipinischen Ordnungen von 1603¹⁵ nannten die portugiesischen Kolonien insgesamt ein „Gefängnis der Exilanten“. Trotzdem findet man Gefängnisse mit „Mauern“ schon zu Beginn der brasilianischen Geschichte. Zur Vollstreckung dienten Festungen,¹⁶ Kasernen,¹⁷ Inseln,¹⁸ Schiffe¹⁹ und kirchliche Gefängnisse.²⁰ Im Jahr 1672 wurde die erste Strafvollzugsanstalt im Zentrum der Stadt Rio de Janeiro gegründet, die „Cadeia Velha“²¹ genannt wurde. Zwischen 1735 und 1740 wurde mit der „Prisão Aljube“ eine neue Strafanstalt gebaut, die ein kirchliches Gefängnis war. Die Strafvollzugsanstalt „Cadeia Velha“ blieb bis zum Jahr 1808 in Betrieb, als das portugiesische Königshaus nach Brasilien kam und die „Cadeia Velha“ in ein Gasthaus verwandelt wurde, weil Beherbergungsmöglichkeiten in Rio de Janeiro für die neuen Einwohner

gebraucht wurden. Deshalb mussten die Gefangenen in der „Prisão Aljube“ untergebracht werden, die ab dann nicht mehr kirchlich war. Um 1830 schrieben die Stadträte von Rio de Janeiro einen Bericht, in dem die Unterbringung von mehr als 390 Gefangenen registriert wurde. Allerdings war das Zuchthaus von Aljube nur auf 20 Gefangene ausgelegt;²² die Überbelegung war offensichtlich. In der Zeit nach 1808 baute die portugiesische Krone neue Strafanstalten in Rio de Janeiro, jedoch brachten die neuen Bauten keine Lösung des Überfüllungsproblems. 1850 gab es mehr als 30 Strafvollzugsanstalten und Sklaven durften ihre Strafe nicht mehr in kirchlichen Gefängnissen verbüßen, sondern nur noch in den zivilen und militärischen Strafanstalten.²³ In diesem Zeitraum waren die wichtigsten Gefängnisse in Rio de Janeiro „Corte“, „Ilha de Santa Bárbara“, „Ilha das Cobras“, „Calabouço“ und „Aljube“. Im Allgemeinen war die bauliche Situation schlecht, Gefängnisse verfügten über kein Licht, waren schlecht durchlüftet und bargen Gesundheitsgefahren.²⁴ Diese Strafanstalten besaßen keinen Strafzweck, da sie nur für die Vergeltung konzipiert wurden und die Resozialisierung der Straftäter nicht förderten.

Ein Novum war die „Casa de Correção“,²⁵ das vom britischen Konzept von Strafvollzugsanstalten inspiriert wurde. Sie wurde 1850 mit dem Ziel gegründet, aufständische Sklaven, freie Männer und Bettler zum Arbeiten zu erziehen und dadurch ihrer Sozialschädlichkeit zu begegnen. Roig erinnert daran, dass diese Einrichtung die Moralität und die Gewohnheiten derjenigen Menschen bessern sollte, die dem Müßiggang, dem Laster und dem Elend ergeben waren, indem ihnen Arbeit ermöglicht wurde. Die „Casa de Correção“ ist damit der Beginn der modernen Strafvollzugsanstalt in Brasilien.²⁶ Mit denselben Zielen wurde 1861 das „Instituto de Menores Artistas“²⁷ innerhalb der „Casa de Correção“ gegründet. So gut diese Entwicklung in der Theorie klingen mag, ist doch anzumerken, dass die Realität eine andere war. Die brasilianische Gefängnisreformbewegung scheiterte, da die Strafanstalten letztlich doch nichts anderes als „Ker-

⁹ Gomes, Revista de História de las Prisiones, 4, 2017, S. 114.

¹⁰ Alves, Punir e Humanizar o Direito Penal Setecentista, 2014, S. 250 ff.

¹¹ Romão, Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal, 2015, S. 496, S. 552.

¹² Roig, Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil, 2005, S. 28 ff.

¹³ Nach Art. 44 des brasilianischen „Código Criminal do Império“ von 1830, war die Galeere eine Strafe, bei der die Angeklagten mit einem Eisenring am Knöchel liefen, der an einer um den Bauch gelegenen Kette verbunden war und in öffentlichen Arbeiten in den Provinzen schufteten, in denen das Verbrechen begangen wurde.

¹⁴ Dazu gab es zwei verschiedene Formen: „Desterro“ und „Degredo“. Art. 52 des brasilianischen „Código Criminal do Império“ von 1830 sah „Desterro“ vor: Der Verurteilte musste den Ort des Verbrechens verlassen, ohne in seinen Wohnsitz oder die Residenz der Verletzten während der Zeit des Strafvollzuges betreten zu dürfen. Auf der anderen Seite schrieb der Art. 51 vor, dass „Degredo“ die Strafe war, die den Verurteilten aus seinem Wohnort vertrieb und den genauen Ort und Zeitraum des Strafvollzuges bestimmte.

¹⁵ „Ordenações Filipinas“.

¹⁶ Z.B. Fortaleza da Lage, Fortaleza de São João e Fortaleza de Santa Cruz.

¹⁷ Z.B. Quartel do Campo da Honra e Quartel dos Badornos.

¹⁸ Z.B. Ilha das Cobras, Ilha de Santa Bárbara und Ilha de Fernando de Noronha.

¹⁹ Z.B. Nau Pedro I und Nau Príncipe Real.

²⁰ Z.B. Convento de Santo Antônio, Convento de São Bento und Convento do Carmo.

²¹ Auf Deutsch „altes Gefängnis“.

²² Über diesen Teil der Geschichte von Rio de Janeiro siehe: Araiújo, in: Maia/Sá Neto/Costa/Bretas, História das Prisões no Brasil, 1. Bd, 2009, S. 234 ff.

²³ Karasch, A Vida dos Escravos no Rio de Janeiro 1808-1850, 2000, S. 22.

²⁴ Roig, (Fn. 12), S. 28 ff.

²⁵ Auf Deutsch „Haus der Korrektur“.

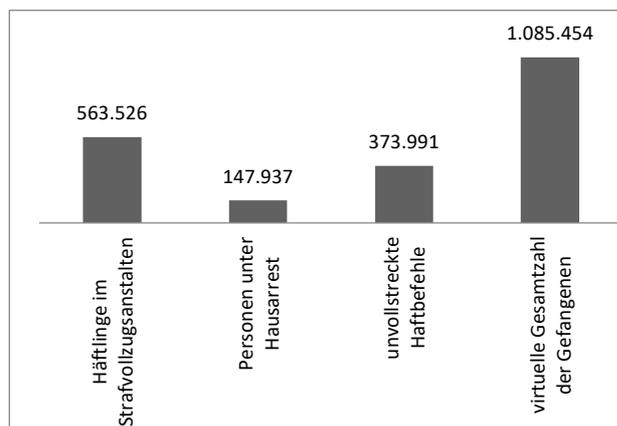
²⁶ Roig, (Fn. 12), S. 42.

²⁷ In diesen Abteilungen sollten die von der Polizei verhafteten, die von ihren Eltern verlassenen Kinder und Jugendlichen sowie Waisen unterkommen, damit diese eine „richtige und angemessene Erziehung“ erhalten konnten.

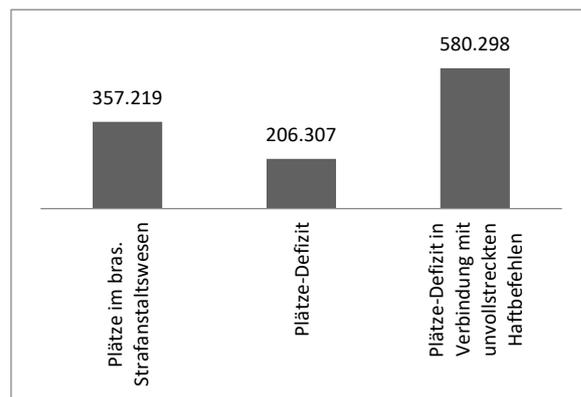
ker“ waren, in denen die Gefangenen nicht gebessert werden konnten, sondern häufig starben. Wie *Bretas*²⁸ berichtet, sind die Statistiken der „*Casa de Correção*“ eindeutig: 245 der 1099 Gefangenen, die zwischen Juni 1850 und Dezember 1869 eingeliefert wurden, starben im Gefängnis. Wenn man diejenigen herausrechnet, die zu weniger als zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurden, ergeben sich 236 Todesfälle unter 656 Gefangenen (36%). Noch deutlicher wird es bei denjenigen, die zu mehr als zehn Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden sind; hier liegt die Sterberate bei über 50%: von 32 Gefangenen, die zu mehr als 20 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurden, starben 27.

III. Die heutigen brasilianischen Strafvollzugsanstalten

Die heutigen brasilianischen Strafvollzugsanstalten gleichen immer noch eher „Kerkern“. Aus seiner Geschichte hat Brasilien wenig gelernt, werden die gleichen Fehler doch weiterhin begangen. Das brasilianische Gefängnisbild ist so dramatisch, dass vorläufige Maßnahmen gegen Brasilien vom interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte²⁹ festgesetzt wurden. Die erste nationale Statistik des „*Conselho Nacional de Justiça*“ (CNJ)³⁰ stammt aus Juni 2014. Sie zeigte, dass Brasilien in der Gesamtzahl der Personen mit eingeschränkter Freiheit Russland überholt und mit insgesamt 711.463 Menschen, deren Freiheit eingeschränkt wurde, weltweit den dritten Platz belegt.³¹ Allerdings sind von insgesamt 711.463 Häftlingen in Brasilien nur 563.526 in Strafvollzugsanstalten untergebracht, während 147.937 unter Hausarrest stehen. Zudem gab es in dieser Zeit 373.991 unvollstreckte Haftbefehle. Daraus ergibt sich faktisch eine Gesamtzahl von sogar 1.085.454 Gefangenen.



Diese Zahlen sind für sich genommen schon erschreckend und sie werden noch besorgniserregender, wenn man sie mit den Belegungsgrenzen des brasilianischen Strafanstaltswesens vergleicht. Im Jahr 2014 konnte das brasilianische Strafanstaltswesen höchstens 357.219 Gefangene aufnehmen, was bedeutet, dass es ein Defizit von 206.307 Plätzen gab. Dieses Defizit verdoppelte sich beinahe, wenn man unvollstreckte Haftbefehle hinzurechnet; würden die offenen Haftbefehle ebenfalls vollstreckt, stiege das Defizit im brasilianischen Strafvollzug auf 580.298 Plätze.



Es sei angemerkt, dass der DEPEN³² im Juni 2014 einen Bericht³³ mit anderen Zahlen veröffentlichte. In diesem Bericht gab es folgende Angaben: die Gesamtzahl der Gefangenen betrage 607.731, davon seien 579.423 in Strafvollzugsanstalten und 27.950 in Polizeistationen inhaftiert. In Strafvollzugsanstalten des Bundes waren nur 358 Personen inhaftiert, da die Bundesgefängnisse als „*Supermax Prison*“³⁴ fungierten, weshalb dort nur die gefährlichsten Gefangenen untergebracht werden. Jedoch verfügen brasilianische Vollzugsanstalten nur über 376.669 Plätze; folglich gab es ein Defizit von 231.062 Plätzen oder eine Überbelegung von 61%. Die Gefangenenquote je 100.000 Einwohner betrug im Juni 2014 in Brasilien circa 299,7.

²⁸ *Bretas*, In: Maia/Sá Neto/Costa/Bretas, *História das Prisões no Brasil*, 2. Bd, 2009, S. 189.

²⁹ „Corte Interamericana de Derechos Humanos“; siehe dazu unten.

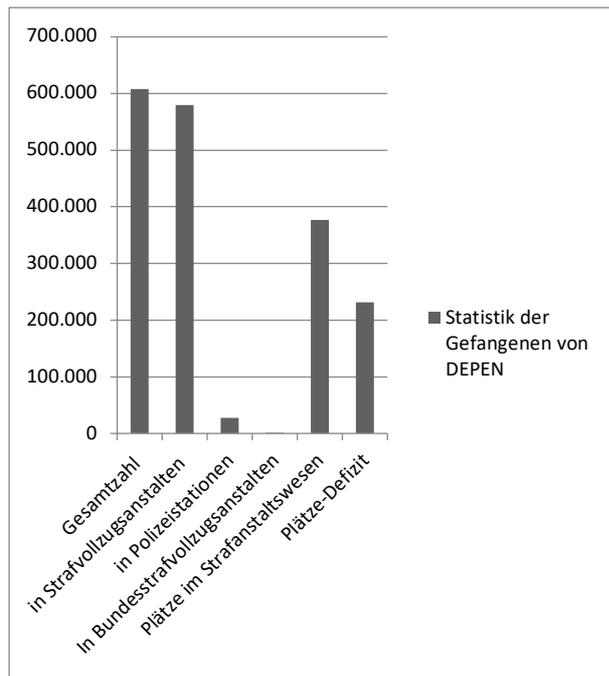
³⁰ „Conselho Nacional de Justiça“ bedeutet Nationaler Justizrat, der sich mit der Kontrolle des brasilianischen Justizsystems beschäftigt. Siehe „Novo Diagnóstico de Pessoas Presas do Brasil“ aus Juni 2014; CNJ, abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.7.2017).

³¹ Zu Vergleichszwecken wurden die folgenden Zahlen von Gefangenen als Grundlage herangezogen: 2.228.424 in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1.701.344 in China, 711.463 in Brasilien und 676.400 in Russland. Siehe die Vergleichstabelle: CNJ, abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.7.2017).

³² „Departamento Nacional de Justiça“ – DEPEN bedeutet Nationale Strafvollzugsabteilung, die ein Organ des Justizministeriums ist.

³³ *DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014*, Brasília: Ministério da Justiça, 2015, S. 9 ff.

³⁴ Rede der Pressestelle der Bundesregierung: „die so genannten Supermax sind Gebäude, die weitgehend vom amerikanischen Modell inspiriert wurden, mit der intensiven Nutzung von Überwachungsgeräten und individuellen Zellen, als die Säulen des Gefängnisystems“. *Portal-Brasil*: abrufbar unter: <http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2012/04/conheca-as-estruturas-dos-quatro-presidios-federais> (zuletzt abgerufen am: 2.10.2017).



Diese im Jahr 2014 erhobenen Daten sind methodologisch nicht unproblematisch. Wie der DEPEN-Bericht selbst zugibt, gab es ernste Schwierigkeiten bei der Erhebung von Daten im Bundesstaat São Paulo, in dem sich ein Drittel der brasilianischen Gefängnisbevölkerung befindet. Anzumerken ist ferner, dass die vom CNJ zugrunde gelegte Methodik nicht beschrieben wird und es Probleme bei der Datenerhebung gab. Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass der CNJ die Gefangenen unter Hausarrest der Gesamtzahl hinzurechnet, der DEPEN-Bericht hingegen nicht.

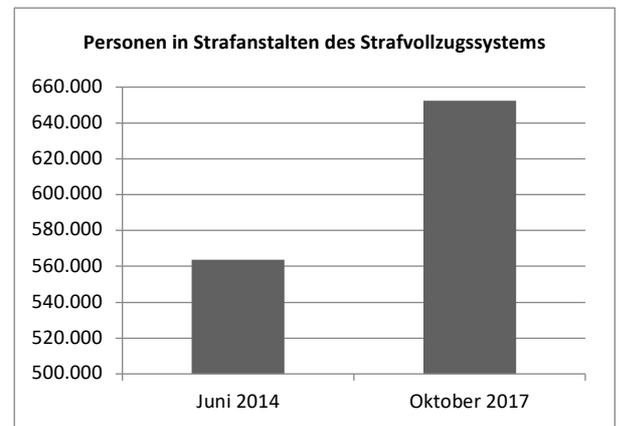
Heutzutage stellt der CNJ die Daten des ganzen³⁵ brasilianischen Strafanstaltswesens auf seiner „Geopresídios“-Website zur Verfügung. Diese Daten kommen aus dem Monatsbericht des Nationalen Registers (*Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais*, CNIPE). Drei Jahre nach der ersten Untersuchung kann man keine Verbesserung feststellen, sondern eine Verschlechterung, da die Bedingungen des nationalen Strafanstaltswesens sich insgesamt in den letzten drei Jahren noch weiter verschlechtert haben. Nach dem CNJ-Online-Bericht vom 4.10.2017³⁶ sind 652.282 Personen inhaftiert. Diese Zahl enthält nicht die insgesamt 3.452 Personen, die aus präventiven Gründen³⁷ untergebracht wurden.

³⁵ Die Anzahl der Gefangenen in den Polizeistationen ist von dem CNJ nur teilweise berechnet, weil viele Bundesstaaten nicht dem CNJ meldeten, wie viele Gefangene in ihren Polizeistationen sind.

³⁶ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php (zuletzt abgerufen am: 4.10.2017).

³⁷ In Brasilien soll ein Straftäter in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden, wenn er älter als 18 Jahre, aber wegen psychischen Störungen nicht zurechnungsfähig ist.

Wenn man die beiden Statistiken des CNJ vergleicht, entdeckt man große Diskrepanzen zwischen ihnen. In der ersten Statistik aus Juni 2014 gab es 563.526 Personen in Strafanstalten des Strafvollzugssystems. Die neueste Statistik zeigt eine rasante Steigerung in den Gefangenenzahlen.³⁸ Derzeit sind in Brasilien 652.218 Personen inhaftiert, was eine Zunahme um 88.692 Personen in einem Zeitraum von drei Jahren bedeutet.



Natürlich benötigt das brasilianische Strafvollzugssystem bei einem solchen Anstieg zunehmend mehr Mittel aus dem Staatshaushalt. Gefangene sind in insgesamt 2.604 Strafvollzugseinrichtungen und Polizeistationen untergebracht. Zu dieser Zahl muss man vier Bundesstrafvollzugsanstalten hinzurechnen. Diese Verteilung zeigt, dass fast alle Kosten³⁹ des Strafvollzugs von den Bundesstaaten getragen werden und der Bund nur einen zu vernachlässigenden Teil der Kosten trägt. Jedoch ist die Erhebung der Bundessteuern und Bundesbeiträge viel höher als die der Bundesstaaten. Deshalb gibt es ein Ungleichgewicht in der Verteilung der Kosten für die Aufrechterhaltung des Strafvollzugssystems, so dass es unmöglich geworden ist, die Vollzugsbedingungen zu verbessern.

IV. Die heutigen Alternativen für ein Strafvollzugssystem außerhalb der Strafvollzugsanstalten

Angesichts dieser Krise der brasilianischen Strafvollzugsanstalten wurden in den letzten Jahrzehnten vom Gesetzgeber neue Lösungen außerhalb unserer Gefängnisse erdacht. Der erste Lösungsansatz tauchte im Jahr 1984 im neuen Allgemeinen Teil des brasilianischen Strafgesetzbuches auf.⁴⁰ Dieser handelt von Strafen, die die Rechte der Verurteilten beschränken ohne eine Freiheitsstrafe zu

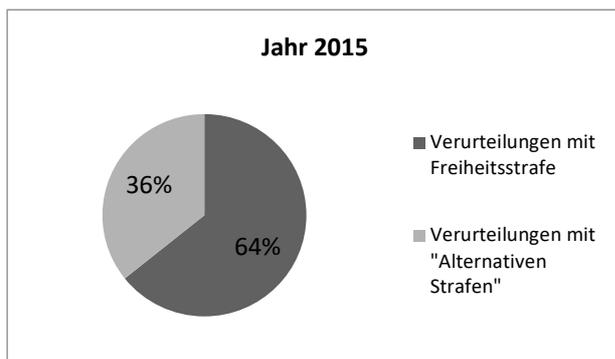
³⁸ Diese Erhöhung ist ein Zeichen der riesigen Menge von Strafverfahren in der brasilianischen Strafrecht. Der Bericht „*Relatório Justiça em Números 2017*“ des CNJ zeigt die folgenden Zahlen: Im Jahr 2016 wurden circa neue 2,5 Millionen Strafverfahren begonnen, circa 2,8 Millionen Strafverfahren abgeschlossen und circa 6,5 Millionen Strafverfahren laufen derzeit noch; abrufbar unter: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf> (zuletzt abgerufen am: 26.10.2017).

³⁹ Der CNJ berichtet, dass die Bundesstaaten im Jahr 2016 für 92,8% der Strafverfahren in Brasilien verantwortlich waren; abrufbar unter: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf> (zuletzt abgerufen am: 26.10.2017).

⁴⁰ „Código Penal“.

sein. Sie wurden im Gesetz als „*Penas Restritivas de Direitos*“ („*Rechte einschränkende Strafen*“) genannt, in der Rechtswissenschaft ist die Bezeichnung „Alternative Strafen“ üblich. Es ist wichtig zu betonen, dass sie keine Nebenstrafen sind. Ihre Funktion besteht darin, die Freiheitsstrafe zu ersetzen. Wo es eine „*Pena Restritiva de Direito*“ gibt, gibt es keine Freiheitsstrafe und umgekehrt. Von 1984 bis 1998 waren nur zwei Arten von Strafen vorgesehen. Nach der Gesetzesänderung im Jahr 1998 wurde die Liste um sechs weitere Straforten erweitert. Trotzdem arbeitet die Rechtsprechung meistens mit vier Arten von Strafen: Bereitstellung von Dienstleistungen für die Gemeinschaft oder öffentliche Einrichtungen,⁴¹ Geldstrafen,⁴² vorübergehendes Verbot der Ausübung bestimmter Rechte⁴³ und die Einziehung.

Der CNJ überwacht die „Alternativen Strafen“ nicht in Echtzeit, weswegen es zu diesen keine offiziellen und zuverlässigen Statistiken gibt. Es gibt jedoch Anhaltspunkte, die einen gewissen Überblick geben. Eine Statistik des CNJ⁴⁴ aus dem Jahr 2015 zeigt, dass mehr als 156.285 Personen Strafen außerhalb der brasilianischen Haftanstalten verbüßten.



Gewiss stieg diese Anzahl in den letzten zwei Jahren an; der Bericht „*Relatório Justiça em Números 2017*“⁴⁵ des CNJ zeigt, dass es im Jahre 2016 599.395 laufende Vollstreckungen von „Alternativen Strafen“ gab. Davon waren 171.878 im Jahre 2016 Neuverfahren. Um ein vollständigeres Bild zu erhalten, wäre es wünschenswert, der

CNJ veröffentlichte auch die Zahl der Verurteilten, deren Strafe bzw. Strafreise bei zeitiger Freiheitsstrafe ausgesetzt wurde.⁴⁶



Eine Alternative, die in Brasilien heutzutage zunehmend benutzt wird, besteht im Hausarrest, der die Untersuchungshaft ersetzt oder – wie die Aussetzung des Strafrestes bei zeitiger Freiheitsstrafe – die Freilassung der Verurteilten aus Gefängnissen vorwegnimmt. Der CNJ hat nur teilweise Daten zur Anzahl der Personen die unter Hausarrest stehen zur Verfügung; die erhobenen Daten reichen aber aus, um sich ein klares Bild über dessen rechtstatsächliche Bedeutung zu machen. Nur ein Teil der Bundesstaaten erfasst Daten zum Hausarrest. Die Datenerfassung vom CNJ wird immer noch mit den Bundesstaaten strukturiert. Trotzdem lässt sich auf der Grundlage der vorliegenden Daten die Zahl abschätzen. Die höchsten Zahlen weist der Bundesstaat Minas Gerais mit 143.314,⁴⁷ der Bundesstaat Santa Catarina mit 42.811,⁴⁸ der Bundesstaat São Paulo mit 37.541,⁴⁹ der Bundesstaat Mato Grosso do Sul mit 12.854,⁵⁰ der Bundesstaat Rio Grande do Sul mit 11.848⁵¹ und der Bundesstaat Paraná mit 10.634⁵² auf. Allein diese sechs Bundesstaaten kommen auf 259.002 Personen, die unter Hausarrest stehen.

⁴¹ „Prestação de Serviços a Comunidade ou a Entidades Públicas“. Diese Strafe kann die Verurteilten nicht daran hindern, einer bezahlten Beschäftigung nachzugehen. Deshalb beschränkt sie sich normalerweise auf acht Stunden pro Woche.

⁴² Laut dem brasilianischen Strafgesetzbuch kann die Geldstrafe auch eine Nebenstrafe sein, aber auch eine Strafe mit Autonomie, d.h. die keine Beziehung mit der Freiheitsstrafe hat.

⁴³ Diese Strafe sieht aus wie die Nebenstrafe und die Nebenfolgen des § 44, § 45 und §45a StGB.

⁴⁴ Abrufbar unter: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84293-juizes-de-10-estados-priorizam-penas-alternativas-em-relacao-a-prisao> (zuletzt abgerufen am: 16.10.2017).

⁴⁵ Abrufbar unter: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf> (zuletzt abgerufen am: 26.10.2017)

⁴⁶ Die deutsche Strafaussetzung und Aussetzung des Strafrestes bei zeitiger Freiheitsstrafe entsprechen der brasilianischen „*suspensão condicional da pena*“ beziehungsweise „*livramento condicional*“. Das brasilianische Gesetz sieht die „*suspensão condicional do processo*“ und die „*transação penal*“ als verschiedene Formen der Aussetzung des Strafverfahrens vor, die eine modifizierte Art von *plea bargain* verstanden werden können. Der entscheidende Unterschied ist, dass im brasilianischen Modell die Angeklagten ihre Schuld nicht annehmen müssen.

⁴⁷ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=18&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

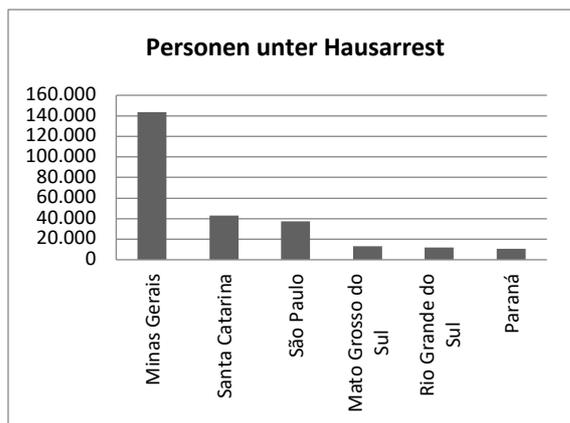
⁴⁸ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=31&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

⁴⁹ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=33&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

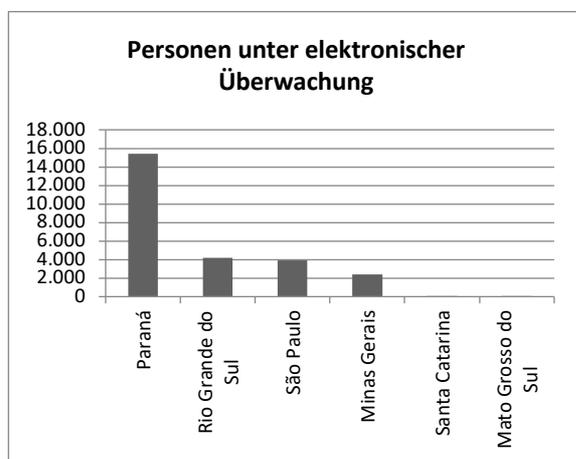
⁵⁰ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=19&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

⁵¹ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=30&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

⁵² Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=25&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).



Ein Novum in dem brasilianischen Strafvollzugssystem ist die Überwachung mit elektronischen Fußfesseln. Auch hier ist die Datenlage nicht gut, da z.B. der Bundesstaat Rio de Janeiro die Anzahl der Personen, die unter Hausarrest stehen, nicht mitteilt; auch der CNJ gibt die Anzahl der elektronischen überwachten Straftäter nicht wieder. Über die Anzahl der Gefangenen, die mit *elektronischen Fußfesseln überwacht werden*, kann man sich ein Bild anhand der Zahlen aus folgenden Bundesstaaten machen: Paraná hat 15.429⁵³, Rio Grande do Sul 4.186⁵⁴, São Paulo 3.880⁵⁵, Minas Gerais 2.414⁵⁶, Santa Catarina 46⁵⁷ und Mato Grosso do Sul 32⁵⁸ Personen unter elektronischer Überwachung. Zusammen ergibt dies in den genannten sechs Bundesstaaten eine Zahl von 25.987 Personen, die mit elektronischen Fußfesseln *überwacht werden*.⁵⁹



⁵³ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=25&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

⁵⁴ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=30&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

⁵⁵ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=33&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

⁵⁶ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=18&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

⁵⁷ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=31&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

⁵⁸ Abrufbar unter: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=19&tipoVisao=presos (zuletzt abgerufen am: 30.10.2017).

V. Resolutionen des interamerikanischen Gerichtshofes für Menschenrechte

Die Unfähigkeit der brasilianischen Strafvollzugsanstalten, die Unzahl der Gefangenen angemessen unterzubringen, wurde auch vom interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte in mehreren Resolutionen gerügt. Die letzte Resolution⁶⁰ gegen Brasilien erging am 31.8.2017. Dabei ging es um Probleme einer Strafvollzugsanstalt in Rio de Janeiro („*Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*“). Die Resolution war bereits die zweite in dieser Sache. Die erste Resolution⁶¹ erging bereits am 13.2.2017. Beide Resolutionen setzen vorläufige Maßnahmen gegen Brasilien fest. Dadurch steht Brasilien bis jetzt unter Überwachung. Ausgangspunkt des Verfahrens war die Beschwerde der Verteidigungsstaatsanwaltschaft⁶² des Bundesstaats Rio de Janeiro. Der *interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte* fordert den brasilianischen Staat auf, unverzüglich alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um das Leben und die persönliche Unversehrtheit aller Personen, die in der Strafanstalt „*Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*“ untergebracht sind, wirksam zu schützen. Daneben soll Brasilien über die ergriffene Maßnahme zur Lösung der Probleme der Überbelegung im Strafvollzug regelmäßig der Verteidigungsstaatsanwaltschaft und dem *interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte* berichten. Daneben beschloss der Gerichtshof, eine Delegation zur Durchführung einer Vor-Ort-Inspektion zu entsenden.

Der Fall des „*Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*“ war nicht der erste. Brasilien hatte in den letzten Jahren noch weitere nur wenig rühmliche Fälle vor dem *interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte* zu beklagen. Das erste Verfahren gegen Brasilien war der „*Case of Urso*“

⁵⁹ Wenn man bedenkt, dass es 26 Bundesstaaten und einen Bundesdistrikt in Brasilien gibt, erkennt man die Größe des brasilianischen Strafvollzugsystems, das mit dem der Vereinigten Staaten vergleichbar ist. Eine zu große Ähnlichkeit zu den USA zu unterstellen, wäre jedoch ein Fehler, besonders aufgrund der in Brasilien schwächeren Wirtschaft. In den letzten zwei Jahrzehnten nahm die Zahl der Begnadigungen durch den Präsidenten der brasilianischen Republik zu. Die rechtstatsächliche Bedeutung der Begnadigung⁵⁹ nahm durch die Lockerung ihrer Voraussetzungen zu. Beispielsweise nahm die Häufigkeit von Begnadigungen im Bundesstaat Rio de Janeiro zwischen 2005 bis 2011 um mehr als 389% zu. Dazu *Ferreira, Indulto e Sistema Penal – Limites, Finalidades e Propostas*, 2017, S. 149 ff.; Zum Begriff der Begnadigung, siehe: *Dimoulis, Die Begnadigung in vergleichender Perspektive – Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*, 1996, S.24 ff.

⁶⁰ Abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_02.pdf (zuletzt abgerufen am: 3.11.2017).

⁶¹ Abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01.pdf (zuletzt abgerufen am: 3.11.2017).

⁶² Siehe *Tavares Lobato, ZStW*, 129(2), 2017, S. 578 ff.

Branco Prison“.⁶³ Diese Resolution hatte den Mord an 27 Gefangenen während eines Aufstands in der Strafanstalt „*Urso Branco*“ zum Gegenstand. Die erste Gegenmaßnahme des Gerichtshofes sah vor, dass der brasilianische Staat die Waffen, die in den Händen der Insassen waren, beschlagnahmen sollte.⁶⁴ Ein Bericht⁶⁵ der Erzdiözese der katholischen Kirche in der Stadt Porto Velho und der Nichtregierungsorganisation „*Justiça Global*“ meldeten fast 100 Tötungen von 2002 bis 2007 in der Strafanstalt „*Urso Branco*“. Obwohl dieser Fall mehr als dramatisch war, lernte Brasilien aus ihm anscheinend nichts. Die anderen vom Gericht analysierten Beschwerden sind die folgenden⁶⁶: „Matter of children and teenagers deprived of Liberty in the Complexo do Tatuapé of FEBEM regarding Brazil“⁶⁷, „Matter of the persons imprisoned in the Dr. Sebastião Martins Silveira Penitentiary in Araraquara, São Paulo regarding Brazil“⁶⁸, „Matter of the Socio-Educational Interment Facility regarding Brazil“⁶⁹, „Matter of the Penitentiary Complex of Curado regarding Brazil“⁷⁰ und „Matter of the Penitentiary Complex of Pedrinhas regarding Brazil“⁷¹. Wie man auf der Webseite des *interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte* nachlesen kann, sind einige dieser Verfahren immer noch

nicht abgeschlossen. Leider konnte das brasilianische Strafvollzugssystem die von den Menschenrechtskonventionen festgelegten Mindeststandards bislang nicht erfüllen.

VI. Fazit

Schon ein Blick in die brasilianische Geschichte zeigt ein Strafvollzugssystem, das von Gewalt dominiert ist. Die Missachtung der Menschenrechte konnte auch in dem letzten Jahrhundert nicht überwunden werden. Die brasilianische Strafjustiz und der Gesetzgeber ignorieren die Kritiker, die eine „*ewige Krise des Strafvollzugsystems*“ anprangern. Die Kriminalpolitik unserer Tage besteht in Brasilien in einer nicht beherrschbaren Erhöhung der Zahl an Gefangenen und Personen, die unter Kontrolle der Strafjustiz stehen. Das Geld im Staatshaushalt, um dieser Entwicklung Herr zu werden, steht offensichtlich nicht zur Verfügung. Unglücklicherweise kann man daher keine oder fast keine Verbesserung der Vollzugsbedingungen feststellen.

⁶³ Abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/ursobranco_se_01_ing.pdf (zuletzt abgerufen am: 3.11.2017).

⁶⁴ „1. To order the State to adopt all necessary measures to protect the lives and personal safety of all persons detained at the Urso Branco Prison, including that of seizing all weapons that are in the hands of inmates“: a.a.O., S.6.

⁶⁵ Bericht „Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie“. Abrufbar unter: http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relatorio_Presidio_Urso_Branco-a_institucionalizacao_da_barbarie_2007.pdf (zuletzt abgerufen am: 3.11.2017).

⁶⁶ Siehe die ganze Liste der Resolutionen und Vorsichtsmaßnahmen des *interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte* gegen Brasilien unter: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en> (zuletzt abgerufen am: 3.11.2017). Diese Beschwerden wurden nicht in Fälle umgewandelt. Deshalb gibt es in diesen Verfahren Resolutionen mit Maßnahmen und nicht Verurteilungen gegen Brasilien.

⁶⁷ Abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_01_ing.pdf (zuletzt abgerufen am: 3.11.2017).

⁶⁸ Abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_01_ing.pdf (zuletzt abgerufen am: 3.11.2017).

⁶⁹ Abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_01_ing.pdf (zuletzt abgerufen am: 3.11.2017).

⁷⁰ Abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_ing.pdf (zuletzt abgerufen am: 3.11.2017).

⁷¹ Abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_ing.pdf (zuletzt abgerufen am: 3.11.2017).

ENTSCHEIDUNGEN

Zur Bedeutung der Eigengefährdung für das Vorliegen von bedingtem Tötungsvorsatz bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr

BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 – LG Berlin

1. Zur Bedeutung der Eigengefährdung für das Vorliegen von bedingtem Tötungsvorsatz bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr (amtl. Ls.).

2. Bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, kann eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraut hat. Dementsprechend muss sich der Tatrichter beim Vorliegen einer solchen Konstellation einzelfallbezogen damit auseinandersetzen, ob und in welchem Umfang aus Sicht des Täters aufgrund seines Verhaltens eine Gefahr (auch) für seine eigene körperliche Integrität drohte (Ls. der Schriftlg.).

1 Gründe:

Das LG hat die Angeklagten jeweils wegen Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Zudem hat es den Angeklagten die Fahrerlaubnis entzogen, ihre Führerscheine eingezogen und die Verwaltungsbehörde angewiesen, ihnen lebenslang keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren jeweils auf die Rüge der Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützten Revisionen.

2 I.1. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils befuhren die Angeklagten in der Nacht zum 1.2.2016 gegen 0.30 Uhr mit ihren hochmotorisierten Fahrzeugen den Kurfürstendamm in Berlin in derselben Richtung. Beifahrerin im Fahrzeug des Angeklagten N war die Nebenklägerin K. An der Kreuzung am Adenauerplatz kamen sie bei rotem Ampelsignal nebeneinander zum Stehen.

3 Der Angeklagte H, der die Beifahrerin im Fahrzeug des Angeklagten N wahrnahm, signalisierte durch laute Motorgeräusche, dass er zu einer Wettfahrt bereit sei. Die Angeklagten unterhielten sich kurz und verabredeten durch Gesten und das Spiel mit dem Gaspedal spontan ein Autorennen entlang des Kurfürstendamms und der Tauentzienstraße. Ziel sollte ein Kaufhaus an der Ecke Tauentzienstraße und Nürnberger Straße sein, wobei die Angeklagten bis dorthin elf ampelgeregelter Kreuzungen zu überqueren und eine Strecke von zweieinhalb Kilometern zurückzulegen hatten.

4 Der Angeklagte H fuhr daraufhin „unter Missachtung roter Ampeln“ mit stark überhöhter Geschwindigkeit los, um möglichst schnell und vor dem Angeklagten N das Ziel zu erreichen. Der Angeklagte N nahm, nachdem er zunächst noch an zwei roten Ampeln angehalten hatte, unter deutlicher Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit und ebenfalls „unter Überfahren von roten Ampeln“ die Verfolgung auf, um vor dem Angeklagten H das Ziel zu erreichen. Er holte den Angeklagten H spätestens in Höhe der U-Bahn-Station Uhlandstraße ein. Zwei Fußgängerinnen, die sich auf einer dort gelegenen Mittelinsel des Kurfürstendamms befanden und gerade die Fahrbahn queren wollten, sprangen hinter das Geländer des U-Bahn-Eingangs zurück, um nicht von den Fahrzeugen der Angeklagten erfasst zu werden.

5 Beide Fahrzeuge hatten zu dieser Zeit eine Geschwindigkeit von deutlich über 100 km/h erreicht. Die Kurve am Breitscheidplatz befuhren die Angeklagten im Bereich der Kurvengrenzgeschwindigkeit. Die in der Kurve an der Kreuzung Tauentzienstraße und Rankestraße liegende Lichtzeichenanlage überfuhren beide bei rotem Ampelsignal.

6 Am Kurvenausgang beschleunigte der Angeklagte H sein Fahrzeug, um den nun vor ihm fahrenden Angeklagten N wieder einzuholen, und erreichte hierbei eine Geschwindigkeit von 100 bis 150 km/h. Der Angeklagte N fuhr auf der linken, der Angeklagte H auf der rechten der beiden für den Durchgangsverkehr vorgesehenen Fahrspuren auf die für sie Rotlicht zeigende Ampel an der Kreuzung Tauentzienstraße und Nürnberger Straße zu. Beide Angeklagten fuhren bei rotem Ampelsignal in den Kreuzungsbereich ein, der Angeklagte N mit einem Vorsprung von wenigen Metern und einer Geschwindigkeit von 139 bis 149 km/h, der Angeklagte H mit einer Geschwindigkeit von mindestens 160 bis 170 km/h.

7 „Spätestens jetzt“ war beiden Angeklagten bewusst, dass ein die Nürnberger Straße befahrender, bei grüner Ampelphase berechtigt in die Kreuzung einfahrender Fahrzeugführer und etwaige Mitinsassen bei einer Kollision nicht nur verletzt, sondern mit großer Wahrscheinlichkeit zu Tode kommen würden. Die körperliche Schädigung anderer – auch der Nebenklägerin K als Beifahrerin im Fahrzeug des Angeklagten N – war ihnen gleichgültig; sie überließen es dem Zufall, ob es zu einem Zusammenstoß mit einem oder mehreren Fahrzeugen im Kreuzungsbereich kommen würde. Die Schädigung bzw. den Tod an-

derer Verkehrsteilnehmer sowie im Nahbereich der Kreuzung aufhältiger Personen durch herumfliegende Trümmerteile der beteiligten Fahrzeuge nahmen sie billigend in Kauf.

- 8 In der Kreuzung kollidierte der Angeklagte H – „absolut unfähig noch zu reagieren“ – mit dem Fahrzeug des Geschädigten W, der aus der Nürnberger Straße in Fahrtrichtung der Angeklagten von rechts kommend regelkonform bei grünem Ampelsignal in den Kreuzungsbereich eingefahren war. Das von dem Angeklagten H gesteuerte Fahrzeug drehte sich nach links und kollidierte sodann mit dem neben ihm fahrenden Pkw des Mitangeklagten, bevor es mit einer Geschwindigkeit von 140 km/h gegen eine Hochbeeteinfassung stieß. Auch das von dem Angeklagten N gesteuerte Fahrzeug kollidierte frontal mit einer Hochbeeteinfassung.
- 9 Der Geschädigte W, dessen Fahrzeug durch die Wucht des Aufpralls durch die Luft geschleudert worden war, zog sich schwere Verletzungen zu und verstarb noch am Unfallort. Die Beifahrerin im Fahrzeug des Angeklagten N wurde erheblich verletzt. Der Kopf einer Fußgängerin wurde von vorbeifliegenden Fahrzeugteilen nur um wenige Zentimeter verfehlt. Die Angeklagten wurden leicht verletzt.
- 10 2. Das *LG* hat angenommen, dass sich die Angeklagten – jeweils als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) – wie folgt strafbar gemacht haben: bezüglich des Geschädigten W wegen Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln (§ 211 Abs. 2 StGB); bezüglich der Beifahrerin im Fahrzeug des Angeklagten N wegen gefährlicher Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs sowie mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB); zudem wegen vorsätzlicher Straßenverkehrgefährdung durch Nichtbeachtung der Vorfahrt und durch zu schnelles Fahren an einer Kreuzung gemäß § 315c Abs. 1 Nr. 2 a und d StGB.
- 11 II. Die Rechtsmittel der Angeklagten haben bereits mit der Sachrüge Erfolg, so dass es einer Entscheidung über die erhobenen Verfahrensrügen nicht mehr bedarf. Das Urteil weist in mehrfacher Hinsicht durchgreifende sachlich-rechtliche Mängel auf.
- 12 1. Bereits die Feststellungen tragen nicht die Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts.
- 13 Voraussetzung für die Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat ist nach § 16 Abs. 1 StGB, dass der Täter die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, bei ihrer Begehung kennt. Dementsprechend muss der Vorsatz im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung vorliegen (vgl. *BGH*, Urt. v. 23.10.1985 – 3 StR 300/85, StV 1986, 59; Beschl. v. 7.9.2017 – 2 StR 18/17, NStZ 2018, 27; *Fischer*, StGB, 65. Aufl. [2018], § 15 Rn. 3; *Schneider*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. [2017], § 212 Rn. 5). Fasst der Täter den Vorsatz erst später (*dolus subsequens*), kommt eine Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat nicht in Betracht (vgl. *BGH*, Urt. v. 30.4.1997 – 2 StR

550/96, BGHR StGB, § 15 Vorsatz 5; v. 23.10.1985 – 3 StR 300/85, a.a.O.; Beschl. v. 7.9.2017 – 2 StR 18/17, a.a.O.; v. 14.6.1983 – 4 StR 298/83, NStZ 1983, 452; *Fischer*, a.a.O., § 15 Rn. 3). Aus der Notwendigkeit, dass der Vorsatz bei Begehung der Tat vorliegen muss, folgt, dass sich wegen eines vorsätzlichen Delikts nur strafbar macht, wer ab Entstehen des Tatentschlusses noch eine Handlung vornimmt, die in der vorgestellten oder für möglich gehaltenen Weise den tatbestandlichen Erfolg – bei Tötungsdelikten den Todeserfolg – herbeiführt. Dass dies auf die Tat der Angeklagten zutrifft, lässt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Im Gegenteil:

- 14 Das *LG* hat einen bedingten Tötungsvorsatz erst – wie sich aus der Wendung „Spätestens jetzt (...)“ auf UA 25 ergibt – für den Zeitpunkt festgestellt, als die Angeklagten bei Rotlicht zeigender Ampel in den Bereich der Kreuzung Tauentzienstraße/Nürnberger Straße einfuhren. Aus dieser Feststellung, die auch an anderer Stelle des Urteils keine Modifizierung findet, vielmehr mehrfach bestätigt wird (etwa auf UA 60), folgt zugleich, dass sich das *LG* nicht die Überzeugung verschafft hat, dass die Angeklagten den Tod eines anderen Verkehrsteilnehmers als Folge ihrer Fahrweise schon vor dem Einfahren in den Kreuzungsbereich als möglich erkannten und billigend in Kauf nahmen. Hatten die Angeklagten indes den Tötungsvorsatz erst beim Einfahren in den Kreuzungsbereich gefasst, könnte ihre Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts nach den dargestellten Grundsätzen nur dann Bestand haben, wenn sie nach diesem Zeitpunkt noch eine Handlung vornahmen, die für den tödlichen Unfall ursächlich war, oder eine gebotene Handlung unterließen, bei deren Vornahme der Unfall vermieden worden wäre.
- 15 Feststellungen zu einem solchen unfallursächlichen Verhalten, das vom Tötungsvorsatz der Angeklagten getragen war, hat das *LG* nicht getroffen. Vielmehr hat es sowohl bei der Darstellung des Sachverhalts als auch an weiteren Stellen des Urteils ausgeführt, dass die Angeklagten beim Einfahren in den Kreuzungsbereich bereits keine Möglichkeit zur Vermeidung der Kollision mehr besaßen: So hat es etwa bezüglich des Angeklagten H festgestellt, er sei zu diesem Zeitpunkt „absolut unfähig“ gewesen, „noch zu reagieren“ (UA 26). Auch an anderer Stelle des Urteils hat es darauf verwiesen, „die Angeklagten (hätten) sich durch ihr Verhalten, insbesondere ihre Geschwindigkeit, jeglicher Reaktionsmöglichkeit beraubt“ (UA 58) und „bei Einfahrt in den Kreuzungsbereich“ sei „ein Vermeidungsverhalten (...) auch objektiv nicht mehr möglich“ gewesen (UA 60). Die für den Unfall maßgeblichen Umstände, insbesondere die bereits erreichte Kollisionsgeschwindigkeit sowie das Einfahren in den Kreuzungsbereich trotz roten Ampelsignals, lagen danach bereits vor bzw. waren unumkehrbar in Gang gesetzt, als die Angeklagten – nach den Feststellungen – den Tötungsvorsatz fassten. Ein unfallursächliches Verhalten der Angeklagten, das zeitlich mit der Fassung des Tötungsvorsatzes zusammenfiel oder nachfolgte, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Dass der Tötungsvorsatz ab einem Zeitpunkt vorlag, als die tödliche Kollision bereits nicht mehr zu verhindern war, ist für die Annahme eines vorsätzlichen Tötungsdelikts rechtlich bedeutungslos.

- 16 2. Zudem halten die Beweiserwägungen, mit denen das *LG* einen bedingten Tötungsvorsatz angenommen hat, auch unter Berücksichtigung des eingeschränkten revisionsgerichtlichen Prüfungsumfanges (vgl. *BGH*, Urt. v. 12.1.2017 – 1 StR 360/16, juris Rn. 10; v. 18.9.2008 – 5 StR 224/08, *NStZ* 2009, 401 [403]; v. 20.6.2013 – 4 StR 159/13, juris Rn. 19) rechtlicher Überprüfung nicht stand.
- 17 a) In rechtlicher Hinsicht ist nach ständiger Rechtsprechung bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement) (vgl. *BGH*, Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 172/17, *NStZ* 2018, 37 [38]; v. 8.12.2016 – 1 StR 351/16, *NStZ* 2017, 277 [279]; v. 7.7.2016 – 4 StR 558/15, *BGHR*, *StGB* § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 67; v. 14.8.2014 – 4 StR 163/14, *NJW* 2014, 3382 [3383]; v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, *BGHSt* 57, 183 [186]). Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten (vgl. *BGH*, Urt. v. 14.1.2016 – 4 StR 72/15, *NStZ* 2016, 211 [215]; v. 30.4.2014 – 2 StR 383/13, *StV* 2015, 300 [301]; v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, *BGHSt* 57, 183 [186]; v. 16.10.2008 – 4 StR 369/08, *BGHR*, *StGB* § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 63).
- 18 b) Ob der Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Elemente im Rahmen der Beweiswürdigung umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen (vgl. *BGH*, Urt. v. 7.7.2016 – 4 StR 558/15, a.a.O.; v. 19.4.2016 – 5 StR 498/15, a.a.O.; v. 16.9.2015 – 2 StR 483/14, *NStZ* 2016, 25 [26]).
- 19 Die Prüfung, ob Vorsatz oder (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert insbesondere bei Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht (vgl. *BGH*, Urt. v. 4.1.2016 – 4 StR 84/15, *NStZ-RR* 2016, 79 [80]; v. 18.10.2007 – 3 StR 226/07, *NStZ* 2008, 93 f.; v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, a.a.O., 186 f.). Dabei ist die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes (vgl. *BGH*, Urt. v. 14.1.2016 – 4 StR 84/15, a.a.O., 80; v. 16.5.2013 – 3 StR 45/13, *NStZ-RR* 2013, 242 [243]; *Beschl.* v. 26.4.2016 – 2 StR 484/14, *NStZ* 2017, 22 [23]). Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts sind jedoch keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an (vgl. *BGH*, Urt. v. 15.10.1986 – 2 StR 311/86, *BGHR*, *StGB* § 15 Vorsatz, bedingter 1 – Willenselement; *Beschl.* v. 7.3.2006 – 4 StR 25/06, *NStZ* 2006, 446). Dabei hat der Tatrichter die im Einzelfall in Betracht kommenden, einen Vorsatz in Frage stellenden Umstände in seine Erwägungen einzubeziehen (vgl. *BGH*, Urt. v. 26.11.2014 – 2 StR 54/14, *NStZ* 2015, 516 [517]; *Beschl.* v. 10.7.2007 – 3 StR 233/07, *NStZ-RR* 2007, 307; vom 27.8.2013 – 2 StR 148/13, *NStZ* 2014, 35).
- 20 c) Diesen Anforderungen werden die Beweiserwägungen der *Strafkammer* nicht gerecht, da sich das angefochtene Urteil mit einem wesentlichen vorsatzkritischen Gesichtspunkt, der möglichen Eigengefährdung der Angeklagten im Fall einer Kollision mit einem anderen Fahrzeug, nicht in rechtlich tragfähiger Weise auseinandergesetzt hat.
- 21 aa) In Fällen einer naheliegenden Eigengefährdung des Täters – wie hier – ist von folgenden Grundsätzen auszugehen: Zwar gibt es keine Regel, wonach es einem Tötungsvorsatz entgegensteht, dass mit der Vornahme einer fremdgefährdenden Handlung auch eine Eigengefährdung einhergeht (vgl. *BGH*, Urt. v. 20.6.2000 – 4 StR 162/00, *NStZ* 2000, 583 [584]; v. 20.12.1968 – 4 StR 489/68, *VerKMitt* 1969, Nr. 44). Bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, kann aber eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraut hat (vgl. *BayObLG*, *NJW* 1955, 1448 [1449] für den alkoholisierten Autofahrer; *Roxin*, *AT I*, 4. Aufl. [2006], § 12 Rn. 23 ff.; *ders.*, *FS Rudolphi*, 2004, S. 243 [255]; *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 219; *Jäger*, *JA* 2017, 786 [788]; *Walter*, *NJW* 2017, 1350 f.). Dementsprechend muss sich der Tatrichter beim Vorliegen einer solchen Konstellation einzelfallbezogen damit auseinandersetzen, ob und in welchem Umfang aus Sicht des Täters aufgrund seines Verhaltens eine Gefahr (auch) für seine eigene körperliche Integrität drohte. Hierfür können sich wesentliche Indizien aus den objektiven Tatumständen ergeben, namentlich dem täterseitig genutzten Verkehrsmittel und den konkret drohenden Unfallszenarien. So kann es sich etwa unterschiedlich auf das Vorstellungsbild des Täters zu seiner Eigengefährdung auswirken, ob er sich selbst in einem Pkw oder auf einem Motorrad befindet und ob Kollisionen mit Fußgängern oder Radfahrern oder mit anderen Pkw oder gar Lkw drohen.
- 22 bb) Bei ihrer Würdigung des Geschehens hat die *Strafkammer* dem Gesichtspunkt einer möglichen unfallbedingten Eigengefährdung bereits im Ansatz jegliches Gewicht abgesprochen, indem sie davon ausgegangen ist, dass sich die Angeklagten in ihren Fahrzeugen sicher gefühlt hätten.
- 23 (1) Das *LG* hat die Annahme eines solchen Sicherheitsgefühls der Angeklagten jedoch bereits für sich genommen nicht tragfähig begründet, da es hierbei rechtsfehlerhaft

maßgeblich auf einen nicht existierenden Erfahrungssatz zurückgegriffen hat (vgl. *BGH*, Urt. v. 14.12.1954 – 5 StR 416/54, BGHSt 7, 82 [83]; Beschl. v. 8.9.1999 – 2 StR 369/99, BGHR, StPO § 261 Erfahrungssatz 6; *Meyer-Gößner/Schmitt*, 60. Aufl. [2017], § 337 Rn. 31).

- 24 Das angefochtene Urteil geht von der Hypothese aus, dass mit den Angeklagten vergleichbare Verkehrsteilnehmer regelmäßig kein Eigenrisiko in Rechnung stellten. Hierzu wird ausgeführt, dass „sportlich genutzte Fahrzeuge der in Rede stehenden Art“ ein „besonderes Gefühl der Sicherheit“ vermittelten; „die Fahrer solcher Fahrzeuge“ fühlten sich in ihren „tonnenschweren, stark beschleunigenden und mit umfassender Sicherheitstechnik ausgestatteten Autos geschützt, stark und überlegen wie in einem Panzer oder in einer Burg“ und blendeten „jegliches Risiko für sich selbst“ aus. Einen Erfahrungssatz, nach dem sich ein bestimmter Typ Autofahrer in einer bestimmten Art von Kraftfahrzeug grundsätzlich sicher fühlt und jegliches Risiko für die eigene Unversehrtheit ausblendet, gibt es indes nicht. Ein entsprechendes Vorstellungsbild ist konkret auf die Angeklagten bezogen zudem nicht belegt. Gerade angesichts der vorliegend objektiv drohenden Unfallszenarien – Kollisionen an einer innerstädtischen Kreuzung mit anderen Pkw oder, wie die Urteilsgründe mitteilen, sogar mit Bussen bei mindestens 139 bzw. 160 km/h – versteht sich dies auch nicht von selbst.
- 25 (2) Zudem liegen dem angefochtenen Urteil widersprüchliche Annahmen bezüglich der durch die Angeklagten vorgenommenen Gefahrenschätzung zugrunde. Während die *Strafkammer* einerseits davon ausgeht, dass die Angeklagten sich selbst in ihren Fahrzeugen sicher gefühlt und keinerlei Eigenrisiko in Rechnung gestellt hätten, hat sie andererseits ausgeführt, dass beide Angeklagten mit dem Vorsatz bezüglich einer Körperverletzung der Nebenklägerin K, und zwar einer solchen mittels eines gefährlichen Werkzeugs und mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB), gehandelt bzw. sogar „in Kauf“ genommen hätten, dass sie „tödliche Verletzungen erleiden könnte“ (UA 72). Da sich die Nebenklägerin bei der Tatbegehung auf dem Beifahrersitz neben dem Angeklagten N befand, hat das *LG* bezüglich der Insassen desselben Fahrzeuginnenraums zwei einander widersprechende Gefahrenschätzungen vorgenommen. Die – nicht naheliegende – Annahme, die Angeklagten hätten ihre eigene Gefährdung und die der Nebenklägerin unterschiedlich bewertet, wird von der *Strafkammer* nicht erläutert.
- 26 3. Was den Angeklagten N betrifft, könnte das Urteil im Übrigen schon deshalb keinen Bestand haben, weil die Erwägungen, auf die das *LG* die Annahme stützt, der Angeklagte N habe sich des mittäterschaftlich begangenen Mordes schuldig gemacht, rechtlicher Nachprüfung nicht standhalten. Die vom *LG* vorgenommene Prüfung mittäterschaftlichen Verhaltens greift zu kurz, da die gebotene tatbestandsbezogene Prüfung der Voraussetzungen mittäterschaftlicher Begehung – die hier auf das Vorliegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts gerichtet sein musste – unterblieben ist.
- 27 a) Mittäterschaft im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB setzt einen gemeinsamen Tatentschluss voraus, auf dessen Grundlage jeder Mittäter einen objektiven Tatbeitrag leisten muss (st. Rspr.; vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.9.2017 – 2 StR 161/17, NStZ-RR 2018, 40; v. 4.4.2017 – 3 StR 451/16, juris Rn. 7). Der gemeinsame Tatplan muss nicht ausdrücklich geschlossen sein, vielmehr genügt eine konkludente Übereinkunft; diese kann auch – in Erweiterung des ursprünglichen Tatplans – im Rahmen arbeitsteiliger Tatausführung getroffen werden (*BGH*, Urt. v. 1.12.2011 – 5 StR 360/11, NStZ-RR 2012, 77 [78]; v. 15.1.1991 – 5 StR 492/90, BGHSt 37, 289 [292]; v. 9.3.1994 – 3 StR 711/93, NStZ 1994, 394; Beschl. v. 18.5.1995 – 5 StR 139/95, BGHSt 41, 149 [151]). Bezugspunkt des Tatentschlusses bzw. des Tatplans ist gemäß § 25 Abs. 2 StGB jedoch stets die Straftat. Ein mittäterschaftlich begangenes Tötungsdelikt setzt daher voraus, dass der gemeinsame Tatentschluss auf die Tötung eines Menschen durch arbeitsteiliges Zusammenwirken gerichtet ist. Für die Annahme eines mittäterschaftlich begangenen Tötungsdelikts reicht es deshalb nicht aus, dass sich die Täter lediglich zu einem gemeinsamen Unternehmen entschließen, durch das ein Mensch zu Tode kommt.
- 28 b) Vorliegend fehlt es bereits an der Feststellung eines durch die Angeklagten gefassten gemeinsamen Tatentschlusses, der eine bedingt vorsätzliche Tötung eines anderen Verkehrsteilnehmers umfasste. Festgestellt und belegt hat die *Strafkammer* lediglich, dass sich die Angeklagten bei ihrem Zusammentreffen am Adenauerplatz auf „die Durchführung eines spontanen Autorennens geeinigt“ (UA 47) haben. Ferner hat das *LG* darauf verwiesen, der Angeklagte N habe durch sein Fahrverhalten bei stetig steigender Geschwindigkeit konkludent zum Ausdruck gebracht, dass er mit dem Angeklagten H „ein gemeinsames Rennen fahren und sich auf ein Kräftemessen einlassen“ wollte (UA 49). Aus diesen Ausführungen lässt sich indes lediglich die Verabredung und gemeinsame Durchführung eines illegalen Straßenrennens entnehmen. Weder für den Zeitpunkt der Rennverabredung noch für den nachfolgenden Rennverlauf hat das *LG* eine – zumindest konkludente – Erweiterung des gemeinsamen Tatentschlusses festgestellt und belegt. Vielmehr hat es insoweit nur darauf verwiesen, dass „ein Kräftemessen mittels eines Autorennens/Stechens naturgemäß ein von einer gemeinsamen Tatherrschaft getragenes Verhalten“ (UA 49) darstellt. Die erforderliche Anknüpfung dieser Erwägungen an ein vorsätzliches Tötungsdelikt findet sich im Rahmen der Prüfung der Mittäterschaft nicht. Dass die Angeklagten den Entschluss gefasst hätten, einen anderen durch gemeinschaftliches Verhalten zu töten, lässt sich dem Urteil an keiner Stelle entnehmen.
- 29 III. 1. Die Ausführungen der Revisionsführer zu dem vom *LG* eingeholten verkehrspsychologischen Gutachten geben Anlass zu folgenden Bemerkungen:
- 30 Die Feststellung, ob ein Angeklagter vorsätzlich gehandelt hat, ist Tatfrage und obliegt allein dem Tatrichter (vgl. *BGH*, Urt. v. 3.12.2015 – 4 StR 367/15, NStZ 2016, 668 [669 f.]; v. 16.5.2013 – 3 StR 45/13, NStZ 2013, 581 [583]; v. 13.12.2005 – 1 StR 410/05, NJW 2006, 386 f.;

- Vogel*, in: LK-StGB, 12. Aufl. [2007], § 15 Rn. 63). Diese Prüfung hat stets einzelfallbezogen zu erfolgen und lässt eine generalisierende Betrachtung – etwa in Gestalt von Rechts- oder Erfahrungssätzen, denen zufolge bei einem bestimmten Personenkreis oder einer bestimmten Vorgehensweise grundsätzlich eine vorsätzliche Tatbegehung zu bejahen oder zu verneinen sei – nicht zu (vgl. *BGH*, Urt. v. 3.12.2015 – 4 StR 367/15, a.a.O., 669 f.; Beschl. v. 7.3.2006 – 4 StR 25/06, NStZ 2006, 446; v. 14.1.2003 – 4 StR 526/02, NStZ 2003, 369 [370]; *Vogel*, in: LK-StGB, a.a.O., § 15 Rn. 67; vgl. auch zur geringen Bedeutung allgemeiner statistischer Aussagen im Rahmen von Prognoseentscheidungen *BGH*, Beschl. v. 17.2.2016 – 2 StR 545/15, StV 2016, 720 [722]; v. 30.3.2010 – 3 StR 69/10, NStZ-RR 2010, 203 [204]). Dies gilt auch für den im angefochtenen Urteil und seitens der Revisionen in Bezug genommenen Personenkreis der „Raser“ bzw. „die Angehörigen der Raserszene“; auch dieser Personenkreis ist im Hinblick auf die Frage des Vorliegens oder auch des Fehlens eines (Tötungs-)Vorsatzes einer kategorialen Zuordnung über den Einzelfall hinaus nicht zugänglich.
- 31 2. Sollte der neue Tatrichter wiederum zur Annahme eines vorsätzlichen Tötungsdelikts gelangen, gilt mit Blick auf mögliche Mordmerkmale das Folgende:
- 32 a) Bezüglich des Mordmerkmals der Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels wird eine konsistente Gesamtbewertung der subjektiven Tatseite vorzunehmen sein. Soweit in dem angefochtenen Urteil im Zusammenhang mit dem Tötungsvorsatz ausgeführt wird, mögliche Gedanken der Angeklagten an die Zerstörung der eigenen Fahrzeuge seien im „Adrenalinrausch“ und im „Kick“ des Rennens „untergegangen“, zugleich aber angenommen wird, die Angeklagten hätten die Tötung von Personen durch umherfliegende Trümmerteile der beteiligten Fahrzeuge – also auch des eigenen Fahrzeugs – billigend in Kauf genommen, lässt sich dies nicht ohne Weiteres mit-einander in Einklang bringen.
- 33 b) Gegebenenfalls wird auch das Mordmerkmal der Heimtücke zu erörtern sein, wobei allerdings das hierfür erforderliche Ausnutzungsbewusstsein einer eingehenden Prüfung bedarf (vgl. *BGH*, Urt. v. 15.11.2017 – 5 StR 338/17, NStZ 2018, 97 [98]; v. 29.1.2015 – 4 StR 433/14, NStZ 2015, 392 [393]; v. 11.11.1986 – 1 StR 367/86, BGHR, StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 1; v. 30.1.1990 – 1 StR 688/89, BGHR, StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 11; und v. 25.10.1984 – 4 StR 615/84, NStZ 1985, 216).
- 34 3. Der *Senat* weist darauf hin, dass sich das gesamte Renn-geschehen – entgegen der Auffassung der *Strafkammer* (UA 65) – als eine prozessuale Tat darstellt.
- 35 4. Hinsichtlich der Vorbelastung der Angeklagten mit straßenverkehrsrechtlichen Ordnungswidrigkeiten wird der neue Tatrichter gegebenenfalls Gelegenheit haben, sich mit einer möglichen Tilgungsreife und einer daraus folgenden Unverwertbarkeit einzelner Registereintragungen auseinanderzusetzen. Dabei sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Verwertbarkeit im Urteil so festzustellen, dass eine revisionsrechtliche Überprüfung möglich ist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 19.8.1993 – 4 StR 627/92, NJW 1993, 3081 [3084]; *Koehl*, in: MüKo-StVR, § 29 StVG Rn. 5).
- 36 5. Bei der Bemessung einer möglichen Sperrfrist nach § 69a StGB sind auch die Dauer und die Wirkungen des Strafvollzugs infolge einer Freiheitsstrafe zu berücksichtigen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 8.7.1997 – 4 StR 271/97, NStZ-RR 1997, 331 [332]).

BUCHBESPRECHUNGEN

Jens Puschke: Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2017, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, ISBN: 978-3-16-154710-2, S. 482, Euro 84.

Die Arbeit von *Puschke* wurde im Wintersemester 2014/2015 als Habilitation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg angenommen. Dankenswerter Weise hat der Autor bis August 2016 aktualisiert und so der Dynamik gerade im Bereich der Vorbereitungstatbestände Rechnung getragen.

Während der Gesetzgeber die Strafbarkeit immer weiter weg von der Schädigung in Richtung auf den „bloßen bösen Gedanken“ (S. 2) neu begründet, wird diese Gesetzgebungstendenz in der Rechtswissenschaft nicht erst seit Jahren, sondern bereits seit Jahrzehnten kritisch begleitet. Allerdings hat die Diskussion angesichts neuer Vorfeldstrafatbeständen im Bereich des Terrorismusstrafrechts eine neue Dimension erhalten, sie wird intensiver geführt und es finden sich immer mehr umfangreiche Monografien zur Thematik.

Die Monografie von *Puschke* zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht nur einzelne Vorfelddelikte in den Blick nimmt, sondern zuvor eine abstrakte „Grundlegung“ erarbeitet, um den Gang der Untersuchung vorzubereiten. Aus den dann herausgearbeiteten „Legitimationssäulen“ leitet der Autor Vorgaben ab, die an die Ausgestaltung von Vorbereitungstatbeständen zu stellen sind und erläutert dies anhand ausgewählter Paragraphen. Insoweit darf man die Habilitation von *Puschke* durchaus als Grundlagenarbeit dafür verstehen, Maßstäbe für „legitime“ Vorfeldkriminalisierungen zu entwickeln.

In Kapitel 1 beginnt die „Grundlegung“, in der nach den unterschiedlichen Arten von Bedrohung in Gefahr, Gefährlichkeit, Risiko und Gefährdung differenziert wird. Nach einer ersten Benennung der „Charakteristika“ des Vorfeldstrafrechts (S. 10) wird sich der Entwicklung des Vorfeldstrafrechts in historischer Perspektive gewidmet, um dann eine erste Annäherung an das bestehende System des Vorfeldstrafrechts zu suchen. Hintergründe und Folgen der Verbreitung des Vorfeldstrafrechts werden beleuchtet, um dann den Gang der Untersuchung abzustecken und den Untersuchungsgegenstand festzulegen. Dieser bezieht sich auf die Legitimation, Begrenzung und dogmatische Einordnung von Vorbereitungstatbeständen (S. 44) und spiegelt insofern den Titel der Monografie wider. Als Gegenstand der Untersuchung wird damit die

Strafnorm zugrunde gelegt. In der Arbeit wird mit der Definition gearbeitet, dass es sich bei Vorbereitungshandlungen um solche Verhaltensweisen handelt, „die die Begehung einer gewollten zukünftigen Straftat ermöglichen und fördern. Vorbereitungstatbestände sind strafrechtliche Normen, die Vorbereitungshandlungen zum Gegenstand haben“ (S. 47).

In Kapitel 2 werden zentrale Zugänge für die Legitimation von Vorbereitungstatbeständen gesucht. In einer Dreiteilung wird Prävention der Repression gegenübergestellt, Rechtsgüterschutz als Legitimation von Vorbereitungstatbeständen diskutiert und expressive Ansätze zur Erklärung von Vorbereitungstatbeständen untersucht.

Puschke kommt zu dem Ergebnis, dass sowohl ein präventiver als auch ein repressiver Begründungsrahmen grundsätzlich die legitime Normierung von Vorbereitungstatbeständen ermöglichen, dass sich Vorbereitungstatbestände wegen ihres auf die Zukunft gerichteten Wesens aber leichter in ein präventives Strafkonzzept einpassen ließen. Allerdings würden präventive Ansätze allein die Grundrechtseinschränkungen der Normadressaten nicht hinreichend legitimieren können. Hierzu sei eine Teillegitimation und Begrenzung durch repressive Ansätze nötig (S. 83).

Der Verfasser hält es für möglich, dass die Konzeption des Rechtsgüterschutzes die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen begründen kann. Entscheidend sei die Heranziehung eines transzendenten Rechtsgutsverständnisses, das über die Auslegung der Norm hinausgehe und gesetzkritisches Potenzial habe. Die rechtsgutsbezogene Begründung muss sich seiner Auffassung nach aus einer Gefährlichkeit ergeben, die in Bezug auf die Verletzung eines Rechtsgutes zu bestimmen ist (S. 124). Nun verheimlicht *Puschke* nicht, dass es Kritik am Rechtsgüterschutz allgemein und am Rechtsgüterschutz durch Vorbereitungstatbeständen im Besonderen gibt. Er spricht sich aber für eine legitimierende Begründung von Vorbereitungstatbeständen dadurch aus, Kriterien zu entwickeln, die die Bewertung des „Angriffsweges“ ermöglichen und so strafwürdige von nicht strafwürdigen Vorbereitungshandlungen unterscheidbar machen. Hierzu sei es erforderlich, das Verhältnis des Rechtsgüterschutzes zu der Rahmenbegründung der Prävention zu bestimmen (S. 124). Dies kann natürlich nur dann erfolgreich sein, wenn sich ein Rechtsgut überhaupt ausmachen lässt. Zwar

hat sich *Puschke* zuvor kurz mit den Kritikern der Rechtsgutstheorie auseinandergesetzt (S. 116 ff.), die Relativierung der Kritik (S. 122 f.) bleibt dann aber recht oberflächlich. Dennoch „setzt“ *Puschke* meines Erachtens zutreffender Weise nicht allein auf die Begründungs- und Begrenzungsfunktion des Rechtsgüterschutzes, sondern will daneben weitere Begründungs- und Begrenzungsansätze entwickeln und mit dem Prinzip des Rechtsgüterschutzes harmonisieren (S. 124).

Im Folgenden erörtert der Verfasser „expressive Ansätze“, allerdings schon von Beginn an mit der Wertung, dass der Mehrwert solcher Ansätze fraglich erscheint (S. 126). Dennoch stellt er zwei als kommunikativ bezeichnete Ansätze vor: die Störung der Normgeltung und des Rechtsfriedens durch Vorbereitungshandlungen und die Eindruckstheorie. Der Fokus expressiver Theorien liegt laut *Puschke* nicht auf dem Bezugsgegenstand des Strafrechts, sondern auf der Betrachtung einer bestimmten Form der Wirkung von Handlungen und damit auch von Strafe als Reaktion auf diese Handlungen. In dieser Perspektive seien sie auch bedeutsam dafür, die Wirkung von Vorbereitungstatbeständen auf die Allgemeinheit normativ nachvollziehbar beurteilen zu können (S. 134). Dennoch mache die Fokussierung auf die Wirkung von Handlungen und Strafe deutlich, dass nur störendes und beeinträchtigendes Verhalten Anlass für Bestrafung sein könnten, also wenn der Normbruch bemerkbar wäre und konkretisierende Interessen verletzt seien. Gerade dies sei bei Vorbereitungshandlungen fraglich (S. 135).

Daher sucht *Puschke* in einem dritten Kapitel nach einem eigenen Ansatz, um Legitimationsgrundlagen – Legitimationssäulen – für Vorbereitungstatbestände zu schaffen (S. 137 ff.). Zunächst steckt er den verfassungsrechtlichen Rahmen ab. Er leitet völlig zu Recht aus dem Zusammenspiel von Gesetzlichkeitsgebot, Schuldprinzip und Kernbereichsschutz ab, dass sich die strafbare vorbereitende Verhaltensweise nicht in einem Willen zur Durchführung der Haupttat erschöpfen darf. Vielmehr müsse sich die strafrechtliche Sanktionierung auf eine äußerliche Tathandlung beziehen und hinreichend bestimmt sein. Zudem müsse dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden (S. 180).

Dann nimmt *Puschke* noch einmal ausgiebig das Rechtsgut als Bezugspunkt für Vorbereitungstatbestände und erste von drei Säulen zur Legitimation von Vorbereitungshandlungen in den Blick (S. 181 ff.). Hier setzt sich der Autor jetzt doch noch mit den Einwänden gegen den Rechtsgutsbegriff auseinander, spricht sich aber weiterhin und konsequent für das Rechtsgut als Bezugspunkt aus und verortet es verfassungsrechtlich im Rahmen der Angemessenheitsbeurteilung des Verhältnismäßigkeitsgebots. Zwar sei die Bedeutung des Rechtsguts für die Legitimation von Vorbereitungshandlungen gegenüber bisherigen rechtsgutstheoretischen Ansätzen zu relativieren, doch eine neue Ausrichtung an der Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten. Durch das Rechtsgut werde die Angemessenheitsprüfung strukturiert und konkretisiert sowie die besondere Eingriffstiefe des Strafrechts kenntlich gemacht (S. 212).

Dem Rechtsgut kommen *Puschke* zufolge zwei Funktionen als Anknüpfungspunkt für Vorfeldstrafrecht zu. Neben dem Schutzaspekt sei der Unrechtsaspekt für die Legitimation von Vorbereitungstatbeständen bedeutsam und solle als zweite Säule der Legitimation von Vorbereitungstatbeständen dienen (S. 213). Als dritte Säule soll die normbezogene Prävention als generalpräventiver Ansatz der Legitimation von Vorbereitungstatbeständen dienen (S. 220). Dies scheint mir trotz der dezidierten Auseinandersetzung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewagt. Normbezogene Generalprävention als dritte Legitimationssäule hat den faden Beigeschmack einer symbolischen Bestrafung zur Abschreckung von anderen. Da tröstet es kaum, dass Vorbereitungstatbestände, die eine generalpräventive Wirkung nicht erzielen, mangels Angemessenheit nicht legitim sind (S. 243). Allerdings relativiert der Autor diesen generalpräventiven Aspekt dadurch, dass auch dann die Angemessenheit verneint wird, wenn der Rechtsgüterschutz auch durch weniger einschneidende Mittel erreicht werden kann. Dadurch, dass *Puschke* kumulativ das Vorliegen der drei Säulen fordert, um einen Vorbereitungstatbestand zu legitimieren, möchte man sich doch wieder mit dieser Drei-Säulen-Theorie anfreunden, da sie zumindest eines zu liefern scheint: eine Blaupause, um Vorbereitungstatbestände auf ihre Legitimität und Verfassungsmäßigkeit hin überprüfen zu können.

Nach *Puschke* sind Vorbereitungstatbestände nur dann legitim, wenn sie

1. den Schutz eines Rechtsguts durch eine normbezogene generalpräventive Wirkung erreichen können,
2. ein vergleichbarer Schutz nicht durch mildere Maßnahmen erreichbar ist,
3. sich die inkriminierte Handlung als typische Vorbereitungshandlung in Bezug auf eine Rechtsgutsobjektsverletzung und
4. bei normativer Betrachtung als Unrecht darstellt.

Nur wenn alle Kriterien kumulativ erfüllt sind, handelt es sich um einen legitimen Vorbereitungstatbestand (S. 244). Dies ist auf jeden Fall eine Formel, an der man einen Vorbereitungstatbestand messen kann.

In einem 4. Kapitel verdichtet *Puschke* die drei Legitimationssäulen zu „Strafwürdigkeitskriterien“. Er differenziert nach rechtsgutsbezogenen Kriterien, handlungsbezogenen Kriterien zur Konkretisierung des Unrechtsmaßstabes und der normbezogenen präventiven Wirkweise, um abschließend auf die Strafwürdigkeitskriterien als Typus einzugehen. Strafwürdig sei eine Handlung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung nur dann, wenn sie bereits äußerlich eine Gefährdung für ein Rechtsgut – insbesondere wegen seiner Unbeherrschbarkeit – darstelle. Umgekehrt reiche der Planungszusammenhang für eine die Strafwürdigkeit begründende Rechtsgutsbeziehung nicht aus. „Handlungen, die nicht typischerweise vorbereitend sind, erfüllen die Voraussetzung somit auch dann nicht, wenn sie in der Absicht vorgenommen werden, hierdurch die Förderung einer Rechtsgutsverletzung zu erreichen“ (S. 293). Diese Aussage wird dann aber auf der nächsten Seite dadurch relativiert, dass die Normativierung der

Rechtsgutsbeziehung dazu führe, dass im Einzelfall für die Förderung einer Rechtsgutsobjektsverletzung objektiv untaugliche Handlungen bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine hinreichende Rechtsgutsbeziehung grundsätzlich die Bedingungen an ein Gefährdungsunrecht erfüllen können. Dies erscheint mir doch ein wenig zu weitgehend. Eine irgendwie geartete Rechtsgutsbeziehung ist meines Erachtens nicht ausreichend, um eine Vorfeldstrafbarkeit zu legitimieren. Daran ändert auch nichts, dass der Autor die insoweit reduzierte Qualität der Rechtsgutsbeziehung im Rahmen der Abwägung beachten will. In einem weiteren Schritt will *Puschke* solche Handlungen als nicht strafwürdig ausschließen, die einem geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen.

Da die aus den drei Legitimationssäulen entwickelten Strafwürdigkeitskriterien als Anknüpfungspunkt für die strafrechtsdogmatische Verortung von Vorbereitungstatbeständen im Deliktssystem und innerhalb der Entwicklungsstadien einer Straftat dienen sollen, wird im 5. Kapitel diese Verortung im Deliktssystem anhand bestehender Straftatbestände exemplarisch verdeutlicht. *Puschke* bestimmt die Vorbereitungshandlungen unter Bezugnahme auf materiale und formale Kriterien. Objektiv bezögen sie sich auf die Ermöglichung oder Förderung einer strafwürdigen Haupttat und subjektiv auf die hinter der Haupttat stehende Rechtsgutsverletzung. Der Autor nimmt eine Abgrenzung vom Versuch dahingehend vor, dass beim Versuch unter Zugrundelegung der Tätersvorstellung die tatbestandlich umschriebene Gefährdungsschwelle erreicht werden, während sich dies bei einer Vorbereitungshandlung nur aus einer maßgeblichen freiverantwortlichen erneuten Entscheidung des Handelnden ergeben kann. Zudem sieht er Vorbereitungstatbestände als Unterkategorie der abstrakten Gefährdungstatbestände an. Bei Vorbereitungstatbeständen spiele der Planungszusammenhang eine bedeutsame Rolle. Im Verhältnis der Vorbereitungstatbestände zu anderen Tatbeständen sei zu beachten, dass das Vorbereitungsunrecht regelmäßig in Tatbeständen, die spätere Deliktsstadien erfassen, aufgehen würden – allerdings seien hier Ausnahmen denkbar (S. 349).

Im 6. Kapitel entwickelt *Puschke* unter Zugrundelegung der 3 Legitimationssäulen und der erarbeiteten Strafwürdigkeitskriterien Vorgaben für die Ausgestaltung von Vorbereitungstatbeständen. Hierzu untersucht er diverse Straftatbestände, u.a. §§ 89a, 89b, 89c und 129, 129a

StGB, die in der letzten Zeit ganz besonders im Fokus strafrechtswissenschaftlicher Kritik standen. Es wird deutlich, dass eine Vielzahl der Regelungen und ihrer Auslegungen dem von *Puschke* herausgearbeiteten Anforderung legitimer Vorfeldkriminalisierung nicht genügen (S. 416). Eine tatbestandsbezogene Darstellung einzelner ausgewählter Delikte fasst diese Ergebnisse dann noch einmal zusammen. So erfüllt beispielsweise § 89a Abs. 2 lit. a StGB nach Auffassung des Verfassers nicht die Anforderungen an die Typizität der Tathandlung. Auch ich halte die Vorschrift für verfassungswidrig. Der *BGH* hat dagegen kürzlich in einer Entscheidung festgestellt, dass die Vorschrift bei verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz in Einklang steht (NJW 2017, 2928).

Als Fazit stellt *Puschke* eine problematische Tendenz zur strafrechtlichen Erfassung von Vorbereitungshandlungen fest. Diese Erkenntnis ist nicht neu und wird von vielen Strafrechtswissenschaftlern geteilt. Was neu ist, ist durch drei herausgearbeitete Legitimationssäulen und Strafwürdigkeitskriterien allgemein gültige Voraussetzungen zu formulieren, die darüber entscheiden sollen, ob Vorbereitungshandlungen strafrechtlich erfasst werden dürfen oder nicht. Die Verbindung verschiedener legitimatorischer Ansätze sieht der Verfasser als einen gangbaren Weg an, die Aufgaben des Strafrechts mit der notwendigen Legitimation des staatlichen Eingriffs gegenüber dem Normadressaten sowie der Wirkweise des Strafrechts zu harmonisieren. Insoweit versteht sich *Puschkes* Habilitation als Grundlagenarbeit mit der Forderung an die Strafrechtswissenschaft, „die Anforderungen weiter zu präzisieren und dem Gesetzgeber im Diskurs Grenzen für den Einsatz des Strafrechts im Vorfeld einer Schädigung aufzuzeigen“ (S. 441).

Die Diskussion über die Ausweitung des Strafrechts weit in das Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung wird also auch nach dieser Arbeit fortgesetzt werden müssen. Ob die drei Legitimationssäulen und Strafwürdigkeitskriterien ausreichen, den Gesetzgeber in einem ausreichenden Maß in die Schranken zu weisen, bleibt abzuwarten. Ein großer Verdienst der Arbeit von *Puschke* liegt darin, überhaupt Kriterien entwickelt zu haben, mit denen man weiterarbeiten kann und die es – auch nach Einschätzung des Autors – weiter zu präzisieren gibt. Insoweit sei diese Habilitationsschrift jedem zum Lesen empfohlen, der die ausufernde Vorfeldkriminalisierung nicht nur kritisieren, sondern auch wissenschaftlich fundiert auf ihre Legitimität untersuchen möchte.

Neele Marleen Schlenker: § 237 StGB – Das Verbot der Zwangsheirat

von Prof. Dr. Bernd-Rüdiger Sonnen

2016, Peter Lang GmbH, Frankfurt a. M., ISBN: 3631669232, S. 307, Euro 64,95

Als Rezensent ahnt man, welchen Herausforderungen sich die Promovendin mit den vermuteten Arbeitsschwerpunkten in den Jahren 2014 und 2015 gegenüber sah, hatte sich doch der 70. Deutsche Juristentag Hannover 2014 in seiner strafrechtlichen Abteilung dem Thema Kultur, Religion, Strafrecht – neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft zugewandt. Es lagen das Gutachten von *Tatjana Hörnle*, die Thesen zum Gutachten und zu den Referaten von *Radtke*, *Rosenthal* und *Schluckebier* sowie schließlich die Beschlüsse (auch) zum Tatbestand der Zwangsheirat vor. 2015 wurde dann die Bielefelder Dissertation von *Lena Hildebrand* „Die Bekämpfung der Zwangsheirat in Deutschland. Eine juristische Betrachtung der gesetzgeberischen Maßnahmen im Lichte des Opferschutzes“ veröffentlicht, die „nur noch am Rande berücksichtigt werden“ konnte (Fußnote 29). War jetzt schon alles gesagt und die Problematik des Promotions-themas damit weggefallen? Gleichzeitig erreichte der Zustrom von gerade auch vor aktuellen Krisen und Krieg Geflüchteten und Asylbegehrenden mit 890.000 im Jahr 2015 seinen bisherigen Höhepunkt. Müsste die *Autorin* angesichts der gesellschaftspolitischen Debatten daraufhin ihr Kapitel zu den außergesetzlichen Maßnahmen zur Verhinderung einer Zwangsheirat unter Präventionsaspekten mit ihrem Appell für Aufklärung und Sensibilisierung für das Thema in der Gesellschaft (S. 271-276) nicht noch verstärken?

Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Beide Fragen sind zu verneinen. Die Ursachen und strukturellen Besonderheiten der Zwangsheirat müssen vorgestellt, erläutert und zugleich muss aufgezeigt werden, warum sich das Phänomen nicht mit unseren Wertvorstellungen verträgt. „Dabei muss auch mit Vorurteilen aufgeräumt und einer Skepsis gegenüber fremden Kulturen entschieden entgegengetreten werden“ (S. 272) – eine Forderung, die aktuell nicht oft genug wiederholt und nur nachhaltig unterstützt werden kann. Eine gleichberechtigte Teilhabe von Migrantinnen am Leben in der hiesigen Gesellschaft könne die Abspaltung und Flucht in Parallelgesellschaften verhindern und deswegen müssten Diskriminierungen und pauschalisierende Darstellungen von Religion, Kultur und Tradition vermieden werden (S. 275). Zwar sei das Phänomen der Zwangsverheiratung nicht auf Migrantinnen beschränkt, dennoch hätte es in den meisten Fällen einen Auslandsbezug. Auch sei Zwangsheirat weder islamisch noch generell religiös geprägt. „Die Problematik von Zwangsverheiratungen basiert auf traditionellen und patriarchalischen Denkmustern und Machtstrukturen und kann daher überall dort vorkommen, wo sich Menschen

einen solchen Wertekonsens zu eigen machen“ (Ergebnis 3, S. 278). Das Promotionsthema ist insoweit nicht überholt, zumal *Neele Marleen Schlenker* auch zukunftsorientiert für eine Umgestaltung und Erweiterung der Strafbarkeit im Interesse eines verbesserten Opferschutzes plädiert.

In acht Kapiteln geht sie der zentralen Frage nach, ob das seit dem 1.7.2011 geltende „Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften“ die typischen Erscheinungsformen erfasst und den Zielen gerecht wird. In Beantwortung dieser Frage beschäftigt sie sich zunächst mit soziologischen Aspekten. Zur Definition wird ein objektiv-subjektiv gemischter Ansatz vertreten. Die Gewalt- oder Machtausübung muss also nach außen hin feststellbar sein und die betroffene Person sich zur Heirat gezwungen fühlen, d.h. dass sie mit ihrer Weigerung kein Gehör findet oder es nicht wagt sich zu widersetzen, weil Eltern, Familie, Verlobte und Schwiegereltern mit unterschiedlichsten Mitteln versuchen, psychischen oder sozialen Druck sowie emotionale Erpressung auf sie auszuüben (S. 21, 23). Zwangsheirat ist insoweit „eine Form der Verheiratung, die den Betroffenen sowohl das Gefühl des Gezwungenseins vermittelt, vor allem aber auch von außen als erzwungene Handlung wahrgenommen werden kann“ (S. 28). Eine arrangierte Heirat erfüllt grundsätzlich ebenso wenig diesen Begriff wie eine zwangsweise Aufrechterhaltung einer Ehe.

Erscheinungsformen sind der „Heiratsimport“, meistens Frauen, die aus dem Herkunftsland nach Deutschland verheiratet werden („Importbräute“), „Ferienverheiratung“ bzw. Heiratsverschleppung und Zwangsverheiratung zwecks Einwanderung. Bei den Ursachen der Zwangsheirat geht es zunächst um den Kontext von Religion und Kultur, dann um Homosexualität als Ursache von Zwangsheirat, Verheiratung aus wirtschaftlichen Gründen und (geringere) Bildung. Im Ergebnis stellt sich Zwangsheirat häufig als eine Form der Unterdrückung dar mit einem Bündel von Motiven wie etwa, eine bessere finanzielle und aufenthaltsrechtliche Stellung zu erreichen, Traditionsbewusstsein zu stärken und Betroffene nach den Regeln der kulturellen Gemeinschaft zu disziplinieren, um „Verwässerungen eigener Moralvorstellungen“ durch einen zu freizügigen Lebensstil vorzubeugen (S. 61).

Zu Umfang und Struktur der Zwangsheirat in Deutschland gibt es nur wenig verlässliche Daten. Die PKS 2012 erfasst 56 Fälle von Zwangsheirat bei 90 Tatverdächtigen (TV), 2013 = 62 bei 99 TV und 2014 = 58 bei 80 TV. Vermutet wird ein großes Dunkelfeld. Die vom Bundesminis-

terium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend in Auftrag gegebene Studie „Zwangsheiratung in Deutschland“ (2011) hat die Kenntnisse von 1.500 Beratungs- und Schutzeinrichtungen für Menschen, die von Zwangsheirat bedroht oder betroffen sind, ausgewertet und individuelle Beratungsfälle in 100 Einrichtungen analysiert. Vor allem Mädchen und junge Frauen fühlten sich zu 71% von Zwangsheirat bedroht und 29% waren gegen ihren Willen verheiratet. Die Berliner Kriseneinrichtung Papatya berichtet, dass Opfer der Zwangsheirat zu 68% noch minderjährige Mädchen sind, von denen 80% vorher misshandelt oder missbraucht worden sind, von denen 30% Suizidabsichten äußerten (BT-Drs. 16/1035, S. 6). Nicht bestätigt werden konnten in dieser Studie Schätzungen von 30.000 Zwangsheirateten pro Jahr ebenso wenig wie die Behauptung, dass von den über 21.000 Personen, die 2001 im Wege der Familienzusammenführung aus der Türkei nach Deutschland gekommen sind, „mindestens die Hälfte“ in mehr oder weniger erzwungenen Ehen eingebunden sind. Das Ausländerzentralregister verzeichnete im Juli 2016 = 1.475 verheiratete Jugendliche, davon 361 unter 14 Jahren und 120 Vierzehn- oder Fünfzehnjährige.

Nach der Beschäftigung mit soziologischen Faktoren bildet dann die Rechtslage zur Zwangsheirat auf den Seiten 89 – 210 den umfangreichsten Teil der Dissertation. Die Strafwürdigkeit (Stellenwert des geschützten Rechtsguts und Sozialschädlichkeit der Verletzungshandlung) werden von der Verfasserin eindeutig bejaht. Geschützte Rechtsgüter sind das Recht auf freie Eheschließung, eine selbstbestimmte Partnerwahl und durch die Erweiterung in Abs. 2 auch das Recht auf körperliche Freiheit und die freie Bestimmung des Aufenthaltsortes (S. 279). Hinsichtlich der Strafbedürftigkeit im Sinne der kriminalpolitischen Erforderlichkeit werden dagegen wegen fehlender Effizienz Bedenken geäußert (reines Symbolstrafrecht, freilich nicht so deutlich wie von *Lena Hildebrand*, die die Vermutung äußert, „der Gesetzgeber wollte unter dem Deckmantel des Opferschutzes ausländerrechtliche und politische Interessen durchsetzen“). Folgerichtig stellt *Neele Marleen Schlenker* Überlegungen zur Erweiterung

der Strafbarkeit an, die schließlich auch unter Berücksichtigung österreichischer und schweizerischer Regelungen auch „eheähnliche Verbindungen“ erfassen und um die Formulierung „unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist“ ergänzt werden sollte. Sie schlägt folgende Reform vor:

§ 237 StGB – Nötigung zur Eheschließung; Zwangsehe

(1) Wer eine andere Person rechtswidrig

1. mit Gewalt,
2. durch Drohung mit einem empfindlichen Übel,
3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos oder bedingt durch den Aufenthalt in einem fremden Land hilflos ausgeliefert ist,

zur Eingehung, Aufrechterhaltung oder Unterlassung einer Ehe oder eheähnlichen Verbindung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Rechtswidrig ist die Tat, wenn die in Abs. 1 Satz 1 Nummer 1-3 benannten Handlungen zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen sind.

(2) Ebenso wird bestraft, wer zur Begehung einer Tat nach Abs. 1 den Menschen durch Gewalt, Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List ins Ausland verbringt oder veranlasst, sich dorthin zu begeben, oder davon abhält, von dort zurückzukehren.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

Die überzeugend gelungene Hannoveraner Dissertation von *Neele Marleen Schlenker* behält durch diesen Änderungsvorschlag zum Verbot der Zwangsheirat auch zukünftig ihre praktische und kriminalpolitische Bedeutung.

TAGUNGSBERICHT

Podiumsdiskussion „Terrorabwehr im Rechtsstaat“ am 15.11.2017 in Mainz

von Marcus Papadopoulos

Wie reagiert der deutsche Rechtsstaat in Zeiten terroristischer Bedrohungen ohne dabei seine Werte aufzugeben? Eine Podiumsdiskussion der Rechtsanwaltskammer Koblenz zum Thema Terrorabwehr im Rechtsstaat wollte – 40 Jahre nach dem Deutschen Herbst – eben diese Grund-satzfrage interdisziplinär beleuchten. Kritische Töne zu aktuellen politischen Umsetzungen waren dabei im Rats-saal des Mainzer Rathauses nicht nur von Seiten der Re-ferenten, sondern auch aus dem Kreise des Auditoriums zu hören.

Dr. Andreas Ammer, Vorstandsmitglied der Rechtsan-waltskammer Koblenz, eröffnete nach Begrüßung der Teilnehmer und Zuhörer mit der Annahme, viele Täter seien oft bereits im Visier der Behörden, ohne dass offen-bar etwas unternommen werde. Könnte ein Grund hierfür in zu wenigen oder zu wenig scharfen Gesetzen liegen? Wie sei es außerdem um präventive Ansätze und Früher-kenkung bestellt, wenn sich Minderjährige vollständig ra-dikalisierten, wie im Beispiel eines heute 13-Jährigen in Ludwigshafen.

Als Leiterin des Frankfurter Forschungszentrums Global-er Islam (FFGI) ging *Prof. Dr. Susanne Schöter* zuvor-derst vor allem auf die Problematik islamistischer Radika-lisierung in Deutschland ein. Für terroristische Ereignisse sei in Deutschland ab dem Jahr 2016 ein deutlicher An-stieg festzustellen. Trotz Aufstockung von Polizei und an-deren Maßnahmen nehme die Zahl junger Leute zu, die bereit wären, Attentate zu begehen. Die Frage danach, ob bisherige Mittel überhaupt zielführend seien, müsse man ergebnisoffen stellen. Scheinbar werde das Phänomen der Radikalisierung in Deutschland nicht ernst genug genom-men. Insbesondere für junge Menschen könne der Islam als Religion unter entsprechenden Voraussetzungen als normative Ideologie wirken. In letzter Konsequenz gebe diese auf Grundlage der Scharia zwischenmenschliches Zusammenleben komplett anders vor, nämlich antidem-kratisch und die freiheitlich demokratische Grundordnung ablehnend, und führe zur Radikalisierung. Dass es sich nicht um eine geschlechtsspezifische Problematik han-dele, zeige der Messerangriff einer 15-Jährigen auf einen Polizisten am 26.2.2016 in Hannover. Nicht zuletzt auf-grund ausgefeilter Rekrutierungsstrategien seien auch Frauen und Mädchen beteiligt. Ebenso würden die Täter immer jünger - siehe Ludwigshafen. Organisationen wie IS & Co. wirkten nach dem Prinzip von Franchise-Un-ternehmen – die Herausforderung sei es, junge Menschen ge-gen Manipulationen zu immunisieren. Ziel sollte dabei sein, Parallelstrukturen – „Gegengesellschaften“ – zu ver-

hindern, die sich aktuell beispielsweise in Form der Iden-tität „Nicht-Deutscher“ manifestierten. Bereits im Kin-dergarten habe man zur Stiftung einer gemeinsamen ge-sellschaftlichen Identität in einer pluralistischen Gesell-schaft anzusetzen. Dogmatisch-ideologische Predigten, eine Einteilung in „gute Gläubige“ und „Ungläubige“ – dem ersten Schritt vor aktiver Ablehnung – hätten somit weniger Chancen. Hierin sieht *Schröter* eine Hauptvo-raussetzung – weit vor dem Ansatz polizeilicher und ju-ristischer Maßnahmen. Auch und insbesondere sei es not-wendig, öffentlich einen gesellschaftspolitischen Diskurs zum Thema Migration zu suchen. Die Gesellschaft verän-dere sich gerade durch Zuwanderung unvorhersehbar und ohne Regelwerk – eine Tabuisierung der Auseinanderset-zung mit Entwicklungen bzw. Folgen von Migration nach dem Motto: dies sei „AfD-Sicht“ sei dabei fehl am Platz.

Unter dem Deckmantel der Glaubensgemeinschaften er-halte Gewalt – eine der anthropologischen Konstanten – eine sinnstiftende Solidarierungsgrundlage, so *Dr. Marwan Abou-Taam*, Islamismusexperte des Landes-kriminalamts Rheinland-Pfalz und Mitglied des Berliner Instituts für empirische Integrations- und Migrationsfor-schung. Mit dem islamistischen Terrorismus erlebten wir heute die Transnationalisierung emotionalisierter Gewalt. Eine freie Gesellschaft sei laut *Dr. Abou-Taam* eine risi-kobereite Gesellschaft – doch wie viele Risiken sind wir bereit einzugehen? Politischen Konzepte, die wir gegen Radikalisierung vorzubringen hätten, gehörten überprüft. Integrationsansätze, wie sie seit Jahren angewandt wür-den, funktionierten nicht. Schwierig sei beispielsweise be-reits die Frage zu beantworten, ob das Geld für Vorsorge-programme aktuell gut eingesetzt werde. Die bedingte Messbarkeit der Vorsorge leiste dabei ihr übriges. Wo also ansetzen? Terrorismus sei wie Rost, der sich in die Gesellschaft fresse. Das Ideal einer in sich solidarischen Gemeinschaft brauche auch passende Nenner und Nor-men, die laut *Abou-Taam* teilweise verloren gegangen sind. Normativität werde auch durch eine sich konstituie-rende ethische Pluralisierung nicht ausgeschlossen und dürfe nicht hinter falsch verstandener Toleranz zurücktre-ten. Betrachte man islamistischen Terrorismus als eine Krankheit, sollten nicht nur deren Symptome mit repres-siven Maßnahmen bekämpft werden. Eine Stärkung der Gesellschaft mit den richtigen, wirksamen Mitteln sei an-gebracht - und hierbei müsse man investieren. Solange Personen ausgegrenzt und abgelehnt würden, wirkten Sa-lafisten vom Format eines *Pierre Vogel* auch weiterhin identitätsstiftend. Dreh- und Angelpunkt seien dabei un-bedingt vermittelte Feindbilder: der verhasste Andere sei immer wichtigster Teil der eigenen Identität. Ziel müsse

also die Vermittlung einer Idee der Gleichwertigkeit darstellen. Doch scheinbar scheiterten wir ein Stück weit daran, demokratische Werte zu vermitteln. Mit seinen Ausführungen zu Präventionsprogrammen sprach *Dr. Abou-Taam* damit einen der Punkte an, welcher sich in knapper Ausführung auch im aktuellen Koalitionsvertrag wiederfindet.

Im Folgenden wagte *Prof. Dr. Franz Salditt*, Fachanwalt für Strafrecht, einen vorerst wertfreien Blick über Ländergrenzen hinweg auf Mittel und Ansätze der Terrorismusbekämpfung. Potentielle, wenn auch radikale Modelle im Umgang mit der Problematik terroristischer Bedrohungen in all ihren Facetten zeigten sich am Beispiel des amerikanischen Weges. Mit der Proklamierung des *War on Terror* gingen Weiterentwicklungen des Völkerrechts zur Legitimierung präemptiver Interventionen als Möglichkeit der Verteidigung durch Präventivschläge – auf dem Gebiet anderer souveräner Staaten – einher. Außerdem sollte durch die Internierung und Folterung von sog. ungesetzlichen Kombattanten im hochumstrittenen Gefangenenlager in der Guantanamo Bay Naval Base die USA im Kampf gegen Terroristen unterstützen werden. Auch unser Nachbarland Frankreich habe mit der Verhängung des Ausnahmezustandes seinen Weg gesucht, über die temporäre Einschränkung von Freiheitsrechten sowie eine Erweiterung von behördlichen Befugnissen, der Lage spätestens nach den Ereignissen in Paris und Nizza Herr zu werden. Diesen radikalen staatlichen Reaktionen stünden demgegenüber in Deutschland Polizei- sowie Straf- und Strafprozessrecht als Mittel zur Verfügung. Jedoch setze der Wunsch nach Abwendung von Anschlägen Ermittlungsmethoden und Instrumente voraus, die wir noch nicht handhaben könnten – das bayerische Unterbindungsgewahrsam sei hierbei als exemplarische Maßnahme zu nennen. Das deutsche Strafrecht, geknüpft an Grenzen wie Straftäterbiographien und Rechtsgüterschutz, setze hingegen eine normative Ansprechbarkeit und somit auch die nötige Sozialisierung unter allgemein anerkannten Werten voraus, wie sie beim Tätertypus aktueller terroristischer Couleure zumindest in Frage gestellt sein dürfte. Als klassisches System sei es dadurch nur bedingt zur Terrorbekämpfung geeignet, was sich insbesondere durch die für notwendig erachteten Erweiterungen mit der Tendenz der Vorverlagerung zeige. Schließlich brachte *Salditt* den bereits aus älteren Diskussionen bekannten Ansatz eines Sonder- oder auch Kriegsstrafrechtes für Gegner der freiheitlich demokratischen Grundordnung gegenüber einem Bürgerstrafrecht zur Sprache. Die Strafjustiz arbeite sorgsam, so *Salditt*, vielleicht sei es jedoch an der Zeit, zugunsten der Wehrhaftigkeit – zumindest auf Zeit – Werte zu diskutieren, die uns teuer geworden sind. Wobei dies nicht als Plädoyer für eine Notstandsgesetzgebung verstanden werden solle. Die Diskussion über temporäre Probleme müsse möglich sein, eine Tabuisierung in Form der Verteufelung von beispielsweise § 89a und § 129a StGB, sei dabei störend.

Auch *Dr. Dr. Hans-Heiner Kühne*, Professor für deutsches, europäisches sowie internationales Straf- und Strafprozessrecht und für Kriminologie anerkannte im islamis-

tischen Terror besondere Herausforderungen für Sicherheits- und Justizbehörden. Anders als bei „normaler“ Kriminalität, die nicht selten von ökonomischen Erwägungen geleitet sei, versetze die radikale Ideologie einer Religion stärker in die Lage, Handlungen zu rechtfertigen. Sie befördere die Häufigkeit und Intensität der Straftaten dabei tendenziell und stehe im direkten Gegensatz zu rationalem Denken. Die Ursachen seien insofern auch Ergebnis eines mangelnden Bildungssystems. Unsere heutigen Bekämpfungsansätze ließen derweil Analogien zu denen der 70' er Jahre erkennen: die Einführung immer neuer Vorschriften, ohne hierbei jedoch triftige Belege für die Insuffizienz der Bestehenden darzulegen. Einfacher sei es eben, neue Gesetze zu schreiben, als vorhandene Normen mit hierfür zu schaffenden Ressourcen konsequent umzusetzen. Außer Acht gelassen würden dabei weitere Einschränkungen von Freiheitsrechten – ohne Not. Lösung sei weder eine Aufrüstung der Sicherheitsbehörden und noch absolutere Kontrolle, sondern vielmehr die konsequentere Anwendung der bestehenden Mittel sowie zielgerichtete, fundierte Prävention.

Für den stellvertretenden Bundesvorsitzenden der Gewerkschaft der Polizei, Polizeihauptkommissar *Jörg Radek*, sei die Veränderung der Polizei in den letzten 20 Jahren Sinnbild einer Veränderung der Gesellschaft. Mit aktuellen Bedrohungsszenarien habe auch ein konzeptionelles Umdenken zur Bewältigung lebensgefährlicher Einsatzlagen stattgefunden. Polizei befinde sich nicht nur in Bezug auf Ausstattung und Taktiken im Wandel, insbesondere stehe sie vor der Herausforderung im Spannungsfeld zwischen moderner Anti-Terror-Einheit und nahbarer Bürgerpolizei, welche es professionell zu lösen gelte. Im Zusammenhang mit effektiver Gefahrenabwehr sei die Zusammenarbeit deutscher Behörden grundlegende Voraussetzung. Jedoch wirkten sich gewisse zeitliche Komponenten, die dem Föderalismus innewohnen, sowie heterogene behördliche Arbeitslogiken – teilweise sogar Inkompatibilitäten – retardierend aus. Daneben sei zur konsequenteren Umsetzung bestehender Normen ein Ausbau der personellen und technischen Ausstattung notwendig. Aktuell bestehe kein Gesetzes- sondern vielmehr ein Vollstreckungsdefizit.

Im Rahmen der Diskussion kamen auch anwesende Höerinnen und Höer zu Wort. So nahm *Prof. Dr. Dieter Kugelmann*, Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit in Rheinland-Pfalz, gegenüber *Prof. Dr. Salditt* und *Prof. Dr. Kühne* mit seiner Frage nach der Notwendigkeit spezifischer Gesetze gegen Terrorismus hauptsächlich Bezug auf verfahrensrechtliche Sicherheitsmechanismen.

Salditt begrüßte in diesem Zusammenhang exemplarisch Maßnahmen, wie die Verabschiedung von Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung als zeitgemäß, deren Anliegen im Rahmen der kritischen Diskussion weitestgehend untergehe. Gegen ein „Sonderstrafrecht für Terroristen“ plädierte *Prof. Dr. Kühne*. Die hierbei intendierte Wirkung könne seiner Meinung nach nur verfehlt werden und im Endeffekt sogar schaden. Differenzierte Anpassungen in Ausländer- und Asylrecht hingegen seien demgegenüber

anzustreben. Strafrecht solle ohnehin nur als *ultima ratio* verstanden und eingesetzt werden.

Im Auditorium der Diskussionsrunde befanden sich neben Vertreter*innen aus Landtag, dem Ministerium der Justiz sowie dem Ministerium des Innern und für Sport Rheinland-Pfalz auch Behördenleiter*innen der Ressorts Justiz sowie des Innern – insbesondere zwei Vertreterinnen der

seit November bestehenden Landeszentralstelle für die Bekämpfung von Terrorismus und Extremismus (ZeT_rlp).

Dr. Thomas Feltes, Professor an der Ruhr-Universität Bochum, musste seine Teilnahme als Referent kurzfristig vor Beginn der Veranstaltung absagen.