

AUSGABE 2/2011

S. 49 - 98

6. Jahrgang

### Inhalt

#### DAS ERSTE TRIERER FORUM ZUM RECHT DER INNEREN SICHERHEIT (TRIFORIS)

##### *Strafrecht*

- Das erste Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (TRIFORIS) – Eine Einführung**  
Von Prof. Dr. Mark A. Zöller, Trier 49
- Erstes Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit „Transnationale Strafverfolgung“**  
Von Ass. iur. Christoph Selinger, Trier 50
- Transnationaler Zugriff auf Computerdaten**  
Von RiOLG Dr. Wolfgang Bär, Bamberg 53
- Statement: Jurisdiktionskonflikte in der EU**  
Von Prof. Dr. Bernd Hecker, Trier 60
- Der Austausch von Strafverfolgungsdaten zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union**  
Von Prof. Dr. Mark A. Zöller, Trier 64
- Der Rechtshilfeverkehr zwischen Taiwan und der Volksrepublik China**  
Von Prof. Dr. Jiuan Yih Wu, Kaohsiung 70

### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht*

- Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik**  
**Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09**  
Von Prof. Dr. Tonio Walter, Regensburg 76
- Handlungsgründe und Rechtfertigungsgründe**  
**Einmal mehr: Was heißt es, eine Tat zu rechtfertigen?**  
Von Wiss. Mitarbeiter Thomas Grosse-Wilde, Bonn 83

### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

- Martina Werwie-Haas, Die Umsetzung der strafrechtlichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Deutschland, Österreich, der Schweiz und im Vereinigten Königreich, 2008**  
(Dr. Stephanie Öner, Wien) 97

### Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl  
Prof. Dr. Andreas Hoyer  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Redaktion (national)

Prof. Dr. Katharina Beckemper  
Prof. Dr. Mark Deiters  
Prof. Dr. Michael Heghmanns  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Arndt Sinn  
Prof. Dr. Mark Zöller

### Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos  
International Advisory Board

### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Internetauftritt

René Grellert

### ISSN

1863-6470

# Das erste Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (TRIFORIS) – Eine Einführung

Von Prof. Dr. Mark A. Zöller, Trier

Am 5. November 2010 fand in den ehrwürdigen Räumlichkeiten der Alten Promotionsaula des Bischöflichen Priesterseminars in Trier, in denen schon *Karl Marx* seine Promotionskurkunde entgegengenommen hat, zum ersten Mal das Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (TRIFORIS) statt. Diese gemeinsame Veranstaltung des Instituts für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht (ISP) der Universität Trier und des Landeskriminalamts Rheinland-Pfalz hatte unter dem Generalthema „Transnationale Strafverfolgung“ das Ziel, sich den aktuellen Herausforderungen für Justiz, Staatsanwaltschaft, Polizeipraxis, Strafverteidigung und Rechtswissenschaft durch den Internationalisierungsprozess im Strafverfahrens- und Polizeirecht zu widmen. Im Zentrum der Veranstaltung, die infolge der erfreulich großen Resonanz zukünftig in zweijährigem Turnus regelmäßig stattfinden wird, steht das Bestreben, den bislang meist fehlenden Dialog von Wissenschaft und Praxis zu fördern und eine Plattform zu schaffen, auf der über aktuelle Entwicklungen in verständlicher Form informiert und gemeinsam an Lösungsstrategien gearbeitet werden kann. Mit dem Verzicht auf hohe Tagungsgebühren soll zudem allen mit dem Recht der Inneren Sicherheit befassten Angehörigen der Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden, aber auch Mitgliedern von Universitäten und Fachhochschulen sowie interessierten Bürgern eine komprimierte Aus- und Fortbildung ermöglicht werden. Zwar fehlt es auch in diesem Bereich bundesweit nicht an Tagungsveranstaltungen. Oft genug findet der Dialog von Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden, Anwaltschaft sowie Wissenschaft aber nur untereinander und nicht übergreifend miteinander statt. Dass dies kein Dauerzustand sein muss, wurde durch die vielen Einzelgespräche und den lebhaften Austausch von Visitenkarten im Umfeld der Veranstaltung eindrucksvoll belegt.

Zum Erfolg der Tagung trug sicherlich die Tatsache bei, dass für die Auftaktveranstaltung des TRIFORIS namhafte Vertreter aus Wissenschaft und Praxis für hochaktuelle Referate, Statements und die Beteiligung an der abschließenden Podiumsdiskussion gewonnen werden konnten.<sup>1</sup> Insofern ist es den Veranstaltern angesichts der Aktualität des Tagungsthemas eine besondere Freude, dass eine Reihe der Tagungsbeiträge in der vorliegenden Ausgabe der ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2/2011 einem breiten Publikum zur Verfügung gestellt werden können. Dazu zählen der Beitrag von *Wolfgang Bär* zum „Transnationalen Zugriff auf Computerdaten“, von *Bernd Hecker* zu den „Jurisdiktionskonflikten in der EU“, vom *Verfasser* zum „Austausch von Strafverfolgungsdaten zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union“ sowie von *Jiuan-Yih Wu* zum „Rechtshilfeverkehr zwischen Taiwan und der Volksrepublik China“. Für alle Tagungsteilnehmer sollen diese Beiträge als Erinnerung an lebhaftes und spannende Diskussionen dienen.

---

<sup>1</sup> Zu Einzelheiten des Tagungsprogramms s. den Tagungsbericht von *Christoph Selinger*, ZIS 2011, 50.

Für alle anderen Leser hoffe ich auf eine anregende und gewinnbringende (Erst-)Lektüre. In jedem Fall gebührt den Herausgebern der ZIS, insbesondere Herrn Prof. *Dr. Thomas Rotsch*, ein herzliches Dankeschön von Seiten des ISP und des LKA Rheinland-Pfalz für die schnelle Aufnahme und Publikation der Referate. Und ich persönlich freue mich mit allen Beteiligten bereits auf ein Wiedersehen in Trier im Jahr 2012!

# Erstes Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit „Transnationale Strafverfolgung“

Von Ass. iur. **Christoph Selinger**, Trier

Verbrechen kennt keine Grenzen. Im Zeitalter der Globalisierung und eines immer mehr zusammenwachsenden Europa gilt diese Erkenntnis in besonderem Maße. Auch angesichts des rasanten technischen Fortschritts, insbesondere in der Informations- und Kommunikationstechnologie, spielen Ländergrenzen für Straftäter längst keine Rolle mehr. Folglich muss auch Strafverfolgung grenzüberschreitend betrieben werden. Dies stellt Strafverfolgungsbehörden, Justiz und Anwaltschaft vor immer neue Herausforderungen, da sowohl das Strafverfahrensrecht als auch das Polizeirecht einem vielschichtigen Umwandlungs- und Internationalisierungsprozess unterworfen sind.

Vor diesem Hintergrund beschäftigte sich das Erste Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (TRIFORIS) am 5.11.2010 unter dem Titel „Transnationale Strafverfolgung“ mit einem hoch aktuellen Thema. Das Ziel dieser neu geschaffenen Veranstaltung, die zukünftig alle zwei Jahre stattfinden soll, lag nicht nur in der Information über aktuelle Entwicklungen, sondern vor allem auch in der Förderung des Dialogs von Wissenschaft und Praxis. Veranstaltet wurde die Tagung vom Institut für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht der Universität Trier (ISP) in Kooperation mit dem Landeskriminalamt Rheinland-Pfalz. In der ehrwürdigen Alten Promotionsaula des bischöflichen Priesterseminars in Trier konnte Prof. Dr. Mark Zöller, der Direktor des ISP, rund 120 Teilnehmer begrüßen, die sich aus hochrangigen Vertretern von Justiz, Anwaltschaft, Wissenschaft und Strafverfolgungsbehörden zusammensetzten. In ihren Grußworten würdigten der Trierer Oberbürgermeister Klaus Jensen, Prof. Dr. Peter Schwenkmezger, Präsident der Universität Trier, sowie Dr. Björn Gercke als Vorsitzender des Fördervereins des Instituts das neu geschaffene Forum als wichtigen Beitrag zur Stärkung der Wissenschaft im Bereich der Inneren Sicherheit und deren Vernetzung mit der Praxis. Auch Wolfgang Hertinger, Präsident des rheinland-pfälzischen Landeskriminalamtes, begrüßte die neu entstandene Kooperation des Instituts mit seiner Behörde sehr. In seinem Grußwort stellte er den besonderen Bedarf an einem weiteren Ausbau der internationalen Zusammenarbeit heraus. Auch der Austausch von Wissenschaft und Praxis sei angesichts ständiger Veränderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen und immer neuer Herausforderungen in der Praxis von großer Bedeutung.

Die „Herausforderungen für die polizeiliche Ermittlungsarbeit in einem zusammenwachsenden Europa“ waren dann auch Gegenstand der Ausführungen des ersten Referenten, Kriminaldirektor Gerald Gouasé, Leiter der Abteilung „Täterorientierter Einsatz“ beim Landeskriminalamt Rheinland-Pfalz. Angesichts der zunehmenden Zahl von Fällen, in denen die Täter grenzüberschreitend agieren, sei auch eine grenzüberschreitende Strafverfolgung unabdingbar. Dabei seien in den letzten Jahren durchaus Fortschritte in der Zusammenarbeit erreicht worden, insbesondere durch den Auf- und Ausbau internationaler Netzwerke, wobei aber unter-

schiedliche Organisationsformen in den einzelnen Staaten eine bleibende Herausforderung darstellten. Beispielhaft griff er den Bereich des Menschenhandels auf. Hier sei eine internationale Betrachtung des gesamten Deliktsbereichs nötig. Erste Probleme bei der Bekämpfung könnten schon dann entstehen, wenn es darum gehe, im Ausland festzustellen, welche Behörde nun richtiger Ansprechpartner sei. Im weiteren Verlauf stelle sich häufig die Frage, welche Informationen an ausländische Behörden weitergegeben werden können. Hier bestehe mitunter das Risiko von „Informationspannen“. Häufig seien auch die Anforderungen, die von den ausländischen Behörden an eine polizeiliche Kooperation oder bestimmte Maßnahmen gestellt werden, sehr unterschiedlich, manchmal sogar innerhalb eines Staates, etwa wenn dort mehrere Polizeibehörden mit konkurrierenden oder sich auch überschneidenden Zuständigkeitsbereichen operieren. Als positiv für die Zusammenarbeit habe sich ein persönliches Erscheinen der Ermittler vor Ort erwiesen, wie auch insgesamt ein persönlicher Kontakt zwischen den Ermittlern von großer Bedeutung sei. Als weiteres Beispiel führte Gouasé das aktuelle Phänomen der sogenannten „Rip Deals“ an. Hier ergebe sich in den verschiedenen von dem Phänomen betroffenen Staaten häufig das gleiche Lagebild, und meist gehe es bei den einzelnen Delikten auch um hohe Beträge. Dennoch sei die polizeiliche Prioritätensetzung oft unterschiedlich, auch die strafrechtliche Bewertung gehe zwischen den Staaten auseinander. Hinzu kämen Unterschiede in der Beweisführung, wodurch die Arbeit in diesem Bereich weiter erschwert werde. Insgesamt sei eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit bereits vielfach vorhanden, die Möglichkeiten würden aber bei weitem noch nicht ausgeschöpft.

Vor welchen Herausforderungen die Strafverfolgung angesichts des rasanten technischen Fortschritts, insbesondere in der Informationstechnologie steht, machte im Anschluss RiOLG Dr. Wolfgang Bär vom OLG Bamberg mit seinem Vortrag zum Thema „Transnationaler Zugriff auf Computerdaten“ deutlich.<sup>1</sup> Hinsichtlich der Überlegung, ob und inwiefern in derartigen Fällen der Tatnachweis geführt werden könne, stellte er zunächst auf die schon im Rahmen von Durchsuchungen auftretende Problematik ab. Die Frage, ob sich die Durchsuchung eines Computers oder einer EDV-Anlage auch auf von diesen räumlich getrennte Speichermedien erstrecken darf, sei durch die Einführung von § 110 Abs. 3 StPO in Umsetzung von Art. 19 Abs. 2 der Cybercrime-Konvention des Europarates v. 23.11.2001 zwar grundsätzlich positiv beantwortet. Neue technische Entwicklungen wie „Cloud Computing“ und „Cloud Storage“ würden aber weitere Probleme aufwerfen. § 110 Abs. 3 StPO biete nur dann eine Grundlage für den Zugriff auf Daten, wenn sich der Server, auf dem diese gespeichert seien, auch im Inland befinde. Die tatsächliche Ermittlung des Server-Standortes könne die Praxis aber vor Probleme stellen. Die externe Da-

<sup>1</sup> ZIS 2011, 53.

tenhaltung im Ausland und der Zugriff auf diese Daten werfen Fragen der internationalen Zusammenarbeit auf und es bestehe die Gefahr der Verletzung fremder Souveränitätsrechte oder der Unterlaufen rechtshilferechtlicher Regelungen. Einschlägige Regelungen für Ermittlungen enthalte hier etwa die Cybercrime-Konvention, insbesondere deren Art. 29 und 32. Im weiteren Verlauf ging *Bär* auch auf die in der Praxis bedeutenden Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis ein. Was den Zugriff auf E-Mail-Kommunikation anbelange, so sei durch das BVerfG<sup>2</sup> zwischenzeitlich geklärt, dass die beim Provider zwischengespeicherten E-Mails sichergestellt und beschlagnahmt werden könnten. Die §§ 94 ff. StPO genügen insofern den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Eingriffe in Art. 10 GG. Den Anwendungsbezug des § 100g StPO habe das BVerfG dagegen mit seinem Urteil vom 2.3.2010<sup>3</sup> stark eingeschränkt. Dies bedeute einen Rückschritt, da für den Zugriff auf Verkehrsdaten keine wirkliche Alternative zur Vorratsdatenspeicherung bestehe. Die „Patrouille“ durch Strafverfolgungsbehörden in Datenetzen stelle nach h.M. keinen Grundrechtseingriff dar und sei daher auch ohne spezielle Ermächtigungsgrundlagen zulässig. Dies gelte allerdings dann nicht mehr, wenn es um geschlossene Gruppen oder Chatrooms gehe oder eine Identitätsprüfung des Nutzers stattfinde. Was die Frage der Verwertung von Beweismitteln angehe, so sei vieles, auch in Ermangelung einschlägiger gerichtlicher Entscheidungen, noch nicht geklärt. Insgesamt entsprächen die strafprozessualen Vorschriften nach wie vor nicht dem Stand der Technik. Auch die Probleme der internationalen Zusammenarbeit auf diesem Gebiet sind nach der Ansicht von *Bär* nur teilweise gelöst.

Dass Fälle grenzüberschreitender Kriminalität in Europa bereits bei der Bestimmung des für das Hauptverfahren zuständigen Gerichts Probleme aufwerfen können, machte Prof. *Dr. Bernd Hecker*, Universität Trier, in einem Statement zu „Jurisdiktionskonflikten in der EU“ deutlich.<sup>4</sup> Eine Lösung für dieses Problemfeld, das nicht nur Konfliktpotenzial für die Verteidigung, sondern auch zwischen den betroffenen Staaten enthält, wurde bisher nicht gefunden. Er machte deutlich, dass Art. 54 SDÜ kein probates Mittel zur Lösung der Konflikte sei. Aus einigen neueren Rahmenbeschlüssen, etwa jenem zur Terrorismusbekämpfung<sup>5</sup> oder dem Rahmenbeschluss zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten im Strafverfahren<sup>6</sup>, ergäben sich zwar neue Ansatzpunkte. Verpflichtende Regelungen über den Ort des Hauptverfahrens seien aber auch dadurch nicht geschaffen worden. *Hecker* stellte stattdessen die Übertragung der Entscheidungskompetenz im Konfliktfall auf EUROJUST als mögliche Lösung dar. Dabei stelle sich auch die Frage, in welchem Umfang dem Beschuldigten ein Recht auf Anhörung, Mitentscheidung oder Anfechtung einer Entscheidung bezüglich des Orts des Hauptverfahrens zustehe. Bei der anschließenden Diskussionsrunde unter Moderation von Prof. *Dr. Thomas*

*Rotsch*, Universität Augsburg, war daher auch insbesondere die Frage, ob und in welchem Umfang dem Beschuldigten eine Mitsprache bei der Bestimmung des Gerichtsortes zustehe, Gegenstand lebhafter Diskussionen.

Den zweiten Themenblock der Tagung, der ganz im Zeichen der Strafverfolgung innerhalb der EU stand, wurde durch ein kurzes Statement von *Dr. Adam Gorski*, Universität Krakau, über „Aktuelle Entwicklungen des Europäischen Haftbefehls – Problem der Proportionalität“ eingeleitet. Er ging dabei insbesondere auf die Frage der Verhältnismäßigkeit und damit zusammenhängender Probleme ein.

Die Auswirkungen der kommenden Europäischen Beweisverordnung auf das deutsche Strafverfahren waren Gegenstand des Vortrages von Prof. *Dr. Robert Esser*, Universität Passau. Eine Umsetzung des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisverordnung vom 18.12.2008<sup>7</sup>, der bereits seit 19.1.2009 in Kraft ist, ist in Deutschland bisher nicht erfolgt. Eine Anwendung dieses Instrumentes durch deutsche Behörden sei somit derzeit nicht möglich. *Esser* ging daher besonders auf die Behandlung eintreffender Europäischer Beweisverordnungen ein, wobei er neben deren Anerkennung und Vollstreckung etwa die Möglichkeiten des Aufschubs oder der Versagung und die Frage der beiderseitigen Strafbarkeit thematisierte. Bereits im Entstehungsprozess sei der Rahmenbeschluss sowohl im Bundestag als auch dem Europäischen Parlament ausgesetzt gewesen, insbesondere weil repressive Maßnahmen schneller als Beschuldigtenrechte vereinheitlicht würden, der Verteidigung kein Recht auf Beantragung einer Europäischen Beweisverordnung zustehe und die Möglichkeiten, eine Vollstreckung abzulehnen, nur unzureichend seien. Dies seien nach wie vor zentrale Kritikpunkte. Ebenso komme es zu einer bedenklichen „Rechtswegspaltung“, da Rechtsbehelfe gegen die Anordnung und Vollstreckung zwar vor einem Gericht des Vollstreckungsstaates, sachliche Gründe für den Erlass der Europäischen Beweisverordnung aber nur vor einem Gericht des Anordnungsstaates angefochten werden können. Die Vereinbarkeit dieser Regelung in Art. 18 des Rahmenbeschlusses mit Art. 47 EUC und Art. 13 EMRK sei mehr als fraglich. Auch seien etwa Fragen zu Beweiserhebungs- und Verwertungsregeln bisher nicht geklärt. Abschließend ging *Esser* noch auf die geplante Europäische Ermittlungsverordnung ein, die auch den Rahmenbeschluss zur Europäischen Beweisverordnung ersetzen soll. Diese sehe keine Begrenzung auf bestimmte Beweismittel vor, sondern nehme nur spezielle Arten von Maßnahmen an. Auch soll bei Maßnahmen, die ohne Zwangsmittel vollstreckt werden können, keine Ablehnung durch den Vollstreckungsstaat mehr möglich sein. Die Probleme, die bereits bei der Europäischen Beweisverordnung angesprochen wurden, bestünden aber auch hier weiter. Für die Zukunft sei eine Mindestharmonisierung innerhalb der EU, verbunden mit einer rechtsstaatlichen Ausgestaltung im Detail, erforderlich für eine von gegenseitigem Vertrauen getragene Zusammenarbeit beim Austausch von Beweismitteln und Informationen in Strafverfahren.

---

<sup>2</sup> BVerfG NJW 2009, 2431.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 2010, 833.

<sup>4</sup> ZIS 2011, 60.

<sup>5</sup> Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates v. 13.6.2002.

<sup>6</sup> Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates v. 30.11.2009.

<sup>7</sup> Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008.

Mit dem Informationsaustausch für Zwecke der Strafverfolgung befasste sich auch Prof. *Dr. Mark Zöller*, Universität Trier, in seinem Vortrag über den „Austausch von Strafverfolgungsdaten zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union“.<sup>8</sup> Ausgehend vom Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen zeigte er, dass die darin enthaltene Vernetzung der Informationssysteme, verbunden mit einem unmittelbaren Zugriffsrecht der jeweiligen Mitgliedstaaten, bisher nur teilweise stattgefunden hat. Aus dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen ergebe sich aufgrund der allgemeinen Hindernisse des Rechtshilferechts kein verbindlicher Anspruch auf Informationsübermittlung für den ersuchenden Staat. Der als „Schwedische Initiative“ bezeichnete Rahmenbeschluss des Rates vom 18.12.2006<sup>9</sup> über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der EU wurde in Deutschland bisher nicht umgesetzt. Demgegenüber findet für den Bereich des Prümmer Vertrages ein gegenseitiger Online-Zugriff unter den beteiligten Staaten jedenfalls auf DNA-Analysedateien, elektronisch gespeicherte Fingerabdrücke sowie KFZ- und Halterdaten statt. Ein Direktzugriff besteht aber auch hier nur für Daten aus Fahrzeugregistern, während für die beiden anderen Bereiche nur ein Zugriff auf Indexdateien gegeben ist und im Falle eines Treffers anschließend der reguläre Rechtshilfepfad beschritten werden muss. Kritisch sieht *Zöller* bei allen Maßnahmen zur Verbesserung des Informationsaustausches den defizitären Individualschutz durch fehlende Datenschutzregelungen. Ein ausreichender Standard für den Datenschutz auf europäischer Ebene sei bisher nicht vorhanden. Letztlich bestehe die Gefahr, dass der Grundsatz der Verfügbarkeit zu einer Umkehrung führe, weg von der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen und hin zur Rechtfertigung von Grundrechtsschutz.

Bei der den spannenden Tagungstag abschließenden Podiumsdiskussion unter der Moderation von *Dr. Björn Gercke* zum Thema „Collateral Damage? – Beschuldigten und Opferrechte in einem europäisierten Strafverfahren“ kritisierte dann auch Prof. *Norbert Gatzweiler* aus Sicht der Anwaltschaft, dass bei der Verbesserung der Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden die Rechte der Beschuldigten nicht ebenfalls ausreichend angepasst wurden und werden. Für den Bereich des Opferschutzes sah die Vertreterin des Weißen Rings, *RAin Barbara Wüsten*, in den letzten Jahren positive Bestrebungen, etwa durch die Richtlinie zur Opferentschädigung. Allerdings bestehe bei Taten im Ausland oder mit Auslandsbezug nach wie vor Verbesserungsbedarf hinsichtlich der Situation der Opfer. Auch das Adhäsionsverfahren war Gegenstand der Diskussion. Prof. *Dr. Arndt Sinn*, Universität Osnabrück, kritisierte insbesondere, dass es an einer wirklichen europäischen Kriminalpolitik fehle. Bedauerlich sei in diesem Zusammenhang auch, dass eine Lobby für das Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft kaum vorhanden sei.

Neben den Vorträgen und der Diskussionsrunde bot die Tagung nicht zuletzt auch Gelegenheit zu Randgesprächen

und persönlichem Erfahrungsaustausch, die von den Teilnehmern ausgiebig genutzt wurde. Nicht zuletzt dadurch wurde das Ziel der Veranstaltung, den Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis allgemein im Bereich des Rechts der Inneren Sicherheit und speziell zum Thema der transnationalen Strafverfolgung zu fördern, ohne Zweifel mehr als erreicht. Dass noch am Tagungstag aus dem Teilnehmerkreis wiederholt der Wunsch nach einer regelmäßigen Veranstaltung des Forums in Trier geäußert wurde, dürfte daher nicht nur das ISP und das LKA als Veranstalter gefreut haben.

---

<sup>8</sup> ZIS 2011, 64.

<sup>9</sup> Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates v. 18.12.2006.

# Transnationaler Zugriff auf Computerdaten

Von RiOLG Dr. Wolfgang Bär, Bamberg

*Seit dem Einzug der Personalcomputer in allen Bereichen der Wirtschaft und des Privatlebens sowie der ständig weiter zunehmenden Vernetzung der EDV-Anlagen mit der rasanten Ausbreitung des Internets bestimmen schon heute die Informationstechnologien und das Internet unsere Arbeitsabläufe und Arbeitsweisen. Die mit diesen neuen Techniken verbundene Digitalisierung aller Tätigkeiten birgt aber auch vielfältige neue Gefahren und Risiken in sich und eröffnet Straftätern neuartige Missbrauchsmöglichkeiten, wenn Computerdaten und -systeme in qualitativ und quantitativ stark zunehmender Weise zu Tatmittel oder Tatobjekt werden. Dabei setzen Straftäter technisch immer weiter fortentwickelte Methoden zur Tatbegehung ein, mit denen es heute möglich ist, gesamte Bereiche der Wirtschaft lahm zu legen und vor allem auch hohe Schäden anzurichten. Dabei ist es den Straftätern über die weltweiten Datennetze in zunehmendem Maße möglich, die jeweiligen Taten auch vom Ausland aus zu begehen, aber gleichwohl einen strafrechtlich relevanten Taterfolg im Inland herbeizuführen. Zur Tataufklärung muss daher häufig auch auf Beweismittel im Ausland zugegriffen werden. Im Folgenden sollen daher – ausgehend von den eigenen nationalen Ermittlungsbefugnissen – die rechtlichen Möglichkeiten aufgezeigt werden, die sich bei der transnationalen Sicherung von Computerdaten ergeben. Dabei wird hinsichtlich der relevanten Eingriffsbefugnisse zwischen Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen, Eingriffen in die Telekommunikation und Ermittlungsmöglichkeiten in Datennetzen differenziert, wobei abschließend auch Fragen der Verwertung im Ausland erlangter Beweismittel zu erörtern sind.*

## I. Durchsuchung und Beschlagnahme

### 1. Begriff „Durchsuchung“

Mit § 102 und § 103 StPO wird den Ermittlungsbehörden die Befugnis eingeräumt, Wohnungen oder andere Räume von Verdächtigen sowie auch anderen Personen nach Beweismitteln zu durchsuchen und in einem zweiten Schritt etwaige vorgefundene Beweise nach §§ 94 ff. StPO sicherzustellen oder zu beschlagnahmen. Während bei herkömmlichen Durchsuchungen die relevanten Beweismittel regelmäßig in Papierform vorgefunden wurden, ist dies beim Einsatz der modernen EDV-Techniken eher der Ausnahmefall. Die Ermittlungsbehörden müssen deshalb vorhandene EDV-Anlagen und Speichermedien zum einen zur Sichtung und Sichtbarmachung der gespeicherten Daten verwenden. Zum anderen kann die EDV-Anlage aber auch dazu dienen, bisher noch nicht gefundene beweisrelevante Daten erst auf internen oder externen Speichermedien zu suchen, die sich physikalisch an einem anderen Speicherort im In- oder Ausland befinden können.

Unter dem Durchsuchungsbegriff ist nach seinem sprachlichen Verständnis als eine Tätigkeit zu verstehen, die einer Sache nachspürt, sie sorgfältig untersucht und durchforscht, und sich darum bemüht, etwas aufzufinden, indem ein Objekt bis in den letzten Winkel abgesucht wird. Sinnverwandte

Ausdrücke sind damit das Durchforschen, Erforschen, Nachsehen, Auskundschaften, Durchstöbern und „Filzen“.<sup>1</sup> Kennzeichnend für die Durchsuchung ist damit ein Verhalten, dem inhaltlich nur Grenzen durch die Zweckbestimmung der jeweiligen Handlung und die zu durchsuchenden Räumlichkeiten gezogen sind. Es ist daher mit dem Zweck des Eingriffs vereinbar, eine in den durchsuchten Objekten vorgefundene EDV-Anlage in Betrieb zu nehmen oder weiter zu benutzen. Kommt es bei einer Benutzung der fremden EDV-Anlage oder bei einer Auswertung sichergestellter Unterlagen auf vorgefundenen Datenträgern oder auf der Zentraleinheit bzw. dem Server zum Aufruf vorhandener Computerprogramme oder zur Kopie solcher Anwendungen, ist die darin ggf. zu sehende Verletzung fremder Urheberrechte i.S.d. §§ 16 ff. UrhG in jedem Fall durch die gesetzlichen Schranken des Urheberrechts abgedeckt, da in § 45 UrhG eine Herstellung einzelner Vervielfältigungsstücke von Werken zur Verwendung in Verfahren vor einer Behörde oder einem Gericht ausdrücklich zugelassen wird.<sup>2</sup>

### 2. Externe Datenhaltung im Inland

Besteht von den Computeranlagen aus, die in den durchsuchten Objekten vorgefunden werden, die Möglichkeit, neben lokal gespeicherten Daten auch weitere Dateien abzurufen, die physikalisch auf einem externen Speicher vorgehalten werden, der sich nicht in den primär durchsuchten Räumlichkeiten befindet, muss die Frage einer Reichweite der Durchsuchungsmaßnahme erörtert werden. Da es sich bei der Durchsuchung um eine offen gegenüber dem Beschuldigten bzw. Dritten ausgeführte Zwangsmaßnahme handelt,<sup>3</sup> kann eine Durchsuchung über Netzwerke nicht allein auf § 102 StPO bzw. § 103 StPO gestützt werden. Vielmehr werden durch die konkrete Bezeichnung des Durchsuchungsobjekts im Anordnungsbeschluss auch die räumlichen Grenzen für die Umsetzung festgelegt. Diese Begrenzungen führen zu erheblichen Beschränkungen bei einer Suche nach beweisrelevanten Daten in Computernetzwerken. Dies hat eine große praktische Relevanz, weil durch neue technische Möglichkeiten wie „Cloud Computing“ oder „Cloud Storage“ viele Firmen und private PC-Anwender dazu übergegangen sind, beweisrelevante Daten und Programme nicht mehr auf dem eigenen Rechner vorzuhalten, sondern extern auf einem oder mehreren Servern von Fremdanbietern abzuspeichern. Der Ausbau entsprechender Speichermedien wird derzeit in erheblichem Umfang von der Industrie forciert, wobei sogar von einem abermaligen Strukturwandel der Computerwelt ausgegangen wird, so dass Experten davon ausgehen, dass sich hier innerhalb weniger Jahre ein Milliarden-Markt in

<sup>1</sup> Vgl. näher: Bär, Handbuch zur EDV-Beweissicherung im Strafverfahren, 2007, Rn. 361-354.

<sup>2</sup> Vgl. näher: Bär (Fn. 1), Rn. 365 f.

<sup>3</sup> Vgl. nur BGHSt 51, 211 sowie näher Bär (Fn. 1), Rn. 367-371.

Deutschland entwickeln wird.<sup>4</sup> Dabei kann sich der jeweilige Server mit den Daten sowohl im Inland als auch auf einem ausländischen Server befinden.<sup>5</sup>

Vor diesem Hintergrund hatte deshalb bereits die Cyber-Crime-Konvention des Europarats vom 23.11.2001<sup>6</sup>, die mit Zustimmungsgesetz vom 5.11.2008<sup>7</sup> ratifiziert wurde, in Art. 19 Abs. 2 im Rahmen der nationalen strafprozessualen Bestimmungen vorgesehen, dass durch entsprechende Regelungen bei Durchsuchungen eines Computersystems im Strafverfahrensrecht sicherzustellen ist, dass auch auf Daten in einem anderen Computersystem im eigenen Hoheitsgebiet zugegriffen werden kann. Diesen Anforderungen hat der Gesetzgeber zum 1.1.2008 durch die Schaffung eines neuen § 110 Abs. 3 StPO Rechnung getragen. Die dort vorgesehene Online-Sichtung von Daten führt damit quasi zu einer „Online-Durchsuchung light“,<sup>8</sup> jedoch ohne Einsatz technischer Mittel. Danach darf nunmehr die Durchsicht elektronischer Speichermedien auch auf räumlich getrennte Speichermedien erstreckt werden, wenn darauf vom Speichermedium des Betroffenen aus zugegriffen werden kann. Durch diese Regelung soll ein Verlust beweiserheblicher Daten vermieden werden, die sich auf räumlich getrennten Speichermedien im Internet oder Intranet befinden. Da dem § 110 Abs. 3 StPO keine weiteren Einschränkungen hinsichtlich der zu sichernden Daten entnommen werden können, ist ein Zugriff auf alle externen Dateien möglich. Voraussetzung ist nur, dass der externe Speicherplatz von einer während der Durchsuchung vorgefundenen EDV-Anlage aus zugänglich ist, d.h. dieses Computersystem so konfiguriert ist, dass eine Erweiterung der Durchsicht auf andere über ein Netzwerk angeschlossene Speichermedien technisch möglich ist.<sup>9</sup> Von § 110 Abs. 3 S. 1 StPO erfasst werden damit Fallgestaltungen, bei denen der Betroffene z.B. von einem entsprechenden Anbieter (sog. filehoster) Speicherplatz gemietet hat, auf den nur online – etwa über einen am Rechner vorgefundenen Hyperlink – über Datennetze zugegriffen werden kann.<sup>10</sup> Werden im Rahmen

der Durchsuchung Passwörter für den Zugang zu solchen externen Speichermedien des Betroffenen gefunden, ist ein Abruf der dortigen Informationen ebenfalls zulässig, so dass hier auch ein Abruf von gespeicherten E-Mails des von der Durchsuchung Betroffenen in Betracht kommt, wenn dies die konkrete Konfiguration des vorgefundenen Rechners gestattet.<sup>11</sup> Ggf. können insoweit durch ein Auskunftsverlangen beim Provider gem. § 113 Abs. 1 S. 2 TKG i.V.m. §§ 161, 163 StPO zur Durchführung der Durchsicht auch vorab die entsprechenden Zugangsdaten herausverlangt werden. Eine Anwendung des § 110 Abs. 3 StPO ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Durchsuchung zu einer heimlichen Maßnahme gegenüber dem Gewahrsamsinhaber der online zugänglichen Daten wird. Dessen Interessen wird nach § 110 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO durch die entsprechende Anwendung von § 98 Abs. 2 StPO Rechnung getragen, indem dieser bei einem Zugriff auf seine Daten durch die Möglichkeit zur Beantragung einer richterlichen Bestätigung der Beschlagnahme Gelegenheit zum Rechtsschutz erhält. Die Durchsicht ist zulässig, wenn andernfalls mit einem Daten- bzw. Beweismittelverlust zu rechnen ist. Da eine Sicherstellung am Ort der Datenhaltung meist mit zeitlichen Verzögerungen verbunden sein wird, besteht diese Gefahr des Datenverlustes bei Computerdaten regelmäßig. Die Hauptschwierigkeit in der Praxis bei Maßnahmen nach § 110 Abs. 3 StPO besteht aber darin, dass jeweils der Standort des Servers mit den beweiserlevanten Daten im In- oder gar im Ausland geklärt werden muss, um festzustellen, ob der Eingriff über den nationalen Hoheitsbereich hinaus ausgedehnt wird. Dies kann z.B. durch trace-routing erfolgen, wobei aus den Top-Level-Domains und Länderkennungen des jeweiligen Internet-Angebots nicht notwendig auf den Standort des Rechners geschlossen werden kann. Vielmehr entfalten diese Angaben – ebenso wie eine verwendete IP-Adresse – nur eine Indizwirkung. Erfolgt in diesen Fällen eine Sicherung der beweiserlevanten Daten und wird nachträglich festgestellt, dass die jeweiligen Dateien nicht im Inland, sondern auf einem ausländischen Server gespeichert waren, führt dies zur Frage, ob von einem Beweisverwertungsverbot in Bezug auf die sichergestellten Daten auszugehen ist.<sup>12</sup>

### 3. Externe Datenhaltung im Ausland

In jeden Fall lässt sich der nationalen Befugnis zur Online-Sichtung von Daten keine Rechtsgrundlage für einen Zugriff auf im Ausland gespeicherte Daten entnehmen. Durch derartige Online-Ermittlungen kann es vielmehr zu einer Verletzung fremder Souveränitätsrechte kommen, wobei durch solche Direktermittlungen im Ausland etwaige bestehende Rechtshilfeübereinkommen unterlaufen werden können. Befinden sich die beweiserlevanten Daten tatsächlich im Ausland, kann hier auf die entsprechenden Regelungen in Art. 29 und 32 der Cyber-Crime-Konvention zurückgegriffen werden. Ein „transborder-search“ ist als einseitiger Zugriff auf ausländische gespeicherte Daten im Fall des Art. 32 in

<sup>4</sup> Bis zum Jahr 2015 wird von einem jährlichen Durchschnittswachstum bei „Cloud Computing“ von 48 % ausgegangen. Vgl. näher den Bericht dazu unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Steve-Ballmer-und-Rene-Obermann-Offene-Plattformen-und-Standards-fuers-Cloud-Computing-1102732.html>.

<sup>5</sup> Vgl. zum Cloud Computing bzw. Cloud Storage näher: Nägele/Jacobs, ZUM 2010, 281; Obenhaus NJW 2010, 651; Gercke, CR 2010, 345; Niemann/Hennrich CR 2010, 686.

<sup>6</sup> Vgl. zum Text: <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/185.htm>.

<sup>7</sup> Vgl. BGBl. II 2008, S. 1242.

<sup>8</sup> Schlegel, HRRS 2008, 23.

<sup>9</sup> Vgl. Bär, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 58. Lfg., Stand: August 2010, § 100a Rn. 71; Hegmann, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.8.2010, § 110 Rn. 13 f.; Schlegel, HRRS 2008, 23 (28); Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 110 Rn. 6.

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 64.

<sup>11</sup> Vgl. Bär (Fn. 9), § 100a Rn. 71; Schlegel, HRRS 2008, 23 (30); Meyer-Goßner (Fn. 9), § 110 Rn. 6.

<sup>12</sup> Vgl. dazu näher unter IV.

zwei Fällen zulässig: Zum einen kommt gem. Art 32 lit. a eine Sicherung ausländischer Daten immer dann ohne Rückgriff auf Rechtshilfeersuchen in Betracht, wenn die gesuchten Dateien frei zugänglich sind. Gleiches gilt zum anderen, wenn eine rechtmäßige und freiwillige Zustimmung der zur Datenübermittlung berechtigten Person vorliegt, so dass unter diesen Voraussetzungen etwa auch ein Zugriff auf E-Mail-Konten auf ausländischen Servern oder auf Daten in Betracht kommt, die im Rahmen von „Cloud Computing“ ins Ausland ausgelagert wurden.<sup>13</sup> Sollte diese Möglichkeit des unmittelbaren Zugriffs nicht bestehen, kann auf der Grundlage des Art. 29 Cyber-Crime-Konvention eine beschleunigte Sicherung ausländischer Daten ohne vorheriges förmliches Rechtshilfeersuchen erfolgen. Notwendig hierfür ist ein formloses Ersuchen an den anderen Vertragsstaat zur Vorabsicherung der beweisrelevanten Daten, das inhaltlich den Anforderungen des Art. 29 Abs. 2 Cyber-Crime-Konvention entsprechen muss. Nach Eingang des Ersuchens hat der Vertragsstaat gem. Art. 29 Abs. 3 S. 1 Cyber-Crime-Konvention geeignete Maßnahmen zur umgehenden Sicherung der Daten zu treffen, wobei die beiderseitige Strafbarkeit keine Voraussetzung für die Vornahme der Sicherung ist (Art. 29 Abs. 3 S. 2 Cyber-Crime-Konvention). Durch diese vorläufige Maßnahme lässt sich damit eine Sicherung der beweisrelevanten Daten erreichen, die viel schneller und effektiver als traditionelle Rechtshilfehandlungen ist. Die gesicherten Daten müssen zunächst gem. Art. 29 Abs. 7 Cyber-Crime-Konvention mindestens 60 Tage aufbewahrt werden. Neben der Cyber-Crime-Konvention sieht auch der EU-Rahmenbeschluss über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln vom 22.7.2003<sup>14</sup> entsprechende Regelungen zur Anerkennung von richterlichen Beschlüssen zur Durchsuchung und Sicherstellung von Beweismitteln in anderen EU-Mitgliedsstaaten ohne Anerkennungsverfahren mit schneller Vollstreckung bei 32 Deliktgruppen vor. Diese Vorgaben wurden mit Gesetz vom 6.6.2008 zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses<sup>15</sup> inzwischen in den §§ 94 ff. IRG in nationales Recht umgesetzt.

### III. Eingriffe in die Telekommunikation

#### 1. Telekommunikationsdaten

Für das juristische Verständnis und die praktische Umsetzung von Eingriffsmaßnahmen muss zunächst Klarheit über die bei einem Kommunikationsvorgang anfallenden Daten sowie die Befugnisse zu deren Erhebung und Speicherung und über die relevanten gesetzlichen Zugriffsmöglichkeiten bestehen.<sup>16</sup> Abgestuft nach der Eingriffsintensität in die Rechte des Betroffenen ist vom geringsten zum stärksten Eingriff zu unterscheiden zwischen Bestands- oder Benutzerdaten, Verkehrs-

daten einschließlich sog. Positions- oder Standortdaten beim Mobilfunk sowie Nutzungsdaten und Inhaltsdaten.

Nachdem sowohl jeder Internetzugang als auch jedes Mobiltelefon nur mit speziellen, dem Nutzer zugewiesenen bzw. überlassenen Kennungen und Passwörtern genutzt werden können, sind diese Informationen als sog. Zugangsdaten für das Ermittlungsverfahren von besonderem Interesse. Durch den Verweis in § 113 Abs. 1 S. 2 TKG auf die Ermittlungsgeneralklausel §§ 161, 163 StPO wird klargestellt, dass ein Zugriff auf diese Daten ohne Eingriff in des Fernmeldegeheimnis zulässig ist.

Bestandsdaten der Telekommunikation sind in § 3 Nr. 3 TKG legal definiert als die personenbezogenen Daten eines Kunden, die zur Begründung, inhaltlichen Ausgestaltung sowie Änderung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses erhoben werden. Eine fast wortgleiche Definition enthält § 14 Abs. 1 TMG für Bestandsdaten bei Telemedien. Bestandsdaten fallen nicht in den Schutzbereich des Art. 10 GG. Ihre Erhebung ist nur mit einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG verbunden. Der Umfang zu erhebender Bestandsdaten wird mit der datenschutzrechtlichen Befugnis in § 95 Abs. 1 TKG allgemein festgelegt, nur hinsichtlich der in § 111 Abs. 1 TKG aufgeführten Daten wird eine Speicherpflicht für die Provider begründet.<sup>17</sup> Zu den Bestandsdaten gehören gem. § 111 Abs. 1 S. 1 TKG damit Rufnummern und andere Anschlusskennungen (Nr. 1), Name und Anschrift des Anschlussinhabers einschließlich des Geburtsdatums bei natürlichen Personen (Nr. 2, 3), die konkrete örtlichen Lage des Festnetzanschlusses (Nr. 4), die Gerätenummer (IMEI) des Mobiltelefons, soweit dieses – wie in der Praxis üblich – bei Vertragsschluss dem Kunden vom Provider auch ein Handy überlassen wird. Die Speicherpflicht besteht auch bei sog. Prepaid-Produkten (§ 111 Abs. 1 S. 1 TKG). Nach § 111 Abs. 1 S. 3 TKG trifft die Speicherpflicht auch Anbieter der elektronischen Post. Ein Zugriff auf diese Bestandsdaten ist über §§ 112 und 113 TKG zulässig.

Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 30 TKG sind unter Verkehrsdaten alle Daten zu subsumieren, die bei der Erbringung eines TK-Dienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Nach der Legaldefinition des § 96 Abs. 1 TKG gehören dazu u.a. die Nummern oder Kennungen der beteiligten Anschlüsse oder der Endeinrichtungen einschließlich der Standortdaten (Funkzelle) bei mobilen Anschlüssen (Nr. 1), Beginn und Ende der jeweiligen Verbindung nach Datum und Uhrzeit sowie übermittelte Datenmengen (Nr. 2), der vom Nutzer in Anspruch genommene Telekommunikationsdienst (Nr. 3) sowie sonstige zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung der Telekommunikation sowie zur Entgeltabrechnung notwendige Verkehrsdaten (Nr. 5). Diese Verkehrsdaten dürfen nur für Abrechnungszwecke erhoben und gespeichert werden. Die ergänzend dazu in § 113a TKG a.F. enthaltene verdachtsunabhängige Vorratsdatenspeicherung der Verkehrsdaten ist verfassungswidrig und damit nichtig.<sup>18</sup> Eine

<sup>13</sup> Kritisch insoweit: *Gercke*, CR 2010, 345 (348).

<sup>14</sup> ABl. EU 2003 Nr. L 196, S. 45.

<sup>15</sup> BGBl. I 2008, S. 995.

<sup>16</sup> Vgl. ausführlich dazu: Vgl. *Bär* (Fn. 9), Vor §§ 100a-100i Rn. 7 ff.; *Bär* (Fn. 1), Rn. 12-46; *Seitz*, Strafverfolgungsmaßnahmen im Internet, 2004, S. 62-68.

<sup>17</sup> Vgl. *Hoeren*, JZ 2008, 668 (670).

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG NJW 2010, 833 sowie eingehend dazu *Bär* (Fn. 9), Vor §§ 100a-100i Rn. 6a und 15 ff.

Auskunft über Verkehrsdaten kann nur auf der Grundlage des § 100g StPO verlangt werden.

Soweit den Ermittlungsbehörden demgegenüber bei einem Abruf von inkriminierten Inhalten im Internet eine dynamische IP-Adresse des Täters bereits bekannt ist, bedarf es nur noch die Zuordnung dieser Daten zu einer Person. Welche Rechtsgrundlage für eine solche Personenauskunft zur dynamischen IP-Adresse einschlägig ist, war lange Zeit umstritten.<sup>19</sup> Da sich die vom Provider geforderte Auskunft einerseits nur auf ein Bestandsdatum bezieht, andererseits aber die Auskunft nur durch einen Rückgriff auf die gespeicherten Verkehrsdaten erfolgen kann, liegt die Eingriffsqualität zwischen § 113 TKG und § 100g StPO. Der Gesetzgeber hatte deshalb zur Klarstellung in § 113b letzter Hs. TKG eine ergänzende Regelung aufgenommen, aus der sich eine Anwendung des Auskunftsverfahrens nach § 113 TKG insoweit ergab. Da diese Regelung aber mit dem Urteil des BVerfG vom 2.3.2010<sup>20</sup> für nichtig erklärt wurde, kann darauf seitdem nicht mehr zurückgegriffen werden. Nach Auffassung des BVerfG ist die Personenauskunft zu einer dynamischen IP-Adresse zwar mit einem Eingriff in Art. 10 GG verbunden, jedoch fordert eine solche Ermittlungsmaßnahme keinen Richtervorbehalt und muss auch keinem begrenzenden Rechtsgüter- oder Straftatenkatalog unterstellt werden. Erforderlich ist nur, dass die Auskunft nur bei hinreichendem Anfangsverdacht auf einzelfallbezogener Tatsachenbasis erteilt wird. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien genügt auch § 113 TKG für eine solche Personenauskunft den verfassungsrechtlichen Anforderungen für einen Eingriff, soweit ein Anfangsverdacht für eine Straftat besteht.

Nur für Telemedien findet sich in § 15 TMG mit den sog. Nutzungsdaten eine weitere Datenkategorie. Telemedien sind nach der negativen Generalklausel des § 1 Abs. 1 TMG alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die weder dem Bereich der Telekommunikation noch dem Rundfunk zuzuordnen sind.<sup>21</sup> Neben den beim Aufbau der Verbindung anfallenden Verkehrsdaten können hier nach der Legaldefinition des § 15 Abs. 1 S. 2 TMG während der Kommunikation vom jeweiligen Anbieter weitere zusätzliche Informationen erhoben werden, welche die konkrete Nutzung einzelner Angebote von Telemedien oder sogar konkreter Webseiten betreffen, soweit diese Daten für Abrechnungszwecke erforderlich sind. Ein Zugriff auf diese Daten kann regelmäßig über § 100g StPO sowie im Einzelfall auch über § 100a StPO erfolgen.<sup>22</sup>

Unter Inhaltsdaten sind alle bei einem Kommunikationsvorgang anfallenden Informationen und Nachrichten zu ver-

stehen, die im Rahmen der Telekommunikation i.S.d. § 3 Nr. 22 TKG übertragen bzw. ausgetauscht werden. Hierunter fallen neben den Kommunikationsinhalten alle verkehrsbegleitenden Informationen in Form der Verkehrs- bzw. Nutzungsdaten. Dazu gehören neben den konkreten Gesprächsinhalten auch die beim Datenverkehr übertragenen Töne, Bilder oder Signale aller Art oder beim E-Mail- bzw. SMS-Verkehr bzw. bei Voice over IP (VoIP) die individuellen Inhalte der einzelnen übermittelten Nachrichten. Der Zugriff auf diese Daten beinhaltet den weitestgehenden Eingriff in die Rechte des Betroffenen und ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 100a StPO zulässig.

## 2. Überwachung der Telekommunikation

Mit der zum 1.1.2008 in wesentlichen Punkten überarbeiteten Regelung des § 100a StPO besteht die Befugnis, alle modernen Kommunikationsformen, die von der Übertragung von Tönen, Bildern, Signalen bis hin zur Daten reichen, zu überwachen. Durch den Wegfall der Beschränkung in § 100b Abs. 3 StPO auf geschäftsmäßige Betreiber, kann eine Überwachung nun auch in geschlossenen Benutzergruppen oder betriebsinternen Netzen erfolgen, wenn eine der in § 100a Abs. 2 StPO abschließend aufgeführten Katalogtaten vorliegt. Eine Überwachungsanordnung kann dabei gem. § 100b Abs. 3 StPO gegenüber dem Beschuldigten, den sog. aktiven oder passiven Nachrichtenmittlern, ergehen oder aber auch gegenüber unbeteiligten Dritten, wenn der Beschuldigte deren Anschluss benutzt.<sup>23</sup> Eine solche Maßnahme darf gem. § 100a Abs. 4 StPO nur dann erlassen werden, wenn allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Dazu zählen nur intime Gespräche, unter Rückgriff auf § 100c Abs. 4 S. 2 und S. 3 StPO aber nicht Kommunikationsvorgänge in Betriebs- und Geschäftsräumen sowie Gespräche über die Planung und Verabredung von Verbrechen.<sup>24</sup>

## 3. Reichweite der Überwachung mit Auslandsbezug

Für die Umsetzung einer solchen Überwachungsanordnung finden sich detaillierte Regelungen zu den formalen Voraussetzungen in § 100b Abs. 2 StPO sowie eine Verpflichtung der Provider zur Umsetzung solcher Anordnungen gem. § 100b Abs. 3 StPO i.V.m. § 110 TKG einschließlich der Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV). Dort enthält § 4 TKÜV auch wesentliche Regelungen für die TK-Überwachung mit Auslandsbezug. Da ein ausländischer Provider nicht der deutschen Hoheitsgewalt unterliegt, ist eine Überwachung eines TK-Anschlusses eines inländischen Beschuldigten gem. § 4 Abs. 1 TKÜV grundsätzlich ausgeschlossen, wenn sich dieser mit seinem Mobilfunkgerät im Ausland befindet. Dazu finden sich aber in § 4 Abs. 1 letzter Hs. und in Abs. 2 TKÜV zwei wichtige Ausnahmen: Zum

<sup>19</sup> Vgl. näher: Bär (Fn. 1), Rn. 205-213; Bär (Fn. 9), § 100g Rn. 26-27a.

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG NJW 2010, 833.

<sup>21</sup> Gemeint sind z.B. Verteildienste mit Angeboten für Austauschverträge sowie Abrufdienste von Text- oder Bild darbietungen auf Anforderung (vgl. näher: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2008, § 1 TMG S. 1402; Mückl, JZ 2007, 1077 [1080]; Hoeren, NJW 2007, 801 [802]; Spindler, CR 2007, 239 [240]).

<sup>22</sup> Vgl. Bär (Fn. 9), § 100g Rn. 34.

<sup>23</sup> Vgl. näher Vgl. Bär (Fn. 9), § 100a Rn. 36-39.

<sup>24</sup> Vgl. BGH NJW 2009, 519; dies gilt auch, wenn Gespräche über Planung und Verabredung von Verbrechen in intime Inhalte (z.B. Gebete) eingebettet werden (BGH NJW 2010, 44 [47]).

einen ist eine Überwachung dann zulässig, wenn die Telekommunikation vom Ausland aus an einen im Inland gelegenen TK-Anschluss um- oder weitergeleitet wird. Ruft der Täter etwa von Ausland aus seine inländische Mobilbox mit gespeicherten Nachrichten ab, findet eine Kommunikation im Inland statt, die dem deutschen Hoheitsrecht unterliegt und deshalb überwacht werden kann. Zulässig ist zum anderen auch die sog. Auslandskopfüberwachung gem. § 4 Abs. 2 TKÜV.<sup>25</sup> Hierbei handelt es sich um einen Kommunikationsvorgang, der von einem unbekanntem inländischen Anschluss mit einer bekannten Rufnummer im Ausland geführt wird. In diesem Fall kann der Gesprächsinhalt, der über einen der wenigen Verbindungspunkte des nationalen TK-Netzes zu den internationalen Netzen abgewickelt wird, im Inland aufgezeichnet werden.

Sind diese Möglichkeiten des § 4 TKÜV nicht gegeben, kommt nur eine Überwachung der Telekommunikation im Ausland unter Zuhilfenahme des ausländischen Providers im Wege der Rechtshilfe in Betracht. Eine Rechtsgrundlage für eine solche Erhebung von Inhaltsdaten der Kommunikation in Echtzeit findet sich in Art. 34 der Cyber-Crime-Konvention.<sup>26</sup> Daneben enthält das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen innerhalb der EU (kurz: EU-RhÜbK) vom 29.5.2000<sup>27</sup> detaillierte Regelungen in Art. 17-22 für die Umsetzung von Überwachungsanordnungen im Wege der Rechtshilfe. Die Durchführung von solchen Maßnahmen richtet sich grundsätzlich nach Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbK nach dem Recht des ersuchenden Staates.<sup>28</sup>

#### 4. Überwachung des E-Mail-Verkehrs im In- und Ausland

Besondere Rechtsfragen ergeben sich in Bezug auf die Überwachung des E-Mail-Verkehrs.<sup>29</sup> Hierbei wird herkömmlicherweise zwischen vier Phasen der Kommunikation unterschieden. In der Phase 1 wird die Nachricht vom Absender über dessen Provider an den TK-Anbieter weitergeleitet, bei dem der Empfänger sein elektronisches Postfach hat. Dort wird die jeweilige Nachricht in einer zweiten Phase im jeweiligen elektronischen Postfach so lange zwischengespeichert, bis der Empfänger diese an ihn gerichtete Nachricht in der Phase 3 aus seinem Postfach aufruft. In einer Phase 4 kann dann die angekommene Nachricht beim Empfänger auf seinem Computer weiterhin gespeichert werden. In seiner Entscheidung vom 16.6.2010<sup>30</sup> geht das BVerfG davon aus, dass der zugangsgesicherte Kommunikationsinhalt während der gesamten Übertragung der Nachricht durch Art. 10 GG geschützt ist, da die E-Mail sich auch noch im Stadium der Zwischenspeicherung im Herrschaftsbereich des Providers

befindet und der Nutzer keine technische Möglichkeit hat, eine Weitergabe seiner E-Mails zu verhindern. Dieser technisch bedingte Mangel erfordert deshalb den besonderen Schutz durch Art. 10 GG. Dies führt für die Zugriffsmöglichkeiten auf E-Mails dazu, dass in der Phase 1 und 3 während des Übertragungsvorgangs immer nur ein Rückgriff auf § 100a StPO als Eingriffsmächtigung in Betracht kommt. Während der Zwischenspeicherung in Phase 2 genügen demgegenüber die §§ 94 ff. StPO den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Eingriffe in Art. 10 GG, so dass auf dieser Grundlage ein einmaliger Zugriff auf gespeicherte E-Mails beim Provider möglich ist.<sup>31</sup> Nach Auffassung des BGH kommt während der Zwischenspeicherung insoweit ein Rückgriff auf § 99 StPO mit einer richterlichen Anordnung gem. § 100 StPO in Betracht.<sup>32</sup> Eine Sicherstellung bzw. Beschlagnahme gespeicherter E-Mails muss aber stets den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berücksichtigen, so dass eine Sicherung des gesamten E-Mail-Bestandes auf dem Mailserver des Providers gegen das Übermaßverbot verstoßen kann, wenn nicht eine Einschränkung des Eingriffs in Bezug auf etwaige Sender- oder Empfängerangaben oder bestimmte Suchbegriffe erfolgt ist.<sup>33</sup> E-Mails auf dem Rechner des Empfängers in der Phase 4 unterliegen demgegenüber nicht mehr dem Schutz durch Art. 10 GG, da dessen Schutzbereich endet, wenn die Nachricht beim Empfänger angekommen ist. Eine Sicherstellung dieser Daten ist daher nach §§ 94 ff. StPO oder 102 ff. StPO jederzeit möglich.<sup>34</sup>

Befindet sich der E-Mail-Server des Providers im Ausland, kommt hier ein Rückgriff auf § 110 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 32 lit. b Cyber-Crime-Konvention in Betracht. Falls die Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind, hat ein vorläufiges Sicherungsverfahren nach Art. 25 Abs. 3 i.V.m. 29 Cyber-Crime-Konvention zu erfolgen. Soweit es sich bei dem E-Mail-Provider um ein im Inland ansässiges Unternehmen handelt, das aber auch im Ausland entsprechende Angebote vorhält, kann auch eine Sicherstellungsanordnung gegenüber dem inländischen Provider erfolgen, wenn dieser mit einem deutschen Web-Angebot auftritt und so den Bezug zum Inland herstellt, auch soweit die relevanten Daten nur aus technischen Gründen ins Ausland ausgelagert werden. Daneben kommt im EU-Bereich auch eine Sicherstellungsanordnung auf der Grundlage des EU-Rahmenbeschlusses über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen und Beweismitteln vom 22.7.2003<sup>35</sup> in Betracht, dessen Umsetzung in nationales Recht in §§ 94 und 97 IRG erfolgt ist.

#### 5. Erhebung von Verkehrsdaten

Die Regelung zur Erhebung von Verkehrsdaten in § 100g StPO wurde zum 1.1.2008 grundlegend neu gefasst. Statt der vorher nur bestehenden Verpflichtung der Provider, vorhandene Verkehrsdaten an die Strafverfolgungsbehörden zu

<sup>25</sup> Vgl. näher: *Bär* (Fn. 9), § 100b Rn. 17; *Bock*, in: *Gepfert/Piepenbrock/Schütz/Schuster* (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar, TKG*, 3. Aufl. 2006, § 110 TKG Rn. 89; *Reinel*, *wistra* 2006, 205.

<sup>26</sup> Vgl. *Graf* (Fn. 26), § 100a Rn. 129.

<sup>27</sup> ABl. EG 2000 Nr. C 197, S. 1 ff.

<sup>28</sup> Vgl. dazu näher: *Schuster*, *NStZ* 2006, 657; *Brodowski*, *JR* 2009, 402 (410).

<sup>29</sup> Vgl. ausführlich dazu: Vgl. *Bär* (Fn. 9), § 100a Rn. 27-29b.

<sup>30</sup> Vgl. *BVerfG NJW* 2009, 2431.

<sup>31</sup> Vgl. *BVerfG NJW* 2009, 2431.

<sup>32</sup> Vgl. *BGH NStZ* 2009, 397 m. Anm. *Bär*.

<sup>33</sup> Vgl. *BGH NJW* 2010, 1297.

<sup>34</sup> Vgl. § 100g Abs. 3 StPO für Verkehrsdaten, sowie *BVerfG NJW* 2006, 976.

<sup>35</sup> ABl. EU 2003 Nr. L 196, S. 45 ff.

übermitteln, enthält die Neuregelung – in Umsetzung von Art. 20 der Cyber-Crime-Konvention – eine eigene Befugnis zur Erhebung von Verkehrsdaten in Echtzeit. Eng verbunden mit dem Zugriff auf Verkehrsdaten waren dabei zur Umsetzung der EU-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung<sup>36</sup> die Regelungen über die anlassunabhängige Speicherung von Verkehrsdaten, die in den letzten sechs Monaten angefallen sind, in den bisherigen §§ 113a und 113b TKG. Durch die Nichtigkeit dieser Regelungen auf Grund des BVerfG-Urteils vom 2.3.2010<sup>37</sup> ist auch der Anwendungsbereich des § 100g StPO stark eingeschränkt. Eine Speicherung von Verkehrsdaten der Kommunikation darf nach den §§ 96-101 TKG nur noch für Abrechnungszwecke oder bis zu einem Zeitraum von einer Woche auch zum Erkennen oder Beseitigen von Störungen im Netz erfolgen.<sup>38</sup> Da somit keine starren Mindestspeicherfristen für die Verkehrsdaten mehr gelten, hängt der Erfolg eines Auskunftersuchens der Ermittlungsbehörden bzgl. retrograder Verkehrsdaten von Zufälligkeiten ab. Dies führt vor allem bei Flatrate-Angeboten, bei Internet- und E-Mail-Diensten sowie bei Anonymisierungsangeboten sowie Prepaid-Mobiltelefonen zu erheblichen Einschränkungen bei den strafprozessualen Ermittlungen. Insoweit bildet die hier in Art. 16 Abs. 2 Cyber-Crime-Konvention vorgesehene „quick freeze“-Anordnung, die nach deutschem Recht auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO gestützt werden kann und darauf abzielt, angefallene Verkehrsdaten nicht zu löschen, sondern aufzubewahren, nur in wenigen Einzelfällen eine Alternative zur Vorratsdatenspeicherung. Dies gilt lediglich dann, wenn innerhalb weniger Tage nach der Tat eine Abfrage der Verkehrsdaten erfolgen kann.

Für den transnationalen Zugriff auf Verkehrsdaten sieht Art. 25 Abs. 3 i.V.m. Art. 29 Cyber-Crime-Konvention ein vorläufiges Sicherungsverfahren vor. Dieses ist kombiniert mit einer Verpflichtung zur umgehenden Weitergabe gespeicherter Verkehrsdaten in Art. 30 Cyber-Crime-Konvention. Ausdrücklich vorgesehen ist in Art. 33 Cyber-Crime-Konvention auch eine Erhebung von Verkehrsdaten in Echtzeit. Da in anderen EU-Staaten die Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung entsprechend der Richtlinie 2006/24/EG<sup>39</sup> bereits in nationales Recht umgesetzt wurden und teilweise sogar Speicherfristen für Verkehrsdaten bis zur dort in Art. 6 vorgesehenen Höchstdauer von zwei Jahren vorsehen, besteht auch die Aussicht, entsprechende Verkehrsdaten – je nach dem ersuchten EU-Mitgliedstaat – von den jeweiligen Providern tatsächlich noch zu erhalten.

<sup>36</sup> Vgl. Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG (ABl. EG 2006 Nr. L 105, S. 54 ff.).

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2010, 833.

<sup>38</sup> Vgl. dazu eingehend: Vgl. Bär (Fn. 9), Vor §§ 100a-100i Rn. 21-27 m.w.N.

<sup>39</sup> ABl. EU 2006 Nr. L 105, S. 54 ff.

### 6. Auskunft über Bestandsdaten

Der daneben im deutschen TKG vorgesehene Auskunftsanspruch in Bezug auf Verkehrsdaten im Online-Auskunftsverfahren nach § 112 TKG oder im manuellen Auskunftsverfahren nach § 113 TKG bietet die Möglichkeit zur Ermittlung der hinter einer Telefonnummer, E-Mail-Adresse oder IP-Adresse stehenden Person. Auch die Personenauskunft zu einer bereits ermittelten dynamischen IP-Adresse kann auf der Grundlage des § 113 TKG erfolgen.<sup>40</sup>

Soweit hier entsprechende Informationen zu einem im Ausland befindlichen Anschluss erforderlich sind, kann dies ebenfalls nur im Wege der Rechtshilfe erfolgen, da durch solche Ermittlungen fremde Souveränitätsrechte tangiert sein können. Ausnahmen können hier aber bei Gefahr in Verzug angenommen werden. Soweit entsprechende Informationen auch in öffentlich zugänglichen Internet-Angeboten zu finden sind, kann hier aber auch auf Art. 32 lit. a Cyber-Crime-Konvention zurückgegriffen werden.

### III. Ermittlungen in Datennetzen

Soweit durch die Ermittlungsbehörden im Wege der „Patrouille“ in Datennetzen nach strafbaren Inhalten gesucht wird, handelt es sich hierbei um keinen Grundrechtseingriff, wenn der betreffende Anbieter im Netz durch einen offenen Zugang sich auch mit einer Kontrolle durch Sicherheitsbehörden einverstanden erklärt hat. Dies gilt ebenso für Ermittlungen im sog. Web 2.0 bei sozialen Netzwerken aller Art, auch wenn von Seiten der Strafverfolgungsbehörden ein Chat unter einer Legende durchgeführt wird, soweit bei dem jeweiligen angebotenen Dienst keine Überprüfung der Identität des Benutzers erfolgt.<sup>41</sup> Eine anonyme oder pseudonyme Kommunikation von Polizeibeamten in diesen Netzwerken ist damit zulässig und kann auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO gestützt werden. Insoweit kann daher auch hier bei solchen Kontrollen in Datennetzen mit Auslandsbezug auf die Regelung des Art. 32 lit. a der Cyber-Crime-Konvention zurückgegriffen werden, soweit die relevanten Daten in den weltweiten Netzen frei zugänglich sind.

Die Grenze zum Eingriff wird erst dann überschritten, wenn die Ermittlungspersonen sich an geschlossenen Benutzergruppen beteiligen wollen oder von Seiten der jeweiligen Anbieter eine Identitätsprüfung durchgeführt wird. Gleiches gilt auch dann, wenn mit Hilfe entsprechender Software versucht wird, auf Daten in fremden informationstechnischen Systemen zuzugreifen. Eine solche Online-Durchsuchung ist derzeit im nationalen Recht nur auf polizeirechtlicher Grundlage etwa nach § 20k BKAG zulässig. Auch wenn § 20v Abs. 5 BKAG eine Datenweitergabe an die Strafverfolgungsbehörden zulässt, steht einer Verwertung erlangter Erkenntnisse im Strafverfahren § 161 Abs. 2 StPO mit dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs entgegen, da derzeit eine entsprechende strafprozessuale Befugnis hierfür fehlt.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> S.o. unter I. 1.

<sup>41</sup> Vgl. BVerfG MMR 2008, 315.

<sup>42</sup> Vgl. dazu näher: Vgl. Bär (Fn. 9), § 100a Rn. 70 m.w.N.

### IV. Verwertung von Beweismitteln

Ob eine Verletzung des Souveränitätsrechts fremder Staaten bei transnationalen Ermittlungen zu einem Beweisverwertungsverbot erlangter Erkenntnisse führt, ist bisher nur wenig geklärt. Ebenso wie bei einer Verletzung anderer Eingriffsnormen ist dem Strafverfahrensrecht aber ein allgemein geltender Grundsatz fremd, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht. Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Erkenntnisse ist vielmehr nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung jeweils nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verfahrensverstößes sowie der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter.<sup>43</sup> Dabei muss beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbotes, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf die Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, eines der wesentlichen Prinzipien des Strafrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind.<sup>44</sup> Die Bejahung eines Beweisverwertungsverbotes ist folglich die Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Von einem Beweisverwertungsverbot ist deshalb nur dann auszugehen, wenn einzelne Rechtsgüter durch Eingriffe fern jeder Rechtsgrundlage so massiv beeinträchtigt werden, dass dadurch das Ermittlungsverfahren als ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig geschädigt wird und folglich jede andere Lösung als die Annahme eines Verwertungsverbotes – jenseits des in § 136a Abs. 3 S. 2 StPO normierten – unerträglich wäre.<sup>45</sup> Ein Verbot der Verwertung gewonnener Erkenntnisse ist deshalb nur dann anzunehmen, wenn die Voraussetzungen für einen solchen Eingriff willkürlich angenommen, die relevanten Normen also bewusst und gezielt umgangen bzw. ignoriert werden oder wenn die Rechtslage in gleichgewichtiger Weise gröblich verkannt bzw. fehlerhaft beurteilt wird.<sup>46</sup>

Von einem solchen Beweisverwertungsverbot in Bezug auf Online-Ermittlungen ist daher etwa nur dann auszugehen, wenn der betreffende Staat einer Durchsuchung bzw. Verwertung von erlangten Beweismitteln bereits im Vorfeld widersprochen hat.<sup>47</sup> Im Übrigen ist bei einer etwaigen Verletzung des Territorialitätsgrundsatzes bei Ermittlungen im

Ausland ohnehin fraglich, ob der Rechtskreis des Betroffenen überhaupt tangiert ist, da mit dem völkerrechtlichen Souveränitätsrecht keine subjektiven Rechte des unmittelbar Betroffenen geschützt werden.<sup>48</sup> Vor diesem Hintergrund wird daher nur in den seltensten Fällen bei einem ausdrücklichen Widerspruch des fremden Staates gegen eine Verletzung von fremden Hoheitsrechten auch von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen sein. Dies umso mehr als die Ermittlungsbehörden in den meisten Fällen bei der Sicherung von beweisrelevanten Daten vor Ort meist gar nicht in der Lage sind, den konkreten physikalischen Speicherort der jeweiligen Dateien festzustellen, so dass eine willkürliche Vorgehensweise nicht angenommen werden kann.<sup>49</sup>

### V. Zusammenfassung

Die im immer weiter zunehmende weltweite Vernetzung von Computersystemen mit neuen Formen der externen Datenhaltung in Form von Cloud Computing oder vergleichbaren Speicherformen schaffen zum einen vielfältige neue technische Möglichkeiten zur Begehung von Straftaten vom Ausland aus. Zum anderen müssen die Ermittlungsbehörden in zunehmendem Maße auf Daten zugreifen, die außerhalb des eigenen Hoheitsgebiets erhoben bzw. gespeichert werden. Eine solche transnationale Sicherung von Beweismitteln kann aber nicht durch die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen, sondern nur durch internationale Regelungen im Bereich der Europäischen Union oder des Europarats erfolgen. Insoweit bestehen für grenzüberschreitende Ermittlungen mit der Cyber-Crime-Konvention des Europarats und den dargestellten EU-Übereinkommen zwar erste Regelungen in diesem Bereich, doch müssen hier noch weitere Verbesserungen sowohl in Bezug auf die jeweiligen Rechtsgrundlagen – etwa durch eine vorgesehene Europäische Beweisverordnung<sup>50</sup> – als auch in Bezug auf die entsprechenden praktischen Umsetzungsmöglichkeiten im zwischenstaatlichen Bereich geschaffen werden, damit die Grenzen des eigenen Hoheitsbereichs bei Ermittlungsmaßnahmen nicht einen Freiraum für international agierende Straftäter schaffen.

<sup>43</sup> BVerfG NJW 2008, 3053 (3054); 2006, 2684 (2686); NStZ 2006, 46 (47); BGHSt 51, 285 (290); 44, 243 (249); OLG Bamberg NJW 2009, 2146; OLG Hamburg NJW 2008, 2597 (2598); OLG Thüringen, Beschl. v. 25.11.2008 – 1 Ss 230/08; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238 (239).

<sup>44</sup> Vgl. BGHSt 51, 285 (290); 44, 243 (249).

<sup>45</sup> Vgl. BGHSt 51, 285 (290).

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 113, 29 (61); NJW 2008, 3053 (3054); 2006, 2684 (2686) sowie zusammenfassend BGHSt 51, 285 (292) sowie OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

<sup>47</sup> Vgl. BGHSt 34, 334; Hegmann (Fn. 9), § 110 Rn. 15; Gercke, StraFo 2009, 271.

<sup>48</sup> Vgl. Gercke, StraFo 2009, 271.

<sup>49</sup> So im Ergebnis auch: Graf (Fn. 26), § 100a Rn. 133.

<sup>50</sup> Vgl. Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisverordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen (ABl. EU 2008 L 350, S 72 ff.).

# Statement: Jurisdiktionskonflikte in der EU\*

Von Prof. Dr. Bernd Hecker, Trier

## I. Entstehung von Jurisdiktionskonflikten

Jurisdiktionskonflikte resultieren daraus, dass mehrere Staaten nach Maßgabe ihres nationalen Strafanwendungsrechts hinsichtlich derselben Tat eines Täters die Strafgewalt für sich reklamieren. Diese Beanspruchung der Strafgewalt durch mehrere Staaten ist rechtlich an sich nicht zu beanstanden, solange jeder der staatlichen Strafansprüche durch ein völkerrechtlich anerkanntes Geltungsprinzip gedeckt ist, welches die Ausübung der Strafgewalt im konkreten Fall gestattet. Als völkerrechtlich legitimierende Anknüpfungspunkte kommen insbesondere der Begehungs- oder Erfolgsort einer Tat (Territorialitätsprinzip), die Staatsangehörigkeit des Täters bzw. Opfers (aktives und passives Personalitätsprinzip) oder der Schutz bestimmter inländischer Rechtsgüter (Schutzprinzip) bzw. von Interessen universellen Charakters (Weltrechtsgrundsatz) in Betracht. Im nationalen Strafanwendungsrecht der EU-Mitgliedstaaten finden alle genannten Prinzipien – zumeist in kombinierter Form – ihren spezifischen Ausdruck, freilich mit unterschiedlicher Gewichtung. Die Kombination dieser Prinzipien führt jedoch zu einem sich vielfach überschneidenden Netz von Strafgewalten, wie die folgenden Fallbeispiele deutlich machen:

- Ein Geldfälscherring stellt in einem Mitgliedstaat falsche Euro-Banknoten her. Die „Blüten“ werden sodann in mehreren anderen Mitgliedstaaten in Verkehr gebracht.
- Eine Autoschieberbande entwendet in einem Mitgliedstaat bestimmte Fahrzeuge, die später in anderen Mitgliedstaaten abgesetzt werden.

Denkt man sich realistischerweise hinzu, dass die in den beiden Beispielfällen agierenden Banden aus einem multinational zusammengesetzten Täterkreis (darunter auch Angehörige von Nicht-EU-Staaten) bestehen, so greift ein ganzes Bündel strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte ein, die die Ausübung der Strafgewalt durch mehrere Staaten ermöglichen. Auf grenzüberschreitende Fallgestaltungen oder auf solche, an denen Täter bzw. Opfer mit unterschiedlicher Staatsangehörigkeit beteiligt sind, kommen somit regelmäßig für denselben strafrechtsrelevanten Vorgang die Strafgesetze mehrerer nationaler Rechtsordnungen zur Anwendung.

## II. Problematik von Jurisdiktionskonflikten

Hierdurch wird die verdächtige Person dem Risiko ausgesetzt, von mehreren Staaten wegen derselben Tat strafrechtlich verfolgt oder sogar mehrfach bestraft zu werden. Eine anwaltliche Vertretung ist schwerer zu organisieren, wird komplizierter und zieht höhere Kosten nach sich. In einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (vgl. Art. 3 Abs. 2 EUV) sollten solche negativen Wirkungen nach

---

\* Bei dem vorliegenden Text handelt es sich um eine nachträglich gefertigte schriftliche Zusammenfassung des am 5.11.2010 ohne Redemanuskript vorgetragenen (ca. 15 Minuten langen) Statements.

Möglichkeit vermieden und die Mehrfachverfolgung wegen ein und derselben Straftat begrenzt werden. Zwar legt der am 27.4.2009 in Kraft getretene Rahmenbeschluss des Rates über die Durchführung und den Inhalt des Austauschs von Informationen aus dem Strafregister zwischen den Mitgliedstaaten v. 26.2.2009<sup>1</sup> u.a. die Modalitäten fest, nach denen ein Mitgliedstaat, in dem eine Verurteilung gegen einen Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats („Urteilsmitgliedstaat“) ergangen ist, die diesbezüglichen Informationen dem Mitgliedstaat übermittelt, dessen Staatsangehörigkeit die verurteilte Person besitzt („Herkunftsmitgliedstaat“). Die Pflicht zum Informationsaustausch setzt jedoch erst nach der Verurteilung einer verfolgten Person ein. Auch steht das in Art. 54 SDÜ normierte transnationale Verbot der Doppelbestrafung der Durchführung paralleler Strafverfahren in mehreren Mitgliedstaaten gegen denselben Beschuldigten wegen derselben Tat nicht entgegen, solange im Erstverfolgerstaat keine Verfahrenserledigung erfolgt ist, die einen transnationalen Strafklageverbrauch bewirkt. Insoweit bietet Art. 54 SDÜ für die individualrechtliche Problematik der positiven Kompetenzkonflikte keine adäquate Lösung.

Die unkoordinierte Konkurrenz mehrerer nationaler Strafgewalten birgt aber auch ein nicht unbeträchtliches zwischenstaatliches Konfliktpotential. Eine parallele Strafverfolgung in mehreren Staaten kann zu einem konfliktträchtigen Wettlauf um die Erstsentscheidung nach dem Motto „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ führen. Der nicht zum Zuge kommende Staat hat seine polizeilichen und justiziellen Ressourcen letztlich nutzlos eingesetzt. Sein Strafverfahren läuft wegen des vom Erstverfolgerstaat geschaffenen Verfahrenshindernisses (Art. 54 SDÜ) ins Leere. Ein Gerechtigkeitsproblem entsteht, wenn sich die Aburteilung der Tat im Erstverfolgerstaat als unangemessen milde erweist, weil die Ermittlungen im anderen Staat gravierendere Tatumstände (z.B. schwerere Tatfolgen) zu Tage gefördert haben.

## III. Bestehendes Rechtsinstrumentarium auf Unionsebene

Bereits vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon wurden auf der Grundlage des ex-Art. 31 Abs. 1 lit. d EUV deliktsspezifische Regelungen geschaffen, die auf eine einvernehmliche Lösung von Jurisdiktionskonflikten zwischen den für die Strafverfolgung zuständigen Mitgliedstaaten abzielen. Hierzu zwei Beispiele:

### 1. Strafrechtlicher Schutz des Euro

Art. 7 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2000/383/JI des Rates v. 29.5.2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro<sup>2</sup> bestimmt:

„Steht mehreren Mitgliedstaaten die Gerichtsbarkeit zu und haben sie die Möglichkeit, eine Straftat, die auf denselben Tatsachen beruht, wirksam zu verfolgen, so arbeiten die

---

<sup>1</sup> ABl. EU 2009 Nr. L 93, S. 23.

<sup>2</sup> ABl. EU 2000 Nr. L 140, S. 1.

betreffenden Mitgliedstaaten zusammen, um darüber zu entscheiden, welcher von ihnen den oder die Straftäter verfolgt, um die Strafverfolgung nach Möglichkeit in einem einzigen Mitgliedstaat zu konzentrieren.“

Dieser Rahmenbeschluss sieht immerhin eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit vor. Die Mitgliedstaaten werden aber nicht dazu verpflichtet, die Zuständigkeit gegen ihren Willen abzutreten oder auszuüben. Auch benennt der Rahmenbeschluss keine Kriterien zur Auswahl der „besten“ Strafverfolgung.

## 2. Terrorismusbekämpfung

Art. 9 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates v. 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung<sup>3</sup>, geändert durch Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates vom 28.11.2008<sup>4</sup>, legt fest:

„Steht mehreren Mitgliedstaaten die Gerichtsbarkeit zu und ist jeder von ihnen berechtigt, eine Straftat aufgrund derselben Tatsachen wirksam zu verfolgen, so arbeiten die betreffenden Mitgliedstaaten zusammen, um darüber zu entscheiden, welcher von ihnen die Straftäter verfolgt, um die Strafverfolgung nach Möglichkeit in einem einzigen Mitgliedstaat zu konzentrieren. Zu diesem Zweck können sich die Mitgliedstaaten jeder Stelle oder jedes Mechanismus bedienen, die in der Europäischen Union zu dem Zweck eingerichtet wurden, die Zusammenarbeit zwischen ihren Justizbehörden und die Koordinierung ihres Vorgehens zu erleichtern. Nacheinander wird nachstehenden Anknüpfungspunkten Rechnung getragen:

- Es muss sich um den Mitgliedstaat handeln, in dessen Hoheitsgebiet die Straftat begangen wurde;
- es muss sich um den Mitgliedstaat handeln, dessen Staatsangehöriger der Täter ist oder in dem er gebietsansässig ist;
- es muss sich um den Mitgliedstaat handeln, aus dem die Opfer stammen;
- es muss sich um den Mitgliedstaat handeln, in dem der Täter ergriffen wurde.“

Im Gegensatz zu dem erstgenannten Rahmenbeschluss legt dieser Rahmenbeschluss die Entscheidungskriterien, noch dazu in einer vorgegebenen Rangfolge („nacheinander [...] wird [...] Rechnung getragen [...]“) verbindlich fest. Man wird diese Hierarchisierung dahingehend zu verstehen haben, dass bei der Auswahl des am besten geeigneten Staates für die Ausübung der Strafverfolgung lediglich eine Regelvermutung für den Tatortstaat besteht. Wenn beispielsweise Täter und Opfer die gleiche Staatsangehörigkeit haben, kann ermesensfehlerfrei vom Vorrang des Tatortstaates abgerückt und der Heimatstaat von Täter und Opfer als für die Durchführung des Strafverfahrens am besten geeigneter Staat bestimmt werden. Die Mitgliedstaaten werden aber auch durch diesen Rahmenbeschluss nicht dazu verpflichtet, die Zuständigkeit gegen ihren Willen abzutreten oder auszuüben.

---

<sup>3</sup> ABl. EU 2002 Nr. L 164, S. 3.

<sup>4</sup> ABl. EU 2008 Nr. L 330, S. 21.

## 3. Rahmenbeschluss zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren

Am 30.11.2009 nahm der Rat auf der Grundlage des ex-Art. 31 Abs. 1 lit. c, d EUV den Rahmenbeschluss 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren<sup>5</sup> an, der am 15.12.2009 in Kraft getreten und spätestens bis zum 15.6.2012 in das nationale Recht der Mitgliedstaaten zu transferieren ist. Der Rahmenbeschluss sieht im Hinblick auf die angestrebte Vermeidung von Mehrfachverfolgungen den Weg über direkte Konsultationen und Informationsaustausch der betroffenen Strafverfolgungsbehörden vor, um Einvernehmen über eine „effiziente Lösung“ herbeizuführen, bei der die nachteiligen Folgen von parallel geführten Verfahren vermieden werden (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b, 2 Abs. 1 lit. b). Für die Behörde eines Mitgliedstaates wird eine Pflicht zur Kontaktaufnahme mit der Behörde eines anderen Mitgliedstaates statuiert, wenn hinreichender Grund zu der Annahme besteht, dass in dem anderen Mitgliedstaat wegen derselben Tat ein paralleles Verfahren geführt wird. Hinreichende Gründe für das Vorliegen eines Parallelverfahrens können sich daraus ergeben, dass eine verdächtige oder beschuldigte Person unter Angaben von Einzelheiten angibt, dass gegen sie in einem anderen Mitgliedstaat ein Verfahren wegen derselben Tat geführt wird. Entsprechende Anhaltspunkte können sich aber auch aus dem Rechtshilfeersuchen eines anderen Mitgliedstaates oder aus Erkenntnissen der Polizei ergeben. Des Weiteren begründet der Rahmenbeschluss im Falle, dass parallele Verfahren anhängig sind, eine Pflicht zur Aufnahme direkter Konsultationen (vgl. Art. 10 Abs. 1). Diese Konsultationen können ggf. „zu einer Konzentration der Strafverfahren in einem einzigen Mitgliedstaat“ führen (vgl. Art. 10 Abs. 1). Wenn kein Einvernehmen über eine effiziente Lösung erzielt werden konnte, besteht die Pflicht zur Einschaltung von Eurojust im Rahmen seiner Zuständigkeit (vgl. Art. 12 Abs. 2). Der Rahmenbeschluss verzichtet auf die Aufstellung eines Kriterienkatalogs für die Ermittlung des adäquaten Forums, wie er noch im Rahmenbeschlussvorschlag der Kommission enthalten war.

Der vorliegende Rahmenbeschluss stellt gegenüber der früheren Rechtslage insofern einen Fortschritt dar, als er erstmals einen deliktsübergreifenden Konfliktlösungsmechanismus bei parallel geführten Strafverfahren wegen derselben Tat einführt. Über die Einhaltung der in dem Rahmenbeschluss statuierten Informations- und Konsultationspflichten wacht die Kommission. Falls die Behörde eines Mitgliedstaates die ihr auferlegten Pflichten nicht erfüllt, kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den Mitgliedstaat wegen Verletzung der Pflicht zu unionstreuem Verhalten anstrengen.

---

<sup>5</sup> ABl. EU 2009 Nr. L 328, S. 42.

#### IV. Diskussion: Weiterentwicklung der bestehenden EU-Instrumente

Die nachfolgenden Überlegungen des *Verf.* sind nicht als abschließende Stellungnahme zu verstehen, sondern lediglich als erste Anregungen für eine vertiefte Diskussion, in welche Richtung die bestehenden EU-Instrumente weiterentwickelt werden könnten. Sie werden im Folgenden thesenartig formuliert:

##### 1. Übertragung von Strafverfahren

Auf Unionsebene sollte zügig über den bislang nicht aufgegriffenen Vorschlag der Kommission für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Übertragung von Strafverfahren<sup>6</sup> beraten und entschieden werden. Er sieht vor, dass ein Mitgliedstaat einen anderen Mitgliedstaat – fakultativ nach einer vorherigen Konsultation – dazu ersuchen kann, die Strafverfolgung einer strafbaren Handlung zu übernehmen, soweit dies eine effiziente und geordnete Rechtspflege verbessern würde. Der Erlass einer entsprechenden Richtlinie könnte zu einer weiteren Entschärfung der Problematik von Kompetenzkonflikten beitragen.

##### 2. Kriterienkatalog zur Übertragung der Strafverfolgungszuständigkeit

Ferner sollte der Rahmenbeschluss 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren in Form einer auf Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b AEUV gestützten Richtlinie des EP und des Rates wie folgt geändert werden:

Es ist ein Kriterienkatalog in die Richtlinie aufzunehmen, anhand dessen die beteiligten Staaten (zuständigen Behörden) die Entscheidung zu treffen haben, welcher Staat die Strafverfolgung (Ermittlungsverfahren und gerichtliches Verfahren) im konkreten Einzelfall übernimmt. Hierbei bietet es sich an, eine generelle Rangfolge an Kriterien (Hierarchisierung) aufzustellen, die genügend Raum für eine flexible Einzelfalllösung lässt. Die klassischen Anknüpfungspunkte des Strafanwendungsrechts sollen mit qualitativen Kriterien kombiniert werden, z.B. wie folgt:

- (1) Regelvermutung für Territorialitätsprinzip (Handlungs- und Erfolgsort). Die Regelvermutung kann anhand der nachfolgenden Aspekte widerlegt werden, wenn diesen im konkreten Einzelfall eine höhere Bedeutung bzw. ein stärkeres Gewicht beizumessen ist.
- (2) Nachrangig gegenüber (1): aktiver und passiver Personalitätsgrundsatz, wobei wiederum der aktive dem passiven Personalitätsgrundsatz vorgeht.
- (3) Nachrangig gegenüber (1) und (2): Stellvertretende Strafrechtspflege und Weltrechtsgrundsatz

Entscheidend ist, wo der Schwerpunkt der Tat liegt, d.h. zu berücksichtigen sind die folgenden („qualitativen“) Kriterien:

- Ort, an dem der größte Schaden eingetreten ist (hohe Opferzahl, hohe materielle Schäden, gravierende Auswirkungen; Beunruhigung der Bevölkerung usw.); erhebliche Interessen von Opfern; erhebliche Interessen der Beschuldigten;
- Ort, an dem sich wichtige Beweismittel befinden;
- Schutz gefährdeter oder eingeschüchterter Zeugen, deren Aussage für das betreffende Verfahren wichtig ist;
- Wohnort der wichtigsten Zeugen und ihre Fähigkeit, sich in den Mitgliedstaat zu begeben, in dem die Straftat schwerpunktmäßig verübt wurde;
- erreichter Stand des Verfahrens wegen der betreffenden Tat;
- Bestehen eines laufenden Verfahrens in demselben Zusammenhang;
- Verfahrensökonomie.

Der Mehrwert eines Kriterienkatalogs besteht darin, dass mehr Transparenz bei der Auswahlentscheidung sowie Justiziabilität (sachgerechte, willkürfreie Ermessenentscheidung) gewährleistet wird.

##### 3. Missbrauchsklausel

Man könnte überlegen, eine Missbrauchsklausel aufzunehmen, die es verbietet, die Verfolgung nur deshalb auf einen bestimmten Staat zu übertragen, weil eine Bestrafung nur in diesem einen Staat möglich ist (ansonsten überall Verjährungseintritt, Amnestie oder Unverwertbarkeit der Beweise usw.). Willkürliches „forum shopping“ zum Nachteil der verfolgten Person ist stets als rechtsmissbräuchlich einzustufen.

##### 4. Übertragung der Entscheidungsgewalt auf Eurojust

Im Falle eines fehlgeschlagenen Einigungsprozesses zwischen den beteiligten Staaten sollte eine transnationale Instanz anhand des oben vorgestellten Kriterienkatalogs verbindlich über die Verfolgungszuständigkeit entscheiden. Hierfür bietet sich eine Übertragung der Entscheidungsgewalt auf Eurojust als „Keimzelle“ einer künftigen Europäischen Staatsanwaltschaft an. Eurojust erscheint hierfür fachlich in besonderem Maße geeignet, da diese Behörde bereits heute die Mitgliedstaaten bei der Koordinierung paralleler Strafverfahren unterstützt und somit über einschlägige praktische Erfahrungen verfügt. Es sollten Fristen für die Entscheidungsfindung vorgesehen werden, die dem Beschleunigungsgebot Rechnung tragen, was vor allem bei Haftsachen von großer Bedeutung ist. Rechtstechnisch erfordert die Übertragung der Entscheidungsgewalt auf Eurojust zum einen eine Änderung des Rahmenbeschlusses 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren durch eine auf der Grundlage des Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b AEUV zu erlassende Richtlinie. Zum anderen müsste das Tätigkeitsfeld von Eurojust durch eine auf der Basis des Art. 85 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c AEUV („Beilegung von Kompetenzkonflikten“) zu erlassende Verordnung entsprechend erweitert werden. Eurojust teilt seine schriftlich begründete Entscheidung den beteiligten Behörden sowie dem Rechtsbeistand der verfolgten Person mit.

<sup>6</sup> Ratsdok. 16437/09 und 14934/09; vgl. BR-Drs. 655/09 und hierzu *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (384).

### 5. Gerichtliche Kontrolle durch den EuGH

Die Entscheidung von Eurojust sollte durch den EuGH gerichtlich überprüfbar gestellt werden, allerdings nur im Hinblick darauf, dass Eurojust seine Auswahlentscheidung ermessensfehlerfrei getroffen hat. Hierzu bedarf es einer entsprechenden Änderung der europäischen Verträge (Kompetenzzuweisung an den EuGH).

Antrags- bzw. klagebefugt sollte jedenfalls der von der Auswahlentscheidung unmittelbar betroffene (im konkreten Fall nicht ausgewählte) Mitgliedstaat sein. Es erscheint nach hier vertretener Meinung weder (menschen-)rechtlich geboten noch in der Sache zwingend, auch der verfolgten Person eine Klage- bzw. Antragsbefugnis einzuräumen.

Im Anschluss an mein Statement wurde von einem Tagungsteilnehmer kritisiert, dass das von mir vorgeschlagene Verfahren zur Wahl des *forum conveniens* als rein zwischenstaatliche Angelegenheit strukturiert sei, in welcher der Betroffene keinen Status habe.<sup>7</sup> Ich vermag diese Kritik schon deshalb nicht zu teilen, weil dem primären Interesse des Einzelnen, nicht von mehreren Staaten wegen derselben Tat verfolgt zu werden, bereits vollauf Rechnung getragen wird, wenn eine zwischenstaatlich-konsensuale oder von Eurojust herbeigeführte Lösung des Jurisdiktionskonflikts zustande kommt. Ihre strafprozessualen Beschuldigtenrechte kann die verfolgte Person in dem federführenden EU-Mitgliedstaat nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts wahrnehmen, welches im Einklang mit der EMRK und der seit 1.12.2009 verbindlichen EU-Grundrechtecharta stehen muss. Es würde m.E. zu weit gehen, dem Verfolgten ein Mitbestimmungsrecht darüber zuzugestehen, von welchem Staat er wegen einer bestimmten Tat verfolgt bzw. nicht verfolgt werden soll. Auch im rein innerstaatlichen Bereich können mehrere Gerichtsstände begründet sein. Niemand kommt hier auf den Gedanken, die verfolgte Person zu fragen, bei welchem Gericht sie angeklagt werden möchte. Man mag hiergegen einwenden, dass der Verfolgte im rein innerstaatlichen Bereich wenigstens einer einheitlichen Strafrechtsordnung untersteht, während er sich im Falle seiner Mehrfachverfolgung mit unterschiedlichen nationalen Justizsystemen konfrontiert sieht. Zu bedenken ist jedoch auch, dass der in transnationale Fallgestaltungen verstrickte Tatbeteiligte sich dem ihm bewussten Risiko aussetzt, dass er von den jeweils betroffenen Staaten strafrechtlich verfolgt wird. Soweit die von den beteiligten Staaten bzw. von Eurojust herbeigeführte Übertragung der Strafverfolgung dazu führt, dass ein Deutscher in einem anderen EU-Mitgliedstaat abgeurteilt wird, stellt auch dies nicht per se eine Verletzung seiner aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG abzuleitenden Garantien dar. Das BVerfG führte in seinem Beschluss v. 18.7.2005 (Nichtigerklärung des ersten Gesetzes zur Umsetzung des Europäischen Haftbefehls) überzeugend aus, dass sich derjenige, der sich in verbrecherische Strukturen wie namentlich den internationalen Terrorismus oder organisierten Drogen- oder Menschenhandel

einbindet, nicht in vollem Umfang auf den Schutz des Auslieferungsverbots berufen könne.<sup>8</sup>

Falls sich in dem weiteren (noch längst nicht abgeschlossenen) Diskussionsprozess die Auffassung durchsetzen sollte, auch der verfolgten Person eine Antragsbefugnis gegen die von den Mitgliedstaaten bzw. von Eurojust getroffenen Auswahlentscheidung einzuräumen, scheinen mir folgende Hinweise wichtig: Zum einen sollte die verfolgte Person nur geltend machen können, dass die getroffene Auswahlentscheidung ermessensfehlerhaft sei, weil ein individualschützender Aspekt nicht oder nicht gehörig in die Abwägung einbezogen worden sei. Zum anderen sollte die Ausübung ihres Antragsrechts im Hinblick auf das strafprozessuale Beschleunigungsgebot strikt befristet werden (z.B. eine Woche nach Zustellung der Auswahlentscheidung).

---

<sup>7</sup> Diese Kritik wird in ähnlicher Form vorgetragen von *Anagnostopoulos*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 1121 (S. 1140).

<sup>8</sup> BVerfG NJW 2005, 2289 (2292).

# Der Austausch von Strafverfolgungsdaten zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union\*

Von Prof. Dr. Mark A. Zöller, Trier

## I. Vorbemerkungen

Die inhaltliche Auseinandersetzung mit Fragen des europäischen Straf-, Strafprozess- und Polizeirechts ist ein unangenehmes Geschäft. Das gilt auf Tagungen wie dieser zunächst einmal für die Referenten, aber leider auch für die geschätzten Zuhörer. Die fehlende Greifbarkeit des Europäisierungsprozesses im Recht der Inneren Sicherheit beginnt bereits mit seiner Unübersichtlichkeit. Selbst für Spezialisten und unter Zuhilfenahme von Google und Datenbanken ist es kaum noch möglich, zuverlässig zu beurteilen, wie der derzeit geltende Rechtszustand aussieht, ob die einmal glücklich gefundenen Rechtsakte tatsächlich noch in Kraft sind oder ob nicht längst neue Dokumente von EU-Organen, Ausschüssen, Task Forces oder Working Groups in eine ganz andere Richtung weisen. Sowohl im wissenschaftlichen als auch im praktischen Umgang mit transnationalen Sachverhalten, also Kriminalitätsstrukturen, die mindestens eine Staatsgrenze überschreiten, bleibt daher oft ein ungutes Gefühl. Man ertappt sich immer wieder bei dem frommen Wunsch nach einfachen und klaren Entscheidungsstrukturen für Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. Diese sollten nach Möglichkeit dem rechtlichen Rahmen entstammen, in dem wir auf nationaler Ebene ausgebildet worden sind, auf die wir im Zweifelsfall schnell zurückgreifen können und die – Dank den Juristen – zwar nicht immer sprachlich einwandfrei, aber immerhin in unserer Muttersprache formuliert sind.

Für solche Wünsche scheint der sprichwörtliche Zug längst abgefahren. Und damit sind wir beim Generalthema unserer Tagung und bin ich beim Thema meines Referats. Die Entwicklung der Zusammenarbeit zwischen den Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden in Europa lässt sich bildhaft durchaus als Expresszug begreifen, der mit Höchstgeschwindigkeit auf zwei ganz andere Ziele zusteuert: Das erste Ziel liegt in einer Harmonisierung oder – wo dies praktisch nicht durchsetzbar ist (z.B. im Bereich politischer Straftaten) – zumindest in einer gegenseitigen Akzeptanz rechtlicher Strukturen und justizieller Entscheidungen. Das dahinter stehende Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist, konkretisiert an den Beispielen des Europäischen Haftbefehls und der Europäischen Beweisanordnung, bereits Gegenstand dieser Tagung gewesen. Das zweite Ziel, man kann auch sagen: der zweite Grundpfeiler der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen liegt im Austausch von Informationen auf dem Boden des sog. Grundsatzes der Verfügbarkeit. Danach sollen Informationen den Strafverfolgungsbehörden aus einem anderen EU-Mitgliedstaat grundsätzlich in derselben Art und Weise zugänglich gemacht werden wie den inländischen Verfolgungsbehörden.<sup>1</sup>

\* Der Beitrag gibt die Textfassung des Vortrages wieder, den der Verf. am 5.11.2010 im Rahmen des Ersten Trierer Forums zum Recht der Inneren Sicherheit (TRIFORIS) mit dem Generalthema „Transnationale Strafverfolgung“ gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

Dieser Grundsatz der Verfügbarkeit personenbezogener Informationen zielt letztlich darauf ab, sämtliche nationalen und supranationalen Informationssysteme in Europa zu vernetzen. Die darin enthaltenen Daten sollen für die Angehörigen der Sicherheitsbehörden europaweit unmittelbar abrufbar, speicherbar und übermittelbar sein. In seiner Reinform bedeutet der Grundsatz – zumindest innerhalb der EU – den Abschied von allen Irrungen und Wirrungen des Rechtshilfeverkehrs, vor allem aber von Frustrationen durch unverhältnismäßige Wartezeiten oder gar vollkommen ausbleibenden Reaktionen auf Seiten der ersuchten Staaten. Deutsche Ermittler müssten somit nicht erst auf die Antwort der Kollegen in Frankreich, Luxemburg oder Polen warten, sondern könnten sich mit der erforderlichen Zugangsberechtigung direkt in die Datenbanksysteme der ausländischen Kollegen einloggen und dort selbst nach den gesuchten Informationen recherchieren. Das ist die Zukunftsvision der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit, die vor allem der Europäischen Kommission vorschwebt: aus den „Intranets“ der 27 EU-Mitgliedstaaten und europäischer Sicherheitsagenturen (z.B. von Europol) soll in nicht allzu ferner Zukunft ein „europaweites Internet“ i.S.e. Informationsverbunds aller Sicherheitsbehörden entstehen. Die Vorteile solcher rechtlichen Instrumente liegen damit vor allem für eine effektive Strafverfolgung auf der Hand, die sich einem ständigen Wettbewerbsvorsprung krimineller Strukturen im Bereich von Technik, Mobilität, Personal und finanziellen Ressourcen ausgesetzt sieht. Aber es lauern eben auch Gefahren für den Schutz der Grund- und Menschenrechte und die sensible Balance zwischen individueller Freiheit und kollektiver Sicherheit in Europa. Die prinzipiell wünschenswerte Existenz eines modernen europäischen Netzwerks von Informationssystemen verlangt als Kehrseite der Medaille einen einheitlichen und wirksamen Schutz der darin enthaltenen Daten – also einen Zugführer, der den Zug auch sicher in Richtung Europa steuert.

Um dies näher zu begründen, möchte ich Ihnen zunächst den aktuellen Stand der Dinge für den Austausch von Strafverfolgungsdaten zwischen den EU-Mitgliedstaaten skizzieren. Auf dieser Grundlage sollen sodann einige kritische Bemerkungen zu den gegenwärtigen Defiziten des europäischen Datenschutzes<sup>2</sup> sowie ein kurzer Ausblick folgen.

## II. Rechtliche Instrumente auf europäischer Ebene

### 1. Das Europäische Rechtshilfeabkommen

Noch bis vor wenigen Jahren wurde der Rechtsrahmen für den Informationsaustausch in Strafsachen vor allem durch das bereits 1962 in Kraft getretene Europäische Rechtshilfe-

<sup>1</sup> Vgl. Böse, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2007, S. 17.

<sup>2</sup> Ausführlich hierzu Braum, KritV 2008, 82; vgl. auch Meyer, NSTZ 2008, 188 (192 f.).

übereinkommen<sup>3</sup> und seine Zusatzprotokolle gebildet.<sup>4</sup> Hierbei handelt es sich um eine Konvention des Europarates und damit nicht um EU-Recht. Sie enthält eine Reihe von Verpflichtungen der Vertragsstaaten zum Informationstransfer, beispielsweise zur Übermittlung von Auszügen und Auskünften aus dem Strafregister (Art. 13) oder zur Benachrichtigung über strafrechtliche Verurteilungen von Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten (Art. 22). Das allgemeine Rechtshilferecht setzt dem Informationsaustausch in Strafsachen aber von vornherein deutliche Grenzen. Es lässt naturgemäß keine Rechtshilfehandlungen zu, die gegen innerstaatliches Recht verstoßen. Außerdem steht der Datenaustausch trotz der grundsätzlichen Kooperationspflicht letztlich stets im Ermessen der beteiligten Vertragsstaaten, so dass für den ersuchenden Staat kein verlässlicher Anspruch besteht.

## 2. Rahmenbeschlussvorschlag der Kommission

Vor allem die Europäische Kommission hat daher in den vergangenen Jahren erhebliche Anstrengungen unternommen, um solche Hindernisse für den Austausch von Strafverfolgungsdaten zu beseitigen. Basierend auf den Leitlinien des sog. Haager Programms vom November 2004<sup>5</sup> hat sie im Jahr 2005 einen Vorschlag für den Erlass eines Rahmenbeschlusses des Rates über den Austausch von Informationen nach dem Grundsatz der Verfügbarkeit vorgelegt.<sup>6</sup> Ziel war die Schaffung eines neuen Konzepts für den Austausch von strafverfolungsrelevanten Informationen zur Stärkung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Dieses Ziel sollte insbesondere dadurch erreicht werden, dass die Mitgliedstaaten gleichwertigen zuständigen Behörden anderer Mitgliedstaaten sowie Europol alle Informationen zur Verfügung stellen, die diese zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben im Hinblick auf die Verhütung, Aufdeckung und Untersuchung von Straftaten benötigen (Art. 6). Diese Behörden der anderen Mitgliedstaaten sollten unmittelbar online auf die jeweiligen elektronischen Datenbanken zugreifen können (Art. 9). In Bezug auf Daten, hinsichtlich derer ein Online-Zugriff technisch nicht möglich ist, werden die Mitgliedstaaten zudem verpflichtet, sog. Indexdaten einzurichten (Art. 10), mit deren Hilfe die anfragenden Behörden darüber informiert werden, ob Daten verfügbar sind und von welcher staatlichen Stelle sie verwaltet werden. Rechtsstaatlich problematisch an dieser Initiative der Kommission, die den Grundsatz der Verfügbarkeit nahezu in Reinform verwirklichen wollte, war neben ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit und dem Fehlen ausreichender Datenschutzvorschriften vor allem die Tatsache, dass die Straftaten, zu deren Verfolgung ein unmittelbarer Zugriff auf Strafverfolgungsdaten anderer EU-Mitgliedstaaten zulässig sein sollte, in keiner Weise näher festgelegt waren. Damit wären sogar Abfragen zur Aufklärung von Bagatelldelikten möglich gewesen. Angesichts der Tatsache, dass jeder Transfer personenbezogener Daten

jedenfalls aus deutscher Sicht als Grundrechtseingriff zu bewerten ist, dessen Rechtfertigung neben dem Bestimmtheitsgrundsatz auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen muss, hat sich dieser Vorschlag zu Recht nicht durchgesetzt. Er wurde mit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages auch ausdrücklich aufgegeben.

## 3. Die „Schwedische Initiative“

Ein deutlich moderaterer Schritt stellt demgegenüber der Rahmenbeschluss des Rates vom 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austausches von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union<sup>7</sup> dar. Dieser Rahmenbeschluss geht zurück auf einen Vorschlag des Königreichs Schweden aus dem Jahr 2004<sup>8</sup> und ist daher in der Praxis besser unter dem Stichwort „Schwedische Initiative“ bekannt. Er enthält die Regeln, nach denen die Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten wirksam und rasch bestehende Informationen und Erkenntnisse zum Zwecke der Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen oder polizeilicher Erkenntnisgewinnungsverfahren austauschen können (Art. 1 Nr. 1). Neben den 27 EU-Staaten wollen sich auch Island, Norwegen und die Schweiz beteiligen. Kernbestand des Konzepts ist die Verpflichtung, Informationen und Erkenntnisse von einzelnen nationalen Strafverfolgungsbehörden auch den zuständigen Behörden der anderen Kooperationspartner auf deren Ersuchen hin zur Verfügung zu stellen. Der Fortschritt dieser Lösung gegenüber dem bisherigen Rechtshilferecht besteht vor allem in zwei Aspekten: zum einen dürfen die Bedingungen für die Zurverfügungstellung von Informationen und Erkenntnissen gegenüber den zuständigen Behörden der anderen EU-Mitgliedstaaten nicht strenger sein als die vergleichbaren Bedingungen auf nationaler Ebene (Art. 3 Nr. 3). Für den Informationsaustausch mit dem EU-Ausland müssen also grundsätzlich die gleichen Regelungen angewandt werden, wie für den innerstaatlichen Informationsaustausch. Diese Voraussetzung wird daher auch als Gleichbehandlungsgrundsatz bezeichnet. Zum anderen wird die Effektivität von Ersuchen durch strenge Fristen abgesichert (Art. 4). Sofern die gewünschten Informationen in einer Datenbank enthalten sind, muss die Antwort auf dringende Ersuchen innerhalb von acht Stunden erfolgen – eine für den Bereich der Rechtshilfe geradezu astronomische Geschwindigkeit. Keinesfalls darf sich der ersuchte Mitgliedstaat für die Mitteilung der erbetenen Information mehr als 14 Tage Zeit lassen. In der Praxis durchaus vorkommende Wartezeiten von 10 bis 20 Monaten würden somit der Vergangenheit angehören. Dennoch ist der Fortschritt durch die hoch gelobte „Schwedische Initiative“ begrenzt: Der Sache geht es nicht um eine gegenseitige Verfügbarkeit von Daten, sondern nur um einen gleichberechtigten Zugang zu Informationen nach dem geltenden Recht des jeweiligen Mitgliedstaats.<sup>9</sup> Vor allem aber wird bei allen Vorschusslorbeeren und Vorbereitungsmaßnahmen in technischer und organisatorischer Hin-

<sup>3</sup> SEV Nr. 30.

<sup>4</sup> Meyer, NStZ 2008, 188 (189).

<sup>5</sup> Dazu Meyer, NStZ 2008, 188.

<sup>6</sup> KOM (2005) 490 endg.; dazu Böse (Fn. 1), S. 46 ff.; Meyer, NStZ 2008, 188 (190 f.).

<sup>7</sup> ABl. EG 2006 Nr. L 386, S. 89.

<sup>8</sup> Zur Entwurfsfassung Böse (Fn. 1), S. 39 ff.

<sup>9</sup> Böse (Fn. 1), S. 40; Meyer, NStZ 2008, 188 (190).

sicht immer wieder übersehen, dass der zugrunde liegende Rahmenbeschluss bis heute nicht in nationales Recht umgesetzt wurde, obwohl die Umsetzungsfrist am 19.12.2006 abgelaufen ist.<sup>10</sup> Die geltenden Vorschriften des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen decken die geplanten Neuerungen nicht ab, so dass derzeit jedenfalls in Deutschland keine gesetzliche Grundlage für ein Vorgehen nach den Grundsätzen der „schwedischen Initiative“ besteht.

### 3. Der Prümer Vertrag

Die eigentliche Revolution für den Austausch von Strafverfolgungsdaten bleibt daher bislang dem Städtchen Prüm in der Eifel vorbehalten. Rund 60 km von unserem heutigen Tagungsort entfernt wurde dort im Mai 2005 mit dem sog. „Prümer Vertrag“<sup>11</sup> ein völkerrechtliches Abkommen unterzeichnet, dessen Auswirkungen auf die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa kaum überschätzt werden können. Inspiriert vom „Erfolgsmodell“ der Schengener Abkommen hatten sich zunächst sieben europäische Staaten dazu entschlossen, in Fragen des Informationsaustauschs, aber auch in anderen Bereichen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit einen zusätzlichen Schritt voranzugehen. Unterzeichnerstaaten des Vertragswerks sind Belgien, Deutschland, Spanien, Frankreich, Luxemburg, die Niederlande und Österreich. Nach der Unterzeichnung sind dem Abkommen zudem auch Finnland, Slowenien und Ungarn beigetreten. Portugal, Italien, Bulgarien, Rumänien, Schweden und Griechenland hatten parallel dazu die Absicht zum Beitritt erklärt.

Der Prümer Vertrag leitet in der Ermittlungspraxis einen Paradigmenwechsel ein, weil er den Informationsaustausch nicht mehr von dem Erfordernis eines vorherigen Ersuchens um Auskunft abhängig macht. Er erlaubt vielmehr zum ersten Mal den direkten Online-Zugriff auf Indexdaten in den Datenbanken, die von den Behörden der anderen Vertragsstaaten geführt werden. Die Zugriffsberechtigung erstreckt sich dabei allerdings nicht unbeschränkt auf alle Datenbestände, sondern lediglich auf drei Datenkategorien, nämlich

- DNA-Analyse-Dateien (in Deutschland: die DNA-Datenbank des Bundeskriminalamts),
- Datenbanken mit elektronisch gespeicherten Fingerabdrücken (in Deutschland: das Automatisierte Fingerabdruckidentifizierungssystem AFIS) und
- elektronische Register mit Kraftfahrzeug- und Kraftfahrzeughalterdaten (in Deutschland: das Zentrale Fahrzeugregister des Kraftfahrt-Bundesamts).

Damit das Zugriffsrecht auf solche Datenkategorien nicht ins Leere läuft, werden alle Vertragsparteien verpflichtet, die dafür erforderlichen Daten selbst dann zu erheben und zu

speichern, wenn diese nicht dem Zugriff der nationalen Gerichtsbarkeit unterliegen.

Sofern in Bezug auf DNA- und Fingerabdruckdaten der maximal einige Minuten in Anspruch nehmende Online-Zugriff im sog. „hit-/no hit-Verfahren“ einen Treffer ergibt, ist im Übrigen auch die Übermittlung weiterer zu den Fundstellendatensätzen vorhandener personenbezogener Daten und sonstiger Informationen zulässig. Diese richtet sich dann aber in einem zweistufigen Verfahren nach dem innerstaatlichen Recht des ersuchten Vertragsstaates (Art. 5, 10). Der Prümer Vertrag erleichtert damit grundsätzlich nur die Beantwortung der Frage, *ob* in den Datenbanken der anderen Vertragsstaaten bestimmte Basisinformationen vorhanden sind. Für ausführlichere Inhalte bleiben die Behörden nach wie vor auf den mühsamen Weg des Rechtshilfeersuchens verwiesen.<sup>12</sup> Etwas anderes gilt lediglich für den Abruf von Daten aus Fahrzeugregistern. Hier soll die abrufende Vertragspartei nach Maßgabe ihres Rechts und unter Angabe einer vollständigen Fahrzeugidentifizierungsnummer oder eines vollständigen Kennzeichens einen direkten Lesezugriff auf Eigentümer-, Halter- und Fahrzeugdaten erhalten (Art. 12).

Sämtliche Daten- und Informationsübermittlungen werden in der Praxis durch so genannte „Nationale Kontaktstellen“ durchgeführt (Art. 6 Abs. 1, 11 Abs. 1). Diese Aufgabe ist in der Bundesrepublik Deutschland für DNA-Analyse-Daten und Fingerabdrücke dem Bundeskriminalamt und für Kraftfahrzeugdaten dem Kraftfahrt-Bundesamt übertragen worden.

Deutschland befindet sich im Bereich des DNA-Datenabgleichs mittlerweile bereits mit Österreich (seit dem 6.12.2006), Spanien (seit dem 8.5.2007), Luxemburg (seit dem 23.5.2007), Slowenien (seit dem 16.6.2008) und den Niederlanden (seit dem 25.7.2008) im Wirkbetrieb.<sup>13</sup> Seit dem 1.6.2007 gleicht Deutschland auch daktyloskopische Daten mit Österreich ab. Im Bereich des Kfz-Register-Datenaustauschs hat Deutschland mittlerweile immerhin den Wirkbetrieb (mit Österreich, Spanien, Luxemburg, Niederlande und Frankreich) für vom Ausland eingehende Abfragen aufgenommen.

Erste Erfolge scheinen dem Prümer Modell Recht zu geben: Bereits im Dezember 2006 wurden zwischen Deutschland und Österreich 112.000 DNA-Datensätze abgeglichen. Allein dieser Datenabgleich führte in den ersten sechs Wochen in Deutschland zu mehr als 1.500 Treffern mit österreichischen Datensätzen und umgekehrt zu 1.400 Treffern in Österreich.<sup>14</sup> Der in den darauf folgenden Monaten auch mit anderen Staaten durchgeführte DNA-Datenaustausch machte jedoch deutlich, dass für die Bundesrepublik Deutschland die weit überwiegende Zahl der Treffer im Bereich der Diebstahlsdelikte, d.h. bei minder schweren Erscheinungsformen der Kriminalität liegt.<sup>15</sup> Offizielle Zahlen liegen bislang le-

<sup>10</sup> Art. 11 des Rahmenbeschlusses; vgl. nun aber den Entwurf eines Gesetzes über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (BR-Drs. 853/10) v. 31.12.2010.

<sup>11</sup> BGBl. I 2006, S. 1458; allg. dazu Böse (Fn. 1), S. 42 ff.; Hummer, EuR 2007, 517; Papayannis, ZEuS 2008, 219.

<sup>12</sup> Hummer, EuR 2007, 517 (520).

<sup>13</sup> BT-Drs. 16/14150, S. 2.

<sup>14</sup> Hummer, EuR 2007, 517 (519).

<sup>15</sup> Diese nahmen bis zum Juni 2007 immerhin 1.257 von 1.508 Treffern ein.

diglich für den Zeitraum bis Ende September 2009 vor.<sup>16</sup>

Danach gab es beispielsweise im Bereich des DNA-Datenabgleichs bei den Sexualdelikten seit Beginn des jeweiligen Wirkbetriebs mit Österreich 40, mit Spanien 22, mit den Niederlanden 31, mit Slowenien 4 und mit Luxemburg keinen Treffer. Bei den sonstigen Straftaten, hinter denen sich vor allem Eigentumsdelikte verbergen, waren es zu diesem Zeitpunkt allein mit Österreich 3.005, mit den Niederlanden 1.105 und mit Luxemburg 18 Treffer.<sup>17</sup> Bei den daktyloskopischen Daten ergab der deutsche Online-Zugriff auf österreichische Daten insgesamt 325 Treffer. Hier lagen klare Schwerpunkte im Bereich von Eigentumsdelikten, Verstößen gegen das Aufenthaltsgesetz, Betäubungsmittelkriminalität, Betrug und Urkundenfälschung.

Der Prüm Vertrag war von Anfang an so konzipiert, dass er (gem. Art. 1 Abs. 4) innerhalb der ersten drei Jahre nach seinem Inkrafttreten in das Recht der EU überführt werden sollte. Dieses Ziel ist mittlerweile erreicht. Am 23.6.2008 hat der Rat den Beschluss zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität<sup>18</sup> angenommen. Damit sind die wesentlichen Teile des Prüm Vertrages in den Rechtsrahmen der Europäischen Union überführt worden. Zu diesen „wesentlichen Bestandteilen“ zählen vor allem die Bestimmungen über den Austausch von Daten zur Erstellung von DNA-Profilen, die Abgleichung von Fingerabdrücken sowie die Identifizierung von Fahrzeugen und deren Haltern. Damit hat sich der Prüm Vertrag – wie zuvor schon das Schengener Vertragswerk – von der völkervertragsrechtlichen Zusammenarbeit einiger weniger Staaten zum Modell für ganz Europa entwickelt. Von einer europaweiten Funktionsfähigkeit ist dieses in der Zukunft vermutlich bedeutsamste Ermittlungswerkzeug für transnationale Ermittlungen aber derzeit noch ein gutes Stück entfernt. Im Gegensatz zu anderen Inhalten des Ratsbeschlusses Prüm müssen die Mitgliedstaaten die Vorschriften zum Datenabgleich erst bis zum 26.8.2011 praktisch umsetzen.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Vgl. dazu die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Inge Höger, Jan Korte, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE v. 22.10.2009 (BT-Drs. 16/14150).

<sup>17</sup> BT-Drs. 16/14150, S. 4.

<sup>18</sup> ABl. EG 2008 Nr. L 210, S. 1. In Deutschland wurde der Ratsbeschluss Prüm durch das Gesetz zur Umsetzung des Beschlusses des Rates 2008/615/JI vom 23.6.2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität v. 31.7.2009 (BGBl. I 2009, S. 2507) innerstaatlich umgesetzt. Es ist seit dem 5.8.2009 in Kraft.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 23 des Beschlusses 2008/616/JI des Rates vom 23.6.2008 zur Durchführung des Beschlusses 2008/615/JI zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität (ABl. EG 2008 Nr. L 210, S. 12).

Der vollständige Wirkbetrieb des Systems dürfte daher noch geraume Zeit auf sich warten lassen.<sup>20</sup>

### III. Kritische Bemerkungen

Dennoch klingt das alles nach einer Erfolgsgeschichte – und das ist es auch, wenn man lediglich die Effektivitätssteigerung im Bereich des Austauschs von Strafverfolgungsdaten betrachtet. Zwar wird durch den Prüm Vertrag – im Gegensatz zum Vorschlag der Kommission – der Grundsatz der Verfügbarkeit nicht in Reinform umgesetzt, da eben nur ein Teil des zur Strafverfolgung verwendeten Datenmaterials unmittelbar abrufbar ist. Zudem kann überwiegend nur auf Indexdaten, nicht aber auf die vollständigen Datensätze zugegriffen werden. Ein Quantensprung ist es jedoch allemal! Und es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten für die Erkenntnis, dass Prüm nur eine Momentaufnahme, eine Zwischenetappe auf dem Weg zu einem umfassenden europäischen Netzwerk von Datenbanken sein wird.

Für den straf- und strafprozessrechtlichen Blickwinkel ist vor allem die Erkenntnis von Bedeutung, dass die Bemühungen um eine effektivere transnationale Strafverfolgung zum Schutz kollektiver Sicherheitsinteressen den Datenschutz und damit den Individualschutz der Unionsbürger weitgehend auf der Strecke lassen. Es ist schon erstaunlich, dass wir uns auf europäischer Ebene Abstriche im Bereich des Datenschutzes zumuten, die wir uns auf nationaler Ebene unter dem wachsenden Auge des Bundesverfassungsgerichts nie gefallen lassen würden. Es wiederholt sich ein Muster, das uns bereits in den 1990er Jahren bei der Schaffung des europäischen Polizeiamts Europol begegnet ist: erst fängt man einmal mit der Arbeit an und später legt man sich dann in aller Ruhe ein paar passende und die einmal begonnene Arbeit möglichst nicht allzu sehr einschränkende Rechtsgrundlagen zu.

Um es deutlich zu sagen: für den Austausch von Strafverfolgungsdaten innerhalb der EU-Mitgliedstaaten gibt es nach wie vor keine ausreichenden allgemeinverbindlichen Datenschutzstandards auf europäischer Ebene. Und das nationale deutsche Datenschutzrecht, das durch das Bundesverfassungsgericht vor allem im Recht der Inneren Sicherheit in jahrzehntelanger Detailarbeit letztlich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Grundgesetzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu einem hohen Schutzstandard ausgeformt wurde, verpufft infolge des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts auf europäischer Ebene ohne Wirkung. Befürworter eines raschen Ausbaus europäischer Formen der Informationskooperation verweisen in diesem Zusammenhang zu Unrecht auf das angebliche Vorhandensein einschlägiger Rechtsakte.

Die europäische Datenschutzrichtlinie aus dem Jahr 1995<sup>21</sup> war nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut<sup>22</sup> schon im Zeitpunkt ihres Erlasses nur im Bereich des Gemeinschafts-

<sup>20</sup> Zum aktuellen Umsetzungsstand vgl. Ratsdok. 5904/6/10 REV 6 v. 13.10.2010.

<sup>21</sup> Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG 1995 Nr. L 281, S. 31).

<sup>22</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie.

rechts, also für die Rechtsmaterien der früheren ersten Säule der EU, anwendbar. Auch nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1.12.2009 mit der dadurch veranlassenen Auflösung der Säulenstruktur und der Vergemeinschaftung der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen hat sich an diesem ausdrücklichen Ausschluss des Strafrechts aus dem Anwendungsbereich der Datenschutzrichtlinie nichts geändert.<sup>23</sup> Keine Abhilfe schafft entgegen verbreiteter Auffassung auch der lange umkämpfte Rahmenbeschluss des Rates vom 27.12.2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden.<sup>24</sup> Ausweislich der Vorbemerkung Nr. 39 zu diesem Rahmenbeschluss bleiben neben weiteren Rechtsakten aus der früheren dritten Säule der EU insbesondere auch die Datenschutzvorschriften des Prüm Ratsbeschlusses unberührt. Die Formulierung „bleiben unberührt“ ist hier i.S.v. „nicht anwendbar“ zu verstehen. Der Rahmenbeschluss aus dem Jahr 2008 bietet somit gerade keine allgemeine datenschutzrechtliche Grundlage für den Austausch von Strafverfolgungsdaten in Europa.

Der einzig geltende Rechtsakt ist damit ein völkerrechtliches Abkommen der Mitglieder des Europarats aus dem Jahr 1981. Schließlich sind alle EU-Mitgliedstaaten gleichzeitig auch Mitglieder des Europarats. Konkret handelt es sich um das Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten.<sup>25</sup> Es wurde zwar für die Praxis durch Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates aus den Jahren 1987 und 1992 konkretisiert.<sup>26</sup> Diese besitzen aber gerade keinen rechtsverbindlichen Charakter und ihr Schutzniveau liegt deutlich unter dem der EG-Datenschutzrichtlinie, die schon ihrerseits keinen überragend hohen Datenschutzstandard aufweist. Dass ein Rechtsakt aus Zeiten, in denen Begriffe wie Internet, E-Mail, Data Mining oder Data Profiling noch in ferner Zukunft lagen, keine geeignete Grundlage für den Umgang mit personenbezogenen Daten im 21. Jahrhundert sein kann, liegt auf der Hand.

Infolgedessen bleiben die von Datenspeicherungen Betroffenen zunächst auf das höchst heterogene nationale Datenschutzrecht für das jeweilige Datenbanksystem verwiesen. Hierin liegt zugleich eines der zentralen Probleme: für den Austausch von Strafverfolgungsdaten in Europa wird einfach ein nicht existierendes gemeinsames Datenschutzniveau unterstellt, anstatt es tatsächlich zu schaffen.<sup>27</sup>

Daneben gelten die jeweiligen bereichsspezifischen Datenschutzbestimmungen aus solchen Rechtsakten, auf deren

Grundlage europäische Institutionen für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen etabliert worden sind. Gemeint sind diejenigen Bestimmungen, die nur für spezielle Anwendungsbereiche des Unionsrechts gelten, beispielsweise die Vorschriften zum Umgang mit personenbezogenen Daten im Europol-Ratsbeschluss, im Schengener Durchführungsübereinkommen oder eben im Prüm Ratsbeschluss. Gerade ein Blick in Letzteren zeigt jedoch, dass solche bereichsspezifischen Datenschutzregelungen allgemeinverbindliche Standards für sämtliche Bereiche der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit oder gar des gesamten Unionsrechts nicht ersetzen können. Klare Bestimmungen über den Zweck der Erhebung und des Austausches von Daten, den von der Datenverarbeitung betroffenen Personenkreis und vor allem eine Eingrenzung der Straftaten, zu deren Aufklärung beispielsweise Informationen über genetische Merkmale genutzt werden dürfen, sucht man hier vergeblich.<sup>28</sup> Stattdessen bleibt eine Fülle von Fragen offen: Sind etwa erhebliche Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wie der Austausch und Abgleich von DNA-Daten zur Aufklärung von Bagatelldelicten (z.B. Fahrrad- oder Ladendiebstählen) wirklich noch verhältnismäßig? Wie will man die materielle Rechtmäßigkeit einer transnationalen Informationsübermittlung insbesondere mit Blick auf den *ordre-public*-Vorbehalt überhaupt überprüfen? Ist nicht für eine Information, die sich einmal in einem national betriebenen, aber europäisch vernetzten Datenbanksystem befindet, der Grundsatz der Zweckbindung von personenbezogenen Daten und der damit verbundene Schutzgedanke für immer aufgehoben? Und lassen sich die nationalen Datenschutzvorschriften einfach dadurch aushebeln, dass man bestimmte Strafverfolgungsbehörden zwischen verschiedenen Staaten als vertrauenswürdig einstuft und danach für immer auf jegliche Kontrolle im Einzelfall verzichtet? Solchen Fragen kann man nicht durch bloßen Verweis auf den unabwendbaren europäischen Integrationsprozess ausweichen. Sie zu stellen hat nichts mit anti-europäischer Einstellung, sondern mit Rechtsstaatlichkeit zu tun.

Der Grundsatz der Verfügbarkeit dreht den Grundgedanken des Datenschutzes letztlich um. Staatliche Eingriffe in das Recht des Bürgers auf Privatheit bedürfen grundsätzlich nicht mehr der Rechtfertigung. Stattdessen werden wir in Zukunft wohl begründen müssen, warum wir im Einzelfall den Datenaustausch zum Schutz von Grund- und Menschenrechten blockieren wollen.

#### IV. Ausblick

Es bleibt somit die Frage, wie es weiter gehen wird mit dem Informationsaustausch auf europäischer Ebene. Ohne Zweifel ist dieser Informationsaustausch eines der wichtigsten Elemente der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit. Die geltende Rechtslage – oder besser: Nicht-Rechtslage – hilft letztlich keinem Beteiligten weiter. Die Angehörigen der nationalen Sicherheitsbehörden werden in die unangenehme Lage versetzt, Eingriffe in Grund- und Menschenrechte der Bürger ohne ausreichende Rechtsgrundlage, also rechtswidrig

<sup>23</sup> *Hijmans*, ERA-Forum 2010, 219 (221).

<sup>24</sup> ABl. EG 2008 Nr. L 350, S. 60.

<sup>25</sup> SEV Nr. 108.

<sup>26</sup> Vgl. Empfehlung Nr. R (87) 15 des Ministerkomitees des Europarates vom 17.9.1987 über die Nutzung personenbezogener Daten im Polizeibereich sowie Empfehlung Nr. R (92) 1 des Ministerkomitees des Europarates vom 10.2.1992 über die Anwendung der DNS-Analyse im Rahmen der Strafrechtspflege.

<sup>27</sup> Vgl. auch *Braum*, KritV 2008, 82 (90).

<sup>28</sup> *Papayannis*, ZEuS 2008, 219 (247).

vornehmen zu müssen. Das schadet nicht nur der Legitimität und der gesellschaftlichen Akzeptanz ihrer Arbeit, mit der für uns alle ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts geschaffen werden soll. Vielmehr birgt es auch ein erhebliches Frustrationspotential für die Beamten, wenn die Nutzung neuer Ermittlungswerkzeuge nicht zu rechtsstaatlichen und damit nicht zu gerichtsfesten Beweismitteln führt. Schon im eigenen Interesse sollten Polizei und Staatsanwaltschaft hier massiv auf Nachbesserungen drängen. Auf der anderen Seite wird der Strafverteidiger zu peniblen Nachforschungen, teilweise auch im Ausland, hinsichtlich der Herkunft und Qualität von Informationen und Beweismitteln gezwungen, die möglicherweise zum Nachteil seines Mandanten verwertet werden. Erbitterte Kämpfe um Beweisangebote und über Beweisverwertungsverbote erscheinen damit vorprogrammiert. Und ganz nebenbei: Strafverteidigung mit derartigem Aufwand und dieser Güteklasse können sich ohnehin nur die wenigsten Beschuldigten tatsächlich leisten. Am wenigsten zu beneiden sind aber vermutlich die nationalen Gerichte, die solche Verwertungsfragen letztlich zu entscheiden haben werden. Hier dürfte auch der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung an seine faktischen Grenzen stoßen.

Gerade der Vertrag von Lissabon hat die Bedeutung des Datenschutzes auf europäischer Ebene für die individuelle Freiheit der EU-Bürger noch einmal deutlich verstärkt. Gemäß Art. 16 Abs. 1 des neuen Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten. Und in Absatz 2 werden das Europäische Parlament und der Rat ausdrücklich dazu verpflichtet, Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, zu erlassen. Eine dem Art. 16 AEUV vergleichbare Regelung findet sich auch in Art. 8 der EU-Grundrechtecharta. Und schließlich wird derzeit durch den Rat und die Kommission auch der nach Art. 6 Abs. 2 des neuen EU-Vertrags vorgesehene Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vorbereitet. Mit dem Abschluss dieses Beitrittsverfahrens gelten damit auch unmittelbar auf EU-Ebene menschenrechtliche Gewährleistungen wie Art. 8 EMRK. Dieser schützt als Teilbereich des Rechts auf Achtung der Privatsphäre eben auch den Datenschutz im Sinne einer ungerechtfertigten staatlichen Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten.<sup>29</sup>

Dass vor diesem Hintergrund gerade im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ein datenschutzrechtlicher Nachholbedarf besteht, wird durchaus auch in Brüssel erkannt. Insofern ist auch das sog. Stockholmer Programm<sup>30</sup> von der Überzeugung geprägt, dass Strafverfolgungsmaßnahmen und Maßnahmen zur Sicherung

individueller Rechte, Rechtsstaatlichkeit und internationale Schutzregelungen miteinander der gleichen Richtung folgen und einander gegenseitig verstärken müssen. Teil dieses am 11.12.2009 verabschiedeten neuen Fünfjahresprogramms in der Nachfolge des Haager Programms ist auch eine umfassende Bestandsaufnahme der gegenwärtigen Rechtsinstrumente, Informationskanäle und technischen Lösungen, der eine grundlegende Evaluation folgen soll. In diesem Rahmen sollen sowohl die Schwedische Initiative als auch das Prümmer Rechtsregime überprüft werden. Konkrete Empfehlungen sind im Laufe des Jahres 2011 zu erwarten. Wie auch immer diese ausfallen mögen, ob für eine neue allgemeine Datenschutzrichtlinie oder für eine Stärkung des bereichsspezifischen Datenschutzes in den bestehenden Rechtsakten<sup>31</sup>: im Vergleich zum gegenwärtigen Rechtszustand kann es nur besser werden.

---

<sup>29</sup> Vgl. nur *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 22 Rn. 10; *Breitenmoser*, Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK, 1986, S. 245.

<sup>30</sup> Ratsdok. 17024/09.

---

<sup>31</sup> Eine klare Festlegung lässt sich bislang auch der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über ein Gesamtkonzept für den Datenschutz in der Europäischen Union v. 4.11.2010 (KOM [2010] 609 endg.) nicht entnehmen.

# Der Rechtshilfeverkehr zwischen Taiwan und der Volksrepublik China

Von Prof. Dr. **Jiuan-Yih Wu**, Kaohsiung\*

## I. Einleitung

Seit dem Beginn des Reiseverkehrs zwischen Taiwan und China und der Zulässigkeit von Reisen nach Taiwan kommen mehr und mehr chinesische Bürger nach Taiwan. Aufgrund derselben Sprache und des gleichen kulturellen Hintergrundes lassen sich viele chinesische Bürger in Taiwan nieder. Der Austausch zwischen Taiwan und China ist sehr intensiv. Für beide Seiten sind die damit gewonnenen neuen Freiheiten aber auch mit großen Herausforderungen für die Strafverfolgung und -vollstreckung verbunden. Mit diesem Beitrag soll ein Überblick über den aktuellen Entwicklungszustand der Theorie und der Gesetzgebung im Bereich des Rechtshilfeverkehrs zwischen Taiwan und China aus taiwanesischer Sicht gegeben werden. Ich werde versuchen, die Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung aufzuzeigen und möchte mit einem Ausblick den Beitrag schließen. Ich hoffe, dass es mir auf diese Weise gelingt, im deutschsprachigen Raum einen Eindruck über den Rechtshilfeverkehr zwischen Taiwan und China zu vermitteln.

## II. Die Entstehungsgeschichte des Rechtshilfeverkehrs zwischen Taiwan und China

### 1. In der Zeit vor 1990

Nach dem Bürgerkrieg auf dem chinesischen Festland im Jahr 1949 regierte die taiwanische Regierung (Republik China) nur die Taiwaninsel und die Inseln in der Nähe. Ebenfalls im Jahr 1949 wurde die Volksrepublik China von den Kommunisten auf dem chinesischen Festland China gegründet. In Taiwan waren die meisten Vorschriften des taiwanischen Verfassungsgesetzes (tVerfG) zunächst durch die speziellen Klauseln zum Ausnahmezustand aus Gründen der Staatssicherheit ausgeschlossen. Das führte zu einem lang andauernden Ausnahmezustand. Erst in den 1980er Jahren hat sich dies langsam geändert. Unter dem Druck der Demokratisierung hat die taiwanische Regierung im 1987 den Ausnahmezustand aufgehoben. Seitdem ist es auch zulässig, dass taiwanische Bürger zum Besuch der Familie nach China reisen. Seit 1988 ist es ebenfalls möglich, dass chinesische Bürger nach Taiwan reisen, um einen kranken Familienangehörigen zu besuchen oder gegebenenfalls an einer Trauerfeier in Taiwan teilzunehmen.

### 2. Seit 1990

Den meisten chinesischen Bürgern ist aufgrund des bereits beschriebenen regen Reiseverkehrs zwischen den Ländern der hoch entwickelte Zustand der Wirtschaft in Taiwan bekannt. Damit begann auch eine große Welle illegaler Zuwanderung. Im Auftrag der beiden Regierungen haben das taiwanische Rote Kreuz und das chinesische Rote Kreuz im Jahr 1990 die Erklärung zum sog. „Kinmen“-Abkommen<sup>1</sup> unter-

zeichnet. Entsprechend dieser Vereinbarung ist das taiwanische Rote Kreuz befugt, (auf Ersuchen) Beschuldigte, Verurteilte sowie illegale Zuwanderer aus China auszuliefern (zwischen bestimmten Punkten und auf dem Seeweg).

### 3. Nach 2009

Im Jahr 1991 wurden die speziellen Klauseln zum Ausnahmezustand abgeschafft und stattdessen Ergänzungsvorschriften zum tVerfG (EtVerfG) beschlossen. Nach Art. 10 (geltend Art. 11) EtVerfG a.F. sind die Rechte und die Pflichten des Bürgers sowie die sachliche Behandlung zwischen Taiwan und China nur gesetzlich zu regeln. Deshalb ist im Jahre 1992 die „Verordnung für das Verhältnis zwischen den Bürgern in Taiwan und auf dem chinesischen Festland (VTC)“ in Kraft getreten. Seit 2002 ist es möglich, dass chinesische Reisegruppen touristisch nach Taiwan reisen. Außerdem wurde der unmittelbare Handel zwischen beiden Seiten sowie die Investition taiwanischer Gesellschaften ermöglicht. Seit 2005 ist auch der unmittelbare Luftverkehr zwischen Taiwan und China zulässig. Am Ende des Jahres 2010 wurde sogar eine „Back-Pack Tour“ für die chinesischen Bürger nach Taiwan geplant. Die neuen Verkehrsverbindungen zwischen Taiwan und China stellen aber auch ein Missbrauchsrisiko dar, etwa im Hinblick auf die Vorbereitung und die Begehung einer Straftat oder die Vornahme von Verdunkelungshandlungen zur Vermeidung der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung. Das skizzierte Kinmen-Abkommen kann den zunehmenden Bedarf an Rechtshilfe aber nicht decken.<sup>2</sup> Deshalb haben zwei Zivilorganisationen als Vertreter von Taiwan und China, nämlich die Stiftung für den Austausch entlang der Taiwan-Straße (Straits Exchange Foundation) auf der Seite von Taiwan und der Verein für das Verhältnis entlang der Taiwan-Straße (Association for Relations Across the Taiwan Straits) auf der Seite von China offizielle Gespräche geführt und dann am 24.4.2009 das sog. „Abkommen zur Bekämpfung der Kriminalität und zur Förderung des Rechtshilfeverkehrs entlang der Taiwan-Straße (AKR)“ unterzeichnet. Diesem Abkommen hat anschließend am 30.4.2009 das taiwanische Parlament (Gesetzgebung Yuan) zugestimmt (§ 5 Abs. 2 VTC). Es enthält über die schon praktizierte Auslieferung hinaus auch Vorschriften über verbindliche und sonstige Erscheinungsformen des Rechtshilfeverkehrs.

\* Der Autor ist ordentlicher Professor der juristischen Fakultät und Direktor des juristischen Seminars an der staatlichen Universität Kaohsiung in Taiwan.

<sup>1</sup> Kinmen ist eine Insel, die ca. 2 km vor der Küste der chinesischen Provinz Fujian liegt und bisher noch von der Regierung Taiwans kontrolliert wird.

<sup>2</sup> *Chu/Tsai/Hsu*, Journal of Central Police University 47/2010, 10; *Ching*, Prospection and exploration: commentary anthology 6 (2008), 35; *Hsieh*, Prospection and exploration: commentary anthology 6 (2008), 57.

### III. Rechtsgrundlagen des Rechtshilfeverkehrs zwischen Taiwan und China

Die AKR stellt die Hauptrechtsquelle des Rechtshilfeverkehrs zwischen Taiwan und der Volksrepublik China dar. Es besteht insgesamt aus 24 Vorschriften (1. Abschnitt: der Allgemeine Teil, 2. Abschnitt: die gemeinsame Bekämpfung der Kriminalität, 3. Abschnitt: Rechtshilfe, 4. Abschnitt: das Verfahren des Ersuchens sowie 5. Abschnitt: Anhang). Darüber hinaus ist das „Gesetz zur Rechtshilfe auf das Ersuchen des ausländischen Gerichts“ (insgesamt 9 Vorschriften) subsidiär anzuwenden.<sup>3</sup>

### IV. Der Entwicklungszustand der Theorie des Rechtsverkehrs zwischen Taiwan und China

In der taiwanesischen Literatur wird die AKR aufgrund nachfolgender Maximen begründet:<sup>4</sup>

#### 1. Das Wesen des Abkommens und das One-China-Prinzip

Nach dem sog. „One-China-Prinzip“ (auch: Ein-China-Politik), das diplomatisch in der Welt anerkannt wird, ist die Volksrepublik China der einzige Vertreter Chinas. Damit ist Taiwan eine Provinz Chinas und soll zukünftig mit dem Festland wieder vereinigt werden. Demgegenüber ist Taiwan weltweit nur von 23 Staaten als der einzige Vertreter Chinas anerkannt. Aufgrund dieses Prinzips ist das Verhältnis zwischen Taiwan und China nicht einer Beziehung zwischen unterschiedlichen Nationen gleichzusetzen.<sup>5</sup> Die völkerrechtlichen Grundsätze sind hier nur analog anwendbar, wie z.B. bei der Teilnahme von Taiwan und China an den internationalen Organisationen (in den Fällen von APEC<sup>6</sup>, WTO<sup>7</sup>). Dementsprechend sind Taiwan und China völkerrechtlich als selbstständige Körper anzusehen.<sup>8</sup> Allerdings ist das Abkommen zwischen Taiwan und China, das zwischen zwei Zivilorganisationen, aber mit einer völkerrechtlichen Zweckbestimmung unterzeichnet wurde, nicht als „Vertrag zwischen Nationen“ zu einstufen.

#### 2. Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit als Ausgangspunkt des Rechtshilfeverkehrs

In Taiwan hat die Theorie des Rechtshilfeverkehrs zwischen beiden Seiten danach zu differenzieren, ob und wie die zuständige Stelle Taiwans auf das Ersuchen aus China Rechtshilfe leisten soll und muss. Zunächst beschränkt sich der Umfang der Rechtshilfe nur auf die strafrechtlichen Angelegenheiten. Der Rechtshilfeverkehr zwischen Taiwan und China kann notwendig werden, wenn beispielsweise der chi-

nesische Täter nach der Begehung der Straftat in China, die nicht nur nach cStGB<sup>9</sup> sondern auch nach tStGB strafbar ist, in Taiwan bleibt, oder wenn Gegenstände als Beweismittel in Taiwan vorhanden sind. Entsprechendes gilt, wenn die Strafvollstreckung in China stattfinden soll, der Verurteilte sich aber in Taiwan aufhält. Erst mit Hilfe Taiwans kann die Strafverfolgung oder Strafvollstreckung in China damit erfolgreich durchgeführt werden.

#### 3. Die Erscheinungsformen der Rechtshilfe

Die strafrechtlichen Angelegenheiten bestehen aus der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung. Der Bedarf für Rechtshilfe ergibt sich also bei der Strafverfolgung (Vorermittlung, Ermittlung sowie Hauptverhandlung) oder bei der Strafvollstreckung, weil der Beschuldigte und die Gegenstände als Beweismittel die Basis des Urteils und der Verwirklichung des Strafanspruchs sind. Soweit also Beweismittel in Taiwan vorhanden sind oder der Täter sich in Taiwan aufhält, kann China sein Interesse an der Strafverfolgung und Strafvollstreckung nicht verwirklichen. Deshalb kann die zuständige Stelle Chinas entsprechend dem Abkommen gegenüber Taiwan ein Rechtshilfeersuchen stellen. Auf dieses Ersuchen hin kann die zuständige Stelle in Taiwan die Rechtshilfe leisten. Die zuständige Stelle darf dann unmittelbar auf das Ersuchen hin die Auslieferung und die dazu dienenden Maßnahmen wie Festnahme, Haft sowie Fahndung anordnen und vornehmen. Hinsichtlich der Beweismittel darf sie auf das Ersuchen hin deren Herausgabe und verbindliche Maßnahmen wie Zeugenvernehmung, Durchsuchung, Beschlagnahme sowie Sachverständigenvernehmung anordnen oder vornehmen.

#### 4. Die beteiligten Organe

Das taiwanesisches Justizministerium ist das zuständige Organ für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des chinesischen Ersuchens. Um eine effiziente gemeinsame Bekämpfung der Kriminalität gemeinsam mit allen Ländern der Welt zu ermöglichen, haben die für die Strafverfolgung und die Strafvollstreckung zuständigen Organe, wie bspw. die Kriminalpolizei, über das Justizministerium hinaus praktisch seit langem selbstständig solche Befugnisse, wie z.B. zur Informationsübermittlung, zur Annahme des Ersuchens sowie zur Vornahme der Rechtshilfe.<sup>10</sup>

### V. Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit als Ausgangspunkt des Rechtshilfeverkehrs

Zunächst besteht die strafrechtliche Angelegenheit aus der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung wegen der Begehung einer Straftat nach dem cStGB. § 4 AKR besagt, dass Taiwan und China sich darin einig sind, Kriminalität zu bekämpfen. „Kriminalität“ i.S.d. § 4 AKR bedeutet eine rechtswidrige Tat, die einen Tatbestand nach dem cStGB<sup>11</sup> und dem tStGB

<sup>3</sup> Umstritten, vgl. *Ching*, *Prospection and exploration: commentary anthology* 6 (2008), 35 (37 f.).

<sup>4</sup> Z.B. *Choh*, *Prospection and exploration: commentary anthology* 5 (2007), 87 *Lin*, <http://www.sef.org.tw/ct.asp?xItem=56072&ctNode=3715&mp=12>.

<sup>5</sup> *Huang*, *Taiwan Law Journal*, 141/2009, 1.

<sup>6</sup> APEC = Asia-Pacific-Economic-Cooperation.

<sup>7</sup> WTO = Welthandelsorganisation.

<sup>8</sup> *Huang*, *Taiwan Law Journal*, 141/2009, 1 (2).

<sup>9</sup> tStGB = Das taiwanesisches Strafgesetzbuch.

<sup>10</sup> *Choh*, *Prospection and exploration: commentary anthology* 5 (2007), 87 (89 f.).

<sup>11</sup> cStGB = Das Strafgesetzbuch der Volksrepublik China.

erfüllt. Insb. die folgenden Straftaten sind Schwerpunkte der Zusammenarbeit:

- Totschlag, Raub, Erpresserischer Menschenraub, Schmuggel, Einführung und Handel mit illegalen Waffen, Drogen- und Menschenhandel sowie die organisierte illegale Einwanderung (§ 4 Nr. 1 AKR),
- Unterschlagung, Untreue, Betrug, Geldwäsche, Geld- und Wertpapierfälschung (§ 4 Nr. 2 AKR),
- Korruption (Bestechlichkeit, Bestechung), § 4 Nr. 3 sowie
- Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr und Terrordelikte (§ 4 Nr. 4).

Das bedeutet, dass dann, wenn ein chinesischer Täter in China eine Straftat begeht und er sich danach während der gegen ihn geführten Strafverfolgung oder Strafvollstreckung in Taiwan aufhält, ein Bedarf für die Gewährung von Rechtshilfe anzunehmen ist. Außerdem ist erforderlich, dass sowohl nach Ansicht der zuständigen Behörden Chinas als auch derjenigen Taiwans das Vorliegen eines Verdachts begründet ist (§ 4 AKR). Ausnahmsweise ist die Rechtshilfe nach der Vereinbarung von Taiwan und China auch dann zulässig, wenn die Tat nach tStGB nicht strafbar ist, sie aber die gesellschaftliche Sicherheit in Taiwan gefährden kann (§ 4 Nr. 5 AKR)

#### VI. Rechtshilfe zur Strafverfolgung

Bei der typischen Strafverfolgungssituation aus chinesischer Sicht befindet sich regelmäßig der chinesische Täter, der zuvor in China eine Straftat gemäß des cStGB begangen hat, in Taiwan. Außerdem können Gegenstände, die als Beweismittel in Frage kommen, in Taiwan sein. Entsprechend der Unterscheidung, ob eine „Person“ in Taiwan gefunden und zurückgebracht werden soll, kann die Rechtshilfe in zwei Erscheinungsformen unterteilt werden: Auslieferung (der Person) sowie Herausgabe und sonstige Rechtshilfe.

##### 1. Auslieferung

Nach § 5 Abs. 1 AKR soll Taiwan den chinesischen Verdächtigten oder Beschuldigten an China ausliefern. Zur Flankierung des Auslieferungsverfahrens darf die zuständige Stelle Taiwans im Notfall die Festnahme sowie die Fahndung nach dem chinesischen Verdächtigten und den chinesischen Beschuldigten anordnen. Die zuständige Stelle Taiwans hat die Befugnis, Zeugen zu vernehmen oder die Durchsuchung und anschließend die Beschlagnahme anzuordnen (§ 8 AKR), wenn die Gegenstände als Beweismittel auch in Taiwan vorliegen. Während der Auslieferung können die dadurch erlangten Gegenstände als Beweismittel (und Akten) herausgegeben werden (§ 6 Abs. 1 AKR).

##### 2. Herausgabe und die sonstige Rechtshilfe

Hierbei handelt es sich nur um das Auffinden und die Herausgabe der Gegenstände als Beweismittel, wie z.B. Urkunden, Sachbeweise, elektronisch verarbeitete Daten (Audio- oder Videoaufnahmen). In diesem Zusammenhang können die Durchsuchung, Beschlagnahme, Einsichtnahme, Sachver-

ständigengutachten sowie die Vernehmung angeordnet werden (§ 8 AKR).

#### VII. Rechtshilfe zur Strafvollstreckung

Bei der Strafvollstreckungssituation aus chinesischer Sicht bleibt der chinesische Verurteilte in Taiwan oder die Gegenstände der Sanktion befinden sich in Taiwan. Nach dem Kriterium, ob eine „Person“ in Taiwan gefunden und zurückgebracht werden soll, kann die Rechtshilfe zur Strafverfolgung erneut in zwei Erscheinungsformen unterteilt werden: Auslieferung (der Person) sowie die Herausgabe und die sonstige Rechtshilfe.

##### 1. Auslieferung

Gemäß § 11 AKR kann der chinesische Verurteilte unter Bewilligung Taiwans und Chinas sowie der Einwilligung des Verurteilten an China ausgeliefert werden. Gleichzeitig können die Beute, der illegale Gewinn oder der Ersatz des wirtschaftlichen Wertes, soweit alles in Taiwan vorhanden ist, herausgegeben werden (§ 9 AKR). Allerdings ist nicht geregelt, wie der chinesische Verurteilte (Festnahme, Haft, Fahndung) und die aufgefundenen Gegenstände (Durchsuchung, Beschlagnahme) in Taiwan festgestellt werden können.

##### 2. Herausgabe und die sonstige Rechtshilfe

Hier geht es nur um die Herausgabe der Gegenstände zur Einziehung (§ 9 AKR). Wie bereits ausgeführt, gibt es aber noch keine Rechtsgrundlage hierfür, wie z.B. die Anordnung der Durchsuchung oder der Beschlagnahme.

#### VIII. Formelle Voraussetzung für die Anordnung der Rechtshilfe

##### 1. Beteiligte Organe

Der Rechtshilfeverkehr lässt sich in folgende zeitliche Stadien einteilen: (a) Ersuchenserteilung und -annahme, (b) Anordnung auf das Ersuchen hin sowie (c) Vollstreckung.

##### a) Ersuchenserteilung und -annahme

§ 3 AKR besagt ausschließlich, dass die Vertreter der beiden Seiten bestimmte Stellen beauftragen, um Kontakt zu halten. In der taiwanesischen Praxis ist das taiwanesisches Justizministerium die einzige Zugangsbehörde für die Annahme des Rechtshilfeersuchens, das von China kommt.<sup>12</sup> Aber in der taiwanesischen polizeilichen Praxis nimmt die Kriminalpolizei Taiwans auch selbstständig das Ersuchen von der chinesischen Polizei an.

##### b) Anordnung auf das Ersuchen

Das oben erörterte Ersuchen soll inhaltlich (Auslieferung der Person oder Herausgabe der Gegenstände) vom für die bestimmte Erscheinungsform der Rechtshilfe zuständigen Anordnungsorgan mitgeteilt werden. Aber für die Anordnung der Auslieferung oder der Herausgabe sind keine zuständigen Organe im AKR zu finden. Einige der Rechtshilfe dienenden

<sup>12</sup> Lin (Fn. 4).

Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahmen, wie z.B. Festnahme, Haft, Durchsuchung sowie Beschlagnahme, können allenfalls im Rahmen des Ersuchens für die Auslieferung oder die Herausgabe angeordnet werden (§§ 5, 8 AKR), indem die Vorschriften der tStPO analog angewendet werden. Das ist allerdings schon deshalb problematisch, weil die jeweiligen Voraussetzungen für die Anordnung hier regelmäßig nicht vorliegen dürften.

## 2. Ablauf

Innerhalb Taiwans kann die Anordnung der Auslieferung oder der Herausgabe auf das Ersuchen Chinas hin mit Hilfe der untenstehenden Tabelle näher aufgezeigt werden. Zuerst nimmt das taiwanesisches Justizministerium das Ersuchen Chinas an. Dann wird dieses Ersuchen den zuständigen Stellen übermittelt. Auf dieses Ersuchen hin können die Ergreifung des chinesischen Verdächtigten, des chinesischen Beschuldigten sowie die Erlangung der Gegenstände angeordnet werden, sofern das taiwanesisches Gesetz oder die guten Sitten nicht verletzt werden. Wird dem Ersuchen nicht stattgegeben, so soll dies begründet werden (§ 15 AKR).

Vgl. *Tabelle 1*: Die Ersuchenserteilung und ihre Antwort für die Rechtshilfe zur Strafverfolgung oder zur Strafvollstreckung (unten S. 75).

## IX. Vollzug der Anordnung der Rechtshilfe

### 1. Beteiligte Organe

Welche taiwanesisches Behörde bei dem Vollzug der Anordnung der Rechtshilfe das Verfahren beherrscht und welche Behörden nur Hilfsorgane sind, bleibt im AKR ebenfalls unklar. In der taiwanesischen Praxis sind die Polizei, die Staatsanwaltschaft sowie das Gericht die beteiligten Behörden.<sup>13</sup> Aber es fehlt noch an einer Rechtsgrundlage für die Arbeitsteilung. Außerdem soll Taiwan auf das Ersuchen Chinas hin die Unterlagen, die von den zuständigen chinesischen Behörden erstellt wurden, nach Taiwan übermitteln (§ 7 AKR). Auch hier ist die beteiligte Behörde nicht im AKR genannt. In der taiwanesischen Praxis ist die Stiftung für den Austausch entlang der Taiwan-Straße dafür verantwortlich.<sup>14</sup>

### 2. Ablauf

Das Ergebnis des Vollzuges der Rechtshilfe ist schriftlich und unverzüglich zu berichten (§ 14 Abs. 1 AKR). Ausnahmsweise kann von dieser Berichtspflicht befreit werden, wenn die Ermittlung, die Anklageerhebung sowie die Hauptverhandlung, die in Taiwan durchgeführt werden soll, dadurch gefährdet würden (§ 14 Abs. 1 S. 2 AKR). § 14 AKR regelt, dass im Falle des Scheiterns des Ersuchens, die Daten an China zurückzugeben sind. Außerdem kann man aus § 14

AKR ableiten, dass die Daten gleichfalls zurückzugeben sind, wenn das Ersuchen erfolgreich durchgeführt wurde.

### 3. Sonstiges

#### a) Kosten der Rechtshilfe

Gemäß § 22 AKR soll Taiwan grundsätzlich auf das Ersuchen Chinas die Rechtshilfe kostenfrei leisten. Aber nach der Vereinbarung muss China die folgenden Kosten tragen:

- Kosten für Sachverständige,
- Kosten für Dolmetscher und Kopien,
- Reisekosten der Zeugen und der Sachverständigen sowie
- sonstige Kosten nach der Vereinbarung.

#### b) Geheimhaltungspflicht

Die Daten, die sowohl im Ersuchen stehen, als auch bei der Durchführung der Rechtshilfeleistung gefunden werden, müssen immer geheim gehalten werden (§ 16 AKR).

#### c) Der beschränkte Anwendungszweck der Daten

Die übermittelten Daten sind nur für den Zweck des Ersuchens verwendbar (§ 17 AKR).

## X. Dilemma

Mangels ausdrücklicher Vorschriften sind die folgenden Schwierigkeiten bei der Anwendung des AKR vorgezeichnet:

1. Die Auslieferung und die Herausgabe begründen hauptsächlich den Inhalt des Rechtshilfeverkehrs. Allerdings sind die allgemeinen Voraussetzungen, von denen die Anordnung dieser Maßnahmen zur Rechtshilfe abhängig ist, entweder nur getrennt voneinander oder gar nicht geregelt. Darüber hinaus sind einige wichtige Bestimmungen aufgrund völkerrechtlicher Konventionen im Bereich des Rechtshilfeverkehrs nicht in die AKR aufgenommen worden, etwa das Verbot der Auslieferung wegen einer politischen Tat oder die Unzulässigkeit der Auslieferung wegen einer mit Todesstrafe bedrohten Tat.<sup>15</sup>

2. Der in § 5 AKR geforderte Verdachtvorbehalt ist überflüssig. Nach überwiegender Auffassung in Taiwan kann darauf verzichtet werden.<sup>16</sup> Für den Rechtshilfeverkehr genügt, dass die in China begangene Tat den Tatbestand des cStGB erfüllt, der nach tStGB auch eine rechtswidrige Tat darstellt.

3. Hinsichtlich der Auslieferung oder der Herausgabe zur Strafvollstreckung fehlen Vorschriften über die Ergreifung des Verurteilten und die Erlangung der Gegenstände. Deshalb ist es fraglich, ob die genannten Zwangsmaßnahmen zur Durchführung der Auslieferung oder der Herausgabe angeordnet werden dürfen oder nicht.

<sup>13</sup> Ähnlich *Choh*, *Prospection and exploration: commentary anthology 5* (2007), 87 (89).

<sup>14</sup> Kritisch dazu *Ching*, *Prospection and exploration: commentary anthology 6* (2008), 35 (37 f.).

<sup>15</sup> Hier für den Abschluss der völkerrechtlichen Maximen *Choh*, *Prospection and exploration: commentary anthology 5* (2007), 87 (89). Umgekehrt *Lin* (Fn. 4).

<sup>16</sup> Z.B. *Lin* (Fn. 4).

## XI. Ausblick

Die AKR stellt die Hauptrechtsgrundlage für den Rechtshilfeverkehr zwischen Taiwan und China dar. Entsprechend dem sog. „One-China-Prinzip“ wird die AKR nicht als ein Vertrag zwischen Nationen interpretiert. Aufgrund der Tatsache, dass es in Taiwan und China rechtliche und politische Unterschiede gibt, gelten im Bereich der Auslieferung die völkerrechtlichen Grundsätze, die ursprünglich zwischen den Nationen Geltung beanspruchen.

Im Hinblick auf die Schwierigkeiten bei der Anwendung der AKR,<sup>17</sup> sind folgende Orientierungspunkte bei einer künftigen Novelle in Betracht zu ziehen, indem sie im Inlandgesetz geregelt werden: Zunächst sind die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der Auslieferung, der Herausgabe sowie der sonstigen Rechtshilfe zur Strafverfolgung oder zur Strafvollstreckung ausdrücklich festzuschreiben. Außerdem müssen die beteiligten Organe Taiwans auch hinsichtlich der einzelnen Verfahrensstadien ausdrücklich geregelt werden.

Wie Taiwan sich mit Ersuchen um Rechtshilfe aus anderen Staaten der Welt einheitlich befassen soll, ist eine weitere wichtige Frage. Hierfür geben die deutschen Erfahrungen eine gute Leitlinie vor – das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsache (IRG). In der Zukunft ist das veraltete<sup>18</sup> Gesetz über die Rechtshilfe auf das Ersuchen eines ausländischen Gerichts zu verbessern, um die allgemeinen Regelungen für den Rechtshilfeverkehr zu begründen, indem die wichtigen völkerrechtlichen Grundsätze in der Strafsache integriert und die Einzelheiten der Rechtshilfe präziser dargestellt werden.<sup>19</sup> Bei der Anwendung müssen die allgemeinen Regelungen zurücktreten, wenn Sonderregelungen innerhalb völkerrechtlicher Vereinbarungen zwischen Taiwan und anderen Staaten, wie den USA und China, bestehen und in das innerstaatliche Recht umgesetzt wurden.

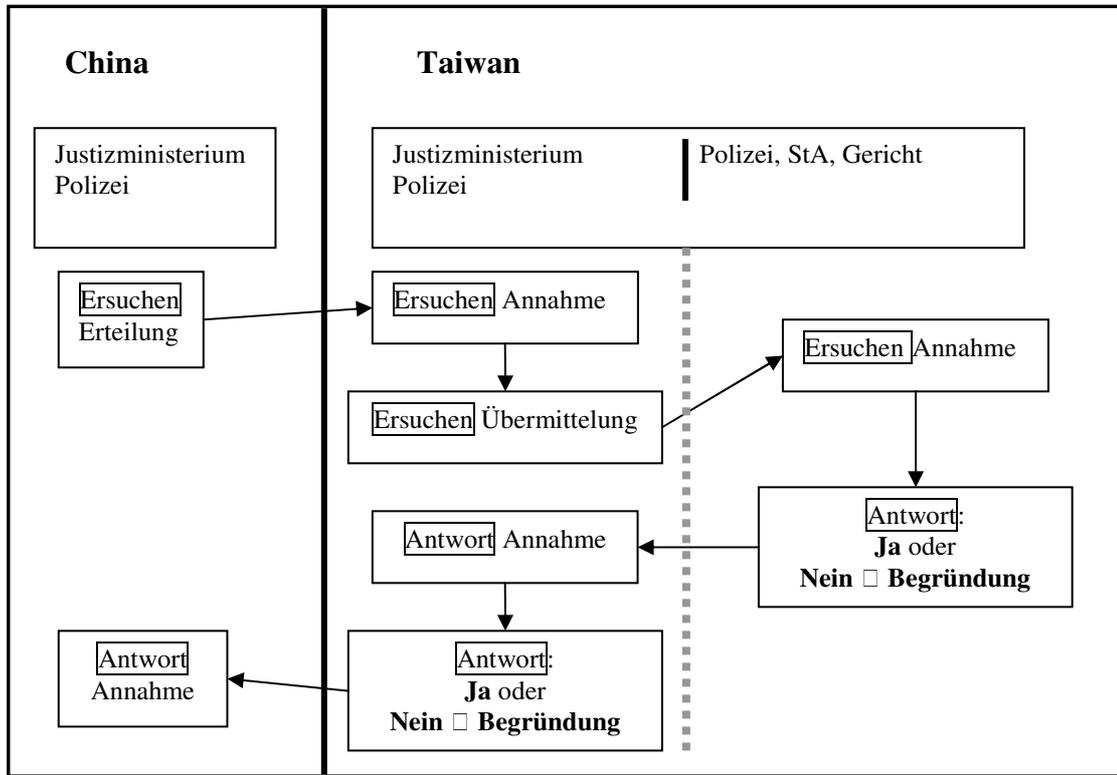
---

<sup>17</sup> Vgl. unter X.

<sup>18</sup> Seit 1963 ist dieses Gesetz nicht verbessert worden.

<sup>19</sup> Im Entwurf zur Novelle des Gesetzes zur Rechtshilfe auf das Ersuchen des ausländischen Gerichts wird die Vorschrift der analogen Anwendung für den Rechtshilfeverkehr zwischen Taiwan und China ergänzt, vgl. *Choh*, *Prospection and exploration: commentary anthology 5* (2007), 87 (90).

Tabelle 1



# Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik

Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09\*

Von Prof. Dr. Tonio Walter, Regensburg

## I. Einleitung

Der 2. Senat des Bundesgerichtshofes hat im letzten Jahr die Sterbehilfe strafrechtlich auf neue Beine gestellt. Sie steht dort sicher und an der richtigen Stelle; aber die Beine sind krumm und laden dazu ein, auf sie noch gefährlich mehr zu stützen oder dies zu versuchen. Und es wäre für das Strafrecht insgesamt gefährlich, wenn derart krumme Beine – dogmatisch falsche Begründungen – Schule machten.

Der Sachverhalt: Eine Frau, 71 Jahre alt, äußert gegenüber ihrer Tochter, dass sie, wenn ihr etwas zustoße, keine künstliche Ernährung oder Beatmung wolle. Kurz darauf, im Jahr 2002, hat sie eine Hirnblutung und fällt in ein Wachkoma. Sie ist nicht ansprechbar, ihr Zustand wird sich nach ärztlicher Voraussicht nicht bessern. Sie wird über eine PEG-Sonde durch die Bauchdecke künstlich ernährt (Flüssignahrung). Jahr um Jahr vergeht. 2006 wird nach einer Fraktur der linken Arm amputiert. Im Dezember 2007 wiegt die Frau noch 40 Kilogramm. Ihr Hausarzt und ihre Tochter – zugleich ihre Betreuerin – sind sich einig, dass die künstliche Ernährung einzustellen sei. Das Heim, in dem die Frau liegt, ist nach monatelangem Ringen einverstanden. Die Sorge für die künstliche Ernährung wird in die Hände der Tochter gelegt, die sie am 20.12.2007 „beendet“. Doch am nächsten Tag ordnet die Geschäftsleitung des Heimunternehmens an, die künstliche Ernährung wieder aufzunehmen; man hat kalte Füße bekommen. Es muss schnell gehen. Der Tochter wird ein Ultimatum gestellt: Entweder sie stimme binnen zehn Minuten zu, oder sie habe das Heim zu verlassen und bekomme Hausverbot. Die Tochter ruft ihren Anwalt an. Er rät ihr, den Schlauch der Sonde unmittelbar über der Bauchdecke durchzuschneiden. Er nimmt an, dass es das Heim nicht wagen werde, eigenmächtig eine neue Sonde einzusetzen. Einstweiligen Rechtsschutz könne man nicht mehr früh genug erlangen. Die Tochter tut, was ihr der Anwalt rät. Die Pfleger bemerken die Manipulation nach wenigen Minuten. Man ruft die Polizei, und ein Staatsanwalt ordnet gegen den Willen der Tochter an, dass die Frau in ein Krankenhaus gebracht und dort mit neuer Sonde versehen wird, was geschieht. Am 5.1.2008 stirbt sie eines natürlichen Todes aufgrund ihrer Erkrankungen. Ihre Tochter und deren Anwalt werden eines versuchten Tötungsdelikts angeklagt.

## II. Die dogmatischen Schwächen der Entscheidung

### 1. Der Kampf gegen die Abgrenzung von Unterlassen und aktivem Tun

a) *Unterlassen und aktives Tun sind klar trenn- und bestimmbare Verhaltensformen, ihre „Abgrenzung“ ist ein Scheinproblem*

Der Senat betont mehrfach, wie unfruchtbar es sei, für die Sterbehilfe zwischen Unterlassen und aktivem Tun zu unter-

scheiden. Eine „naturalistische Unterscheidung“ nach den „äußeren Erscheinungsformen von Tun und Unterlassen“ sei bei Sterbehilfe und Behandlungsabbruch nicht geeignet, „sachgerecht und mit dem Anspruch auf Einzelfallgerechtigkeit“ die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten zu ziehen.<sup>1</sup> Außerdem sei sie „praktisch kaum durchführbar“. Dem ist sofort zuzugeben, dass die Grenze zwischen verbotenem und erlaubtem Behandlungsabbruch nicht ausschließlich davon abhängen kann, ob die fragliche Person handelt oder unterlässt. Aber das muss man auch gar nicht behaupten, um diese Unterscheidung für §§ 212, 216 StGB lückenlos einzufordern, das heißt ohne Ausnahme für den Behandlungsabbruch. Und wir werden unten IV. sehen, dass sie nicht nur eine dogmatisch stimmige – also nachvollziehbare und vorhersehbare – Lösung ermöglicht, sondern auch eine gerechte.

Zuzugeben ist dem 2. Senat ferner, dass die Unterscheidung von Tun und Unterlassen einige Blüten getrieben hat, die sie diskreditiert erscheinen lassen mögen. Zu nennen ist für das Thema Sterbehilfe zum einen die Ansicht zahlreicher Autoren, der aktive Behandlungsabbruch durch einen Garanten sei ein Unterlassen.<sup>2</sup> Zum anderen ist an die These des 1. Senats zu denken, dass die aktive Weisung an Pfleger, die Behandlung einzustellen, ebenfalls ein Unterlassen sei.<sup>3</sup> Auch in anderen Teilen des Strafrechts führt die „Schwerpunkt-Formel“ der herrschenden Meinung dazu, dass oft im Wertungsnebel bleibt, wann jemandem ein Unterlassen und wann ein Handeln zum Vorwurf gemacht wird.<sup>4</sup> Aber all dies ändert nichts daran, dass es erstens ein recht klares Kriterium gibt, um Handeln und Unterlassen zu unterscheiden, und dass dieses Kriterium zweitens auch sachgerechte Ergebnisse ermöglicht. Die Rede ist von der schlichten Frage, ob das, was man als vielleicht strafbar prüft, der Einsatz von Körperkraft ist oder nicht. Für den strafrechtlichen Handlungsbegriff ist das traditionell auch die Ansicht der Rechtsprechung („natürlicher Handlungsbegriff“). Zwar haben ihn im Schrifttum zahlreiche Autoren lächerlich gemacht und durch vermeintlich überlegene Handlungsbegriffe ersetzt. Doch keiner von ihnen hat gegenüber dem natürlichen Handlungsbegriff auch nur den geringsten dogmatischen Vorzug, im Gegenteil, und dass man sie gleichwohl vertritt, verdankt sich nach meinem Eindruck nur der Angst, als wissenschaftlich unterbelichtet

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 28, 29, 30, 32.

<sup>2</sup> So etwa Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 7 Rn. 7; Roxin, NStZ 1987, 345 (349); Schöch, NStZ 1995, 153 (154).

<sup>3</sup> BGHSt 40, 257 (266) – Magensonden-Fall (Kempten).

<sup>4</sup> Näher und mit zahlreichen Beispielen Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 13 Rn. 1 ff.; Stoffers, Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, 1992, passim.

\* Abgedruckt in NStZ 2010, 630.

zu gelten, nämlich „naturalistisch“ an Äußerlichkeiten zu haften, wo man tiefere Zusammenhänge aufzudecken habe.<sup>5</sup> Und auch im Schrifttum kehren gerade für die Abgrenzung von Unterlassen und Handeln viele zum natürlichen Handlungsbegriff zurück, indem sie für das aktive Tun den Einsatz von Körperkraft verlangen – den man aber um Gottes Willen nicht so nennt, sondern als „positiven Energieeinsatz“ bezeichnet.<sup>6</sup>

Ursache vieler Scheinprobleme der Abgrenzung von Tun und Unterlassen ist zudem schon der Glaube, dass es tatsächlich um eine Abgrenzung gehe; dass man sich nämlich für einen Sachverhalt insgesamt zu entscheiden habe, ob der Täter handle oder unterlasse. Das muss man aber nicht. Wenn ein Autofahrer einen Passanten anfährt, verletzt liegen lässt und flüchtet, um nicht belangt zu werden, und wenn der Passant deswegen stirbt, womit der Fahrer gerechnet hatte, dann ist das tatbestandlich eine aktive fahrlässige Körperverletzung und aktive fahrlässige Tötung, ein Mord durch Unterlassen (Verdeckungsabsicht) und eine aktive Unfallflucht. Auf der Ebene der Konkurrenzen schiebt der Mord die Körperverletzung und die fahrlässige Tötung vom Tisch und steht mit der Unfallflucht in Tateinheit.<sup>7</sup> Eine Kombination von aktivem und passivem Verhalten, doch abzugrenzen ist nichts. Es reicht, sich jeweils klarzumachen, welchen Verhaltensteil oder – mit Blick aufs Unterlassen – welchen Aspekt des Verhaltens man untersucht; und dann genügt es, zu subsumieren und die Konkurrenzregeln zu kennen, vor allem die der sogenannten Gesetzeskonkurrenz.<sup>8</sup> Letzteres ist auch der Grund, warum man diese Sicht: es gibt gar kein Abgrenzungsproblem, „Konkurrenzlösung“ nennen mag.<sup>9</sup>

Sterbehilfe in Form eines Behandlungsabbruchs ist allerdings in der Regel ein Unterfall der Konstellation „tätiger Abbruch eigener Rettungsbemühungen“, und diese Konstellation regt in der Tat an zu überlegen, ob man nicht in diesem einen Fall die Unterscheidung von Handeln und Unterlassen normativ modifizieren sollte; und zwar indem dieses – bei natürlicher Betrachtung – Handeln rechtlich nur unter der zusätzlichen Voraussetzung als aktives Tun einzustufen wäre, dass dem Opfer eine (außerstraf-)rechtlich geschützte Position genommen wird, etwa daran zu erkennen, dass es sich dagegen mit der *actio negatoria* wehren könnte.<sup>10</sup> Doch die herrschende Lehre stellt ausgerechnet an dieser Stelle auf eine faktische Betrachtung ab (das heißt, *horribile dictu*: auf

eine „naturalistische“): Sie nimmt ein aktives Tun an, wenn die Rettungsbemühungen dem Opfer bereits (faktisch) eine Rettungschance eröffnet haben.<sup>11</sup> Für den tätigen Behandlungsabbruch kommt es auf diese Meinungsdivergenz nicht an; er ist nach beiden Ansichten – nach allgemeinen Regeln – ein aktives Tun.

*b) Die Unterscheidung von aktiver und passiver Sterbehilfe war zwar (so) nicht sinnvoll, hing aber gar nicht von der „äußeren Handlungsform“ ab*

Die Absage des 2. *Senats* an die Unterscheidung von Handeln und Unterlassen ist auch deshalb bedauerlich, weil der Mangel der alten Rechtslage gar nicht darin lag, entscheidend auf vermeintlich irrelevante Äußerlichkeiten abzustellen. Denn die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe hing nach herrschender Meinung keineswegs nur davon ab, ob jemand bei rein äußerer Betrachtung gehandelt oder unterlassen hatte (will sagen: Körperkraft eingesetzt hatte oder nicht). Vielmehr machte man im Schrifttum das Passive eines Verhaltens gern davon abhängig, ob die fragliche Person ein Garant war, und stufte der Bundesgerichtshof ein aktives Tun als Unterlassen ein, wenn es im Ergebnis dazu führte, dass eine Behandlung endete, s.o. a). Mit anderen Worten verwirft der 2. *Senat* ein Haften an Äußerlichkeiten unter Hinweis auf ein dogmatisches Chaos, das gerade daher rührte, dass man sich um die äußere – das heißt tatsächliche – Verhaltensform eben nicht mehr gekümmert hatte: „Aktive“ und „passive“ Sterbehilfe waren Schlagworte, die sich von der äußeren Verhaltensform abgekoppelt hatten. Das war verwirrend und deswegen schlecht – ändert aber nichts daran, dass es grundsätzlich leicht möglich, sinnvoll und überdies auch von Gesetzes wegen zwingend geboten ist, zwischen Handeln und Unterlassen zu trennen:

*c) Das Gesetz zwingt dazu, stets zu bestimmen, ob jemand handelt oder unterlässt*

Der 2. *Senat* spricht es selbst aus:<sup>12</sup> Das Gesetz unterscheidet unübersehbar zwischen Handeln und Unterlassen. Davon zeugen § 13 StGB und die Unterlassungsdelikte im Besonderen Teil und im Nebenstrafrecht. Dieser Unterschied hat auch Folgen: Ein Unterlassen ist nur ausnahmsweise tatbestandsmäßig; entweder gibt es einen Tatbestand im Besonderen Teil oder Nebenstrafrecht, der ausdrücklich den Fall erfasst, dass jemand etwas „nicht tut“ oder „unterlässt“ – oder der Unterlassende ist Garant, und sein Unterlassen entspricht aktivem Tun (§ 13 StGB; der zweifelhafte Gehalt der Entsprechungsklausel mag hier dahinstehen<sup>13</sup>). Auch die Strafmilderung des

<sup>5</sup> Näher *meine* Kommentierung, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2006 ff., Vor § 13 Rn. 29 ff. m.w.N.

<sup>6</sup> *Duttge*, JR 2004, 34 (37); *Freund* (Fn. 4) § 13 Rn. 9; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 31 Rn. 78.

<sup>7</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 583 (584). Man könnte auch Tatmehrheit vertreten, es spielt hier keine Rolle.

<sup>8</sup> Näher *meine* Beiträge in den Juristischen Arbeitsblättern, JA 2004, 572 und JA 2005, 468.

<sup>9</sup> Vertreten von *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 28/4; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 13 Rn. 72 ff., sowie von *mir* selbst in ZStW 116 (2004), 555 (567 f.).

<sup>10</sup> So *mein* Vorschlag in ZStW 116 (2004) 555 (568).

<sup>11</sup> Stellvertretend *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 13 Rn. 9.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 29 (in der NSTZ nicht abgedruckt).

<sup>13</sup> Zu ihm *Nitze*, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989, passim; *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 5), § 13 Rn. 77.

§ 13 Abs. 2 StGB kommt nur für ein Unterlassen in Betracht. Es mag in manchen Fällen sein, dass es im Ergebnis und tatbestandlich einerlei ist, ob man jemanden für sein Unterlassen oder für sein Handeln zur Verantwortung zieht, weil beides nach dem Tatbestand im Besonderen Teil oder Nebenstrafrecht und nach der Schuldform (Vorsatz/Fahrlässigkeit) identisch ist. Aber selbst jetzt hat sich der Richter zu entscheiden, denn nur für das Unterlassen kommt § 13 Abs. 2 StGB in Betracht, und diese Entscheidung ist – gerade deshalb – vorgegeben: Das Unterlassen tritt als materiell subsidiär zurück (Gesetzeskonkurrenz). Die Unterscheidung des Gesetzes hat auch ihren vernünftigen Grund: Ein aktives Tun – verstanden als Einsatz von Körperkraft – erfordert im negativen Sinne eine stärkere Überwindung des Täters, stärkere „kriminelle Energie“. Für die Tötungsdelikte hat der Bundesgerichtshof das selbst wirklichkeitsnah formuliert.<sup>14</sup> Es ist aber auch bei einer einfachen Beleidigung etwas anderes, ob jemand die Taste selbst drückt, deren Betätigung eine beleidigende E-Mail verschickt, oder ob er lediglich untätig bleibt, während ein anderer die Taste drückt.

Der 2. Senat erinnert wie gesagt selbst daran, dass unser Gesetz zwischen Handeln und Unterlassen unterscheidet. Doch dann folgt ein Satz, der mindestens als unglücklich einzustufen ist:

„Diese generelle Differenzierung lässt jedoch gleichzeitig die Möglichkeit offen, Tun und Unterlassen wertungsmäßig gleich zu gewichten und damit auch gleich zu behandeln, wenn der zugrundeliegende Lebenssachverhalt dies erfordert.“<sup>15</sup>

Das heißt salopp: Wenn uns eine Unterscheidung des Gesetzes wertungsmäßig nicht passt, kümmern wir uns nicht um sie und behandeln die Sachverhalte gleich. Wenigen liegt es ferner als den Senaten des Bundesgerichtshofes, das Gesetz zu ignorieren. Dann dürfen sie so etwas aber auch nicht schreiben. Und es bestand dafür auch keine Notwendigkeit. Denn auch wenn man peinlichst genau zwischen aktivem Tun und Unterlassen trennt, lässt sich sinngemäß sagen: Bei der Sterbehilfe kann es Umstände geben, die beides erlauben.

## 2. Die Idee, eine Tötung auf Verlangen könnte kraft Einwilligung gerechtfertigt sein

Man mag es kaum glauben, aber es ist so: Der 2. Senat löst unseren Fall, indem er den Beschuldigten eine rechtfertigende Einwilligung der Verstorbenen zugute hält, und zwar in Bezug auf § 216 StGB.<sup>16</sup> Erstaunlich ist nicht, dass es überhaupt nur um eine mutmaßliche Einwilligung gehen könnte, da sich die Verstorbene nie zu einer konkreten Behandlung oder deren Abbruch geäußert hatte.<sup>17</sup> Vielmehr darf man es als höchst gewöhnungsbedürftig bezeichnen, dass es eine

Tötung geben soll, die nach dem Gesetz ausdrücklich tatbestandsmäßig ist, obwohl das Opfer sie ernstlich verlangt, die aber gerechtfertigt wird, weil das Opfer mutmaßlich zustimmt. Das ist aber die Konstruktion. Ich freue mich nicht darauf, sie ausländischen Gästen zu erläutern, die nach Deutschland gekommen sind, weil dessen Strafrechtsdogmatik aufgrund systematischer Stringenz und begrifflicher Klarheit international hohes Ansehen genießt. Wie unter III. zu zeigen sein wird, geht es auch an dieser Stelle nicht um Wortklauberei oder ein „dogmatisches Glasperlenspiel“, sondern um inhaltliche Folgerungen und Ergebnisse. Zur richtigen Lösung siehe unten IV. Hier genügt es festzuhalten: Aus § 216 StGB folgt, seit es diese Norm gibt und solange es sie geben wird, dass eine tatbestandsmäßige Tötung durch keine noch so intensive Einwilligung gerechtfertigt werden kann.

## 3. Die Ableitung des Rechts losgelöst vom Gesetz aus neu geschaffenen Begriffen, die das Gesetz nicht kennt

Der 2. Senat geht in seiner Begründung auch methodisch neue Wege. Angesichts früherer Unklarheiten in Wissenschaft und Praxis, wann ein Behandlungsabbruch strafbar sei, schreiben die Richter:

„Es ist deshalb sinnvoll und erforderlich, alle Behandlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativwertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst [...]“<sup>18</sup>

Denn die Kriterien dafür, wann der Abbruch einer Behandlung strafbar sei, „ergeben sich aus den Begriffen der ‚Sterbehilfe‘ und des ‚Behandlungsabbruchs‘ selbst und aus der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung.“<sup>19</sup>

Einschränkend sei zu berücksichtigen:

„Der Begriff der Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch setzt voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist. Nur in diesem engen Zusammenhang hat der Begriff der ‚Sterbehilfe‘ einen systematischen und strafrechtlich legitimierenden Sinn.“<sup>20</sup>

„Immanent“ sei „dem Begriff des Behandlungsabbruchs“ ferner die „Verwirklichung des auf die Behandlung bezogenen Willens der betroffenen Person“.<sup>21</sup> Ich hatte schon auf jenen unglücklichen Satz hingewiesen, mit dem sich der 2. Senat scheinbar von der Anwendung des Gesetzes (§ 13 StGB) freizeichnet (oben 1. c). Die nun zitierten Passagen sind leider geeignet, diesen Eindruck zu verfestigen. Von ihrer methodischen Verortung weiß man lediglich, dass es um eine rechtfertigende Einwilligung geht. Dafür erfährt man von zwei Begriffen, deren Eigenschaften das Magische streifen. Zwar sind sie dem Gesetz unbekannt, von der Verfas-

<sup>14</sup> BGH NStZ 1992, 125: „In Fällen des Unterlassens bestehen [...] keine psychologisch vergleichbaren Hemmschwellen vor einem Tötungsvorsatz wie bei positivem Tun.“

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 29 am Ende (in der NStZ nicht abgedruckt).

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 21, 25, 28, 32, 34, 35, 39, 40.

<sup>17</sup> Insoweit zutreffend schon Verrel, NStZ 2010, 671 (673).

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 31.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 32.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 33.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 36.

sung bis zum BGB, und der *Senat* sagt auch nicht, wie er sie aus einem geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatz abgeleitet hat oder wie sie sonst mit einem solchen Satz zusammenhängen. Aber in ihnen soll bereits alles liegen, was man zur Falllösung braucht, und deshalb zieht man sie heran.

Demgegenüber ist festzuhalten: Weder der Begriff der Sterbehilfe noch jener des Behandlungsabbruchs enthält strafrechtlich irgendetwas, ohne dass man es zuvor hineingelegt hätte. Vor allem ergeben sich aus diesen Begriffen mitnichten Kriterien dafür, wann das eine oder das andere strafbar ist. Dass dem Begriff des Behandlungsabbruchs „die Verwirklichung des auf die Behandlung bezogenen Willens der betroffenen Person“ immanent sei, ist eine nicht nur lexikalisch äußerst angreifbare These. Und es ist strafrechtsdogmatisch alles andere als „sinnvoll und erforderlich“, mit selbst geschaffenen „normativ-wertenden“ Oberbegriffen „objektive Handlungselemente“ und „subjektive Zielsetzungen“ „zusammenzufassen“. Was der 2. *Senat* inhaltlich will, ist vernünftig. Aber die besagten Begriffe geben dafür nichts her. Dies durch eigene Definitionen des Begriffs ändern zu wollen, ist methodisch ein Zirkelschluss. Der schlichte, gänzlich unsubstantiierte Hinweis auf eine „Abwägung der betroffenen Rechtsgüter“ und den „Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung“ schwebt einsam und schwerelos durchs methodische Vakuum.

#### 4. Anstiftung als Täterschaft

Das Landgericht hatte den Anwalt der Tochter als deren (Versuchs-)Mittäter verurteilt, und der 2. *Senat* hat diese Handlungszurechnung bestätigt.<sup>22</sup> Der Anwalt war nicht am Ort des Geschehens gewesen, sondern hatte der Tochter telefonisch geraten, den Sondenschlauch durchzuschneiden. Er hatte sie nicht genötigt, hatte ihr gegenüber keine Weisungsbefugnisse, auch keine informellen, und auch kein überlegenes Wissen, denn was er wusste, hatte er ihr mitgeteilt, um seinen Rat zu begründen. Wie kommt man bei dieser Lage der Dinge dazu, den Anwalt als Mittäter zu behandeln? Man könnte meinen: zum Beispiel mit jener Ansicht im Schrifttum, die einen „Bandenchef“ auch dann als Mittäter bestraft, wenn er nicht vor Ort ist; und zwar aufgrund seiner Planungen, Vorbereitungen und seiner informellen Weisungsgewalt.<sup>23</sup> Aber unser Anwalt hatte nichts geplant, nichts vorbereitet und hatte keinerlei Weisungsgewalt. Er hat über die Rechtslage informiert und einen Rat erteilt. Das ist – wenn es eine Haupttat gibt – eine Verbindung von Beihilfe und Anstiftung. Und daher lautet die Antwort auf unsere Frage: allein mit einer extrem subjektiven Täterlehre à la Badewannen- und Stachinskij-Fall.<sup>24</sup> Deren Schwächen sind schon so

oft beschrieben worden, dass ich darauf verweise.<sup>25</sup> Es wäre außerordentlich schade, wenn die Rationalisierung und Beschränkung der Täterlehre wieder verloren ginge, die der Bundesgerichtshof in den letzten Jahrzehnten erreicht hat.

### III. Die Gefahren, die aus den dogmatischen Schwächen folgen

Es soll hier nicht von den allgemeinen Gefahren die Rede sein, die entstehen, wenn der Bundesgerichtshof die Rechtsfindung scheinbar vom Gesetz löst, dessen Unterscheidungen für nur bedingt beachtlich erklärt und dogmatische Konstruktionen wählt, die zu beschreiben unausweichlich absurd klingt (Einwilligung in tatbestandsmäßige Tötung auf Verlangen) – obwohl diese Gefahren schlimm genug sind: Entscheidungen sind nicht mehr nachzuvollziehen und daher auch nicht mehr vorhersehbar, die Untergerichte nehmen sich daran ein schlechtes Beispiel, das Recht ist nicht mehr lehr- und lernbar. Vielmehr soll es hier um zwei Gefahren gehen, die sich sehr konkret auf die Sterbehilfe beziehen. Sie bestehen in zwei Folgerungen, zu denen das Urteil einlädt – und die *Verrel* auch schon gezogen hat.<sup>26</sup> Die erste lautet, dass die Rechtfertigung auch für beliebige Dritte gelten müsse. Die zweite, dass sie nicht davon abhängen dürfe, ob der Handelnde die Verfahrensvorschriften des Betreuungsrechts eingehalten habe. Beide stützen sich darauf, dass es für den Rechtfertigungsgrund der (mutmaßlichen) Einwilligung nicht darauf ankommen könne, dass die §§ 1901a ff. BGB vollständig beachtet würden; also eben jene Normen des Betreuungsrechts, die den Kreis der „Sterbehilfeberechtigten“ begrenzen und das Verfahren regeln: Akteure sind danach nur der handelnde Arzt, der Betreuer oder Bevollmächtigte – mit dem 2. *Senat*<sup>27</sup> darf man ergänzen: und deren Hilfspersonen – sowie das Betreuungsgericht, wenn sich Arzt und Betreuer/Bevollmächtigter nicht einig werden. „Nahe Angehörige und sonstige Vertrauenspersonen des Betreuten“ erwähnt das Gesetz auch, aber nur als beratende Gesprächspartner und nur für den Fall, dass es ohne erhebliche Verzögerung möglich ist, sie beizuziehen, § 1901b Abs. 2 BGB. Das fragliche Gespräch – zwischen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigtem – ist zugleich eine der Verfahrensvorschriften. Die andere ist das Erfordernis, eine Genehmigung des Betreuungsgerichts einzuholen, wenn Arzt und Betreuer/Bevollmächtigter über den Willen des Betreuten uneins sind (§ 1904 BGB).

Zwar hat der 2. *Senat* dankenswert deutlich gesagt, dass er die Sterbehilfe nur den Akteuren erlaubt, die auch nach dem Betreuungsrecht zu ihr befugt sind (einschließlich Hilfspersonen),<sup>28</sup> und dass dessen Verfahrensregeln auch für eine rechtfertigende Einwilligung beachtet werden müssen.<sup>29</sup> Aber

<sup>25</sup> Siehe etwa *Schünemann*, in: Laufhütte/ Rissing-van Saan/ Tiedemann (Fn. 5), § 25 Rn. 32 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> *Verrel*, NStZ 2010, 671 (674 und 675).

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 39.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 39.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 25; dort heißt es zwar nur, dass die Verfahrensregeln zu „berücksichtigen“ seien, und man könnte auf die Idee kommen, das als schwächere Bindung zu verstehen im Vergleich mit einem katego-

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 22 (in der NStZ nicht abgedruckt).

<sup>23</sup> Für diese Ansicht *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 528; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 25 Rn. 66 f. m.w.N.

<sup>24</sup> RGSt 74, 84 und BGHSt 18, 87.

diese Einschränkungen sind schwer zu begründen, wenn die Straffreiheit aus einer rechtfertigenden (mutmaßlichen) Einwilligung folgen soll. Denn in deren Voraussetzungen kommt eine solche partielle und strenge Zivilrechtsakzessorietät nun einmal nicht vor.<sup>30</sup> Zudem hat der 2. Senat zum Verhältnis von Straf- und Zivilrecht Ausführungen gemacht, die durchsichtiger hätten sein können und die einige Steilvorlagen dafür enthalten, Strafrecht und Betreuungsrecht zu entkoppeln („strafrechtsspezifische Frage“, „autonom nach materiell strafrechtlichen Kriterien zu entscheiden“).

Am Rande: Jene Ausführungen scheinen mir von der Sorge bestimmt, „das Zivilrecht“ könne „dem Strafrecht“ allzu viele Vorgaben machen. Diese Sorge ist auch anderen Entscheidungen der *Strafsenate* anzumerken. Sie kann nur zwei Ursachen haben: Entweder sind sich die Richter ihrer Fähigkeiten und Befugnisse nicht voll bewusst, nämlich sämtliche zivilrechtlichen (Vor-)Fragen selbst zu entscheiden. Oder es ist der „horror pleni“, das heißt die Abneigung dagegen, die *Vereinigten Großen Senate* anzurufen, wenn die Richter von der Rechtsprechung eines *Zivilsenats* abweichen wollen und der an seiner Ansicht festhält. Vermutlich ist es letzteres – verständlich, aber eine vertane Chance und ein falsches Signal, denn das Strafrecht ist zu hundert Prozent sekundäres Recht, das Strafe nur androhen kann, wenn ein Verhalten auch zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich verboten ist. Verweise in die andere Richtung – auf das Strafrecht – sind formal möglich und technisch sinnvoll, etwa in § 2333 BGB, ändern aber materiell nichts.<sup>31</sup>

#### IV. Wie die dogmatischen Schwächen des Urteils zu beheben sind

##### 1. Die Unterscheidung von aktivem Tun und Unterlassen

Das Gesetz zwingt, aktives Tun und Unterlassen zu trennen, und dies ist auch für die Fälle der Sterbehilfe lückenlos möglich. Voraussetzung ist allerdings erstens, dass man den Unterschied nicht in wolkigen Abstracta sucht, etwa der „Sozialerheblichkeit“ eines Verhaltens oder dem „Schwerpunkt“ einer erst noch zu ermittelnden Vorwerfbarkeit, sondern dass man mit der klassischen Lehre, dem gesunden Menschenverstand und der Rechtsprechung zum strafrechtlichen Handlungsbegriff darauf abstellt, ob sich, umgangssprachlich formuliert, jemand rührt oder nicht (dass der Einsatz von Körperkraft auch dazu führen kann, dass sich jemand nicht rührt,

---

rischen „beachten“ oder „einhalten“ – so offenbar *Verrel*, NStZ 2010, 671 (674). Doch damit verstünde man den 2. Senat höchstwahrscheinlich falsch. Gleichwohl eine weitere Mahnung, sich stets zum treffenden Wort zu zwingen, vgl. *Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen, 2. Aufl. 2009, S. 83 ff.

<sup>30</sup> Vgl. zur Einwilligung *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 23) Vor §§ 32 ff. Rn. 38; zur mutmaßlichen Einwilligung *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, Vor § 32 Rn. 4; ganz konsequent daher *Verrel*, NStZ 2010, 671 (674).

<sup>31</sup> Näher *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 51 ff.

mag hier getrost auf sich beruhen; auch dieser Fall ist unproblematisch ein aktives Tun<sup>32</sup>).

Zweitens hat man ein Verhalten nicht immer einheitlich und insgesamt nur als ein Unterlassen oder ein aktives Tun einzuordnen. Vielmehr ist es ohne weiteres möglich und nötig, einzelne Verhaltensteile und, beim Unterlassen, Verhaltensaspekte getrennt zu betrachten und ihr Verhältnis erst in den Konkurrenzen zu klären, wenn sie alle strafrechtlich relevant sind. Für die Sterbehilfe ergibt sich etwa, dass es ein Handeln ist, eine Flasche mit Flüssignahrung zu entfernen, aber ein Unterlassen, eine leere Flasche nicht zu tauschen; dass es ein Handeln ist, Pflegern Weisungen zu erteilen, aber ein Unterlassen, sie nicht rückgängig zu machen – und so weiter. (Ist der Patient bei Bewusstsein, kann fraglich werden, ob eine eigenverantwortliche Selbstschädigung vorliege oder eine Fremdschädigung. Das ist aber zum einen ein anderes Problem und zum anderen ebenfalls klar beantwortbar.<sup>33</sup>)

##### 2. Für ein Unterlassen: Die Garantenpflicht entfällt, und für Dritte ist eine Hilfe nach § 323c StGB nicht mehr „zumutbar“

Steht ein Unterlassen in Rede, kann die Strafbarkeit nur aus § 13 StGB folgen (in Verbindung mit § 216 StGB) oder aus § 323c StGB. § 13 StGB verlangt, dass der Täter „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“. Das ist auf den ersten Blick ähnlich tautologisch wie die Mahnung „Zutritt für Unbefugte verboten“, aber nach unseren Sprachkonventionen im Ergebnis doch klar: Der Täter muss besonders, stärker als jedermann, verpflichtet sein, den Erfolg zu verhindern. Darin liegt unstreitig eine Verweisung auch auf vorstrafrechtliche Normen. Offen bleiben kann hier, ob sie als normatives Tatbestandsmerkmal zu behandeln ist oder als (konkludentes) Blankett.<sup>34</sup> Als solche vorstrafrechtlichen Normen kommen für die Sterbehilfe neben dem Familienrecht und dem Schuldrecht (Behandlungsvertrag) auch §§ 1901a ff. BGB in Betracht. Das Familienrecht begründet eine Garantenstellung naher Angehöriger, jedenfalls der Kinder, das Schuldrecht begründet eine Garantenstellung des Behandlungspersonals, und die §§ 1901a ff. BGB schränken diese Pflichten wieder ein nach Maßgabe des Patientenwillens. Diese Sicht bleibt davon unberührt, dass die Garantenpflicht nach heute herrschender, zutreffender Ansicht nicht vollakzessorisch zu Schuld- und Familienrecht zu bestimmen ist und etwa auch bestehen kann, wenn ein Vertrag nichtig ist, und entfallen kann, obwohl ein familienrechtliches Verhältnis, namentlich die Ehe, fortbesteht.<sup>35</sup> Denn gute Gründe, vom Zivilrecht abzuweichen, sind für die Sterbehilfe nicht ersichtlich.<sup>36</sup> Methodisch wäre das zwar – wie gesagt – grundsätzlich möglich. Doch ist auch an dieser Stelle zu berücksichtigen, was für die Frage einer teleologischen Re-

---

<sup>32</sup> Siehe *Walter* (Fn. 31), S. 27, sowie die Kommentierung *Walter* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 30.

<sup>33</sup> Näher *Walter* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 123 ff.

<sup>34</sup> Näher *Walter* (Fn. 31), S. 250, 253 ff.

<sup>35</sup> Siehe BGHSt 48, 301 (304 f.); *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 23) § 13 Rn. 19/20 m.w.N.

<sup>36</sup> Anderer Ansicht *Verrel*, NStZ 2010, 671 (674).

duktion des § 216 StGB noch deutlicher in den Blickpunkt rückt: Wann und wie Sterbehilfe in Heimen und Krankenhäusern zulässig ist, hat der Gesetzgeber in den neuen §§ 1901a ff. BGB festgelegt als Ergebnis eines mühsamst ausgehandelten Kompromisses und breitester gesellschaftlicher Debatte. Wirksam absichern lassen sich diese Schranken und Verhaltensregeln nur mit dem Strafrecht – was dafür spricht, bei ihrer Missachtung §§ 212, 216 StGB eingreifen zu lassen; nicht nur, weil andere Tatbestände kaum in Frage kommen, sondern auch, weil es nun einmal um das Leben des Patienten geht. Umgekehrt jedoch ist es auch ausgeschlossen, ein Verhalten zu bestrafen, das nach §§ 1901a ff. BGB in Ordnung geht. Das hat der 2. Senat unter dem Strich zutreffend mit der Einheit der Rechtsordnung begründet<sup>37</sup> und folgt aus der Natur des Strafrechts als sekundärer Normenordnung. Und daher ist es richtig, die Garantenpflicht der Angehörigen und des medizinischen oder des Pflegepersonals einzuschränken, wenn §§ 1901a ff. BGB die Sterbehilfe erlauben.

Für Außenstehende entfällt dann die Zumutbarkeit einer Hilfe nach § 323c StGB. Aber auch für sie sind die §§ 1901a ff. BGB von Belang: Solange diese Vorschriften die Sterbehilfe (noch) nicht erlauben, hat der Außenstehende zu helfen. Beispiel: Ein Besucher sieht, dass an einem Apparat eine Warnlampe blinkt, dass die Flasche an einem Tropf oder einer Sonde leer ist oder dass der Patient Laute ausstößt oder Bewegungen macht, die Schmerzen zeigen. Er hat unverzüglich das behandelnde Personal zu holen; auch wenn er zu wissen meint, dass der Patient sterben will. Nur wenn die §§ 1901a ff. BGB Arzt und Betreuer erlauben, untätig zu bleiben, darf dies auch der Besucher.

### 3. Für ein aktives Tun: teleologische Reduktion des § 216 StGB

#### a) Lösung auf Tatbestandsebene

Wer einen Sondenschlauch durchschneidet, handelt aktiv. Daran führt kein vernünftiger Weg vorbei. Wer dadurch den Tod des Patienten verursacht, tötet ihn und begehrt also eine „Tötung“ im Sinne des § 216 StGB. Dessen Wortlaut lässt keine andere Wahl. Wenn man dann seine Rechtsfolge gleichwohl nicht will, gibt es verbrechenssystematisch zunächst – theoretisch – drei Möglichkeiten: eine teleologische Reduktion des Tatbestandes, eine Entschuldigung (etwa aus Art. 4 GG) und ein Strafausschließungs- oder -aufhebungsgrund. Dass eine Rechtfertigung ausscheidet, hat für § 34 StGB der 2. Senat selbst zutreffend festgestellt (es sind nur Güter ein und desselben Rechtsgutträgers betroffen).<sup>38</sup> Zur Einwilligung ist das Nötige gesagt, oben II. 2. In der Reihe der verbleibenden verbrechenssystematischen Möglichkeiten hat man mit derjenigen zu beginnen, die auch systematisch an erster Stelle steht. Das ist die teleologische Reduktion. Sie setzt voraus, dass der Wortlaut eines Tatbestandes den Fall unumgänglich erfasst, während sein Zweck (Telos) verlangt, auf die Rechtsfolge zu verzichten. Im Strafrecht ist die teleologische Reduktion nur zugunsten der Rechtsunterworfenen

zulässig; ebenso wie die Analogie, ihr methodisches Gegenstück. Beide Voraussetzungen liegen für die Sterbehilfe nach §§ 1901a ff. BGB und § 216 StGB vor.

Zu dessen Wortlaut oben. Zum Normzweck ist zu bedenken: Dieser Zweck kann nie etwas rein Objektives sein, das sich wie die Allvernunft stoischen Denkens unabhängig von den Verfassern eines Gesetzes aus dessen Buchstaben und Stellung ergäbe.<sup>39</sup> Vielmehr sind Zweck- und Sinnstiftung das Privileg geistig tätiger Wesen; in diesem Fall der Personen, die für das Gesetz verantwortlich sind. Dieser „Wille des Gesetzgebers“ mag schwer und manchmal gar nicht zu ergründen sein. Er ist gleichwohl das, worauf es ankommt. Allerdings kann nicht der Wille des historischen Gesetzgebers maßgeblich sein. Verantwortlich dafür, dass es ein Gesetz gibt, ist stets der aktuelle Gesetzgeber. Dass er in der Regel und im Zweifel die gleichen Ziele verfolgt, ändert nichts. Und dass es vom aktuellen Gesetzgeber zu einer Norm oft keine ausdrücklichen Aussagen gibt, ist ebenfalls unschädlich. Es ist dann sein mutmaßlicher Wille zu erforschen – wie bei der mutmaßlichen Einwilligung im Strafrecht und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag im Zivilrecht in Bezug auf den Willen des Opfers beziehungsweise des Geschäftsherrn. Für diesen mutmaßlichen Willen sind die Äußerungen des historischen Gesetzgebers der erste und oft einzige Anhalt – aber nicht das letzte Wort. Das Thema Sterbehilfe ist ein gutes Beispiel dafür, dass der aktuelle Gesetzgeber die Ansichten des historischen nur noch eingeschränkt teilt und dass dessen Normen daher eine neue, hier: beschränktere Zwecksetzung bekommen.

Der überkommene Zweck des § 216 StGB lässt sich als ein dreifacher bestimmen.<sup>40</sup> Das Töten fremden Lebens soll ein Tabu sein (Tabufunktion); ein Suizident soll bis zuletzt selbst Herr des Geschehens bleiben, um bei einem Sinneswandel möglichst lange die Chance zu haben, das Ruder herumzuwerfen (Schutzfunktion), und es soll sich niemand, der einen anderen tötet, auf dessen Willen berufen können, weil der ex post oft schwer zu ermitteln ist und dann in dubio pro reo auch Täter freizusprechen wären, zu deren Gunsten sich die Aufforderung des Opfers lediglich nicht ausschließen lässt (Beweisfunktion). In den Fällen einer Sterbehilfe gemäß den §§ 1901a ff. BGB nehmen der zweite und der dritte Zweck keinen Schaden: Der Betreute hat von vornherein keine Möglichkeit, sich alternativ selbst zu töten und dabei bis zuletzt Herr des Geschehens zu bleiben. Und die Schranken und Kautelen des Gesetzes stellen so weit wie möglich sicher, dass sich der Handelnde nicht missbräuchlich auf den Willen des Betreuten beruft; wenn auch zu bedenken ist, dass noch die raffiniertesten gesetzlichen Schranken- und Verfahrensvorschriften nie einen lückenlosen Schutz vor Missbrauch bieten.

Der weitere überkommene Zweck des § 216 StGB, die Tabuisierung des Tötens anderer, nimmt bei der Sterbehilfe

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 25.

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 20.

<sup>39</sup> Siehe, auch zum Folgenden, die methodischen Ausführungen in *Walter*, Kleinen Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 210 ff. (Auslegungslehre), 224 ff. (teleologische Auslegung).

<sup>40</sup> Siehe *Walter* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 124 m.w.N.

allerdings Schaden. Aber den §§ 1901a ff. BGB und ihrer Genese ist zu entnehmen, dass der aktuelle Gesetzgeber diesen Zweck nicht mehr mit derselben Radikalität verfolgt wie die Schöpfer des § 216 StGB. Das 19. Jahrhundert hatte dem physischen Leben rücksichtslosen Vorrang eingeräumt vor dem menschlichen Geist und Willen; *Thomas Mann* hat es in seinen „Buddenbrooks“ geschildert. Das ist nun vorbei; man mag dazu rechtspolitisch stehen, wie man will. Ich meine, dass die §§ 1901a ff. BGB einen richtigen, vorsichtigen Weg gefunden haben. Richtig ist vor allem, den tätigen Abbruch einer Behandlung dem Fall gleichzustellen, dass die Behandlung von Anfang an unterbleibt. Und auch wenn der Gesetzgeber der neuen BGB-Normen § 216 StGB unberührt lassen wollte, geht aus den Materialien klar hervor – und ist selbstverständlich –, dass die §§ 1901a ff. BGB auch einen tätigen Behandlungsabbruch zulässig machen und dass der dann auch straffrei bleiben soll.<sup>41</sup> Mehr muss man eigentlich nicht wissen, um § 216 StGB teleologisch zu reduzieren.

Beschränkt man sich so auf das, was §§ 1901a ff. BGB erlauben, und zwar mit allen Anforderungen und Sicherungsmechanismen, bleibt auch das Strafrecht auf dem Boden des mühsam errungenen gesellschaftlichen Kompromisses und liegt es methodisch und dogmatisch fern, die Sterbehilfe auch in Fällen straflos zu lassen, in denen sie nach betreuungsrechtlichen Regeln verboten ist.

#### **V. Schluss: vom Nutzen der Dogmatik**

Entgegen dem Eindruck, den diese Zeilen erweckt haben mögen, ist dem 2. *Senat* zunächst einmal zu danken: Er hat auf rechtspolitisch heiklem, praktisch wichtigem und immer wichtiger werdendem Terrain im Ergebnis Klarheit geschaffen und dafür sachgerecht die hart erarbeiteten Regelungen des Betreuungsrechts übernommen. Dies allerdings in wahrlich undogmatischer Manier, und dafür muss sich der *Senat* Kritik gefallen lassen. Es geht dabei nicht um ästhetische Bedürfnisse, die methodischen Marotten eines Professors oder das Ansehen des deutschen Strafrechts im Ausland. Es geht auch nicht nur darum, dass die Entscheidung zu Folgerungen einlädt, die der 2. *Senat* ablehnt. Es geht um mehr. Es geht um Rechtssicherheit. Der Weg zu ihr führt über Regeln: die Regeln des Gesetzes und die Regeln, auf die man sich für dessen Anwendung geeinigt hat. Sie alle sind unvollkommen; schon deshalb, weil ihr Baustoff, die Sprache, unvollkommen ist. Aber nur, wer sich erkennbar bemüht, diese Regeln zu beachten und fortzuentwickeln, kann eine Entscheidung nachvollziehbar und vorhersehbar begründen. Hochschullehrer fügen hinzu: Und nur solche Entscheidungen sind lehr- und lernbar in einer Kultur des Wissens und Denkens. Die Alternative ist eine Unkultur des Auswendiglernens und der Stichwortsuche in Datenbanken.

---

<sup>41</sup> Siehe BT-Drs. 16/8442, S. 9, 12, 16 f., 18.

# Handlungsgründe und Rechtfertigungsgründe

## Einmal mehr: Was heißt es, eine Tat zu rechtfertigen?

Von Wiss. Mitarbeiter **Thomas Grosse-Wilde**, Bonn

In diesen Tagen vollenden zwei große Bonner Strafrechtswissenschaftler ihr 65. bzw. 70. Lebensjahr, die mehr als einmal die Klängen im juristischen Diskurs gekreuzt haben: Hans-Ullrich Paeffgen und Ingeborg Puppe. Dazu gehört ihr intensives und Jahrzehnte überspannendes Ringen um die rechtliche Bewertung des Erlaubnistatbestandsirrtums,<sup>1</sup> mit dem (im juristischen Diskurs besonders provozierenden) Vorwurf logischer Widersprüchlichkeit einerseits,<sup>2</sup> axiologischer Inkonsistenz andererseits.<sup>3</sup> Von nicht minderer Schärfe geprägt ist ihr Streit um den Inhalt des sog. subjektiven Rechtfertigungselements: Paeffgen gehört zu den im zeitgenössischen Schrifttum abnehmenden Stimmen, die über die Kennt-

nis derjenigen Tatsachen, die eine Erlaubnisnorm erfüllen, hinaus ein Willenselement verlangen.<sup>4</sup> Puppe lehnt diese Position wie folgt ab:

„Solange sich der Bürger [aber] bewußt im Rahmen der Rechtsordnung hält, geht seine innere Einstellung zu diesem seinen Verhalten um seinen Erfolg und die Ziele und Motive, die ihn zu diesem Verhalten veranlaßt haben, den Richter nichts an. Sie sind eine Frage der Moralität, nicht der Legalität. Eine Rechtsordnung, die die Rechtfertigung eines Verhaltens, das objektiv richtig ist und dessen Richtigkeitsvoraussetzungen der Täter kennt, davon abhängig macht, daß er sich aus den richtigen Gründen oder in der richtigen Gesinnung dazu entschließt, bestraft eine unrechte Gesinnung, nicht eine unrechte Tat.“<sup>5</sup>

Dieser, wohl erstmals 1963 von Roxin vorgebrachte<sup>6</sup> und teilweise im Schrifttum mit noch schärferen Worten vorgebrachte Vorwurf<sup>7</sup> bezieht sich offenbar auf eine von Kant in der Metaphysik der Sitten getroffene Unterscheidung von Recht und Moral.<sup>8</sup>

Ob dieser Verweis auf Kant bzw. diese Anspielung im Kontext des Inhalts des subjektiven Rechtfertigungselements tragfähig ist, ist bisher nicht untersucht worden. Zuvor soll aber ein Exkurs in die anglo-amerikanische Rechtsphilosophie unternommen werden, die ironischerweise den Weg zurück zu Kant weisen wird: Von dieser unerwarteten Stelle kann nämlich die Paeffgensche Position auf argumentative Schützenhilfe hoffen: Praktisch unbemerkt von der deutschen

<sup>1</sup> Paeffgen eröffnete 1979 mit einer in seiner Dissertation vorgetragenen Verteidigung der strengen Schuldtheorie: Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, S. 93 ff.; Puppe antwortete in dem wohl legendären Beitrag in der Lackner-Festschrift (vgl. Puppe, in: Küper/Puppe/Tenckhoff [Hrsg.], Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 199), Paeffgens Erwiderung folgte zwei Jahre später: Paeffgen, in: Dornseifer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 399; Puppe wiederholte ihre Kritik (Puppe, in: Küper [Hrsg.], Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 193); der Streit setzte sich dann in den Kommentierungen (Puppe, § 16 Rn. 127, und Paeffgen, Vor § 32 Rn. 109 ff., beide in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010) bzw. Lehrbüchern (Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1. Aufl. 2002, § 27; Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008, S. 128) fort.

<sup>2</sup> Nämlich der strengen Schuldtheorie mit dem Erfordernis subjektiver Rechtfertigungselemente, so Puppe (Fn. 1 – FS-Lackner), S. 236 ff.; Puppe (Fn. 1 – FS-Stree/Wessels), S. 196 ff.; Puppe (Fn. 1 – NK), § 16 Rn. 131; schwächer in: Puppe (Fn. 1 – AT I), § 27 Rn. 8 („Diese Bestimmung der notwendigen Bedingung der Strafbarkeit [Anm. des Autors: nach der strengen Schuldtheorie] ist logisch vollkommen korrekt, aber gänzlich unplausibel.“); ähnlich Puppe, (Fn. 1 – Kleine Schule), S. 134.

<sup>3</sup> Der vorsatzausschließenden Lehren, so Paeffgen (Fn. 1 – NK), Vor § 32 Rn. 109 ff., dort in Rn. 111 auch mit einer gegenüber der Voraufgabe erweiterten Replik zum Vorwurf logischer Inkonsistenz: Wenn Puppe in ihrem Beitrag in der Otto-FS (vgl. Puppe, in: Dannecker [Hrsg.], Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 389 [S. 402]) nunmehr selbst zugesteht, dass es eine scharfe Trennung von subjektiven und objektiven Elementen eines Verbrechens gar nicht gibt, so entfalle die entscheidende Prämisse für den Angriff gegen die strenge Schuldtheorie, diese operiere mit einer changierenden alternativen Strafbarkeitsbedingung (objektiver und subjektiver Verbrechenselemente).

<sup>4</sup> Vgl. Paeffgen (Fn. 1 – NK), Vor § 32 Rn. 100; so auch schon Paeffgen (Fn. 1 – Verrat), S. 197 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Puppe (Fn. 1 – AT I), § 26 Rn. 4.

<sup>6</sup> Roxin, ZStW 75 (1963), 497 (563).

<sup>7</sup> S. etwa Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002, S. 213: „Eine entsprechende Motivationsforderung zur Rechtfertigung liefe somit tatsächlich auf die partielle Schreckensherrschaft eines Gesinnungsstrafrechts hinaus“.

<sup>8</sup> Die Wortwahl Puppes (Legalität – Moralität) legt dies nahe, auch wenn sie sich nicht ausdrücklich auf Kant beruft; dies machen in diesem Zusammenhang etwa Loos, in: Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 227 (S. 232); Rath (Fn. 7), S. 213; Roxin (Fn. 6) hatte seine Kritik nicht weiter philosophisch unterfüttert, Rudolphi, in: Schröder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 51 (S. 57), verwies auf Hartmann; ebenso Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 234 in Fn. 28; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 9 Rn. 148, sprechen davon, es sei aus rechtsstaatlichen Gründen seit der Aufklärung prinzipiell anerkannt, dass das Motiv desjenigen, der sich mit seinem Handeln objektiv in den Grenzen des Rechts hält, rechtlich stets belanglos sei.

Strafrechtswissenschaft<sup>9</sup> hat ein junger, aber bereits hochgelobter britischer Rechtsphilosoph, John Gardner,<sup>10</sup> eine Rechtfertigungskonzeption vorgestellt, die nach den Gründen des in einer Rechtfertigungssituation Handelnden fragt und nachdrücklich Einwänden gegen die Legitimität einer solchen Frage widerspricht.<sup>11</sup> Dabei handelt es sich um eine inhaltlich durchaus von Paeffgen abweichende Position, die keinerlei Entsprechung in der deutschen Strafrechtswissenschaft hat, aber sie teilt mit Paeffgen die Auffassung, dass die bloße Tatsachenkenntnis über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nicht hinreichend ist, um den Handelnden zu rechtfertigen. Da sie zudem in eine umfassende, ebenfalls bisher weithin unbeachtete Normentheorie eingebettet ist, lohnt sie, einmal vorgestellt zu werden.

### I. Normen und Handlungsgründe

Gardner knüpft mit seiner Rechtfertigungskonzeption an die Normentheorie von Raz an, die dieser in seinem Werk „Practical Reason and Norms“ entworfen hat.<sup>12</sup> Ein Kerngedanke dieser Theorie<sup>13</sup> ist die Annahme, dass „Aussagen der Form

<sup>9</sup> Safferling, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 397 in Fn. 311, erwähnt in seiner rechtsvergleichenden Habilitation Gardner, missversteht ihn dabei aber, s. hierzu Fn. 42.

<sup>10</sup> Gardner hat einen Lehrstuhl für Jurisprudence an der Universität Oxford inne. Ein Sammelband seiner Aufsätze (Gardner, Offences and Defences, Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, 2008) wurde bereits als beste strafrechtliche Publikation seit Harts Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law, 1. Aufl. 1967, gefeiert (für die 2. Auflage des Hartschen Werks im Jahre 2008 hat Gardner nota bene auch eine neue, ausführliche Einleitung geschrieben), s. die Rezension von Husak, Oxford Journal of Legal Studies 29 (2009), 169 (187): „Criminal theory has taken a giant step forward with the publication of Offences and Defences. This magnificent collection demonstrates what can happen when an outstanding philosopher turns his attention to criminal law. [...] A finer collection of essays in criminal law has not appeared since H.L.A. Hart's Punishment and Responsibility.“ Gardner gehört insofern bereits heute zu den profiliertesten Strafrechtsphilosophen der englischsprachigen Welt; leider ist bisher erst ein einziger Aufsatz in deutscher Sprache publiziert worden, in: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, 1996, S. 73.

<sup>11</sup> Erstmals in: Gardner, Simester/Smith (Hrsg.), Harm and Culpability, 1996, S. 103, wieder abgedruckt in: Gardner (Fn. 10), S. 91; Weiterentwicklung und Klarstellungen in den Aufsätzen in Gardner, Tulsa Law Review 39 (2004), 817, wieder abgedruckt in: Gardner (Fn. 10), S. 141; und in Gardner, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71.

<sup>12</sup> Erstmals erschienen 1975, später dann in einer deutschen Übersetzung noch mal veröffentlicht (vgl. Raz, Praktische Gründe und Normen, 2006, passim).

<sup>13</sup> Die in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft soweit erkennbar bisher lediglich von Kindhäuser, in: Lüders-

,x sollte Ø<sup>14</sup> tun‘ logisch äquivalent sind zu Aussagen der Form ‚Es gibt einen Grund für x, Ø zu tun‘.“<sup>15</sup> Dies bedeutet: Wo eine Sollaussage, da besteht ein Handlungsgrund für den Adressaten, und wo ein Handlungsgrund besteht, ist man (regelmäßig) Adressat eines Sollens.<sup>16</sup> Ersteres zumindest erscheint unmittelbar einleuchtend,<sup>17</sup> fast trivial.

Man darf nun Raz keineswegs dahingehend missverstehen, er umschreibe nur eine Art Imperativen-Theorie aus subjektiver Sicht des Normadressaten, dass also eine Norm ein sanktionsbewehrter Befehl sei, so dass eine Klugheitsregel beim Normadressaten einen Handlungsgrund, den Befehl zu befolgen, erzeuge, um die Sanktion zu vermeiden. Für Raz ist die Imperativen-Theorie „unhaltbar“.<sup>18</sup> Seine Normentheorie ist nicht „psychologisierend“, was der Begriff „(Handlungs-)Grund“ nahelegt, vielmehr geht er von der – in der Moralphilosophie freilich umstrittenen – These aus, dass Normen objektive Gründe für eine Handlung liefern. Dementsprechend sind für ihn objektive Gründe Tatsachen.<sup>19</sup>

Entscheidend für seine Theorie ist die Frage, was für eine Art von Gründen Normen sind und wie sie sich von anderen Gründen unterscheiden.<sup>20</sup> Nach Raz sind „Gebotsnormen“<sup>21</sup>, worunter er Handlungsverbote (= Unterlassungsgebote) und

sen/Nester-Tremel/Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, S. 29 (S. 30) in Fn. 4, durch seinen Schüler Mañalich, Nötigung und Verantwortung, 2009, S. 29 ff., sowie Renzikowski, in: Byrd/Joerden (Hrsg.), Philosophia Practica Universalis, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2006, S. 643 (S. 644 ff.) aufgegriffen worden ist.

<sup>14</sup> Anm. des Autors: „Ø“ steht für eine beliebige Handlung.

<sup>15</sup> Vgl. Raz (Fn. 12), S. 34.

<sup>16</sup> Vgl. auch Stemmer, Normativität, Eine ontologische Untersuchung, 2008, S. 96 (allerdings mit anderer, hier nicht zu diskutierender, aber interessanter Terminologie).

<sup>17</sup> Letzteres mag befremden, aber Raz versteht seine „Normen“-Theorie als einen über das Rechtsnormen-System hinausgehenden Beitrag zu einer Moralphilosophie, politische Philosophie und Rechtsphilosophie vereinende praktische Philosophie, vgl. Raz (Fn. 12), S. 11. Ich halte die Auffassung logischer Äquivalenz von Sollens-Aussagen (die Raz umfassend als Regeln versteht – vgl. Raz [Fn. 12], S. 9, 65 f.) und Handlungsgründen für nicht überzeugend, sie ist aber für die hier interessierende Rechtfertigungslehre Gardners ohne Bedeutung.

<sup>18</sup> Raz (Fn. 12), S. 68; s.a. noch S. 219 f. (Sanktionen als bloße partielle Hilfsgründe); s. dazu auch Mañalich (Fn. 13), S. 35 f.

<sup>19</sup> Raz (Fn. 12), S. 19 ff.

<sup>20</sup> Raz (Fn. 12), S. 67. Ob Normen wirklich Handlungsgründe und nichts anderes als Handlungsgründe sind oder ob dies nur eine Funktion von Normen, die einen eigenen wie auch immer gearteten ontologischen Status haben, kann hier offen bleiben. Raz unterscheidet strenggenommen zwischen Normen und Gründen, spricht aber der Einfachheit halber von Normen als Gründe (Raz [Fn. 12], S. 67 Fußnote).

<sup>21</sup> Im englischen Original „mandatory norms“ (Raz [Fn. 12], Glossar S. 286).

Handlungsgebote fasst, ein sog. Grund erster Ordnung, den Normakt auszuführen (also bei einem Handlungsverbot die verbotene Handlung zu unterlassen und bei einem Handlungsgebot die gebotene Handlung auszuführen) und zweitens ein spezieller Grund zweiter Ordnung, ein sog. ausschließender Grund (exclusionary reason).<sup>22</sup> Ein Grund zweiter Ordnung ist ein Grund dafür, aus einem bestimmten Grund zu handeln bzw. es zu unterlassen, aus einem bestimmten Grund zu handeln. Und ein ausschließender Grund ist ein Grund zweiter Ordnung, es zu unterlassen, aus einem bestimmten Grund zu handeln.<sup>23</sup> Dies bedeutet für Gebotsnormen, etwa das Tötungsverbot des § 212 Abs. 1 StGB: Die Norm ist erstens ein Handlungsgrund, eine Tötungshandlung zu unterlassen, und zweitens ein Grund, konfligierende Gründe (Gründe, die für eine Tötungshandlung sprechen) zu ignorieren i.S.v. nicht handlungswirksam werden zu lassen.<sup>24</sup>

Dies entspricht der Sicht *Gardners*: „[mandatory norms] are reasons to perform the required act (or not to perform the prohibited act) that also serve as reasons not to act on some or all of the conflicting reasons.“<sup>25</sup> „[...] in the eyes of the law, a criminal prohibition excludes from consideration all competing reasons. It constitutes an absolute duty.“<sup>26</sup>

Hier könnte man wiederum zweifeln, warum denn diese „Zweidimensionalität“ einer Norm als Handlungsgrund notwendig ist, warum man also eine Norm nicht einfach als Grund – meinetwegen als besonders starken Grund – erster Ordnung ansieht<sup>27</sup> und nicht auch noch als ausschließenden Grund zweiter Ordnung, (nicht) aus einem bestimmten Grund zu handeln? Letzteres trägt nach der Analyse beider *Autoren* entscheidend dazu bei, die Normativität einer Regel in einem „Gründe-Vokabular“ abzubilden: Ansonsten wäre jede Ver- oder Gebotsnorm bloß eine prima-facie-Regel, der im Wege praktischer Deliberation eine unüberschaubare Anzahl konfligierender Gründe gegenüberstünden und die einen Gutteil ihrer verhaltenslenkenden Funktion einbüßten, wäre sie für jeden Normadressaten lediglich ein Grund, der in jeder Entscheidungssituation erneut gegen alle möglichen Gegengründe unter Berücksichtigung aller Umstände abgewogen werden könnte.<sup>28</sup> Hinzu kommt, worauf auch das obige Zitat

*Gardners* hinweist, dass es sich bei dieser Interpretation einer Norm als ausschließenden Grund zweiter Ordnung um eine aus der Sicht des Rechts selbst handelt („in the eyes of the law“). Damit ist nicht gesagt, dass es immer moralische Gründe für einen Normadressaten gibt, jede rechtliche Regel zu befolgen und als ausschließenden Grund – als kategorische Pflicht – anzusehen.<sup>29</sup>

### II. Rechtfertigung und Gründe

Wie passen nun Rechtfertigungsgründe in dieses Modell? Rechtfertigungsgründe erlauben ein bestimmtes Verhalten, derogieren also (auf eine bestimmte Weise<sup>30</sup>) ein Verbot oder Gebot. Damit folgt aus der Erlaubnisnorm selbst niemals eine Verpflichtung, die gerechtfertigte Handlung auszuführen; zwar mag es andere Normen geben, etwa § 13 StGB i.V.m. dem entsprechenden BT-Tatbestand oder § 323c StGB, die in einer Rechtfertigungssituation eine gerechtfertigte Handlung zur Pflicht und damit zu einem Handlungsgrund im oben geschilderten Sinne machen;<sup>31</sup> auch impliziert in einem konsistenten Normensystem jede gebotene Handlung die Erlaubnis der entsprechenden Handlung.<sup>32</sup> Aber aus einer Erlaubnisnorm selbst, aus einem „Dürfen“, folgt kein „Sollen“ und damit kein Handlungsgrund für den Normadressaten.<sup>33</sup>

Paradoxerweise werden nun aber im Deutschen Erlaubnisgesetze als Rechtfertigungsgründe bezeichnet, ohne dass sie im rechtstheoretischen Sinne Gründe für die Ausführung der gerechtfertigten Handlung lieferten:

„Unlike a duty, neither a permission nor a power is a reason (or entails or even suggests the existence of a reason) to act as one is permitted or empowered by it to do. Is one to get married just because one’s marriage would be legally valid?

---

dem Schrifttumsnachweis in Fn. 6), *Moore*, Southern California Law Review 1989, 827 (849 ff.). Einen interessanten Vergleich von *Alexys* Regel-Prinzipienmodell und *Raz’* Normentheorie unternimmt *Wang*, in: Borowski (Hrsg.), On the Nature of Legal Principles, 2010, S. 37.

<sup>29</sup> Vgl. *Raz* (Fn. 12), S. 211; s.a. *Raz*, The Authority of Law, 1983, S. 233 ff.; *Raz*, The Morality of Freedom, 1988, S. 99 ff.

<sup>30</sup> Wie man sich diese Derogation vorstellen soll, sogleich unten. Nachfolgend wird *Gardners* Modell von strafrechtlichen Rechtfertigungen erläutert; ob *Raz’* Erlaubnismodell komplett deckungsgleich ist (s. *Raz* [Fn. 12], S. 115 ff.), bezweifle ich (ich halte es für teilweise selbstwidersprüchlich, s. zu *Raz Renzikowski* [Fn. 13], S. 644 ff.; und *Mañalich* [Fn. 13], S. 82 ff., insb. S. 88 f.), dies soll hier aber nicht näher untersucht werden.

<sup>31</sup> Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 116.

<sup>32</sup> Vgl. *Puppe* (Fn. 1 – Kleine Schule), S. 139. Kritisch zu der Aussage, dass ein gebotenes Verhalten auch erlaubt sei, allerdings *Kelsen*, in: Ringhofer/Robert (Hrsg.), Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 79 f. Die Kritik lässt sich jedoch einfach zurückweisen, indem man zwischen einem Erlaubnisbegriff im Sinne einer Negation des Verbots und einem Erlaubnisbegriff als Negation des Verbots und Negation des Gebots („Freistellung“) unterscheidet.

<sup>33</sup> S.a. *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 114.

<sup>22</sup> Vgl. *Raz* (Fn. 12), S. 97 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *Raz* (Fn. 12), S. 48.

<sup>24</sup> Damit ist natürlich nicht gemeint, dass das Tötungsverbot ein Verbot statuieren würde, über konfligierende Gründe nachzusinnen etc., aus Sicht des Rechts ist es ein Verbot, konfligierende Gründe handlungswirksam vorzuziehen, s.a. *Raz* (Fn. 12), S. 252 f.

<sup>25</sup> *Gardner* (Fn. 10), S. 141 (S. 147).

<sup>26</sup> *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71 (79).

<sup>27</sup> In diesem Sinne etwa (gegen *Raz*) *Moore*, Southern California Law Review 1989, 827 (850 ff.).

<sup>28</sup> S. zu diesem Problem näher *Raz* (Fn. 12), S. 49 ff., 97 ff. Die Idee einer Norm als ausschließender Grund zweiter Ordnung ist indes im angloamerikanischen Schrifttum oft kritisiert worden, ohne dass hier die Diskussion näher nachgezeichnet werden kann, siehe pars pro toto *Gur*, American Journal of Jurisprudence 52 (2007), 159 (dort mit umfassenden

Is one to become a vegetarian just because it is morally unexceptionable to be one? Of course not. As they stand these are not intelligible explanations of one's actions."<sup>34</sup>

Damit ist nicht gesagt, dass die Tatsachen, die eine Erlaubnisnorm erfüllen, etwa ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB, nicht einen Grund für den Angegriffenen oder einen Dritten für die von § 32 StGB erlaubte Verteidigungshandlung liefern können, sondern lediglich, dass die Erlaubnisnorm selbst keinen Handlungsgrund liefert. Trotzdem ist gegen die Bezeichnung Rechtfertigungsgrund für eine Erlaubnisnorm nichts einzuwenden, wenn man damit den Umstand bezeichnen will, dass durch die Kategorie von Rechtfertigungsgründen eine Rechtsordnung bzw. der Gesetzgeber Gründe anerkennt, warum in einer bestimmten Situation ein Verbots- oder Gebotsgesetz nicht gelten soll.<sup>35</sup>

Haben damit Rechtfertigungsgründe mit den Gründen des Normadressaten nichts zu tun? Nichts weniger als das nach *Gardners* Rechtfertigungskonzeption: „By default, in the eyes of the law, a criminal prohibition excludes from consideration all competing reasons. It constitutes an absolute duty. The provision by the law of a justificatory defence<sup>36</sup> unexcludes a certain reason or a certain range of reasons in favour of the prohibited action and returns the reason or reasons so unexcluded to the pool of reasons that engage in a simple conflict of weight with the duty, and are capable of either outweighing or being outweighed by it. In my fancy lingo, justificatory defences in law are cancelling permissions. They legally permit one to commit an offence by cancelling, not the legal reasons not to commit it, but the legal reasons not to act for (certain) reasons in favour of committing it.“<sup>37</sup>

Liegt eine Rechtfertigungslage vor, so bleibt demnach trotzdem (und zwar nicht bloß abstrakt, sondern in dieser Situation) ein Handlungsgrund erster Ordnung bestehen, die verbotene Handlung zu unterlassen bzw. die gebotene Handlung auszuführen.<sup>38</sup> Dies bedeutet, dass die Ver- oder Ge-

botensnorm nicht vollständig derogiert wird; sie bleibt ein Handlungsgrund erster Ordnung. Dies bedeutet beispielsweise in einer Notwehrsituation, in der die Tötung des Angreifers die erforderliche und „gebotene“ (i.S.v. § 32 Abs. 1 StGB) Notwehrhandlung ist, dass nicht nur moralisch, sondern auch rechtlich weiterhin ein Grund besteht, den Angreifer *nicht* zu töten.<sup>39</sup>

Was ein Rechtfertigungsgrund derogiert, ist gewissermaßen die normative Kraft, die eine Ver- oder Gebotsnorm als ausschließenden Grund zweiter Ordnung ausweist: Diese zweite normative „Schicht“ verliert die Ver- oder Gebotsnorm in einer Rechtfertigungssituation. Waren zuvor alle konfligierenden Gründe, die gegen die Befolgung der Norm sprechen, kategorisch ausgeschlossen, so eröffnet eine Rechtfertigungslage wieder die Möglichkeit, aus (bestimmten, nicht allen) konfligierenden Gründen zu handeln; damit besteht in einer Rechtfertigungssituation gewissermaßen kein Normen-Konflikt, sondern ein Gründe-Konflikt.<sup>40</sup> Dieser wird dadurch aufgelöst, dass der Grund, der für die Beachtung des Verbots bzw. Gebots spricht, verglichen wird mit dem Grund bzw. den Gründen, aus denen der in der Rechtfertigungslage

---

merely cancel the second-order-protective reasons not to act for certain countervailing reasons.“

<sup>39</sup> Hierdurch wird zugleich ausgedrückt, dass für *Gardner* strafrechtliche Ge- und Verbotsnormen nicht bloße prima facie Ge- und Verbote und entsprechend prima facie Gründe sind, die bei näherem Hinsehen im Falle des Vorliegens einer Rechtfertigungslage sich als bloß scheinbare Gründe, die pflichtige Handlung auszuführen, erweisen, sondern echte Gründe, siehe *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 96 f.). Nach deutscher Nomenklatur erweist sich *Gardner* demnach als Gegner der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, für die die Ge- und Verbote des Besonderen Teils bloße prima facie Ge- und Verbote sind und für die es im Falle des Vorliegens einer Rechtfertigungslage keinen Grund gibt, die gerechtfertigte Handlung nicht auszuführen.

<sup>40</sup> Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 141 (S. 148 f.): „When the law grants a cancelling permission by creating a justification defence it does not set up a second (permissive) norm that conflicts with the (mandatory) norm created by the law's specification of the offence. Rather, it creates a gap in the mandatory force of the mandatory norm, a gap through which certain conflicting reasons are readmitted as legally acceptable reasons for acting. [...] All it [Anm. des *Autors*: die Verbots-/Gebotsnorm] loses is its secondary protective layer.“ Man kann dies für normenlogisch nur schwer konstruierbar halten, wie ein Rechtfertigungsgrund nur „einen Teil“ einer Gebotsnorm außer Kraft setzen soll – andererseits: man sollte sich durch die metaphorische Redeweise nicht verwirren lassen – strenggenommen besteht natürlich ein Normenkonflikt, Voraussetzung, dass ein Gebot fallweise „gar nicht mehr“ gilt und damit alle Voraussetzungen der Erlaubnis erfüllt sind, ist dann eben, dass aus Gründen gehandelt wird, die von den Gründen für die Einhaltung der Gebotsnorm nicht übertrumpft werden.

---

<sup>34</sup> *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71 (78); inhaltlich übereinstimmend *Raz* (Fn. 12), S. 122; *Aiienza/Manero*, A Theory of Legal Sentences, 1997, S. 92.

<sup>35</sup> In diesem Sinne verstehe ich auch die Definition von *Jakobs* (vgl. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 11/1): „Die Rechtfertigungsgründe sind die rechtlich guten Gründe, ein an sich verbotenes Verhalten doch zu vollziehen.“

<sup>36</sup> Anm. des *Autors*: Den Begriff „defence“ („Einwände“ oder „Einwendungen“) verwendet *Gardner* nicht im Sinne des klassischen common law, d.h. mit diesem Begriff ist nicht präjudiziert, wer im Prozess die Beweislast für Rechtfertigungsgründe trägt. Auch folgt *Gardner* nicht dem klassischen Verbrechenaufbau des common law (actus reus – mens rea – defences), sondern dem modernen dreistufigen Modell mit der Unterscheidung Rechtswidrigkeit und Schuld.

<sup>37</sup> *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71 (79 f.).

<sup>38</sup> Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 107): „permissions do not cancel the reasons not to perform the criminalized action, but

tigungslage Handelnde gehandelt hat: Solange sich ersterer nicht als stärker erweist, ist man gerechtfertigt.<sup>41</sup>

Die Voraussetzungen dieses – komplizierten – Rechtfertigungsmodells können daher wie folgt skizziert werden: Erstens müssen die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vorliegen,<sup>42</sup> zweitens muss der Handelnde Kenntnis dieser Tatsachen haben, und drittens muss er aus Gründen handeln, die von den Gründen, die für die Einhaltung des Ver- bzw. Gebots sprechen, nicht übertrumpft werden.

*Gardner* ist teilweise dahingehend missverstanden worden, er fordere, der Rechtfertigungsgrund selbst müsse der Handlungsgrund des in einer Rechtfertigungslage Befindenden sein.<sup>43</sup> Dem widerspricht er, wie das obige Zitat zeigt;<sup>44</sup> eine Erlaubnis liefert als Erlaubnis keinen Grund, sie wahrzunehmen. Er fordert auch nicht, dass alle Tatsachen, die eine Erlaubnisnorm erfüllen, den (einzigsten) Handlungsgrund liefern (dass also beispielsweise bei der Notwehr der gegenwärtige, rechtswidrige Angriff und ein Verteidigungswille den Handlungsgrund konstituieren): Diejenigen Handlungsgründe, die den sich in einer Rechtfertigungslage Befindenden bestimmt haben, müssen vielmehr von der Rechtsordnung als mindestens gleichgewichtig gegenüber der Einhal-

tung der Pflicht bewertet werden.<sup>45</sup> Wer etwa, um ein schönes, von *Prittwitz* ersonnenes Beispiel aufzugreifen, eine Rechtfertigungssituation nur nutzt, um eine geplante spätere Straftat zu ermöglichen, handelt nicht gerechtfertigt, weil sein Handlungsgrund übertrumpft wird:

„A will am Wagen seines Intimfeindes B eine Bombe befestigen, die bei Zündung des Wagens explodieren soll. Während er noch die für sein Vorhaben geeignete Stelle sucht, naht C, der dem B feindlich gesonnen ist und der daher die Reifen des dem B gehörenden Wagens zerstechen will. A befürchtet – zu Recht –, dass dadurch die Ausführung seines Plans unmöglich würde, und vertreibt deswegen den C, der das Messer schon angesetzt hatte, mit einem leichten Boxhieb.“<sup>46</sup>

Der entscheidende Aspekt dieser handlungstheoretischen Rekonstruktion von Rechtfertigungsgründen ist der – vielleicht kontraintuitive – Verbleib des Ver- bzw. Gebots als Handlungsgrund erster Ordnung in einer Rechtfertigungssituation:<sup>47</sup> Bestünde dieser situativ nicht mehr, gäbe es keinen

<sup>41</sup> *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71 (79) weist darauf hin, dass er es nicht für notwendig erachtet, dass die Gründe, die für die Nichtbeachtung des Ver-/Gebots sprechen, gegenüber denjenigen, die für die Beachtung sprechen, überwiegen; es sei hinreichend, dass sie nicht überwogen werden: „[...] where there is a bare conflict of weight between reasons for action, it is in my view justifiable to do whatever is supported by a reason that is not outweighed, whether or not it also outweighs. This is important because there are many conflicts involving incommensurables where one reason does not outweigh its rival, but is also not outweighed by it.“

<sup>42</sup> *Safferling* (Fn. 9), S. 397 in Fn. 311, missversteht *Gardner*, wenn er formuliert „Nach seinem Ansatz ist ein Täter gerechtfertigt, wenn er in der Meinung handelt, er sei gerechtfertigt, und die Rechtsordnung tatsächlich eine solche Rechtfertigungsnorm umfasst.“ Diese Einschätzung verkennt, dass für *Raz* wie *Gardner* Gründe den Status objektiver Tatsachen haben; etwa eine Putativ-Notwehrlage liefert keinen entsprechenden Handlungsgrund, sich zu verteidigen, s. *Gardner* (Fn. 10), S. 258: „Reasons are facts. If I make a mistake of fact (e.g. if I think I am being attacked when I am not) then I do not have the reason to act that, in the grip of that mistake, I take myself to have (e.g. to defend myself). I may have ample reason to believe that I have that reason to act, but this can only furnish me with an excuse, not a justification, for so acting.“ Sowie S. 259: „I have in front of me a glass of petrol. I have ample reason to believe it to be a glass of gin. Do I have any reason to drink it? Williams [Anm. des *Autors*: *Gardner* verweist hier auf den englischen Philosophen *Bernard Williams*] and I agree that the answer is no.“

<sup>43</sup> *Botterell*, Criminal Justice Ethics 2007, 36 (49).

<sup>44</sup> S.o. bei Fn. 34.

<sup>45</sup> Um „sittlich hochstehende“ etc. Gründe muss es sich dabei nicht handeln, s. *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 71 (81).

<sup>46</sup> *Prittwitz*, GA 1980, 381 (386). Objektiv liegt in dem Beispiel eine Nothilfesituation vor und A hat auch entsprechende Kenntnis. Die Nothilfe in Form der Körperverletzung gegen C zugunsten des Eigentums des B erfolgt indes nur, um den späteren Sprengstoffanschlag auf Bs Leben und Eigentum zu ermöglichen. *Prittwitz'* Lösung, dann eine Rechtfertigung zu versagen, wenn das in der Rechtfertigungslage bedrohte Rechtsgut mittelfristig gerade nicht gewahrt werden soll, halte ich für nicht überzeugend, da damit zwar im Beispielfall eine Rechtfertigung verneint werden kann, nicht aber in ähnlich gelagerten Fällen: Verhindert ein Attentäter nur deshalb eine Sachbeschädigung an einem Pkw, der durch den späteren Anschlag *nicht* droht, beschädigt zu werden, weil er befürchtet, dass etwa durch die Auslösung der Alarmanlage die Aufmerksamkeit der Leibwächter in seine Richtung gelenkt wird, so ist sein vorrangiger Handlungsgrund gleichsam die Ermöglichung einer Straftat, obwohl das Eigentum am Pkw auch mittelfristig geschützt würde. Auch hier halte ich eine Versagung der Rechtfertigung für sachgerecht. Man muss freilich bei diesen Beispielfällen diffizil unterscheiden: Ist etwa die Autobombe bereits installiert, kommt eine Rechtfertigung der Verhinderung des Reifenstechens von vornherein nicht in Betracht, weil nach richtiger Ansicht denjenigen, der eine Bombe installiert, das Gebot qua Ingerenzgarantenstellung trifft, alles zu unternehmen, was eine Detonation der Bombe verhindert (a.A. können nur diejenigen Ansichten sein, die eine Ingerenzgarantenstellung bei vorsätzlichem Vorherhalten ablehnen, s. die Nachweise bei *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 192); dann besteht von vornherein keine Erlaubnis für eine Handlung, die eine Detonation gerade ermöglichen soll (für diesen Hinweis danke ich Frau Prof. *Puppe* herzlich).

<sup>47</sup> Dies sehen *Kindhäuser* sowie *Mañalich* anders, wenn sie formulieren, dass der Grund für die Einhaltung des Verbots bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes „fallweise nicht

rechtlichen Grund mehr, das Ver- oder Gebot zu beachten; dies entspricht aber nicht unbedingt der rechtlichen Perspektive: der Witz einer erlaubten Handlung ist ja gerade, dass es „dem Recht“ gleichgültig ist, ob sie ausgeführt oder unterlassen wird.<sup>48</sup> Rekonstruiert man dagegen eine Rechtfertigungssituation klassischerweise als die Durchsetzung eines stärkeren Handlungsgrundes (in Form des Rechtfertigungsgrundes) gegenüber einem schwächeren (in Form der Ver-/Gebotsnorm), erklärt man das Unterlassen einer gerechtfertigten Handlung für aus rechtlicher Perspektive irrational, denn dann gibt es aus Sicht des Rechts keinen Grund mehr, die gerechtfertigte Handlung zu unterlassen. Dies widerspräche aber aus der Sicht *Gardners* der allgemeinen Regel praktischer Rationalität, dass wir immer nach einem nicht ausgeschalteten bzw. übertrumpften Grund für unser Handeln Ausschau halten sollen.<sup>49</sup>

### III. (Handlungs-)Gründe zur Handlungserklärung

Was aber ist ein Handlungsgrund? Und wie verhält sich *Gardners* Rechtfertigungskonzeption zu den deutschsprachigen Positionen, die in einem heillosen Durcheinander von Rechtfertigungs-Willen, -intentionen, -tendenzen, -motiven, Motivbündeln, Beweggründen, Zwecken, Triebfedern etc. sprechen?

Im Rahmen der subjektiven Rechtfertigung benutzt *Gardner* den Terminus „reason“ nicht im oben erläuterten normativen, handlungsleitenden Sinne (guiding reason), sondern im Sinne einer Handlungserklärung (explanatory reason).<sup>50</sup> Es geht darum, zu erklären, aus welchen Gründen der eine Rechtfertigung Beanspruchende tatsächlich gehandelt hat. Nach einem Grund zu fragen meint, was jemanden dazu veranlasst, eine bestimmte Handlung auszuführen.<sup>51</sup> Dieses Problem firmiert im Strafrecht unter dem – missver-

ständlichen<sup>52</sup> – Begriff der psychischen Kausalität, genauer der Motivationskausalität, und zwar unter dem Gesichtspunkt, wie ein Verhalten einer Person dasjenige einer anderen beeinflusst.<sup>53</sup> Bei der Frage nach den Handlungsgründen in einer Rechtfertigungslage kann ebenfalls das Verhalten einer anderen Person motivierend wirken (das Verhalten des Angreifers bei der Notwehr), aber ebenso gut sonstige Tatsachen (etwa eine nicht durch menschliches Verhalten konstituierte Gefahr i.S.v. § 34 StGB).

*Puppe* selbst hat in einem Art „ceterum censeo“ wiederholt auf die Gefahren hingewiesen, eine Motivationskausalität mit Hilfe der *Conditio-sine-qua-non*-Formel zu ermitteln.<sup>54</sup> Dies bedeutet, dass es irreführend ist, danach zu fragen, ob jemand auch ohne Vorliegen einer Rechtfertigungslage entsprechend gehandelt hätte. Vielmehr muss man den Betroffenen fragen, ob er die in Rede stehende Tatsache zu einem Grund seines Handelns gemacht hat, ob sie ihn also auf irgendeine Weise motivierend beeinflusst hat. Was psychologisch dabei durchaus möglich ist, ist eine Mehrheit von Gründen, von denen möglicherweise jeder für sich die Entscheidung getragen hätte, also eine hinreichende Bedingung gewesen wäre;<sup>55</sup> letzteres ist für den psychischen Kausalitätsnachweis indes irrelevant, weil niemand kompetent darüber Auskunft geben kann, was in einer hypothetischen Situation ein Handlungsgrund für ihn sein könnte;<sup>56</sup> worüber man nur

---

zur Geltung kommt“, *Kindhäuser*, GA 2010, 490 (495) bzw. „ausgeschlossen wird“, *Mañalich* (Fn. 13), S. 83; unklar aber *Mañalich* (Fn. 13), S. 87: „Die Gründe etwa, die für die Geltung des Körperverletzungsverbots sprechen, sind dadurch, dass der Rechtsgutsinhaber einen Angriff auf ein fremdes Rechtsgut ausführt, nicht modifiziert; der gegenwärtige und rechtswidrige [...] Angriff stellt vielmehr die Basis für einen Gegengrund dar, der unter gewissen Umständen den ausschließenden Charakter des Verbots gegen Körperverletzungen selbst ausschließt, so dass (nur) unter diesen Umständen, die eine Kollision von Handlungsgründen mit sich bringen, die betreffende Körperverletzung (stark) erlaubt wird.“ – Wenn die Notwehrlage bloß den „ausschließenden Grund zweiter Ordnung“ des Verbots ausschließt, verbleibt immer noch ein Grund erster Ordnung für die Beachtung des Verbots.

<sup>48</sup> Siehe hierzu und zu Gegenargumenten noch unten VIII.

<sup>49</sup> Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 100); ebenso *Raz* (Fn. 12), S. 49.

<sup>50</sup> Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 91.

<sup>51</sup> Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 101): „Reasons can only move us, if you like, by motivating us.“

---

<sup>52</sup> Der Begriff der psychischen Kausalität soll erstens nicht suggerieren, dass es allgemeine Kausalgesetze für menschliche Entschlüsse gäbe. Es geht um eine singuläre Kausalaussage in einem Einzelfall. Zweitens hat dieser Begriff nichts mit der in neuerer Zeit wieder entbrannten Kausalismus-Teleologie-Debatte in der philosophischen Handlungstheorie zu tun, s. dazu den aktuellen Sammelband *Horn/Löhrer* (Hrsg.), *Gründe und Zwecke*, 2010; in der philosophischen Handlungstheorie geht es darum, ob kausale oder teleologische Handlungserklärungen für das Handeln einer Person adäquat sind, im Recht zuvörderst um die Frage, wann wir das Handeln einer Person als Beeinflussung des Handelns einer anderen ansehen (s. auch nachfolgende Fn.).

<sup>53</sup> S. dazu instruktiv *Puppe*, GA 1984, 101 (105) zur „Kausalität der Anstiftung für den Tatentschluss“; *Puppe*, GA 2003, 764 (769) zur Kausalität einer Falschaufklärung des Patienten für dessen Einwilligung; *Puppe* (Fn. 1 – AT I), 2/47 ff. zur Kausalität der Täuschung für die Vermögensverfügung beim Betrug; *Puppe* (Fn. 1 – AT I), 2/31 ff.; *Puppe*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2005, 48/13 ff. zur Kausalität der Nichteinschaltung eines potentiellen Erfolgshinderers; zusammenfassend *Puppe* (Fn. 1 – NK), Vor § 13 Rn. 125.

<sup>54</sup> S. Fn. 53.

<sup>55</sup> So auch *Röckrath*, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung*, 2004, S. 61 f.; für die englischsprachige Welt und gegen die Anwendung des *Pendants* zur *Conditio-sine-qua-non*-Formel, des sog. „but for“-Tests *Honoré*, *Responsibility and Fault*, 1999, S. 94 (S. 118).

<sup>56</sup> *Röckrath* (Fn. 55) weist zusätzlich darauf hin, dass jeder zusätzliche Grund, der für eine Entscheidung spricht, diese zu einer besser begründeten macht; somit sei bei der psychischen Kausalität ein motivierender Umstand nie „überflüssig“.

kompetent Auskunft geben kann, sind diejenigen Tatsachen, die in einer wirklich er- und durchlebten Situation eine Entscheidung beeinflusst haben. Damit ist aber jede dieser Tatsachen ein Grund des Handelns bzw. ein Element eines komplexen Tatsachengeflechts, das in der konkreten Situation den Handlungsgrund abgegeben hat<sup>57, 58</sup>.

Dieser Gründe-Begriff ist weitaus einfacher zu handhaben als die im deutschen Schrifttum verbreiteten, aber untereinander differierenden Konzepte zu Beweggründen, Motiven, Zwecken, Intentionen, Absichten etc. Insbesondere kann sowohl Vergangenes wie Zukünftiges einen Grund für menschliches Verhalten abgeben.<sup>59</sup>

#### IV. Gardners Modell im Vergleich zu deutschsprachigen Positionen

In der deutschen Strafrechtsdogmatik war es *Alwart*, der wohl als erster Gründe und Rechtfertigung miteinander in Beziehung gesetzt hat. Er meint, man sei nur dann gerechtfertigt, wenn die Rechtfertigungslage ein Handlungsgrund i.S.e. „Weil-Motivs“, eines rückschauenden Motivs, gewesen ist.<sup>60</sup>

---

sig“, im Gegensatz zur physischen Kausalität, wenn bereits ein hinreichender Bedingungskomplex vorhanden sei, denn eine hinreichende Bedingung ist nicht steigerbar.

<sup>57</sup> Vgl. auch *Raz* (Fn. 12), S. 28 f.: „Eine Tatsache ist zwar nur dann ein Grund, wenn sie Teil einer komplexen Tatsache ist, die einen vollständigen Grund darstellt; aber trotzdem ist nicht nur der vollständige Grund ein Grund, sondern auch die Tatsachen, aus denen er sich zusammensetzt, sind Gründe. Zwei vollständige Gründe bilden definitionsgemäß einen vollständigen Grund.“

<sup>58</sup> Letztere Formulierung würden diejenigen bevorzugen, die den Begriff der Mehrheit von Gründen in einer konkreten Situation ablehnen, für die es also immer nur einen singulären Grund gibt.

<sup>59</sup> A.A. *Rath* (Fn. 7), S. 216 f., der meint, ein reines „Weil-Motiv“ i.S.e. Motivierung aus Vergangenheit sei ein „Oxymoron“, weil menschliches Verhalten irreduzibel in die Zukunft gerichtet sei. Dies vertreten in der Philosophie einige Anhänger einer teleologischen Handlungserklärung. Meiner Meinung nach unterliegt man damit indes (wenigstens teilweise) einem Irrtum des „Ziehharmonikaeffekts“ von Handlungsbeschreibungen: Wenn ich nach den Gründen einer sog. Basis-Handlung frage, also solcher Handlungen, die wir direkt (unvermittelt) tun, ohne dass eine andere Handlung vollzogen wird (etwa: die Bewegung eines Fingers), wird die Antwort immer zukunftsgerichtet, teleologisch sein (dadurch, dass ich meinen Finger bewege, will ich den Knopf drücken etc.). Aber bei komplexeren Handlungsbeschreibungen – etwa bei der strafrechtlichen Rechtfertigung – geht es eben nicht um künstliche Basishandlungen – sondern darum, zu fragen, warum ich jemanden getötet, eine Sache beschädigt etc. habe; hier halte ich es für keineswegs ausgeschlossen, dass die Tatsache, die den Handlungsgrund für die komplexe Handlung abgibt, in der Vergangenheit liegt.

<sup>60</sup> *Alwart*, GA 1983, 433 (449 ff.). Er spricht allerdings recht dunkel davon, dass sein Motiv-Begriff ein „hermeneutischer“ sei, der auf einem „nichtkausalen Verstehen und Erklären von

Dass man auch im Sinne eines „Um-zu-Motivs“ handelt, eines vorausschauenden Motivs, beispielsweise bei der Notwehr mit seiner Verteidigungshandlung den Angriff zu beenden, sei dagegen nicht erforderlich.<sup>61</sup>

Dies hört sich prima vista nach hohen Anforderungen an das subjektive Rechtfertigungselement an,<sup>62</sup> analysiert man indes den Begriff des Handlungsgrundes genauer im obigen Sinne, so ist diese Lehre einerseits zu weit, andererseits zu eng:

In *Prittwitz*'s Bombenleger-Fall etwa müsste *Alwart* zu einer Rechtfertigung gelangen, denn diejenigen Tatsachen, die eine Nothilfelage konstituieren (indem jemand die Autoreifen eines anderen zerstechen will, liegt ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf das Eigentum eines anderen vor), haben den Bombenleger motiviert, einzugreifen. Freilich würde der Bombenleger die motivierenden Tatsachen anders beschreiben. Denn dieselben Tatsachen, die die Nothilfelage konstituieren, bilden zugleich eine gegenwärtige Gefahr für die Verwirklichung seiner Anschlagpläne. Warum würde er diese differierende Beschreibung des Sachverhalts wählen? Weil der Bombenleger nicht handelt, um das angegriffene Rechtsgut zu retten, sondern um seine deliktischen Pläne verwirklichen zu können. Ein „Um-zu-Motiv“ der Rechtfertigungshandlung will *Alwart*, aber im Gegensatz zu einem „weil-Motiv“ der Rechtfertigungslage, nicht verlangen.<sup>63</sup> Dementsprechend kann man gegen die Annahme, die Rechtfertigungslage habe den Bombenleger motiviert, nicht einwenden, er beschreibe diese Lage anders als das Gesetz – die Tatsachen, die die Notwehrlage konstituieren, waren psychisch kausal für sein Eingreifen.

Ebenso ist der Fall zu entscheiden, in dem A aus Furcht vor einer Sanktion es unterlässt, seinen Erzfeind B zu verprügeln, eines Tages aber B antrifft, wie er im Begriff ist, jemanden zu attackieren. Da A annimmt, unter diesen Umständen

---

Tätigkeiten“ beruhe, *Alwart*, GA 1983, 433 (437). Hier wurde schon festgestellt, dass physische und psychische Kausalität nichts miteinander zu tun haben (s.a. *Puppe* [Fn.1 – NK], Vor § 13 Rn. 131: „Es bleibt also nichts anderes übrig, als die Illusion eines einheitliche Kausalbegriffs preiszugeben“); der hier verwandte Begriff „Motivationskausalität“ bzw. „psychische Kausalität“ steht nur dafür, nach Gründen des konkret Handelnden zu fragen, nicht irgendwelche Kausalgesetze über menschliche Entscheidungen aufzustellen (s.o. Fn. 52). Zur Ermittlung einer solchen „Kausalität“ s. *Puppe* (Fn. 1 – NK) Vor § 13 Rn. 132. Damit dürfte in der Sache Übereinstimmung mit *Alwart* gegeben sein.

<sup>61</sup> *Alwart*, GA 1983, 433 (450, 453).

<sup>62</sup> Entsprechend lehnt *Paeffgen* (Fn. 1), Vor § 32 Rn. 98 diese Position auch ab. Ich bin mir aber nicht sicher, ob er *Alwarts* Position nicht überzeichnet, wenn er formuliert, der Rechtfertigungsgrund müsse das Handeln (maßgeblich/ausschließlich) motiviert haben; *Alwart* geht es ja bloß um die Rechtfertigungslage, und diese muss nur irgendwie motivational kausal sein, ohne dass es auf „Haupt-“ und „Nebenmotive“ ankäme, vgl. *Alwart*, GA 1983, 433 (451).

<sup>63</sup> *Alwart*, GA 1983, 433 (453).

den keiner Sanktion ausgesetzt zu sein, schlägt er B nieder.<sup>64</sup> Zwar ist A hier nicht motiviert, dem Opfer von B zu helfen, aber diejenigen Tatsachen, die die Nothilfelage konstituieren, sind motivational kausal für den Entschluss des A, B niederzuschlagen, weil sie dem A die Furcht genommen haben, eine Sanktion zu erleiden.

Dies bedeutet, das Erfordernis, dass die Tatsachen, die eine Rechtfertigungslage erfüllen, einen Handlungsgrund darstellen müssen, garantiert gerade nicht, dass eine Rechtfertigung bei allen fragwürdigen Motiven ausscheidet.

Andererseits mag es Fälle geben, in denen die Notwehrlage keinen Grund (mehr) bildet, zu handeln, man aber trotzdem intuitiv eine Rechtfertigung bejahen würde, weil gerade im Sinne *Gardners* die Handlungsgründe des eine Rechtfertigung Beanspruchenden verständlich und nachvollziehbar sind, und daher von den Gründen, die für die Einhaltung des Verbots sprechen, nicht übertrumpft werden:

Angenommen, während eines Raubüberfalls wird die Tochter der Wohnungsinhaberin getötet. Die Raubmörder sind im Begriff, mit der Beute zu fliehen, als die Mutter einen niederschießt, wobei es sich um das (i.S.v. § 32 Abs. 1 StGB) erforderliche und gebotene Mittel handelt. Nach ihrem Handlungsgrund befragt, sagt sie aus, dass es ihr alleine darum gegangen sei, den Tod ihrer geliebten Tochter zu sühnen, nicht im geringsten sei es ihr um die Wiedererlangung der Tatbeute oder um eine sonstige Verteidigung ihrer selbst gegangen, weil sie keine weiteren Angriff auf sich durch die fliehenden Täter befürchtete.

Diese Aussage zu ignorieren und dem Handeln im Sinne eines „als ob“ eine entsprechende andere Motivation unterzuschieben, würde bedeuten, der Mutter den Status als rationaler Akteur abzusprechen und wohl auch ihre Gefühle verletzen, etwa in Anbetracht des Todes der Tochter allein das gestohlene Gut wiedererlangen zu wollen. Sie hat hier weder aus Gründen des noch nicht beendeten Angriffs auf ihr Eigentum gehandelt noch eine gegenwärtige Notwehrlage für sich angenommen, sondern gehandelt, um die Tat an ihrer Tochter zu vergelten; dies ist indes kein anerkannter Notwehrzweck. Trotzdem ist meiner Auffassung nach eine Rechtfertigung angebracht, weil es sich aufgrund der besonderen Nähebeziehung zum Opfer um einen verständlichen Handlungsgrund handelt.<sup>65</sup>

Daher halte ich auch die Auffassung *Paeffgens* für problematisch, der eine Rechtfertigungstendenz i.S.e. Handlungswillens zur Verteidigung (bei § 32 StGB), zur Rettung des Erhaltungsgut (bei § 34 StGB) etc. verlangt.<sup>66</sup> Dieser liegt im eben dargestellten Fall eindeutig nicht vor.

<sup>64</sup> Das Beispiel stammt von *Robinson*, in: *Simester/Smith* (Fn. 11), S. 45 (S. 50).

<sup>65</sup> Dies soll nicht bedeuten, dass dieser Handlungsgrund hinsichtlich aller Delikte anerkennenswert ist. Bei weniger schwer wiegenden Straftaten mag ein „Sühnemotiv“ (mit *Hass* oder *Rache* – wegen der negativen Konnotation und der Assoziation zu einer exzessiven Gewalthandlung – will ich es nicht stets gleichsetzen) unangebracht erscheinen.

<sup>66</sup> *Paeffgen* (Fn. 1), Vor § 32 Rn. 100.

Zudem muss man betonen, dass *Gardners* Auffassung, nach *Handlungsgründen* zu fragen, sich durchaus unterscheidet von *Paeffgens*, nach einem *Handlungswillen* zu fragen:

Im Rahmen der Vorsatzdogmatik meint das Willenselement (bei Verletzungsdelikten bezogen auf den tatbestandsmäßigen Erfolg), dass ich „will“,<sup>67</sup> dass durch meine Handlung eine gewisse nachteilige Zustandsveränderung an einem Rechtsgutobjekt eintritt. Warum ich dies will, also nach dem Grund oder den Gründen meines Handelns zu fragen, ist für die Vorsatzfrage irrelevant. Zwar kann in seltenen Fällen die Frage nach dem Vorsatz und diejenige nach den Gründen zusammenfallen, denn die wenigsten Menschen töten, weil sie töten wollen,<sup>68</sup> oder stehlen, weil sie stehlen wollen, aber es sind unterschiedliche Fragen.<sup>69</sup> Bei der Rechtfertigung mag es des Öfteren Fälle geben, in denen ich beispielsweise jemanden rette, weil ich ihn eben retten will, das „Gute“ also allein deshalb anstrebe, weil es das „Gute“ ist.<sup>70</sup> Aber auch hier ist die Frage nach Gründen regelmäßig nicht beantwortet, wenn ich einen Handlungswillen feststelle, sondern erst dann, wenn ich weiß, warum ich eben diesen Handlungswillen gebildet habe.

<sup>67</sup> Dass in Wahrheit die Willensdoktrin der h.M. ein bloßes Lippenbekenntnis ist, das beliebig manipuliert werden kann, hat *Puppe* überzeugend nachgewiesen, s. etwa *Puppe*, GA 2006, 65; zusammenfassend *Puppe* (Fn. 1 – NK), § 15 Rn. 23 ff. Insofern halte ich ihre Lehre von der Vorsatzgefahr für normativ überlegen gegenüber allen anderen Vorsatzlehren. Dies ändert nichts daran, dass es durchaus sinnvoll erscheint, nach Handlungsgründen bei der Rechtfertigung zu fragen. Die Frage, wie die gesteigerte Unrechts- und Schuldform des Vorsatzes gegenüber der Fahrlässigkeit zu bestimmen ist und wie eine subjektive Rechtfertigung aussieht, haben meiner Auffassung nach entgegen *Puppe* (Fn. 1 – AT I), § 26 Rn. 4: „Hält man, wie es hier geschieht, das sog. Willenselement schon beim Vorsatz für illegitim, so ergibt sich in der Konsequenz, dass es auch bei der Rechtfertigung fehl am Platze ist.“) und entgegen *Paeffgen* (Fn. 1), Vor § 32 Rn. 100: „Die Forderungen nach einer emotiven Komponente folgt zwangsläufig aus der hier befürworteten zwei-basigen Vorsatz-Konzeption.“) nichts miteinander zu tun. Man kann folglich durchaus Anhänger der Lehre von der Vorsatzgefahr sein und trotzdem bei der Rechtfertigung mehr verlangen als eine bloße Kenntnis der Rechtfertigungsvoraussetzungen.

<sup>68</sup> Ein solcher Handlungsgrund erfüllte das Mordmerkmal der „Mordlust“, bei dem der Tod des Opfers „als solcher der einzige Zweck der Tat ist“, BGHSt 34, 59 (61); BGH NJW 1994, 2629.

<sup>69</sup> Vgl. auch *Gardner*, *Relations of Responsibility*, 2010, S. 3: „Wanting to do something is not, normally, a reason to do it.“

<sup>70</sup> Ich halte allerdings den Begriff einer „guten“ Handlung, die Redeweise von durch eine Rechtfertigung erzeugten „Erfolgswerte“ etc. für problematisch, siehe dazu unten VIII. Manche in Rechtfertigungssituationen ausgeführte Handlungen mögen moralisch gut, wertvoll etc. sein, das Recht selbst bewertet eine erlaubte Handlung gerade nicht als besser gegenüber dem Nicht-Ausführen dieser Handlung, sonst würde es sie zur Pflicht machen.

Die Flexibilität von *Gardners* Modell wird sicherlich mit einem gehörigen Maß von Rechtsunsicherheit erkaufte, denn eine feste Taxonomie von Gründen kennt unsere Rechtsordnung nicht.<sup>71</sup> Andererseits zeigen die erwähnten Beispielfälle, wie komplex die Handlungsgründe in einer Rechtfertigungssituation sein können. Daraus zu schließen, nicht nach den Gründen des Handelnden zu fragen, halte ich dagegen für vorschnell, insbesondere *Prittwitz'* Bombenleger-Fall zeigt paradigmatisch, dass die bloße Kenntnis der Rechtfertigungsvoraussetzungen in Einzelfällen normativ insuffizient erscheint.<sup>72</sup>

### V. Verstoß gegen die Unterscheidung Legalität – Moralität?

Dagegen steht aber der zu Beginn angesprochene Vorwurf der Einebnung der Unterscheidung von Recht und Moral; auch *Gardner* referiert ihn, allerdings ohne Verweis auf die kantische Philosophie, im angloamerikanischen Schrifttum firmiert er als Verstoß gegen die „rule of law“<sup>73</sup>: „One alluring line of argument goes something like this. The question of whether an action is justified is, on any view, a question of whether it ought all things considered to be performed. If they are to have a role in the criminal law, justifications must therefore serve as guidance to potential offenders as to what, in law, they ought to be doing. Justification doctrines must belong to the law's 'conduct rules'. [...] When justifications are being framed, the law can only state the guiding reasons, and leave the explanatory reasons to look after themselves.“

Rechtfertigungsnormen würden nach der Gegenmeinung also die Frage beantworten, was ich, alle Umstände berücksichtigend, in einer konkreten Situation letztendlich tun soll. Insofern gehörten sie zu den Verhaltensregeln, die eine Rechtsordnung aufstellt; das Recht selbst könne aber nur verlangen, dass ich mich eben an diese Regeln halte, warum

ich dies tue (meine subjektiven Handlungsgründe – „explanatory reasons“), gehe das Recht nichts an.

Seine Replik erinnert nochmals an die rechtstheoretische Rolle von Erlaubnissen: „When the law grants a justification [...] it provides a cancelling permission to act for certain reasons which would otherwise be automatically defeated by the prohibition. But a permission to do something is, by itself, no reason to do it. Thus the law does not provide any reasons for one to do what the law holds to be justified. It simply allows that one may have such reasons and act on them. To say that justificatory rules belong to the 'conduct rules' of the law, and must serve to 'guide' potential offenders, is to give the impression that the law gives people positive reasons to do what the justificatory rules allow. But the law does no such thing.“

Rechtfertigungsgründe seien also nicht insofern Verhaltensregeln, als sie mich verpflichten würden, etwas aus bestimmten Gründen zu tun.<sup>74</sup> Sie erlauben nur, aus bestimmten Gründen etwas zu tun; insofern aber könne man aus der Anerkennung eines Rechtfertigungsgrundes als solchem nie ableiten, dass damit eine Rechtsordnung dem Normadressaten gute Gründe liefere, eine gerechtfertigte Handlung auszuführen, gegenüber dem Unterlassen dieser Handlung. Das Recht könne zwar niemanden verpflichten, eine gebotene Handlung oder Unterlassung aus bestimmten Gründen zu tun bzw. zu unterlassen. Aber das Recht könne die Dispensierung eines rechtlichen Gebots davon abhängig machen, dass man aus bestimmten Gründen handelt.<sup>75</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Argumentation lohnt es sich, die einschlägigen Textstellen von *Kants* „Metaphysik der Sitten“ noch einmal genauer zu analysieren:

---

<sup>71</sup> Das Wortlautargument soll hier, ohne es kleinreden zu wollen, ausgespart bleiben – inwieweit es für Rechtfertigungsgründe bspw. in Anbetracht von Rechtsfiguren wie der „*actio illicita in causa*“, diverser Notwehrein-schränkungen etc. überhaupt einschlägig ist, ist bekanntlich heillos umstritten, s. die Übersicht bei *Paeffgen* (Fn. 1), Vor § 32 Rn 59 ff.

<sup>72</sup> Man könnte hiergegen anführen, eine Versagung der Rechtfertigung sei doch nicht angebracht, weil ansonsten bloße Anschlags-Pläne, die gar nicht zur Ausführung gelangen müssen, mittelbar strafbegründend sind und dies sei ein Verstoß gegen das Tatschuldprinzip (so andeutungsweise *Rath* [Fn. 7], S. 211 f.); aber das könnte man gegen etwaige strafbegründende Absichten, wie sie etwa in den §§ 242, 253, 263 StGB positiviert sind, ebenso einwenden (s. *Kindhäuser* [Fn. 33], S. 114). Hingegen – derjenige, der bereits ein Verbot übertreten hat, kann sich nicht darauf berufen, seine Handlungsgründe seien weiterhin privatissime.

<sup>73</sup> *Gardner* (Fn. 10), S. 114 f. „rule of law“ wird zumeist mit dem „Rechtsstaats-Prinzip“ übersetzt (s. etwa *MacCormick*, JZ 1984, 65), welche Prinzipien der „Rule-of-Law“-Doktrin zugerechnet werden kann, s. etwa *McCormick*, ebenda; *Raz*, *The Authority of Law*, S. 210 ff.

---

<sup>74</sup> Man könnte zur Klarstellung freilich hinzufügen, dass die strafrechtlichen Ver- und Gebote zusammengelesen mit den Erlaubnisnormen Verhaltensregeln i.S.v. Orientierungshilfen insofern sind, als sie den Normunterworfenen leiten, eine Strafbarkeit intentional zu vermeiden, sie gebieten allerdings nicht immer in einer Situation eine Handlung oder Unterlassung.

<sup>75</sup> Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 149: „As I mentioned, when it comes to the legal norm that creates an offence, all the law cares about is conformity, never mind why one conforms. It is no skin off the law's nose whether one acts for legal, moral or prudential reasons, or indeed no reasons at all, so long as one does not break the law. But when it comes to the conferring of a justificatory defence, things are different. What the conferring of the defence does is to unexclude certain conflicting reasons for action, such that these reasons (unlike others) are now available to be relied upon as reasons in favour of violating the norm. To avail oneself of the defence, one relies upon the reasons. It is no good merely to act in the way that someone relying upon the reason would act. Excluding a reason makes it a defeated reason, i.e. a reason for which one should not act. Unexcluding it merely reverses the process. It changes what one should do, on balance, only by changing what reasons one has available to act on. If one does not act on them, then one has no justification.“

Die bekannteste findet sich im III. Teil der Einleitung der *Metaphysik der Sitten*:

„Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben.

Die Pflichten nach der rechtlichen Gesetzgebung können nur äußere Pflichten sein, weil diese Gesetzgebung nicht verlangt, dass die Idee dieser Pflicht, welche innerlich ist, für sich selbst Bestimmungsgrund der Willkür des Handelnden sei und, da sie doch einer für Gesetze schicklichen Triebfeder bedarf, nur äußere mit dem Gesetze verbinden kann.“<sup>76</sup>

Der erste Satz ist – aus dem Kontext gerissen – zweideutig, der zweite hingegen nicht: Liest man den ersten isoliert, könnte man meinen, die Übereinstimmung einer Handlung „mit dem Gesetze“ bedeute: mit der gesamten Rechtsordnung (mit allen Ver-, Gebots- und Erlaubnisnormen – das, was wir heute mit Rechtmäßigkeit meinen), würde also bedeuten, dass *Kant* meint, die Rechtmäßigkeit einer Handlung bestimme sich stets ohne Ansehung irgendwelcher Triebfedern, cum grano salis Handlungsgründen. Indes, *Kant* verwendet hier den Begriff „Gesetz“ ausschließlich als Ver- bzw. Gebotsnorm, denn vorher heißt es: „Zu aller Gesetzgebung [...] gehören zwei Stücke: erstlich ein Gesetz, welches die Handlung, die geschehen soll, objektiv als notwendig vorstellt, d.i. welches die Handlung zur Pflicht macht.“<sup>77</sup> Etwas zur Pflicht machen, können aber bloß Ge- und Verbotsgesetze.<sup>78</sup> Der zweite zitierte Satz macht dies deutlich, indem er von Pflichten spricht – alle Passagen aus der *Metaphysik der Sitten*, die die bekannte Unterscheidung Legalität und Moralität betreffen, sprechen stets von Rechts- und Tugendpflichten, berühren also das Sonderproblem von Handlungsgründen als Voraussetzung für Erlaubnisse gar nicht!<sup>79</sup> Und der Grund, wa-

rum die rechtliche Gesetzgebung keine bestimmten Handlungsgründe vorschreiben kann, ist denkbar einfach: „Alle Pflichten sind entweder Rechtspflichten [...] oder Tugendpflichten [...]; die letzteren können aber darum keiner äußeren Gesetzgebung unterworfen werden, weil sie auf einen Zweck gehen, der (oder welchen zu haben) zugleich Pflicht ist; sich aber einen Zweck vorzusetzen, das kann durch keine äußerliche Gesetzgebung bewirkt werden (weil es ein innerer Akt des Gemüts ist)“<sup>80</sup>; es ist also nicht nur ein unbedingtes rechtsstaatliches Gebot, jemanden nicht auf bestimmte Handlungsgründe zu verpflichten, es ist strenggenommen empirisch gar nicht möglich, siehe die Einleitung zur Tugendlehre: „Ein anderer kann mich zwar zwingen, etwas zu tun, was nicht mein Zweck (sondern nur Mittel zum Zweck eines anderen) ist, aber nicht dazu, daß ich es mir zum Zweck mache, und doch kann ich keinen Zweck haben, ohne ihn mir zu machen. Das letzere ist Widerspruch mit sich selbst: ein Akt der Freiheit, der doch zugleich nicht frei ist.“<sup>81</sup>

Gegen diese Argumentation könnte man einwenden, die Unterscheidung von Ver-, Gebots- und Erlaubnisnormen sei ein sophistische: Jedes Handeln stehe doch stets unter der Pflicht, rechtmäßig zu sein. Dagegen ist erstens zu sagen, dass *Kant* streng zwischen gebotenen, verbotenen und erlaubten Handlungen unterschieden hat: Zwar ist die Interpretation und Stellung des Erlaubnisgesetzes innerhalb der *Metaphysik der Sitten* im Einzelnen streitig,<sup>82</sup> dass *Kant* zwischen diesen deontischen Grundbegriffen differenziert hat, geht eindeutig aus dem Wortlaut der Einleitung in die *Metaphysik der Sitten* hervor: „Erlaubt ist eine Handlung (licitum), die der Verbindlichkeit nicht entgegen ist; [...] Pflicht ist diejenige Handlung, zu welcher jemand verbunden ist. [...] Eine Handlung, die weder geboten noch verboten ist, ist bloß erlaubt, weil es in Ansehung ihrer gar kein die Freiheit (Befugnis) einschränkendes Gesetz und also auch keine Pflicht gibt.“<sup>83</sup>

Zweitens steht zwar jedes Handeln unter der Pflicht, rechtmäßig zu sein, aber damit wird eben nicht jede Handlung zur Pflicht! In einer Rechtfertigungssituation etwa steht es dem betroffenen Subjekt grundsätzlich rechtlich frei, die entsprechende Handlung auszuführen oder zu unterlassen. Und selbst wenn tatsächlich die Verhaltensalternative der Beachtung des in Rede stehenden Ver- oder Gebots unzumutbar erscheint, wäre es nach kantischen Prämissen auch keineswegs eine zynische Verhaltensalternative in dem Sinne, dass derjenige mit den „falschen“ Motiven etwa vor der Wahl stünde, sich in einer Notwehrsituation entweder töten zu lassen oder sich strafbar zu machen. Denn nach *Kant* ist

der auch anmahnt, die oben zitierte Textstelle zur Unterscheidung Legalität – Moralität in ihrem Kontext zu lesen.

<sup>80</sup> *Kant* (Fn. 76), S. 239.

<sup>81</sup> *Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. 6, S. 381.

<sup>82</sup> S. zur teilw. unterschiedlichen Verwendung des terminus Erlaubnisgesetz (lex permissiva) in der *Metaphysik der Sitten* und der *Friedensschrift* etwa *Hruschka*, *Law and Philosophy* 23 (2004), 45; dagegen aber *Kaufmann*, in: Byrd/Joerden (Fn. 13), S. 195 (S. 196 ff.).

<sup>83</sup> *Kant* (Fn. 76), S. 222 f.

<sup>76</sup> *Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. 6, S. 219.

<sup>77</sup> Das Erlaubnisgesetz (lex permissiva) führt *Kant* erst später ein; *Kant* (Fn. 76), S. 222 f.

<sup>78</sup> Die Voraussetzungen für Erlaubnisse werden aus Sicht des Normadressaten, falls er eine Erlaubnis wahrnehmen will, zwar zu hypothetischen Imperativen, aber nicht zur Pflicht.

<sup>79</sup> Auch wenn gesagt wird, „das Recht“ habe sich nach *Kant* nicht für die Motive des Normadressaten zu interessieren, erscheint mir dies als eine Überzeichnung der kantischen Position; das Recht kann keine Motive vorschreiben, ob es aber etwa bei Entschuldigungsgründen nach (Handlungs-) Gründen (zu § 35 StGB s. etwa *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* [Fn. 1], § 35 Rn. 19) oder Gründen für Gründe fragt (etwa: § 33 StGB), beim Rücktritt vom Versuch oder bei der Strafzumessung, ist eine andere Frage; vgl. dazu etwa *Engisch*, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, S. 88, 91; *Kelker*, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, 2007, S. 400 ff.; *Kühl*, in: Walker u.a. (Hrsg.) *Festschrift für Jan Schapp zum siebzigsten Geburtstag*, 2010, S. 329 (S. 338 f.); *Zaczyk*, in: *Neumann/Schulz* (Hrsg.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, S. 103 (S. 107 ff.),

nicht nur menschliches Handeln frei, das handelnde Subjekt kann auch seine Handlungsgründe frei wählen.<sup>84</sup>

Damit halte ich die im Schrifttum zitierten Verweise auf Passagen der Metaphysik der Sitten bei dem hier in Rede stehenden Streit für unergiebig, wenn nicht gar irreführend. Ob allerdings aufgrund *Kantscher* Prämissen zu unserem Problem nicht auch eine Ablehnung, bei der Rechtfertigung Handlungsgründe zu evaluieren, entwickelt werden könnte, soll hier ausdrücklich offenbleiben.<sup>85</sup>

Aber unabhängig von *Kantscher* Argumentation, wem sich in einer solchen Situation nicht die Verteidigung als ein – für die Rechtfertigung vollends hinreichender – Handlungsgrund einnistet, der steht psychologisch gar nicht vor dem Dilemma, getötet oder bestraft zu werden.

Damit erweist sich aus kantischer Sicht zwar das von *Loos* erstmals formulierte Argument als zutreffend, eine

---

<sup>84</sup> Sonst wäre die moralische Verpflichtung, nach einem guten Willen zu streben, von vornherein sinnlos. Es gibt freilich philosophische Positionen, die – obwohl sie unser Handeln als frei ansehen – bestreiten, dass wir unsere Gründe frei wählen können, s. etwa *Moore*, *Southern California Law Review* 1989, 827 (879) „in the relevant same (compatibilist) sense of ‚can‘, we can choose our actions. My point here is that, in the exact same (compatibilist) sense of ‚can‘, we cannot choose which of our belief/desire sets will be the reasons on which we act. Reasons are not among the possible objects of our willing, even though the actions for which they are reasons are.“ Kritisch im deutschen Schrifttum im hiesigen Kontext („Motivaustausch“) *Loos* (Fn. 8), S. 232.

<sup>85</sup> Was *Kant* speziell zu unserem Problem sagen würde (ausdrücklich findet sich bei ihm nichts), ist schwer auszumachen und eine eigene Studie wert: Einerseits würde nach seiner Rechtsphilosophie eine Erlaubnis und ein Gebot seltener koinzidieren als in der jetzigen positivierten Rechtsordnung, weil *Kant* eine allgemeine Hilfspflicht (§ 323c StGB) nicht als rechtliche Pflicht anerkannte; andererseits ist es schwierig, einen modernen Rechtfertigungsgrund zu finden, der für *Kant* wirklich eine Freistellung, also auch nicht geboten war: Die Notwehr war für *Kant* wohl eine „innere Rechts-Pflicht“ (so jedenfalls *Hruschka*, *ZStW* 115 [2003], 201 [208 ff.]; a.A. *Pawlik*, *ZStW* 114 [2002], 259 [268 in Fn. 49] – s. zur umstrittenen Figur der inneren Rechtspflicht bei *Kant* etwa *Kersting*, *Kant über Recht*, 2004, S. 54 ff.), einen rechtfertigenden Notstand wollte er nicht anerkennen (s. dazu m.w.N. *Kühl*, in: Eser [Hrsg.], *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, S. 143 [S. 145 f.]; *Kühl*, in: Müller/Alber [Hrsg.], *Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag*, 2008, S. 259 [S. 263 ff.]; *Küper* *JZ* 2005, 105 [108]), die Interpretation seiner Position zu einer rechtfertigenden Pflichtenkollision ist streitig. Insofern soll hier nicht etwa dafür plädiert werden, dass *Gardners* Rechtfertigungsmodell demjenigen *Kants* entspricht – *Gardner* selbst meint in *Kants* Rechtsphilosophie gerade ein gegenläufiges Modell von Unrecht und Rechtfertigung zu erblicken, s. *Gardner* (Fn. 10), S. 77 f. Aber die angeblich *Kantischen* Gegeneinwände lassen sich nicht aus den entsprechenden Passagen der *Metaphysik der Sitten* herleiten.

Rechtsordnung könne und dürfe nicht nach den Handlungsgründen fragen einer objektiv gerechtfertigten Handlung, die zugleich pflichtig ist (aus § 13 StGB oder § 323c StGB).<sup>86</sup> Aber damit wird kein Verbot bewiesen, nach den Gründen einer nicht pflichtigen Handlung zu fragen, die ihrerseits gegen ein Ver- oder Gebot verstößt (etwa in *Prittwitz' Bombenleger-Fall*).

### VI. Rechtfertigungsgründe als subjektive Rechte?

Schließlich werden Rechtfertigungsgründe – insbesondere im Zusammenhang mit dem Notwehr-Recht – oft als „subjektive Rechte“ bezeichnet, für die der eherne Grundsatz gelte, warum man sein subjektives Recht geltend mache, sei unerheblich. Dagegen ist erstens einzuwenden, dass es bis heute normentheoretisch umstritten ist, was genau ein „subjektives Recht“ ist und ob alle Erlaubnisse und erlaubten Handlungen als subjektive Rechte bezeichnet werden können und sollen.<sup>87</sup>

Für die Rechtfertigungsgründe könnte man etwa fragen, ob es sinnvoll ist, die Einwilligung als subjektives Recht des Einwilligungsempfängers zu bezeichnen?<sup>88</sup> Wenn man mit der Wendung „subjektives Recht“ nur ausdrücken will, dass ein Angreifer eine von der Notwehr gedeckte Verteidigung dulden muss, so spricht man die Koordinationsfunktion der Unterscheidung rechtmäßiger und rechtswidriger Handlungen zwischen den Bürgern an, nicht aber das hier entscheidende Verhältnis Staat-Bürger (ist in diesem Verhältnis ein Recht-

---

<sup>86</sup> Vgl. *Loos* (Fn. 8), S. 231 f.; das Argument wird aufgegriffen etwa von *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 99.

<sup>87</sup> S. ausführlich *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl. 1994, S. 159 ff.; *Atienza/Manero* (Fn. 34), S. 90 ff.

<sup>88</sup> Aus Sicht des Einwilligenden ist sie freilich eine Ausübung seines subjektiven Rechts aus Art. 2 Abs. 1 GG. – Die Einwilligung, verstanden als Rechtfertigungsgrund, versteht *Gardner* im Übrigen nicht als Einwand gegen sein Gründe-modell: Zwar dürften die Handlungsgründe des Einwilligungsempfängers dem Einwilligenden selbst regelmäßig gleichgültig sein, solange jener objektiv das tut, was von der Einwilligung gedeckt ist (etwa: Jemanden ist es gleichgültig, ob der Tätowierer aus sadistischen Motiven handelt, solange er lege artis vorgeht). Aber es stehe in der normativen Macht des Einwilligenden, gewisse Handlungsgründe des Einwilligungsempfängers zu verlangen (dann werden sie zu Bedingungen der Wirksamkeit der Einwilligung), ebenso wie darauf zu verzichten; der Einwilligende müsse aber gegebenenfalls vorab deutlich machen, dass ihm Handlungsgründe wichtig für die Wirksamkeit seiner Zustimmung sind, vgl. *Gardner*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23 (2010), 71 (80 ff.). Die Gestalt und die normativen Regeln für das Rechtsinstitut der Einwilligung lägen also im Wesentlichen in der normativen Macht und Freiheit des Einwilligenden; freilich kann man, entgegen *Gardner*, auch sagen, dass bei der Einwilligung von vornherein kein Grund für die Einhaltung der Ge-/Verbotsnorm spricht, siehe zu einer solchen Konzeption der Einwilligung („als Normaufhebungsgrund“) in gewisser Anlehnung an *Raz' Überlegungen Kindhäuser*, *GA* 2010, 490; *Mañalich* (Fn. 13), S. 86 ff.

fertigungsgrund ein subjektives Recht, bei dem der Staat nach Handlungsgründen fragen darf?). Wenn man mit dem Begriff nur sagen will, der Handelnde habe eben das Recht, das Verbot zu verletzen, so bewegt man sich im entscheidenden Verhältnis Staat-Bürger, hat aber inhaltlich dem Begriff Rechtfertigungsgrund oder Erlaubnis nichts hinzugefügt.

Zweitens handelt es sich um eine offensichtliche *petitio principii*, denn ob zu den Voraussetzungen eines subjektiven Rechts bestimmte Handlungsgründe gehören, steht gerade in Streit; das elterliche Züchtigungs- und Erziehungsrecht, das wenigstens früher ein anerkannter Rechtfertigungsgrund für gewisse Tatbestände (§§ 223, 239, 240 StGB) war, war ein Beispiel für ein subjektives Recht, das zur Voraussetzung hatte, dass eine bestimmte Handlung eben zu Erziehungszwecken ausgeführt wird.

Aus *Gardners* Sicht sind Rechtfertigungsgründe keine subjektiven Rechte, sie sind im Gegensatz zu anderen Arten von Erlaubnissen nicht einmal selbständige Normen<sup>89</sup>: „Some permissions (sometimes known as „strong permissions“) are norms in their own right. But a cancelling permission is not. When the law grants a cancelling permission by creating a justification defence it does not set up a second (permissive) norm that conflicts with the (mandatory) norm created by the law’s specification of the offence. Rather, it creates a gap in the mandatory force of the mandatory norm, a gap through which certain conflicting reasons are readmitted as legally acceptable reasons for acting. [...] So while there is no conflict of norms, there is a conflict of reasons.“<sup>90</sup> Wäre ein Rechtfertigungsgrund nämlich eine selbständige Norm, die mit einer Ver- oder Gebotsnorm kollidiert und diese vollständig derogiert,<sup>91</sup> verbliebe kein für *Gardners* Modell so wichtiger Handlungsgrund erster Ordnung, die Ver- oder Gebotsnorm doch zu beachten; denn erst dieses Residuum der Ver- oder Gebotsnorm legitimiert, nach den faktischen Handlungsgründen des Akteurs zu fragen.

## VII. Erlaubtes als Gewolltes als Selbstwiderspruch der Rechtsordnung?

Einen weiteren, interessanten Einwand gegen ein Wollens-element bei der Rechtfertigung hat *Kindhäuser* vorgebracht: Zwar sei es legislatorisch möglich und kein Verstoß gegen das Tatprinzip, für eine Erlaubnis mehr zu verlangen als bloß die Kenntnis ihrer Voraussetzungen, aber als allgemeine Regel sei dies selbstwidersprüchlich: „Wenn das Wollen die dem Sollen korrespondierende Kategorie personaler Verantwortung ist und wenn die Erlaubnis gerade besagt, dass ein Unterlassen nicht gesollt ist, dann ist der Inhalt des Wollens

<sup>89</sup> Dagegen für die Anerkennung als selbständige Normen im deutschen Schrifttum etwa *Hoyer*, in: Alexy (Hrsg.), *Juristische Grundlagenforschung*, 2005, S. 99; *Kindhäuser* (Fn. 33), S. 106 ff.

<sup>90</sup> Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 141 (S. 148 f.).

<sup>91</sup> So das oftmals gängige Modell im deutschen Schrifttum, etwa *Hoyer* (Fn. 89), S. 99 (S. 114): „Ist aber ein Rechtfertigungsgrund gegenüber einer Verbotsnorm vorrangig, so führt dies im betreffenden Einzelfall immerhin zur Ungültigkeit der betreffenden Verbotsnorm.“

zurechnungsirrelevant. Die Erlaubnis, sich unter den Voraussetzungen der Notwehr verteidigen zu dürfen, bedeutet beispielsweise, dass ein Unterlassen einer Körperverletzung nicht die Handlung ist, die der Berechtigte ausführen soll. Dagegen meint die Notwehrbefugnis nicht etwa, dass der Berechtigte nunmehr die Körperverletzung vornehmen soll; es ist ja nicht vorgeschrieben, einen Angriff abzuwehren. Die Erlaubnis als Kontradiktion des Verbots lässt das vom Adressaten zu Wollende offen.“<sup>92</sup>

Man könnte die erste Prämisse „das Wollen als die dem Sollen korrespondierende Kategorie“ *prima vista* als anthropomorphistisches Argument verstehen: Dann klingt sie durchaus einleuchtend – stellt man sich das Recht/den Gesetzgeber als Person (Befehlsgeber) vor, so entspricht einem Ge- oder Verbot, dass das Recht die Beachtung dieser Norm „will“, während es ihr bei Erlaubnissen „gleichgültig“ ist, ob sie wahrgenommen werden oder nicht. Und nun könnte man es für selbstwidersprüchlich halten, dass „das Recht“ einerseits vom Normadressaten verlangt, dass er das Gedurfte wollen „muss“<sup>93</sup>, um gerechtfertigt zu handeln, „das Recht“ aber selbst die Wahrnehmung der Erlaubnis gerade nicht „will“ (sonst würde es die erlaubte Handlung auch gebieten). *Gardners* Konzept entgeht dieser Kritik jedenfalls, da er ja gerade nicht verlangt, dass die Erlaubnis der Handlungsgrund sein muss, sondern nur, dass aus akzeptablen Gründen gehandelt wird.<sup>94</sup>

Allerdings meint *Kindhäuser* in diesem Zusammenhang etwas anderes: Ausgehend von seinen normentheoretischen Prämissen<sup>95</sup> sind für ihn das vom Normadressaten tatsächlich Gewollte, erst recht auch Handlungsgründe als „explanatory reasons“, zurechnungsirrelevant, gleichgültig ob auf der Vorsatzebene oder bei der „Zurechnung eines Verhaltens als Wahrnehmung eines Rechts“ (so versteht er die Rechtfertigungsgründe). Dies ist aus Sicht seiner Normentheorie konsequent, die sich – trotz der gemeinsamen Inspiration durch *Raz*’ Normentheorie – fundamental von derjenigen *Gardners* unterscheidet, die hier aber nicht näher erläutert werden kann.

## VIII. Rechtsgüter-Schutz, Harm Principle und das Tat-schuldprinzip

Der sowohl im englischen wie deutschen Schrifttum wahrscheinlich unerschwinglich am stärksten gegen *Gardners* Konzept sprechende, persistente Gedanke ist jedoch ein anderer: Zwar sei das Unterlassen einer gerechtfertigten Handlung erlaubt, außer wenn ein entsprechendes Gebot hinzukommt, aber das Ausführen der gerechtfertigten Handlung würde die Rechtsordnung nicht nur tolerieren, sondern unterstützen, es sei die (*ceteris paribus*) „richtige“ bzw. zumindest „bessere“

<sup>92</sup> *Kindhäuser* (Fn. 33), S. 114 f.

<sup>93</sup> „Muss“ ist hier als hypothetischer Imperativ gemeint, der Akteur „muss“ das Gedurfte nur wollen, wenn er, was ihm freigestellt ist, die zu rechtfertigende Handlung ausführen will.

<sup>94</sup> S.o. bei Fn. 45.

<sup>95</sup> Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 33), S. 29 ff.

Handlung.<sup>96</sup> Dies suggerieren schon Metaphern wie diejenige, dass der Notwehrausübende nicht nur sich, sondern „das Recht“ verteidige (wer will schon, dass es nicht verteidigt wird) und natürlich paradigmatisch das Schlagwort vom „Rechtsgüterschutz“: Durch diese hinter den strafrechtlichen Verbote stehende Lehre müsse doch diejenige Handlung als „bessere“ angesehen werden, die (wesentlich) mehr Rechtsgüter schütze. Entsprechend formuliert etwa *Erb*: „Die Versagung der Rechtfertigung gegenüber demjenigen, der wesentlich das Richtige tut und dabei lediglich aus einer tadelnswerten Motivation heraus handelt, würde auf eine unzulässige Gesinnungsstrafe hinauslaufen und hätte die absurde Konsequenz, dass das wesentlich überwiegende Interesse nicht gerettet werden dürfte, wenn der Retter die falsche innere Einstellung aufweist.“<sup>97</sup>

Und im englischen wird zum verwandten „harm principle“ argumentiert,<sup>98</sup> dass eine Handlung, die Schaden verhindert oder (weitaus) mehr Schaden vermeidet als sie hervorruft, zu akzeptieren sei, und die Handlungsgründe nicht interessierten, solange sie nicht die Höhe des Schadens beeinflussten.<sup>99</sup>

Indes, die Lehre vom Rechtsgüterschutz (als „systemkritische Variante“) wurde entwickelt, die staatliche Strafgewalt zu beschränken, „auch den Strafgesetzgeber an ihm Vorgegebenes zu binden“<sup>100</sup>. Sie steht also im Kontext der Legitimation strafrechtlicher Ge- und Verbote. Daraus folgt nicht, dass das Strafrecht (!) auch eine „Wertlehre“ aufstellt und innerhalb erlaubter Handlungen bessere und schlechtere voneinander unterscheidet (*das* wäre ein Verstoß gegen die Unterscheidung Recht und Moral ...).

Wenn die Lehre vom Rechtsgüterschutz auch präjudizieren würde, wann ein Verbot oder Gebot im Einzelfall *nicht* gelten soll, könnte die Strafrechtsphilosophie den ewigen Streit zwischen Konsequentialismus und Deontologie ad acta legen; hätte diese Lehre eine solche normative Kraft, dass diejenige Handlung die „richtige“ sei, die die meisten Rechtsgüter schützt, so liefere dies auf eine rein objektive Rechtfertigung hinaus, die heute nicht mehr vertreten wird. Und hätte sie bei den Ver- und Geboten eine entsprechende

Kraft, wäre die weitgehende strafrechtliche Beschränkung auf Vorsatzdelikte (§ 15 StGB) nicht erklärbar (bzw. nur durch ein divergierendes Prinzip).

Ebenso wenig hat § 34 StGB die positive Rechtsordnung zu einem reinen Konsequentialismus verpflichtet.<sup>101</sup> Es wird gerade vom Wortlaut des § 34 StGB nicht bewiesen, dass „die Rechtsordnung die Verbindlichkeit ihrer Verbote unter einen weitreichenden Vorbehalt“ stelle, dass diese „suspendiert“ würden, „soweit die Folgen, die ihre Respektierung hätte, im Einzelfall als nicht hinnehmbar erscheinen“<sup>102</sup> – quod erat demonstrandum –, ob man nicht noch hinzufügen müsste „und der Handelnde aus rechtlich akzeptablen Gründen gehandelt hat“, ist die entscheidende Frage.

Die Anforderungen an die Rechtfertigung entscheiden spiegelbildlich darüber, wie viel uns die strafrechtlichen Ge- und Verbote bedeuten. Fasst man sie als kategorische Pflichten auf und lehnt eine Verrechnung von „Werten“ und „Unwerten“ ab, so kann man auch keinen Verstoß gegen das Tatschuldprinzip annehmen,<sup>103</sup> weil sich die Tat nicht durch irgendeine Saldierung in Luft auflöst und nur ein nicht akzeptabler Handlungsgrund als Strafgrund übrigbleibt.

### IX. Fazit

Der Exkurs in die zeitgenössische englischsprachige Rechtsphilosophie hat gezeigt, dass eine elaborierte Position dort entwickelt worden ist, die (wieder) nach Handlungsgründen fragt, wenn es um die Rechtfertigung einer Handlung geht.<sup>104</sup>

Die hiesigen, auf *Kant* rekurrierenden Einwände, verfangen nicht, solange nicht zugleich ein rechtliches Handlungsgebot, das eine erlaubte Handlung zur Pflicht macht, erfüllt ist.

Natürlich wäre es angenehmer, die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit allein an einem äußeren Verhalten festzumachen; aber wie uns klassische Beispiele – etwa das Schmierestehen – lehren, ist dies nicht immer möglich: Es ist prima facie erlaubt, irgendwo herumzustehen, aber es gibt

<sup>96</sup> S. für das englische Schrifttum etwa *Robinson*, UCLA Law Review 23 (1975), 266 (274): „Justified behaviour is correct behaviour and therefore is not only tolerated but encouraged.“ – zitiert nach *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 97 in Fn. 12); ebenso *Crocker*, Ohio State Journal of Criminal Law 6 (2008), 277 (297): „actions that society generally wants to encourage.“

<sup>97</sup> *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 34 Rn. 190; ähnlich *Neumann* (Fn. 1), § 34 Rn. 108; *Frisch*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Fn. 1), S. 113 (S. 121).

<sup>98</sup> Nähere Ausführungen zu Parallelen der Lehre vom Rechtsgüterschutz und „harm principle“ spielen hier keine Rolle, im hiesigen Kontext ist die Ähnlichkeit der Argumentation aber frappierend.

<sup>99</sup> S. die Nachweise bei *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 118).

<sup>100</sup> Vgl. *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), Vor § 1 Rn. 112.

<sup>101</sup> *Neumann* versteht § 34 StGB als eine „konsequentialistische Regelung mit einem doppelten deontologischen Korrektiv“ (das wesentliche Überwiegen des zu schützenden Interesses sowie die Angemessenheitsklausel, § 34 S. 2 StGB), *Neumann*, JhrRuE 1994, 81 (88 f.). Nach *Küper*, JZ 2005, 105 (108) haben sich „utilitaristische“ Grundvorstellungen des § 34 StGB überlebt.

<sup>102</sup> So aber *Neumann* (Fn. 1), § 34 Rn. 6.

<sup>103</sup> So aber *Puppe* (Fn. 1 – AT I), § 26 Rn. 4 f.; *Jakobs* (Fn. 35), 11/20; *Loos* (Fn. 8), S. 231.

<sup>104</sup> Was hier nicht näher beleuchtet werden konnte, was aber ebenfalls mit *Paeffgen* (Fn. 1), Vor § 32 Rn. 143 f. in Einklang steht, ist das Erfordernis, auch für Fahrlässigkeitstaten ein subjektives Rechtfertigungselement zu verlangen. Dies folgt aus der basalen Asymmetrie zwischen Gründen, die für und gegen eine Handlung sprechen: „What this means [...] is that undesirable side-effects as well as undesirable intended results can count against an action, while only desirable intended results can ever count in its favour.“ *Gardner* (Fn. 10), S. 91 (S. 103).

Handlungsgründe, die dies zu einem unerlaubten Verhalten sub specie Mittäterschaft oder Beihilfe machen.<sup>105</sup>

Was *Gardners* Normenmodell – auf Kosten der Rechtssicherheit – abbildet, ist die Komplexität des Lebens: Es räumt der Tragik auch bei der für das Recht grundlegenden Unterscheidung von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einen Platz ein, wo man ihr heutzutage höchstens ein Residuum in der Schuld zugesteht: „There is still something to regret“<sup>106</sup> – es gibt immer noch etwas zu bedauern bei einer gerechtfertigten Handlung – und zwar aus der Perspektive des Rechts selbst, nicht bloß aus der Sicht einer Moral oder als individuelles, gar irrationales Gefühl<sup>107</sup> – dies ist sein Kernsatz, der gewissermaßen nahtlos an *Welzels* legendäres Mückenbeispiel<sup>108</sup> anknüpft. Nur aus dieser Einsicht heraus kann man begreifen und verlangen, nach den Gründen einer Rechtfertigung beanspruchenden Handlung zu fragen.

*Puppes* wie *Paeffgens* Position haben jeweils gute, philosophisch fundierte Argumente für sich; was man letzterer Position meiner Meinung nach nicht vorwerfen darf, ist ein Verstoß gegen die Unterscheidung von Recht und Moral. Damit ist, was beide Jubilare in ihrem ungebrochenen wissenschaftlichen Eifer freuen dürfte, der Streit um eine der ewigen Fragen des Strafrechts immer noch nicht entschieden (wie könnte es anders sein?): Was heißt es, eine Tat zu rechtfertigen?

---

<sup>105</sup> Vgl. auch *Kindhäuser*, in: Dannecker (Fn. 3), S. 355 (S. 360).

<sup>106</sup> Vgl. *Gardner* (Fn. 10), S. 141 (S. 148).

<sup>107</sup> *S. Gardner* (Fn. 10), S. 77 (S. 81 f.): „My own view [...], is that the elimination of this classical category of the tragic was a major mistake in the history of moral philosophy. Lawyers may protest that it is one thing to hold, with Aristotle and Aeschylus, that justified wrongdoing still leaves some kind of blemish on the wrongdoer’s life, but quite another to endow it with normative consequences of the kind that are commonly administered by the law. But the two cannot be prized apart. [...]“

<sup>108</sup> *Welzel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl. 1969, § 14 I. 1. (S. 81) in Anlehnung an *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903, S. 64.

## B u c h r e z e n s i o n

**Martina Werwie-Haas**, Die Umsetzung der strafrechtlichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Deutschland, Österreich, der Schweiz und im Vereinigten Königreich, Internationales und Europäisches Strafverfahrensrecht Bd. 5, Verlag Peter Lang, Frankfurt a.M. 2008, 365 S., € 58,60

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) nimmt seit nunmehr über 50 Jahren großen Einfluss auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten des Europarates und hat deren Entwicklung und Ausgestaltung dadurch wesentlich mitbestimmt. Diese Einflussnahme betrifft sämtliche Rechtsbereiche vom Zivilrecht über das Strafrecht bis hin zum Verfassungsrecht und kann daher in der täglichen Rechtsanwendung und -auslegung nicht außer Acht gelassen werden. Eine Beschäftigung des Juristen – sei es in Praxis oder Wissenschaft – mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und deren Auslegung durch den EGMR ist unerlässlich und nicht nur dort gefragt, wo es tatsächlich um die Erhebung von Beschwerden an den Gerichtshof in Straßburg geht, sondern vielmehr auch in der tiefgründigen Auseinandersetzung mit dem Recht erforderlich. So können etwa Gesetzesinitiativen, Gerichtsentscheidungen oder verfahrensrechtliche Abläufe oft nur dann verstanden und nachvollzogen werden, wenn auch die menschenrechtlichen Hintergründe bekannt sind und der Bearbeitung und Analyse derselben zu Grunde gelegt werden.

Das vorliegende Werk setzt sich in systematischer und äußerst umfassender Weise mit der Einflussnahme der Rechtsprechung des EGMR auf ausgewählte Mitgliedstaaten des Europarats im Bereich des Strafrechts auseinander und leistet so einen wertvollen Beitrag zu Kenntnis und Verständnis dieser Thematik. Neben den drei deutschsprachigen Staaten Deutschland, Schweiz und Österreich erscheint die Auswahl des Vereinigten Königreichs als Vertreter des common law für den am Strafrecht interessierten Leser besonders reizvoll. Sie ermöglicht nicht zuletzt einen Einblick in die unterschiedlichen, im Europarat vertretenen Rechtssysteme und deren Beeinflussung durch internationale Vorgaben.

Bereits an dieser Stelle sind dabei der große Reichtum an eingearbeiteten Judikaten des EGMR und deren thematische Vielfalt hervorzuheben, durch die sich die vorliegende Arbeit auszeichnet. Das Werk kann dem im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts tätigen Juristen aus diesem Grunde eine wertvolle Hilfe sein, ja sogar als Nachschlagewerk für bestimmte strafrechtliche Probleme im menschenrechtlichen Kontext dienen. Schließlich ist es in der Beschäftigung mit dem Strafrecht durchaus häufig und üblich mit menschenrechtlichen Fragen konfrontiert zu werden, zu deren Aufarbeitung die Darstellungen der *Autorin* wesentlich beitragen können.

Im ersten Teil des vorliegenden Werks befasst sich *Werwie-Haas* mit der normenhierarchischen Stellung der EMRK in den jeweils untersuchten Mitgliedstaaten des Europarats und zeigt dabei für das Rechtsverständnis in den einzelnen Staaten wichtige Unterschiede auf. Im nächsten Abschnitt

werden sodann die Wirkungen der EMRK und der Entscheidungen des EGMR als solche beleuchtet, wobei besonders lohnende Einblicke in die Arbeitsweise des Gerichtshofs und die ihm zur Verfügung stehenden Mittel und Maßnahmen gewährt werden. Die *Autorin* widmet sich in diesem Zusammenhang zum einen den Auswirkungen der EGMR-Erkenntnisse im Einzelfall (Verpflichtung, die Entscheidungen des Gerichtshofs umzusetzen; gerechte Entschädigung; individuelle Maßnahmen; generelle Maßnahmen des verurteilten Mitgliedstaats), zum anderen schildert sie auch deren Wirkungen über den Einzelfall hinaus, die die EGMR-Rechtsprechung zu jenem Einflussfaktor machen, der sich auf die Rechtsordnungen des gesamten Rechtsraums des Europarats erstreckt, eingehend und anschaulich. Dabei führt sie zahlreiche einschlägige und lohnende Judikatur-Beispiele an, die ihre Ausführungen untermauern und das Bild der Möglichkeiten der Einflussnahme durch den EGMR komplettieren.

Im Zuge ihrer Analyse spart *Werwie-Haas* im Übrigen auch nicht mit konstruktiver Kritik an dem Gerichtshof und seiner Arbeitsweise, insbesondere weist sie an mehreren Stellen ihrer Arbeit, vor allem aber in dem soeben besprochenen Abschnitt, auf die fehlende Publizität der Entscheidungen und den erschwerten Zugang zu diesen hin, die sich auf deren Bedeutung und Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten ihrer – zutreffenden – Ansicht nach negativ auswirken.

Im dritten Teil der Arbeit befasst sich die *Autorin* mit der Kontrolle der Umsetzung der Entscheidungen des EGMR durch die einzelnen Organe des Europarats (EGMR, Ministerkomitee, parlamentarische Versammlung), wodurch erneut ein interessanter Einblick in die Arbeitsmechanismen dieser Institution gegeben wird. Im folgenden Abschnitt wird sodann in umfassender und erneut mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechungspraxis versehener Weise die innerstaatliche Umsetzung der strafrechtlichen Entscheidungen des EGMR in den einzelnen Mitgliedstaaten beleuchtet. *Werwie-Haas* geht dabei in Bezug auf die ausgewählten Mitgliedstaaten systematisch nach den einzelnen in der EMRK normierten Freiheitsrechten vor und schildert die Rechtsprechung des EGMR und deren Umsetzung durch innerstaatliche Maßnahmen wie Rechtsprechung und Gesetzgebung. Die Entwicklung der einzelnen Rechte in den Mitgliedstaaten ist dabei für den strafrechtlich interessierten Leser von hoher Bedeutung und auch für die Praxis nicht zu vernachlässigen.

Im Hinblick auf den Mitgliedstaat Österreich wurde dabei leider noch die alte Rechtslage vor dem Strafprozessreformgesetz, welches mit dem 1.1.2008 in Kraft trat, herangezogen, was wohl auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des der Veröffentlichung zu Grunde liegenden Manuskripts zurückzuführen ist. Dadurch bleiben bedauerlicher Weise einige interessante Entwicklungen auf Grundlage der Rechtsprechung des EGMR, die in diesem umfassenden Reformgesetz umgesetzt wurden, unbeleuchtet. Die EMRK und die Rechtsprechung des Gerichtshofs in Straßburg haben nämlich die neu gestaltete österreichische Strafprozessordnung in weiten Teilen grundlegend beeinflusst, so z.B. schon bei der Formulierung der Grundsätze des Strafverfahrens in den §§ 1 bis 17 der österreichischen Strafprozessordnung, aber auch in Detailbe-

reichen wie unter anderem bei der Neuregelung der Verwertungsverbote bei Missachtung bzw. Umgehung der wesentlichen Verteidigungsrechte des Beschuldigten. Auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung in Österreich hat sich in den vergangenen Jahren in hohem Maße der Vorgaben des EGMR angenommen, sodass auch hier, vor allem seit 2008, gravierende Änderungen zu bemerken sind, die zur Abrundung der Analyse spannend gewesen wären.

Im fünften und letzten Teil der Arbeit widmet sich *Werwie-Haas* der Frage „Die MRK als Europäische Grundrechtsverfassung?“ und zeigt unter diesem Aspekt unter anderem an Hand von Statistiken die Auslastung des EGMR sowie die in den vergangenen Jahren ergriffenen Maßnahmen zur Effizienzsteigerung im Hinblick auf die Arbeitsweise des Gerichtshofs und die Überwachung der Umsetzungsmaßnahmen in den Mitgliedstaaten auf, bevor sie die Umsetzungspraxis der einzelnen Staaten und damit die Auswirkungen der strafrechtlichen Erkenntnisse des EGMR in diesen im Allgemeinen einer Analyse unterzieht.

Zusammenfassend stellt das vorliegende Werk eine umfassende und detailreiche Analyse des Einflusses der EGMR-Rechtsprechung im Bereich des Strafrechts dar, die deren Auswirkungen profund und abgerundet darzustellen vermag. Der seinem Fachgebiet entsprechend sehr häufig mit menschenrechtlichen Fragen befasste Strafrechtler kann im Zuge seiner Arbeit auf diese Darstellung zurückgreifen und sie als Ratgeber und Ansatzpunkt für weitere Recherchen heranziehen. Angesichts der – zutreffend von der *Autorin* gerügten – schweren Auffindbarkeit der EGMR-Entscheidungen kann sie somit zur täglichen Arbeit mit den strafrechtlichen Vorgaben des Gerichtshofs einen wertvollen Beitrag leisten und diese erheblich erleichtern. Das vorliegende Werk kann daher insgesamt als Grundlage nicht nur für die Befassung mit der Rechtsprechung des EGMR und deren Einfluss auf die einzelnen Mitgliedstaaten, sondern auch für die tiefgehende Auseinandersetzung mit dem Strafrecht an sich dienen.

*Dr. Stephanie Öner (vormals Reiter), Wien*