

AUSGABE 6/2018

S. 190 - 232

13. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Internationales Strafrecht*

**Der grenzüberschreitende Zugriff auf Clouddaten im Lichte der Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen – Teil 1**

**Hintergründe des Kommissionsentwurfs zum grenzüberschreitenden Zugang zu elektronischen Beweismitteln im Strafermittlungsverfahren wie auch zum sog. Microsoft Ireland Case**

Von Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Frankfurt a.M. 190

##### *Strafrecht*

**Neue Konstruktionsmöglichkeiten der actio libera in causa**

Von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M., Hannover 204

**Die strafrechtliche Bewertung des Fotografierens von Unfalltoten de lege lata und de lege ferenda**

**Zur geplanten Erweiterung des § 201a StGB**  
Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Tamina Preuß, Würzburg 212

**The Right to Examination of Prosecution Witnesses**

By Dr. Mehmet Arslan, LL.M., Freiburg i.Br. 218

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

**Stankewitz, Strafbarkeit religionsfeindlicher Äußerungen in Deutschland und Frankreich, 2017**

(Dr. Matthias Wachter, Regensburg) 229

#### VARIA

##### *Europäisches Strafrecht*

**Tagungsbericht Arbeitskreis Europäisches Strafrecht**

**Zur zweiten Tagung am 27./28.4.2017 in Zürich**  
Von Jun.-Prof. Dr. Suzan Denise Hüttemann, M.Res., Mannheim 231

#### 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. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

#### Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag

International Advisory Board

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Kevin Kloska

#### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

#### Internetauftritt

René Grellert

#### ISSN

1863-6470

# Der grenzüberschreitende Zugriff auf Clouddaten im Lichte der Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen – Teil 1\*

## Hintergründe des Kommissionsentwurfs zum grenzüberschreitenden Zugang zu elektronischen Beweismitteln im Strafermittlungsverfahren wie auch zum sog. Microsoft Ireland Case

Von Prof. Dr. **Christoph Burchard**, LL.M. (NYU), Frankfurt a.M.

„If every country asserts extraterritorial jurisdiction [...] then everybody gets everybody's data.“<sup>1</sup>

Tempora mutantur. Mitte März dieses Jahres fertiggestellt, um (Vor-)Überlegungen zum anstehenden Kommissionsentwurf zum grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel wie auch zum anstehenden Urteil des US Supreme Court im sog. Microsoft Ireland Case zu liefern, wurde der vorliegende Beitrag durch die sich in der Folge überschlagenden rechtspolitischen Ereignisse scheinbar (dazu, dass der Schein trügt, sogleich) überholt. Zunächst verabschiedete der US-Bundesgesetzgeber den sog. Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (oder auch CLOUD-Act), der am 23.3.2018 in Kraft trat und der sogleich von US-Strafverfolgern aktiv genutzt wurde, um US-Diensteanbietern, wie Microsoft, aufzugeben, in der EU gespeicherte Daten in die USA zu transferieren und dort offenzulegen.<sup>2</sup> Das Inkrafttreten des CLOUD-Acts nahm der US Supreme Court zum Anlass, um den sog. Microsoft Ireland Case am 17.4.2018 per curiam für gegenstandslos („moot“) zu erklären, sei doch nunmehr die entscheidende Rechtsfrage (namentlich ob inländische Internet-Diensteanbieter zur Beibringung und Herausgabe von Auslandsdaten verpflichtet werden dürfen) geklärt.<sup>3</sup> Ironie der Geschichte: Am selben Tag, also am 17.4.2018, lancierte auch die Kommission ihre Vorschläge, wie der „grenzüberschreitende Zugang zu elektronischen Beweismitteln im Strafermittlungsverfahren“ zu regeln sei.<sup>4</sup>

\* Der zweite Teil dieses Beitrags wird in ZIS 7-8/2018 erscheinen.

<sup>1</sup> John Frank, Vice President for EU Government Affairs, Microsoft. Wiedergegeben nach *Fioretti*, Europe seeks power to seize overseas data in challenge to tech giants, Reuters Business News v. 26.2.2018, online abrufbar unter <https://uk.reuters.com/article/uk-eu-data-order/europe-seeks-power-to-seize-overseas-data-in-challenge-to-tech-giants-idUKKCN1GA0LN> (25.5.2018).

<sup>2</sup> So berichtet in [https://www.theregister.co.uk/2018/04/03/us\\_government\\_seizes\\_microsoft\\_with\\_fresh\\_warrant\\_for\\_irishheld\\_emails/](https://www.theregister.co.uk/2018/04/03/us_government_seizes_microsoft_with_fresh_warrant_for_irishheld_emails/) (25.5.2018).

<sup>3</sup> Namentlich dadurch, dass solche Beibringungs- und Herausgabeanordnungen auch betreffend Auslandsdaten nach dem CLOUD-Act erlassen werden dürfen. Die entsprechende Entscheidung des US Supreme Court ist online abrufbar unter <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-21824.pdf> (25.5.2018).

<sup>4</sup> Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen v. 17.4.2018, COM (2018) 225 final sowie für eine „Directive

Diese „Federstriche“ entscheidender rechtspolitischer Akteure dies- wie jenseits des Atlantiks unterstreichen die Aktualität dieses Beitrags. Daher musste er in der Sache nicht verändert werden – mit der Ausnahme, dass nicht länger (wie ursprünglich intendiert) Ausblicke auf kommende rechtspolitische Entscheidungen gegeben, sondern nurmehr deren Hintergründe beleuchtet werden können.<sup>5</sup> Meine kritische Position ist die gleiche geblieben, weil weltweit und nun auch in der EU die Axt an die ehernen Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen gelegt wird, was sich nahtlos in die globalen Erschütterungen der bestehenden internationalen (Sicherheits-)Ordnung einfügt.

Der ZIS gilt mein großer Dank. Sowohl für die ursprüngliche Bereitschaft, diesen Beitrag schnell zu veröffentlichen, um den zuvor genannten Ereignissen zuvorzukommen, wie für die jetzige Bereitschaft, diese Ereignisse „lediglich“ vermittels dieser Vor- sowie einer Nachbemerkung zu verarbeiten.

### Einführung

Die (strafverfahrensrechtliche) Regelung des grenzüberschreitenden Zugriffs auf in der sog. Cloud<sup>6</sup> gespeicherte

---

laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings“ v. 17.4.2018, COM (2018) 226 final. Online abrufbar unter

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0225&from=EN> (25.5.2018) und

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0226&from=EN> (25.5.2018).

<sup>5</sup> Mitunter wurde der Beitrag im Duktus verändert und statt der Gegenwarts- oder Zukunfts- eine Vergangenheitsform verwendet.

<sup>6</sup> Unter der Cloud sind ganz abstrakt onlinebasierte Speicher- und Serverdienste zu verstehen. Wie unten noch zu zeigen sein wird (siehe unten II. 1. c), verfolgen Diensteanbieter ganz unterschiedliche Speicherpolitiken, die dem territorialen Serverstandort ganz unterschiedliche Bedeutung zumessen. Daraus wird unter III. 1. b) ein Differenzierungsgebot abgeleitet, wonach „Cloud nicht gleich Cloud“ ist, wenn es um den grenzüberschreitenden Zugriff auf eben jene zu Strafverfolgungszwecken geht. Zum Begriff Cloud und Cloud Computing vgl. etwa *Andrews/Newman*, Maryland Law Review 2013, 313 (323 ff.); *Wiebe*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 69c UrhG Rn. 60; *Wicker*, Cloud Computing und staatlicher Strafan-spruch, 2016, S. 35 ff.

Daten ist eine der drängendsten Aufgaben der Internetära.<sup>7</sup> Drängend aus zusammenarbeitsrechtstheoretischer Perspektive, weil das Internet für die Nutzer (für friedliebende Bürger wie auch für Kriminelle) einerseits keine<sup>8</sup> Territorialgrenzen kennt. Da aber andererseits die staatlichen Strafverfolgungsorgane an eben diese Grenzen gebunden sind, sind sie bis dato bei grenzüberschreitenden Zugriffen auf in der Cloud gelegene zugangsgeschützte elektronische Beweismittel auf den traditionellen Rechtshilfegeweg angewiesen. Da sich dieser aber bei Cyberermittlungen als zu umständlich und langwierig herausgestellt hat,<sup>9</sup> stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht.<sup>10</sup> Drängend ist eine Regelung des grenzüberschreitenden Zugriffs auf elektronische Beweismittel in der Cloud überdies aus datenschutztheoretischer Sicht deshalb, weil wir aufgrund von Big Data-Analysen – ohne alarmistisch klingen zu wollen – in den Zeiten des gläsernen Menschen angekommen sind.<sup>11</sup> Die Daten, die von und über uns in der Cloud verfügbar sind, sind überwältigend und beängstigend. Daher ist festzulegen, welche Strafverfolger auf diese Daten Zugriff nehmen dürfen. Drängend ist die beschriebene Regelungsaufgabe schließlich aus ganz handfesten praktischen Gründen, wenn und weil es die Reichweite der strafprozessualen *lex lata* (in Deutschland etwa des § 110 Abs. 3 StPO bei grenzüberschreitenden Zugriffen auf Clouddaten)<sup>12</sup> zu klären gilt.

In der EU wurde daher lange auf den (eigentlich bereits für Mitte Januar 2018) angekündigten Kommissionsentwurf zum grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel in Strafverfahren gewartet. Und in den USA stand bis April dieses Jahres das Urteil des US Supreme Court im berühmt-berüchtigten Microsoft Ireland Case ins Haus.<sup>13</sup> Ein

Fall, der den Blick darauf lenkt, dass etliche Staaten bereits unilateral vorgeprescht sind.<sup>14</sup> So können beispielsweise bereits in Brasilien<sup>15</sup> und Belgien<sup>16</sup> im Inland aktive Diensteanbieter vermittels hier so übersetzter Beibringungsanordnungen („production orders“)<sup>17</sup> dazu verpflichtet werden, Auslandsdaten ins Inland zu transferieren und diese an Strafverfolger herauszugeben. Dies wollte auch die US-Regierung im besagten Microsoft Ireland Case erreichen, bis dann mithilfe eines Federstrichs des US-Gesetzgebers und dem CLOUD-Act anderweitig für Klarheit gesorgt wurde. Einen anderen Weg, jenen des „Daten-Nationalismus“<sup>18</sup>, verfolgen etwa Russland und Vietnam mit weitreichenden Lokalisierungsverpflichtungen. Danach sind Daten im Inland zu speichern oder zumindest zu spiegeln, um diese im Fall der Fälle als Inlandsdaten an Strafverfolger herausgeben zu können.

---

*Currie*, The Canadian Yearbook of International Law 2016, 63 (84 ff.); *Daskal*, Harvard Law Review Blog v. 28.2.2018, abrufbar unter <https://blog.harvardlawreview.org/microsoft-ireland-argument-analysis-data-territoriality-and-the-best-way-forward/> (25.5.2018); *dies.*, Vanderbilt Law Review 2018, 179 (187 ff.); *Gary/Olin-Ammentorp*, Georgetown Law Technology Review 2016, 52.

<sup>14</sup> Vgl. die Übersicht bei *Daskal*, Vanderbilt Law Review 2018, 179.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung der Situation von US-Diensteanbietern in Brasilien im vor dem US Supreme Court eingereichten amicus curiae-Papier des brasilianischen „Internetlab Law and Technology Center“, S. 21 ff. m.w.N., online abrufbar unter [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28382/20180118203851162\\_17-2%20Obsac%20Internetlab%20Law%20and%20Technology%20Center.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28382/20180118203851162_17-2%20Obsac%20Internetlab%20Law%20and%20Technology%20Center.pdf) (17.3.2018).

<sup>16</sup> Vgl. hierzu die Entscheidungen zu Yahoo! (Hof van Cassatie of Belgium, YAHOO! Inc., No. P.13.2082.N) und zu Skype (Correctionele Rechtbank van Antwerpen, afdeling Mechelen of Belgium, No. ME20.F1.105151-12). Hierzu auch die Besprechung von *de Schrijver/Daenens*, The Yahoo! Case: The End of International Legal Assistance In Criminal Matters, 2013, online verfügbar unter <http://whoswholegal.com/news/features/article/30840/the-yahoo-case-end-international-legal-assistance-criminal-matters> (25.5.2018).

<sup>17</sup> Die Terminologie findet sich als Überschrift zu Titel 3 und zu Art. 18 Cybercrime Convention v. 23.11.2001, ETS 185, BGBl. II 2008, S. 1242; die deutsche Übersetzung in BGBl. II 2008 S. 1242 spricht insofern von der „Anordnung der Herausgabe“, was jedoch nicht erfasst, dass im Ausland belegene Daten von Diensteanbietern zunächst ins Inland zu transferieren, also beizubringen sind. Vgl. zur Terminologie auch *Sieber* (Fn. 9), S. 114 f.

<sup>18</sup> Pointiert *Chander/Lê*, Emory Law Journal 2015, 677; dort auch m.w.N. zum Folgenden.

---

<sup>7</sup> So bereits *Woods*, Stanford Law Review 2016, 729 (729).

<sup>8</sup> Dies gilt zumindest solange, wie das Internet nicht – wie z.B. in China – abgeschottet, sondern offen gestaltet wird. Zur (wenig politisch korrekt) „Balkanisierung“ geschimpften Fragmentierung des Internets ausführlich und m.w.N. das White Paper für das World Economic Forum von *Drake/Cerf/Kleinwächter*, Internet Fragmentation: An Overview, 2016, S. 31, online abrufbar unter [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_FII\\_Internet\\_Fragmentation\\_An\\_Overview\\_2016.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf) (25.5.2018).

<sup>9</sup> Siehe hierzu unten I. 3. a) bb) und II. 1. b) sowie *Sieber*, Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag – Straftaten und Strafverfolgung im Internet, 2012, S. 39; *Wicker*, MMR 2013, 765 (769).

<sup>10</sup> Hierzu aus der Perspektive des internationalen Privatrechts auch *Nordmeier*, MMR 2010, 151.

<sup>11</sup> Vgl. nur *Solove*, The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age, 2004.

<sup>12</sup> Hierzu etwa *Warken*, NZWiSt 2017, 329 (337 f.), sowie alle aktuellen StPO-Kommentare m.w.N.

<sup>13</sup> Die Parteivorträge sowie eine Vielzahl an amicus curiae briefs finden sich online unter <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/17-2.html> (25.5.2018). Eine erste Auswertung findet sich bei *Gooble/Scheuble*, ZD-Aktuell 2018, 06009. Siehe auch die Anmerkungen und Besprechungen des Verfahrens bei

Diese wenigen Optionen<sup>19</sup> für den „grenzüberschreitenden“ Zugriff auf die Cloud lassen erkennen, wie komplex und facettenreich die anstehenden Regelungsaufgaben sind. Das ist wenig überraschend, gilt es doch die unterschiedlichsten Interessen zu praktischer Konkordanz zu bringen, um drohende Jurisdiktionskonflikte zu verhindern und um das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit sowie von nationaler und internationaler Strafrechtspflege bei Ermittlungen in der Cloud neu auszutarieren. Dabei sind insbesondere zu berücksichtigen: die Effektivität der Strafverfolgung, die Wahrung der nationalen Souveränität, hier insbesondere der Territorialhoheit über im Inland gespeicherte Daten, die zwischenstaatliche Höflichkeit („international comity“), die Offenheit des Internets, die wirtschaftlichen Belange der privaten (Cloud- oder Internet-)Diansteanbieter und last but not least die Grundrechte der Nutzer, insbesondere jene auf informationelle Selbstbestimmung und Privatheit („informational privacy“).<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Systematisch sind die strafverfahrens- und wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Optionen für den grenzüberschreitenden Zugriff auf in der sog. Cloud gespeicherte Daten wie folgt aufzufächern: 1. In Betracht kommen traditionelle Rechtshilfeformen (namentlich die sog. sonstige Rechtshilfe in Form der Beweisrechtshilfe) samt ihrer Modernisierung (z.B. durch beschleunigte Erledigungsverfahren, etwa im Wege der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, Art. 82 Abs. 1 AEUV). 2. In Betracht kommen ferner moderne Rechtshilfeformen, wie die Etablierung von gemeinsamen Ermittlungsgruppen oder die Eröffnung von Spiegelverfahren (hierzu allg. *Vogel/Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß [Hrsg.], Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Stand: Dezember 2017, Vor § 1 IRG Rn. 50 ff.). 3. Dazu gesellen sich Institute wie fakultative Beibringungsersuchen („production requests“, eine rechtliche und rechtstatsächliche Einordnung findet sich unten II. 2. und IV. 1.) bzw. verpflichtende Beibringungsanordnungen gegenüber privaten Diansteanbietern betreffend Auslandsdaten („production orders“). 4. Auch Direktzugriffe (sei es mit oder ohne Zustimmung des Nutzers bzw. mit oder ohne Zustimmung des Staates, in dem die Cloud-Daten im Zugriffszeitpunkt belegen sind) stehen zur Debatte; hierzu trifft Art. 32 Cybercrime Convention die Regelung, dass der grenzüberschreitende Zugriff auf Cloud-Daten ohne Autorisierung des Vertragsstaats, an dem die Daten belegen sind, nur statthaft ist, wenn der über die Daten Verfügungsberechtigte zustimmt, was gerade bei verdeckt geführten Ermittlungen häufig unrealistisch ist. 5. Schließlich sind auch im weiteren Sinne wirtschaftsverwaltungsrechtliche Lösungen denkbar. Beispielhaft hierfür ist der o.g. Lokalisierungszwang von Cloud-Daten im Inland oder eine echte Aufklärung der Nutzer darüber, wo und wie ihre Cloud-Daten gespeichert werden, so dass sich mit der Nutzung der Cloud eine Nutzer-Einwilligung in die Herausgabe bestimmter Cloud-Daten zu Strafverfolgungszwecken konstruieren ließe (vgl. allg. Art. 7 DS-GVO).

<sup>20</sup> Zu diesen Abwägungstopoi der vor dem US Supreme Court im Microsoft Ireland Case eingereichte „brief of former law enforcement, national security, and intelligence

In diesem Beitrag soll dafür geworben werden, die Abwägung dieser Belange nicht zu einseitig zu gestalten. Zwar verheißt die Cloud ungeheure Datenschätze, so dass für die Innen- und Sicherheitsseite (und ihre „Lobby“) der möglichst rasche Zugriff auf verwend- und verwertbare elektronische Beweismittel für die effektive Verfolgung von Cyber- und gemeiner Kriminalität im Vordergrund stehen dürfte. Die Justizpolitik muss freilich auch das „große Ganze“ im Blick behalten. Dabei gilt es dreierlei zu beachten:

- Das Gebot der langfristigen Systemerhaltung: Kurzfristige Ermittlungserfolge in Einzelfällen dürfen das Gesamtsystem der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität langfristig nicht unterminieren.<sup>21</sup>
- Die Beachtung der Reziprozität: Was heute in der EU<sup>22</sup> für die EU geregelt wird, kann und wird außerhalb der EU Schule machen und darf dabei der EU dann nicht „auf die Füße fallen“. Weniger flapsig ausgedrückt muss beispielsweise bedacht werden: Wer z.B. nach dem Marktortprinzip die im Inland aktiven Diansteanbieter verpflichten will, Auslandsdaten beizubringen und herauszugeben, muss damit rechnen, dass im Ausland ebenso verfahren wird, mit der Folge, dass das eigene Inland keinen sicheren Datenschuttschild für schutzbedürftige Personengruppen (wie Journalisten) versprechen kann.<sup>23</sup>
- Die Berücksichtigung der europäischen Raumbildung: In der EU schiebt sich der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zwischen das Nationale und Internationale. Nach innen verspricht<sup>24</sup> dieser einen einheitlichen Strafverfolgungsraum unter Achtung hoher grundrechtlicher Standards. Nach außen wirkt er jedoch als einheitlicher Datenschutzraum, der Eingriffe fremder Strafverfolger – z.B. aus den USA oder Russland – zu blockieren oder allemal zu kontrollieren sucht.<sup>25</sup>

officials as amici curiae in support of neither party“, S. 2 f., online verfügbar unter

[http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/23633/20171213113332456\\_17-2%20Amicus%20Brief%20in%20Support%20of%20Neither%20Party.pdf](http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/23633/20171213113332456_17-2%20Amicus%20Brief%20in%20Support%20of%20Neither%20Party.pdf) (25.5.2018).

<sup>21</sup> Hierzu insbesondere unten III. 2. a) cc).

<sup>22</sup> Gleiches gilt, wenn dies auch jenseits des Atlantiks aufgrund der dortigen politischen Großwetterlage wenig en vogue sein dürfte, entsprechend in den USA – oder in sonstigen auf internationale Zusammenarbeit setzenden Jurisdiktionen.

<sup>23</sup> Hierzu insbesondere unten III. 1. b).

<sup>24</sup> Eine andere Frage ist, ob dieses Versprechen bereits jetzt erfüllt wird oder – wie ich meine – ein umsetzungsbedürftiges Versprechen in die Zukunft ist.

<sup>25</sup> Der räumliche Anwendungsbereich der DS-GVO ist in Art. 3 DS-GVO geregelt. Hierzu insbesondere unten III. 1. b) aa).

Diesen Geboten werden – wie in diesem Beitrag darzulegen sein wird – die herkömmlichen Fundamentalprinzipien der Rechtshilfe in strafrechtlichen Angelegenheiten am ehesten gerecht. Sie sollten daher nicht – dem aktuellen kriminalpolitischen Zeitgeist zuwider – vorschnell über Bord geworfen werden. Der grenzüberschreitende Zugriff auf die Cloud sollte namentlich unter Achtung der souveränen Territorialhoheit der Staaten, der internationalen Solidarität bei der Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität sowie der Wahrung der Grundrechte der Betroffenen geregelt werden.<sup>26</sup> Im Einzelnen folgt daraus zweierlei:

- Erstens sollte das Territorialitäts- nicht durch andere zuständigkeitsbegründende Prinzipien ersetzt werden. Wer Zugriffsmöglichkeiten auf Daten nicht davon abhängig machen will, wo sie gespeichert sind (Territorialitätsprinzip), sondern davon, ob ein privater Diensteanbieter im Inland aktiv ist (Marktortprinzip), ob er im Inland seinen (Haupt-)Sitz hat (Herkunftslandprinzip) oder ob die Daten von Inländern betroffen sind (aktives Personalitätsprinzip), der schleift den Grundrechts- und Datenschutz bei der internationalen Sicherheitszusammenarbeit und untergräbt das Vertrauen zwischen den beteiligten Akteuren.
- Zweitens sollte das Zwischenstaatliche dieser Sicherheitszusammenarbeit nicht vorschnell durch deren partielle Privatisierung ersetzt werden, indem das Rechtshilfefverfahren im (so die herkömmliche Terminologie) ersuchten Staat auf private Diensteanbieter ausgelagert wird.

Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, werde ich zunächst einige Hintergründe des nunmehr vorgelegten Kommissionsentwurfs zum grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel (unten I.) wie auch Hintergründe zum ehemaligen US-Recht (vor der Einführung des CLOUD-Acts), hier insbesondere zum Microsoft Ireland Case, darstellen (unten II.). Dabei wird sich zeigen, dass die territoriale Belegenheit von Cloud-Daten heute zunehmend als Problem und unilaterale Ermittlungsmaßnahmen als Lösung wahrgenommen werden, was ich in dieser Generalität bestreiten möchte (unten III.). Ebenfalls lässt sich den Hintergrunddarstellungen entnehmen, dass das Zwischenstaatliche des Rechtshilfefverfahrens zusehends als Problem und die Privatisierung desselben als Lösung verstanden wird, was ich freilich ebenfalls kritisch sehe (unten IV.). In einem Postskript soll abschließend (ziemlich) kritisch und im Lichte der vorgenannten Ausführungen zum Kommissionsentwurf zum grenzüberschreitenden Zugang zu elektronischen Beweismitteln im Strafermittlungsverfahren Stellung bezogen werden.

<sup>26</sup> Zu diesen Fundamentalprinzipien eingehend *Vogel/Burchard* (Fn. 19), Vor § 1 IRG Rn. 97 ff., 114 ff., 122 ff.

### I. Hintergründe des anstehenden Kommissionsentwurfs zum grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel in Strafsachen

#### 1. Die Europäische Sicherheitsagenda vom 28.4.2015

Seit mehreren Jahren steht das Thema „e-evidence“ weit oben auf der Agenda der europäischen Kriminalpolitik.<sup>27</sup> So wurde in der Europäischen Sicherheitsagenda aus dem Jahre 2015 unter dem Banner der „Bekämpfung der Cyberkriminalität“ ausgeführt:

„Cyberkriminalität macht naturgemäß nicht an Landesgrenzen halt und ist flexibel und innovativ. Bei ihrer Prävention, Aufdeckung und Verfolgung müssen die Strafverfolgungsbehörden dem Einfallsreichtum der Täter gewachsen und ihnen nach Möglichkeit einen Schritt voraus sein. Dafür ist es zudem erforderlich, dass die zuständigen Justizbehörden – auch unter Berücksichtigung aktueller und zukünftiger technologischer Entwicklungen („Cloud computing“, „Internet der Dinge“ usw.) – die Methoden der Zusammenarbeit in ihrem Zuständigkeitsbereich so umstrukturieren und die geltenden Rechtsvorschriften dahingehend ändern, dass ein

<sup>27</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden auch den Internetauftritt der Kommission unter

[https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/e-evidence\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/e-evidence_en) (25.5.2018). Vgl. auch die Darstellungen bei

*Warken*, NZWiSt 2017, 449 (453 f.) und *Zerbes*, EuCLR 2015, 304. Interessant zu beobachten ist, dass viele der heutigen Entwicklungen bereits angelegt waren in der ausführlichen Mitteilung der Kommission, Schaffung einer sichereren Informationsgesellschaft durch Verbesserung der Sicherheit von Informationsinfrastrukturen und Bekämpfung der Computerkriminalität, COM (2000) 890 final v. 26.1.2001 (sic), S. 24. Dort findet sich „zeitlos“ ausgeführt: „Noch komplizierter kann es werden, wenn eine Strafverfolgungsbehörde bei der Durchsuchung eines Computers oder auch nur bei einer einfachen Ermittlung feststellt, daß ein Zugriff auf Daten in einem oder mehreren anderen Ländern erfolgt oder erforderlich ist. Diese Frage berührt wichtige hoheits-, menschen- und strafrechtliche Aspekte und erfordert ein ausgewogenes Vorgehen. In derartigen Fällen können sich die geltenden rechtlichen Instrumente der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen (Rechtshilfe) als ungeeignet oder unzureichend erweisen, da ihre Umsetzung in der Regel einen Zeitraum von mehreren Tagen, Wochen oder Monaten erfordert. Mithin bedarf es eines Mechanismus, der es einem Land ermöglicht, auf rasche und effiziente Weise und unter Wahrung der Grundsätze der nationalen Souveränität sowie der Verfassungs- und Menschenrechte (einschließlich der Bestimmungen zum Schutz der Privatsphäre und zum Datenschutz) strafrechtliche Ermittlungen anzustellen und Beweismaterial einzuholen oder zumindest sicherzustellen, daß bei der grenzübergreifenden Strafverfolgung keine wichtigen Beweisstücke verloren gehen.“

rascherer grenzübergreifender Zugriff auf Beweise und Informationen möglich wird.“<sup>28</sup>

Als „[v]on entscheidender Bedeutung“ wurde dabei „die Zusammenarbeit mit dem privaten Sektor“ ausgeflaggt, mache doch laut der Kommission die Cyberkriminalität nicht weniger als „ein neues Konzept für die Strafverfolgung im digitalen Zeitalter erforderlich.“<sup>29</sup>

Was die Europäische Sicherheitsagenda damit aber noch nicht hinreichend klar herausstellte: Elektronische Beweismittel spielen auch bei der Verfolgung von gemeiner wie auch exzeptioneller (Stichwort: Terrorismus) „offline“-Kriminalität eine immer größere Rolle. Sie leisten auch dort der Effektivierung der Strafrechtspflege Vorschub, bedrohen aber im gleichen Ausmaße die Privatsphäre der Bürger. Zudem kann die Gewinnung elektronischer Beweismittel auch im Hinblick auf die Verfolgung von „offline“-Kriminalität zeitkritisch sein und eine Zusammenarbeit mit Privaten erforderlich machen.<sup>30</sup>

## 2. Die Schlussfolgerungen des Rats über die Verbesserung der Strafrechtspflege im Cyberspace vom 9.6.2016

Diese Erwägungen tragen die Schlussfolgerungen des Rats über die Verbesserung der Strafrechtspflege im Cyberspace vom 9.6.2016,<sup>31</sup> in denen allgemein die „zunehmende Bedeutung von elektronischen Beweismitteln für die Verfolgung aller Kriminalitätsformen“ herausgestrichen wurde.<sup>32</sup> Obwohl die eigentlichen Schlussfolgerungen ansonsten in der Möglichkeitsform gehalten wurden (namentlich als Aufforde-

rung an die Kommission, bestimmte Optionen und Möglichkeiten der Gewinnung elektronischer Beweismittel zu sondieren), lassen sie doch rechtspolitische Präferenzen des Rats erkennen.

Konkret schrieb der Rat der Kommission die Sondierung folgender Optionen ins Stammbuch, um die grenzüberschreitende Gewinnbarkeit von elektronischen Beweismitteln in Strafverfahren zu verbessern:

- Erstens die Erleichterung der Zusammenarbeit mit privaten Diensteanbietern;
- zweitens die Modernisierung der Rechtshilfe, insbesondere im Wege der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf die Sicherstellung und Gewinnung elektronischer Beweismittel und
- drittens die Einführung anderer Ermittlungsmaßnahmen („other measures“), um den Mitgliedstaaten Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Zuständigkeit im Cyberspace an die Hand zu geben.<sup>33</sup>

Diese kryptische Wendung wurde vom Rat dahingehend „präzisiert“, dass (unionsrechtlich vereinheitlichte) andere Ermittlungsmaßnahmen in Situationen vonnöten werden könnten, in denen sich der bisherige (Rechts-)Rahmen als unzureichend herausstelle. Beispielhaft in Situationen „[1] where a number of information systems are used simultaneously in multiple jurisdictions to commit one single crime, [2] where relevant e-evidence moves between jurisdictions in short fractions of time, or [3] where sophisticated methods are used to conceal the location of e-evidence or the criminal activity, leading to ‚loss of location‘.“<sup>34</sup> Daher mahnte der

<sup>28</sup> Mitteilung der Kommission, Europäische Sicherheitsagenda, COM (2015) 185 final v. 28.4.2015, S. 24. Hierzu etwa M. Gercke, ZUM 2015, 772 (778 ff.); ders., StV 2016, 391.

<sup>29</sup> COM (2015) 185 final v. 28.4.2015, S. 25.

<sup>30</sup> Zu diesem Zeitfaktor grundsätzlich etwa Sieber (Fn. 9), S. 39, und Warken, NZWiSt 2017, 289 (289). – Ein illustratives Anschauungsbeispiel für all das lieferte der Freiburger Mordprozess gegen Hussein K. Wie medial eingehend berichtet: „Gerade“ noch rechtzeitig konnte während der Hauptverhandlung das verschlüsselte und nur unter Rückgriff auf einen privaten Entschlüsselungsanbieter entschlüsselbare Smartphone des Angeklagten ausgewertet werden. Die dort gefundenen Geodaten (wie über WiFi-Logins und Daten aus einer Health-App) zeigten wohl, dass die dem Angeklagten zur Last gelegte Tötung einer Freiburger Studentin geplant war, d.h. seiner Einlassung zuwider nicht spontan erfolgte. Vgl. hierzu

<http://www.sueddeutsche.de/digital/prozess-wegen-vergewaltigung-und-mord-wie-polizisten-das-handy-des-freiburger-mordverdaechtigen-auslesen-1.3860870> (25.5.2018).

<sup>31</sup> Hierzu auch M. Gercke, ZUM 2016, 825 (830).

<sup>32</sup> Presseerklärung „Council conclusions on improving criminal justice in cyberspace“ v. 9.6.2016, S. 1, „stressing the increasing importance of e-evidence in criminal proceedings in all types of crime, and in particular for terrorism“ (Hervorhebung durch Verf.), online abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/media/24300/cyberspace-en.pdf> (25.5.2018).

<sup>33</sup> Presseerklärung „Council conclusions on improving criminal justice in cyberspace“ v. 9.6.2016, S. 3. – Interessant ist, dass der Rat die Topoi Rechtshilfe und gegenseitige Anerkennung noch in unterschiedlichen Bulletpoints führte (a.a.O., S. 3), die Kommissionsdienste jedoch – richtigerweise, da die gegenseitige Anerkennung keinen Paradigmenwechsel, sondern eine Weiterentwicklung der Rechtshilfe darstellt; hierzu grundsätzlich Burchard, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, 2018 (im Erscheinen), § 8 C. II. 1. c); anders etwa Klip, European Criminal Law, 3. Aufl. 2016, S. 343 f. und 356 f. – diese Topoi als einen gemeinsamen Block verstanden. Namentlich im Non-paper from the Commissions Services: Progress Report following the Conclusions of the Council of the European Union on Improving Criminal Justice in Cyberspace v. 7.12.2016, Dok. 15072/1/16 REV 1, S. 2, online abrufbar unter

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15072-2016-INIT/en/pdf> (25.5.2018).

<sup>34</sup> Presseerklärung „Council conclusions on improving criminal justice in cyberspace“ v. 9.6.2016, S. 5 samt der instruktiven Fn. 9. – Unter dem Phänomen „loss of location“ bzw. genauer: „loss of knowledge of location“ versteht man schlicht, dass Strafverfolger nicht wissen, wo (in welchem Staat, ja sogar auf welchem Kontinent) bestimmte Daten belegen sind. Vgl. den Bericht des Europäischen Parlaments

Rat an, zunächst Faktoren zu bestimmen, die die Durchsetzungszuständigkeit („enforcement jurisdiction“) der EU-Mitgliedstaaten im Cyberspace begründen; und sodann der Frage nachzugehen, ob (und wenn ja) welche Zwangsmaßnahmen eines zuständigen Mitgliedstaats sich unabhängig von staatlichen Territorialgrenzen zum Einsatz bringen ließen.<sup>35</sup>

Auf dieser noch recht abstrakten Grundlage forderte der Rat die Kommission abschließend sehr konkret dazu auf, die folgenden beiden Ermittlungsmaßnahmen für den grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel auszuarbeiten:

- Erstens „a cooperation solution for direct trans-border access to data without technical assistance“ und
- zweitens „the use and effectiveness of domestic production orders based on [...] possible connecting factors for enforcement jurisdiction in cyberspace.“<sup>36</sup> Als mögliche Zuständigkeitsbegründende Faktoren nannte der Rat dabei einen „headquarter link“ (Stichwort: Herkunftslandprinzip) oder einen „business link“ (Stichwort: Marktortprinzip) der Diensteanbieter ins Inland.<sup>37</sup> Dies liefere darauf hinaus, dass ein Strafverfolgungsstaat gegen im Inland ihren Sitz habende oder im Inland Dienste anbietende Diensteanbieter verpflichtende Bebringungsanordnungen betreffend Auslandsdaten erlassen dürfte.

### 3. Die Non-Paper der Kommissionsdienste vom 7.12.2016 und 8.6.2017 sowie deren undatiertes Technical Document

In Umsetzung des Arbeitsauftrags des Rats veröffentlichte die Kommission Ende 2016 sowie Mitte 2017 drei Dokumente.<sup>38</sup> Diese zeichneten sich durch ein formales Kuriosum aus.

über Legal Frameworks for Hacking by Law Enforcement: Identification, Evaluation and Comparison of Practices, PE 583.137, 2017, S. 28, online verfügbar unter [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL\\_STU\(2017\)583137](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2017)583137) (11.6.2018).

<sup>35</sup> Presseerklärung „Council conclusions on improving criminal justice in cyberspace“ v. 9.6.2016, S. 5 („whether, and if so which investigative measures can be used regardless of physical borders“).

<sup>36</sup> Presseerklärung „Council conclusions on improving criminal justice in cyberspace“ v. 9.6.2016, S. 5.

<sup>37</sup> Presseerklärung „Council conclusions on improving criminal justice in cyberspace“ v. 9.6.2016, S. 5: „[P]ossible grounds for enforcement jurisdiction [may be] the headquarters of a service provider, the economic activity of a service provider in the investigating state i.e. when the service provider offers products or services on the territory of the investigating state [...]“

<sup>38</sup> Non-paper from the Commissions Services: Progress Report following the Conclusions of the Council of the European Union on Improving Criminal Justice in Cyberspace v. 7.12.2016, Dok. 15072/1/16 REV 1, online verfügbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15072-2016-REV-1/en/pdf> (25.5.2018); Non-paper from the Commission services: Improving cross-border access to electronic

Sie erschienen nicht als Kommissionsdokumente, sondern lediglich als Dokumente der Kommissionsdienste. Wie in den letzten beiden Papieren einleitend ausdrücklich herausgehoben wurde: „This document is a document prepared by the Commission services and cannot be considered as stating an official position of the Commission.“<sup>39</sup> Es bedarf keiner großen Phantasie, um zu verstehen, was das bedeutet: Die (vier, so informelle Angaben) beteiligten Kabinette konnten sich nicht auf eine einheitliche Positionierung der Kommission einigen. Das überrascht aufgrund der in der Einführung aufgerissenen Komplexität der Regelungsaufgabe – und der konfligierenden Interessen der Innen- bzw. Sicherheits-, der Justiz- sowie der Verbraucher- bzw. Datenschutz-Seite – nicht wirklich. Und es erklärt auch, warum die eigentlich für Mitte Januar 2018 angekündigte Vorlage eines Kommissionsentwurfs für einen Rechtsakt über den grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel in Strafsachen verschoben werden musste und erst Mitte April 2018 erfolgte.

Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass in den vorgenannten Dokumenten wichtige Weichenstellungen enthalten sind. Das Non-Paper vom 7.12.2016 trifft entscheidende – wenn auch vielfach auf tönernen Füßen stehende – rechtstatsächliche Festlegungen,<sup>40</sup> mit denen sich die unionsrechtlichen Subsidiaritätshürden überwinden ließen (hierzu unten a). Und das Non-Paper vom 8.6.2017 sowie das Technical Document lassen in ihren Ausführungen über mögliche

evidence: Findings from the expert process and suggested way forward v. 8.6.2017, online verfügbar unter

[https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/docs/pages/20170522\\_non-paper\\_electronic\\_evidence\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/docs/pages/20170522_non-paper_electronic_evidence_en.pdf) (25.5.2018); Technical Document from the Commission Services: Measures to improve cross-border access to electronic evidence for criminal investigations following the Conclusions of the Council of the European Union on Improving Criminal Justice in Cyberspace, online verfügbar unter

[https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/docs/pages/20170522\\_technical\\_document\\_electronic\\_evidence\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/docs/pages/20170522_technical_document_electronic_evidence_en.pdf) (25.5.2018). Die Dokumente besprechend *Warken*, NZWiSt 2017, 449 (449). Nicht weiter eingegangen wird im Folgenden auf das inhaltlich nichts wesentlich Neues bringende Inception Impact Assessment: Improving cross-border access to electronic evidence in criminal matters v. 3.8.2017, Ref. Ares(2017)3896097. Abrufbar unter [https://ec.europa.eu/info/law/betterregulation/initiative/44462/attachment/090166e5b4358fd4\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/betterregulation/initiative/44462/attachment/090166e5b4358fd4_en) (25.5.2018).

<sup>39</sup> Non-paper v. 8.6.2017 (Fn. 38), S. 1; Technical Document (Fn. 38), S. 1. Diese Dokumente zielt nicht einmal ein Kommissionsbriefkopf, geschweige denn eine Dokumentennummer.

<sup>40</sup> Bewusst wurde nicht von Feststellungen gesprochen, da mitunter Festlegungen ohne empirische oder rechtstatsächliche Validierung erfolgten.

legislative Maßnahmen bestimmte rechtspolitische Tendenzen deutlich erkennen (hierzu unten b).<sup>41</sup> In der Übersicht:

a) *Rechtstatsächliche Festlegungen im Non-Paper vom 7.12.2016*

aa) *Zusammenarbeit mit privaten Diensteanbietern*

Was zunächst die Zusammenarbeit mit privaten Diensteanbietern anbetrifft, könnte die Rechtslage in den Mitgliedstaaten nach Darstellung des Non-Paper vom 7.12.2016 kaum unterschiedlicher sein.<sup>42</sup> Während es beispielsweise 14 EU-Mitgliedstaaten ausländischen Diensteanbietern anheimstellen, ob sie Ersuchen auf Beibringung elektronischer Beweismittel nachkommen, sehen dies sieben Mitgliedstaaten als verpflichtend an. Auch was überhaupt unter einem *ausländischen* Diensteanbieter verstanden wird, divergiert fundamental. Teils solle der Hauptsitz des Diensteanbieters entscheiden, teils der Ort, wo die Dienste angeboten werden, und teils der Serverstandort, an dem die nachgesuchten Daten gespeichert sind.

Unter dem Disclaimer, dass man die Diensteanbieter nicht über einen Kamm scheren dürfe, weil diese ganz unterschiedliche Zusammenarbeitspolitiken und -prozesse hätten (was nach anekdotischen Berichten richtig ist), wurde überdies im Non-Paper vom 7.12.2016 Kritik an der freiwilligen Kooperation privater Diensteanbieter zusammengetragen.<sup>43</sup> Diese Form der Zusammenarbeit sei – worauf noch unter IV. 1. a) zurückzukommen sein wird – u.a. zu intransparent und zu unzuverlässig. Strafverfolgern sei häufig weder die Bewilligung noch die Ablehnung ihrer Beibringungsersuchen durch private Diensteanbieter erklärlich. Zudem informierten diese mitunter ihre Nutzer über eingehende Zusammenarbeitsersuchen, was verdeckte Ermittlungen gefährde.

Für die umgekehrten Fragestellungen, ob und wie nämlich inländische Diensteanbieter direkt mit ausländischen Strafverfolgern (aus anderen EU-Mitgliedstaaten oder aus Drittstaaten<sup>44</sup>) in Kontakt treten und diesen Daten aushändigen dürfen, sehen die Mitgliedstaaten laut dem Non-Paper mehrheitlich keine Regelungen vor.

bb) *Rechtshilfe und gegenseitige Anerkennung*

Im Hinblick auf die Gewinnung elektronischer Daten im Wege der Rechtshilfe mit außer-europäischen Staaten (hier insbesondere mit den USA) bestand Einigkeit unter den konsultierten Experten, dass dieser Weg rechtspraktisch zu langwierig und umständlich sei.<sup>45</sup> Und in der Tat stehen – so lässt sich summarisch kommentieren – Bearbeitungszeiten von einem bis 18 Monaten<sup>46</sup> einer wirksamen Strafverfolgung von offline wie auch online begangenen Straftaten entgegen. In dieser Zeitspanne sind die hinterlassenen digitalen Spuren regelmäßig verwischt. Und um andauernde Cyberangriffe zurückverfolgen zu können, sind Echtzeitzugriffe vonnöten.

Was die beweisrechtshilferechtliche Zusammenarbeit mit EU-Mitgliedstaaten anbetrifft, die erst seit kurzer Zeit auf die Grundlage Europäischer Ermittlungsanordnungen gestellt wurde, findet sich in den Kommissionsdokumenten wenig rechtstatsächliches Zahlenwerk. Umso bemerkenswerter ist, dass und wie die Kommissionsdienste die Tür zu neuen grenzüberschreitenden Ermittlungsbefugnissen jenseits der Europäischen Ermittlungsanordnung – die wohlgerne mit dem Ziel der Beschleunigung der Beweisrechtshilfe angetreten ist – aufstoßen:

„Although the use of the European Investigation Order (EIO) will considerably improve the formal cooperation between the relevant authorities of Member States for obtaining cross-border access to electronic evidence, it has not been developed specifically with the objective to improve cross-border access to electronic evidence. Compared to direct cooperation with service providers, requests on the basis of mutual recognition are expected to be *slower, more cumbersome and resource-intensive*.“<sup>47</sup>

cc) *Andere Ermittlungsmaßnahmen*

Mit Blick auf alternative bzw. andere Ermittlungsmaßnahmen förderten die Expertenkonsultationen im Wesentlichen zwei rechtstatsächliche Probleme zu Tage, die in den EU-Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich bzw. erst gar nicht gelöst werden:<sup>48</sup>

- Erstens das Problem, dass sich kein Diensteanbieter identifizieren lässt, der die beweiserheblichen Daten speichert oder bearbeitet.<sup>49</sup> Unter diesen komplexen Be-

<sup>41</sup> Nicht weiter eingegangen werden soll im Folgenden auf die im Non-Paper v. 8.6.2017 (Fn. 38), S. 2 ff. und dem Technical Document (Fn. 38), S. 10 ff., 14 ff. angesprochenen praktischen Vorschläge, um die zwischenstaatliche Zusammenarbeit innerhalb der EU bzw. mit dem Ausland, hier insbesondere den USA, sowie die Zusammenarbeit mit privaten Diensteanbietern zu verbessern. Im Folgenden werden mit anderen Worten die Erwägungen über „legislative measures to improve cross-border access to electronic evidence“ – so das Non-Paper v. 8.6.2017 (Fn. 38), S. 4 f. – fokussiert.

<sup>42</sup> Hierzu und zum Folgenden Non-Paper v. 7.12.2016 (Fn. 38), S. 4 f. und 12 f.

<sup>43</sup> Hierzu und zum Folgenden Non-Paper v. 7.12.2016 (Fn. 38), S. 6 ff.

<sup>44</sup> Vgl. hierzu nun aber insbesondere die ab dem 25.5.2018 in Kraft getretenen Regelungen der DS-GVO (insbes. Art. 49 DS-GVO).

<sup>45</sup> Für die umgekehrte Situation, dass also ausländische Strafverfolger EU-Mitgliedstaaten um Beweisrechtshilfe ersuchen, wurde leider kein rechtstatsächliches Zahlenwerk geliefert.

<sup>46</sup> So die Zahlen im Non-Paper v. 7.12.2016 (Fn. 38), S. 5.

<sup>47</sup> Non-Paper v. 7.12.2016 (Fn. 38), S. 12 (*Hervorhebung durch Verf.*).

<sup>48</sup> Hierzu und zum Folgenden Non-Paper v. 7.12.2016 (Fn. 38), S. 4 ff.

<sup>49</sup> Darauf antworten manche EU-Mitgliedstaaten mit polizeilichen oder zwischen-behördlichen Zusammenarbeitsformen (gemeint sind wohl informelle Kooperationen jenseits der herkömmlichen Beweisrechtshilfe), mit Einwilligungslösungen (indem die Einwilligung in den Datenzugriff durch den Nutzer eingeholt wird, vgl. auch Art. 32 Cybercrime-

dingungen, so die Rückmeldung der meisten EU-Mitgliedstaaten, sei der Zugriff auf elektronische Beweismittel regelmäßig unmöglich.

- Zweitens das „loss (of knowledge) of location“-Problem, dass also der territoriale Speicherort elektronischer Beweismittel unklar oder nicht bestimmbar ist. Dem begegnen die EU-Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich: teils vermittelt direkter Fernzugriffe; teils mit Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen („search and seizure techniques“; gemeint sein dürften Beibringungsanordnungen, weil und wenn der Diensteanbieter identifiziert ist, aber unklar ist, wo die Daten belegen sind); teils mit multiplen Beweisrechtshilfersuchen (wohl ähnlich einer unbestimmten Fahndungsausschreibung, wenn unklar ist, in welchem Staat sich ein Flüchtiger aufhält); und teils mit internationalen Zusammenarbeitsinstrumenten (was recht vage bleibt). Immerhin acht Mitgliedstaaten signalisierten, dass bei einem „loss (of knowledge) of location“ der Zugriff auf elektronische Beweismittel entweder unmöglich oder gesetzlich nicht geregelt sei.

### *b) Rechtspolitische Tendenzen im Non-Paper vom 8.6.2017 sowie dem Technical Document*

Die zuvor geschilderten rechtstatsächlichen Festlegungen gaben den Kommissionsdiensten Anlass, im Non-Paper vom 8.6.2017 sowie dem attachierten Technical Document eine Reihe legislativer Maßnahmen zur Verbesserung des grenzüberschreitenden Zugriffs auf elektronische Beweismittel zur Diskussion zu stellen. Zugleich wurde an den Grundfesten der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen gerührt. Im Einzelnen:

#### *aa) Zusammenarbeit mit privaten Diensteanbietern*

Um Rechtsklarheit zu gewinnen und Jurisdiktionskonflikte zwischen den EU-Mitgliedstaaten abzubauen, wurde zunächst die unionsrechtliche Vereinheitlichung der fakultativen wie auch der obligatorischen Zusammenarbeit mit privaten Diensteanbietern im Ausland angedacht.<sup>50</sup> Namentlich durch die unionsrechtliche Regelung von freiwilligen Beibringungsersuchen („production requests“, deren Bewilligung ins Belieben der Diensteanbieter fallen soll) und zwingenden Beibringungsanordnungen („production orders“, deren Befolgung für die Diensteanbieter verpflichtend sein soll). Beibringungsersuchen bzw. -anordnungen wurden dabei in beide Richtungen, d.h. in ausgehender wie auch eingehender Richtung, diskutiert. Wörtlich:

„The measure would provide a harmonised legal basis at EU level to allow law enforcement authorities to make a production request to service providers located in another

Member State or in a third country, and for service providers located in the EU to reply to such requests.“<sup>51</sup>

Ergänzt werden soll dies durch komplementäre Regelungen, um die Durchführung dieser Maßnahmen sicherzustellen und etwaige Eingriffe zu kompensieren. Diskutiert wurden insbesondere ein Sanktions-, namentlich ein Geldbußen-Regime (für den Fall, dass Diensteanbieter einer Beibringungsanordnung nicht nachkommen) wie auch die Verpflichtung, dass außer-europäische Diensteanbieter einen Vertreter in einem EU-Mitgliedstaat benennen müssen (an den Beibringungsersuchen bzw. -anordnungen zu richten und gegen den die besagten Sanktionen zu vollstrecken seien).<sup>52</sup> Als „mitigating measure“<sup>53</sup> wurde ein Notifikationssystem in die Diskussion eingeführt, welches das Technical Document wie folgt umriss (wobei wir sogleich unter cc) noch sehen werden, warum der Ort, an dem elektronische Beweismittel belegen sind, nicht länger als notifikationsrelevanter Faktor geführt wurde):

„One of the ideas emerging from the expert consultation process is to provide for an obligation to notify the [Member] State that could be affected by the investigative measure. Factors to identify affected countries could e.g. be the seat of the service provider or the habitual residence of the target of the measure. The measure also would have to establish the legal consequences of the notification: it could range from a mere information to the need for the Member State notified to agree to the measure, and provide for deadlines and grounds for the Member States notified to object or refuse its agreement.“<sup>54</sup>

Bemerkenswert ist schließlich, dass all dies in einem bloßen Nebensatz unter das kompetenzrechtliche Dach des „Art. 82 AEUV“<sup>55</sup> gezogen wurde – wohlgermerkt ohne die Nennung von Absätzen oder Unterabsätzen, geschweige denn Begründungen.

#### *bb) Direktzugriffe*

Als weitere Legislativmaßnahme nannten die Kommissionsdienste die Regelung von Direktzugriffen, namentlich für „loss of (knowledge of) location“-Szenarien wie auch bei Gefahr im Verzug, weil Daten verloren zu gehen drohen.<sup>56</sup> Entweder – so das Non-Paper vom 8.6.2017 – könnten Eingriffsvoraussetzungen und Mindeststandards für solche Direktzugriffe unionsrechtlich vereinheitlicht werden, komplementiert durch die Notifikationsverpflichtung anderer betroffener Staaten. Oder aber man könnte sich mit letzterem bescheiden, d.h. lediglich Notifikationsverpflichtungen vorsehen und die mitgliedstaatlichen Regime für Direktzugriffe unangetastet lassen.

<sup>51</sup> Technical Document (Fn. 38), S. 20.

<sup>52</sup> Letzteres ist aus dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz bekannt. Hierzu *Liesching*, in: Spindler/Schmitz (Hrsg.), *Telemediengesetz*, 2. Aufl. 2018, § 5 NetzDG Rn. 11 ff.

<sup>53</sup> Non-Paper v. 8.6.2017 (Fn. 38), S. 5.

<sup>54</sup> Technical Document (Fn. 38), S. 24.

<sup>55</sup> Technical Document (Fn. 38), S. 18.

<sup>56</sup> Technical Document (Fn. 38), S. 25 ff.

---

Konvention) oder mit Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen („search and seizure techniques“) – was alles recht vage klingt und bleibt.

<sup>50</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden Non-Paper v. 8.6.2017 (Fn. 38), S. 4.

cc) Entterritorialisierung der Cloud

Nachdem sehr kurz weitere völkerrechtliche Vereinbarungen, die die zuvor dargestellten grenzüberschreitenden Ermittlungsmaßnahmen komplettieren sollen, angesprochen wurden, legten die Kommissionsdienste zu guter (?) Letzt noch Hand an die Grundlagen der internationalen Beziehungen, namentlich an das Konzept der Territorial- oder Gebietshoheit.<sup>57</sup> Um in extenso aus dem Non-Paper vom 8.6.2017 zu zitieren:

„Owing to the fact that the concept of territoriality is still based largely on the place where data is stored, any cross-border access to electronic evidence that is not based on cooperation between authorities may raise issues in terms of territoriality. This applies both within the EU and where data is stored in a third (non-EU) country. Already in the EU, Member States do not always agree on when a relevant ‚cross-border element‘ affects the territory of another Member State. Common EU criteria could address this issue. These criteria can provide conditions to be fulfilled for certain investigative measures, and may trigger further obligations such as the notification of the other state concerned. *The experts have expressed the view that there is a need to move away from data storage location as the (only) relevant criterion.* Instead, a number of factors should be considered, including the place of main establishment of the data controller and/or the place of residence of the person targeted by the measure.“<sup>58</sup>

Noch schärfer formuliert das Technical Document: „The expert process has shown the need to move away from data storage location as the key criterion.“<sup>59</sup>

## II. Hintergründe zur Rechtslage in den USA

Eben diese Position – dass der Datenstandort nicht länger rechtlich signifikant sein soll, so dass Zugriffe auf Auslandsdaten der Sache nach nicht extraterritorial wirken und daher gestattet sein müssen – spielt auch jenseits des Atlantiks im Microsoft Ireland Case eine zentrale Rolle. Mit diesem Argument soll dort ermöglicht werden, dass US-Strafverfolger durch Beibringungsanordnungen gegenüber US-Diensteanbietern auf von diesen im Ausland gespeicherte Daten Zugriff bekommen (hierzu unten 1.). Damit aber nicht genug. Das US-Recht legt auch Standards fest, wie bei eingehenden Ersuchen auf Datenherausgabe zu verfahren ist, insbesondere indem US-Diensteanbietern freigestellt wird, ausländischen Beibringungsersuchen betreffend Nicht-Inhaltsdaten zu entsprechen (hierzu unten 2.). Kurz gesagt findet sich im US-Recht daher reiches rechtsvergleichendes Anschauungsmaterial für die Ansinnen der Kommissionsdienste, Beibringungsersuchen und -anordnungen unionsrechtlich zu verankern.

<sup>57</sup> Hierzu grundsätzlich *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 5 Rn. 3 ff.; *Herdegen*, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, § 26 Rn. 4 ff.

<sup>58</sup> Non-Paper v. 8.6.2017 (Fn. 38), S. 6 (*Hervorhebung* durch Verf.).

<sup>59</sup> Technical Document (Fn. 38), S. 30.

### 1. Aus den USA ausgehende Beibringungsanordnungen: Der Microsoft Ireland Case (und Parallelfälle gegen Yahoo! und Google)

#### a) Prozessgegenstand und -geschichte

In der weithin als Microsoft Ireland Case abgekürzten Rechtssache United States v. Microsoft Corp<sup>60</sup> erging im April 2018 eine endgültige Entscheidung durch den US Supreme Court. Bis zum Erlass des CLOUD-Act wurde in dieser Rechtssache die Zulässigkeit von unilateral erlassenen und mit Sanktionsdrohungen erzwingbaren Beibringungsanordnungen verhandelt (wenn diese auch in den USA unter anderen Namen firmieren).<sup>61</sup> In Streit stand die Rechtmäßigkeit eines im Jahre 2013 gegen Microsoft in den USA erlassenen „warrant“ nach 18 U.S. Code § 2703(a) des „Stored Communications Act“ (SCA) a.F. Mit diesem konnten Diensteanbieter verpflichtet werden, Strafverfolgern bestimmte Inhaltsdaten ohne Benachrichtigung des Nutzers offenzulegen. Microsoft wehrte<sup>62</sup> sich freilich gegen diesen „warrant“, weil die nachgesuchten Inhaltsdaten (konkret ging es um „sämtliche E-Mails“ eines Nutzers, gegen den wegen Drogendelikten ermittelt wurde) auf irischen Servern lägen und zunächst in die USA transferiert werden müssten. Letzteres sei zwar technisch ohne Weiteres möglich, könne aber rechtlich nur durch eine „subpoena“ (also durch eine verpflichtende und sanktionsbewährte Anordnung, bestimmte Informationen in bestimmter Weise beizubringen, Anm. d. Verf.) angeordnet werden. Die gegenständliche Ermächtigungsgrundlage in 18 U.S. Code § 2703(a) spreche jedoch lediglich von „warrants“ (die traditionell keine extraterritoriale Wirkungen haben, Anm. d. Verf.), nicht aber von „subpoenas“.<sup>63</sup>

Dogmatisch stand somit im Microsoft Ireland Case zur Debatte, ob das Wörtchen „warrant“ in 18 U.S. Code § 2703(a) a.F. auch als „subpoena“ gelesen werden durfte, gleichsam als „hybrid: part search warrant and part subpoena“.

<sup>60</sup> Die in Vorinstanzen auch als „In the Matter of a Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled and Maintained by Microsoft Corporation“ firmierte.

<sup>61</sup> Die dogmatische Relevanz dieser Rechtsfrage hat sich durch den CLOUD-Act erledigt, da dort im Grundsatz der Zugriff von US-Strafverfolgern auf von US-Diensteanbietern kontrollierte Daten, unabhängig vom Speicherort, vorgesehen wird. Hierzu auch Ratsdok. 6339/18 v. 26.2.2018. Die folgenden Ausführungen dienen dazu, die rechtspolitische Brisanz dieser Rechtsfrage herauszuheben.

<sup>62</sup> Zum Folgenden das Vorbringen von Microsoft vor dem US Supreme Court aus dem Januar 2018, S. 20 ff., online abrufbar unter

[https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/27619/20180111205746909\\_Brief%20for%20Respondent%202018.01.11.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/27619/20180111205746909_Brief%20for%20Respondent%202018.01.11.pdf) (25.5.2018).

<sup>63</sup> Gerade, wie ergänzt werden darf, weil in 18 U.S. Code § 2703(b)(1)(B)(i) a.F. eine „subpoena“ für Inhaltsdaten vorgesehen, aber unter die Voraussetzung einer vorherigen Benachrichtigung des Nutzers gestellt war. Zu den dogmatischen Hintergründen ausführlich *Gillaspie*, University of Kansas Law Review 2017-2018, 459.

na.“<sup>64</sup> Hintergründig ging es aber um nicht weniger als die „Natur“ von Clouddaten; namentlich darum, wo sich diese Clouddaten befinden („überall und nirgendwo“; oder dort, wo sich die Server befinden, auf denen die elektronischen Beweismittel gespeichert sind); und in der Folge darum, ob der einem Diensteanbieter aufgegebene Transfer von Auslandsdaten ins Inland extraterritoriale Wirkung entfaltet und die Territorialhoheit des Staates, in dem sie belegen sind, verletzt.<sup>65</sup>

Der ihn ausstellende „Magistrate Judge“ sowie der „District Court“ verbanden mit dem SCA-„warrant“<sup>66</sup> keine extraterritoriale Wirkung. Immerhin werde die Verpflichtung, Daten beizubringen, nur im Inland ausgesprochen und auch durch Sanktionen erzwungen, nicht aber im Ausland durchgesetzt. In der Folge wurde 18 U.S. Code § 2703(a) weit gezogen, also als Bebringungsanordnung für Auslandsdaten angewandt. Gegenteilig, und damit zugunsten von Microsoft, urteilte<sup>67</sup> dann jedoch ein mit drei Richtern besetzter Spruchkörper des „Court of Appeals for the Second Circuit“<sup>68</sup>. Zwei dieser Richter urteilten, dass der „warrant“ extraterritoriale Effekte zeitige und 18 U.S. Code § 2703(a) folglich nicht auf Auslandsdaten erstreckt werden dürfe. Eine Bebringungsanordnung betreffend Auslandsdaten sei mit der geltenden Fassung dieser Vorschrift nicht zu machen. Hierfür müsse der US-Bundesgesetzgeber nachsteuern (was nunmehr durch den CLOUD-Act erfolgte, Anm. d. *Verf.*). Diese materielle Posi-

tion wurde freilich nur im Mehrheitsvotum des „Court of Appeals for the Second Circuit“ geäußert. Sie beruhte auf der Sichtweise, dass der SCA die Privatsphäre der Nutzer territorial schütze und die beizubringenden E-Mails schlicht in einem Datacenter in Irland belegen waren, so dass eine diesbezügliche Bebringungsanordnung einer Datenbeschlagnahme im Ausland gleichkomme.<sup>69</sup> Das laufe allemal der „international comity“ zuwider und könne fremde Territorialhoheit beeinträchtigen.<sup>70</sup>

### b) Entterritorialisierung der Cloud

Wir erinnern uns: Eben diese (vermeintlich konservative) Sichtweise soll laut den Kommissionsdiensten veraltet und daher aufzugeben sein (siehe oben I. 3. b) cc). Bezeichnend ist nun, dass diese Position ebenso im Microsoft Ireland Case laut wurde,<sup>71</sup> hier unter dem Schlachtruf: „Electronic ‚documents‘ [...] are different.“<sup>72</sup> Wes Geistes Kind der (vermeintlich moderne) Ansatz der Kommissionsdienste ist, zeigt sich daher im Lichte der Argumente, die für eine weite Auslegung des 18 U.S. Code § 2703(a) im Microsoft Ireland Case ins Felde geführt wurden.

So brachte Richter Lynch in seinem zustimmenden Sondervotum („concurring opinion“) zur Entscheidung des „Court of Appeals for the Second Circuit“ vor, dass die Privatsphäre („privacy“) der Nutzer sich nicht nach dem Datenspeicherort bestimme, wenn Daten in der Cloud abgelegt werden. Eine solche territoriale Bestimmung sei ihm „suspekt“.<sup>73</sup> Pointiert eingeordnet: Der Datenschutz in der Cloud wird auf diesem Wege systematisch entterritorialisiert. Dazu passt, dass Richter Lynch allein die Grund- und Verfahrensrechte der US-Verfassung für maßgeblich erachtete. Wörtlich:<sup>74</sup> „To uphold the warrant here would not undermine basic values of privacy as defined in the Fourth Amendment

<sup>64</sup> So der US Magistrate Judge Francis in seiner Entscheidung in erster Instanz, wiedergegeben im Antrag auf Zulassung des Microsoft Ireland Case vor dem US Supreme Court („Petition for a Writ of Certiorari“) durch die US-Administration, S. 73a ff. (84a); online abrufbar unter [https://www.justice.gov/sites/default/files/briefs/2017/09/29/17-2\\_microsoft\\_pet.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/briefs/2017/09/29/17-2_microsoft_pet.pdf) (25.5.2018).

<sup>65</sup> Ebenfalls entscheidend, hier aber nicht weiterzuverfolgen, war die – in den USA stets wichtige, mit dem CLOUD-Act entschiedene – Gewaltenteilungsfrage, ob eine solch weitgehende Entscheidung für extraterritoriale Eingriffe durch Gerichte im Wege der Auslegung erfolgen dürfe oder nicht durch den Gesetzgeber im Wege einer offenen parlamentarischen Abwägung aller in Betracht kommender Belange erfolgen müsse.

<sup>66</sup> Bei diesem handelt es sich im Kommissionsjargon unproblematisch um eine verpflichtende Bebringungsanordnung, die unilateral von US-Seite verfügt und durchgesetzt wird.

<sup>67</sup> Wenn auch denkbar knapp. Die tragende Entscheidung für Microsoft entstammt einem mit drei Richtern besetzten Spruchkörper („panel“). Der Antrag auf eine en banc-Neuanhörung wurde bei einem Patt von vier zu vier Richtern abgelehnt. Die zugunsten der US-Regierung votierenden Richter widersprachen dabei der Entscheidung ihres eigenen Spruchkörpers. Vgl. US Court of Appeals for the Second Circuit, Microsoft v. U.S., 855 F.3d 53 (2nd Cir. 2017).

<sup>68</sup> US Court of Appeals for the Second Circuit, Microsoft v. U.S., Urt. v. 14.7.2016, Docket No. 14-2985. Online verfügbar unter <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/14-2985/14-2985-2016-07-14.html> (25.5.2018).

<sup>69</sup> US Court of Appeals for the Second Circuit, Microsoft v. U.S., Urt. v. 14.7.2016, Docket No. 14-2985, Majority Opinion, Circuit Judge Carney, S. 38.

<sup>70</sup> US Court of Appeals for the Second Circuit, Microsoft v. U.S., Urt. v. 14.7.2016, Docket No. 14-2985, Majority Opinion, Circuit Judge Carney, S. 42.

<sup>71</sup> Vgl. die Zusammenfassung der Position der US-Regierung in US Court of Appeals for the Second Circuit, Microsoft v. U.S., Urt. v. 14.7.2016, Docket No. 14-2985, Concurring Opinion, Circuit Judge Lynch, S. 9: „[A]s the government points out, this case differs from that classic scenario with respect to both the nature of the legal instrument involved and the nature of the evidentiary material the government seeks.“

<sup>72</sup> US Court of Appeals for the Second Circuit, Microsoft v. U.S., Urt. v. 14.7.2016, Docket No. 14-2985, Concurring Opinion, Circuit Judge Lynch, S. 13.

<sup>73</sup> US Court of Appeals for the Second Circuit, Microsoft v. U.S., Urt. v. 14.7.2016, Docket No. 14-2985, Concurring Opinion, Circuit Judge Lynch, S. 14 in Fn. 7.

<sup>74</sup> Zum Folgenden US Court of Appeals for the Second Circuit, Microsoft v. U.S., Urt. v. 14.7.2016, Docket No. 14-2985, Concurring Opinion, Circuit Judge Lynch, S. 1 und 2.

and in the libertarian traditions of this country.“ Und weiter: „[T]he government complied with the most restrictive privacy-protecting requirements“, eben jenen der US-Verfassung. Auch hierzu eine kurze Einordnung: Ob der Nutzer am Datenstandort einen anderen oder höheren Grund- und Datenschutz genießt, wird durch diese Argumentation (bewusst oder unbewusst) ausgeblendet, was bestenfalls einer Art Grund- und Verfahrensrechtssolipsismus Vorschub leistet. Frei nach dem Motto: „[I]f [domestic] statutory and constitutional standards are met, it should not matter where the ones-and-zeroes are stored.“<sup>75</sup>

Zu diesen grund- und datenschutztheoretischen Erwägungen gesellten sich solche, die auf die Effektivierung der nationalen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität zielen:<sup>76</sup> Im Falle einer territorialen Verankerung der Cloud-Daten könnten Nutzer die Cloud dazu „missbrauchen“, Daten im Ausland zu speichern und damit vor inländischen Strafverfolgern zu „verstecken“. Der herkömmliche Rechtshilfsweg (der nun reziprok von US-Seite lamentiert wird, Anm. d. Verf.) sei beim grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel überdies zu schwerfällig. Und bestünden schließlich keine Rechtshilfebeziehungen mit bestimmten Staaten, so wären dort gespeicherte elektronische Beweismittel gänzlich unzugänglich, wenn der Datenstandort maßgeblich sei. All dies begünstige (so dürfen die politisch korrekt gehaltenen Aussagen in politisch weniger korrekter Terminologie fortgeschrieben werden) die Entstehung von „digital paradises“<sup>77</sup> und „safe havens“ – was nicht sein dürfe!

*c) Exkurs: Parallelfälle gegen Yahoo und Google; gleichsam zu den unterschiedlichen Speicher- bzw. Cloud-Politiken der Diensteanbieter*

Diese Argumente haben dazu beigetragen, dass das Mehrheitsvotum des „Court of Appeals for the Second Circuit“ in den USA singular geblieben war. In Entscheidungen gegen Yahoo!<sup>78</sup> und Google<sup>79</sup> wurde 18 U.S. Code § 2703(a) in

anderen US-Bundesgerichtsbezirken als zulässige Rechtsgrundlage für Bebringungsanordnungen betreffend Auslandsdaten erachtet. Dabei wurde nicht „nur“ die zuvor genannte grundsätzliche Kritik an einer territorialen Verankerung von auf ausländischen Servern gespeicherten Daten laut. Zudem wurde auch deutlich, dass die großen US-Diensteanbieter fundamental unterschiedliche Speicher- bzw. Cloud-Politiken verfolgen, wie dies etwa in einer Entscheidung gegen Google zu Tage trat:

„Unlike Microsoft, where storage of information was tethered to a user’s reported location [...] there is no storage decision here. The process of distributing information is automatic, via an algorithm, and in aid of network efficiency.“<sup>80</sup>

Dies nahm die US-Regierung im Parteivortrag vor dem US Supreme Court im Microsoft Ireland Case wie folgt auf, um den Datenspeicherort als willkürlich und damit als irrelevant für grenzüberschreitende Zugriffe auf Clouddaten zu geißeln:

„Microsoft, at least, currently stores emails for a single account in a particular location that it can divine through a few keystrokes. [...] Google, by contrast, stores the emails of U.S. users all over the world, sometimes breaking an account into multiple ‚shards‘; even a single email may be divided into pieces, with the text stored in one location and attachments in another. [...] Because it also moves the location of the data frequently and without human intervention, Google’s compliance with a Section 2703 warrant would depend on the happenstance of where the data is located at the precise moment when the warrant is served or the provider accesses its network. And that is assuming that the precise location is knowable; some providers may not even be able to determine whether they currently store the requested data in the United States or abroad.“<sup>81</sup>

*d) Die amicus curiae-Papiere der Republik Irland, der EU-Kommission und von Presseverbänden*

Der in den USA damit von der Regierungs- wie auch teilweise der Justizseite eingeleitete Abgesang auf das Territorialitätsprinzip in der Cloud ist nicht unwidersprochen geblieben. In den – die Bedeutung des Falls unterstreichenden – dutzenden amicus curiae-Papieren, die den US Supreme Court im Microsoft Ireland Case erreichten, sprachen sich etliche (wenn natürlich längst nicht alle) Akteure offen oder versteckt<sup>82</sup> gegen die Zulässigkeit unilateraler US-Bebringungsersuchen aus. Hier seien exemplarisch nur die Papiere der

Stored at Premises Controlled by Google, No. 16-MC-80263-LB, 2017 WL 1487625.

<sup>80</sup> US District Court, N.D. California, Urt. v. 25.4.2017, No. 16-MC-80263-LB, 2017 WL 1487625, S. 4.

<sup>81</sup> Parteivortrag der US-Administration (Fn. 76), S. 43 f., dort auch mit im Zitat nicht wiedergegebenen Nachweisen aus der US-Rechtsprechung.

<sup>82</sup> Die Tatsache, dass weder Irland noch die Kommission Partei für Microsoft ergriffen haben, sondern neutral geblieben sind, dürfte im Wesentlichen der politischen Höflichkeit sowie taktischen Erwägungen geschuldet sein.

<sup>75</sup> So US Court of Appeals for the Second Circuit, Microsoft v. U.S., Dissenting Opinion, Circuit Judge Jacobs, 855 F.3d 53, 62 (2nd Cir. 2017).

<sup>76</sup> Zum Folgenden US Magistrate Judge Francis (Fn. 64), S. 90a ff.; Parteivortrag der US-Administration vor dem US Supreme Court, S. 44 f., online verfügbar unter [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/22902/20171206191900398\\_17-2tsUnitedStates.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/22902/20171206191900398_17-2tsUnitedStates.pdf) (25.5.2018).

<sup>77</sup> So die Position der US-Administration im Microsoft Ireland Case einordnend *Christakis*, Data, Extraterritoriality and International Solutions to Transatlantic Problems of Access to Digital Evidence, S. 24 f., online verfügbar unter [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3086820](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3086820) (25.5.2018).

<sup>78</sup> US District Court, E.D. Wisconsin, Urt. v. 21.2.2017, In re: Information associated with one Yahoo email address that is stores at premises controlled by Yahoo, No. 17-M-1234.

<sup>79</sup> US District Court, N.D. California, Urt. v. 25.4.2017, San Francisco Division, In the Matter of Search of Content that is

Republik Irland, der EU-Kommission und von Presseverbänden herausgegriffen. Sie verdeutlichen, dass die Sachlage in der Cloud längst nicht so eindeutig ist, wie gerne im auffälligen Gleichklang dies- wie jenseits des Atlantiks behauptet wird.

aa) So trug die Republik Irland kurz und trocken vor, dass sie ein Rechtshilfeersuchen als das angemessene Mittel zur Erlangung der auf ihrem Territorium gespeicherten Daten ansehe. Überdies seien US Gerichte dazu verpflichtet, die irische Souveränität und die aller souveränen Staaten zu respektieren.<sup>83</sup> Trotz des respektvollen Tons machte die Republik Irland damit relativ unverblümt deutlich, dass sie eine auf 18 U.S. Code § 2703(a) gestützte unilaterale US-Beibringungs-anordnung zu in Irland gespeicherten Daten als Verletzung ihrer Territorialhoheit und damit als Völkerrechtsverletzung verstehen würde.<sup>84</sup>

bb) Bemerkenswert ist ferner, wie sich die EU-Kommission stellvertretend für die Europäische Union verhielt. Um sie selbst zu Worte kommen zu lassen:

„In the European Union’s view, any domestic law that creates cross-border obligations should be applied and interpreted in a manner that is mindful of the restrictions of international law and considerations of international comity. [...] The relevant foreign law here is the GDPR, a comprehensive EU framework for regulating privacy of personal data. [...] There is thus no doubt that the European Union is actively regulating the issues at this case’s heart, including how data stored in the European Union must be protected, and when such data may be transmitted abroad.“<sup>85</sup>

Diese Einlassung steht im augenfälligen Widerspruch zu den grundstürzenden Bestrebungen der Kommissionsdienste in ihren Papieren über den grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel in Strafsachen. Während hier – wenn es um Eingriffe ausländischer Hoheitsträger in den europäischen Datenschutzraum geht – der Speicherort in Irland für maßgeblich erachtet wurde, weil er die DS-GVO (engl. General Data Protection Regulation, GDPR) aktiviere, wurde dort – im Kontext möglicher grenzüberschreitender Zugriffe europäischer Strafverfolger auf außereuropäisch gespeicherte Daten – die Notwendigkeit betont, den Speicherort als maßgeblichen Faktor zu verabschieden.<sup>86</sup>

cc) Um die Diskussion abzurunden, ist schließlich noch auf das gemeinsame Vorbringen von Presseverbänden (u.a. den Reportern ohne Grenzen) hinzuweisen. Es verdeutlicht

zunächst, dass es zu kurz gegriffen wäre, alle Nutzer – Normalbürger, Kriminelle, institutionelle Nutzer etc. – in einen Topf zu werfen oder sie gar als potentielle Kriminelle zu führen, die ihre Clouddaten im Ausland dem legitimen Zugriff von Strafverfolgern entziehen wollen. Denn gerade Journalisten müssten – so die Presseverbände – ihre sensiblen Recherchematerialien, die in modernen digitalen Nachrichtenredaktionen und damit in der Cloud eingestellt sind, vor Zugriffen weltweit schützen können.<sup>87</sup> Zudem wurde betont, dass die langfristigen Auswirkungen nicht aus dem Blick verloren werden dürften. Denn: „Expanding the U.S. government’s ability to reach electronic records stored outside its borders sets a dangerous international example that foreign governments hostile toward journalists may exploit.“<sup>88</sup>

### 2. In den USA eingehende Ersuchen auf Datenherausgabe

Die in den EU-Dokumenten immer wieder herausgehobene Notwendigkeit der Zusammenarbeit mit dem privaten Sektor (oben I.) ist insbesondere auf US-Diensteanbieter gemünzt, da allein die „big six“<sup>89</sup> (also Google, Microsoft, Apple, Facebook, Twitter und Yahoo!; Amazon scheint mir noch „unterschätzt“ zu werden) den Großteil der potentiell interessanten elektronischen Beweismittel unter ihrer technischen Kontrolle haben. Für die freiwillige Zusammenarbeit europäischer Strafverfolger mit US-Diensteanbietern fand sich im US-Recht, konkret im Electronic Communication Privacy Act (ECPA), ein Rechtsrahmen, der freilich sehr rudimentär ausfiel und schnell erzählt ist.<sup>90</sup>

#### a) Freiwillige Zusammenarbeit mit US-Diensteanbietern zur Erlangung von Nicht-Inhaltsdaten

Den US-Diensteanbietern stand – und steht es wohl noch – frei, ausländischen Strafverfolgern auf freiwilliger Basis Zugang zu Nicht-Inhaltsdaten (also zu Bestands- und Verkehrsdaten) außerhalb eines förmlichen Rechtshilfe- etc.-verfahrens zu geben. Grundlage hierfür ist 18 U.S. Code § 2702(a)(3), der mit „voluntary disclosure of customer communications or records“ überschrieben ist und vorsieht:

“[A] provider of remote computing service or electronic communication service to the public shall not knowingly divulge a record or other information pertaining to a sub-

<sup>83</sup> Brief for Ireland as amicus curiae in support of neither party, S. 3, online abrufbar unter [http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/172/23732/20171213152516784\\_172%20ac%20Ireland%20supporting%20neither%20party.pdf](http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/172/23732/20171213152516784_172%20ac%20Ireland%20supporting%20neither%20party.pdf) (25.5.2018).

<sup>84</sup> So auch *Christiakis* (Fn. 77), S. 24 ff.

<sup>85</sup> Brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of neither party, S. 5 f., online abrufbar unter [http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/172/23655/20171213123137791\\_172%20ac%20European%20Commission%20for%20filing.pdf](http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/172/23655/20171213123137791_172%20ac%20European%20Commission%20for%20filing.pdf) (25.5.2018).

<sup>86</sup> Siehe oben bei und in Fn. 58 und 59.

<sup>87</sup> Brief amici curiae of the Reporters Committee for Freedom of the Press and 40 Media Organization, in Support of Respondent, S. 4 ff., online abrufbar unter [http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/172/228270/20180118140903639\\_Microsoft%20Word%20-%20Microsoft%20Amicus%20Draft\\_1.18.18\\_v4.0\\_Clean.docx.pdf](http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/172/228270/20180118140903639_Microsoft%20Word%20-%20Microsoft%20Amicus%20Draft_1.18.18_v4.0_Clean.docx.pdf) (25.5.2018).

<sup>88</sup> Brief amici curiae of the Reporters Committee for Freedom of the Press and 40 Media Organization, in Support of Respondent, S. 9.

<sup>89</sup> Technical Document (Fn. 38), in Fn. 46.

<sup>90</sup> Ausführlich zu diesem Electronic Communication Privacy Act *Kerr*, University of Pennsylvania Law Review 2014, 373. Zu aktuellen Reformvorhaben in den USA *Pauly/Dieckhoff*, CCZ 2017, 270.

scriber to or customer of such service [...] to any governmental entity.” (Hervorhebung durch Verf.)

Da nun aber ausländische Strafverfolger keine „governmental entity“ i.S.d. dieser Vorschrift sind, trifft die US-Diensteanbieter schlicht kein Preisgabeverbot. Das Kuriose daran: Ausländische Strafverfolger können informell an Bestands- und Verkehrsdaten gelangen, während US-Strafverfolger hierfür in der Regel einen förmlichen Beschluss benötigen (vgl. 18 U.S. Code § 2702[b][2]; für eine Ausnahme bei akuter Lebens- oder Leibesgefahr vgl. § 2702[b][8]).

Komplementiert wird dies aus deutscher Sicht wohl durch einen General Permission Letter des US-Department of Justice<sup>91</sup>, der deutschen Strafverfolgern den direkten Kontakt mit US-Diensteanbietern gestattet. Die Relativierung „wohl“ war notwendig, weil eine Einsichtnahme in diesen General Permission Letter für wissenschaftliche (oder für Verteidigungs-) Zwecke nicht möglich ist. Denn der General Permission Letter wurde von US-Seite mit der Erwartung und Vorgabe ausgegeben, dass er ausschließlich für nationale Strafverfolgungsbehörden Verwendung finden und nicht an Dritte herausgegeben wird. Aus dieser Erwartungshaltung wie auch daraus, dass sich deutsche Stellen strikt daran halten, spricht eine eigentlich für überwunden geglaubte „zweidimensionale“ Konzeption der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, die berechtigten Individualinteressen wenig Raum zuzuspricht.<sup>92</sup>

#### b) Notwendigkeit der förmlichen Rechtshilfe für die Erlangung von Inhaltsdaten

Anderes gilt für Inhaltsdaten. Denn für deren Herausgabe ist – nach der uns aus dem Microsoft Ireland Case bekannten Vorschrift des 18 U.S. Code § 2703 – ein förmlicher Beschluss („court order“, „subpoena“, „warrant“) notwendig, den lediglich eine „governmental entity“ erlangen kann. Und da abermals ausländische Strafverfolger oder Gerichte keine „governmental entity“ im Sinne dieser Vorschrift sind, können sie direkt keinen förmlichen Beschluss nach 18 U.S. Code § 2703 erwirken, sondern müssen dafür indirekt vorgehen und den Rechtshilfegeweg beschreiten.

#### 3 Zwischenfazit

Lässt man die oben unter I. und II. ausgeführten Hintergründe des nunmehr vorgelegten Kommissionsentwurfs zum grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel in Strafsachen wie auch jene zum US-Recht Revue passieren und bedenkt zu allem Überfluss dabei, dass Vieles nur summarisch angerissen werden konnte, so bestätigt sich die in der Einführung angesprochene Komplexität der Regelungsaufgabe. Diese wird von den Kommissionsdiensten wie auch von aktivistischen Akteuren in den USA mit nachgerade revolutionärem Elan angegangen, wird doch an den ehernen Funda-

mentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen gerührt, um den grenzüberschreitenden Zugriff auf Clouddaten durch neue Konzepte zu effektuieren:

Das Territorialitätsprinzip wird dies- wie auch jenseits des Atlantiks zunehmend als Problem identifiziert (Stichwort: Die territoriale Zuordnung von Clouddaten soll willkürlich und suspekt sein). Die Lösung soll in der Unilateralität von Ermittlungsmaßnahmen liegen (Stichwort: Direktzugriffe; nationale Beibringungsanordnungen betreffend Auslandsdaten), deren Zulässigkeit mit anderen jurisdiktionsbegründenden Prinzipien wie dem Marktort- oder dem Ursprungslandprinzip begründet wird.<sup>93</sup>

Überdies wird die Zwischenstaatlichkeit der Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität als weiteres Problem ausgemacht (Stichwort: Sowohl die Rechtshilfe wie auch die gegenseitige Anerkennung sollen zu langwierig und schwerfällig sein). Hiergegen wird die Zusammenarbeit mit dem privaten Sektor (auf freiwilliger oder mit Zwang durchsetzbarer Basis) als neues Konzept der Strafverfolgung im digitalen Zeitalter in Stellung gebracht (Stichwort: Beibringungsersuchen oder -anordnungen).

Da diese Wechselspiele aus vermeintlichen Problemen und vermeintlichen Lösungen den Kern des grenzüberschreitenden Zugriffs auf Clouddaten zu Strafverfolgungszwecken betreffen, sind sie in Teil 2 dieses Beitrags eingehender unter die Lupe zu nehmen. Um also den sprichwörtlichen Wald vor lauter Bäumen nicht aus dem Blick zu verlieren, wird der zweite Teil des Beitrags darauf verwendet, nicht den Details<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Wie vor kurzem in der Presse berichtet: „The European Union is preparing legislation to force companies to turn over customers’ personal data when requested even if it is stored on servers outside the bloc, a position that will put Europe at loggerheads with tech giants and privacy campaigners.“ Vgl. <https://uk.reuters.com/article/uk-eu-data-order/europe-seeks-power-to-seize-overseas-data-in-challenge-to-tech-giants-idUKKCN1GA0LN> (25.5.2018).

<sup>94</sup> Dass diese Details ebenfalls entscheidend sind, wird nicht bestritten. Im Gegenteil. Die Grundsatz- darf die (hier nicht zu leistende) Detailarbeit nicht überflüssig machen. Ein wichtiges „Detail“ sei hier nur exemplarisch angesprochen: Die hinlänglich bekannte Unterscheidung zwischen Bestands-, Verkehrs- bzw. Meta- und Inhaltsdaten als Datentypen mit vermeintlich aufsteigender Privatheitsintensität. Insofern ist zweierlei zu bedenken zu geben:

Erstens muss eine unionsrechtliche Regelung weitere Datentypen wie Big-Data-Analysen bedenken, da diese Big-Data-Analysen ein präzises Profiling von Nutzern erlauben und daher für Strafverfolger von großem Interesse sind. Die Möglichkeit des Big-Data-Profiling kommt im Zusammenhang mit der Wahl von Donald Trump zum US-Präsidenten zusehends an die Öffentlichkeit; vgl. nur The Guardian v. 17.3.2018, online abrufbar unter

<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election> (25.5.2018).

Zweitens ist die Sichtweise, dass Inhaltsdaten (z.B. dass eine SMS einen Smiley zum Inhalt hat) die höchste und andere Datentypen eine geringere Privatheitsintensität hätten,

<sup>91</sup> Auf solche nimmt Bezug Rats-Dok. 13982/16, ANNEX, S. 6.

<sup>92</sup> So bereits *mein* kritischer Kommentar in *Vogel/Burchard* (Fn. 19), Vor § 1 IRG Rn. 38.

der grenzüberschreitenden Strafverfolgung in der Cloud nachzuspüren, sondern sich ihrer rechtsprinzipiellen Grundlagen zu versichern. Zur Verdeutlichung werde ich dies am Beispiel von Bebringungsanordnungen bzw. -ersuchen durchexerzieren, d.h. Sonderprobleme wie ein „loss of (knowledge of) location“ und Sondermaßnahmen wie Direktzugriffe ohne Einwilligung des Nutzers nicht weiter beachten.

---

schlicht veraltet. Gerade Verkehrs- und Meta-Daten können eine radikale Grundrechtsbedeutung entfalten, so wenn sie präzise Bewegungsprofile oder etwa Rückschlüsse auf das Sexualverhalten der Nutzer erlauben; ein „schönes“ Beispiel für Letzteres liefert das Beförderungsunternehmen Uber, das das „Fahrverhalten ihrer Kunden ausgewertet und Stadtkarten erstellt [hat], die beliebte Gegenden für One-Night-Stands zeigen.“ Hierzu Die Welt v. 8.1.2015, online verfügbar unter <https://www.welt.de/wirtschaft/article136146346/Uber-veroeffentlicht-One-Night-Stand-Karten.html> (25.5.2018). Die EU wäre daher gut beraten, bei der Regelung des grenzüberschreitenden Zugriffs auf elektronische Beweismittel nicht an der klassischen Einteilung in Bestands-, Verkehrs- bzw. Meta- und Inhaltsdaten festzuhalten.

---

# Neue Konstruktionsmöglichkeiten der *actio libera in causa*

Von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M., Hannover\*

## I. Einleitung

Die *actio libera in causa* wird gelegentlich – vielleicht auch nicht ganz zu Unrecht – als praktisch kaum relevantes Glasperlenspiel der Strafrechtsdogmatik angesehen.<sup>1</sup> Insbesondere wenn man mit der Rechtsprechung diese Figur sowohl für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit als auch für Straßenverkehrsdelikte ablehnt, geht ihre Bedeutung für tatsächliche Verurteilungen ohne Zweifel gegen Null.<sup>2</sup> Doch gibt es aktuelle Konstellationen, die zum einen auf mögliche neue oder neu zu betrachtende Anwendungsfelder für die a.l.i.c. hindeuten, zum anderen auch einen potentiellen neuen (ergänzenden) Lösungsansatz bergen. Im Folgenden möchte ich zunächst an einem Beispiel verdeutlichen, worin neue Anwendungsfelder liegen könnten. Anschließend werde ich hieran einen neuen Lösungsvorschlag zunächst für dieses Beispiel erarbeiten und schließlich darstellen, ob und inwieweit diese auf die traditionellen Fallkonstellationen, bei denen die a.l.i.c. diskutiert wird, übertragbar ist.

## II. Aktuelles Beispiel: Der „Hirnschrittmacher“

Seit einigen Jahren werden zur Heilung bestimmter Krankheiten (derzeit Parkinson und Depressionen, geplant bei Epilepsie, Sucht, starken Kopfschmerzen oder speziellen psychischen Störungen)<sup>3</sup> dauerhaft Elektroden in das Gehirn eingepflanzt, verbunden mit einem im Brust- oder Oberbauchbereich eingesetzten Impulsgeber (Tiefe Hirnstimulation, THS). Ein solcher „Hirnschrittmacher“ kann vom Patienten selbst ein- und ausgeschaltet werden. Auch wenn noch nicht alle Langzeiteffekte bekannt sind, zeigen sich doch – wenn auch nur in einigen wenigen Fällen – bereits jetzt Nebenwirkungen, die für die folgenden Überlegungen von Bedeutung sind. So wird von folgendem Fall berichtet:<sup>4</sup> Ein 45-jähriger Mann, strafrechtlich bisher nicht in Erscheinung getreten, brach unter der Einwirkung der THS ein geparktes Auto auf, so

berichtete es seine Ehefrau. Der Mann selbst jedoch gab an, dass er unter keinerlei Nebenwirkungen leide und sich stattdessen wacher und aufmerksamer fühle. Während des Vorfalls habe er sich über alle Maßen gut und unbesiegbar gefühlt. Auch im Hinblick auf die anstehende Gerichtsverhandlung zeigte er sich gelassen. Eine Verhaltensänderung konnte erst durch Anpassung der Stimulationsparameter erzielt werden.

Hierbei handelt es sich um einen Extremfall, aber auch bei anderen Patienten lassen sich Persönlichkeitsveränderungen beobachten, die ebenfalls zum Teil zu kriminellem Verhalten führten oder führen könnten (kaum kontrollierbare sexuelle Erregung; erhöhte Aggressivität etc.).<sup>5</sup> Ähnliche Beobachtungen finden sich auch bei Patienten, die Psychopharmaka einnehmen, und tatsächlich lassen sich zahlreiche der folgenden Überlegungen auch auf diese Personen übertragen. Zugleich ist zu beachten, dass bei der THS die Persönlichkeitsveränderung, anders als bei Medikamenten, nicht schleichend verläuft, sondern schlagartig mit dem Ein- bzw. Ausschalten auftritt. Aus diesem Grund eignet sich das Beispiel besonders gut, um derartige Wechsel zu beobachten. Normativ relevant ist aber insbesondere, dass sich der Patient, im Gegensatz zu Psychopharmaka, bei der THS mit jedem Ein- oder Ausschalten immer wieder bewusst für bzw. gegen den entsprechenden Zustand entscheiden kann.

Die erhebliche Änderung der Persönlichkeit und die schwere Kontrollierbarkeit der „neuen“ Persönlichkeitsstruktur bzw. der durch die Stimulation hervorgerufenen Impulse,<sup>6</sup> können jedenfalls in einigen Fällen nach Einschalten der Maschine zur Schuldunfähigkeit des Patienten im Sinne von § 20 StGB führen.<sup>7</sup>

Die Möglichkeit des Patienten, sich in schuldfähigem Zustand jedes Mal neu und direkt für die Herbeiführung des schuldunfähigen Zustandes – den er genau kennt – zu entscheiden, lässt vermuten, dass sich Fragen der *actio libera in causa* stellen könnten. Diesbezüglich deutet sich bereits an, dass bei der Prüfung problematisiert werden muss, ob und inwieweit es für die Strafbarkeit eine Rolle spielt, dass ein Patient den Schrittmacher anschaltet, um schwere Symptome

\* Für unermüdliche Unterstützung als kritische und kluge Diskussionspartnerin und Hilfe bei der Recherche danke ich Wiss. Mit. ass. jur. *Frederike Seitz*, M.A.

<sup>1</sup> *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2017, S. 135.

<sup>2</sup> BGH NJW 1997, 137; *Streng*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 20 Rn. 148 ff.; *Puppe*, JuS 1980, 346 (350); *Ranft*, JA 1983, 193 (195); *Paeffgen*, ZStW 1997, 513 (524 f.); *Hardtung*, NVZ 1997, 97.

<sup>3</sup> *Bartsch u.a.*, Cephalalgia 2008, 285; *Rasche/Foethkel/Gliemroth u.a.*, Der Schmerz 2006, 439; *Fisher u.a.*, Epilepsia 2010, 899; *Allert/Voges/Koulousakis u.a.*, Krauss u.a. 2004, 246; *Anderson/Burchiel/Hogarth u.a.*, Arch Neurol 62 (2005), 554; *Biseul/Sauleau/Haegelen u.a.*, Neuropsychologia 43 (2005), 1054; *Anderson/Frye/Abulseoud u.a.*, Neuroscience and biobehavioral reviews 36 (2012), 1920; *Delaloye/Holtzheimer*, Dialogues in Clinical Neuroscience 16 (2014), 83.

<sup>4</sup> *Schüpbach/Gargiulo/Welter u.a.*, Neurology 66 (2006), 1811.

<sup>5</sup> *Sensi/Eleopra/Cavallo u.a.*, Parkinsonism and Related Disorders 2004, 247; *Doshi/Bhargava*, Neurol India 2008, 474; *Reich/Volkman*, Nervenarzt 2014, 147. Einzelne Case-studies hierzu finden sich bei: *Mandat/Hurwitz/Honey*, Acta Neurochirurgica 148 (2006), 895-7, discussion 898.

<sup>6</sup> Einige der Nebenwirkungen lassen sich ggf. durch Anpassung der Stimulationsparameter gut beschränken und kontrollieren. Hier ist die konkrete Situation gemeint – in dieser scheinen die Impulse zumindest in einigen Fällen doch recht schwer kontrollierbar zu sein.

<sup>7</sup> Jedenfalls nach dem Charaktermodell von Schuld, wohl aber auch bei traditionellem Modell bei der Möglichkeit dem Unrechtsbewusstsein entsprechend zu handeln. Vgl. zu diesen Überlegungen im Detail *Seitz*, Die Tiefe Hirnstimulation im Spiegel strafrechtlicher Schuld, (im Erscheinen).

unheilbarer Krankheiten zu verringern, also sozialadäquat<sup>8</sup> handelt.

### III. Meinungsstand zur a.l.i.c.

An dieser Stelle sei zunächst ein kurzer Blick auf den Meinungsstand zur a.l.i.c. geworfen: Bei dieser Figur geht es letztlich um eine Durchbrechung des Koinzidenzprinzips<sup>9</sup> – trotz Schuldunfähigkeit zum Zeitpunkt der Tatausführung soll der Täter deshalb belangt werden können, weil er die Schuldunfähigkeit sowie die anschließende Tatbegehung vorwerfbar herbeigeführt hat.

#### 1. Die Begründungsmodelle

Dieses Ergebnis wird über verschiedene Modelle zu begründen versucht: Nach dem Ausnahmmodell besteht für die entsprechenden Fälle eine gewohnheitsrechtlich gerechtfertigte Ausnahme vom Grundsatz des § 20 StGB, dass die Schuldfähigkeit „bei Begehung der Tat“ vorliegen muss.<sup>10</sup> Das Tatbestandsmodell sieht in der Herbeiführung des Zustands schon eine Tathandlung (hiernach zugleich Versuchsbeginn).<sup>11</sup> Das Ausdehnungsmodell verneint zwar den frühen Versuchsbeginn, dehnt jedoch in diesen Fällen den Tatbestand auf das Vorverhalten aus.<sup>12</sup> Schließlich nimmt das Modell der „mittelbaren Täterschaft“ an, dass sich der Täter selbst zum eigenen, schuldlosen Werkzeug macht.<sup>13</sup>

#### 2. Wesentliche Kritikpunkte

All diese Modelle werden – aus jeweils unterschiedlichen Gründen – kritisiert: Gegen das Ausnahmmodell wird ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG eingewandt.<sup>14</sup> Gegen die Modelle, die von einem

sehr weiten Tatbegriff ausgehen, wird angeführt, dass dies dem Begriff von „Tat“ in anderen Normen nicht entspreche; hinzu kommt beim Tatbestandsmodell eine schwer vertretbare, weite Vorverlagerung der Versuchsstrafbarkeit.<sup>15</sup> Aber auch die Annahme des Ausdehnungsmodells, nachdem der Versuch erst im Anschluss an die Tathandlung beginnt, ist nicht unproblematisch.<sup>16</sup> Gegen die Annahme einer „mittelbaren Täterschaft“ wird argumentiert, dass diese das Handeln „eines anderen“ erfordere.<sup>17</sup> Es finden sich auch grundsätzlichere Einwände: Zum Teil wird die a.l.i.c. insgesamt in Frage gestellt<sup>18</sup> oder zumindest ihre Erforderlichkeit (für einige Fallkonstellationen) bezweifelt.<sup>19</sup>

#### 3. Die aktuelle Rechtsprechung

Der BGH hat, den Einwänden teilweise folgend, den Anwendungsbereich der a.l.i.c. inzwischen stark eingeschränkt, indem er für Fahrlässigkeitsdelikte ihre Notwendigkeit bestreitet (stattdessen an „das Sich-Betrinken trotz erkennbarer Gefahr einer Trunkenheitsfahrt“<sup>20</sup> anknüpft) und für verhaltensgebundene Delikte einen Verstoß gegen die Wortlautgrenze annimmt.

### IV. Das Dilemma zwischen vorsätzlicher Gefährdung und sozial akzeptierter Herbeiführung

Von dieser allgemeinen Schilderung ausgehend sei nun das oben genannte Beispiel in den Blick genommen. Sicherlich werden hierbei – ebenso wie bereits bei den bisherigen Debatten zur a.l.i.c. – auch dogmatische Fragen zur objektiven Zurechnung des Erfolgs oder des Vorsatzes im konkreten Fall eine zentrale Rolle spielen. Zweifellos wird es viele Konstellationen geben, in denen der Handelnde bei Einschalten des Hirnschrittmachers nur sehr vage ahnen kann, dass er in diesem Zustand irgendeine Straftat begehen könnte<sup>21</sup> – in einem solchen Fall von Vorsatz bezüglich der späteren Handlung, des Kausalverlaufs und des Erfolgs zu sprechen, wäre zweifellos wenig überzeugend. Aber es sind eben auch Situationen denkbar, in denen Erfolg und Handlung hinreichend

<sup>8</sup> Hierzu: *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 69 ff. m.w.N.; *Streng*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 313.

<sup>9</sup> *Köbel*, JuS 2001, 417.

<sup>10</sup> *Hruschka*, JuS 1968, 554; *ders.*, SchwZStr 1974, 48; *ders.*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 2011, S. 39 ff.; *ders.*, JZ 1989, 310; *ders.*, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 145; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 20 Rn. 57 m.w.N., auch zu einer möglichen Gesetzesänderung.

<sup>11</sup> *Roxin* (Fn. 10), § 20 Rn. 59 ff.

<sup>12</sup> *Streng*, ZStW 1989, 273; *ders.*, JZ 1994, 709; *Schmidhäuser*, Die Actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1992, S. 26.

<sup>13</sup> *Hirsch*, NStZ 1997, 230; *ders.*, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, S. 88 (100 f.), der jedoch betont, dass insofern Unterschiede bestehen, als es sich ja um eine „Handlung des Täters selbst“ handle. Genau dies wird wiederum dann dieser Ansicht auch vorgeworfen.

<sup>14</sup> BGHSt 42, 235: „Das Ausnahmmodell ist mit dem eindeutigen Wortlaut des § 20 StGB [...] nicht in Einklang zu bringen.“ Vgl. hierzu auch exemplarisch *Puppe*, JuS 1980, 346 (347); *Rönnau*, JA 1997, 711.

<sup>15</sup> *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 12 Rn. 12 m.w.N.

<sup>16</sup> *Roxin* (Fn. 10), § 20 Rn. 70; *Hettinger*, JZ 1993, 513; *ders.*, in: Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 623 (637, 644).

<sup>17</sup> *Roxin* (Fn. 10), § 20 Rn. 63.

<sup>18</sup> *Hettinger*, Die „actio libera in causa“ – Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, 1988, S. 450 ff.

<sup>19</sup> BGHSt 42, 235 (236); *Horn*, GA 1969, 289; gegen die Möglichkeit einer a.l.i.c. auch bei Fahrlässigkeit: *Hettinger* (Fn. 18), S. 450 ff.

<sup>20</sup> BGHSt 42, 235 (237).

<sup>21</sup> Wenn etwa der sich in den Zustand Begebende nur ganz allgemein vermutet, dass er in diesem Zustand eine deutlich erhöhte Libido aufweist, reicht das für einen Vorsatz für eine spätere Sexualstraftat nicht aus. Weiß er jedoch sicher, dass er in diesem Zustand jede Frau, der er begegnet, unangemessen berührt, wäre die Bejahung eines Vorsatzes denkbar.

konkret sind, um von einem Vorsatz sprechen zu können; wie es eben auch jetzt schon bei der a.l.i.c. in einigen Fällen getan wird.<sup>22</sup> Doch bleibt dies zum einen vor allem eine Tatfrage und wird deshalb hier nicht im Detail diskutiert; zum anderen sind die hier angestellten Überlegungen, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, durchaus auch mit Blick auf die Beurteilung fahrlässigen Verhaltens von Bedeutung.

Stattdessen soll im Folgenden der Fokus darauf gerichtet werden, wie eine Strafbarkeit trotz Schuldunfähigkeit bei Tatbegehung anders als bisher begründet werden könnte – nicht zwingend als ersetzende, sondern vielleicht nur als ergänzende Begründung. Grund für diese Suche ist folgendes Dilemma, das sich im Beispielfall spiegelt: Zum einen besteht eine hohe Verantwortlichkeit desjenigen, der immer wieder, trotz Kenntnis seiner späteren Gefährlichkeit, eine bewusste Entscheidung für das Versetzen in den schuldunfähigen Zustand trifft – ein umfassendes Hinnehmen-Müssen dieser Gefahren durch die Gesellschaft bzw. eine umfassende Verneinung jeder Verantwortlichkeit des Täters ist deshalb jedenfalls nicht unproblematisch. Zum anderen aber scheint es gleichzeitig schwer vertretbar, einem unheilbar Kranken die wesentliche Linderung erheblicher körperlicher Symptome umfassend zu verweigern, nur weil er durch die Therapie die Rechtsgüter anderer in Gefahr bringen könnte.<sup>23</sup>

Die dargestellten Ansichten zur a.l.i.c. liefern keinen überzeugenden Ausweg aus diesem Dilemma, da sich aus ihnen (und zwar aus allen) nur eine Entweder-Oder-Lösung ergibt:

a) Handelt der Täter mit direktem oder zumindest bedingtem Doppelvorsatz, kann grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, dass hinter der Tat eigentlich ein soziales akzeptiertes Motiv (die Symptomverringerung) steht. Nur bei Vorliegen eines anerkannten Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrunds entfällt seine Strafbarkeit. Als solcher käme hier (bis auf wenige Fälle, in denen auch ein Notstand denkbar wäre) wohl nur die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens in Betracht. Diese wird jedoch nach h.M.<sup>24</sup> plausibel für

<sup>22</sup> Soweit man die Möglichkeit jeglicher Vorverlagerung auch in Konstellationen der a.l.i.c. ausschließt, weil der Vorsatz faktisch nicht hinreichend konkret sein könne, dann wäre dies natürlich auch für die hier vorliegenden Fälle anzunehmen. Soweit aber auch nur einige wenige Fälle in Betracht kommen, bei denen man im Sinne einer bewussten Konstruktion einer Gefahr für die Rechtsgüter Dritter in Form der eigenen, schuldunfähigen Person einen bedingten Vorsatz bejahen könnte, wird die hier vorliegende Frage relevant. Gerade bei einem Hirnschrittmacher, bei dem – anders als bei Psychopharmaka – die persönlichkeitsverändernde Wirkung direkt einsetzt und deutlich wahrgenommen werden sowie gesteuert werden kann, scheint die Möglichkeit, Vorsatz zu bejahen, in einigen Fällen durchaus plausibel.

<sup>23</sup> Aus strafrechtlicher Sicht kann hier auch keinesfalls pauschal auf die Möglichkeit des „Wegsperrens“ in eine psychiatrische Klinik verwiesen werden. Das Strafrecht muss vorrangig die Frage nach einer möglichen Verantwortlichkeit bejahen.

<sup>24</sup> Kühl (Fn. 15), § 12 Rn. 12 m.w.N.

vorsätzliche, durch aktives Tun begangene Taten nicht als Entschuldigungsgrund anerkannt.

b) Kommt dagegen – wenn die spätere Tat nicht hinreichend konkretisiert ist – eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht, ist nach h.M. zu prüfen, ob die Herbeiführung sorgfaltswidrig war<sup>25</sup> (nach anderer Ansicht wäre die Erlaubtheit des herbeigeführten Risikos zu diskutieren). Dies wäre bei gesellschaftlich akzeptierter Herbeiführung der Schuldunfähigkeit – wie hier eindeutig der Fall – meist zu verneinen, da die Erkennbarkeit einer Gefährlichkeit eben gerade nicht in jedem Fall bedeutet, eine bestimmte Handlung nicht ausführen zu dürfen.

Der Täter macht sich also bei vorsätzlichem Handeln grundsätzlich strafbar, während bei fahrlässigem Handeln zumindest in den hier genannten Fällen aufgrund der Sorgfaltsgemäßheit des Vorverhaltens die Strafbarkeit wohl regelmäßig entfielen. Einen Zwischenweg zwischen umfassender und ausgeschlossener Verantwortlichkeit des Täters wird nicht eröffnet. Das Beispiel des Hirnschrittmachers verdeutlicht m.E., dass diese Entweder-Oder-Lösung nicht umfassend überzeugt: Gegen umfassende Verantwortlichkeit bei Vorsatz spricht die Nachvollziehbarkeit der Gründe für das Einschalten, gegen den umfassenden Ausschluss bei Fahrlässigkeit spricht, dass auch der sozialadäquat Handelnde für die Folgen verantwortlich bleibt.

## V. Der Anknüpfungspunkt des strafrechtlichen Vorwurfs

Die Überlegungen führen zu der Frage, was genau Inhalt des strafrechtlichen Vorwurfs in diesen Fällen ist und ob dieser dogmatisch anders erfasst werden könnte. Richtet sich der Vorwurf tatsächlich gegen das aktive Anschalten des Hirnschrittmachers? Oder nicht vielleicht vielmehr dagegen, dass der Patient keine hinreichenden Vorkehrungen trifft, um die Gesellschaft so weit möglich vor der Gefährlichkeit seines späteren Zustands zu schützen?

Denkbare Vorkehrungen wären etwa: Gegensteuern durch die Medikamente/Therapie; Warnungen im sozialen Umfeld; Engagieren einer zeitweiligen Begleitperson oder dauerhaften Aufsicht; Maßnahmen zur Verfolgung der Bewegungen (Fußfessel?); Zu-Hause-bleiben; gegebenenfalls zeitweiliges Einsperren(-Lassen); in Extremfällen die Klinikeinweisung. Diese Aufzählung zeigt m.E., dass man das Ergreifen derartiger Maßnahmen wohl auch erwarten würde, wenn der Täter nur die Möglichkeit erkennt, dass er später eine Tat begehen könnte.

### 1. Lösungsvorschlag für das Beispiel: Die Unterlassensstrafbarkeit

Es gibt eine Lösung, die dies berücksichtigen kann: Die Unterlassensstrafbarkeit. Der Vorwurf richtet sich nämlich insofern gegen das Unterlassen der möglichen und gebotenen Handlung. Zudem ist die Entschuldigung wegen Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens aufgrund des geringeren Unrechts und Schuldgehalts der Unterlassung plausibler.

<sup>25</sup> Roxin (Fn. 10), § 22 Rn. 142 ff. m.w.N.

a) Anknüpfungspunkt der Vorwerfbarkeit

Dies erfordert, dass als Anknüpfungspunkt der Vorwerfbarkeit das Unterlassen – und nicht das aktive Tun (Anschalten) – überhaupt herangezogen werden kann. Für die Frage nach der richtigen Anknüpfung wird üblicherweise auf den so genannten „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“<sup>26</sup> abgestellt. Konstruiert man die Tat entsprechend der Figur der actio libera in causa, liegt dieser in unserer Konstellation auf dem Anschalten des Hirnschrittmachers, auf dem aktiven Tun. Dabei ist aber zu beachten, dass dieses aktive Tun gerade nicht die Tathandlung im üblichen Sinn darstellt, sondern – je nach entsprechender Ansicht mit unterschiedlicher Begründung – im Sinne einer Vorverlagerung als solche konstruiert wird. Tatsächlich handelt es sich aber um das aktive Herbeiführen eines gefährlichen Zustands, und erst anschließend wird in diesem Zustand die Tat verwirklicht. Das ist aber nicht identisch mit einer aktiven Tathandlung im eigentlichen Sinn – sonst wäre die a.l.i.c. gerade überflüssig. Das Herbeiführen des Zustands hat aus sich heraus noch keine Außenwirkungen, und wenn der Täter dafür sorgt, dass das so bleibt und er in diesem Zustand keine weitere gefährliche Handlung durchführt, ist dieses aktive Tun per se strafrechtlich irrelevant. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt deshalb jedenfalls nicht eindeutig auf diesem aktiven Tun.

Für die Annahme, dass er vielmehr durchaus auf dem Unterlassen liegen könnte, spricht dagegen ein Vergleich mit der Situation, dass der Täter den Zustand nicht selbst aktiv herbeiführt, aber erkennt, dass er demnächst in einen schuldunfähigen, für andere gefährlichen Zustand eintritt (z.B. als Epileptiker). In diesem Fall könnte ein strafrechtlicher Vorwurf durchaus an das fehlende Treffen von Vorkehrungen anknüpfen. Dass der Zustand nun vom Täter aktiv herbeigeführt wird, muss daran nichts ändern – denn es geht eben nur um die Herbeiführung eines bestimmten Zustands, und nicht um die konkrete Tathandlung, die Gefährdung oder Verletzung eines Guts bzw. Interesses. Überdies ist zu beachten, dass dieses aktive Herbeiführen des Zustands überhaupt nicht vorwerfbar ist – im Gegenteil: Dieser aktive Teil der Handlung ist vielmehr eindeutig sozialadäquat, er dient der Behandlung einer Krankheit. Darauf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit zu legen, erscheint auch deshalb zweifelhaft.

Das ist auch mit Blick auf die zur Konkretisierung der „Schwerpunkt-Formel“ gebildeten Fallgruppen plausibel.<sup>27</sup> In unserem Beispielfall liegt wohl ein zeitliches Zusammenreffen von Tun und Unterlassen vor – der Täter muss spätestens zeitgleich mit dem Einschalten des Hirnschrittmachers Vorkehrungen zur Sicherung der Öffentlichkeit treffen. In dieser Fallgruppe ist – wie etwa im bekannten „Ziegenhaar-Fall“<sup>28</sup> – dann von aktivem Tun auszugehen, wenn die damit verbundenen Vorkehrungen rechtlich vorgeschrieben sind.

Dann nämlich geht es um ein Verhalten, das vom Recht nur unter bestimmten Bedingungen gestattet wird, nämlich wenn die entsprechend vorgeschriebenen Vorkehrungen eingehalten werden. So ist nächtliches Radfahren nur mit angeschalteter Beleuchtung zulässig, das Ausgeben von Arbeitsmaterial nur bei Absicherung gegen Gefährdung der Arbeitnehmer etc. Werden die Vorkehrungen nicht getroffen, liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit dann auf der Durchführung der Handlung und nicht auf dem Unterlassen der Vorkehrungen. Das ist jedoch bei der vom eigenen Körper ausgehenden Gefährlichkeit nicht der Fall. Hier geht es um die sozialadäquate Herbeiführung eines bestimmten körperlichen Zustands, was an sich keineswegs zwingend Außenwirkung hat. Würde der Hirnschrittmacher ausschließlich angeschaltet, wenn der Patient sich (allein) in der eigenen Wohnung befindet, wäre damit keinerlei Gefährdung eines anderen verbunden. Auch gibt es keine rechtlichen Vorgaben für das Herbeiführen eines solchen körperlichen Zustands. Schließlich ist die aktive Handlung eben als solche noch mit keinerlei Rechtsgutsverletzung oder auch nur -gefährdung verbunden, es bedarf vielmehr noch des Zwischenschritts der späteren, in dem herbeigeführten Zustand begangenen Straftat (bzw. des Ansetzens hierzu). All das sind wesentliche Unterschiede zu den geschilderten Konstellationen, in denen man den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im aktiven Tun sieht – es ist eben sozialadäquat, noch nicht rechtsgutsgefährdend und aus sich heraus nicht vorwerfbar, sich in den entsprechenden Zustand zu begeben. Vorwerfbar ist es jedoch, das zu tun, ohne entsprechende Vorkehrungen zu treffen – und deshalb ist hier, anders als in diesen Fällen, gerade an das Unterlassen eben dieser Vorkehrungen anzuknüpfen.

Doch muss m.E. in diesen Fällen auf die – zu recht oft kritisierte<sup>29</sup> – Schwerpunkt-Formel nicht einmal zurückgegriffen werden: Es ist für die folgenden Überlegungen sogar ausreichend, hier das Unterlassen als zusätzlichen Anknüpfungspunkt zu einem Tun anzusehen.<sup>30</sup> Hier handelt es sich gerade nicht um ein insofern weit vor der gefährlichen Handlung liegendes Unterlassen, bei dem eine selbstständige Anknüpfung kritisiert werden könnte – vielmehr tritt der gefährliche Zustand kurz nach oder gleichzeitig mit dem Unterlassen von Vorkehrungen ein. Wann genau sich diese Gefährlichkeit realisiert, ist hierfür irrelevant. Die Verhaltensweisen sind nicht derart verwoben, dass nicht an beide angeknüpft werden könnte. Somit ist es plausibel, hier das Unterlassen von entsprechenden Vorkehrungen zum Schutz der Gesellschaft jedenfalls auch als Anknüpfungspunkt des strafrechtlichen Vorwurfs zu wählen.

<sup>26</sup> BGHSt 6, 46 (59); BGHSt 40, 257 (265 f.); BGH NSZ 1999, 607; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 4. Aufl. 2014, Rn. 866 f.; kritisch Arzt, JA 1978, 557 (562); ausdrücklich ablehnend Rotsch, ZIS 2018, 1 (2 ff.).

<sup>27</sup> Einen Überblick liefert: Freund, in: Joecks/Miebach (Fn. 2), § 13 Rn. 1 ff.

<sup>28</sup> RGSt 63, 211.

<sup>29</sup> Vgl. bspw. Freund (Fn. 27), § 13 Rn. 5 f., der davon spricht, dass es sich nach dieser Formel um eine Abgrenzung auf Grund eines Gefühlsurteils handelt, bei dem der Wunsch Vater des Gedankens sei. Rotsch, ZIS 2018 1 (2), spricht von einer „klassischen petitio principii“, die „zudem [...] die zutreffende Lösung des Falles verbauen“ könne.

<sup>30</sup> Siehe hierzu auch Roxin (Fn. 10), § 31 Rn. 84 ff.

b) *Garantenstellung*

Für eine Garantenstellung kommen zwei Alternativen aus der Gruppe des Überwachergaranten in Betracht: Zum einen ließe sich aus der Gefährlichkeit des Einschaltens des Hirnschrittmachers eine Art „Ingerenz“ konstruieren (zwar wäre das gefährliche Verhalten nicht zeitlich vorgelagert, sondern fände gleichzeitig mit der Unterlassung statt, dies wäre jedoch wohl dogmatisch überwindbar). Hiergegen spräche jedoch, dass, wie bei der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, jedenfalls nach h.M.<sup>31</sup> bei jedem sozialadäquatem Vorverhalten die Garantenpflicht zu verneinen wäre. Im Vergleich zu der ursprünglichen Lösung wäre also wenig gewonnen.

Es besteht jedoch noch eine weitere Begründungsmöglichkeit: Teilweise wird an den Beispielen von Epileptikern und Schlafwandlern vertreten, dass jeder Mensch Überwachungsgarant bezüglich der Gefahren, die von seinem Körper ausgehen, ist.<sup>32</sup> Es ist überzeugend, dass der Mensch, der ja die Hoheit und grundsätzliche Kontrolle über seinen Körper hat, dem Grunde nach auch verantwortlich für die von ihm ausgehenden Gefahren ist – und dies (wenn alle anderen Voraussetzungen vorliegen) auch für die Zeitpunkte, in denen er dessen Funktionen, Bewegungen und Auswirkungen nicht mehr geistig kontrollieren kann. Es ist kein Grund ersichtlich, warum diese Verantwortung nicht auch für die Situationen gelten sollte, in denen bestimmte und dem Willen des Täters unterliegende Einwirkungen auf die Körperfunktionen bewirken, dass man zu einer schuldunfähigen und für den Rest der Gesellschaft potentiell gefährlichen Person wird. Im Gegenteil, die Verantwortung erhöht sich gerade dadurch, dass die Entscheidung für diesen Zustand bewusst erfolgte – das gilt unabhängig davon, ob der Patient den Hirnschrittmacher selbst anschaltet oder das Anschalten von medizinischem Personal vorgenommen wird. Gerade weil es sich um eine bewusste Entscheidung handelt, knüpft ja die bisherige Diskussion der a.l.i.c. an dieses aktive Herbeiführen an, übersieht dabei jedoch m.E., dass dies an sich (wie gerade das Beispiel des Hirnschrittmachers zeigt) noch nicht verwerflich sein muss. Verwerflich wäre jedenfalls in diesem Fall vielmehr das Unterlassen von Vorkehrmaßnahmen mit Blick auf diesen Zustand. Wenn also wie hier der Täter weiß, dass bestimmte Veränderungen seiner Gehirnfunktionen ihn zu einer Gefahr für die Gesellschaft werden lassen, und diese Veränderungen dennoch herbeiführt, kann man ihn durchaus als Überwachungsgarant für die Gefahrenquelle „eigener Körper“ ansehen. Dies verpflichtet ihn insbesondere dazu, im schuldfähigen Zustand Vorkehrungen zu treffen, die die Gefahren für die Gesellschaft minimieren.

c) *Weitere Voraussetzungen der Unterlassensstrafbarkeit*

Im Einzelfall wären überdies für die Strafbarkeit insbesondere folgende Fragen relevant:

Welche Vorkehrmaßnahmen sind im konkreten Fall überhaupt möglich? Wie bereits angedeutet können diese von Zuhause-Bleiben über zeitweiliges Einsperren(-Lassen) bis hin zur Klinikeinweisung reichen. Im Fall der Tiefen Hirnstimulation sind aber auch weniger einschneidende Mittel wie die Anpassung der Stimulationsparameter bzw. die Zugabe von Psychopharmaka denkbar.

Welche Vorkehrmaßnahmen sind im Einzelfall geboten? An dieser Stelle ist eine Abwägung zwischen unter anderem der Schwere des drohenden Taterfolgs, der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts, der Härte der jeweiligen Maßnahme und der Gründe für das Handeln des Täters erforderlich – so ist eine Tiefen Hirnstimulation eben anders zu bewerten und in die Abwägung einzubringen als ein dem Spaß dienendes Berauschen.

Ist das Wissen des Täters hinreichend konkret für die Bejahung eines Vorsatzes?<sup>33</sup> Der Täter muss die spätere Tathandlung, den Kausalverlauf und Taterfolg zumindest für möglich halten und eine entsprechend konkrete Vorstellung haben; er muss zudem seine eigene Gefährlichkeit ebenso für möglich halten wie ein Bewusstsein bezüglich der denkbaren und gebotenen Vorkehrmaßnahmen haben.

Welches normgemäße Verhalten ist dem Täter jeweils zumutbar? Letztlich überschneiden sich diese Überlegungen zum Teil mit der Gebotenheit, es ist allerdings durchaus denkbar, dass hier mit Blick auf die Schwere der jeweiligen Krankheit und die Massivität der einzig möglichen Vorkehrungen (Einsperren-Lassen) noch weitere Grenzen zu ziehen sind.

Im Übrigen stellt sich noch die Frage, inwieweit das Unterlassen im konkreten Fall dem aktiven Tun gleichzustellen ist, § 13 Abs. 1 S. 2 StGB.<sup>34</sup> Unabhängig von den Problemen im Zusammenhang mit verhaltensgebundenen Delikten (vgl. V. 2. c) ergeben sich hier jedoch keine zentralen Besonderheiten zu anderen Unterlassenskonstellationen. So gibt es zweifellos Situationen und Delikte, bei denen eine derartige Gleichstellung schwerer zu vertreten ist als bei anderen – das ist aber hier nicht anders als in anderen Fällen des Unterlassens.

Diese Überlegungen führen im Übrigen nicht dazu, dass es sich bei der hier vorgeschlagenen Lösung um eine *omissio libera in causa*<sup>35</sup> handelte, die sich denselben Kritikpunkten wie die *actio libera in causa* ausgesetzt sieht. Vielmehr wer-

<sup>31</sup> Vgl. zu dieser Debatte *Heinrich* (Fn. 26), Rn. 957 ff. m.w.N.

<sup>32</sup> *Freund* (Fn. 27), § 13 Rn. 114 f.; *Kaspar/Haverkamp*, JuS 2006, 895.

<sup>33</sup> Überdies muss selbstverständlich das jeweilige Willenselement vorliegen, d.h. für bedingten Vorsatz eben zumindest das bekannte „billigende Inkauf-Nehmen“. Insofern bestehen hier aber m.E. keine Unterschiede zu anderen Tätergruppen.

<sup>34</sup> *Freund* (Fn. 27), § 13 Rn. 202 ff.; *Heuchemer*, in: v. Heintzel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2018, § 13 Rn. 74; *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 13 Rn. 16.

<sup>35</sup> Zu dieser Figur siehe bspw. *Baier*, GA 1999, 272; *Gimbernat Ordeig*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 351.

den von der Konstruktion der *omissio libera in causa* Fälle erfasst, in denen die Gefahr für ein Rechtsgut, zu deren Abwendung der Täter verpflichtet wäre, in einem Moment auftritt, in dem er bereits schuldunfähig ist – der Täter wäre allerdings ebenfalls verpflichtet gewesen, sich handlungs- und schuldfähig zu halten. In unserem Fall geht es aber um ein Versäumnis zu einem Moment, in dem der Täter noch schuldfähig war, also gerade nicht um eine Vorverlagerung der Handlungspflichten.

### 2. Übertragung auf andere Fälle der *a.l.i.c.*

Da die Fragen nach der dogmatischen Auflösung des Einzelfalls nach § 13 StGB m.E. mit der bestehenden Unterlassensdogmatik beantwortbar sind, soll im Folgenden die Übertragbarkeit auf andere Fallkonstellationen der *a.l.i.c.* diskutiert werden.

Zum einen sähe sich dieses Vorgehen den klassischen Einwendungen gegen die *a.l.i.c.* gerade nicht ausgesetzt, da es sich weder um eine Ausnahme noch um eine Ausdehnung des Tatbestands oder eine Überdehnung der mittelbaren Täterschaft handelt. Zum anderen eröffnet es, neben der Gebotenheitsprüfung, im Rahmen der Frage nach einer Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, Raum für eine Einzelfallabwägung. Beim Hirnschrittmacher oder der Medikamenteneinnahme könnten die Schwere der Krankheit, die Möglichkeit anderer therapeutischer Maßnahmen, die Verminderungschancen des Risikos und die Schwere der drohenden Delikte berücksichtigt werden. Aber auch bei anderen Mitteln der Herbeiführung der Schuldunfähigkeit könnten verschiedene Aspekte einfließen (etwa die größere Sozialadäquanz von Alkoholgenuss im Vergleich zur Einnahme von illegalen Drogen o.ä.). Hierbei handelt es sich zweifellos um eine eher funktionale Betrachtung der dogmatischen Konstruktion; zugleich ist m.E. eben durchaus möglich, diese überzeugende Anpassung an die Umstände der Tat bzw. der Situation des Täters in die bestehende Dogmatik einzufügen. In diesen Überlegungen mögen Elemente der Vorstellung von *Jakobs*<sup>36</sup> stecken, dass man für die Ermöglichung eines pflichtgemäßen Verhaltens bzw. für das Ausbilden einer normgemäß handelnden Persönlichkeit verantwortlich sein kann. M.E. ist das in den hier vorgelegten Überlegungen jedoch nicht abstrakt und auf die Persönlichkeit an sich bezogen, sondern hinreichend konkret – und eben gerade nicht auf die Vermeidung bestimmter Persönlichkeitsveränderungen und schuldunfähigen Zustände gerichtet, sondern gerade auf die Gestaltung von Umständen, die jedem einzelnen die Verhaltensweisen (vom Bekämpfen von Krankheitssymptomen bis zum Berauschen) ermöglichen, die er als wünschenswert erachtet. Insofern handelt es sich nicht nur doch um eine konkrete, tatbezogene Bewertung, sondern auch um eine durchaus realistische und praxisnahe Forderung.

<sup>36</sup> *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 18 f.; wobei sich dies nicht auf das Individuum, sondern auf die normative Konstruktion der Person bezieht.

### a) Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Bei Fahrlässigkeitsstrafbarkeit geht der BGH inzwischen davon aus, dass eine Anknüpfung an die *a.l.i.c.* nicht erforderlich ist. Dem wurde die hier vorgetragene Überlegung zustimmen, wobei jedoch gerade nicht an „das Sich-Betrinken trotz erkennbarer Gefahr einer Trunkenheitsfahrt“<sup>37</sup>, sondern an das Unterlassen von Vorkehrungen angeknüpft würde – zumindest zusätzlich zu dem aktiven Versetzen in den Rauschzustand.

So könnte jemand, der weiß, dass er trotz erheblicher Alkoholisierung häufig Auto fährt und dabei Leib und Leben Dritter gefährdet, seinen Schlüssel abgeben, sein Auto für ihn unzugänglich machen (durch weit weg oder zu Hause parken), vorab ein Taxi bestellen etc. Bei drohender Aggressivität nach Drogenkonsum könnten etwa das Verlassen bestimmter Orte, eine Aufsicht durch Freunde, oder Nachbar-Hause-Gehen möglich und geboten sein.

Für die Vorwerfbarkeit (entweder ausschließlich oder zusätzlich, vgl. oben) an diese Vorkehrungen anzuknüpfen, ist auch aus folgender Überlegung heraus plausibel: Den Bürgern verbliebe dann nämlich grundsätzlich die Möglichkeit, sich in einen schuldunfähigen Zustand zu versetzen – dies würde nicht per se als verwerfliches Handeln eingestuft. Diesen Umgang mit dem eigenen Körper nicht mehr als per se pflichtwidrig zu bewerten entspricht m.E. dem liberalen Menschenbild des Rechtssystems:<sup>38</sup> Wer sich in seiner eigenen Wohnung betrinkt, handelt nicht pflichtwidrig. Den Vorwurf würde ich hiernach dann ansetzen, wenn das Verhalten Auswirkungen auf die Gesamtgesellschaft hätte, weil der Täter nicht hinreichend absichert, dass von ihm in einem bestimmten, gefährlichen Zustand keine Gefahren ausgehen. Insofern ist auch relevant, dass die Frage der späteren Schuldfähigkeit für die Sorgfaltspflicht m.E. keine zentrale Rolle spielt – sondern das Wissen um die spätere eigene Gefährlichkeit und die Weigerung, hiergegen etwas zu unternehmen. M.E. unterscheidet sich die Pflicht eines Trinkers, der weiß, dass er später zwar nicht schuldunfähig, aber dennoch gefährlich wird, bestimmte Vorkehrungen zu treffen, in keiner Weise von der Pflicht desjenigen, der ahnt, dass er bei der späteren Deliktsbegehung auch noch schuldunfähig sein wird.

Die Sorgfaltswidrigkeit bzw. die Garantienpflicht ergeben sich auch hier aus der generellen Überwachungspflicht über die Gefahren, die vom eigenen Körper ausgehen.

Erneut zeigt sich der Vorteil davon, dass im konkreten Einzelfall bewusst geprüft werden kann, welche Vorkehrungen geboten sind: Während bei jemandem, der nur gelegentlich unter erheblichem Alkoholeinfluss vergisst, die Rechnung zu bezahlen, eine Vorabinformation des Gastwirts aus-

<sup>37</sup> BGHSt 42, 235 (237).

<sup>38</sup> Zum „Menschenbild“ im Strafrecht siehe *Jeschek*, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957; *Schild*, Dimensionen der Schuldunfähigkeit, 1990, S. 3; *Hörnle*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 325.

reichen dürfte, wäre bei einem Drogenabhängigen, der unter dem Einfluss halluzinogener Rauschmittel andere Menschen angreift, ggf. Einsperren-Lassen geboten.

*b) Vorsatzstrafbarkeit*

Im Vergleich dazu deutlich seltener sind Taten, bei denen der Täter sowohl bezüglich des Sich-Versetzens in den schuldunfähigen Zustand als auch bezüglich der späteren Straftat mit direktem oder auch nur bedingtem Vorsatz handelt.<sup>39</sup> Denn in vielen Fällen wird es an der hinreichenden Konkretetheit des Vorsatzes zum Zeitpunkt der Herbeiführung der Schuldunfähigkeit fehlen. Dennoch gibt es solche Konstellationen, und gerade an ihnen zeigt sich die Plausibilität der hier gewählten Lösung: Der Täter ist dann gerade aufgrund der positiven Kenntnis seiner Gefährlichkeit verpflichtet, Vorkehrungen zu treffen. Zwar ist er m.E. nicht verpflichtet, sich niemals zu berauschen. Wenn man aber sicher oder zumindest hinreichend sicher weiß, dass man in diesem Zustand eine Straftat begehen wird, entsteht eine Pflicht, diese Gefahr zu verhindern – und sei es letztlich durch ein Sich-Einsperren-Lassen. Somit ist dieses Unterlassen zumindest auch ein geeigneter, eigenständiger Anknüpfungspunkt für den strafrechtlichen Vorwurf.

Dabei ist für den Vorsatz neben dem voluntativen Element mit Blick auf das Wissenselement grundsätzlich ausreichend (aber auch notwendig!), dass der Täter sicher um die spätere Deliktsbegehung und seine eigene Gefährlichkeit weiß, ebenso – im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre – um seine Pflicht, die von seinem eigenen Körper ausgehenden Gefahren zu kontrollieren. Er muss schließlich um die Möglichkeit wissen, die Gesellschaft vor sich zu schützen. Eine umfassende Konkretisierung bezüglich der spezifischen Maßnahme, die er hätte ergreifen müssen, ist dagegen nicht erforderlich, solange er sich mit Blick auf einen möglichen konkreten Erfolg und seine diesbezügliche Garantenpflicht „für das Untätigbleiben entscheidet, obwohl er weiß, dass er tätig werden müsste“.<sup>40</sup>

Problematischer erscheint die Konstruktion in Fällen, in denen der Täter sich absichtlich in den Zustand versetzt, entweder um Mut zur Tat zu fassen, oder um wegen Schuldunfähigkeit nicht bestraft zu werden. Es ist jedenfalls nicht unplausibel, hier den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in dem verwerflichen, absichtlichen Tun zu sehen. Ohne Zweifel steigert die Absicht dessen Unwertgehalt erheblich. Zugleich ließe sich aber mit Blick auf die im Rahmen von Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz dargelegten Überlegungen auch ein Erst-Recht-Schluss der Form anführen, dass der den Zustand absichtlich herbeiführende Täter aufgrund der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts gerade besonders verpflichtet ist, Vorkehrungen zu treffen (auch wenn dies seinem Willen widerspricht). Also ist auch dieses Unterlassen besonders vorwerfbar. Die Absicht alleine muss deshalb noch nicht zu

<sup>39</sup> Zum Doppelvorsatz siehe *Kühl* (Fn. 34), § 20 Rn. 26; *Streng* (Fn. 2), § 20 Rn. 141 ff.; *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 34), § 20 Rn. 74 ff.

<sup>40</sup> *Heinrich* (Fn. 26), Rn. 911.

einer Verschiebung des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit auf das aktive Tun führen.

Davon, dass sich die von seinem in den Funktionen veränderten Körper ausgehende Gefahr in der Verletzung realisieren wird, hat der Täter auch in diesen Fällen Kenntnis – es ist gerade das Ziel seiner Handlung. Damit entsteht unabhängig vom entgegenstehenden Willen eine rechtliche Pflicht, die Realisierung dieser Gefahr als Überwacher zu verhindern.<sup>41</sup>

*c) Verhaltensgebundene Delikte*

Wie alle oben erläuterten Meinungen zur a.l.i.c. ist auch der hier vorgeschlagene Lösungsweg mit der Sonderproblematik der verhaltensgebundenen Delikte (insbesondere die insofern praxisrelevanten §§ 315b, 315c StGB) konfrontiert.<sup>42</sup> Und tatsächlich ist zuzugeben, dass auch die Lösung über die Unterlassensstrafbarkeit diese Fälle dogmatisch nicht einholen kann: „Führen eines Kraftfahrzeugs“ ist nur in ganz wenigen Ausnahmefällen durch Unterlassen begehbar.<sup>43</sup> Doch ist dies m.E. hinzunehmen. Der lückenhafte Charakter des Strafrechts kann eben nicht in allen Fällen durch die Dogmatik „verbessert“ werden (wenn dies überhaupt eine Verbesserung wäre). Einige Normen sehen bestimmte Tathandlungen als derart verwerflich an, dass sie der Strafe bedürfen<sup>44</sup>. Der Unwertgehalt ergibt sich also gerade hieraus – es entspricht daher nicht dem Gesetzeszweck, andere Verhaltensweisen (wie nach einigen Ansichten zur a.l.i.c. das „Sich-Berauschen“ oder nach dem hier vorgeschlagenen Vorgehen das Unterlassen von Vorkehrmaßnahmen) zu sanktionieren. Dass bei dem Vergleich mit anderen Straftaten ein gewisses Unbehagen verbleibt, liegt in der Natur dieser Delikte und ist im Strafrecht aufgrund der Wortlautgrenze zu akzeptieren.

<sup>41</sup> Damit soll die Unterscheidung zwischen aktivem Tun und Unterlassen keineswegs umfassend aufgegeben werden (vgl. zu einem solchen Vorgehen etwa *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 323 ff.). Die Forderung ergibt sich aus der besonderen Konstellation der späteren Schuldunfähigkeit und daraus, dass m.E. der zentrale Vorwurf nicht im Berauschen an sich liegt.

<sup>42</sup> Insofern liegt die strafbarkeitsbegründende Verwerflichkeit eben gerade in der Begehung des eigenhändigen Aktes, also weder in der Herbeiführung des schuldunfähigen Zustands noch im Unterlassen von Vorkehrmaßnahmen. Dies betrifft überdies (insofern plausibel *Roxin* [Fn. 10], § 20 Rn. 62) Delikte, bei denen bestimmte Tät ereigenschaften gefordert werden, die zum Zeitpunkt der Herbeiführung des schuldunfähigen Zustands – und damit auch zum spätestmöglichen Zeitpunkt eines in Schuldunfähigkeit begangenen Unterlassens von Vorkehrmaßnahmen – noch nicht vorliegen, wie z.B. Eidespflicht.

<sup>43</sup> Unzureichende Absicherung nach Ende der Fahrt, a.A. auch für diese Delikte BayObLGSt 1978, 128.

<sup>44</sup> Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts: *Vormbaum*, ZStW 2011, 660; *Kulhanek*, ZIS 2014, 674.

## VI. Zusammenfassung

Die Konstruktion der a.l.i.c. ist in der Strafrechtsdogmatik seit langem umstritten. Bei genauerer Betrachtung muss sich der Vorwurf in vielen der unter diesem Begriff diskutierten Fälle jedoch nicht gegen das aktive Herbeiführen eines Zustands der Schuldunfähigkeit richten, sondern kann sich – oft wohl sogar ausschließlich, jedenfalls aber zusätzlich – auf das Unterlassen von Vorkehrmaßnahmen gegen die Gefährdung der Gesellschaft in diesem Zustand beziehen. Dies zeigt sich deutlich am Beispiel von Personen unter Einwirkung von THS, lässt sich aber auch auf klassischer Weise im Rahmen der a.l.i.c. diskutierte Konstellationen übertragen, wie etwa die absichtliche Begehung eines Delikts in vorsätzlich herbeigeführter Schuldunfähigkeit oder auch die fahrlässige Verursachung der Schuldunfähigkeit durch Konsumieren von Alkohol in Verbindung mit Fahrlässigkeit bezüglich einer späteren Straftat. Im Einzelfall muss dann konkret geklärt werden, welche Vorkehrmaßnahmen möglich, welche geboten sind, wie weit die Garantspflicht des Täters reicht, und insbesondere auch, ob sein Vorsatz bezüglich der unterlassenen Vorkehrungen und des Erfolgs konkret genug war bzw. ob hinreichende (objektive und subjektive) Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit vorlagen und schließlich, welches normgemäße Verhalten dem Täter zumutbar war. Gerade diese Einzelfallbezogenheit ist aber – wie sich am gewählten Beispiel des Hirnschrittmachers zeigt – ein zentraler Vorteil der hier vorgeschlagenen Lösung. Somit spricht jedenfalls eine funktionale Betrachtung für ihre Einführung; und diese Funktionalität lässt sich auch hinreichend plausibel in die bestehenden dogmatischen Figuren des Unterlassens einpassen.

# Die strafrechtliche Bewertung des Fotografierens von Unfalltoten *de lege lata* und *de lege ferenda*

## Zur geplanten Erweiterung des § 201a StGB

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Tamina Preuß**, Würzburg

### I. Einführung

In jüngster Zeit häufen sich die Berichte über „Gaffer“ bei Verkehrsunfällen. Gemeint sind Personen, die an der Unfallstelle langsamer werden oder sogar stehen bleiben, um die verunfallten Fahrzeuge und die Verletzten oder Toten mit ihren Smartphones zu fotografieren oder zu filmen und hierdurch unter Umständen die Rettungsarbeiten behindern. Das Bildmaterial wird oftmals an Medienunternehmen zur Veröffentlichung weitergegeben<sup>1</sup> oder in den sozialen Medien geteilt, sodass sich manche Unfallopfer „schneller auf YouTube als im Rettungswagen“<sup>2</sup> wiederfinden. Für die Angehörigen der Verunfallten kann die – möglicherweise unvorbereitete – Konfrontation mit den Bildern traumatisierend wirken.<sup>3</sup> Das neuerdings gehäuft vorkommende Phänomen des „Gaffens“ ist aber kein vollkommen neuartiges: Bereits in den 1990er-Jahren wurde wegen des Problems der Schaulustigen u.a. beim Rheinhochwasser der Ruf nach schärferen Gesetzen laut.<sup>4</sup> Durch die ständige Verfügbarkeit von Smartphones mit hochauflösender Bildqualität und die zunehmende Tendenz, sein Leben durch Messenger und soziale Netzwerke permanent „zu teilen“ hat es allerdings mittlerweile eine neue Dimension angenommen. So fuhren bei einem schweren Unfall auf der Autobahn 10 zwischen dem Dreieck Havelland und der Anschlussstelle Oberkrämer bei Berlin am 24.2.2018, bei dem ein mit Papier beladener LKW umgekippt war und sich quer über die komplette Fahrbahn legte, wobei dessen Fahrer schwer verletzt und durch zwei Folgeunfälle zwei weitere Menschen schwere Verletzungen erlitten,<sup>5</sup> etliche Fahrzeuge an der Unfallstelle vorbei und filmten bzw. fotografierten den Vorfall mittels Handy.<sup>6</sup> Ein Autofahrer, der seinen Pkw auf der Autobahn geparkt hatte und über die Mittelleitplanke stieg, um das Unfallgeschehen zu fotografieren, erhielt eine Anzeige wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr.<sup>7</sup> Zu vergleichbarem Verhalten kam es bei einem Unfall

mit drei Toten auf der Autobahn 3 bei Rohrbrunn im Spessart am 9.11.2017. Nach Umstürzen eines Kieslasters durchbrach ein Paketlasterfahrer bei dem Versuch auszuweichen die Mittelleitplanke und prallte in einen entgegenkommenden Transporter.<sup>8</sup> Die Strecke wurde komplett gesperrt; nur auf der Gegenfahrbahn ließ die Polizei Fahrzeuge in Schrittgeschwindigkeit passieren. Als die Leichen der Unfallopfer geborgen wurden, zückten mehrere LKW-Fahrer ihre Handys und filmten die Verstorbenen aus ihren Führerkabinen, aus denen sie die von den Rettungskräften aufgestellten Sichtschutzwände übersehen konnten.<sup>9</sup> Daraufhin bespritzte Feuerwehrmann Rudi H. die Seitenfenster der LKW mit Wasser aus dem Feuerwehrschauch, wofür er Kritik seitens seines Einsatzleiters und der Polizei erntete, aber in den sozialen Netzwerken sehr viel Zuspruch erfuhr.<sup>10</sup>

Der Gesetzgeber reagierte auf die zunehmende Erschwerung von Rettungsarbeiten durch „Gaffer“, indem er durch das 52. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften – vom 23.5.2017<sup>11</sup> in § 323c Abs. 2 StGB mit Wirkung zum 30.5.2017 die Behinderung von hilfeleistenden Personen – nicht nur „professioneller“ Retter, sondern auch privater Ersthelfer<sup>12</sup> – unter Strafe stellte. Zuvor war in § 114 Abs. 3 StGB a.F. nur die Behinderung Hilfeleistender der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes oder eines Rettungsdienstes unter Strafe gestellt, sofern sie durch Drohung oder

<https://www.morgenpost.de/berlin/polizeibericht/article213539103/Umgestuerzter-Lkw-blockiert-die-A10.html> (24.5.2018).

<sup>8</sup> BR24 v. 9.11.2017, abrufbar unter:

<https://www.br.de/nachrichten/unterfranken/inhalt/a3-bei-rohrbrunn-lkw-unfall-forderte-drei-todesopfern-102.html> (24.5.2018).

<sup>9</sup> *Havliza*, DRiZ 2018, 86 (86).

<sup>10</sup> RP Online v. 13.11.2017, abrufbar unter:

<http://www.rp-online.de/panorama/deutschland/unfall-gaffer-auf-a3-mit-wasser-bespritzt-kein-strafverfahren-gegen-feuerwehrmann-aid-1.7200968> (24.5.2018); SZ v. 13.11.2017, abrufbar unter:

<http://www.sueddeutsche.de/bayern/unfall-auf-der-a-wasser-gegen-gaffer-polizei-kritisiert-feuerwehrmann-1.3747032> (24.5.2018). Rudi H. hat mittlerweile gemeinsam mit dem Antenne Bayern-Team ein Lied gegen „Gaffer“ aufgenommen, Merkur.de v. 20.3.2018, abrufbar unter:

<https://www.merkur.de/bayern/er-spritzte-gaffer-mit-wasser-ab-jetzt-macht-er-etwas-voellig-unerwartetes-9370954.html> (20.03.2018).

<sup>11</sup> BGBl. I 2017, S. 1226.

<sup>12</sup> v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2018, § 323c Rn. 26; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 11/2017, Anm. 1.

<sup>1</sup> *Heger/Jahn*, KriPoZ 2017, 113 (117); *Pistorius*, ZRP 2016, 158.

<sup>2</sup> *Gasch/Weber*, Kriminalistik 2017, 571 (571).

<sup>3</sup> Überlebt der Betroffene, droht Retraumatisierung, *Gasch/Weber*, Kriminalistik 2017, 571 (575, 577).

<sup>4</sup> *Gasch/Weber*, Kriminalistik 2017, 571 (571). Vgl. auch *Scheffer*, NJW 1995, 232 (232).

<sup>5</sup> Berliner Morgenpost v. 25.2.2018, abrufbar unter: <https://www.morgenpost.de/berlin/polizeibericht/article213539103/Umgestuerzter-Lkw-blockiert-die-A10.html> (24.5.2018).

<sup>6</sup> BERNAU LIVE v. 24.2.2018, abrufbar unter: <https://bernaulive.de/umgekippter-lkw-sorgt-fuer-verkehrschao-auf-der-a10/> (24.5.2018).

<sup>7</sup> Berliner Morgenpost v. 25.2.2018, abrufbar unter:

mit Gewalt erfolgte.<sup>13</sup> Das abstrakte Gefährdungsdelikt<sup>14</sup> des § 323c Abs. 2 StGB greift jedoch nur, wenn es zu einer spürbaren, nicht unerheblichen Störung der Rettungstätigkeit, wodurch die Hilfsmaßnahmen zumindest erschwert werden, kommt.<sup>15</sup> Wenn das Unfallopfer bereits verstorben ist und keine weiteren Schäden für andere Rechtsgüter drohen, wird das Blockieren von Rettungskräften nicht erfasst.<sup>16</sup> Gleiches gilt für das bloße „Gaffen“ ohne Auswirkungen auf die Rettungstätigkeit.

Das Filmen oder Fotografieren von verletzten Unfallopfern ist von § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB, worin das unbefugte, den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzende Herstellen und Übertragen einer Bildaufnahme, welche die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt, unter Strafe gestellt ist, erfasst,<sup>17</sup> während die Aufnahme von Toten de lege lata straffrei bleibt. Nachdem im Jahre 2016 ein gleichlautender Gesetzentwurf<sup>18</sup> nicht umgesetzt wurde, hat der Bundesrat am 2.3.2018 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches (StGB) – Effektive Bekämpfung von so genannten „Gaffern“ sowie Verbesserung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts von Verstorbenen<sup>19</sup> beschlossen. Kernstück des nach einem Blick auf die aktuelle Rechtslage (II.) im Detail vorgestellten Gesetzentwurfs (III.) ist die Aufnahme der Strafbarkeit von Bildaufnahmen verstorbener Personen in § 201a StGB.

## II. Aktuelle Rechtslage

Bevor der de lege lata geltende strafrechtliche Persönlichkeitsschutz Verstorbener untersucht wird, soll zunächst an die verfassungsrechtliche Herleitung des Persönlichkeitsschutzes post mortem erinnert werden.

### 1. Verfassungsrechtliche Herleitung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Verstorbene nicht Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, da dieses die Existenz einer lebenden Person voraussetzt. Verstorbenen kommt aber ein aus der Unverletzlichkeit der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitetes postmortales Persönlichkeitsrecht zu.<sup>20</sup> Geschützt ist der allgemeine Ach-

tungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht. Dieser Schutz bewahrt den Verstorbenen insbesondere davor, herabgewürdigt oder erniedrigt zu werden. Schutz genießt aber auch der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat. Das postmortale Persönlichkeitsrecht ist in seiner Schutzwirkung nicht mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht deckungsgleich und gegenüber anderen Rechtsgütern nicht abwägungsfähig.<sup>21</sup> Der postmortale Persönlichkeitsschutz schwindet mit Zeitablauf in dem Maße, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblasst.<sup>22</sup>

### 2. Strafrechtlicher Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts

#### a) Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen, § 201a StGB

De lege lata lässt sich das Fotografieren bzw. Filmen von Verstorbenen nicht unter die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen nach § 201a StGB subsumieren, denn Aufnahmegegenstand kann nur eine „andere Person“ sein. Dass Verstorbene nicht unter § 201a StGB fallen, ergibt sich bereits im Umkehrschluss aus § 203 Abs. 4 StGB.<sup>23</sup> Mit einer „anderen Person“ wird – auch in sonstigen Strafnormen des StGB (§§ 174 ff., 223 ff., 232 ff. StGB) – stets eine lebende Person bezeichnet; anderenfalls spricht das StGB vom „Verstorbenen“ (§§ 168, 189 StGB),<sup>24</sup> sodass die Anwendung von § 201a StGB auf Bildaufnahmen von Toten gegen das strafrechtliche Analogieverbot aus § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen würde.<sup>25</sup> Geht der Täter irrtümlich davon aus, dass eine tatsächlich verstorbene Person noch lebt, verwirklicht er einen nach derzeitiger Rechtslage nicht strafbaren (untauglichen) Versuch des § 201a StGB. Hält er eine lebende Person für bereits verstorben, fehlt es am Vorsatz; eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist nicht normiert.

#### b) Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener, § 189 StGB

§ 189 StGB schützt nach überwiegender, aber nicht unbestrittener<sup>26</sup> Auffassung ein gegenüber der Ehre eingeschränktes

---

Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 1 Abs. 1 Rn. 57 m.w.N.

<sup>21</sup> BVerfG NJW 2001, 2957 (2958 f.).

<sup>22</sup> BVerfG NJW 1971, 1645 (1647); *Herdegen* (Fn. 20), Art. 1 Abs. 1 Rn. 57; *Petersen*, Jura 2008, 271 (272).

<sup>23</sup> *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (993 f.).

<sup>24</sup> *Flechsigt*, ZUM 2004, 606 (613); *Sauren*, ZUM 2005, 425 (430); *Valerius*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 12. Aufl. 2011, § 201a Rn. 10.

<sup>25</sup> *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (993 f.). Dagegen nahm das Schweizerische Bundesgericht (NJW 1994, 504 [505 f.]) bei vergleichbarer Gesetzeslage im Fall „Barschel“ an, ein Verstorbener sei „ein anderer“ i.S.d. Art. 179<sup>quater</sup> StGB.

<sup>26</sup> Ausführlich zum Streitstand *Regge/Pegel*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2017, Bd. 4, § 189 Rn. 1 ff.

---

<sup>13</sup> Daneben stellte § 114 Abs. 3 StGB a.F. den tätlichen Angriff auf diese Personen unter Strafe. Eine entsprechende Regelung findet sich nunmehr in § 115 Abs. 3 StGB.

<sup>14</sup> *Lenk*, JuS 2018, 229 (230). A.A.: (Erfolgssdelikt) *Heger/Jahn*, KriPoZ 2017, 113 (115); (konkretes Gefährdungsdelikt) *Zöller*, KriPoZ 2017, 143 (147).

<sup>15</sup> BT-Drs. 18/12153, S. 7; *Heger/Jahn*, KriPoZ 2017, 113 (115).

<sup>16</sup> Zu den unterschiedlichen Begründungen *Lenk*, JuS 2018, 229 (231).

<sup>17</sup> *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312 (314).

<sup>18</sup> BR-Drs. 226/16.

<sup>19</sup> BR-Drs. 41/18.

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2001, 2957 (2958 f.). A.A. für ein postmortales wirkendes allgemeines Persönlichkeitsrecht *Herdegen*, in:

und entsprechend verändertes Persönlichkeitsrecht eigener Art, das in der postmortalen Respektierung eines Kernbereichs dessen, was den Verstorbenen in seinem Leben ausmachte und prägte, seinen Ausdruck findet.<sup>27</sup> In der Bildaufnahme von einem Verstorbenen ist jedoch nicht ohne Weiteres eine Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener nach § 189 StGB zu sehen, denn eine solche setzt eine besonders schwere Kränkung in Form einer Beleidigung (§ 185 StGB), üblen Nachrede (§ 186 StGB) oder Verleumdung (§ 187 StGB)<sup>28</sup> voraus.<sup>29</sup>

*c) Schutz des Rechts am eigenen Bild durch das KunstUrhG*

§ 33 Abs. 1 KunstUrhG stellt die Verletzung des Rechts am eigenen Bilde unter Strafe, erfasst jedoch nur das Verbreiten und öffentliche Zurschaustellen von Bildnissen entgegen §§ 22, 23 KunstUrhG. Die Fertigung der Aufnahme selbst und deren Vervielfältigung sind im KunstUrhG nicht unter Strafe gestellt.<sup>30</sup> Gleiches gilt für den „Privatgebrauch“, d.h. das nicht-öffentliche Zeigen der Aufnahme.<sup>31</sup> § 33 KunstUrhG enthält keine Versuchstrafbarkeit, sodass es auf die in der Entwurfsbegründung aufgegriffene Frage, ob im Erstellen der Aufnahme bereits ein unmittelbares Ansetzen zum Verbreiten zu sehen ist, überhaupt nicht ankommt.<sup>32</sup>

*d) Datenschutzrecht*

Auch das Datenschutzrecht, strafrechtlich abgesichert in § 42 BDSG n.F.,<sup>33</sup> steht dem Fotografieren bzw. Filmen von Verstorbenen nicht entgegen. Der Anwendungsbereich der DS-GVO ist nach Art. 2 DS-GVO auf personenbezogene Daten, legaldefiniert in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO, begrenzt. Hierunter werden nur Daten bestimmter oder bestimmbarer lebender, natürlicher Personen gefasst, sodass Daten von Verstorbenen außerhalb des Anwendungsbereichs der DS-GVO liegen.<sup>34</sup>

<sup>27</sup> BGH NJW 1994, 1421 (1423); LG Bonn NSTz-RR 2014, 79 (79); *Lencker/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 189 Rn. 1; *Regge/Pegel* (Fn. 26), § 189 Rn. 20.

<sup>28</sup> *Regge/Pegel* (Fn. 26), § 189 Rn. 20.

<sup>29</sup> Auch Störung der Totenruhe in Form des Verübens beschimpfenden Unfugs nach § 168 Abs. 1 Alt. 2 StGB scheidet aus, denn vorausgesetzt wird, dass der Täter durch ein von besonderer Pietätslosigkeit und Rohheit gekennzeichnetes Verhalten seine Miss- oder Nichtachtung zum Ausdruck bringt, *Lenckner/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 27), § 168 Rn. 10 m.w.N.

<sup>30</sup> *Hoyer*, ZIS 2006, 1 (1); *Kaiser*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 217. Lfg., Stand: Oktober 2017, § 33 KunstUrhG Rn. 9.

<sup>31</sup> *Koch*, GA 2005, 589 (593).

<sup>32</sup> Vgl. III. 2.

<sup>33</sup> Geltend ab 25.5.2018, BGBl. I 2018, S. 2097.

<sup>34</sup> Etwas anderes gilt nur, wenn es sich gleichzeitig um die Daten einer lebenden Person handelt, *Schild*, in: Brink/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Datenschutzrecht, Stand: 1.2.2018, Art. 4 Rn. 11 f.

### III. Gesetzentwurf des Bundesrats

Der Bundesrat hat am 2.3.2018 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches (StGB) – Effektive Bekämpfung von so genannten „Gaffern“ sowie Verbesserung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts von Verstorbenen<sup>35</sup> beschlossen, welcher aktuell der Bundesregierung zur Stellungnahme zugeleitet wurde, ehe diese ihn an den Bundestag weiterleitet.

*1. Zielsetzung*

Durch die Erweiterung des § 201a Abs. 1 StGB soll eine Regelungslücke geschlossen werden, die sich daraus ergibt, dass es mit zunehmendem technischen Fortschritt immer häufiger dazu kommt, dass Schaulustige bei Unfällen oder Unglücksfällen Bild- oder Videoaufnahmen anfertigen und über soziale Netzwerke teilen und/oder an Zeitungen und Fernsehanstalten weitergeben, worin eine erhebliche Missachtung des Persönlichkeitsrechts der Opfer zu sehen sei.<sup>36</sup> § 201a Abs. 1 StGB schütze in seiner derzeitigen Fassung lediglich lebende Personen. Der Schutz durch § 33 KunstUrhG sei nicht ausreichend, da hier nur die Verbreitung, nicht die Fertigung der Aufnahme selbst, unter Strafe gestellt sei. Die Absicht, die Aufnahmen zu verbreiten, könne im Zeitpunkt der Fertigung der Aufnahmen regelmäßig nicht festgestellt werden, sodass dieses Verhalten nach dem KunstUrhG nicht strafbar sei.<sup>37</sup> Der strafrechtliche Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs sei nur dann umfassend geregelt, wenn nicht nur der Sterbevorgang, sondern auch der Verstorbene vor unbefugten Bildaufnahmen geschützt ist.<sup>38</sup>

*2. Geplante Änderungen*

Der Entwurf sieht eine Änderung der amtlichen Überschrift des § 201a StGB in „§ 201a Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Bildaufnahmen“ vor. Die Aufnahme verstorbener Personen in den Schutzbereich des § 201a StGB soll in der Gestalt erfolgen, dass eine neue Nr. 3 in § 201a Abs. 1 StGB aufgenommen wird („von einer verstorbenen Person eine Bildaufnahme, die diese zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt“).<sup>39</sup>

In § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB-E soll das Gebrauchen oder das einer dritten Person Zugänglichmachen einer durch eine Tat nach § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E hergestellten Bildaufnahme unter Strafe gestellt werden.<sup>40</sup> Nach § 201a Abs. 1 Nr. 5 StGB-E soll bestraft werden, wer eine befugte hergestellte Bildaufnahme der § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E bezeichneten Art wissentlich unbefugt einer dritten Person zugänglich macht und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt.<sup>41</sup> Die Strafandrohung des § 201a Abs. 1 StGB – Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder

<sup>35</sup> BR-Drs. 41/18.

<sup>36</sup> BR-Drs. 226/16, S. 3.

<sup>37</sup> BR-Drs. 226/16, S. 3.

<sup>38</sup> BR-Drs. 226/16, S. 5.

<sup>39</sup> BR-Drs. 226/16, S. 1.

<sup>40</sup> BR-Drs. 226/16, S. 1.

<sup>41</sup> BR-Drs. 226/16, S. 2.

Geldstrafe – soll beibehalten werden. In § 201a Abs. 2 StGB-E soll unter Strafe gestellt werden, dass die Bildaufnahme der verstorbenen Person, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, unbefugt einer dritten Person zugänglich gemacht wird,<sup>42</sup> denn es seien Konstellationen denkbar, in denen Bildaufnahmen von verstorbenen Personen geeignet sind, ihrem Ansehen postmortal zu schaden, ohne dass der Tod des Betroffenen selbst zur Schau gestellt wird.<sup>43</sup> In § 201a Abs. 4 StGB-E soll eine Versuchsstrafbarkeit eingeführt werden, da die Tat ansonsten straffrei bleiben würde, wenn die Anfertigung der Aufnahme, beispielsweise durch das rechtzeitige Eingreifen der Rettungskräfte oder durch einen technischen Defekt, verhindert wird. In diesen Fällen ermögli­che die Strafbarkeit des Versuchs über § 201a Abs. 6 StGB-E die Einziehung.<sup>44</sup> Weiter soll die Sozialadäquanzklausel<sup>45</sup> des § 201a Abs. 5 StGB-E der Wahrnehmung berechtigter Interessen auch auf § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E erstreckt werden, da ansonsten die verstorbene Person umfassender als die lebende geschützt wäre.<sup>46</sup> Nach § 205 Abs. 2 S. 1 StGB-E geht das Strafantragsrecht, wenn der Verletzte stirbt oder sich die Tat nach § 201a StGB auf eine verstorbene Person bezieht, nach § 77 Abs. 2 StGB auf die Angehörigen über. Anderenfalls wäre die Verfolgung von Taten, die sich auf eine verstorbene Person beziehen, nicht möglich.<sup>47</sup>

### 3. Kritische Stimmen

Kritische Stimmen hinterfragen, ob den auf Bildaufnahmen fixierten „Gaffern“ überhaupt durch das Strafrecht in sinnvoller Weise entgegengewirkt werden kann. Es sei empirisch nicht geprüft, ob die Polizisten nach einem Unfall auf der Autobahn überhaupt in der Lage seien, die Smartphones der Vorbeifahrenden zu kontrollieren.<sup>48</sup> Die Problematik liege nicht in der fehlenden Regulierung, sondern in der mangelnden Durchsetzbarkeit des geltenden Rechts, da der Fokus der Einsatzkräfte am Unfallort nicht auf die Verfolgung derartiger Normverstöße, sondern auf Hilfsmaßnahmen in der Not­situation gerichtet ist.<sup>49</sup> Der geplanten Reformierung des § 201a StGB wird demnach rein symbolischer Wert zuge-

schrieben<sup>50</sup> und davon ausgegangen, dass mobile Sichtschutz­wände in der Praxis hilfreicher als strafrechtliche Verbote seien.<sup>51</sup>

## IV. Stellungnahme

Der Gesetzentwurf des Bundesrats bringt auch über die strafrechtliche Sanktionierung der Fertigung von Bildaufnahmen von Toten hinaus Änderungen mit sich. Ausdrücklich zu begrüßen ist, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz nunmehr strafrechtlich weitergehend abgesichert werden soll.

### 1. Keine generelle Strafbarkeit des „Gaffens“

Die generelle Strafbarkeit des „Gaffens“ wird – soweit ersichtlich – nicht ernsthaft gefordert und wäre auch mit dem Ultima-ratio-Gedanken des Strafrechts<sup>52</sup> nicht zu vereinbaren.<sup>53</sup> Einen hinreichend bestimmten Tatbestand zu formulieren, würde sich aller Voraussicht nach als ein „Ding der Unmöglichkeit“ erweisen.<sup>54</sup> Zudem wäre eine trennscharfe Abgrenzung von „Gaffern“ und Ersthelfern und auch von jenen, die hinzukommen, um sich einen Überblick über die Lage zu verschaffen und um in Erfahrung zu bringen, ob noch Hilfe benötigt wird, mitunter schwierig.<sup>55</sup> Eine zu extensive Strafbarkeit würde unter Umständen dazu führen, dass die Bereitschaft zu Hilfeleistungen abnimmt, denn aus Sicht des (potentiellen) Ersthelfers bestünde die Gefahr, dass er sich strafbar macht, wenn er seiner Aufgabe nicht gewachsen ist und „dann auch einmal herumsteht.“<sup>56</sup>

### 2. Aufnahme Verstorbener in den Anwendungsbereich des § 201a StGB-E

Die geplante Erstreckung des § 201a Abs. 1 StGB auf Tote ist zu begrüßen.<sup>57</sup> Anderenfalls hinge die Strafbarkeit der „Gaffer“, die es nicht beim „Gaffen“ belassen, sondern auch noch Bildaufnahmen tödlich verunfallter Personen erstellen, davon ab, ob sich ein zunächst lebensgefährlich verletztes Opfer im Zeitpunkt der Erstellung der Aufnahme noch im Sterbevorgang befand oder bereits verstorben war.<sup>58</sup> Richtig

<sup>42</sup> BR-Drs. 226/16, S. 2.

<sup>43</sup> BR-Drs. 226/16, S. 5.

<sup>44</sup> BR-Drs. 226/16, S. 5 f.

<sup>45</sup> Statt vieler *Graf*, in: Joecks/Miebach (Fn. 26), § 201a Rn. 91.

<sup>46</sup> BR-Drs. 226/16, S. 6.

<sup>47</sup> BR-Drs. 226/16, S. 6. § 205 Abs. 2 S. 1 StGB-E ist missverständlich formuliert, denn genau genommen geht das Antragsrecht bei einem bereits im Tatzeitpunkt verstorbenen Opfer nicht auf die Angehörigen über, sondern besteht von vornherein nur seitens der Angehörigen.

<sup>48</sup> *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 201a Rn. 9.

<sup>49</sup> *Voelzke*, jM 2016, 133.

<sup>50</sup> *Kargl* (Fn. 48), § 201a Rn. 9: „Stattdessen setzt der moderne Gesetzgeber ganz auf die symbolische Funktion des Zeichen-Setzens, also auf indirekte Generalprävention.“

<sup>51</sup> *Kargl* (Fn. 48), § 201a Rn. 9. Vgl. auch *Voelzke*, jM 2016, 133.

<sup>52</sup> Vgl. hierzu BVerfG NJW 1993, 1751 (1754).

<sup>53</sup> Vgl. auch *Nehm*, ZRP 2016, 158 (Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Pönalisierung des „Gaffens“ wäre zweifelhaft).

<sup>54</sup> Vgl. *Nehm*, ZRP 2016, 158.

<sup>55</sup> Vgl. *Heger/Jahn*, KriPoZ 2017, 113 (116); *Winkelmeier-Becker/Voss*, DRiZ 2017, 162 (163).

<sup>56</sup> *Winkelmeier-Becker/Voss*, DRiZ 2017, 162 (163).

<sup>57</sup> Vgl. auch *Kargl* (Fn. 48), § 201a Rn. 22.

<sup>58</sup> Dies führt zu „grotesken Abgrenzungsfragen“, vgl. *Havliza*, DRiZ 2018, 86 (87). Ist der Todeszeitpunkt nicht aufzuklären, muss nach dem Zweifelsgrundsatz davon ausgegangen werden, dass das Opfer im Aufnahmezeitpunkt bereits verstorben war.

ist, dass nach geltendem Recht eine Regelungslücke besteht, die auch durch § 33 KunstUrhG nicht geschlossen wird.<sup>59</sup> Entgegen der Entwurfsbegründung<sup>60</sup> kann es hierfür auf eine – im Zeitpunkt der Fertigung der Aufnahme nicht feststellbare – Verbreitungsabsicht nicht ankommen, denn § 33 KunstUrhG kennt ohnehin keine Versuchsstrafbarkeit.<sup>61</sup> Daher führt es nicht weiter, sich Gedanken darüber zu machen, ob ein im Vorfeld des § 33 KunstUrhG liegendes Verhalten Versuchsunrecht darstellt. Im Übrigen setzt § 33 KunstUrhG subjektiv keine Verbreitungsabsicht, sondern lediglich *dolus eventualis* voraus.<sup>62</sup> Die Einbeziehung des Schutzes Verstorbener ist angesichts des von § 201a StGB geschützten Rechtsguts, des Rechts am eigenen Bild als Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, beschränkt auf den höchstpersönlichen Lebensbereich,<sup>63</sup> sachgerecht. Dieses Recht besteht nach dem Tode für eine gewisse Zeitspanne<sup>64</sup> aufgrund der Menschenwürdegarantie fort und ist von staatlicher Seite auch mit Mitteln des Strafrechts gegen rechtswidrige Eingriffe zu schützen. Es ist zwar richtig, dass Verstöße gegen § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E voraussichtlich nicht in allen Fällen geahndet werden könnten, da die Einsatzbeamten bei einem Unfall oder sonstigem Unglücksfall vor Ort nicht in der Lage sein werden, alle Verstöße festzustellen und die Verantwortlichen ausfindig zu machen. Gewisse Ahndungs- und Beweisschwierigkeiten sind jedoch für sich genommen kein Grund, einer Strafnorm ihren Nutzen abzusprechen. Im Übrigen ist es, wie die Presseberichterstattung<sup>65</sup> zeigt, auch gegenwärtig möglich, die von fotografierenden und filmenden „Gaffern“, welche aufgrund ihres geringen Tempos den Verkehr blockieren, begangenen Verkehrsordnungswidrigkeiten zu ahnden. Der Einsatz mobiler Sichtschutzwände ist eine sinnvolle präventive und den strafrechtlichen Schutz ergänzende Maßnahme, um die Ablichtung verstorbener Personen zu unterbinden, die überdies auch gegen das bloße „Gaffertum“ hilft, er kann jedoch eine strafrechtliche Ahndung nicht ersetzen.

Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zur Schau stellen“ in § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E könnte auf Literatur und Rechtsprechung zur Zurschaustellung der Hilflosigkeit nach § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB zurückgegriffen werden. Hilflos ist eine Person, die sich in einer Lage befindet, aus der sie sich nicht selbst befreien kann, sodass sie der Bildaufnahme wehrlos ausgesetzt ist.<sup>66</sup> Ein Zurschaustellen liegt in einem Hervorheben der Hilflosigkeit als Bildinhalt, sodass diese für den

Betrachter alleine aus der Aufnahme erkennbar wird.<sup>67</sup> Ein Zurschaustellen wird dagegen verneint, wenn die Hilflosigkeit der abgebildeten Person lediglich an der Peripherie des Bildinhalts gezeigt wird.<sup>68</sup> § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E verlangt nicht, dass der Tod der Person, sondern die verstorbene Person, zur Schau gestellt wird, sodass aus der Aufnahme nicht erkennbar sein muss, dass die Person im Aufnahmezeitpunkt verstorben war. Übernimmt man die Auslegung des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB, ist zu verlangen, dass die Aufnahme erkennbar darauf gerichtet ist, die verstorbene Person als Hauptmotiv abzulichten.

Problematisch ist bei dieser Auslegung, dass sie auch Aufnahmen von Toten erfasst, die aus einer verständlichen Motivation heraus erfolgen, wie beispielsweise die – auch heutzutage noch, wenn auch selten, von Fotografen praktizierte – post-mortem-Fotografie (Totenfotografie) zur Unterstützung der Trauerarbeit<sup>69</sup> oder aber auch zu Wissenschafts- oder Ermittlungs- oder sonstigen Beweis Zwecken erstellte Aufnahmen. Denkbar wäre es, unter das Zurschaustellen allein eine Darstellung des Verstorbenen als Objekt des Geschehens ohne erkennbare, vernünftige Zielsetzung zu subsumieren. Dieser Ansatz vermengt aber objektive mit subjektiven Kriterien. Im Übrigen kann man einer Aufnahme mitunter die dahinterstehende Absicht nicht ansehen. Während dies bei mit Bedacht erstellten post-mortem-Fotografien, die den Toten aus wohl gewählter Perspektive auf seinem Sterbebett zeigen, noch möglich ist, sieht man einem Foto vom Unfallort nicht ohne Weiteres an, ob es aus Ermittlungsgründen oder zwecks „Effekthascherei“ angefertigt wurde. Des Weiteren wäre nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund gleichlautende Tathandlungen innerhalb desselben Straftatbestandes ohne Not unterschiedlich ausgelegt werden sollten. Man sollte die Tathandlung daher in Anlehnung an § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB verstehen und zur Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erstellte Aufnahmen nach § 201a Abs. 5 StGB-E vom Tatbestand ausnehmen.

§ 201a Abs. 1 Nr. 5 StGB-E stellt unter Strafe, wenn eine befugte hergestellte Bildaufnahme der in § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E bezeichneten Art wissentlich unbefugt einem Dritten zugänglich gemacht und hierdurch der höchstpersönliche Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt wird. Unter dem höchstpersönlichen Lebensbereich versteht man den Bereich privater Lebensgestaltung, in dem eine Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und dem Schutzinteresse des Einzelnen, wie sie bei einem Eingriff in den sonstigen persönlichen Lebensbereich erforderlich ist, nicht stattfindet.<sup>70</sup> Dieser Bereich ist enger zu verstehen als der „persönliche Lebensbereich“ aus § 68a Abs. 1 StPO, § 171b Abs. 1 S. 1 GVG<sup>71</sup> und als der in der Überschrift des

<sup>59</sup> Vgl. II. 2. c).

<sup>60</sup> BR-Drs. 226/16, S. 3.

<sup>61</sup> Kaiser (Fn. 30), § 33 KunstUrhG Rn. 26.

<sup>62</sup> Kaiser (Fn. 30), § 33 KunstUrhG Rn. 26.

<sup>63</sup> Graf (Fn. 45), § 201a Rn. 10.

<sup>64</sup> Vgl. II. 1.

<sup>65</sup> Stern v. 28.3.2018, abrufbar unter:

<https://www.stern.de/panorama/weltgeschehen/nachrichten-aus-deutschland--polizei-filmt-gaffer-nach-lkw-unfall-7915096.html> (24.5.2018).

<sup>66</sup> Ausführlich Graf (Fn. 45), § 201a Rn. 49.

<sup>67</sup> BGH NJW 2017, 1981 (1893 Rn. 20).

<sup>68</sup> Kargl (Fn. 48), § 201a Rn. 8.

<sup>69</sup> Spiegel Online v. 26.2.2014, abrufbar unter:

<http://www.spiegel.de/karriere/leichenfotograf-postmortem-bilder-fuer-die-angehoerigen-a-952750.html> (24.5.2018).

<sup>70</sup> BT-Drs. 15/2466, S. 5.

<sup>71</sup> Busch, NJW 2015, 977 (980); Kargl (Fn. 48), § 201a Rn. 20.

15. Abschnitts des StGB bezeichnete „persönliche Lebens- und Geheimbereich.“<sup>72</sup> Als Orientierung dient der vom Bundesverfassungsgericht verwendete und in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung näher ausgeformte Begriff der Intimsphäre.<sup>73</sup> Umfasst sind vor allem, aber nicht abschließend, die Bereiche Krankheit, Tod und Sexualität.<sup>74</sup> Dass die Aufnahme einen Toten zeigt, kann nicht ausreichen, um den höchstpersönlichen Lebensbereich zu verletzen, denn anderenfalls wäre das Merkmal der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs für § 201a Abs. 3 StGB-E bedeutungslos. Geht man davon aus, dass der letzte Rückzugsbereich eines Menschen nur im Leben geschützt ist, wofür der Begriff des höchstpersönlichen Lebensbereichs angeführt wird, besteht nach dem Tode keine Verletzungsmöglichkeit mehr.<sup>75</sup> Diese Auffassung wäre aber mit dem Wortlaut des § 201a Abs. 1 Nr. 5 StGB-E nicht zu vereinbaren. Vorzugswürdig ist es, dasjenige als umfasst anzusehen, was nach hypothetischer Betrachtungsweise zu Lebzeiten in den höchstpersönlichen Lebensbereich zuzuordnen ist, wenn ein erkennbar schwer verletzter oder erkrankter Mensch gezeigt wird, sollte das Zeigen eines gerade verstorbenen Menschen gleichermaßen umfasst sein. Etwas anderes mag – in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 22 S. 2 KunstUrhG und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allmählichen Verblenden des postmortalen Persönlichkeitsschutzes<sup>76</sup> – nur gelten, wenn der Tote bereits längere Zeit verstorben ist.

Die Erweiterung der Sozialadäquanzklausel des § 201a Abs. 4 StGB, welche überwiegend als Tatbestandsausschluss<sup>77</sup> verstanden wird, auf § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E ist folgerichtig. Was Presseveröffentlichungen angeht, wird ihr Anwendungsbereich wohl eher gering sein, da gerade zur Schau stellende Aufnahmen Verstorbener wohl selten für eine Berichterstattung erforderlich sein werden. Selbst wenn ein (überwiegendes) Interesse daran besteht, die Umstände oder die Dimension eines Verkehrsunfalls bildlich zu zeigen, so trifft dies doch nicht auf Aufnahmen zu, die verstorbene Unfalltote zum Hauptmotiv haben.

### 3. Einführung einer Versuchsstrafbarkeit in § 201a Abs. 4 StGB-E

Mit der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit, die bereits früher Gegenstand von Reformbemühungen war,<sup>78</sup> in § 201a Abs. 4 StGB-E wird ein Gleichklang zum Straftatbestand der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, dessen versuchte Begehung in § 201 Abs. 4 StGB unter Strafe gestellt ist,

hergestellt.<sup>79</sup> Zuvor war von der Normierung einer Versuchsstrafbarkeit abgesehen worden, da bei einem Gefährdungsdelikt mit derart geringer Strafandrohung eine Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht sachgerecht sei<sup>80</sup> und sich das unmittelbare Ansetzen in der Praxis kaum nachweisen ließe.<sup>81</sup> Da der Täter nach § 22 StGB unmittelbar zur Tat ansetzen muss, wofür das bloße In-der-Hand-Halten eines Smartphones nicht ausreicht – der Täter muss vielmehr schon im Begriff sein die Aufnahme zu erstellen,<sup>82</sup> indem er die mobile Kamera-Applikation öffnet oder aber das Motiv anvisiert – besteht keine Gefahr einer zu weit gehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit. Die Versuchsstrafbarkeit vermeidet die anderenfalls bestehende Strafbarkeitslücke, wenn der Täter einem Irrtum über die Frage unterliegt, ob das Tatopfer bereits verstorben ist.<sup>83</sup> Hält der Täter eine verunfallte lebende Person für verstorben oder umgekehrt eine bereits verstorbene Person für noch am Leben, verwirklicht er jeweils den objektiven Tatbestand des § 201a Abs. 1 StGB-E. Der Irrtum über die Tatbestandsvariante (§ 201a Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 StGB-E) sollte als unerheblich eingeordnet werden.<sup>84</sup> Der Gesetzgeber sollte sich aber – ebenso wie der Rechtsanwender – darüber im Klaren sein, dass die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit Konsequenzen für den gesamten Anwendungsbereich des § 201a StGB haben würde. Strafbar wären dann z.B. Fälle, in denen dem Täter die Aufnahme misslingt, sodass keine Person als solche erkennbar ist.<sup>85</sup>

<sup>72</sup> Hoyer, ZIS 2006, 1 (1); Obert/Gottschalck, ZUM 2005, 436 (438).

<sup>73</sup> BT-Drs. 15/2466, S. 5; Flechsig, ZUM 2004, 606 (609).

<sup>74</sup> BT-Drs. 15/2466, S. 5; Flechsig, ZUM 2004, 606 (609) m.w.N.

<sup>75</sup> Flechsig, ZUM 2004, 606 (613).

<sup>76</sup> Vgl. II. 1.

<sup>77</sup> Graf (Fn. 45), § 201a Rn. 96. A.A. Rechtfertigungsgrund Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (318).

<sup>78</sup> Vgl. BT-Drs. 164/03, S. 7.

<sup>79</sup> Vgl. Kühl, AfP 2004, 190 (195).

<sup>80</sup> BT-Drs. 15/2466, S. 4; Eisele, JR 2005, 5 (11). Kritisch zur Straflosigkeit des Versuchs Koch, GA 2005, 589 (598).

<sup>81</sup> Eisele, JR 2005, 5 (11).

<sup>82</sup> Flechsig, ZUM 2004, 606 (608); Kühl, AfP 2004, 190 (195).

<sup>83</sup> Vgl. II. 2. a).

<sup>84</sup> Vgl. zum Irrtum über Tatbestandsalternativen Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 16a. Wenn der Täter billigend in Kauf nimmt, dass die Person noch lebt oder aber bereits verstorben ist, liegt *dolus alternativus* vor, dessen rechtliche Behandlung strittig ist, vgl. hierzu Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 14 Rn. 48 ff.

<sup>85</sup> Vgl. Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 201a Rn. 15.

# The Right to Examination of Prosecution Witnesses

By Dr. Mehmet Arslan, LL.M., Freiburg i.Br.\*

## Introduction

At first sight, Article 6 of the ECHR seems to guarantee a straightforward right to question witnesses who appear before a criminal court and testify against the defendant. Nothing else about the provision and exercise of this right can be inferred from the wording of Subsection 3 (d).<sup>1</sup>

However, the Court has provided some clarification about the context and intended scope of this right,<sup>2</sup> although its corresponding case law is still in the process of development.<sup>3</sup> First of all, the Court has embedded the right to examine prosecution witnesses into the general notion of a fair trial, meaning that this right, as the Court understands it, fulfils some of the functions which must be met pursuant to providing a fair trial in the sense of Art. 6 (1) [I.]. Secondly, the Court has clarified, to a certain degree, the scope of the right to examine witnesses. The right has gained a procedural and a material scope [II. and III.]. Thirdly, the Court has acknowledged some legitimate reasons which can be cited in order to restrict the right to examine witnesses [IV.]. In case of a restriction, since the interests of more than one participant of a criminal trial are impaired, fourthly, the Court requires a balance to be struck between the interests of the defendant, the criminal justice authorities, and the other participants in the trial [V.]. Finally, the violation of the right to challenge witnesses depends on the result of an overall fairness test that involves the consideration of all relevant requirements [VI.].

The following contribution aims at delivering a systematic, general overview of the right to examine witnesses; for this reason, it will not address specific details and ambiguities in the case law of the Court, nor the corresponding discussions in the literature.

## I. General scope within the realm of a fair trial

Looking closely at the case law of the Court, one can establish three essential components of a fair trial: firstly, the defendant must be afforded the possibility to effectively participate in criminal proceedings. Secondly, he shall have access to the evidence that the trial court and prosecution have at their disposal. Thirdly, the trial court must treat the defendant in a way that provides him with a certain “equality of arms” between him and the prosecution authority.<sup>4</sup> These rights

serve to implement the adversarial model of the criminal trial, more specifically an adversarial evidence-taking process, which the Court evaluates as fair in the sense of the Convention.<sup>5</sup>

According to the principle of adversarial evidence-taking, in general all evidence that should be considered with regard to the guilt of the defendant or possible punishment must be taken by the Court in a public trial and in the presence of the defendant.<sup>6</sup> In the case of witness evidence, the requirements of effective participation, access to evidence and equality of arms, are regarded as met if the defendant gains the opportunity to examine the witness, to confront him or her before the trial court with his version of the case, and to have influence on the outcome of trial.<sup>7</sup> That is the ideal scenario or picture that the Court reads into the very brief wording of Art. 6 (3) (d) of the Convention. Thereby, the Convention does not aim to export various figures of the common law trial model, namely cross-examination, into the civil law countries of the Continent, which mostly follow the inquisitorial tradition of the criminal trial.<sup>8</sup> So, if the trial is organized in an inquisitorial way, it is sufficient for the purpose of a fair trial that the defendant has the possibility of confronting the prosecution witness with his version of the case.<sup>9</sup> Although the postulation of a cross-examination by Art. 6 of the Convention is thereby avoided, one can establish a certain degree

---

– 17362/03 (*Soysal v. Turkey*), § 63; ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*), § 141; see also *Jahn*, JuS 2014, 948 (949); *Gaede*, StV 2006, 599 (601); *Walther*, JZ 2004, 1107 (1110); *Esser*, JR 2005, 248 (249); *Holdgaard*, Nordic J. Int. L. 71 (2002), 83 (83).

<sup>5</sup> For the status of the right to examine a prosecution witness within the system of Art. 6 see *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (607 ss.); see also *Lohse*, JR 2015, 60 (63); *Renzikowski* (fn. 3), p. 529; *Cornelius*, NStZ 2008, 244 (247).

<sup>6</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Germany*), § 103; see also *Pauly*, StV 2014, 452 (456); *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (130 ss.); *Esser*, JR 2005, 248 (249).

<sup>7</sup> *Zöller*, ZJS 2010, 441 (443); *Renzikowski* (fn. 3), p. 529; *Wohlers*, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, 2002, p. 813 (817).

<sup>8</sup> ECHR, Judgment of 28.5.2013 – 67318/09, 22226/12 (*Twomey and Cameron v. The United Kingdom*), § 30.

<sup>9</sup> See, for instance, ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Germany*), § 131, “[to] contest effectively the witness’s credibility” or “a direct confrontation [with him]”; see also *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Ed. 2018, p. 488; *Redmayne*, MLR 75 (2012) 865 (866); *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (608); *Walther*, GA 2003, 204 (206); *Lusty*, Sydney L. Rev. 24 (2000), 361 (411).

---

\* Senior Researcher at Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg i.Br.

<sup>1</sup> See also *Walther*, GA 2003, 204 (212); *Holdgaard*, Nordic Journal of International Law 71 (2002), 83 (83).

<sup>2</sup> For a historical review see *Kirst*, Quinnipiac Law Review 2003, 782.

<sup>3</sup> See below V. 2 a). and VI. 1.; see also *Renzikowski*, in: Hiebl/Kassebohm/Lilie (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009, 2009, p. 529 (531).

<sup>4</sup> See for that ECHR, Judgment of 4.12.2015 – 47143/06 (*Zakharov v. Russia*), § 246; ECHR, Judgment of 23.9.2014

of harmonization between the adversarial and inquisitorial trial models via the requirement of confrontation.<sup>10</sup>

This was how the Court viewed the right to examine witnesses as fitting into the more general notion of the right to fair trial. In the following, the right of examination will be elaborated more specifically.

### II. Procedural scope

As long as the prosecution authority uses the testimony of a witness against the defendant, and the trial court possibly relies on this testimony in its verdict,<sup>11</sup> two specific procedural issues arise: the appearance or attendance of a prosecution witness before the trial court, and the examination or confrontation of the witness by the defendant.<sup>12</sup> According to the case law of the Court, the trial judge has to make “every reasonable effort [...] in order to ensure the attendance of the witnesses in court”,<sup>13</sup> including inquiring about an address and summoning the witness. The same is true for the examination of the witness before the trial court by the defendant. Whenever the trial judge cannot ensure the appearance of the witness or the examination of the witness by the defendant, he is obliged to account for the factual and/or legal grounds of the restrictions that are thereby incurred by the defendant.<sup>14</sup> As the Court emphasizes, the obligations of inquiry and reasoning pertaining to the restrictions emerge from the role of the trial judge as “being the ultimate guardian of the fairness of the proceedings”.<sup>15</sup>

### III. Material scope

Besides the procedural scope, the examination of the witness needs to occur under certain conditions. I have already mentioned the meaning of this right for adversarial evidence production calling for a confrontation with the prosecution witnesses in a public trial and in the presence of the defendant. In particular, the principle of confrontation requires “that the defendant in a criminal trial should have an effective opportunity to challenge the evidence against him”.<sup>16</sup> That means more specifically: the defendant must be “in a position to challenge the probity and credibility” of prosecution witnesses and “to test the truthfulness and reliability” of their testimonies.<sup>17</sup> The question here is: what does the defendant

need to know or be able to do in order to achieve the purpose of the confrontation?

A closer look into the case law of the Court reveals that the defendant, firstly, must be informed about the identity of any prosecution witness; secondly, the personal appearance of the witness for examination in the trial must be secured; thirdly, the defendant must be enabled to follow the examination of the witness acoustically and visually; and finally, he needs to obtain the opportunity to question the witness and to challenge his or her testimony.<sup>18</sup> By ensuring these conditions, the defendant gets to know the personality of his “accuser”.<sup>19</sup> He is able to observe the demeanour of the witness, including any spontaneous reactions he or she may have to the questions asked, in the process of testifying against him and thus influencing the outcome of the trial. The defendant is directly and fully aware of the state of knowledge that the decision-makers possess with regard to the testimonies of the witness.<sup>20</sup>

If the defendant is aware “of the identity of the person it seeks to question”, he may be able to “demonstrate that he or she is prejudiced, hostile or unreliable”.<sup>21</sup> Moreover, in being enabled “to observe the witnesses’ demeanour under questioning”, the defendant can “form a view as to their truthfulness and reliability”.<sup>22</sup> A direct confrontation with the prosecution witnesses and awareness of all the witness’s testimonies will make it possible for the defendant, to “press” the witnesses, “at times vigorously”, on any “inconsistencies in their account”.<sup>23</sup> Furthermore, the examination of prosecution witnesses by the defense itself is supposed to prevent the danger that the trial court or prosecution authority might neglect or even wilfully leave out questions for the witnesses with regard to inconsistencies in their testimonies or other

<sup>10</sup> In this regard see also *Vogler*, ZStW 126 (2014), 239 (246); *Jung*, GA 2009, 235 (236); *Renzikowski* (fn. 3), p. 530.

<sup>11</sup> ECHR, Judgment of 26.2.2013 – 50254/07 (*Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*), § 87.

<sup>12</sup> See also below VI.

<sup>13</sup> ECHR, Judgment of 22.11.2015 – 13249/02 (*Taal v. Estonia*), § 34; see also *Ambos* (fn. 9), p. 489; *Renzikowski* (fn. 3), p. 540.

<sup>14</sup> See also below IV.1.

<sup>15</sup> ECHR, Judgment of 23.10.2012 – 38623/03 (*Pichugin v. Russia*), § 204.

<sup>16</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*), § 127.

<sup>17</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*), § 127; see

also *Ambos* (fn. 9), p. 488; *Jahn*, JuS 2014, 948 (949); *Groenhuijsen/Selçuk*, ZStW 126 (2014), 248 (263); *de Wilde*, Int. J. Evidence & Proof 17 (2013), 157 (157); *Wohlens* (fn. 7), p. 815.

<sup>18</sup> For the requirements of confrontation see also *Ambos* (fn. 9), p. 489; *Lohse*, JR 2015, 60 (63 ss.); *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (130); *Krausbeck*, Konfrontative Zeugenbefragung, Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für das deutsche Strafverfahren, 2010, p. 124 ss.

<sup>19</sup> ECHR, Judgment of 20.11.1989 – 11454/85 (*Kostovski v. The Netherlands*), § 42; *Groenhuijsen/Selçuk*, ZStW 126 (2014), 248 (264).

<sup>20</sup> See also *Renzikowski* (fn. 3), p. 529; *Cornelius*, NStZ 2008, 244 (247); *Rosbaud*, HRRS 2005, 131 (135); *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (609).

<sup>21</sup> ECHR, Judgment of 20.11.1989 – 11454/85 (*Kostovski v. The Netherlands*), § 42.

<sup>22</sup> ECHR, Judgment of 10.4.2012 – 46099/06, 46699/06 (*Ellis, Rodrigo and Martin v. The United Kingdom*), § 74; see also *Maffei*, The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings, 2006, p. 78; *van Voorhout*, Utrecht Law Review 2 (2006), 139 (141).

<sup>23</sup> *van Voorhout*, Utrecht Law Review 2 (2006), 139 (141).

kinds of inappropriate reasons for a false statement.<sup>24</sup> Of course, the defense may consider the use of these opportunities unnecessary and then waive its right to confront the witness, whether entirely or partially, through an explicit declaration or implicit behaviour.<sup>25</sup>

That, in general terms, is how the European Court of Human Rights understands the right to examine a prosecution witness and conceives of its procedural and material scope. The next issue to be dealt with is the limitations of this right.

#### IV. Legitimate reasons for a restriction and the usual methods of restriction

##### 1. General concept

It is part of the established case law of the Court that the Convention not only protects the rights of the defense but also the interests of society in an effective administration of criminal justice,<sup>26</sup> and the rights of victims as well as the rights of witnesses to life (Art. 2), liberty and security (Art. 5) and to private life (Art. 8),<sup>27</sup> even if Art. 6 (3) (d) mentions none of these rights. Thus if there is a conflict between affording the right to examine a prosecution witness and protecting these interests, the Convention requires that the right to examine be interpreted within the entire system of the Convention, and allows the restriction of this right on the ground of these legitimate interests.<sup>28</sup> The core notion of this judgement is: “Article 6 does not grant the accused an unlimited right to secure the appearance of witnesses in court”.<sup>29</sup> This is the broad conception of the limitations of the right to examine prosecution witnesses.

In its case law, the Court acknowledges a number of legal and factual reasons that count as legitimate limitations of the

right in view of the mentioned interests:<sup>30</sup> for instance, the vulnerability of witnesses, particularly in cases of sexual crimes where victims are themselves witnesses, or as regards the welfare of minor witnesses;<sup>31</sup> the protection of witnesses from threats or reprisals by the defendant;<sup>32</sup> the public interest in the confidentiality of some information (details about police investigation methods,<sup>33</sup> protection of sources,<sup>34</sup> or state-security-related circumstances<sup>35</sup>); or the right of the witness to not appear (immunities) or to refuse to answer incriminating questions for reasons of self-protection<sup>36</sup> or reasonable protection of others.<sup>37</sup> As to factual reasons, the Court for instance accepts the unreachability of witnesses who are dead,<sup>38</sup> ill<sup>39</sup> or missing (absent) – for example, when abroad.<sup>40</sup>

In principle, a due consideration of these legitimate reasons will, entirely or partially, release the trial court from its obligation to ensure the appearance or attendance of a prosecution witness in the public trial and to afford a direct examination of the witness or confrontation with the defendant.<sup>41</sup> However, this is only true if the trial court has made every

<sup>24</sup> See for instance ECHR, Judgment of 23.10.2012 – 38623/03 (Pichugin v. Russia), §§ 210 ss.; in this regard see also *Wohlens* (fn. 7), p. 822.

<sup>25</sup> ECHR, Judgment of 12.6.2014 – 30265/09, 30265/09 (Doncev and Burgov v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia), §§ 58 ss.; see also *du Bois-Pedain*, HRRS 2012, 120 (123); *Groenhuijsen/Selçuk*, ZStW 126 (2014), 248 (268); *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (138); *Renzikowski* (fn. 3), p. 536.

<sup>26</sup> Arguing in this direction also *Holdgaard*, Nordic J. Int. L. 71 (2002), 83 (84); see also *Lohse*, JR 2015, 60 (63).

<sup>27</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), § 118; see also *Pauly*, StV 2014, 452 (456); *Safferling*, NStZ 2006, 75 (77); *de Than*, J. Crim. L. 67 (2003), 165 (168).

<sup>28</sup> For the application of the principle of proportionality in context of Art. 6 see *Maffei* (fn. 22), 64 ss.

<sup>29</sup> ECHR, Judgment of 28.2.2016 – 51277/99 (Krasniki v. The Czech Republic), § 75; see also *Ambos* (fn. 9), p. 489; *Jahn*, JuS 2014, 948 (949); *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (131); *de Wilde*, Int. J. Evidence & Proof 17 (2013), 157 (158); *Mahler*, HRRS 2013, 333 (334); *Renzikowski* (fn. 3), p. 534; *Kirst*, QLR 4 (2003), 777 (804); *Holdgaard*, 71 (2002), Nordic J. Int. L., 83 (83).

<sup>30</sup> See for that ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Germany*), § 119; ECHR, Judgment of 19.2.2013 – 61800/08 (*Gani v. Spain*), § 40; see also *du Bois-Pedain*, HRRS 2012, 120 (123 ss.); *Krausbeck* (fn. 18), p. 159 ss.

<sup>31</sup> ECHR, Judgment of 20.12.2001 – 33900/96 (P.S. v. Germany), § 28; ECHR, Judgment of 10.1.2012 – 315/09 (A.G. v. Sweden); see also *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (132); *Maffei* (fn. 22), p. 52 ss.; *Kirst*, QLR 4 (2003), 777 (801); *Ambos*, NStZ 2003, 14 (16).

<sup>32</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), §§ 120–125.

<sup>33</sup> ECHR, Judgment of 23.9.2014 – 17362/03 (*Soysal v. Turkey*), § 78

<sup>34</sup> ECHR, Judgment of 15.6.1992 – 12433/86 (*Lüdi v. Switzerland*), § 48; see also *van Voorhout*, Utrecht Law Review 2 (2006), 119 (139); *Kirst*, QLR 4 (2003), 777 (807).

<sup>35</sup> ECHR, Judgment of 12.12.2013 – 19165/08 (*Donohoe v. Ireland*), §§ 78–81.

<sup>36</sup> ECHR, Judgment of 10.7.2012 – 29353/06 (*Vidgen v. The Netherlands*), § 42.

<sup>37</sup> ECHR, Judgment of 23.3.2016 – 47152/06 (*Blokhin v. Russia*), § 213.

<sup>38</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), ECHR, Judgment of 17.7.2001 – 29900/96, 29901/96, 29902/96 (*Sadak and others v. Turkey*), § 67.

<sup>39</sup> ECHR, Judgment of 12.12.2017 – 2257/12 (*Zadumov v. Russia*), § 54; ECHR, Judgment of 19.2.2013 – 61800/08 (*Gani v. Spain*), § 45; ECHR, Judgment of 27.3.2014 – 58428/10 (*Matytsina v. Russia*), § 163.

<sup>40</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Germany*), § 135; ECHR, Judgment of 21.3.2002 – 59895/00 (*Calabro v. Italy and Germany*); for a broad definition of absent witnesses see *Maffei* (fn. 22), p. 43 ss.; *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (135).

<sup>41</sup> See also above II.

reasonable effort to afford examination of or confrontation with the prosecution witnesses.<sup>42</sup> Connected with this obligation, the Court still bears the burden of inquiring and giving an explanation of the legal and factual reasons that led to the restrictions.<sup>43</sup>

### 2. Common forms of restriction – methods of witness protection

In any individual case, the details of the specific legal or factual reasons regarding how the trial court is going to restrict the right to examine a prosecution witness are important. In the legal practice of member states of the European Council<sup>44</sup> there are several forms of restrictions that the Court has ruled on. In terms of national legal orders, they are occasionally referred to as witness protection methods. The methods have common patterns, namely, they conceal the identity of the witness in question (anonymization/non-disclosure of identity);<sup>45</sup> or block the defense, either completely or partially, from observing the demeanour of the witness during the examination,<sup>46</sup> from direct confrontation with the witness,<sup>47</sup> from learning what the witness says,<sup>48</sup> or from asking questions, whether on specific issues or any questions at all.<sup>49</sup> As such, all corresponding measures inter-

fere with the material scope of the right to examine a witness.<sup>50</sup>

The methods provide witnesses with protection either during their examination at the trial stage, or with reference to their examination at a previous stage of the criminal proceedings and the admission of their testimonies as part of the evidence-taking by the trial court. Examples of the first group of methods include: exclusion of the public (in camera hearings),<sup>51</sup> examination of the witness under areal, acoustical or optical shielding (distortion of pictures and sounds),<sup>52</sup> exclusion of the defendant from the court-examination,<sup>53</sup> exclusion of the defendant and his lawyer from the court examination,<sup>54</sup> examination of the witness by an associate judge,<sup>55</sup> or limitations on questions.<sup>56</sup> The second group of methods includes: the examination of the witness by an investigating judge,<sup>57</sup> public prosecutor,<sup>58</sup> or police;<sup>59</sup> admission of these individuals as hearsay-evidence or a reading of examination records as documentary evidence;<sup>60</sup> and, finally, the acoustic and/or visual recording of a pre-stage examination of witnesses and playback of the record.<sup>61</sup>

In general, the Court does not consider the use of one of these methods as violating the Convention per se, including

<sup>42</sup> For this see above II.

<sup>43</sup> ECHR, Judgment of 18.12.2014 – 14212/10 (Scholer v. Germany), §§ 52 ss., ECHR, Judgment of 26.6.2015 – 48628/12 (Balta and Demir v. Turkey), § 41; see also *Renzikowski* (fn. 3), p. 537.

<sup>44</sup> In this regard see also Recommendation No. R (97) 13 Concerning Intimidation of Witnesses and the Rights of the Defence, available at:

<http://fdds.pl/wp-content/uploads/2016/05/Rekomendacja-Komitetu-Ministr%C3%B3w-Rady-Europy-dot.-zastraszenia-%C5%9Bwiadk%C3%B3w-i-prawa-dobrony.pdf> (25.5.2018): Recommendation Rec(2001)11 of the Committee of Ministers to member states concerning guiding principles on the fight against organised crime, available at: <https://rm.coe.int/1680092b86> (25.5.2018); Recommendation Rec(2005)9 of the Committee of Ministers to member states on the protection of witnesses and collaborators of justice, available at:

[http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec%202005\\_9.pdf](http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec%202005_9.pdf) (25.5.2018).

<sup>45</sup> ECHR, Judgment of 10.4.2012 – 46099/06, 46699/06 (Ellis, Rodrigo and Martin v. The United Kingdom), § 74; see also *Emmerson/Ashworth/Macdonald*, Human Rights and Criminal Justice, 3rd Ed. 2012, p. 584 ss.; *Kirst*, QLR 4 (2003), 777 (784 ss.).

<sup>46</sup> ECHR, Judgment of 26.3.1996 – 20524/92 (Doorson v. The Netherlands), §§ 72 ss.

<sup>47</sup> ECHR, Judgment of 6.12.2012 – 25088/07 (Pesukic v. Switzerland), § 50.

<sup>48</sup> ECHR, Judgment of 18.12.2014 – 14212/10 (Scholar v. Germany), §§ 60 et seqq.

<sup>49</sup> ECHR, Judgment of 23.10.2012 – 38623/03 (Pichugin v. Russia), § 202.

<sup>50</sup> See also *Krauß*, V-Leute im Strafprozeß und die Europäische Menschenrechtskonvention, 1999, p. 129.

<sup>51</sup> ECHR, Judgment of 1.3.2011 – 15924/05 (Welke and Bialek v. Poland), § 77.

<sup>52</sup> ECHR, Judgment of 6.12.2012 – 25088/07 (Pesukic v. Switzerland), § 50; ECHR, Judgment of 12.1.2017 – 54146/09 (Batek and others v. The Czech Republic), §§ 56 ss.; see also *Ambos* (fn. 9), p. 490 ss.; *Krausbeck* (fn. 18), p. 289.

<sup>53</sup> ECHR, Judgment of 10.4.2012 – 46099/06, 46699/06 (Ellis, Rodrigo and Martin v. The United Kingdom), § 41; see also *Krausbeck* (fn. 18), p. 286.

<sup>54</sup> ECHR, Judgment of 26.2.2013 – 50254/07 (Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia), § 91; ECHR, Judgment of 12.6.2014 – 30265/09, 30265/09 (Doncev and Burgov v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia), § 55.

<sup>55</sup> ECHR, Judgment of 26.6.2015 – 48628/12 (Balta and Demir v. Turkey), §§ 45 ss.

<sup>56</sup> ECHR, Judgment of 23.10.2012 – 38623/03 (Pichugin v. Russia), § 202.

<sup>57</sup> ECHR, Judgment of 20.9.1993 – 14647/89 (Saidi v. France), § 43.

<sup>58</sup> ECHR, Judgment of 27.2.2001 – 33354/96 (Luca v. Italy), § 40.

<sup>59</sup> ECHR, Judgment of 28.3.2002 – 47698/99, 48115/99 (Birutis and others), § 15.

<sup>60</sup> ECHR, Judgment of 19.12.1990 – 11444/85 (Delta v. France), § 37.

<sup>61</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), §§ 127 ss.; see also *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (610).

the use of documentary evidence as a surrogate.<sup>62</sup> Instead of a formal blanket judgement,<sup>63</sup> a closer reflection on their contents is required in order to determine whether and how their detrimental effects on defense rights might be remedied. Indeed, the methods put limitations of differing severity on the right to the examination of witnesses. Each individual method needs closer consideration regarding the question of to what extent it withdraws material advantages concerning the right to examination of a witness from the defendant.<sup>64</sup> The degree of restrictions should be judged by assessing the impact of the methods on the four basic conditions of the right to examine a prosecution witness that are mentioned above.<sup>65</sup> For reasons of space, the corresponding assessments for each individual method cannot be provided within the scope of this contribution. Additionally, individual cases generally have divergent circumstances which can only be assessed within their specific context. Nevertheless, such an investigation is of some importance because its outcome is one of the factors that the Court will consider in an examination of whether a criminal trial was fair as regards its treatment of the defendant.<sup>66</sup>

At this level of its examination, the Court demands a certain balance between concerned interests, even if the rights of the defense have been restricted on the grounds of a legitimate reason. A closer look into the case law of the Court reveals that such a balance requires consideration of the principle of proportionality and the adoption of counterbalancing measures.

## V. The balance of the interests

### 1. Principle of proportionality

As a general rule, the existence of a legitimate reason for restriction “could not justify any choice of means by the authorities [...]”.<sup>67</sup> The Court emphasizes that “any measures restricting the rights of the defence should be strictly necessary”.<sup>68</sup> The necessity test also includes the seriousness of the

reason that is given to justify restrictions on the rights of the defense.<sup>69</sup> Moreover, from among the various witness protection methods which may be considered equally justifiable reasons for restriction, the decision-makers are in general obliged to choose the least restrictive one.<sup>70</sup> However, if the trial court has alternatives at its disposal, it lies within its discretion to decide between the alternatives.<sup>71</sup> In principle, the defendant is not entitled to demand the use of the more advantageous or beneficial means.<sup>72</sup> Nevertheless, the complete exclusion of the witness from the public trial “must be a measure of last resort”. Before the trial court can consider this measure, it has to be satisfied that “all available alternatives, such as witness anonymity and other special measures, would be inappropriate or impracticable”.<sup>73</sup> This, for the defense, is indeed the most detrimental method of protecting a witness, because at no stage of the criminal proceedings can the defendant obtain a confrontation with him or her.<sup>74</sup> As this example indicates, the choice of the method not only determines the kind and degree of restrictions on the right to examine witnesses that will be adopted but it also predetermines the outcome of the second balancing requirement, namely, taking counterbalancing measures. Thus, it depends on the conditions of the specific protection method whether and to what extent it allows such measures that are capable of remedying disadvantages which accrue to the defence by the use of this very method. Therefore, the trial court is well advised to pay attention to the consequences of its choice for the defense,<sup>75</sup> and to recall that its duty as the ultimate guardian of the trial is still in force.<sup>76</sup>

### 2. Obligation to take counterbalancing measures

#### a) Aims of counterbalancing

Indeed, the European Court of Human Rights obliges the judicial authorities to counterbalance “the handicaps under which the defence laboured sufficiently [...] by the procedures followed.”<sup>77</sup> In general terms, the counterbalancing has

<sup>62</sup> See also *Ambos* (fn. 9), p. 490; *Riordan*, Hastings Const. L. Q. 26 (1999), 373 (403); *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (130); see also below V. 1. and 2. b).

<sup>63</sup> Compare it with: “Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention contain a presumption against the use of hearsay evidence against a defendant in criminal proceedings”, ECHR, Judgment of 10.5.2015 – 19354/02 (*Thomas v. The United Kingdom*).

<sup>64</sup> See for instance, ECHR, Judgment of 26.2.2013 – 50254/07 (*Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*), § 95.

<sup>65</sup> See above III.

<sup>66</sup> ECHR, Judgment of 23.4.1997 – 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93 (*van Mechelen and others v. The Netherlands*), §§ 59 ss.; see also *Krausbeck* (fn. 18), p. 169.

<sup>67</sup> ECHR, Judgment of 28.3.2002 – 47698/99, 48115/99 (*Birutis and others v. Lithuania*), § 30.

<sup>68</sup> ECHR, Judgment of 23.4.1997 – 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93 (*van Mechelen and others v. The Netherlands*), § 58.

<sup>69</sup> *Krausbeck* (fn. 18), p. 169.

<sup>70</sup> ECHR, Judgment of 23.4.1997 – 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93 (*van Mechelen and others v. The Netherlands*), § 58; see also *Rosbaud*, HRRS 2005, 131 (136).

<sup>71</sup> ECHR, Judgment of 18.12.2014 – 14212/10 (*Scholer v. Germany*), § 57.

<sup>72</sup> ECHR, Judgment of 26.3.1996 – 20524/92 (*Doorson v. The Netherlands*), § 54.

<sup>73</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*), § 125.

<sup>74</sup> ECHR, Judgment of 26.6.2015 – 48628/12 (*Balta and Demir v. Turkey*), § 52; ECHR, Judgment of 22.11.2015 – 13249/02 (*Taal v. Estonia*), §§ 32 ss.; ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*), § 119.

<sup>75</sup> See also below VI. 2.

<sup>76</sup> See for this above II.

<sup>77</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*), § 141; see also *Pauly*, StV 2014, 452 (457).

to pursue objectives that the Court assigns to the right to examine prosecution witnesses. A close consideration of the case law of the Court reveals two kinds of (ultimate) aims:<sup>78</sup> the danger of any miscarriage of justice, in particular a wrongful conviction; and the effective participation of the defence in a criminal trial.<sup>79</sup>

As the Court remarks: “inculpatory evidence against an accused may well be designedly untruthful or simply erroneous. Moreover, unsworn statements by witnesses who cannot be examined often appear on their face to be cogent and compelling and it is seductively easy to conclude that there can be no answer to the case against the defendant [...] the reliability of evidence, including evidence which appears cogent and convincing, may look very different when subjected to a searching examination”.<sup>80</sup> As far as the second objective is concerned, the witness protection methods deprive the defendant, wholly or partially, of the opportunity to confront the prosecution witness and question him. Therefore, by the counterbalancing measures he must be put into “a position to challenge the probity and credibility” of prosecution witnesses and “to test the truthfulness and reliability of” their testimonies.<sup>81</sup>

A closer look at the two ultimate objectives of Art. 6 (3) (d) ECHR, which the Court wants to achieve, reveals that they are conflicting. A narrow understanding of the avoidance of a miscarriage of justice can give considerable importance to the corresponding efforts by the trial court, even if the participation of the defence is less ensured. Indeed, in some cases the Court seems to be convinced that the reliability of witness evidence can be sufficiently afforded through a comprehensive examination of the witness by the trial court, even if the defense has comparatively lesser opportunities for “a searching examination”.<sup>82</sup> Therefore, the objective of the avoidance of a wrongful conviction has a restrictive impact on the requirements of counterbalancing measures at the expense of effective participation by the defense.<sup>83</sup> This result is quite difficult to understand as Art. 6 (3) ECHR guarantees the defendant of a criminal trial some minimum rights.<sup>84</sup> Nevertheless, the Court emphasizes that an “assessment of whether a criminal trial has been fair cannot depend solely on whether the evidence against the accused appears *prima facie*

to be reliable, if there are no means of challenging that evidence once it is admitted.”<sup>85</sup>

### *b) Common counterbalancing measures*

Besides the objective of counterbalancing measures, there are also specific instructions regarding how to implement them. The measures are supposed to take the place of the advantages that the defense would have gained by unrestricted exercise of Art. 6 (3) (d) ECHR. Therefore, as an appropriate substitute, the measures should create conditions, which “as closely as [...] possible” approximate “the hearing of a witness in open court”.<sup>86</sup> In an individual case, this test requires the assertion of the reach of counterbalancing arguments in comparison with a case of unrestricted use of the right to examine prosecution witnesses. The sufficiency of counterbalancing measures will then depend on the degree of this proximity.

More specifically, if the identity of the prosecution witness is concealed, the appropriate counterbalancing measures should preferably consist of the disclosure of circumstances under which the witness acquired knowledge about the case against the defendant.<sup>87</sup> The Court also regards it as a guarantee if the identity of the witness in question is not only known by an administrative authority but also disclosed to the examining judge and he is in the position to prove its authenticity.<sup>88</sup> In the case of areal, acoustical or optical shielding of the witness, the transmission of sound and/or images, even if distorted, is to a certain degree able to create the atmosphere of a regular examination.<sup>89</sup> In connection with that, an undisturbed examination and/or observation by decision-making instances, such as the trial judges, are deemed as further guarantees.<sup>90</sup> The exclusion of the defendant from the examination can to a certain degree be compensated by the presence of the defendant’s lawyer.<sup>91</sup> Even if the exclusion of the defense from the witness examination, either during the primary proceedings or at court trial, and the admission of the given testimonies as inculpatory evidence against the defendant, is an *ultima ratio*-measure, the possibility of counterbalancing measures is not excluded.<sup>92</sup> The fact that a judge ex-

<sup>78</sup> For the more general concept of a fair trial see above I.

<sup>79</sup> In this regard see also *Wohlers* (fn. 7), p. 827.

<sup>80</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*), § 142.

<sup>81</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*), § 127.

<sup>82</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*), § 142.

<sup>83</sup> *Meyer*, HRRS 2012, 117 (119); see also *Groenhuijsen/Selçuk*, ZStW 126 (2014), 248 (267); for the debate on “a fair trial” or “an in-the-end right conviction” see *Kirst*, QLR 4 (2003), 777 (808); *Walther*, GA 2003, 204 (219).

<sup>84</sup> In this respect see also *Ambos* (fn. 9), p. 493; *Lusty*, Sydney L. Rev. 24 (2000), 361 (415).

<sup>85</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*), § 141; see also *Redmayne*, MLR 75 (2012), 865 (871).

<sup>86</sup> ECHR, Judgment of 4.6.2000 – 43149/98 (*Kok v. The Netherlands*), § 1 Law; see also *de Wilde*, Int. J. Evidence & Proof 17 (2013), 157 (164).

<sup>87</sup> ECHR, Judgment of 10.4.2012 – 46099/06, 46699/06 (*Ellis, Rodrigo and Martin v. The United Kingdom*), § 74.

<sup>88</sup> ECHR, Judgment of 6.12.2012 – 25088/07 (*Pesukic v. Switzerland*), § 50.

<sup>89</sup> ECHR, Judgment of 4.6.2000 – 43149/98 (*Kok v. The Netherlands*), § 1 Law; see also *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (610).

<sup>90</sup> ECHR, Judgment of 6.12.2012 – 25088/07 (*Pesukic v. Switzerland*), § 50.

<sup>91</sup> ECHR, Judgment of 26.3.1996 – 20524/92 (*Doorson v. The Netherlands*), § 75.

<sup>92</sup> See also above IV. 2.

amines the witness in question counts as a certain guarantee in such cases.<sup>93</sup> Providing the defense with the records of the witness's examination is a further guarantee, in that it might be possible for the defence to refute the witness's version.<sup>94</sup> The participation of the defense might furthermore be supported by the possibility that it can pose written questions to the witness.<sup>95</sup> The hearing and questioning of the persons who conducted the witness examination, which can be included in the public trial as hearsay evidence, displays another measure in the right direction.<sup>96</sup>

As has been mentioned already, the counterbalancing measures are not only those that remedy the disadvantages related to the participation of the defense. The Court also regards it as a counterbalancing measure if the trial proceeds in assessing the witness evidence with caution. The Court in general requires that "evidence obtained from witnesses under conditions in which the rights of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention should be treated with extreme care."<sup>97</sup> And "[t]he fact that the domestic courts approached the untested evidence of an absent witness with caution has been considered by the Court to be an important safeguard. The courts must have shown that they were aware that the statements of the absent witness carried less weight [...] detailed reasoning as to why they considered that evidence to be reliable, while having regard also to the other evidence available" will show that the court was cautious in assessing the witness evidence in question.<sup>98</sup>

### c) The reach of counterbalancing measures

Not only does the consideration of the court's assessment diminish the position of the defense as a beneficiary of counterbalancing measures but there is also a further consequence of the aim to avoid a wrongful conviction, namely the potential that such a conviction could be passed by the same court. Based on this principle, the European Court of Human Rights

determined in a specific case the required degree of the counterbalancing measures. In other words, "in assessing whether the procedures involved in the questioning of the anonymous witness were *sufficient to counterbalance* the difficulties caused to the defence due weight must be given to" the weight of the witness evidence in question.<sup>99</sup> The Court expresses the logic behind this as follows: "*the greater the importance of the evidence, the greater the potential unfairness to the defendant* in allowing the witness to remain anonymous or to be absent from the trial and the *greater the need for safeguards to ensure* that the evidence is *demonstrably reliable or that its reliability can properly be tested and assessed*".<sup>100</sup> In the light of these considerations, the Court infers from these interlinkages the following maxim governing the extent of counterbalancing measures: "The more important that evidence, the more weight the counterbalancing factors would have to carry in order for the proceedings as a whole to be considered fair";<sup>101</sup> and correspondingly if "the anonymous testimony was not in any respect decisive for the conviction of the applicant. The defence was thus handicapped to a much lesser degree".<sup>102</sup> On the contrary, "[t]he dangers inherent in allowing untested hearsay evidence to be adduced", namely, in the worst case of a wrongful conviction, "are all the greater if that evidence is *the sole or decisive evidence* against the defendant."<sup>103</sup>

### 3. Interim result

Thus far, the general structure of the right to examine a prosecution witness according to Art. 6 (3) (d) ECHR has been outlined. In fact, the requirements of Art. 6 (3) (d) ECHR concern a number of issues: the existence of a legitimate reason and the obligation of the trial court to give details about its factual findings and legal assessment with regard to restriction, namely to consider the seriousness of the restriction entailed by the choice of a witness protection method, to take account of the predetermining character of its choice for possibilities of counterbalancing, to create a resemblance between the counterbalancing measures and the conditions of an unrestricted confrontation with a prosecution witness, and, finally, to pay more attention to the sufficiency of the counterbalancing measures if the untested witness testimonies are the sole or decisive evidence against the defendant. All these points have been already elaborated above. However, when the European Court of Human Rights reviews an application, it breaks it down into three headlines:

<sup>99</sup> ECHR, Judgment of 4.6.2000 – 43149/98 (Kok v. The Netherlands), emphasis added.

<sup>100</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), § 139, emphasis added.

<sup>101</sup> ECHR, Judgment of 12.1.2017 – 54146/09 (Batek and others v. The Czech Republic), § 40.

<sup>102</sup> ECHR, Judgment of 12.1.2017 – 54146/09 (Batek and others v. The Czech Republic), § 40.

<sup>103</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), § 142, emphasis added.

<sup>93</sup> ECHR, Judgment of 23.4.1997 – 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93 (van Mechelen and others v. The Netherlands), § 62; ECHR, Judgment of 26.3.1996 – 20524/92 (Doorson v. The Netherlands), § 73.

<sup>94</sup> Compare ECHR, Judgment of 26.6.2015 – 48628/12 (Balta and Demir v. Turkey), § 60; ECHR, Judgment of 20.10.1989 – 11454/85 (Kostovski v. The Netherlands), § 43; see also *Groenhuijsen/Selçuk*, ZStW 126 (2014), 248 (266).

<sup>95</sup> Compare ECHR, Judgment of 20.11.1989 – 11454/85 (Kostovski v. The Netherlands), § 42 with ECHR, Judgment of 18.12.2014 – 14212/10 (Scholer v. Germany), § 59; see also *Beulke*, in: Hanack/Hilger/Mehle/Widmaier (Hrsg.), *Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002*, 2002, p. 3 (7).

<sup>96</sup> Compare ECHR, Judgment of 20.11.1989 – 11454/85 (Kostovski v. The Netherlands), § 42 with ECHR, Judgment of 18.12.2014 – 14212/10 (Scholer v. Germany), § 59.

<sup>97</sup> ECHR, Judgment of 26.3.1996 – 20524/92 (Doorson v. The Netherlands), § 76; see also *Safferling*, NStZ 2006, 75 (79).

<sup>98</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 126.

reason of restriction, the importance of witness testimonies in question, and sufficiency of counterbalancing measures for “a fair and proper assessment of reliability of that evidence to take place”.<sup>104</sup> This three-step-reduction does not mean that the right to examine a prosecution witness consists solely of the corresponding requirements. As has been shown above, the Court itself accepts that the steps are “interrelated”.<sup>105</sup> Indeed, it occasionally refers to a longer list of guidelines consisting of eight key points where not only the said interlinkages are clearly explained but also the general structure of Art. 6 (3) (d) ECHR is summarized.<sup>106</sup> Nevertheless, “the short list” of the Court sets out the main factors that it deems decisive parts of its review for the question of whether a criminal trial against a defendant was fair or not. According to the well-established case law of the Court, it is primarily interested in the overall fairness of the trial, even if specific violations of this right concern the examination of a prosecution witness. Consequently, the result of the overall test can establish that the whole trial be considered fair even though the defendant was not able to enjoy the advantages of Art. 6 (3) (d) ECHR, or the restrictions rendered the trial as a whole unfair.<sup>107</sup>

## VI. Overall fairness test

### 1. The Court's approach

With regard to the overall fairness test,<sup>108</sup> the Court claims it conducts an open-ended review of each individual case in the light of its specific circumstances and on the grounds of the three mentioned factors. The Court has thereby abandoned its previous so-called sole or decisive rule, which led to a breach of the right to a fair trial whenever “the defendant's conviction was solely or to a decisive extent based on evidence

provided by an absent witness”.<sup>109</sup> The questions of whether there was a legitimate reason for the not-appearance of a witness and admission of witness's testimonies, and whether sufficient counterbalancing measures have been taken, were for the purposes of the sole or decisive test irrelevant.<sup>110</sup> The background of this case law is the interpretation made by the Court concerning “Art. 6 (1) and (3) (d) of the Convention, containing a presumption against the use of hearsay evidence against a defendant in criminal proceedings”.<sup>111</sup> However, contrary to its previous case law where the Court gave the said presumption greater importance, it emphasizes in its current case law that it does not accept a blanket assumption that “all hearsay evidence which is crucial to a case is unreliable or incapable of proper assessment unless tested in cross-examination”.<sup>112</sup> From this case law it follows that the Convention a fortiori does not require an exclusion rule for the testimonies of a witness that the defendant was unable to test in a public trial. The Court draws attention to its interpretation that “the statement of a witness does not always have to be made in court or in public if it is to be admitted as evidence”.<sup>113</sup> Art. 6 (3) (d) ECHR does not, so the Court says, rule on the admissibility of some witness evidence.<sup>114</sup> Rather,

<sup>104</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 107; ECHR, Judgment of 4.10.2016 – 29187/10 (Smajgl v. Slovenia), § 61; ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), § 147; ECHR, Judgment of 6.12.2012 – 25088/07 (Pesukic v. Switzerland), § 45; see also *Thörnich*, ZIS 2017, 39 (41 ss.); *du Bois-Pedain*, HRRS 2012, 120 (132 ss.); *de Wilde*, Int. J. Evidence & Proof 17 (2013), 157 (171).

<sup>105</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 118.

<sup>106</sup> See for instance ECHR, Judgment of 12.1.2017 – 54146/09 (Batek and others v. The Czech Republic), § 38.

<sup>107</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 118; for former case-law of the Court see *Riordan*, Hastings Const. L. Q. 26 (1999), 373 (404 ss.); *Kirst*, QLR 4 (2003), 777 (790 ss.).

<sup>108</sup> For a general account on see *Ambos* (fn. 9), p. 491 ss.; see *Krausbeck* (fn. 18), p. 49 ss.; *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (192 ss.); critical on the overall test, *Ambos* (fn. 9), p. 495 (“diluting the defence rights”); *Thörnich*, ZIS 2017, 39 (44); *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (131) (“not helping”); *Kühne/Nash*, JZ 2000, 996 (997).

<sup>109</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 112; see also *Ambos* (fn. 9), p. 490; *Vogler*, ZStW 126 (2014), 239 (246); *de Wilde*, Int. J. Evidence & Proof 17 (2013), 157 (158); *Mahler*, HRRS 2013, 333 (335); *Meyer*, HRRS 2012, 117 (117); *Redmayne*, MLR 75 (2012), 865 (866).

<sup>110</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), §§ 90 ss.; see also ECHR, Judgment of 28.3.2002 – 47698/99, 48115/99 (Birutis and others v. Lithuania), § 31; ECHR, Judgment of 27.2.2001 – 33354/96 (Luca v. Italy), § 40; for a critical assessment of the so-called “Luca-test” see *Maffei* (fn. 22), p. 82; see also *Meyer*, HRRS 2012, 117 (118); *Schramm*, HRRS 2011, 156 (159 ss.); *de Wilde*, Int. J. Evidence & Proof 17 (2013), 157 (161 ss.); *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (130 and 138); *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (195); *Jung*, GA 2009, 235 (239); *van Voorhout*, Utrecht Law Review 2 (2006), 119 (139); *Esser*, JR 2005, 248 (253); *Kirst*, QLR 4 (2003), 777 (796).

<sup>111</sup> ECHR, Judgment of 10.5.2015 – 19354/02 (Thomas v. The United Kingdom); see also *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (136).

<sup>112</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), § 139; see also *Groenhuijsen/Selçuk*, ZStW 126 (2014), 248 (264 ss.); *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (136).

<sup>113</sup> ECHR, Judgment of 4.10.2016 – 29187/10 (Smajgl v. Slovenia), § 63; compare that with ECHR, Judgment of 20.11.1989 – 11454/85 (Kostovski v. The Netherlands), § 44; see also *Zöller*, ZJS 2010, 441 (444); *Riordan*, Hastings Const. L. Q. 26 (1999), 373 (403).

<sup>114</sup> ECHR, Judgment of 19.12.1990 – 11444/85 (Delta v. France), § 36; see also *van Voorhout*, Utrecht Law Review, (2) 2006, 119 (139); *Winter Bachmaier*, Utrecht L. Rev. 9 (2013), 127 (130).

the right to examine a prosecution witness in a public trial and in the presence of the defence is a specification of the conventional right to a fair trial.<sup>115</sup> The treaty basis of each unfairness claim is the right to a fair trial, and as regards its scope Art. 6 (3) (d) ECHR is not constitutive but declarative. For all sort of claims, the Court reviews the question of the admissibility and fairness of the whole trial against the defendant.<sup>116</sup> Thus, the question concerning Art. 6 (3) (d) ECHR is integrated into the overall fairness test that the Court conducts for each application based on a claim of breach of Art. 6 ECHR, regardless of the fact of which specific right is invoked.<sup>117</sup>

It is obvious that the “sole or decisive rule” provided a fair amount of predictability to the scope of Art. 6 (3) (d) ECHR with regard to the question of what are the absolute limits of this provision and when there is a breach of the guarantee to a fair trial.<sup>118</sup> The new test distinguishes itself by the fact that the Court does not value all the above-mentioned guarantees and requirements of the right to examine a prosecution witness equally, and does not, for each single violation of these rights, establish the breach of the right to a fair trial. According to the case law of the Court, such a treatment would be “indiscriminate”. It therefore sets out to prove the claims “in the traditional way”, namely to consider “the fairness of the proceedings as a whole”.<sup>119</sup>

Even under the consideration of the three factors that the Court highlights, one must remark that a decision on the fairness or unfairness of the whole trial involves at least six variables, considering both their affirmation and negation. In addition, the Court divides the weight of the testimony of the witness in question not only into categories of “solely” and “decisively” but sometimes describes it as “of relevance/importance”<sup>120</sup> or “irrelevant”.<sup>121</sup> Apart from the last category, with the new differentiation, the variables in sum yield eighteen combinations with regard to the question of how a case might be constituted. For instance, there might not be a good reason for the restriction, whereas the counterbalancing was sufficient. Even if the conviction of the defendant was decisively based on the testimonies of an untested witness, the Court might still consider the whole trial as

fair.<sup>122</sup> Alternatively, for the same weight of evidence in question, there might be, besides no good reason, also no sufficient counterbalancing measures.<sup>123</sup> Or, for the same weight, there might be a good reason but no counterbalancing evidence.<sup>124</sup>

As said before, the possible combinations are not limited to these. With regard to the degree and kind of effect of each variable on the final judgement of the Court as to whether the trial is fair or not, it only postulates certain abstract rules, and fragmentarily so. According to its case law, “the absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a trial. This being said, the lack of a good reason for the absence of a prosecution witness is a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which may tip the balance in favour of finding a breach of [Art. 6 (1) and (3) (d) ECHR]”.<sup>125</sup> Thereby, the Court clearly restricts itself as regards determining in which combination the absence of a good reason will lead to a breach, as the degree of such a shortcoming is to be considered as severe. Finally, it emphasizes that the counterbalancing measures are needed even if the weight of the testimony of an untested witness does not reach the degree of “sole” or “decisive”.<sup>126</sup>

Admittedly, this case law is not satisfactory from the point of view of legal certainty, as it gives the Court quite broad discretion to determine “justice” in a single case, and thereby neglects foreseeability.<sup>127</sup> A close look at the overall fairness test reveals that it actually benefits the trial court, while introducing witness evidence into the trial and affording the defence the right to examine him.<sup>128</sup>

## 2. For the trial court

The basic requirements of the new overall fairness test for the trial court is to take adequate account of the question of reason and counterbalancing measures while assessing the value of the witness testimonies for a certain conviction. This is especially true for the case of an entirely absent witness. In a

<sup>115</sup> Critical on this *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (194).

<sup>116</sup> ECHR, Judgment of 14.12.2004 – 59457/00 (*Rajcoomar v. The United Kingdom*).

<sup>117</sup> Emphasizing this aspect also *de Wilde*, Int. J. Evidence & Proof 17 (2013), 157 (172); *Holdgaard*, Nordic J. Int. L. 71 (2002), 83 (85).

<sup>118</sup> *de Wilde*, Int. J. Evidence & Proof 17 (2013), 157 (181); opting against this rule *du Bois-Pedain*, HRRS 2012, 120 (129); *Redmayne*, MLR 75 (2012), 865 (876 ss.).

<sup>119</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Germany*), § 112; see also *Ambos* (fn. 9), p. 493 ss.; *Redmayne*, MLR 75 (2012), 865 (866).

<sup>120</sup> See for instance ECHR, Judgment of 17.11.2015 – 73047/01 (*Haas v. Germany*); ECHR, Judgment of 11.9.2006 – 22007/03 (*Sapunarescu v. Germany*).

<sup>121</sup> ECHR, Judgment of 16.10.2014 – 20077/04 (*Suldin v. Russia*), § 56.

<sup>122</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Germany*), § 112.

<sup>123</sup> ECHR, Judgment of 26.6.2015 – 48628/12 (*Balta and Demir v. Turkey*), § 52.

<sup>124</sup> ECHR, Judgment of 26.2.2013 – 50254/07 (*Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*), § 91.

<sup>125</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Germany*), § 113; see also *Thörnich*, ZIS 2017, 39 (43 ss.); *de Wilde*, Int. J. Evidence & Proof 17 (2013), 157 (168).

<sup>126</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Germany*), § 115; see also *Thörnich*, ZIS 2017, 39 (46).

<sup>127</sup> Also drawing attention to this problem *Thörnich*, ZIS 2017, 39 (44); *Meyer*, HRRS 2012, 117 (120); *Renzikowski* (fn. 3), p. 547; *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (612); *Beulke* (fn. 95), p. 9; rather supporting *Holdgaard*, Nordic J. Int. L. 71 (2002), 83 (85).

<sup>128</sup> See also *Ambos* (fn. 9), p. 490; *Lohse*, JR 2015, 60 (63); *Meyer*, HRRS 2012, 117 (120).

flexible way, the court is able to meet the requirement of the right to examine a prosecution witness by proceeding in the following manner.

Firstly, in the case of an absent prosecution witness, the trial court needs to recall its obligation to ensure the appearance of the witness or ensure an examination of the witness by the defendant.<sup>129</sup> If its efforts remain fruitless, it will and must “decide whether there is good reason for the absence of the witness and whether, as a consequence, the evidence of the absent witness may be admitted.”<sup>130</sup> If good reason is lacking, it can refuse to admit the evidence. However, this obligation of the court to make efforts in order to ensure the appearance of the witness in question or to decide on the factual and/or legal grounds does not mean that it is allowed to admit the witness’s evidence only if its efforts were sufficient and there was a good reason. As has been already established above, Art. 6 (3) (d) ECHR does not prescribe an absolute strict evidence rule.<sup>131</sup> In principle, the Convention does not forbid the admission of witness testimonies that are not obtained in a public trial accompanied by the possibility of a confrontation with the witness, regardless of the question of whether the absence of the witness in the public trial is justified or not. Having said that, this does not mean that the trial court is released from its obligation to ensure the appearance and examination of a prosecution witness, the moment it assumes that some witness evidence might be relevant for the trial. The same is true for its obligations to inquire about the real circumstance of the absence and to give reasons for the absence. The trial court still bears these burdens. Any shortcomings regarding these obligations will indicate the unfairness of the trial.<sup>132</sup> However, once the trial court admits the testimonies of an absent witness, by the flexibility of the overall fairness test<sup>133</sup> the ECHR gives the trial court a chance to avoid the violation of the right to a fair trial. This case law enables the trial court to prevent a breach of the Convention: it can assess the probative value of witness evidence in question as low in its reasoning for a certain verdict, when there is no good reason for the absence of the witness in question. In the Court’s own words, “only once that witness evidence is admitted can the trial court assess, at the close of the trial and having regard to all the evidence adduced, the significance of the evidence of the absent witness [...]”.<sup>134</sup>

In general, the trial court will “respect” the rights of the defence, if, considering the lack of a good reason, it values the untested testimonies of the witness only as “corroborative evidence” and bases the conviction of the defendant mainly

on the other evidence.<sup>135</sup> The following obiter dictum by the Court should be interpreted against this background: “It would amount to the creation of a new indiscriminate rule if a trial were considered to be unfair for lack of a good reason for a witness’s non-attendance alone, even if the untested evidence was neither sole nor decisive and was possibly even irrelevant for the outcome of the case”.<sup>136</sup> The question of fairness will appear in a quite different light, if the trial court decides to consider as the main inculpatory evidence the testimony of a witness for whom there was no good reason for their absence, and if the trial court intends to base the conviction of the defendant solely or decisively on this witness evidence.<sup>137</sup>

Even for the latter case, the Court emphasizes “that the absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a trial”.<sup>138</sup> The reason behind that case law is the willingness of the Court to give the trial court a second chance so that it may avoid a breach of Art. 6 (1) in conjunction with (3) (d). On the one hand, with regard to the mentioned intention, the trial court is well advised to exercise the best possible caution given that the probative value of witness evidence that is not obtained in a public trial and could not have been tested by the defense is quite low. On the other hand, it still has the possibility to foresee the lack of probative evidence and to try to “enrich” the value of the witness evidence in question by providing the defence with counterbalancing factors.<sup>139</sup> However, “this being said, the lack of a good reason for a prosecution witness’s absence is a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which may tip the balance in favour of finding a breach of” Art. 6 (1) and (3) (d) ECHR.<sup>140</sup>

Secondly, the trial court needs to recall the purpose of the counterbalancing measures, namely to remedy the disadvantages of the defence through affording appropriate substitutes.<sup>141</sup> It is true that the manner of evidence-taking (mainly determined by the chosen witness protection method) will only permit some counterbalancing measures, and the absence of the witness in the trial reduces these measures to a significant extent. Nevertheless, again, by Art. 6 (3) (d) ECHR, the Convention does not prescribe a strict evidence rule. Even if the choice of a specific method of witness pro-

<sup>129</sup> For more see II.

<sup>130</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 117.

<sup>131</sup> See above IV. 2.

<sup>132</sup> See for instance ECHR, Judgment of 26.6.2015 – 48628/12 (Balta and Demir v. Turkey), §§ 45 ss.

<sup>133</sup> Critical of this approach *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (611 ss.).

<sup>134</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 117.

<sup>135</sup> See for instance ECHR, Judgment of 16.10.2014 – 20077/04 (Suldin v. Russia), § 56; see also ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 113.

<sup>136</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 112.

<sup>137</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 117.

<sup>138</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 113.

<sup>139</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 117.

<sup>140</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 113.

<sup>141</sup> See for this above V. 2. b).

tection is supposed to be in accordance with the significance of the reason that might justify the restriction of Art. 6 (3) (d) ECHR, the trial court is still able to compensate the shortcoming that arises from the lack of a good reason, by affording the best possible counterbalancing measures and by a moderate assessment of the witness evidence in question. The trial court will remain on the safe side if its assessment does not reach the threshold of “decisive”. It does better to recall the yardstick set by the Court: “the question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case.”<sup>142</sup>

Finally, with regard to the counterbalancing measures and the weight of the evidence, the trial court will have broader discretion if there is a good reason for the restriction on the right to examine the witness because in this case it is justifiable to admit untested statements by the prosecution witness as evidence.<sup>143</sup>

### Conclusion

This contribution has shown that the case law of the European Court of Human Rights on Art. 6 (3) (d) ECHR does not only deal with specific cases but also exhibits a general structure. In some parts, the case law is nevertheless unclear. This is especially true for the overall fairness test that the Court has developed at the expense of the rights of the defence. Thereby, it is possible that a considerable amount of witness testimony be used in criminal proceedings, even though the defence has never confronted that evidence in a public trial. It seems that the Court is convinced that the trial court is still able to assess the reliability of the witness evidence in question. Additionally, the Court increasingly pays attention to the existence of a good reason and its seriousness while balancing the interest.<sup>144</sup> In sum, the right to a fair trial does not seem to have such a solid, well-entrenched place in a democratic society that it is able to resist such limitations.

---

<sup>142</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), § 147.

<sup>143</sup> ECHR, Judgment of 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Germany), § 119.

<sup>144</sup> *Krausbeck* (fn. 18), p. 169; see also above V. 1.

## Buchrezension

**Lisa Stankewitz**, Strafbarkeit religionsfeindlicher Äußerungen in Deutschland und Frankreich, Ein Vergleich der strafrechtlichen Beschränkungen der Meinungs- und Kunstfreiheit unter besonderer Berücksichtigung religionsbeschimpfender Satire und Karikatur, Duncker & Humblot, Berlin 2017, 441 S., € 109,90.

In seinem jüngst in deutscher Sprache erschienenen Werk bezeichnet der Rechtshistoriker *Jacques de Saint Victor* Gotteslästerung als „imaginäres Verbrechen“. Eine liberale Gesellschaft, die sich die Verwirklichung von Freiheitsrechten auf die Fahnen schreibt, könne nicht darauf verzichten, religiöse Lehren und Institutionen rückhaltlos zu kritisieren. Die Geschichte der französischen Gesetzgebung sowie der sie begleitenden Diskussionen liefert ihm dabei ein breites argumentatives Spielfeld. In ihr offenbare sich, wie es moralischen Ordnungswächtern ein ums andere Mal gelang, die freiheitliche Grundentscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer weitgehenden Abschaffung der Religionsdelikte zu unterwandern. Für den Pariser Gelehrten läuft die Diskussion daher stets auf ein bestimmendes Gegensatzpaar hinaus: Aufgeklärte, liberale Verteidigung der Meinungsfreiheit auf der einen Seite, religiös-moralische Empfindlichkeiten auf der anderen.<sup>1</sup>

Dass sich das laizistische Frankreich bestens für eine Analyse der Spannungen eignet, die sich aus dem Zusammenleben von Menschen unterschiedlichen Glaubens in einer säkularen Gesellschaft ergeben, ist ohne weiteres nachvollziehbar. Ob sich die Frage nach der Strafbarkeit religionsfeindlicher Äußerungen nicht etwas komplexer stellt, als dies eingangs angedeutet wurde, ist Gegenstand der strafrechtsvergleichenden Dissertation von *Lisa Stankewitz* (im Folgenden *Verfasserin*). Vor dem Hintergrund eines seit Jahren schwelenden Konflikts um den Respekt vor religiösen Gefühlen, der in Frankreich mit den tragischen Attentaten vom 7.1.2015 auf die Redaktion der Satirezeitschrift *Charlie Hebdo* seinen vorläufigen Höhepunkt erreichte, widmet sie sich der Strafbarkeit religionsfeindlicher Äußerungen in Deutschland und Frankreich. Ihr Kernanliegen ist dabei bemerkenswert ehrgeizig: Neben der Gegenüberstellung der beiden Rechtsordnungen soll insbesondere die Möglichkeit einer selektiven Übertragung des französischen Rechts und seiner „Ideen, Gedankenstränge und Argumentationsstrukturen“ eruiert werden (S. 24). Nach einer umfassenden begrifflichen Klärung (S. 28–37) zeichnet die *Verfasserin* die historische Entwicklung der einschlägigen Straftatbestände in Deutschland (S. 37–45) und Frankreich (S. 45–55) nach. Vorgestellt werden insbesondere die klassischen Religionsdelikte (Bekenntnisbeschimpfung und Störung der Religionsausübung, §§ 166 f. StGB), der Tatbestand der Volksverhetzung (§ 130 StGB) sowie die Ehrdelikte (§§ 185 ff. StGB). Demgegenüber finden sich im französischen Recht keine den deutschen Religionsdelikten vergleichbare Strafvorschriften.

Neben der „provocation à la haine“ (Hervorrufen von Hass), die das öffentliche (Art. 24 al. 5 des französischen Pressefreiheitsgesetzes) wie das nicht öffentliche (Art. R. 625-7 al. 1 Code pénal) Hervorrufen von Hass verbietet, existieren in Frankreich mit der „diffamation“ (Diffamierung) und der „injure“ (Beleidigung) zwei den deutschen Beleidigungsdelikten ähnliche Tatbestände, die mit Blick auf religiös motivierte Begehungen jeweils Qualifikationen enthalten.

In einem zweiten Kapitel werden sodann die verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine Bestrafung religionsfeindlicher Äußerungen analysiert, wobei zunächst zwischen den Interessen der „Beschimpfenden“ (S. 56–79) und den von der Beschimpfung Betroffenen (S. 79–115) differenziert wird. Unter Bezugnahme auf eine Vielzahl von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts werden auf Seiten des Äußernden die Grundrechte der Meinungsfreiheit, der Kunstfreiheit sowie die sog. Medienfreiheiten (Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit) analysiert. Die *Verfasserin* orientiert sich hierbei stets an der in der Verfassungsdogmatik etablierten Prüfungstrias Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung. Die Darstellung ist an dieser Stelle durchgehend verständlich und gut nachvollziehbar, wenngleich die oftmals recht lehrbuchartigen Ausführungen mit Blick auf die eigentliche Fragestellung durchaus kürzer hätten gefasst werden können. Der Ertrag der Analyse ist im Verhältnis zu den umfangreichen Erläuterungen eher dürftig. Überzeugend ist demgegenüber die an der aktuellen strafrechtlichen Diskussion orientierte Darstellung im zweiten Teil. Entsprechend den im Zusammenhang mit Bekenntnisbeschimpfungen diskutierten Strafgründen werden zunächst diejenigen Lehren vorgestellt, die die Bestrafung religionsfeindlicher Äußerungen mit dem Schutz des öffentlichen Friedens rechtfertigen wollen. Den zutreffenden Begründungsansatz erblickt die *Verfasserin* schließlich in Übereinstimmung mit einer zunehmend vertretenen Auffassung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht des einzelnen Gläubigen (S. 110–114).<sup>2</sup> Seine „Sicht auf die Welt, seine Handlungsmaximen und Grundüberzeugungen“ (S. 111) sind es, die als Ausprägungen des Charakters mit einem im Kern berechtigten Anspruch auf Achtung auftreten.

In dem anschließenden dritten Kapitel folgen umfangreiche Ausführungen zu den eingangs herausgearbeiteten Straftatbeständen. Mit Blick auf Schutzzweck und Tatbestandsvoraussetzungen werden die Volksverhetzung (§ 130 Abs. 1 StGB), die Ehrdelikte (§§ 185–187 StGB) sowie die Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) ausführlich analysiert. Aufgrund der Verengung des Schutzzwecks der Volksverhetzung auf Individualrechtsgüter wie Leben, Leib, Eigentum oder Freiheit verbleibt für die hier in Rede stehenden religionsfeindlichen Äußerungen insoweit eine nur geringe Schnittmenge (S. 166 f.). Lediglich diejenigen Konstellationen, in denen zu Gewalt gegenüber Religionsanhängern aufgerufen wird oder ein Angriff auf die Menschenwürde vorliegt, können demnach zu Volksverhetzungen mit Religionsbezug führen. Ähnliches gilt für die Ehrdelikte. Um zu einer

<sup>1</sup> *de Saint-Victor*, Blasphemie, Geschichte eines „imaginären Verbrechens“, 2017, S. 99 ff.

<sup>2</sup> Im Wesentlichen ebenso *Pawlik*, in: Dohmen (Hrsg.), Die „Regensburger Vorlesung“ Papst Benedikts XVI. im Dialog der Wissenschaften, 2007, S. 58 ff.

Strafbarkeit nach den §§ 185 ff. StGB zu gelangen, bedarf es unstreitig einer Beeinträchtigung des Betroffenen in seiner Ehre. An diesem Ehrbezug fehlt es zum einen in den Fällen, in denen abwertend lediglich zu religiösen Inhalten Stellung genommen wird. Zum anderen lässt sich die Strafwürdigkeit der Beleidigung von Personengemeinschaften mit guten Gründen bezweifeln (S. 175 ff.), was zu einer weiteren Eingrenzung der Strafbarkeit führt. Die Vorschriften der Bekenntnisbeschimpfung hält die *Verfasserin* in ihrer derzeitigen Ausgestaltung für verfassungswidrig. Vor dem Hintergrund ihrer überzeugenden Ausführungen zum Schutz der individuellen Persönlichkeit als allein legitimer Strafgrund religionsfeindlicher Äußerungen ist diese Einschätzung jedenfalls für § 166 Abs. 2 StGB durchaus konsequent: Eine Strafvorschrift, die an die Beschimpfung einer im Inland bestehenden Kirche oder anderer Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen, ihrer Einrichtungen oder Gebräuche anknüpft, geht über den Schutz der religiösen Identität des Einzelnen weit hinaus. Plausibel ist aber auch die Ablehnung der in der Literatur bereits vielfach<sup>3</sup> kritisierten Friedensschutzklausel, die in beiden Tatbeständen des § 166 StGB normiert ist.

Einen erfrischend anderen Blick auf die Problematik offenbart die detaillierte Darstellung der Rechtslage und -praxis in Frankreich (4. Kapitel, S. 248–328). Auch dort sind restriktive Tendenzen hinsichtlich der Bestrafung religionsfeindlicher Äußerungen deutlich erkennbar. Die oben bereits benannten Vorschriften („provocation à la haine“ [Hervorrufen von Hass], „diffamation“ [Diffamierung] und „injure“ [Beleidigung]) werden nebst den Besonderheiten des französischen Prozessrechts (S. 319–327) umfassend und unter Bezugnahme auf einschlägige Rechtsprechung dargestellt. Kernstück der Arbeit ist jedoch die vergleichende Gegenüberstellung der beiden Rechtslagen im fünften Kapitel (S. 329–383), wobei die Gemeinsamkeiten deutlich überwiegen. So ist zunächst in beiden Ländern eine Bestrafung (reiner) Gotteslästerungen ausgeschlossen. Der Tatbestand der „provocation à la haine“ (Hervorrufen von Hass) stimmt, von einigen kleineren Abweichungen abgesehen, mit demjenigen der Volksverhetzung im Wesentlichen überein. Daneben finden sich auffallende Übereinstimmungen bei den Ehrdelikten. Einen zentralen Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen erblickt die *Verfasserin* in der unterschiedlichen Ausgestaltung der Tatbestände, die einen direkten Religionsbezug aufweisen. Während die Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) durch ihre Bezugnahme auf den „öffentlichen Frieden“ zu einer bedenklichen Vorschrift zum „Schutz des geistigen Klimas“ verkommt, enthält das französische Recht einen Qualifikationstatbestand der Ehrdelikte, der u.a. an religionsbezogene Beleidigungen anknüpft. Diese Lösung ist aufgrund der bereits genannten Mängel im deutschen Strafrecht attraktiv: Durch die Anknüpfung an die Ehre des Einzelnen würde dem allein straflegitimierenden Aspekt des Persönlichkeitsschutzes besser Rechnung getragen werden als durch die einschränkende Friedensschutzklausel.

<sup>3</sup> Vgl. nur *Fischer*, NStZ 1988, 159; *Renzikowski*, NJW 2014, 2539 (2540 m.w.N.).

Einer entsprechenden Übernahme in das deutsche Strafrecht steht die *Verfasserin* daher durchaus aufgeschlossen gegenüber (S. 360–368). In einem knappen sechsten Kapitel (S. 384–391) erfolgt schließlich ein Ausblick auf die europäische Gesetzgebung und Rechtsprechung.

Die große Leistung der vorliegenden Arbeit liegt in der ausführlichen und erschöpfenden Herausarbeitung der für das deutsche und französische Strafrecht relevanten religionsfeindlichen Äußerungen. Durch die umfassende Gegenüberstellung der beiden Regelungssysteme, der kenntnisreichen Darstellung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden in den einschlägigen Bereichen gelingt es der *Verfasserin*, das Verständnis für das eigene Recht zu schärfen. Eine der vornehmsten Aufgaben der Rechtsvergleichung wird damit in bemerkenswerter Weise erfüllt.<sup>4</sup>

*Dr. Matthias Wachter, Regensburg*

<sup>4</sup> Vgl. zu diesem Ziel der Rechtsvergleichung *Eser*, in: Albrecht/Dünkel/Kerner/Kürzinger/Schöch/Sessar/Villmov (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, S. 1499 (1515 f.).

# Tagungsbericht Arbeitskreis Europäisches Strafrecht

## Zur zweiten Tagung am 27./28.4.2017 in Zürich

Von Jun.-Prof. Dr. Suzan Denise Hüttemann, M.Res., Mannheim

Die Tagungen des Arbeitskreises Europäisches Strafrecht, der Ende 2015 von Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn, Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Universität Frankfurt/Main, und Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Universität Zürich, ins Leben gerufen wurde, sind mittlerweile zu einer jährlichen Einrichtung des länderübergreifenden Austausches von Wissenschaft und Praxis im Bereich des Europäischen Strafrechts geworden. Im Fokus steht dabei die Diskussion aktueller Entwicklungen, die insbesondere auch von einer Reflexion der rechtspolitischen Ebene und einem Dialog mit der Politik getragen werden soll.

Nach der Auftaktveranstaltung am 23. und 24.6.2016 in Frankfurt a.M. fand die zweite Tagung am 27. und 28.4.2017 in Zürich statt. Die dritte Tagung wird am 14. und 15.6.2018 in Bonn stattfinden. Neben allgemeinen neueren Entwicklungen hat dabei jede Tagung auch bestimmte inhaltliche Schwerpunkte.

Bei der zweiten Tagung des Arbeitskreises in Zürich standen insoweit vor allem der Cyberspace, die Europäische Staatsanwaltschaft und die Vermögensabschöpfung im Vordergrund. Die Tagung begann mit einem Vortrag von Dr. Jan Ellermann, Senior Specialist Europol Data Protection Office (DPO), Den Haag, der über Aufgaben und Tätigkeiten von Europol aus datenschutzrechtlicher Perspektive berichtete. Da Datensammlung, -analyse und insbesondere Datenaustausch Hauptaufgaben von Europol seien und hierzu auch neue, sehr umfassende Möglichkeiten zur Datensammlung bestünden, habe Europol einen Schwerpunkt auf den Datenschutz gelegt. So seien spezielle Datenschutztrainings, die durch e-learning-tools verstärkt würden, Voraussetzung für Zugriff auf Datenbanken. Ellermann stellte außerdem das Europol Information System (EIS) als Hauptdatenbank für den Austausch von Informationen über Personen, Ereignisse und Mittel im Zusammenhang mit Straftaten vor. Im Anschluss erläuterte er die Analysewerkzeuge von Europol. Durch die Analysis Work Files (AWFs) können für bestimmte Kriminalitätsbereiche (z.B. Geldwäsche, Menschenhandel, islamistischer Terrorismus) Daten gesammelt und analysiert werden. Derzeit existierten ca. 30 Analyse-Projekte bei Europol. Zur Weitergabe von Daten an Europol wird die Secure Information Exchange Network Application (SIENA) als sicheres Messagingsystem verwendet. Im Bereich des Cybercrime sei derzeit die Überwachung des Darknets ein Kernproblem, z.B. um Waffenhandel einzudämmen. Hinweise zu Observationszwecken könnten durch die Analysesysteme erfolgen, seien aber praktisch nur bei Fehlern der Täter möglich. Ebenso sei die Durchsuchung von Onlinemedien, z.B. auf islamistische Propaganda mit dem Ziel, diese offline zu stellen, eine wichtige Aktivität. Zunächst würden hierfür Algorithmen genutzt, woran sich stets ein menschliches sog. manual assessment anschließe.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Matt, Frankfurt, stellte im Anschluss Probleme im Bereich des Europäischen Strafrechts aus Verteidigerperspektive dar. Insbesondere erläuterte er

eine politische Initiative der European Criminal Bar Association (ECBA). Ziel sei es, das Stockholmer Programm von 2009 und den Fahrplan Verfahrensrechte wieder in den Vordergrund zu rücken, da Verfahrensrechte im aktuellen Arbeitsprogramm nicht hinreichend berücksichtigt seien. Geplant sei ein neuer Vorschlag für den Fahrplan 2020, den die ECBA ausarbeiten werde. Ein generelles Problem sei, dass bei der Rechtsetzung die Verteidigerrolle als störend empfunden werde (z.B. bei der Protokollierung der Hauptverhandlung), obschon sie Garant für ein faires Verfahren sei. Im Anschluss erläuterte Matt einige Fallbeispiele. Er forderte schließlich, dass Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung mit Mindeststandards für die Hauptverhandlung gekoppelt werden müssten.

Die folgenden Vorträge beschäftigten sich mit dem Cyberspace. Dr. Dominik Brodowski, Universität Frankfurt a.M., sprach über die Zusammenarbeit mit Providern bei Ermittlungen im Cyberspace. Grundproblem in Bezug auf personenbezogene nichtöffentliche Daten Privater seien die sehr unterschiedlichen Interessenlagen zwischen Internetdienstanbieter, Staat und Privaten. Die eigentlich mögliche kleine Rechtshilfe sei bei flüchtigen Daten, auch trotz Europäischer Ermittlungsanordnung, zu langwierig und zu schwierig, besonders jedoch im Verkehr mit Drittstaaten. Deshalb würden häufig direkte Anfragen beim Internet Service Provider vorgenommen, was eine Zusammenarbeit von Staat und Privaten in Gleichordnung darstelle. Brodowski erläuterte einige mögliche Rechtsgrundlagen, die jedoch überwiegend unzureichend seien. Er stellte schließlich die bereits bestehenden Ansätze zur Verrechtlichung, aber auch zur Domestizierung des direkten Zugriffs vor und diskutierte eigene Lösungsansätze für die vielfältigen Konfliktlagen.

Oberstaatsanwalt Georg Ungefuk, Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M., wandte sich dem Problem des grenzüberschreitenden Zugriffs auf mobile Daten/Ermittlungstechniken zu. In der Praxis bestehe für Strafverfolger aufgrund der Natur der Materie ein hoher Druck, schnell zu entscheiden. Durch cloud computing werde dies noch verschärft. Daten würden im Regelfall dort gespeichert, wo die Möglichkeiten für den Anbieter am einfachsten seien oder wo sich der Kunde des Anbieters aufhalte. Bei global players sei dies oft im Ausland und der Standort nicht genau zu bestimmen. Hinreichende nationale oder internationale Rechtsgrundlagen gebe es derzeit aus diesem Grunde nicht. Rechtshilfeersuchen könnten faktisch oft erst nach einer Sicherung der Daten und Bestimmung des Standorts ex post gestellt werden.

Der zweite Tag begann mit der Darstellung aktueller Entwicklungen aus praktischer Sicht, vornehmlich zur Europäischen Staatsanwaltschaft. Tania Schröter, Referatsleiterin m.d.W.d.G.b., Referat B2 – Strafverfahrensrecht, EU-Kommission, Brüssel, stellte aktuelle Vorhaben der Kommission vor. Sie berichtete vorrangig von der Europäischen Staatsanwaltschaft, darüber hinaus aber auch vom Europäi-

schen Strafregisterinformationssystem (ECRIS) sowie dem Maßnahmenpaket Terrorismusfinanzierung und widmete sich hierbei vor allem der Verfolgung der Geldwäsche und der Anerkennung von Einziehungsentscheidungen. Auch mögliche künftige Vorschläge waren Thema ihres Berichts. Im Fokus stünden derzeit die Haftbedingungen in Europa im Hinblick auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Allgemein seien für die EU-Kommission die Umsetzungsdefizite in den Mitgliedstaaten weiterhin ein gewichtiges Problem.

*Dr. Hans-Holger Herrfeld*, Referatsleiter Europäische Staatsanwaltschaft, Grundfragen europäischer Strafrechtspolitik, im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Berlin, berichtete ausführlich über Stand und Inhalt des Entwurfs der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft, insbesondere über rechtliche Problematiken, die durch die Struktur der Europäischen Staatsanwaltschaft und ihre Zuständigkeit bedingt sind, so etwa die weitgehende Anwendbarkeit nationaler Standards für Beschuldigtenrechte und die Frage des Rechtsschutzes.

Aus Schweizer Sicht berichtete *Dr. Susanne Kuster*, Vizedirektorin des schweizerischen Bundesamts für Justiz, Bern, über die Zusammenarbeit mit Drittstaaten, insbesondere über die spezifischen rechtlichen Herausforderungen, die sich für die Schweiz im Rahmen der Zusammenarbeit mit der Europäischen Staatsanwaltschaft, aber auch im Rahmen von OLAF, ergeben können und über mögliche pragmatische Lösungsansätze. So könne etwa die Europäische Staatsanwaltschaft aus Sicht von Drittstaaten keine eigene Rechtshilfe leisten, weshalb keine Gegenseitigkeit sichergestellt sei. Um diese und andere Fragen zu klären, müsse daher die Entwicklung beobachtet und gegebenenfalls eine Übereinkunft getroffen werden.

Der letzte Teil der Tagung war der grenzüberschreitenden Vermögensabschöpfung gewidmet. *Dr. Ralf Riegel*, Referatsleiter des Referats für Internationales Strafrecht im BMJV, Berlin, sprach über Probleme mit der grenzüberschreitenden Vermögensabschöpfung und betonte dabei insbesondere die Wichtigkeit der Zusammenarbeit mit Nachbarstaaten, die auch ohne gegenseitige Anerkennung möglich und wichtig sei. Darüber hinaus berichtete er über die Probleme mit existierenden Instrumenten zur Sicherstellung und Einziehung sowie die geplante Verordnung über die gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen.

*Julia Meier*, stellvertretende Leiterin des Fachbereichs Rechtshilfe im Bundesamt für Justiz, Bern, berichtete sodann über asset recovery in der Schweiz, welches vor allem auf zahlreichen multi- und bilateralen Abkommen sowie auf unverbindlichen memoranda of understanding basiere. Wesentliches Problem sei, dass wegen der Zuständigkeit der Belegenheitsort des Vermögens bekannt sein müsse. Sie stellte im Anschluss die Lösungsansätze der Praxis vor.

Hiermit schloss die Veranstaltung, die neben den Vorträgen auch von lebhaften Diskussionen der Teilnehmer geprägt war.

Die dritte Tagung des Arbeitskreises am 14. und 15.6.2018 an der Universität Bonn wird die Diskussion hoch-

aktueller Themen fortsetzen. Während am ersten Tag Werkstattberichte von EU- und Europaratsaktivitäten sowie die Diskussion aktueller Rechtsprechung geplant sind, wird sich der zweite Tag auf materiell-rechtliche und rechtshilferechtliche Fragen der Terrorismusbekämpfung konzentrieren. Vortragen werden unter anderem *Alexandra Jour-Schröder* (Direktorin Strafrecht, EU-Kommission), *Hans-Holger Herrfeld* und *Rüdiger Stotz* (Generaldirektor Bibliothek, Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation, EuGH). Interessierte können sich informieren und anmelden unter:

<https://www.jura.uni-bonn.de/lehrstuhl-prof-dr-boese/arbeitskreis-europaeisches-strafrecht>. Die Vorträge werden zukünftig in dieser Zeitschrift erscheinen.