AUSGABE 4/2020

S. 143 - 211

15. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

**Vom Naturalismus zum Normativismus, von der Systematik zur Topik
Der Niedergang der deutschen Strafrechtswissenschaft vom Allgemeinen Teil**
Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn 143

Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage
Von Prof. Dr. Christian Jäger, Wiss. Mit. Johannes Gründel, Erlangen 151

Künstliche Intelligenz und Strafrechtspflege – eine Orientierung
Von Dr. Lukas Staffler, Rechtsanwalt Oliver Jany, Zürich 164

Internationales Strafrecht

**„Vertrauen ist gut, Anerkennung ist besser“
Herausforderungen in der grenzüberschreitenden Strafvollstreckung zwischen Nordrhein-Westfalen und den Niederlanden**
Von Dr. Robin Hofmann, Prof. Dr. Hans Nelen, Maastricht 178

Strafverfahrensrecht

**Der Einsatz neuer Ermittlungsmaßnahmen
Das Beispiel stille SMS**
Von PD Dr. Hilde Farthofer, Erlangen 190

Strafrechtsvergleichung

Tax evasion as the predicate offense of money laundering under German and US law
By Philipp Behrendt, LL.M. (USC) 196

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

**BGH, Beschl. v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18
(Grenzen der Rückwirkung bei der Vermögensabschöpfung)**
(Prof. Dr. Frank Saliger, München) 210

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 Dennis Klein

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Veronika Schmidt

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Vom Naturalismus zum Normativismus, von der Systematik zur Topik

Der Niedergang der deutschen Strafrechtswissenschaft vom Allgemeinen Teil

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

I. Der Naturalismus

Wenn Sie diese Überschrift lesen, denken Sie wahrscheinlich, ich wolle zum Naturalismus zurückkehren und sehne mich nach den Systemstreitigkeiten zwischen der kausalen und der finalen Handlungslehre zurück. Nichts liegt mir ferner. Ich bin mir mit den meisten heutigen Strafrechtswissenschaftlern darüber einig, dass der Naturalismus eine Fehlintuition ist. Allerdings geht es mir mit dem Naturalismus ein bisschen so, wie dem heiligen Augustin mit der Zeit. Ich weiß genau, was Naturalismus ist, wenn ich es aber erklären soll, weiß ich es nicht. Es gibt nämlich keine Theorie des Naturalismus. Aber es gibt ein klassisches Beispiel: die Kritik *Franz von Liszts* an der Normentheorie von Binding.

v. Liszt schreibt in seiner Rezension: „In der Tat: Wenn der wissenschaftliche Wert einer hypothetischen Annahme an den Ergebnissen erkannt werden kann, zu welchen sie führt, dann ist der Stab gebrochen über Bindings Normentheorie.“¹ Das Ergebnis, dass v. Liszt hier meint, ist die Auffassung Bindings, dass ein einzelnes Verbrechen nichts anderes ist, als die Verwirklichung eines Straftatbestandes. Binding hatte den Begriff der Handlung, der der Lehre von der Idealkonkurrenz bis heute zugrunde liegt, als Afterbegriff bezeichnet. v. Liszt erklärt seine Kritik daran, wie es unsere Altvorderen so gern taten, an einem schlüpfrigen Beispiel, nämlich dem gewaltsamen Beischlaf eines Bruders mit seiner verheirateten Schwester, der damals nicht nur als Vergewaltigung und als Blutschande, sondern auch noch als Ehebruch strafbar war. v. Liszt schreibt: „Fast scheint es, dass die Normentheorie zu idealistisch sei, um sich mit dem Beischlaf im physiologischen Sinne irgendwie abzugeben. Aber leider, leider, wir Menschen können nicht heraus aus unserer Natur, bis der Tod dem Geist das All erschließt. Und so oft unsere Richter einen Beischlaf abzuurteilen haben, so war und ist und wird es sein der brutale Akt ohne jede begriffliche Abstraktion.“² v. Liszt glaubt also, dass der Ausdruck Beischlaf die einzig richtige Beschreibung des Geschehens sei, während Blutschande, Vergewaltigung und Ehebruch begriffliche Abstraktionen seien. Versuchen wir, die Ontologie zu beschreiben, die dem zugrunde liegt. Danach ist uns die Wirklichkeit in bestimmten, wie es heißt, ganz konkreten Begriffen und Tatsachen gegeben, gewissermaßen in fertig abgepackten Portionen. Wir können die Wirklichkeit zwar auch anders beschreiben, und diese Beschreibungen sind sogar wahr. Aber sie sind irgendwie unvollständig, weil sie nicht die wirklichen konkreten Dinge beschreiben. Die Begriffe, mit denen man diese wirklichen konkreten Dinge beschreibt, beispielsweise Beischlaf, sind also von Natur aus maßgeblich. Der Begriff der Handlung, der für die Verbindung mehrerer Delikte zu einer Handlungseinheit maßgeblich ist, ist die Körperbewegung, genauer die Körperteilbewegung. Das ist die theoretische

Grundlage der Lehre von der Handlungseinheit in Wissenschaft und Praxis bis auf den heutigen Tag. Selbst ein so eingefleischter Antinaturalist wie *Jakobs* besteht in seinem Lehrbuch mit Nachdruck darauf, dass zwei verschiedene Handlungen und deshalb auch zwei verschiedene Verbrechen vorliegen, wenn der Täter einen anderen mit der Hand schlägt und gleichzeitig mit dem Mund beleidigt.³ Zwar ist die Rechtsprechung dazu übergegangen, für solches Verhalten nur eine Strafe festzusetzen, also Idealkonkurrenz anzunehmen,⁴ sie gibt allerdings nicht zu, dass sie sich damit von ihrer in ständiger Rechtsprechung vom Reichsgericht übernommenen Definition der Handlungseinheit als vollständige oder teilweise Identität von „Willensbetätigungsakten“⁵ verabschiedet hat.

Das zweite Reservat des Naturalismus, also der Lehre von den von Natur aus vorgegebenen Gestalten der Wirklichkeit, ist die Lehre vom Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt.⁶ Sie dient dazu, die Bestimmung der Einzelursache als notwendige Bedingung des Erfolgs aufrecht erhalten zu können, wenn eine sog. Ersatzursache vorliegt, also ein Kausalverlauf zum gleichen Erfolg, der sich nur deshalb nicht verwirklicht, weil er vom wirklichen Kausalverlauf verdrängt worden ist.

So begründet man mit der Lehre von der Maßgeblichkeit des Erfolges in seiner ganz konkreten Gestalt die Lösung des folgenden Falles: Der Attentäter leiht sich von zweien seiner Freunde, dem A und dem B, je ein Messer. Er tötet sein Opfer mit dem Messer des B. Stellt man auf den Erfolg ab, so wie der Tatbestand ihn beschreibt, also auf den Tod des O meinethalben zu einer bestimmten Zeit, so erscheint der Beitrag des B nicht als notwendige Bedingung für dessen Eintritt, weil der Täter auch das Messer des A hätte benutzen können. Aber das Messer des A steckt nicht im Rücken des Opfers. Der Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt ist der

³ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, Abschn. 32 Rn. 4.

⁴ BGH Beck RS 2015, 04143; näher zu dieser Entwicklung *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 52 Rn. 35 f.

⁵ Sog. Formel des RG, RGSt 32, 137 (138 f).

⁶ RGSt 1, 373; BGHSt 1, 332; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Vor § 13 Rn. 10; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 79; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 21; *Ebert/Kühl*, Jura 1979, 561 (564); *Erb*, JuS 1994, 449 (452); *Schlüchter*, JuS 1976, 378 (380); *Walder*, SchwZStr 1977, 113 (130); *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 14 Rn. 10 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2005, § 11 Rn. 21; mit Einschränkungen *Jakobs* (Fn. 3), Abschn. 7 Rn. 15 ff.; *Koriath*, Kausalität und objektive Zurechnung, 2007, S. 145; zuletzt *Haas*, GA 2015, 86.

¹ v. Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 1, 1905, S. 212 (246).

² v. Liszt (Fn. 1), S. 245.

Tod des O mit dem Messer des B im Rücken und für den war der Tatbeitrag des B eine notwendige Bedingung. Aber mit welchem Recht zählt man die Tatsache, dass das Tatmesser das des B war, zum strafbaren Erfolg? Könnte man nicht mit demselben Recht die Kausalität der Ehefrau des Tatopfers damit begründen, dass diese dem Opfer am Morgen der Tat ein frisches Hemd zurechtgelegt hat, weil doch der Tod in einem weißen Hemd in seiner konkreten Gestalt ein anderer Tod ist, als der in einem blauen?

Das Beispiel zeigt, dass es die von Natur aus vorgegebenen konkreten Dinge, Ereignisse, Tatsachen nicht gibt. *Hettinger* schreibt: „Das Recht bewertet Lebenssachverhalte und setzt sie notwendig voraus, es darf sie nicht selbst schaffen wollen“.⁷ Das Gegenteil ist richtig. Erst mithilfe unserer deskriptiven Begriffe schaffen wir die Tatsachen, die wir dann bewerten. Wir müssen nicht nur die Wertungskriterien aufstellen, die wir dabei anwenden, sondern auch entscheiden, auf welche Tatsachen es bei einer solchen Wertung ankommt. Das ist die Grunderkenntnis des Normativismus. Diese Erkenntnis hätte eigentlich dazu führen müssen, dass man sich mit Sorgfalt der Frage widmet, welche Beschreibungen der Wirklichkeit für die Entscheidung von Rechtsfragen denn maßgeblich sein soll. Um das am Beispiel des Erfolges zu demonstrieren: Maßgeblich ist diejenige Beschreibung des Erfolges, die im Gesetz steht.⁸ Stattdessen wandte sich die normativistische Strafrechtswissenschaft von den Tatsachen ab und befasste sich ausschließlich mit den Bewertungen dieser Tatsachen.

II. Wertung und Tatsachen

Aber eine Wertung hat keinen Sinn, wenn nicht klargestellt wird, welche Tatsachen die Wertung rechtfertigen. Darüber hatte ich einmal einen Disput mit *Fischer*. Er schreibt: „Ist zum Beispiel die Behauptung, die Deutsche Fußballnationalmannschaft habe im Länderspiel gegen Chile am 5.3.2014 ‚schlecht‘ gespielt, ein Werturteil? Ich nehme an: Ja. Darf der Beurteilende, nach der Grundlage seines Urteils befragt, antworten, für ihn ergebe sich dies aus der Gesamtheit der Umstände des Spielverlaufs? Ich nehme an: Ja.“⁹ Aber wenn ich das höre, weiß ich nichts weiter, als dass Herrn *Fischer* das Spiel der deutschen Mannschaft nicht gefallen hat. Um seine Aussage als Wertung zu verstehen, muss ich wissen, welches Verhalten der deutschen Fußballspieler, in welchen Spielszenen *Fischer* als schlecht beurteilt und nach welchen Maßstäben er dies tut. Sonst hat sein Werturteil über das Spiel der deutschen Mannschaft keinen Sinn und ich weiß nicht, was er damit meint. Ich weiß auch nicht, was er im vorliegenden Zusammenhang unter dem Begriff schlechtes Fußballspiel versteht.¹⁰

⁷ *Hettinger*, GA 1990, 331 (349).

⁸ *Puppe* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 72; *dies.*, ZStW 92 (1980), 865 (880).

⁹ *Fischer*, ZIS 2014, 97.

¹⁰ Vgl. *Puppe*, ZIS 2014, 66 (67); *dies.*, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 323 f.

In seinem in der Ethik immer noch maßgeblichen, wenn natürlich nicht unumstrittenen Buch „The Language Of Morals“ hat *Hare* die Bedeutung von Wertaussagen analysiert und dabei folgendes Gedankenexperiment gemacht: Einem Kunstexperten werden zwei Bilder vorgelegt, die sich völlig gleichen. Er erklärt, dass eine Bild sei gut, das andere schlecht. Auf die Frage, wie sich diese beiden Bilder denn sonst noch unterscheiden, antwortet er: Sie unterscheiden sich sonst durch nichts, nur das eine ist eben gut und das andere schlecht. Diese Wertungsaussagen wird niemand ernst nehmen. *Hare* kommt also zu dem Ergebnis, dass die bewerteten Tatsachen integrale Bestandteile der Bedeutung der Wertaussage sind.¹¹

Aber in der deutschen Strafrechtsdogmatik hat sich diese Erkenntnis nicht durchgesetzt. Man kann geradezu von einem *horror facti* sprechen. Der strafrechtsdogmatische Normativismus fühlt sich auf der Höhe der Methode der Rechtsfindung, wenn er nur noch von Normen und von Wertungen spricht und sog. Wertungsformeln entwickelt. Das will ich an der Lehre von der objektiven Zurechnung demonstrieren, die als die bedeutendste Leistung der deutschen Strafrechtsdogmatik nach dem Finalismus gilt.

III. Die sog. Grundformel der Lehre von der objektiven Zurechnung

Ausgangspunkt der Lehre von der objektiven Zurechnung, wie sie heute in fast allen Lehrwerken dargestellt wird, ist die sog. Grundformel. Sie lautet: „Ein Erfolg wird dem Täter dann zugerechnet, wenn sich die von ihm geschaffene unerlaubte Gefahr im Erfolg realisiert hat.“¹² Das ist eine dreifach Forteformel. Es gibt kein Problem der Lehre von der objektiven Zurechnung, das man mit ihr nicht lösen kann.

Wenn der Täter durch irgendein, wie auch immer zu bestimmendes, sorgfältiges Alternativverhalten, den Erfolg nicht hätte vermeiden können, dann hat sich die unerlaubte Gefahr nicht realisiert.¹³ Wenn das vom Täter, womöglich

¹¹ *Hare*, Die Sprache der Moral (Originaltitel: The Language Of Morals, 1952), Übersetzung v. *Morstein*, 1972, S. 110 f.; vgl. auch *Birnbacher*, Analytische Einführung in die Ethik, 2013, S. 31.

¹² Statt vieler *Eisele* (Fn. 6), Vor § 13 Rn. 92; *Roxin* (Fn. 6), § 11 Rn. 47; *Kühl* (Fn. 6), Vor § 13 Rn. 14; *Fischer* (Fn. 6), Vor § 13 Rn. 25; *Walter*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 95 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 251 f.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 28 IV.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 13 Rn. 46; *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 55; *Momsen*, ebenda, § 15 Rn. 85; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 31; *Sánchez Lázaro*, ZStW 126 (2014), 277 (293 ff.); *Goeckenjan*, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017, S. 130 ff.

¹³ *Roxin* (Fn. 6), § 11 Rn. 88 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019, § 33 Rn. 34;

mit Tötungsabsicht verletzte Opfer auf dem Transport ins Krankenhaus durch einen Verkehrsunfall stirbt oder bei einem Krankenhausbrand umkommt, hat sich die unerlaubte Todesgefahr der Körperverletzung nicht realisiert.¹⁴ Wenn der Kraftfahrer, der eine Wartepflicht missachtet oder mit zu hoher Geschwindigkeit gefahren ist, an einer späteren Stelle in einen Verkehrsunfall verwickelt wird, während er ordnungsgemäß fährt, hat sich die unerlaubte Gefahr seines Fehlverhaltens nicht realisiert.¹⁵ Wenn das Opfer sich in frei verantwortlicher Selbstgefährdung in die vom Täter geschaffene Gefahr begeben hat, hat sich diese unerlaubte Gefahr nicht realisiert.¹⁶ Ob sich die unerlaubte Gefahr auch dann nicht realisiert hat, wenn das Opfer sich ihr ausgesetzt hat, um eine vom Täter gefährdete Person zu retten, ist hoch streitig.¹⁷ Ebenso streitig ist, ob sich die unerlaubte Gefahr des Täterverhaltens auch noch in einem Erfolg realisiert hat, der erst durch ein hinzutretendes Verschulden eines Dritten, beispielsweise eines behandelnden Arztes eingetreten ist.¹⁸ Und schließlich schwebt über allem noch das Erfordernis der generellen Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs, das man jederzeit zurate ziehen kann, wenn man die Zurechnung ablehnen will, aber nicht weiß warum. Auch in einem unvorhersehbaren Kausalverlauf hat sich die vom Täter geschaffene unerlaubte Gefahr eben nicht realisiert.¹⁹ Es ist deshalb auch nicht erstaunlich, dass neuerdings vorgeschlagen wird, zur guten alten Adäquanzformel zurückzukehren und die Ablehnung von Zurechnung einfach damit zu begründen, dass „mit derartigen Verläufen nicht gerechnet werden muss“.²⁰ Wenn

wir davon ausgehen, dass es sich dabei um eine Wertungsformel handeln soll, dann macht doch stutzig, dass derart verschiedene tatsächliche Konstellationen durch diese Formel bewertet werden sollen.

Orientieren wir uns erst einmal an dieser Formel, so fragt sich, was man unter einer unerlaubten Gefahr verstehen soll und was unter dem Ausdruck, dass sich diese Gefahr im Erfolg realisiert hat. Eine unerlaubte Gefahr ist zunächst eine sog. abstrakte Gefahr, in der ein unerlaubtes Verhalten einer Person als Gefahrfaktor vorkommt. Was bedeutet der Ausdruck, dass sich die unerlaubte Gefahr realisiert hat? Im Erfolg allein kann sie sich nicht realisieren, sondern nur im Kausalverlauf zum Erfolg. Im Kausalverlauf realisiert sich eine unerlaubte Gefahr dann, wenn die unerlaubten Eigenschaften des Täterverhaltens als notwendige Elemente in der Kausalerklärung des Erfolges vorkommen.²¹

Diese Voraussetzung der Zurechnung des Erfolges ist beispielsweise nicht erfüllt, wenn ein Autofahrer mit abgefahrenen Reifen oder defekter Blinkanlage losfährt und, während er an einer roten Ampel hält, von einem anderen Autofahrer von hinten angefahren wird. Der Autofahrer hat zunächst eine Sorgfaltspflicht verletzt, er hätte mit abgefahrenen Reifen oder defekter Blinkanlage nicht fahren dürfen. Aber die daraus resultierende Gefahr hat sich im Unfall deshalb nicht realisiert, weil ich zur Erklärung dieses Unfalls die Tatsache nicht brauche, dass der an der Ampel angefahrene Wagen eine defekte Blinkanlage oder abgefahrne Reifen hatte.

IV. Die Formel vom Schutzzweck der Sorgfaltsnorm

Und damit sind wir bei der nächsten Formel. Der Erfolg wird dem Täter nicht zugerechnet, wenn die von ihm verletzte Norm ihn nicht verhindern sollte oder wollte.²² Fragen Sie eine Norm doch einmal, was sie denn will.

Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 46 f.; *Frisch*, JuS 2011, 205.

¹⁴ *Roxin* (Fn. 6), § 11 Rn. 45, 47, 78; *Kühl* (Fn. 6), § 4 Rn. 61; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, Kap. 10 Rn. 21; *Frisch* JuS 2011, 205 (206).

¹⁵ *Roxin* (Fn. 6), § 11 Rn. 75; *Kühl* (Fn. 14), § 4 Rn. 74; *Frister* (Fn. 14), § 10 Rn. 24.

¹⁶ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 185 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 13), § 11 Rn. 23; *Frister* (Fn. 14), § 10 Rn. 15 ff.

¹⁷ Vgl. zum Streitstand *Puppe* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 186 ff.

¹⁸ Dagegen *Roxin* (Fn. 6), § 11 Rn. 141; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 13), § 11 Rn. 46 ff.; *Kühl* (Fn. 14), § 4 Rn. 67 ff.; *Frister* (Fn. 14), § 10 Rn. 26. Zum Streitstand *Puppe* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 253 f.; *Frisch*, JuS 2011, 205 (208).

¹⁹ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 196; *Rengier* (Fn. 12), § 13 Rn. 62 ff.; *Kühl* (Fn. 14), § 4 Rn. 61 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 13), § 33 Rn. 22.

²⁰ *Duttge*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 186; vgl. auch *Weigend*, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 129; *Hilgendorf*, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 33 (44 f.); *Hauck*, GA 2009, S. 280; dagegen z.B. *Schünemann*, GA 1999, 207 (213 ff.); *Kindhäuser*, GA 2007, 447 (452 f.); *Roxin* in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes

Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 715 (724 ff.); *Puppe* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 255.

²¹ *Puppe* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 202; *dies.*, ZJS 2008, 488 (493); *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (601 f.). Auch in der anglo-amerikanischen Doktrin hat sich unabhängig von der deutschen der gleiche Gedanke entwickelt, *Honoré*, in *Honoré*, Responsibility and Fault, 1999, S. 94, 104 f.; *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1768); *ders.*, San Diego Law Review 40 (2003), 1425 (1494 ff.).

²² *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 13), § 33 Rn. 42 ff.; *Kühl* (Fn. 14), § 17 Rn. 63; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 960; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 10 Rn. 21 f.; vgl. *Roxin* (Fn. 6), § 11 Rn. 102 f.; *Momsen* (Fn. 12), § 15 Rn. 79 f.; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 110; *Jäger*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 121; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, S. 525; ebenso *Gössel*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 423 (442); *Schmoller*, in: Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffetter zum 65. Geburtstag, 1996, S. 223 (233 ff.); *Eisele* (Fn. 6), Vor § 13 Rn. 95/96.

Um uns Klarheit darüber zu verschaffen, welche tatsächlichen Eigenschaften eines Kausalverlaufs das Urteil begründen, dass er vom Schutzzweck der Norm nicht erfasst wird, müssen wir uns an Fälle halten, in denen eben dieses Urteil gefällt wird. Nehmen wir zum Beispiel den Rotlicht-Fall. Ein Kraftfahrer missachtet ein rotes Ampelsignal oder eine Vorfahrt oder eine Geschwindigkeitsbegrenzung und später, während er wieder vorschriftsmäßig fährt, fährt oder läuft ihm ein anderer Verkehrsteilnehmer dergestalt vor die Räder, dass er einen Unfall mit Körperverletzungsfolgen auch durch Bremsen nicht mehr verhindern kann. Die h.L. fragt, ob der Täter diesen Unfall durch sorgfaltsgemäßes Verhalten vermieden hätte. Die Frage ist zu bejahen. Hätte er das Rotlicht, die Vorfahrt oder die Geschwindigkeitsbegrenzung respektiert, so wäre er zu dem Zeitpunkt, als der andere Verkehrsteilnehmer seine Fahrbahn kreuzte, noch gar nicht vor Ort gewesen, so dass es zu dem Zusammenstoß nicht gekommen wäre. Nun heißt es, „das war doch nur Zufall“ oder es ist nicht Schutzzweck einer Geschwindigkeitsbegrenzung oder einer Vorfahrtsregelung Kollisionen mit anderen Verkehrsteilnehmern zu verhindern, die jenseits des Bereichs stattfinden, in dem die betreffende Regelung gilt.²³ Das ist unmittelbar einsichtig und damit begnügen sich die meisten. Aber eine Wissenschaft muss doch fragen, warum das unmittelbar einsichtig ist. Sie muss den plausiblen Einzelfall zum Anlass für den Versuch nehmen, aus ihm eine allgemeine Regel abzuleiten, nach der der Schutzzweck einer Norm zu bestimmen ist.

V. Zur Bestimmung des Schutzzwecks einer Sorgfaltsnorm

Wir müssen also versuchen, den Begriff des Schutzzwecks einer Norm deskriptiv zu bestimmen. Der Schutzzweck einer Norm erfasst nur diejenigen unglücklichen Kausalverläufe, zu deren Verhinderung sie generell, nicht nur zufällig geeignet ist.²⁴ Das ist noch keine deskriptive Bestimmung. Was heißt hier zufällig? Zufällig sind all diejenigen Parameter des Einzelfalles, die eben vom Zufall abhängen, d.h., die nicht

durch Normen geregelt sind. In unserem Fall beispielsweise der Zeitpunkt, zu dem der Autofahrer seine Fahrt angetreten hat oder die Geschwindigkeiten, die er erlaubter Weise hätte fahren können, die Pausen die er hätte machen können usw. Verändern wir nun diese zufälligen Parameter, so stellt es sich heraus, dass in bestimmten Fällen gerade die Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung den Unfall verursacht hätte, während ihre Missachtung ihn verhindert hätte. In unserem Beispiel hätte also der Kraftfahrer, wenn er das Rotlicht, die Vorfahrt oder die Geschwindigkeitsbegrenzung respektiert hätte, den Unfall mit dem anderen Verkehrsteilnehmer gerade herbeigeführt, wenn er die Fahrt früher angetreten oder eine Pause nicht gemacht hätte usw. Für Kollisionen außerhalb des Geltungsbereichs einer Vorfahrtsregelung oder einer Geschwindigkeitsbegrenzung gilt also, dass ihre Wahrscheinlichkeit gleich bleibt, ob nun die Autofahrer die Regel einhalten oder nicht. Die Einhaltung der Regel bewirkt lediglich, dass die Kollisionen in anderen Fällen stattfinden, nicht aber, dass ihre Zahl reduziert wird. Das ist die deskriptive Bestimmung des Urteils, dass die Norm generell nicht geeignet ist, Schadensverläufe einer bestimmten Art zu verhindern bzw. des Urteils, dass die Verhinderung im Einzelfall nur zufällig wäre.²⁵ Diese deskriptive Regel können wir auf andere Fälle übertragen, in denen sich die Frage stellt, ob ein Kausalverlauf innerhalb des Schutzzwecks der Norm liegt oder nicht.

Mithilfe unseres Begriffs der generellen Eignung der Befolgung einer Sorgfaltsnorm, zur Verhinderung eines schädigenden Kausalverlaufs können wir eine weitere Anwendung der Grundformel erklären. Stellen Sie sich vor, der Täter hat einen anderen mit dem Auto angefahren oder gar mit einem Messer in Tötungsabsicht verletzt. Das Opfer kommt ins Krankenhaus und stirbt dort bei einem Krankenhausbrand, so heißt es: Es hat sich nicht das unerlaubte Risiko des Anfahrens oder des Messerstichs realisiert, sondern ein anderes, deshalb ist dem Täter der Tod des Opfers nicht zuzurechnen. Aber was heißt, es hat sich die unerlaubte Gefahr nicht realisiert, ist doch das Opfer nur deshalb in das Krankenhaus gekommen, weil der Täter es verletzt hat. Nicht nur die Handlung des Täters, sondern auch deren unerlaubte Eigenschaften, die Verursachung einer Verletzung, ist notwendiger Bestandteil der kausalen Erklärung des Todes. Aber das Verbot, einen anderen körperlich zu verletzen, ist nicht generell geeignet, einen solchen Kausalverlauf zu verhindern, die Zwischenursache, dass das Opfer sich in einem Haus aufhält, in dem später ein Brand ausbricht, kann auch auf erlaubte Weise herbeigeführt werden. Sie ist ein grundsätzlich erlaubter Zustand. Die Norm, du sollst einen anderen nicht körperlich verletzen, ist also nicht generell geeignet, einen Kausalverlauf der vorliegenden Art zu verhindern. Die Formel, das unerlaubte Risiko hat sich im Erfolg nicht realisiert, sondern nur ein erlaubtes, bedeutet in unserem Zusammenhang also, dass der Kausalverlauf zwar zunächst durch ein unerlaubtes

²³ Roxin (Fn. 6), § 11 Rn. 75; Wessels/Beulke/Satzger (Rn. 12), Rn. 265.

²⁴ Diese generelle Eignung, einen Kausalverlauf zum Erfolg zu verhindern, hat v. Kries (ZStW 9 [1889], 528 [532]) mit dem Ausdruck „Adäquanz des Kausalverlaufs“ bezeichnet. Der heute als Beispiel für das Fehlen der Realisierung des unerlaubten Risikos so beliebte Gewitterfall kam bereits bei v. Kries vor. Hätte man seinen Begriff der Adäquanz des Kausalverlaufs aufgegriffen, statt ihn zu einem nichtssagenden Vorhersehbarkeitskriterium zu banalisieren – in jedem Kausalverlauf gibt es irgendwelche Einzelheiten, die nicht vorhersehbar sind, sodass es entscheidend ist, ob sie „wesentlich“ sind –, so hätten wir die Lehre von der objektiven Zurechnung ein Jahrhundert früher und außerdem besser gehabt, als sie heute ist. Aber ohne eine Theorie der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung verfügte v. Kries nicht über ein begriffliches Instrumentarium, um eine Theorie der generellen Geeignetheit einer Norm zur Verhinderung eines Kausalverlaufs zu entwickeln.

²⁵ Siehe dazu Puppe, in: Schulz/Vormbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, 1997, S. 227 (235, 245); dies., Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 4 Rn. 18; dies. (Fn. 4), Vor §§ 13 Rn. 232 ff.

Verhalten angestoßen worden ist, dann aber, ehe er durch ein Naturereignis oder auch durch das Fehlverhalten eines anderen zum Schaden geführt hat, in einen erlaubten Kausalverlauf übergegangen ist. Anders ausgedrückt, der Kausalverlauf von der sorgfaltswidrigen Handlung zum Erfolg hin muss eine Kette unerlaubte Zustände darstellen, geht er in einen erlaubten Zustand über, so unterbricht dies die Zurechnung.²⁶

Wir haben gesehen, dass viele Aussagen, die die Lehre von der objektiven Zurechnung macht, richtig sind. Beispielsweise: Es ist nicht der Schutzzweck der Geschwindigkeitsbegrenzung, Unfälle außerhalb von deren Geltungsbereich zu verhindern. Oder es ist nicht der Schutzzweck eines Verletzungsverbots, zu verhindern, dass der Verletzte eine Taxifahrt unternimmt, ein Krankenhaus betritt oder zu einem Arzt geht. Alle diese Aussagen werden von der Lehre von der objektiven Zurechnung als Wertungen verstanden. Es heißt, dass der Täter, auch wenn er sich sorgfaltswidrig verhalten hat, nicht für nur zufällige Folgen seines Handelns verantwortlich gemacht werden soll. Ob dieses Prinzip richtig ist oder nicht (Stichwort: *versari in re illicita*), ist eine Frage der Wertung. Hat man es aber einmal anerkannt, so kann man mit rein deskriptiven Mitteln bestimmen, wann die Verursachung eines Schadens durch die sorgfaltswidrige Handlung eines Täters nur zufällig ist und wann nicht. Die Anwendung normativer Begriffe auf Einzelfälle durch deskriptive zu ersetzen, die sog. Entnormativierung, ist das Ziel der Rechtswissenschaft. Denn wenn eine Wertung nicht letztlich auf Tatsachen zurückgeführt wird, hat sie keinen Sinn und ist den richterlichen Gutdünken anheimgegeben.

VI. Ein Sammelsurium von Topoi

Als ein Ensemble von Topoi haben die Gegner der Lehre von der objektiven Zurechnung diese bezeichnet und abgelehnt. Diese Gegner kamen vor allem aus dem Welzelschen Lager, also vom Naturalismus her.²⁷ Solange sich die Lehre von der objektiven Zurechnung auf Formulierungen beschränkt wie: die unerlaubte Handlung ist zwar kausal, aber die unerlaubte Gefahr hat sich im Erfolg nicht realisiert, die Norm soll diesen Erfolg nicht verhindern oder gar die Norm will diesen Erfolg nicht verhindern, ist dieser Vorwurf vollauf berechtigt.

²⁶ *Puppe* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 237 ff.; *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (608 ff.); *dies.*, (Fn. 25), § 4 Rn. 1 ff.; zust. *Jakobs* (Fn. 3), Abschn. 7 Rn. 78; *Zielinski*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentare, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1990, §§ 15, 16 Rn. 109 ff.; *Kindhäuser*, in: Byrd/Joerden (Hrsg.), *Philosophia Practica Universalis*, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2006, S. 527 (537 f).

²⁷ *Arth. Kaufmann*, in: Vogler/Herrmann/Krümpelmann/Moos/Triffterer/Leibinger/Schaffmeister/Meyer/Hünerfeld/Behrendt (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1985, S. 251 (271); *Hirsch*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 121 (124); *Hilgendorf* (Fn. 20), S. 44; *ders.*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2019, § 27 Rn. 60.

Als Sammelsurium von Topoi präsentiert sich denn auch heute die Lehre von der objektiven Zurechnung, jedenfalls in den Lehrbüchern. Erst eine Formel, dann ein plausibles Beispiel, mehr Theorie braucht es nicht, um zu erklären, was Rechtswidrigkeitszusammenhang ist oder was der Ausdruck Schutzzweck der Norm bedeutet. In dem am meisten verbreiteten Lehrbuch, aus dem fast jeder Student den Allgemeinen Teil des Strafrechts lernt, werden die verschiedenen Erfordernisse der objektiven Zurechnung in folgender Reihenfolge als sog. „Fallgruppen“ dargestellt: Zuerst die Fallgruppe Schutzzweck der Norm, dann die Fallgruppe allgemeines Lebensrisiko und erlaubtes Risiko, dann die Fallgruppe freiverantwortliche Selbstschädigung und Selbstgefährdung, dann die Fallgruppe eigenverantwortliches Dazwischentreten eines Dritten, die Fallgruppe Risikoverringerung, die Fallgruppe atypische Kausalverläufe und ganz am Schluss die Fallgruppe Pflichtwidrigkeitszusammenhang.²⁸ Systematisch richtig wäre es gewesen, nach Prüfung der Kausalität der Handlung, die sorgfaltspflichtwidrigen Eigenschaften der Handlung festzustellen, also den Komplementärbegriff zum erlaubten Risiko, dann den sog. Rechtswidrigkeitszusammenhang, also die Kausalität der sorgfaltswidrigen Eigenschaften des Täterverhaltens, dann die Betroffenheit des Schutzzwecks der Norm, also die generelle Eignung der Normbefolgung, Kausalverläufe der vorliegenden Art zu vermeiden, schließlich, wenn im Sachverhalt indiziert, den Zurechnungsausschluss wegen freiverantwortlicher Selbstgefährdung oder wegen Dazwischentreten eines Dritten, sog. Regressverbot. Die „Fallgruppe“ der Risikoverringerung ist schon dadurch erledigt, dass die Kausalität der Handlung für den Erfolg festgestellt ist. Wer das Risiko des Eintritts eines Erfolges verringert, der verursacht den Erfolg nicht. Für die Lehre von der objektiven Zurechnung gilt eben, was für jede Theorie gilt. Sie lässt sich nur durch systematisches Vorgehen entwickeln. Verzichtet man darauf, so bringt man eben nichts zustande, als ein Sammelsurium von Topoi.

VII. Der Aufstieg der Topik

Wenn man fragt, was Topik denn sei und wodurch sie als Methode charakterisiert und legitimiert ist, so bekommt man nichts anderes zur Antwort als einen Namen: *Viehweg*. Dieser hat erstmalig 1953 ein kleines Büchlein veröffentlicht mit dem Titel „Topik und Jurisprudenz“. Das war übrigens seine Habilitationsschrift. Das Buch weist zunächst einmal anhand der Rechtsgeschichte, vor allem des Zivilrechts nach, dass topisches Argumentieren von Aristoteles und Cicero über die spätmittelalterliche Wiederentdeckung der Jurisprudenz bis auf den heutigen Tag in der Rechtswissenschaft eine Rolle gespielt hat. Dabei bezeichnet er als Topik alles, was nicht exakt logische Ableitung ist. Und da nur ein geringer Teil der Jurisprudenz logische Ableitung ist, ist fast alle Jurisprudenz eben Topik. Im Jahre 1953 war in der Strafrechtswissenschaft der Streit zwischen einer finalistischen und einer kausalistischen Systematik der Verbrechenlehre auf seinem Höhe-

²⁸ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 262; vgl. als jüngstes Beispiel *Zieschang*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 27), § 33 Rn. 93 ff.

punkt. Und so blieb das Buch lange unbeachtet. Das änderte sich gegen Ende der sechziger und Anfang der siebziger Jahre. Die 3. Auflage erschien 1965, die vierte 1969, die fünfte und letzte 1974. Da war der Streit zwischen den beiden Systemen der Verbrechenslehre bereits im Sande verlaufen, weil man erkannt hatte, dass man eine Erkenntnis, die man in einem System gewonnen hat, beispielsweise im finalistischen, auch in einem anderen formulieren kann.

Damit begann der Aufstieg der Topik als Gegenentwurf zur Systematik. Dabei war der Hauptvorwurf gegen die Systematik gar nicht so sehr der, dass es ihr nicht gelingt, alle Rechtsfragen so in ein System einzuordnen, dass ihre Lösung aus diesem System logisch ableitbar ist. Der Hauptvorwurf war, dass die Systematiker die juristischen Sachprobleme zu Gunsten von Wissenschaftsästhetik vernachlässigen. Problemendenken statt Systemdenken, Topik statt Begrifflichkeit, das waren die Schlachtrufe einer neuen Jurisprudenz. Die Systematik als Methode erfuhr nun das gleiche Schicksal, das zuvor schon die Logik im Recht ereilt hatte. Nachdem man sich der Erkenntnis nicht mehr verschließen konnte, dass sie, genauso wie die Logik, die übertriebenen Erwartungen, die man in sie gesetzt hatte, nicht erfüllen konnte, verwarf man sie gleich ganz. Argumentationen, die sich auf ein System beriefen, begegneten von nun an großer Skepsis.

Um die Topik als Methode ist es inzwischen still geworden, jedenfalls in der Methodenlehre der Rechtswissenschaft. In den Lehrbüchern der Methodenlehre werden kaum noch ein paar Seiten über sie verloren. Aber sie hat das unsystematische Argumentieren vom Fall her oder vom Problem her hoffähig gemacht und dabei ist es bis heute geblieben, wie wir an der Entwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung gesehen haben. Die meisten heutigen Anhänger der Lehre von der objektiven Zurechnung fühlen sich mit ihrem Sammelsurium von Topoi und ihren Zauberformeln recht wohl.

Aber neu ist das Formelwesen in der Jurisprudenz offensichtlich nicht. Beethoven schreibt an seinen Anwalt nach einem gewonnenen Prozess im Jahre 1814: „Danke, mein verehrter K. Ich sehe endlich wieder einen Rechtsvertreter und Menschen, der schreiben und denken kann, ohne der armseligen Formeln zu gebrauchen.“ Dabei war Beethoven überhaupt kein Jurist.

VII. Topische und systematische Argumentation

Eine allgemeine Theorie der Topik gibt es nicht, das wäre auch untopisch. Es gibt nur Beispiele topischen Argumentierens. Deshalb können wir uns den Unterschied zwischen topischer und systematischer Methode nur an Beispielen klar machen. Wir wählen dafür ein kontroverses klassisches Problem der Beteiligungslehre, den nach einer alten Entscheidung sog. Fall „Rose-Rosahl“.²⁹

Es ist die Frage, wie der Anstifter zu bestrafen ist, wenn der Täter bei Ausführung der verabredeten Tat einem error in objecto erliegt, also im Sinne des Anstifters den Falschen tötet, obwohl er glaubt, die Anweisung des Anstifters genau zu erfüllen. Soll nun der Anstifter wegen Anstiftung zur voll-

endeten Tötung des wirklichen Opfers, nur wegen Anstiftung zum Versuch oder überhaupt nicht wegen der Tat des Haupttäters strafbar sein, sodass allenfalls eine Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung in Betracht kommt, sofern diese strafbar ist? *Roxin* geht bei der Beantwortung dieser Fragen so vor, dass er zunächst die am weitesten gehende Strafbarkeit wegen Anstiftung zum vollendeten Delikt ablehnt, dann die Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Versuch prüft, sodass zuletzt nur ein Versuch der Anstiftung (sofern strafbar) übrig bleibt. Sein erstes Argument lautet: „Aber es ist nicht zu bezweifeln, dass ein die Anstifterbestrafung ausschließender Exzess vorgelegen hätte, wenn St absichtlich den N statt des S erschossen hätte. Was aber für den vorsätzlichen Exzess anzunehmen ist, muss auch für den unvorsätzlichen gelten; denn die Abweichung der Täters tat vom Vorstellungsbild des Anstifters ist dieselbe.“³⁰ Das ist eine typisch topische Argumentationsfigur, ein Vergleich mit einem anderen Fall, von dem behauptet wird, dass er sich von dem zu entscheidenden Fall in dem entscheidungserheblichen Punkt nicht unterscheidet. Dass dieser entscheidungserhebliche Punkt die Abweichung der Vorstellung des Anstifters über das Resultat der Handlung vom wirklichen Resultat der Handlung ist, wird dabei vorausgesetzt. Aber das ist doch gerade die Frage: Kommt es allein auf die Abweichung zwischen der Vorstellung des Angreifers über das Endresultat der Straftat an oder nicht auch auf die Abweichung im Verlauf? Im Vergleichsfall hat sich der Täter bewusst vom gemeinsamen Tatplan gelöst, um etwas ganz anderes zu tun, während er im zu entscheidenden Fall ja gerade an dem gemeinsamen Plan festhalten wollte.

Das zweite Argument *Roxins* lautet: „Dieses aus allgemeinen Exzess-Grundsätzen folgende Ergebnis wird durch eine Deduktion aus der Irrtumslehre gestützt. Denn der error in persona auf Seiten des St ist für den Hintermann B eine aberratio ictus. Der von ihm abgeschossene Pfeil (der St) ist abgeirrt und hat den N statt des S getroffen. Schließt man nun mit der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden und auch hier vertretenen Meinung bei der aberratio ictus die Annahme eines vollendeten Vorsatzdelikts aus, so kommt auch unter diesem Gesichtspunkt nur eine versuchte Anstiftung in Betracht.“³¹ Bilder sind wie Vergleiche ein typisches Mittel der Rhetorik, der die Lehre von der Topik ja ursprünglich entstammt. Aber stimmt denn das Bild? Ist die strafrechtlich relevante Beziehung zwischen einem Anstifter und einem Täter wirklich die gleiche, wie zwischen einem Schützen und seinem Pfeil, also zwischen Täter und Werkzeug? Das kann man mit Fug und Recht bestreiten.

Das dritte Argument, dass *Roxin* heranzieht, ist das bekannte Bindingsche Blutbad-Argument, „das von der Hypothese ausgeht, St hätte nach Feststellung seines Irrtums weiterhin auf S gewartet und auch diesen bei seinem Erscheinen noch erschossen. St wäre dann wegen zweifachen Mordes und B wegen Anstiftung zur Ermordung des S strafbar. Dann kann ihm aber nicht auch noch die Tötung des N durch St zur

²⁹ Preußisches Obertribunal, Urt. v. 5.5.1859 – GA 7, 322 ff.

³⁰ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 119.

³¹ *Roxin* (Fn. 30), § 26 Rn. 120.

Anstiftung zugerechnet werden. Denn er wollte nur zu einem Mord anstiften.³² Das ist ein *argumentum ad absurdum*. Es ist rhetorisch wirkungsvoll, weil es die gegnerische Ansicht der Lächerlichkeit preisgibt. Deshalb ist es gerade in der Rhetorik sehr beliebt. Aber es ist logisch anspruchsvoller, als man denkt. Es müsste nämlich nachgewiesen werden, dass es außer der Ablehnung der Verantwortlichkeit des Anstifters für einen Versuch des Täters am falschen Objekt keine andere Möglichkeit gibt, das – mit Binding gesprochen – „ungeheuerliche Ergebnis“ zu verhindern, dass „den Anstifter die Schuld an dem ganzen Gemetzel trifft“. Es gibt aber eine andere und muss sie auch geben. Denn die Methode versagt jedenfalls in dem Fall, dass der Täter nicht wegen eines *error in objecto*, sondern wegen einer *aberratio ictus* den Falschen getroffen hat. Dann kann nämlich nicht bestritten werden, dass der Anstifter genau den Versuch begangen hat, zu dem der Täter ihn angestiftet hat, was für jeden weiteren Versuch im Rahmen des „Gemetzels“ ebenfalls gelten würde. Wir brauchen also ein anderes Mittel, dieses „ungeheuerliche Ergebnis“ zu verhindern, nämlich den Täterexzess.³³

Gehen wir das Problem systematisch an, so müssen wir die Fragen anders anordnen, als *Roxin* es getan hat. Jede Zurechnung des Erfolges der Haupttat an den Anstifter beruht logisch auf der Zurechnung des Versuchs. Wir müssen also zunächst fragen, ob dem Anstifter nach allgemeinen Regeln ein Versuch des Täters als Erfüllung seines Auftrags zuzurechnen ist, wenn dieser ein falsches Objekt angreift, in dem Glauben, es sei das vom Anstifter vorgesehene. Da der Versuch begrifflich nicht von den objektiven Tatsachen bestimmt ist, sondern von der Vorstellung des Täters, ist sein Versuch, den vermeintlich Richtigen zu töten, genau der Versuch, zu dem der Anstifter ihn angestiftet hat. Ist aber der Versuch des Täters dem Anstifter als Erfüllung der Anstiftung zuzurechnen und entlastet der Irrtum des Täters über die Nämlichkeit des Objekts diesen selbst nicht von der Haftung für den Erfolg, so kann für den Anstifter nichts anderes gelten. Das folgt aus der Akzessorietät der Anstiftung. Die Figur eines versehentlichen Exzesses widerspricht der Akzessorietät der Teilnahme.

VIII. Die Leistung eines Systems

Wir haben die praktische Leistungsfähigkeit eines Systems an einem Beispielfall vorgeführt. Worin besteht aber nun seine theoretische Notwendigkeit? Sie besteht darin, dass wir im Recht eine Fülle von allgemeinen Regeln – auch Rechtsbegriffe sind nichts anders als geronnene Regeln – auf eine Fülle von Einzelfällen anzuwenden haben, die in ihrer äußeren Gestalt ganz verschieden sind. Wir müssen diese allgemeinen Regeln deshalb in ein System bringen, weil wir nur so verhindern können, dass es zwischen ihnen zu Widersprüchen kommt.

Wenn man eine Regel, die zur Lösung eines bestimmten Problems entwickelt worden ist, aus ihrem systematischen Zusammenhang herausreißt und als *Topos* unmittelbar auf die

Lösung eines anderen Problems anwendet, ändert sie ihren Sinn und verliert ihre Rechtfertigung. Das ist in der neuen Rechtsprechung beispielsweise mit dem Vertrauensgrundsatz geschehen. Als *Topos* formuliert besagt er, ein jeder kann bei seinem Handeln darauf vertrauen, dass die anderen Beteiligten die für sie geltenden Sorgfaltsregeln einhalten werden. Dieser *Topos* wurde nun auch auf den Fall angewandt, dass jemand selbst seine Pflicht verletzt hat, um seine Haftung zu beschränken, etwa in dem Fall, dass die von einer Person fahrlässig verursachte Körperverletzung durch einen Kunstfehler des Arztes verschlimmert wurde.³⁴ Wandte man nun diesen *Topos* auf einen Fall an, in dem zwei Verkehrsteilnehmer kumulativ durch ihre Sorgfaltspflichtverletzungen einen Unfall verursacht hatten, so ergab sich, dass sich jeder zu seiner Entlastung auf sein Vertrauen berufen konnte, dass der andere Verkehrsteilnehmer sich pflichtgemäß verhalten werde. Um das zu verhindern, brachte die Rechtsprechung nun einen weiteren *Topos* ins Spiel, der lautete: Wer sich selbst sorgfaltswidrig verhält, darf nicht darauf vertrauen, dass andere ihre Sorgfaltspflichten einhalten.³⁵ Mit diesem *Topos* nun begründet das Bayerische Oberste Landesgericht die Verantwortung einer Autofahrerin für die Verletzung eines Radfahrers, der ihre Fahrbahn zu knapp gekreuzt hat. Sie war nämlich zuvor innerorts zu schnell gefahren und die Kollision mit dem Radfahrer ereignete sich wenige 100 Meter jenseits der Ortstafel, als ihre Geschwindigkeit wieder ordnungsgemäß war.³⁶ Das widerspricht dem Kontinuitätsfordernis.

Der gordische Knoten löst sich von selbst, wenn wir bedenken, in welchen systematischen Zusammenhang der *Topos* vom Vertrauen auf das pflichtgemäße Verhalten anderer gehört. Er dient der Bestimmung der Sorgfaltspflicht.³⁷ Niemand muss bei Bestimmung seiner Sorgfaltspflicht, beispielsweise nach § 1 StVO in Rechnung stellen, dass andere

³⁴ Vgl. dazu die Nachw. in Fn. 18.

³⁵ BGH, Urte. v. 11.6.1958 – 4 StR 119/58 = BGHSt 11, 389 (393); BGH, Urte. v. 8.6.1962 – 4 StR 130/62 = BGHSt 17, 299; BGH VRS 15, 450 (451); BGH, Urte. v. 10.4.1968 – 4 StR 62/68 = VRS 35, 114 (116); OLG Köln, Urte. v. 30.1.1968 – Ss 654/67 = VRS 35, 181 f.; BayObLG, Urte. 7.12.1979 – 1 St 456/79 = VRS 58, 222 mit abl. Bespr. *Puppe* (Fn. 25 – AT), § 5 Rn. 5 ff.; OLG Karlsruhe, Urte. 16.12.1999 – 3 Ss 43/99 = VRS 98, 280 (284); *Welzel*, Lehrbuch des Strafrechts, 11. Aufl. 1969, S. 133; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 15 Rn. 69; *Mühlhaus*, Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre, 1967, S. 61; *Kirschbaum*, Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht, 1980, S. 122; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 13), § 33 Rn. 33; dagegen *Roxin* (Fn. 6), § 24 Rn. 24; *Puppe* (Fn. 25 – AT), § 5 Rn. 11 ff.; *Duttge* (Fn. 20), § 15 Rn. 142; *Krümpelmann*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 289 (292).

³⁶ BayObLG VRS 58, 221 vgl. dazu *Puppe* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 166.

³⁷ *Puppe* (Fn. 25 – AT), § 4 Rn. 13 f.; *dies.* (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 213 ff.

³² *Roxin* (Fn. 30), § 26 Rn. 121.

³³ *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 226

sich sorgfaltswidrig verhalten werden, wenn er nicht konkrete Anhaltspunkte dafür hat. Wenn aber einmal feststeht, dass eine Person ihre Sorgfaltspflichten verletzt hat, so hat im folgenden Zusammenhang der objektiven Zurechnung der Vertrauensgrundsatz nichts mehr zu suchen.

Mein zweites Beispiel ist die Entscheidung des *Großen Senats* über die Rechtsfrage, ob ein Täter von einem Versuch auch dann noch durch Aufgeben zurücktreten kann, wenn er sein eigentliches Handlungsziel erreicht hat. Die Frage bejaht der *Große Senat* mit der folgenden Begründung:

„Tat i.S. von § 24 I StGB ist die Tat im sachlich-rechtlichen Sinne, also die in den gesetzlichen Tatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg. Hierauf bezieht sich der strafbegründende Vorsatz des Versuchstäters. Dementsprechend beschränkt sich beim unbeendeten Versuch der Entschluss, die weitere Tatausführung aufzugeben, auf die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale. Auf weitergehende, außertatbestandliche Beweggründe, Absichten oder Ziele stellen weder der die Strafbarkeit des Versuchs begründende § 22 StGB noch der spiegelbildlich dazu Strafbefreiung durch Rücktritt ermöglichende § 24 StGB ab.“³⁸

Diese Argumentation von der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes aus passt nur zur Einzelaktstheorie. Geht man nämlich allein vom gesetzlichen Tatbestand aus, so bildet jeder Einzelversuch i.S.d. sog. Einzelaktstheorie eine vollständige Verwirklichung des Versuchstatbestandes, sie müsste also konsequenterweise auch eine Tat i.S.d. § 24 StGB bilden.³⁹ Die Einzelaktstheorie hat aber der BGH immer abgelehnt.⁴⁰ Er geht vielmehr grundsätzlich davon aus, dass eine Tat i.S.v. § 24 StGB auch eine Mehrheit von Verwirklichungen des Versuchstatbestandes sein kann, sofern sie nach natürlichen Maßstäben eine Einheit bildet. Es ist in sich widersprüchlich, die Bestimmung des Einzelversuchs nach dem Tatbestand, also die sog. Einzelaktstheorie zugunsten einer „natürlichen Versuchseinheit“ abzulehnen, um dann die Kriterien des Versuchs nach einer „natürlichen Betrachtungsweise“ mit der Begründung zurückzuweisen, dass es nur auf den Tatbestand ankomme. Danach bleiben überhaupt keine Kriterien übrig.

Aber auch die Wissenschaft gibt Erkenntnisse dadurch preis, dass sie die Systematik vernachlässigt. Ich nehme als Beispiel eine Theorie, die nicht die Wissenschaft, sondern die Praxis, nämlich das Reichsgericht entwickelt hat, den sog. Umkehrschluss der Irrtumslehre.⁴¹ Dieser Schluss dient dazu, zu entscheiden, ob eine bestimmte irriige Vorstellung des Täters einen Versuch begründet. Die Testfrage lautet: Wäre der Vorsatz des Täters ausgeschlossen, wenn er diese Vor-

stellung nicht hatte? Um das zu demonstrieren, setzt man also den Fall, dass der wirkliche Sachverhalt so wäre, wie der Täter ihn sich vorgestellt hat, und die Vorstellung des Täters so wie der wirkliche Sachverhalt. Ist im Ausgangsfall die irriige Vorstellung des Täters vorsatzbegründend, so ergibt sich bei dieser Umkehrung ein den Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum. Dieses Testverfahren ist logisch korrekt. Um das aufzuzeigen, müsste man allerdings eine Reihe der in dieser Theorie verwendeten Begriffe logisch präzisieren.⁴² Um es kurz und einfach auszudrücken: Der sog. Umkehrschluss der Irrtumslehre beruht darauf, dass an den Vorsatz beim Versuch keine anderen Anforderungen gestellt werden, als beim vollendeten Delikt. Der Gesetzgeber hätte das anders machen können, wenn er es gewollt hätte, also höhere Anforderungen an den Inhalt des Vorsatzes beim Versuch stellen können als beim vollendeten Delikt. Dass er das nicht getan hat, ergibt sich aus der Versuchsdefinition des § 22 StGB. Nun können wir mit Hilfe der Kontraposition, einer einfachen logischen Schlussform überprüfen, ob eine Fehlvorstellung des Täters seine Strafbarkeit wegen Versuchs als notwendige Bedingung mitbegründet (sog. umgekehrter Tatbestandsirrtum) indem wir fragen, ob der Vorsatz, diesen Tatbestand zu erfüllen, nach § 16 StGB ausgeschlossen wäre, wenn er diese Vorstellung nicht hätte. Aber in der Literatur ist oft zu lesen, der Umkehrschluss der Irrtumslehre des RG sei „eine Faustregel“ oder gar „eine Merkregel“, die nur zufälligerweise oft zu einem richtigen Ergebnis führt, aber nichts begründet und deshalb jederzeit vernachlässigt werden darf.⁴³ Die Logik sei ja nur formal und im Recht komme es auf Inhalte an.⁴⁴ Diese Entgegensetzung von Logik und Inhalt ist wissenschaftstheoretisch völlig verfehlt. Die Regeln der Logik gelten für alles vernünftige Reden. Das Reichsgericht hat den Umkehrschluss eben als logischen Schluss aus § 22 i.V.m. § 16 StGB verstanden und nicht als Faustregel oder Merkregel und der BGH tut das bis heute. Um eine Argumentation zu widerlegen, die den Anspruch erhebt, eine logische zu sein, genügt es nicht, Missfallen über ihr Ergebnis zu bekunden. Man muss ihr einen logischen Fehler nachweisen. Aber die heutige Strafrechtswissenschaft fühlt sich der Dogmatik vergangener Zeiten dergestalt überlegen, dass sie ihre Erkenntnisse ohne weiteres wegwerfen zu dürfen meint. Dafür gibt es noch mehr Beispiele, genannt sei nur die Einführung des restriktiven Täterbegriffs in die Dogmatik des Fahrlässigkeitsdelikts.

³⁸ BGHSt 39, 221 (223).

³⁹ Puppe (Fn. 25 – AT), § 21 Rn. 10.

⁴⁰ Vgl. BGHSt 23, 356 (359); 31, 170 (175); 35, 90 (91 ff); BGH NStZ 1981, 342.

⁴¹ RGSt 42, 92 (94); 47, 189 (191); 66, 124 (126); 72, 109 (112).

⁴² Puppe (Fn. 33), S. 247 ff.

⁴³ Paeffgen/Zabel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 4), Vor §§ 32 ff. Rn. 261; Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 4), § 22 Rn. 35, 44; Kudlich/Schuh, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 12), § 22 Rn. 30; Schmitz, JURA 2003, 596.

⁴⁴ Zaczyk (Fn. 43), § 22 Rn. 44; Paeffgen/Zabel (Fn. 43), Vor §§ 32 ff. Rn. 110, 257.

Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage

Von Prof. Dr. Christian Jäger, Wiss. Mit. Johannes Gründel, Erlangen*

I. Einführung in die Problematik

Die durch das Coronavirus ausgelöste Pandemie zwingt Ärzte gegebenenfalls zur Entscheidung darüber, wer mit der Aussicht auf Überleben behandelt wird und wer sterben muss, weil ihm keine Behandlung mehr zuteilwird. Notwendig wird diese Entscheidung, wenn die Zahl der auf ein Intensivbett mit Beatmungsmöglichkeit angewiesenen Patienten die Anzahl der zur Verfügung stehenden Behandlungsplätze übersteigt. Die dann notwendige Auswahl wird als Triage¹ bezeichnet, ein Begriff, der ursprünglich aus Kriegszeiten stammt und kennzeichnend für die Entscheidung ist, die von den Ärzten getroffen werden muss.² Dass diese Wahl zwischen zwei Menschenleben jeden Mediziner in schwerste Konflikte stürzt, bedarf keiner besonderen Erwähnung. Dies ist in Kriegszeiten nicht anders als im Falle der Bekämpfung eines Virus, ganz abgesehen davon, dass auch dieser Kampf in der Vergangenheit bereits als Krieg gegen einen unsichtbaren Feind bezeichnet wurde.³ Auch wenn die Konfliktlagen vergleichbar sind, so unterscheidet sich der Vorgang der Triage im Kriegsfall oder im Falle einer Unfallkatastrophe von der Triage, die im Kampf gegen das Virus eingesetzt werden muss, doch erheblich. Denn im Krieg oder bei Unfällen erfolgt die Einordnung durch grobe Sichtung zunächst nach Dringlichkeit und innerhalb der dringlichen Fälle wiederum nach der Aussicht auf Erfolg der Behandlung. Letztlich muss auch die Triage im Kampf gegen das Virus an diesen beiden Kriterien der Dringlichkeit und der Erfolgsaussicht anknüpfen.⁴ So wird man etwa diejenigen Patienten, die nur vergleichsweise geringe Beschwerden zeigen, auf die Normalstation verlegen, während schwere Fälle in die Intensiv-

station eingewiesen werden. Allerdings wird man innerhalb der Gruppe der beatmungspflichtigen Patienten in Fällen der Ressourcenknappheit ebenfalls das Kriterium der Erfolgsaussicht als Entscheidungshilfe über Leben und Tod heranziehen müssen. Hier können – und dies ist der eigentliche Unterschied zu sonstigen Fällen der Triage, da sich die Auswahl in der Aufnahmestation des Krankenhauses abspielt – gegebenenfalls unterschiedliche genesungsrelevante Faktoren in die Entscheidung einfließen, wie etwa die Sauerstoffsättigung des Blutes, der Kreislaufzustand des Patienten, schwerwiegende gesundheitliche Vorschädigungen sowie gegebenenfalls die Gebrechlichkeit. Dies ändert aber nichts daran, dass der übergeordnete Gesichtspunkt der Erfolgsaussicht zum ausschlaggebenden Kriterium bei der Entscheidung über Leben und Tod erhoben wird. Als problematisch stellt es sich daher dar, wenn etwa die Empfehlungen der Schweiz oder die Vorgaben Italiens ein Lebensalter von 85 Jahren und mehr oder die verbleibende Lebenszeit des Patienten als absolute Auswahlkriterien benennen.⁵ Denn auf diese Weise werden „triage-untypische“ Verteilungskriterien herangezogen,⁶ die nicht mehr das Überleben möglichst vieler zum Ziel haben, sondern dem einzelnen Menschenleben kraft hohen Alters bzw. kraft reduzierter Lebenszeiterwartung einen geringeren Wert zuweisen. Augenfällig wird dies beispielsweise in einem Fall, in dem ein 85-jähriger nicht vorgeschädigter Patient mit noch vergleichsweise guten Überlebenschancen zu Gunsten eines 30-jährigen schwer vorgeschädigten Patienten mit vergleichsweise schlechten Überlebenschancen abgewiesen wird. Auch wenn dies juristisch möglich wäre, so müsste man dies ethisch als problematisch einstufen, da eine Bewertung von Handlungspflichten ohne Einbeziehung der Erfolgsaussichten als intransparent erscheinen muss.⁷

* Prof. Dr. Christian Jäger ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg; Johannes Gründel ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am selben Lehrstuhl. Die Verfasser bedanken sich bei Frau Anja Knobloch und Herrn Fabian Meinberger für die Unterstützung bei Erstellung des Beitrags und für dessen Durchsicht. Dank gilt schließlich auch den Mitgliedern des Klinischen Ethikkomitees am Universitätsklinikum Erlangen für intensive Diskussionen zur hier behandelten Thematik.

¹ Von französisch „trier“ (auslesen, aussuchen, sortieren).

² Vgl. dazu Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 21 Rn. 24.

³ So etwa Emmanuel Macron, Spiegel-Online v. 16.3.2020, abrufbar unter

<https://www.spiegel.de/politik/ausland/coronakrise-macron-schraenkt-bewegungsfreiheit-der-franzosen-drastisch-ein-a-d5e204f6-bba9-4758-abf0-1de53e6f930a> (14.4.2020)..

⁴ Diese beiden Kriterien liegen letztlich auch der Entscheidung über eine Organtransplantation zugrunde, vgl. dazu Scholz/Middel, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2018, TPG § 12 Rn. 8.

⁵ Vgl. die von der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin veröffentlichten Richtlinien, S. 5, abrufbar unter

https://www.samw.ch/dam/jcr:4c30e233-6357-4b1a-98fa-27323db77ccc/richtlinien_v2_samw_triage_intensivmedizinische_massnahmen_ressourcenknappheit_20200324.pdf

(7.4.2020), sowie die von der italienischen Gesellschaft für Anästhesie, Reanimations- und Intensivmedizin (SIAARTI) herausgegebenen Empfehlungen, S. 9, abrufbar unter <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato6382982.pdf> (7.4.2020).

⁶ Vgl. dazu Weyma Lübke, Telepolis v. 22.3.2020, abrufbar unter

<https://www.heise.de/tp/features/Corona-Triage-4687590.html> (7.4.2020).

⁷ Dazu Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 32 ff. Rn. 74; zur berechtigten Kritik an einem absoluten Altersausschlussgrund aber die Stellungnahme von Dabrock und Augsberg für den Ethikrat vom 7.4.2020, abrufbar unter

II. Bisherige Ansätze für die juristische Lösung der Triageproblematik und ihre Übertragbarkeit auf die Ressourcenverteilung bei der Bewältigung der Coronapandemie

Bislang herrscht weitgehende Einigkeit darüber, dass medizinische Auswahlentscheidungen, die wegen mangelnder Ressourcen am Ende dazu führen, dass Patienten zugunsten anderer möglicherweise mit tödlicher Wirkung keine Behandlung mehr erfahren, auf Rechtswidrigkeitsebene zu lösen sind.⁸ Dies hat gleichzeitig zur Folge, dass Ärzte, die sich zu der schwerwiegenden Entscheidung durchringen, einen Patienten – etwa wegen zwar noch gegebener, aber deutlich geringerer Erfolgsaussichten – zugunsten eines anderen Patienten nicht mehr zu behandeln, weil die zeitlichen, persönlichen oder sächlichen Ressourcen fehlen, grundsätzlich den Tatbestand einer Tötung durch Unterlassen nach §§ 212, 13 StGB verwirklichen. Schon hieran könnte man freilich zweifeln, weil fraglich erscheint, wie sich der Arzt, der in einer Mangelage nur eine von zwei ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergreifen kann und dies letztlich auch tut, dem Vorwurf der Pflichtverletzung aussetzen kann. Insoweit liegt die Forderung nahe, den Grundsatz des „ultra posse nemo obligatur“ bereits als Tatbestandsausschluss durchschlagen zu lassen. Auf diesen Gesichtspunkt wird noch später (IV. 1. d) bei der Pflichtenkollision zurückzukommen sein. Für die vorliegende Untersuchung soll allerdings zunächst die ganz herrschende Meinung zugrunde gelegt werden, wonach wegen fehlender Verrechenbarkeit der Pflichten nur eine Lösung auf Rechtfertigungsebene in Frage kommt.⁹ Die konkreten Rechtfertigungsmöglichkeiten richten sich dabei unter Zugrundelegung der h.M. nach Art und Umfang der kollidierenden Pflichten.¹⁰ Dabei ist zunächst die Grundsatzunterscheidung zu treffen, ob zwei Handlungspflichten kollidieren oder ob eine Handlungs- und eine Unterlassungspflicht aufeinander treffen.¹¹ Von dieser Grundüberlegung geht letztlich auch die ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates vom 27. März 2020 aus, wenn dort zwischen der Triage bei ex-ante-Konkurrenz und der Triage bei ex-post-Konkurrenz unterschieden wird.¹² Als ex-ante-Konkurrenz werden dort ersichtlich diejenigen Fälle angesehen, in denen die Zahl der unbesetzten Beatmungsplätze kleiner ist als die Zahl der Patienten, die ihrer akut bedürfen (Aufnahme-Triage; im Folgenden

1.).¹³ Nach juristischen Kriterien konkurrieren hier daher mehrere Handlungspflichten zur Versorgung von mehreren Patienten mit einem Beatmungsplatz. Dagegen ist nach Auffassung des Ethikrates eine ex-post-Konkurrenz gegeben, wenn alle verfügbaren Beatmungsplätze belegt sind (Fortsetzungs-Triage; im Folgenden 2.).¹⁴ Übertragen in rechtliche Kategorien konkurriert hier eine Handlungspflicht zur Beatmungsversorgung eines Patienten mit einer Unterlassungspflicht in Form der Untersagung der aktiven Beendigung der Beatmung bei einem anderen Patienten.

1. Die Kollision zweier Handlungspflichten (Aufnahme-Triage)

Innerhalb der ersten Fallgruppe ist wiederum zu unterscheiden, ob es sich um gleichwertige oder um ungleichwertige Handlungspflichten handelt.

a) Kollision gleichwertiger Handlungspflichten

aa) Grundsätzliche Rechtfertigung bei Pflichterfüllung im Rahmen des Möglichen

Bei der Kollision zweier gleichwertiger Handlungspflichten, von denen aber nur eine erfüllt werden kann, wird von der h.M.¹⁵ eine Rechtfertigung angenommen, wenn der Täter wenigstens einer Pflicht nachkommt, wenn also etwa der Garant von zwei ihm anvertrauten Personen nur eine retten kann und dies auch tut. Die Rechtfertigung folgt hier daraus, dass das Recht als Verhaltensordnung mit seinen Geboten nichts Unmögliches verlangen kann, weshalb der Verpflichtete eine Wahlmöglichkeit habe, mit der Folge, dass seine Entscheidung, wie auch immer sie ausfällt, vom Recht akzeptiert wird.¹⁶ Bezogen auf die Auswahlentscheidungen, die Mediziner bei Covid-19-Erkrankten treffen müssen, könnte man hier etwa an den Fall denken, in dem für zwei gleich schwer Betroffene nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung steht und der Arzt sich daher für einen der beiden entscheiden muss.

An dieser Stelle soll nicht übersehen werden, dass es auch eine Auffassung gibt, die selbst bei der Kollision gleichwertiger Handlungspflichten nur von einer Entschuldigungsmöglichkeit ausgeht.¹⁷ Begründet wird dies vor allem damit, dass demjenigen, dem in einer Pflichtenkollision keine Rettung durch den Handlungspflichtigen zuteilwird, ein Notwehrrecht

<https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Pressekonferenzen/pk-2020-04-07-dabrock-augsberg.pdf> (14.4.2020); siehe dazu näher unten IV. 2.

⁸ Vgl. *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 74.

⁹ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 74.

¹⁰ Vgl. etwa *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 11 ff.; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 71/72.

¹¹ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 35 Rn. 15; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 71/72.

¹² Vgl. ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates vom 27. März 2020, S. 4.

¹³ Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates vom 27. März 2020, S. 4, 3b Spiegelstrich 1.

¹⁴ Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates vom 27. März 2020, S. 4, 3b Spiegelstrich 2.

¹⁵ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 73.

¹⁶ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 73, 74.

¹⁷ So etwa *Momsen/Savic*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2019, § 34 Rn. 24; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 33 V. 2.; *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 32 Rn. 174; *Fischer* (Fn. 10), Vor § 34 Rn. 11a, 15.

zur zwangsweisen Durchsetzung seiner eigenen Rettung nicht abgesprochen werden dürfe. Dem ist aber entschieden zu widersprechen. Würde man in einer Triage-Situation dem einen Schwerverletzten ein Notwehrrecht zubilligen, so müsste das gleiche Recht dem anderen Schwerverletzten zustehen und auch er könnte daher den Arzt gerechtfertigt dazu zwingen, ihm zu Hilfe zu kommen. Wenn also beide bewaffnet wären, könnte dies dazu führen, dass sie im Ergebnis jede Rettung gerechtfertigt blockieren könnten. Dieses Teufelskreisargument zeigt, dass eine bloße Entschuldigung das Rechtsinstitut der Pflichtenkollision im Ergebnis ad absurdum führen würde.¹⁸

bb) Gleichwertigkeit der Handlungspflichten trotz unterschiedlicher Erfolgsaussichten beim Aufeinandertreffen von Lebensgefahren

Die schwierigsten Probleme stellen sich bei der Kumulierung von Lebensgefahren. Bei *Brech* heißt es hierzu: „Kollidieren wie im Fall der Triage mehrere menschliche Leben derart miteinander, dass nicht alle Leben gerettet werden können, so muss auch hier im Sinne eines maximalen Interessenschutzes das Ausmaß des drohenden Schadens (also der Toten) so niedrig wie möglich gehalten werden. D.h. höherwertig ist diejenige Handlungspflicht, bei der so viele Menschenleben wie möglich gerettet werden. Andernfalls handelt die triagierende Person rechtswidrig.“¹⁹

Dies ist freilich eine fragwürdige Betrachtung, da es einem strafrechtlichen Grundsatz entspricht, dass Menschenleben weder relativierbar noch quantifizierbar sind.²⁰ Zwar stammt dieser Grundsatz aus der Diskussion um eine mögliche Notstandsrechtfertigung im Wege der Abwägung von Leben. Jedoch wäre es widersprüchlich, dieses Prinzip bei § 34 StGB uneingeschränkt anzuwenden und im Rahmen der rechtfertigenden Pflichtenkollision wieder aufzugeben. Die Unabwägbarkeit menschlichen Lebens muss daher grundsätzlich auch bei der Triage zu dem Ergebnis führen, dass der Arzt gerechtfertigt ist, selbst wenn er sich für die Rettung desjenigen Patienten entscheidet, der weniger Überlebenschancen hat. Würde man dies anders sehen, so liefe der Arzt auch stets Gefahr, sich falsch zu entscheiden und einer Strafbarkeit nach § 222 StGB ausgesetzt zu sein. Denn nimmt der Arzt in der Situation der Triage bei zwei Patienten ein Risiko im Verhältnis von 60 zu 40 an, während es in Wahrheit genau umgekehrt liegt, so könnte ihn nur noch die Berufung auf einen Erlaubnistatbestandsirrtum vor einer Vorsatzbestrafung schützen. Die Fahrlässigkeitsbestrafung wäre davon jedoch unberührt.²¹ Allerdings sind diese Überlegungen theoretischer Natur, weil sich der Arzt in der kritischen Situation selbstverständlich dafür entscheiden wird, eine möglichst große Zahl der Patienten zu retten. Daher sind auch die von

verschiedenen medizinischen Fachgesellschaften, u.a. der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, herausgegebenen Empfehlungen zur Entscheidungsfindung bei nicht ausreichenden Intensiv-Ressourcen,²² an denen sich der Arzt orientieren kann, durchaus sinnvoll. Dort werden Indikatoren für eine geringere Erfolgsaussicht der Behandlung angeführt.²³ Genannt sind in dem Papier insbesondere aktuelle Erkrankungen (und hier vor allem der Schweregrad der Erkrankung, etwa in Form eines akuten Lungenversagens; begleitende akute Organversagen; gegebenenfalls prognostische Marker für Covid-19-Patienten). Erwähnt ist auch der allgemeine Gesundheitsstatus (der etwa durch Gebrechlichkeit herabgesetzt sein kann); schließlich werden auch Komorbiditäten mit deutlich eingeschränkter Langzeitprognose namhaft gemacht (wie chronische Organversagen, schwere Organ-Dysfunktion, weit fortgeschrittene neurologische Erkrankungen, weit fortgeschrittene onkologische Erkrankungen oder schwere Immunschwächen).²⁴ All dies sind selbstverständlich Merkmale, die dem Arzt in der konkreten Entscheidungssituation Anhaltspunkte geben können. Jedoch sollte man die Rechtfertigung nicht von der strikten Befolgung dieser Empfehlungen abhängig machen. Vielmehr muss eine Rechtfertigung auch dann möglich sein, wenn sich der Arzt in seiner Konfliktlage für die Rettung auch nur eines Menschenlebens entscheidet, das in seiner Unabwägbarkeit nicht geeignet ist, eine Minderwertigkeit der einen Handlungspflicht gegenüber der anderen zu begründen.²⁵ Dem entspricht es auch, dass die h.M. als subjektives Rechtfertigungselement der rechtfertigenden Pflichtenkollision nur ein Handeln in Kenntnis der rechtfertigenden Situation verlangt.²⁶ Eine pflichtgemäße Prüfung oder ein achtenswertes Motiv ist danach nicht erforderlich. Dies ist nur erklärbar, wenn man den Standpunkt zugrunde legt, dass Menschenle-

²² Vgl. Empfehlungen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), der Deutschen Gesellschaft für Interdisziplinäre Notfall- und Akutmedizin (DGINA), der Deutschen Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin (DGAI), der Deutschen Gesellschaft für Internistische Intensivmedizin und Notfallmedizin (DGIIN), der Deutschen Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin (DGP), der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin (DGP) und der Akademie für Ethik in der Medizin (AEM) vom 25. März 2020, im Folgenden: Covid-19-Empfehlungen.

²³ Hier und im Folgenden Covid-19-Empfehlungen (Fn. 22), S. 6, 12.

²⁴ Covid-19-Empfehlungen (Fn. 22), S. 7.

²⁵ So möglicherweise auch *Zimmermann*, LTO v. 23.3.2020, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (7.4.2020);

Hilgendorf, LTO v. 27.3.2020, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (7.4.2020),

der fordert, dass der Arzt in derartigen Situationen gerechtfertigt sein sollte, wie auch immer er sich entscheidet, soweit er in einem vertretbaren Rahmen handelt.

²⁶ Vgl. statt vieler *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 77.

¹⁸ Dazu schon *Jäger*, in: Stein/Greco/Jäger/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag, 2018, S. 171 (176).

¹⁹ *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 351.

²⁰ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 116 ff.; *Fischer* (Fn. 10), § 34 Rn. 14 f.

²¹ Vgl. dazu *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 8), § 16 Rn. 123 ff.

ben einer Abwägung nicht zugänglich sind.²⁷ Anders verhält es sich freilich, wenn eine Rettung bereits gänzlich ausgeschlossen erscheint. Dann aber ist die Behandlung bereits nicht mehr indiziert, mit der Folge, dass eine Handlungspflicht zugunsten der konkreten Person nicht mehr besteht. Dementsprechend kann in einem solchen Fall auch nicht von der Kollision zweier gleichrangiger Handlungspflichten ausgegangen werden.

b) Kollision ungleichwertiger Handlungspflichten

aa) Ungleichwertigkeit der Handlungspflichten wegen klaren Rechtsgutgefälles

Unbestritten ist, dass der in einer Pflichtenkollision Befindliche dann gerechtfertigt ist, wenn er die eindeutig höherwertige Handlungspflicht auf Kosten der geringwertigen erfüllt.²⁸ In diesem Fall wird aber bereits regelmäßig eine Rechtfertigung nach § 34 StGB möglich sein.²⁹ So liegt der Fall etwa, wenn der Arzt einen zwar behandlungsbedürftigen, aber nicht lebensgefährlich betroffenen Patienten auf die Normalstation verbringen lässt und die Rettung des schwer betroffenen einleitet. Dieser Fall ist nach Notstandsregeln zu behandeln, sodass wegen des sich hier schon aus dem Rechtsgütergefälle ergebenden klaren Interessenübergewichts eine Rechtfertigung nach § 34 StGB möglich ist. Hiervon gehen letztlich auch die Covid-19-Empfehlungen³⁰ aus, wenn dort in einem ersten Schritt die Frage nach der intensivmedizinischen Behandlungsnotwendigkeit aufgeworfen wird und die Lösung des Konflikts im Falle der Verneinung in einer Verlegung auf eine Allgemeinstation gesehen wird.

bb) Ungleichwertigkeit der Handlungspflichten bei auf einem Rechtfertigungsgrund beruhender Nichterfüllung

Sofern die mangelnde Erfüllung einer Handlungspflicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist, kann man ebenfalls nicht von einer Gleichwertigkeit der Handlungspflichten ausgehen, zumal es dann ersichtlich an einer Kollisionslage fehlt.³¹ Auch diese Fälle können im hier interessierenden Zusammenhang der Triage im Rahmen der Coronapandemie durchaus relevant werden. Zwar wird der Fall selten, wenngleich nicht ausgeschlossen, sein, dass ein Covid-19-Erkrankter zugunsten eines anderen sein Leben opfert, indem er selbst auf Weiterbehandlung zugunsten eines anderen verzichtet. Jedoch konkurrieren Corona-Patienten nicht nur untereinander, sondern gegebenenfalls auch mit anderen Erkrankten (etwa mit schwer Krebskranken oder mit Herz-

Kreislauf-Patienten) um Beatmungsplätze. So ist durchaus denkbar, dass sich etwa aus einer Patientenverfügung ergibt, dass eine Person in ihrem konkreten Krankheitszustand ohnehin keine Weiterbehandlung mehr wünscht. Dann liegt bereits eine mögliche Rechtfertigung für einen Abbruch vor, sodass es an einer Kollisionslage durch gleichwertige Handlungspflichten fehlt.

2. Die Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht

Kein Fall der rechtfertigenden Pflichtenkollision soll nach herrschender Meinung vorliegen, wenn nicht zwei Handlungspflichten, sondern eine Handlungspflicht mit einer Unterlassungspflicht kollidiert.³² Diese Fälle der Pflichtenkollision unterliegen nach herkömmlicher Auffassung ausschließlich und unmittelbar den Notstandsregeln, da die Pflichtenkollision nur ein Wahlrecht zur Normbefolgung, aber kein Eingriffsrecht zur Normverletzung geben kann.³³ So liegt etwa keine rechtfertigende Pflichtenkollision vor, wenn der Vater, der von zwei an sich klammernden Kindern nur eines retten kann, das andere dadurch tötet, dass er es unter Wasser drückt, um wenigstens mit dem einen Kind an Land zu kommen. Übertragen auf die Corona-Fälle führt dies zu einer bislang viel zu wenig beachteten Problematik: Eine gerechtfertigte Auswahl unter zwei Patienten könnte möglicherweise nur dann erfolgen, wenn nicht bereits einer von ihnen an einem Beatmungsgerät angeschlossen ist. So scheint dies auch der Ethikrat zu sehen, wenn es in dessen ad-hoc-Empfehlung zur ex-post-Konkurrenz heißt:

„In diesem Szenario, in dem alle verfügbaren Beatmungsplätze belegt sind, müsste – bei für alle Versorgten fortbestehender Indikation, deren Feststellung der ärztlichen Urteilskraft obliegt – die lebenserhaltende Behandlung eines Patienten beendet werden, um mit dem dafür erforderlichen medizinischen Gerät das Leben eines anderen zu retten. Solche Entscheidungen sind erheblich problematischer. Hier können Grenzsituationen entstehen, die für das behandelnde Personal seelisch kaum zu bewältigen sind. Wer in einer solchen Lage eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparent – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt, kann im Fall einer möglichen (straf-)rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen. Objektiv rechters ist das aktive Beenden einer laufenden, weiterhin indizierten Behandlung zum Zweck der Rettung eines Dritten jedoch nicht. Hier muss an den oben formulierten prinzipiellen Imperativ erinnert werden: Auch in Katastrophenzeiten hat der Staat die Fundamente der Rechtsordnung zu sichern.“³⁴

²⁷ Näher hierzu unten IV. 2. a).

²⁸ *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 73; *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41.

²⁹ Vgl. dazu etwa für den Fall der Konkurrenz von leichter und schwerer bzw. lebensgefährlicher Verletzung *Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 247; *Rönnau*, JuS 2013, 113 (114); *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 74 m.w.N.

³⁰ Vgl. Covid-19-Empfehlungen (Fn. 22), S. 6, 12.

³¹ Vgl. *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 21 Rn. 97.

³² Vgl. statt vieler *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 7), § 34 Rn. 4.

³³ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 71/72; *Perron* (Fn. 32), § 34 Rn. 4.

³⁴ Abrufbar unter

<https://apps.ethikrat.org/i-net/dl/0752882001585229198.pdf> (7.4.2020).

Hier wird ganz deutlich, dass eine Rechtfertigung aus Sicht des Ethikrates nach bereits erfolgter Versorgung mit dem Beatmungsgerät nicht mehr möglich ist, selbst wenn die Aussichten des Patienten weit weniger vielversprechend sind als diejenigen des neu hinzukommenden Covid-19-Erkrankten. Damit folgt der Ethikrat dem Dogma der bisher ganz h.M., wonach eine rechtfertigende Pflichtenkollision nur dann gegeben sein kann, wenn gleichrangige Handlungspflichten kollidieren (zwei Patienten kommen in die Klinikaufnahme und es steht nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung, das für eine Erfüllung der Handlungspflichten, nämlich die Rettung der beiden, nicht ausreicht).³⁵ Nicht dagegen ist eine Rechtfertigung möglich, wenn die Handlungspflicht (Rettung des einen Patienten durch Anschließen an das Beatmungsgerät) mit der Unterlassungspflicht (Unterlassen der Tötung des anderen durch Abnahme vom Beatmungsgerät) kollidiert.³⁶ Dies führt freilich zu der merkwürdigen Situation, dass gegebenenfalls wenige Minuten der konkreten Einlieferungszeitpunkte darüber entscheiden, ob der Arzt gerechtfertigt oder nur entschuldigt sein kann.³⁷ Die juristischen Folgen sind dabei zumindest nach h.M. elementar: Ist der Arzt bei der Konkurrenz von Handlungs- und Unterlassungspflicht nicht gerechtfertigt, sondern nur entschuldigt, so könnte nach herkömmlicher Auffassung ein Ehemann den Arzt niederschießen, wenn Letzterer im Begriff ist, seine Frau vom Beatmungsgerät zu trennen.³⁸ Dies wirft freilich die Frage auf, ob eine Nothilfebefugnis gegen entschuldigtes Verhalten stets zu gewähren ist (sogleich III.) und noch grundsätzlicher, ob das strenge Dogma der Notwendigkeit einer Konkurrenz von zwei gleichwertigen Handlungspflichten für die rechtfertigende Pflichtenkollision für die Fälle der Triage überdacht werden muss (anschließend IV.).

III. Die Rechtsfolgen einer bloßen Entschuldigungslösung

Sofern man die vom Ethikrat in Bezug genommene h.M. als richtig unterstellen und daher annehmen würde, dass bei der ex-post-Triage allenfalls eine Entschuldigung des Arztes infrage kommt, so würde sich tatsächlich das von *Kubiciel* adressierte Folgeproblem anschließen, ob der Ehemann den Arzt in Nothilfe erschießen dürfte, um eine Trennung seiner Frau vom Beatmungsgerät zu verhindern.

Zwingend wäre die Bejahung eines Nothilferechts des Ehemanns allerdings selbst dann nicht. Denn der Verantwortungsausschluss des Arztes würde hier in einem übergesetzlichen entschuldigenden Notstand begründet liegen, da dieser

³⁵ Vgl. nur *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 73.

³⁶ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 40; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 75; *Rönnau*, JuS 2013, 113 (114 f.).

³⁷ Näher dazu unten IV. 1. a).

³⁸ Hierauf weist *Kubiciel* auf Twitter (abrufbar unter https://twitter.com/m_kubiciel/status/1243109066878136320 [7.4.2020]) zu Recht kritisch hin, wenn es bei ihm heißt: „Wenn wir die Tat des Arztes nur entschuldigen, dürfte der Ehemann den Arzt niederschießen, wenn letzterer im Begriff ist, seine Frau vom Beatmungsgerät zu trennen. Das kann nicht sein“.

eine Gefahrengemeinschaft von mehreren Patienten vorfindet, die er jedoch wegen Ressourcenknappheit nur zum Teil retten kann. Da sich hier alle Patienten in Lebensgefahr befinden, liegt der Fall anders als der berühmte Weichensteller-Fall. Dort lenkt der Weichensteller einen führerlosen Zug zur Rettung von zehn auf den Gleisen spielenden Kindern um und bewirkt auf diese Weise, wie von ihm vorhergesehen, dass zwei zuvor ungefährdete Gleisarbeiter getötet werden.³⁹ Dagegen befinden sich in den hier zu beurteilenden Fällen alle Patienten in Lebensgefahr, sodass eine Entschuldigung wegen übergesetzlichen entschuldigenden Notstands analog § 35 StGB durchaus naheliegt. Der Verantwortungsausschlussgrund des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands beruht dabei nach einer starken Literaturlösung – anders als etwa § 20 StGB – nicht auf einer fehlenden normativen Ansprechbarkeit, sondern auf der Anerkennung einer fehlenden präventiven Bestrafungsnotwendigkeit. Die Gesellschaft hat für den Täter in seiner Konfliktsituation Verständnis und verzichtet daher auf Strafe, gerade weil der übergesetzliche entschuldigende Notstand auf einer sozialetischen Konfliktlösung beruht. Dies aber sollte dann auch zu einem sozial-ethischen Ausschluss des Nothilferechts führen.⁴⁰ Selbst der Ehemann müsste hier daher mit Blick auf die Ausübung seines Nothilferechts als Teil der Gesellschaft Verständnis für den Täter aufbringen und wäre allenfalls seinerseits nach § 35 StGB entschuldigt, wenn er den Arzt gewaltsam an einer Trennung seiner Frau vom Beatmungsgerät hindern würde. Lediglich das – allerdings sehr theoretische – Notwehrrecht eines Patienten bliebe insoweit erhalten, da dieser selbstverständlich das gesellschaftliche Verständnis nicht in gleicher Weise zu teilen hätte, weil er als unmittelbar Betroffener gerade kein Extraneus wäre.⁴¹ Jedenfalls zeigt sich, dass die Gewährung eines Nothilferechts auch bei Bejahung einer Entschuldigungslösung keinesfalls zwingend vorgezeichnet wäre. Dies entbindet allerdings nicht von der Beantwortung der weitergehenden Frage, ob die Annahme einer bloßen Entschuldigung im Falle der ex-post-Triage rechtlich plausibel erklärbar ist, wenn man im Falle der ex-ante-Triage eine Rechtfertigung zulässt.

³⁹ In diesem Weichensteller-Fall kann man wegen der Tötung zuvor gänzlich Ungefährdeter an einer Entschuldigung zweifeln, vgl. *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019, Rn. 208.

⁴⁰ Vgl. zur Herleitung des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands aus dem Gesichtspunkt der fehlenden Bestrafungsnotwendigkeit *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 145 ff. Zum daraus abzuleitenden Ausschluss des Nothilferechts bereits *Jäger*, ZStW 115 (2003), 765 (788 f.); im Anschluss hieran auch *Roxin*, a.a.O., § 22 Rn. 151; krit. dagegen zu dieser Art des sozialetischen Ausschlusses des Nothilferechts *Pawlik*, JZ 2004, 1045.

⁴¹ Näher *Jäger*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 127 (129).

IV. Eigener Ansatz: Die rechtfertigende Pflichtenkollision als Auflösung der Konkurrenz zweier Rettungspflichten

1. Die rechtfertigende Pflichtenkollision beim Behandlungsabbruch

a) Widersprüche der herrschenden Meinung

Dass die h.M., deren Auffassung auch der Stellungnahme des Ethikrats zugrunde liegt, bei medizinischer Ressourcenknappheit und hier insbesondere in Pandemiesituationen, teilweise versagt und die Entscheidung über die (Un-)Rechtmäßigkeit rettenden Verhaltens von bloßen Zufällen und zweifelhaften Wertungen abhängig macht, zeigen eindrucksvoll folgende Beispielfälle:

Beispiel 1: Patienten P und Q werden mit Covid-19-bedingter Atemnot gleichzeitig in die Intensivstation eingeliefert. Aufgrund der höheren Überlebenschancen schließt Ärztin A den Q an das letzte freie Beatmungsgerät der Klinik an.

Beispiel 2: Q wird unmittelbar nach dem Anschluss des P an das letzte freie Beatmungsgerät der Klinik eingeliefert. Aufgrund der wesentlich höheren Überlebenschancen nimmt A den P nun wieder vom Beatmungsgerät und schließt Q an.

Beispiel 3: Diesmal wird Q in dem Zeitpunkt eingeliefert, in dem P gerade an das Beatmungsgerät angeschlossen wird. A erkennt die wesentlich besseren Behandlungschancen des Q und bricht deshalb das Anschließen des P ab und versorgt Q mit dem Atemgerät.

Beispiel 4: Die Transportwagen von P und Q kommen zeitgleich an der Einfahrt des Krankenhauses an. Da der Wagen des P jedoch Vorfahrt hat, wird dieser zuerst eingeliefert und daher an das Beatmungsgerät angeschlossen.

Beispiel 5: Diesmal schließt A nicht P an, sondern wartet auf Q, dessen Einlieferung unmittelbar bevorsteht, da sie die Werte von P und Q kennt und daraus zutreffend auf die höheren Behandlungschancen bei Q schließt.

Beispiel 6: Die Covid-19 Patienten P und Q werden zur Einlieferung ins Krankenhaus mit demselben Großraumrettungswagen (GRTW) von zu Hause abgeholt. Da sich Q am Beginn der Route des GRTW befindet, P dagegen an deren Ende, wird Q weiter hinten im GRTW positioniert, sodass P zuerst aus dem GRTW herausgeschoben und in die Intensivstation gebracht wird.

Variante 1: Während das Transportpersonal von der Intensivstation zum GRTW zurückeilt, beginnt A bereits mit dem Anschließen des P.

Variante 2: A wartet mit dem Anschließen des P auf Q, um sich ein persönliches Bild vom Zustand beider Patienten zu machen und entscheidet sich dann aufgrund der besseren Behandlungschancen für Q.

Variante 3: A kennt die Reihenfolge der Route und die Behandlungschancen von P und Q, weil die Krankheitswerte bereits während der Fahrt durchgegeben worden sind, sodass sie von vornherein beschließt, Q anzuschließen.

Beispiel 7: Wie Beispiel 6, allerdings werden P und Q bereits im GRTW mittels eines (manuellen) Beatmungsbeutels unterstützend beatmet, sodass die Behandlung des Q vor derjenigen des P begann. A handelt wie in den Varianten des Beispiels 6.

Beispiel 8: Wie Beispiel 7, diesmal erfolgt die Beatmung jedoch jeweils durch ein fest installiertes Beatmungsgerät im GRTW.

Die Beispiele zeigen in anschaulicher Weise, dass die h.M., auf die sich auch der Ethikrat in seiner ad-hoc-Empfehlung beruft, zu geradezu absurden Ergebnissen gelangt, indem sie die rechtfertigende Pflichtenkollision auf die Kollision zweier gleichwertiger Handlungspflichten (in den Beispielfällen die Pflicht zur Beatmung zweier Patienten, obwohl nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung steht) reduziert. Folge ist nämlich, dass eine Rechtfertigung über den Gesichtspunkt der Pflichtenkollision in allen Fällen ausscheidet, in denen ein Patient bereits an das möglicherweise rettende Beatmungsgerät angeschlossen wurde, weil dann eine Handlungspflicht (Rettung des noch unversorgten Patienten) und eine Unterlassungspflicht (Gebot einen bereits mit einem Beatmungsgerät versorgten Patienten nicht aktiv vom Beatmungsgerät zu nehmen) konkurrieren. Zufälligkeiten entscheiden dann über eine mögliche Rechtfertigung, zu der die h.M., deren Auffassung auch der Stellungnahme des Ethikrates zugrundeliegt, nur bei der Kollision gleichwertiger Handlungspflichten gelangen kann. Während A in Beispiel 1 danach gerechtfertigt ist, handelt sie in Beispiel 2 unter Zugrundelegung der h.M. höchstens entschuldigt. Die Bewertung von Beispiel 3 hängt dagegen davon ab, ob man wertungsmäßig im Abbruch der Aufnahme von Rettungsbemühungen ein aktives Tun oder ein Unterlassen sieht. Im Beispiel 4 hängt die Frage danach, wer beatmet wird – und damit auch die Frage, ob A im Falle eines Umentscheidens zugunsten des Q gerechtfertigt oder bestenfalls entschuldigt ist – vom bloßen Zufall der Vorfahrtsregelung ab, während in Beispiel 5 eine Rechtfertigung anzunehmen wäre, sodass der A ihr vorheriges behandelndes, und damit potentiell rechtsguterhaltendes Verhalten im Vergleich zu Beispiel 4 schadet. In den Beispielen 6 bis 8 tritt zu diesem Widerspruch noch die Frage, auf welche Weise und in welcher Reihenfolge die Erstversorgung vorgenommen wird.

All diese Aspekte sind jedoch Zufallsfaktoren, die mit dem eigentlichen Rangverhältnis der kollidierenden Handlungspflichten in keinerlei normativem Zusammenhang stehen. Deshalb hat der BGH in der Entscheidung „Putz“ zutreffend festgestellt, dass die Abgrenzung zwischen aktiven Handlungen und passiven Unterlassungen nach Maßgabe der in Dogmatik und Rechtsprechung entwickelten Kriterien problematisch sei, weshalb es sinnvoll und erforderlich erscheine, alle Handlungen in diesem Zusammenhang als Behandlungsabbruch zusammenzufassen.⁴² Hier weist *Hoven* zu Recht darauf hin, dass sich diese Rechtsprechung gut auf die Triage-Situation übertragen lässt.⁴³ Denn wenn man hier mit

⁴² BGHSt 55, 191 (202 f.).

⁴³ *Hoven*, FAZ-Online v. 31.3.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?premium> (7.4.2020); so offenbar auch *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* in einer neuen Stellungnahme, die diesen Ansatz von *Hoven* ebenfalls aufzugreifen scheint (zitiert nach LTO v. 9.4.2020, abrufbar unter

der h.M. zwischen Handlungs- und Unterlassungspflichten differenzieren würde, würden sich die vom BGH festgestellten und in den oben genannten Beispielen verdeutlichten Zufälligkeiten bei der Pflichtenkollision auf die Frage der Rechtfertigung oder der Entschuldigung auswirken. Dies hätte aber nach der h.M. zur Folge, dass dem Patienten, der aktiv vom Beatmungsgerät genommen wird, konstruktiv ein Notwehrrecht zustünde, zum anderen aber dem Arzt mit dem Hinweis, dass eine ex-post-Triage – wie es der Ethikrat formuliert – nicht rechtens sein könne, ein Unrechtsvorwurf gemacht wird, der seinem Handeln in der Situation der Ressourcenknappheit nicht gerecht wird. Die bloße Ermöglichung einer Entschuldigung, zu der sich der Ethikrat nicht einmal klar bekennt, bürdet dem Arzt in der kritischen Situation eine Verantwortung auf, die seiner Rolle bei der Lebenserhaltung möglichst Vieler nicht gerecht wird, und stigmatisiert ihn dadurch als rechtswidrig handelnd.

b) Die rechtfertigende Pflichtenkollision als Auflösung der Widersprüche

Die oben unter III. angestellten Überlegungen, denen ein lediglich entschuldigtes Verhalten der Ärzte in der ex-post-Triage zugrunde gelegt wurde, befreien das medizinische Personal weder vom Stigma des rechtswidrigen Handelns noch verhindern sie ein Notwehrrecht des angeschlossenen Patienten, der den behandelnden Arzt gegebenenfalls sogar töten dürfte. Doch es ist auch dogmatisch nicht überzeugend, den Unterschied zwischen gerechtfertigtem und rechtswidrigem, allenfalls entschuldigtem Verhalten von Zufälligkeiten in den Abläufen wie den in den Beispielen 1 bis 8 beschriebenen, aber auch der technischen Gestaltung der bei der Behandlung eingesetzten Maschinen abhängig zu machen. Würde man das Beatmungsgerät nämlich derart gestalten,⁴⁴ dass es stündlich einen positiven Impuls zur Fortsetzung der Beatmungstätigkeit bräuchte, läge zweifellos ein Unterlassen vor, wenn der Arzt völlig untätig bliebe und deshalb diesen positiven Impuls nicht setzen würde. Dies hätte zur Folge, dass er aufgrund einer rechtfertigenden Pflichtenkollision gerechtfertigt wäre, wenn diese Untätigkeit darauf beruht, dass er den Patienten nach dessen Tod vom Beatmungsgerät nehmen und dieses einem anderen Patienten mit höheren Überlebenschancen zur Verfügung stellen möchte. Zieht er dagegen aktiv den Stecker eines Beatmungsgeräts, wäre er nach h.M. nicht gerechtfertigt, da die Unterlassungspflicht bei der Pflichtenkollision der Handlungspflicht vorgehen soll. Dies würde wohl auch für ein solches Impulsgerät gelten, bei dem der Stecker, unmittelbar bevor der Impuls gesendet werden müsste, gezogen würde, obwohl hier der Tod zur selben Zeit und in derselben Gestalt eintreten würde. Um solche Ungleichbehandlungen zu verhindern, hatte die frühere h.L.⁴⁵ vor dem Hintergrund der konsentierten passiven

Sterbehilfe auch Fälle des aktiven Tuns in ein normativ verstandenes Unterlassen umgedeutet. Dies stieß als dogmatisch unzulässiger Kunstgriff zu Recht auf Kritik⁴⁶ und wurde vom BGH zugunsten einer einheitlichen Kategorie des Behandlungsabbruchs aufgegeben.⁴⁷ Wie *Hoven* zutreffend feststellt, lässt sich diese Rechtsprechung auf die rechtfertigende Pflichtenkollision übertragen.⁴⁸ Denn dieselben Zufälligkeiten, die den Unterschied zwischen zulässiger passiver Sterbehilfe und unzulässiger aktiver Sterbehilfe ausmachen, wirken im Pandemiefall gleichermaßen im Verhältnis zwischen zulässiger Entscheidung bei der Kollision zweier Handlungspflichten und vermeintlich unzulässiger Entscheidung bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflichten.

Beispielhaft: Wenn ein Arzt in einem Katastrophenfall bei zwei Verunglückten eine Mund-zu-Mund-Beatmung durchführen muss, sie aber nur bei einem von beiden durchführen kann (etwa weil sie an unterschiedlichen Unfallstellen zu weit voneinander entfernt eingeklemmt sind), dann ist er gerechtfertigt, wenn er sie auch nur bei einem von beiden durchführt (z.B. bei dem aussichtsreicheren Verunglückten). Aber auch wenn er die Mund-zu-Mund-Beatmung bereits bei einem Verunglückten durchführt und erst dann bemerkt, dass es sich um ein wenig aussichtsreiches Unterfangen handelt, weshalb er von diesem ablässt und sich dem andern zuwendet, stellt sich dies für den Betroffenen als Unterlassen dar. Hier würde niemand daran zweifeln, dass das Nichtfortsetzen der Mund-zu-Mund-Beatmung ein Unterlassen darstellt, auch wenn sich der Arzt aktiv der anderen Person zuwendet. Auch diese Rettungsverlagerung wäre daher zweifelsfrei einer rechtfertigenden Pflichtenkollision zugänglich, weil zwei Handlungspflichten (Beginn der Beatmung bei X und Fortsetzung der Beatmung bei Y) kollidieren. Soll sich dann ernsthaft an dieser Beurteilung etwas ändern können, nur weil der Arzt die Beatmung nicht mit dem Mund, sondern mit einer Maschine durchführt, von der er den X zunächst abnehmen muss? Dies wäre geradezu absurd und sachlich nicht gerechtfertigt.

In Wahrheit kollidieren hier nämlich nicht zwei Handlungspflichten oder eine Unterlassungspflicht („Unterlasse es, X von der Beatmungsmaschine zu nehmen!“) mit einer Handlungspflicht („Beatme Y!“), sondern zwei Handlungspflichten miteinander. Dabei bezieht sich eine Behandlungssituation und damit auch eine Behandlungspflicht, wie

https://www.lto.de/persistent/a_id/41273/ [14.4.2020]).

⁴⁴ Beispiel nach *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 116.

⁴⁵ *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2017, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 98. m.w.N.

⁴⁶ Vgl. nur zur alten Auffassung allg. *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 211 ff. Rn. 21 ff.; *Fischer* (Fn. 10), 57. Aufl. 2010, Vor §§ 211–216 Rn. 16 ff.; *Otto*, NJW 2006, 2217; *Roxin*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 83 ff.; vgl. auch Sterbehilfe und Sterbebegleitung, Bericht der Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz v. 23.4.2004, S. 64 ff.

⁴⁷ BGHSt 55, 191 (202 f.).

⁴⁸ *Hoven*, FAZ-Online v. 31.3.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?premium> (7.4.2020).

der BGH zu Recht feststellt,⁴⁹ fast regelmäßig auf eine Vielzahl von aktiven Handlungen und passiven Unterlassungen, sodass ein Herunterbrechen auf eine Handlungs- bzw. Unterlassungspflicht nicht sachgerecht erscheint. Akzeptiert man dagegen, dass hier zwei Behandlungspflichten miteinander kollidieren, sind diese beim Rechtsgut Leben aufgrund dessen Unabwägbarkeit als gleichwertig zu betrachten,⁵⁰ sodass dem Arzt die freie Wahl bleibt, ob er die bereits laufende Behandlung fortsetzt oder die Behandlung des neuen Patienten aufnimmt. Gerechtfertigt ist er in beiden Fällen.

c) Auf der Suche nach dem höheren Prinzip

Zurück bleibt ein ungutes Gefühl, hier ein „Sonderrecht für Ärzte“ zu schaffen, wenn man der Kollision (gleichwertiger) Behandlungspflichten eine rechtfertigende Wirkung zuspricht. Doch tatsächlich handelt es sich bei der Kollision zweier Behandlungspflichten nicht um ein Sonderrecht für Ärzte, sondern um die spezielle Ausprägung eines höheren Prinzips.

aa) Unzulässigkeit der allgemeinen Gleichsetzung von Handlungs- und Unterlassungspflichten

Hoven erblickt dieses höhere Prinzip ganz offensichtlich in der Gleichwertigkeit von Unterlassen i.S.d. § 13 StGB und aktivem Tun. Bei ihr heißt es hierzu mit Blick auf die h.A.: „Eine Mutter soll etwa nicht Kind A dem Löwen zum Fraß vorwerfen dürfen, damit er Kind B verschont – gerechtfertigt ist sie hingegen, wenn sie nichts unternimmt und Kind B stirbt. Ob diese Sichtweise zwingend ist, kann – und sollte – man hinterfragen.“⁵¹ Jedoch führt die Hinterfragung gerade dieses Falles zu der Lösung, dass eine rechtfertigende Pflichtenkollision ausgeschlossen sein muss. Denn das erstgenannte Verhalten der Mutter stellt mit Bezug auf das Opfer (Kind A) gerade kein Laufenlassen der ursprünglichen Gefahr durch bloße Rettung des anderen Kindes dar, sondern die Mutter erhöht hier das Risiko für das Kind A sogar, indem es dieses dem Löwen zum Fraß vorwirft. Hiergegen muss sich das Kind aber im Wege der Notwehr widersetzen dürfen.⁵² Das Abschneiden des Rechtfertigungsgrundes für das Kind A wäre hier grob unbillig.

bb) Rettungspflichten als allgemeine Pflichtenform

Anders sähe es jedoch aus, um *Hovens* Beispiel abzuwandeln, wenn Kind A und Kind B beide in einem Rollstuhl sitzend von einem Löwen verfolgt werden und die Mutter nur

eines davon retten kann, indem sie dessen Rollstuhl schiebt.⁵³ Da sie den Rollstuhl des B aufgrund geringerer Reibung für schneller und leichter zu schieben hält, rennt sie gleich zu B und rettet diesen, während A vom Löwen gefressen wird. Hier würde niemand an einer rechtfertigenden Pflichtenkollision zweifeln.

Dann muss aber auch eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision möglich sein, wenn die Mutter zunächst das ihr näher befindliche Kind A schiebt, kurz darauf aber erkennt, dass der Rollstuhl des A aufgrund eines verformten Reifens schwergängig ist, wodurch die Fluchtchancen geringer sind als mit B, deshalb den Rollstuhl des A loslässt und, während A ausrollt, zum Rollstuhl des B eilt, den sie dann vom Löwen wegschiebt. Denn in diesem Fall befinden sich A und B in einer Gefahren- und Rettungsgemeinschaft, aufgrund der begrenzten personellen Ressourcen ist jedoch nur die Rettung eines Kindes möglich, wenngleich nicht sicher. Dies entspricht letztlich der Behandlungssituation: Der Löwe entspricht der Atemnot⁵⁴, die allein vor Ort befindliche Mutter entspricht dem Arzt mit nur einem einzigen zur Verfügung stehenden Beatmungsplatz, die Kinder entsprechen den Patienten. Sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung gegenüber dem Arzt sind nicht ersichtlich.

Dass der Pflichtenkollision das übergeordnete Prinzip der Gefahren- und Rettungsgemeinschaft zugrunde liegt, zeigt auch folgender Fall:

Feuerwehrmann F löscht mithilfe einer Pumpe, mit der er Wasser aus einem Teich saugt, eines von zwei Häusern, in denen sich jeweils eine Person befindet (in einem Haus der X, im anderen der Y) und in denen beide (X und Y) vom Feuer eingeschlossen um Hilfe rufen. A kann nur ein Haus löschen, da nur eine Pumpe mit einem Schlauch zur Verfügung steht. A beginnt sofort mit dem Löschen des Hauses des X, weil er davon ausgeht, dass das Löschen und damit die Rettung des X leichter möglich sein wird, während er bei einem Löschbeginn mit dem Haus des Y eher für möglich hält, dass er letzteren doch nicht mehr retten kann. Hier würde niemand an einer rechtfertigenden Pflichtenkollision zweifeln.

Dann muss aber auch eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision in Betracht kommen, wenn F nach kurzem Löschen des Hauses des Y feststellt, dass das Feuer bei diesem – entgegen seiner ursprünglichen Erwartung – doch schon zu weit vorangeschritten ist und die Aussichten auf Löschung des Hauses des X und damit dessen Rettung aussichtsreicher ist. Für den Y stellt sich das aktive Umlenken des Schlauches auf das Haus des X nämlich dennoch als ein Unterlassen der Fortsetzung seiner (des Y) Rettung dar, weil er mit der ursprünglichen Gefahr des Feuers allein gelassen wird.

All diesen Fällen ist gemein, dass der Retter zunächst eine aus Effizienz Gesichtspunkten falsche, aus seiner späteren

⁴⁹ BGHSt 55, 191 (202 f.).

⁵⁰ Zur grundsätzlichen Unabwägbarkeit menschlichen Lebens *Jäger*, ZStW 115 (2003), 765.

⁵¹ *Hoven*, FAZ-Online v. 31.3.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?premium> (7.4.2020).

⁵² Allgemein zur Notwehrprobe *Momsen/Savic* (Fn. 17), § 32 Rn. 13.

⁵³ Für die Parallele zu den Pandemiefällen muss dabei davon ausgegangen werden, dass der Mutter, genau wie dem Arzt, keine (akute) Gefahr droht.

⁵⁴ Unabhängig davon, ob die Patienten wegen Covid-19 oder einer anderen Erkrankung auf ein Behandlungsgerät angewiesen sind.

Sicht schlechte oder schlicht eine andere Entscheidung getroffen hat, sei es aufgrund einer tatsächlichen Fehleinschätzung oder wegen (durchaus verständlicher) Unkenntnis zukünftiger Umstände. Hätte er diese Umstände im Vorfeld gekannt, die entsprechende Einschätzung zutreffend getroffen oder hätte er sich schon zu Beginn anders entschieden, könnte er sich dabei auf eine rechtfertigende Pflichtenkollision berufen.⁵⁵ Das nach der h.M. mit ihrer Differenzierung zwischen Handlungs- und Unterlassungspflichten gerechtfertigte Verhalten würde zu einer Perpetuierung dieses Fehlers zwingen, es sei denn, der Retter kann diesen Konflikt durch bloße (vorübergehende) Untätigkeit auflösen. Dass sich aber ein Garant in einer Konstellation durch Untätigkeit rechtmäßig verhalten könnte, während das Tätigwerden zugunsten eines anderen Rettungsbedürftigen, also ein pflichtgemäßeres Verhalten als die vorübergehende bloße Untätigkeit beiden Rettungsbedürftigen gegenüber, rechtswidrig wäre, ist kaum mit dem Sinn der Garantienpflicht vereinbar und bildet einen nicht hinnehmbaren Wertungswiderspruch.

Man darf also bei den strafrechtlichen Verhaltenspflichten im Rahmen der Pflichtenkollision nicht, wie klassisch, einen Dualismus von Handlungs- und Unterlassungspflichten zugrunde legen, sondern man muss eine Trias aus Handlungs-, Unterlassungs- und Rettungspflichten anerkennen. Denn in Konkurrenzfällen stellt das aktive Tätigwerden zugunsten einer Person zugleich das passive Unterlassen der Rettung einer anderen dar. Darüber hinaus ist die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen teilweise von bloßen Zufälligkeiten abhängig und häufig besteht auch die Rettungspflicht einer Person aus Handlungs- und Unterlassungspflichten.

Dies entspricht auch dem Wesen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, die stets durch zwei Elemente gekennzeichnet ist: durch eine Mangelsituation einerseits und durch ein teilweises Laufenlassen des Geschehens andererseits.⁵⁶

Dabei kann die Mangelsituation vielfältige Ursachen haben. Personalknappheit, Materialknappheit, zu hohes Patientenaufkommen oder – im schlimmsten Fall – eine Kumulation der genannten Gründe, wie dies häufig in Katastrophenfällen zu verzeichnen ist und auch bei der Bekämpfung der Coronapandemie in vielen Ländern der Fall war oder noch ist.

Hinsichtlich des gerechtfertigten Laufenlassens des Geschehens wird bislang davon ausgegangen, dass stets zwei oder mehrere Handlungspflichten kollidieren müssen.⁵⁷ Der Täter muss also mindestens eine von mehreren Handlungspflichten unerfüllt lassen, um mindestens eine andere Handlungspflicht erfüllen zu können. Dies ist aber nicht das entscheidende Kriterium. Maßgeblich ist vielmehr, dass sich das Verhalten des Täters bei wertender Betrachtung als Nicht-Rettung darstellt. Dies ist aber immer dann der Fall, wenn eine Rettung entweder überhaupt nicht aufgenommen wird oder wenn eine Rettung abgebrochen wird.

Entscheidend ist daher nicht die Situation des Behandlungsabbruchs, sondern viel allgemeiner die Tatsache der Nicht-Rettung in der Situation der Ressourcenknappheit. Eine rechtfertigende Pflichtenkollision liegt daher nicht nur dann vor, wenn angesichts der Mangelsituation die Rettung des einen Rechtsguts zugunsten des anderen Rechtsguts gar nicht erst aufgenommen wird, sondern auch dann, wenn die bereits begonnene Rettung des einen zugunsten des anderen abgebrochen wird. Maßgeblich muss nämlich die Tatsache sein, dass auch bei einem späteren Abbruch die schicksalhaft bestehende Gefahr nicht vergrößert wird. Dies wird durch die oben angeführten Löwen- und Feuerwehrmann-Fälle untermauert, in denen sich der Retter jeweils in derselben Kollisionslage wie der Arzt im Falle des Behandlungsabbruchs befindet, weshalb er sich auch auf denselben Rechtfertigungsgrund berufen können muss.

Daran erkennt man auch, dass der von *Hoven* bemühte Rekurs auf die Rechtsprechung des BGH am Ende doch in die Irre führt, weil durch ihn verschleiert wird, dass hinter der Rechtfertigung durch Pflichtenkollision ein höheres Prinzip steht. Die Rechtsprechung im Fall „Putz“ betrifft zwar wie in den Coronakonkurrenzen einen Behandlungsabbruch. Darin erschöpft sich aber bereits die Gemeinsamkeit. Der Fall, den der BGH zu entscheiden hatte, betraf die (mutmaßliche) Einwilligung in einen Behandlungsabbruch und damit einen Sachverhalt, in dem nur eine Person betroffen war, zu deren Autonomieverwirklichung, d.h. zu deren Gunsten auf die Differenz von Tun und Unterlassen verzichtet wurde. Der BGH wollte damals erreichen, dass der Einzelne den Abbruch seiner Behandlung unter allen Umständen erwirken kann, gleichviel, ob dies durch ein Untätigbleiben oder durch ein Handeln (im konkreten Fall: Entfernen einer PEG-Sonde) erreicht werden soll. Aber natürlich kann kein Zweifel daran bestehen, dass das aktive Entfernen der PEG-Sonde gleichzeitig auch ein Unterlassungselement in sich trägt, nämlich die Unterlassung der Behandlungsfortsetzung. Nur spielt dies im Falle der Betroffenheit einer Person keine Rolle, weil dieses Unterlassen durch ein aktives Handeln bewirkt wird. In den Fällen der Pflichtenkollision liegt dies aber anders, weil es dort um die Kollision mehrerer Rechtsgutsträger geht, nämlich um ein Handeln für eine bestimmte Person, die sich für die andere als Unterlassen mit Blick auf die von Anfang an bestehende Gefahr darstellt und daher zu deren Lasten auswirkt. Soweit man dem mit dem Argument entgegentreten möchte, dass es in der Sache „Putz“ um eine Erweiterung des Schutzes des Patienten ging, während die Anwendung der rechtfertigenden Pflichtenkollision den Rechtsgüterschutz des Patienten wieder verkürzt, ist dem der Unterschied zwischen den Betrachtungswinkeln der verschiedenen Rechtfertigungsgründe entgegenzuhalten: Die (mutmaßliche) Einwilligung blickt auf die Autonomie des Rechtsgutsinhabers und versucht dem Prinzip „*volenti non fit iniuria*“ Geltung zu verschaffen.⁵⁸ Demgegenüber fokussiert sich die rechtfertigende Pflichtenkollision als einziger Rechtfertigungsgrund ausschließlich auf die Lage des Täters, der sich in einer Situation

⁵⁵ Vgl. allerdings zu den Grenzen der Entscheidungsfreiheit bei der Pflichtenkollision noch unten IV. 2.

⁵⁶ *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 73.

⁵⁷ Vgl. dazu auch die Verweise in Fn. 15.

⁵⁸ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 23 Rn. 7.

befindet, in der er zu mehr verpflichtet als zu leisten imstande ist. Dieser Rechtfertigungsgrund dient daher der Umsetzung des Prinzips „*ultra posse nemo obligatur*“.⁵⁹

Alles in allem zeigt sich damit, dass auch die ex-post-Triage entgegen der vom Ethikrat geteilten h.M. einer Rechtfertigung zugänglich ist. Entscheidend dafür ist aber nicht eine ausschnittshafte Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH im Fall „Putz“, sondern der übergeordnete Gesichtspunkt der Rettungsbemühung der einen Person durch Unterlassen der Rettungsbemühungen zulasten einer anderen Person in der Situation der Ressourcenknappheit, wobei gleichgültig ist, ob das Unterlassen von vornherein durch eine fehlende Aufnahme von Rettungsbemühen oder durch deren späteren Abbruch bewirkt wird, solange dies nur zur Rettung der anderen Person geschieht, die sich ebenfalls in der die Ressourcenknappheit auslösenden Gefahr befindet, sodass von einer Gefahren- und Rettungsgemeinschaft gesprochen werden kann.

d) Tatbestandslosigkeit oder Rechtfertigung des Handelns in der Pflichtenkollision

Nach allem bleibt allerdings die Frage, ob eine Pflichtenkollision tatsächlich – wie dies die h.M. vertritt – nur als Rechtfertigungsgrund in Ansatz zu bringen ist oder ob sogar eine tatbestandsausschließende Wirkung anzunehmen ist.

aa) Die Rechtfertigung als Ausdruck einer individualisierenden Betrachtung

Gegen eine Lösung über den Wegfall der Garantenpflicht im Kollisionsfall könnte man den Einwand erheben, dass dies im Kollisionsfall zu einem gänzlichen Fortfall der Garantenpflichten führen müsste. Sofern man nämlich die Garantenstellung dergestalt beschränkt, dass sie nur besteht, soweit sie nicht mit einer anderen Garantenstellung kollidiert, wäre der Arzt in Kollisionsfällen gar kein Garant mehr und müsste niemanden der Patienten retten. Beschränkt man dagegen die Reichweite der Garantenpflicht dergestalt, dass der Arzt in einem solchen Fall nur einen Patienten retten muss, würde die individuelle Garantenpflicht, die auf der Behandlungsübernahme inter partes und damit regelmäßig auf einem Behandlungsvertrag beruht,⁶⁰ zu einer allgemeinen Garantenpflicht, irgendeinen der Patienten zu retten. Dass dies typischerweise weder im Interesse des konkreten Patienten liegt noch von dessen tatsächlichen Willen erfasst wird und damit auch keine Einigung hinsichtlich einer solchen Regelung der Garantenpflicht erzielt wurde, liegt auf der Hand. Zudem ließe sich argumentieren, dass ein solcher Weg dem Wesen von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit widerspricht, denn einen eigenen Patienten infolge eigener Untätigkeit nicht weiter zu behandeln und damit sterben zu lassen, ist regelmäßig Unrecht und damit von der Indizwirkung der

Tatbestandsmäßigkeit umfasst, während die Kollisionssituation einen Ausnahmestandard darstellt, der dieses vorläufige Unwerturteil im konkreten Einzelfall zu beseitigen vermag.⁶¹ Bei individueller Betrachtung ist der Arzt daher in einer solchen Situation über die Pflichtenkollision gerechtfertigt.

bb) Der Tatbestandsausschluss als Ausdruck einer kollektiven Betrachtung

Ein anderes Bild ergibt sich freilich, wenn man die Perspektive auf die in der Pflichtenkollision bestehende Gefahren- und Rettungsgemeinschaft richtet, in der sich die Betroffenen befinden. Dann nämlich stellt sich das Handeln des Arztes in Wahrheit als eine besondere Form der Risikoverringerung dar.⁶² Denn der in die Situation der Pflichtenkollision geworfene Arzt sieht sich bei Lichte betrachtet vor die Wahl gestellt, einem Doppelrisiko den Lauf zu lassen oder das Doppelrisiko auf ein Einzelrisiko zu halbieren. Wenn sich die Opfer aus Sicht des Retters in einer Gefahrengemeinschaft befinden und der Pflichtige keine getrennten Handlungsmöglichkeiten hat, ist es unter Zugrundelegung dieser Perspektive unzutreffend, die Risiken zu trennen. Denn so wie die Opfer in ihrem Schicksal miteinander verbunden sind, so lässt sich auch deren Gemeinschaftsrisiko in der echten Pflichtenkollision nicht trennen. Im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, stimmt dies auch mit der von *Roxin* vertretenen Auffassung überein, wonach bei den Unterlassungsdelikten die Tatbestandserfüllung zu verneinen ist, wenn der Täter in einer Pflichtenkollision auch nur eine der gebotenen Handlungen vornimmt. Er leitet dies daraus ab, dass bei den Unterlassungsdelikten von einem den Tatbestand und die Rechtswidrigkeit umspannenden Gesamtunrechtstatbestand auszugehen sei mit der Folge, dass dort die Bejahung einer auf dem Tatbestand aufbauenden Rechtswidrigkeit unpassend sei. Im Falle der Rechtfertigung habe der Unterlassende schon nicht für den Nichteintritt des Erfolges einzustehen und darüber hinaus entspreche das Unterlassen dann auch nicht einem aktiven Tun. Hiergegen sprechen allerdings die soeben (unter aa) genannten individualisierenden Erwägungen. Erst wenn man den Blick auf die kollektive Dimension der Problematik wirft, wird der eigentliche Gesichtspunkt der Risikoverringerung deutlich. Für die vorliegende Untersuchung kann die Frage allerdings offenbleiben, da die Straflosigkeit des Unterlassens in der Pflichtenkollision nicht von der Einordnung als

⁵⁹ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 137; *Freund*, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), § 13 Rn. 197.

⁶⁰ *Sommer/Tsambikakis*, in: Clausen/Schroeder-Printzen (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 65.

⁶¹ Vgl. dazu *Fischer* (Fn. 10), Vor § 13 Rn. 46; *Kühl* (Fn. 59), § 3 Rn. 2, § 6 Rn. 1; *Rengier* (Fn. 58), § 8 Rn. 3, § 17 Rn. 1; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 134, 187, 397, 399; gegen eine Trennung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit aber die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, vgl. etwa *Schroth*, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafrecht, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 595; *Schünemann*, GA 1985, 341 (347); für eine Lösung über die Rechtfertigung bei Unterlassen aus eben diesen Erwägungen *Brech* (Fn. 19), S. 353 f.

⁶² Hierzu schon *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 30.

Zurechnungsausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund abhängt.⁶³

2. Umfang und Grenzen der erlaubten Kollisionsauflösung in der Pflichtenkollision

Nachdem die Darlegungen unter IV. 1. gezeigt haben, dass entgegen der vom Ethikrat in seiner ad-hoc-Stellungnahme geteilten h.A. eine rechtfertigende Pflichtenkollision sowohl bei der ex-ante- als auch bei der ex-post-Konkurrenz möglich sein muss, bleibt das Wie der Kollisionsauflösung zu bestimmen. Dabei wird man dem Arzt wegen der grundsätzlichen Unabwägbarkeit des menschlichen Lebens einen weiten Entscheidungsspielraum einräumen müssen (im Folgenden a), der allerdings seine rechtlichen Grenzen in der Einhaltung der medizinischen Standards findet (im Folgenden b) und gegebenenfalls ethisch auch weitergehenden Vorgaben und Beschränkungen unterworfen sein kann (im Folgenden c).

a) Grundsätzliche Freiheit des Arztes bei der Auflösung des Pflichtenwiderstreits

Wegen der Unabwägbarkeit menschlichen Lebens wird man dem Arzt bei der Lösung des Pflichtenwiderstreits rechtlich prinzipiell weitestgehende Entscheidungsfreiheit einräumen müssen. Dies gilt bei der rechtfertigenden Pflichtenkollision in Bezug auf das Tötungsdelikt insbesondere grundsätzlich auch für den Fall, dass sich der Arzt bei seiner Wahl von sachfremden Erwägungen leiten lässt, soweit dies noch vom subjektiven Rechtfertigungselement gedeckt ist.⁶⁴ Denn das Handeln aus einem anstößigen Motiv hindert die Rechtfertigung nicht, solange es in Kenntnis der Rechtfertigungslage erfolgt.⁶⁵ Gleichgültig, wie sich der Arzt entscheidet, entfällt daher in derartigen Situationen das Erfolgsunrecht ebenso wie das Handlungsunrecht.⁶⁶ Hierfür streitet auch der Rechtsgüterschutz: Selbst wenn die Rettung eines Menschenlebens aus sachfremden Erwägungen erfolgt, wird ein Leben gerettet und damit der Verlust eines absoluten und damit gleichwertigen Rechtsguts abgewendet. Andernfalls würde man den Arzt nur aufgrund seiner inneren Motivlage bestrafen, was letztlich auf die Befürwortung eines unzulässigen Gesinnungsstrafrechts hinausläufe.⁶⁷ Wenn sich also beispielsweise das medizinische Personal entgegen der Covid-19-Empfehlungen zugunsten eines reichen Mannes mit vergleichsweise schlechten Überlebenschancen und gegen eine jüngere Frau mit besseren Erfolgsaussichten entscheidet, weil es sich von dem Mann oder dessen Erben eine

großzügige Spende an das Krankenhaus als Dank für den Einsatz verspricht, dann ist dies zweifellos moralisch verwerflich und kann ggfs. zu einer anderweitigen Strafbarkeit und standesrechtlichen Folgen führen.⁶⁸ Mit Blick auf die Tötung der Frau dagegen handelt das Personal weiterhin in einer rechtfertigenden Pflichtenkollision, in der es sich für das andere, gleichwertige Interesse entschieden hat, und ist daher nicht wegen Totschlags durch Unterlassen nach §§ 212, 13 StGB strafbar.

b) Die medizinischen Standards als Grenzen der ärztlichen Entscheidungsfreiheit

Rechtlich sollte die Entscheidungsfreiheit des Arztes allerdings dort ihre Grenze finden, wo sie der Einhaltung der medizinischen Standards eindeutig widerspricht. Denn an den Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis bleibt der Arzt auch in der Notlage gebunden. Wenn daher der Arzt bei seiner Auswahlentscheidung eine Person mit zahlreichen Vorschädigungen und daher geringsten Erfolgsaussichten einer anderen Person mit hohen Überlebenschancen geradezu willkürlich vorzieht, so wird man dies als Verletzung der ärztlichen Standards verstehen können, die jedenfalls eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung nicht ausschließt.⁶⁹ Nichts anderes sollte etwa auch dann gelten, wenn ein Arzt einen Patienten, auf den die Behandlung bereits hervorragend angesprochen hat, wieder vom Beatmungsgerät zugunsten einer anderen Person trennt, deren Erfolgsaussichten wegen Vorschädigungen, wie er weiß, höchst fragwürdig sind. In derartigen Fällen wäre die Entscheidung nicht nur unethisch, sondern auch medizinisch nicht nachvollziehbar, sodass eine Bestrafung wegen vollendeter oder versuchter⁷⁰ Tötung durch Unterlassen nach §§ 212, 13 StGB oder wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen nach §§ 222, 13 StGB nicht ausgeschlossen erschiene. Allerdings sind dies nur theoretische Erwägungen, da von den Ärzten zu erwarten ist, dass sie die in der Notlage erforderlichen Entscheidungen nach bestem Wissen und Gewissen fällen werden. Soweit sie dies tun und ihre Gründe nachvollziehbar dokumentieren, wird eine Strafbarkeit daher grundsätzlich ausscheiden, selbst wenn sich die Einschätzung der Überlebenschancen später als unzutreffend erweist. Denn eine Fehleinschätzung ist in derartigen Krisenlagen noch längst keine Verfehlung ärztlicher Standards. Letztere könnte nur dann bejaht werden, wenn eine nach medizinischen Kriterien gänzlich unververtretbare Entscheidung getroffen worden ist.

⁶³ Dies beruht letztlich darauf, dass Tatbestands- und Rechtswidrigkeit gemeinsam das Gesamtunrecht bilden, vgl. *Jäger*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 59.

⁶⁴ Vgl. dazu *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 77.

⁶⁵ *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 77 m.w.N.

⁶⁶ Vgl. *Fischer* (Fn. 10), § 32 Rn. 27 m.w.N. zur Behandlung des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements.

⁶⁷ Vgl. zur Unzulässigkeit eines solchen Gesinnungsstrafrechts *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2019, Rn. 702.

⁶⁸ In Betracht käme u.U. beispielsweise eine Strafbarkeit gem. § 299a StGB.

⁶⁹ So wohl auch *Hilgendorf*, *LTO v. 27.3.2020*, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (7.4.2020).

⁷⁰ Eine vollendete Tötung der aussichtsreicheren Person käme jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn nicht nachgewiesen werden kann, ob die verstorbene Person überhaupt auf die Behandlung angesprochen hätte.

c) *Ethische Vorgaben und Beschränkungen*

Damit ist bereits ein letzter Aspekt der hier vorgelegten Untersuchungen erreicht: Dieser betrifft die mit der Pflichtenauflösung verbundene ethische Dimension. So kann kein Zweifel daran bestehen, dass Vorgaben der medizinischen Fachgesellschaften einer verteilungsgerechten und transparenten Bewältigung des Versorgungsdilemmas dienlich sein können. Dabei ist es verständlich, wenn etwa die Covid-19-Empfehlungen in ihrer konkreten Ausgestaltung eine gewisse Offenheit zeigen und damit im Widerspruch etwa zu amerikanischen Vorbildern stehen, bei denen vielfach eindeutig messbare Krankheitswerte als Indikator dafür angesetzt werden, wann eine medizinische Behandlung im Falle der Ressourcenknappheit eingestellt werden kann.⁷¹ Die offen formulierten Covid-19-Empfehlungen tragen damit der Tatsache Rechnung, dass es sich bei abstrakten Vorgaben dieser Art stets nur um Orientierungshilfen handeln kann, die den Arzt in der kritischen Situation jedoch nicht von der Verantwortung für die konkrete Entscheidung entheben können. Deshalb ist es auch gut und richtig, dass das Lebensalter in den Empfehlungen nicht zu einem allein ausschlaggebenden Auswahlkriterium erhoben wird. Andererseits bleibt das Papier an entscheidenden Stellen auch zu vage. So stellen sich Ärzte etwa die Frage, ob die Tätigkeit in einem systemrelevanten Beruf als ausschlaggebender Gesichtspunkt bei der Auswahlentscheidung in der Triage eine Rolle spielen darf. Im Ergebnis wird man dies jedoch klar verneinen müssen, da mit einer solchen Berücksichtigung die Kriterien der Erfolgsaussicht und Dringlichkeit gänzlich verlassen werden. Auch müsste eine derartige Vorgabe vor ethischem Hintergrund zu einer nicht hinnehmbaren Verunsicherung in der Bevölkerung beitragen. Des Weiteren sprechen sich die Covid-19-Empfehlungen dafür aus, eine Entscheidung grundsätzlich nur im Mehraugenprinzip herbeizuführen. Hiergegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Jedoch sollten die Empfehlungen dringend auf die Möglichkeit einer externen Hilfe bei der Auswahlentscheidung hinweisen, mit der Folge, dass nicht oder jedenfalls nicht nur die behandelnden Ärzte zugleich diejenigen sein sollten, die in der Triage tätig werden. Nur auf diese Weise kann eine weitestgehende psychische Distanzierung von den zweifellos schwer erträglichen Auswahlfolgen gewährleistet werden. Zu erwägen ist in diesem Zusammenhang bei verbleibenden Zweifeln eine – wenn nötig auch nur telefonische – Rücksprache mit Nichtbehandlern oder die Beiziehung einer externen Ethikberatung, sofern dies die zeitlichen und personellen Ressourcen zulassen. Schließlich äußern sich die Covid-19-Empfehlungen auch nicht dazu, ob die Auswahlentscheidungen stations- oder sogar klinikübergreifend stattfinden sollen. Auch hier würden sich Ärzte sicherlich klare Vorgaben wünschen. Im Ergebnis wird man dabei eine möglichst weitgehende einheitliche Handhabung

⁷¹ Vgl. etwa die *Ethical Considerations for Decision Making Regarding Allocation of Mechanical Ventilators during a Severe influenza Pandemic or Other Public Health Emergency* aus dem Jahre 2011, abrufbar unter https://www.cdc.gov/about/advisory/pdf/VentDocument_Rel ease.pdf (7.4.2020).

für wünschenswert halten müssen. Wie diese Handhabung im Einzelnen erfolgt, ist damit freilich nicht vorgegeben. Möglich, wenngleich fragwürdig und mit Blick auf das Ziel der Rettung möglichst vieler bedenklich, wäre hier – zumindest in den soeben unter b) dargestellten Grenzen – sogar eine Entscheidung durch das Los.⁷² Ebenso wäre es sicherlich nicht einmal als unethisch zu betrachten, wenn lediglich die Gruppe der Corona-Erkrankten, nicht dagegen sonstige Patientengruppen (etwa Krebspatienten, Herz-Kreislauf-Erkrankte etc.), in die Triage-Entscheidung einbezogen würden.⁷³ Wichtig wäre nur, dass hier eine einheitliche Handhabung mit nachvollziehbarer Begründung (Verengung bzw. Erweiterung der Gefahrengemeinschaft) gefunden würde. All dies sind Fragen, die durch die Covid-19-Empfehlungen nicht beantwortet werden und auf die im hier gesteckten Rahmen nicht weiter eingegangen werden kann. Erwähnt sei lediglich noch, dass auch die Frage der verfügbaren Palliativbetten ein Auswahlkriterium darstellen kann. Denn stets sollte sichergestellt werden, wie die Covid-19-Empfehlungen zu Recht fordern, dass diejenigen Patienten, die von der Beatmung genommen werden, wenigstens menschenwürdig sterben können.⁷⁴ Neben der Erhöhung der Beatmungsbetten sollte daher auch für eine Erhöhung der Palliativbetten gesorgt werden.⁷⁵

V. Fazit

Der Beitrag hat gezeigt, dass die herkömmlichen Versuche der Bewältigung von Triage-Settings nicht zuletzt im Angesicht der Coronapandemie neu zu überdenken sind (zur Problematik allgemein oben I.). Nach überkommener Auffassung setzt eine rechtfertigende Pflichtenkollision die Kollision von gleichwertigen Handlungspflichten voraus, deren Erfüllung nur teilweise möglich ist (vgl. oben II.). Dementsprechend hat sich auch der Ethikrat der Auffassung der h.M. angeschlossen, wonach eine Rechtfertigung einer Auswahlentscheidung nur bei der ex-ante-Triage (Aufnahme-Triage), nicht aber bei der ex-post-Triage (Fortsetzungs-Triage) in Betracht kommt (vgl. näher oben II. 2.). Zwar muss diese

⁷² Dafür *Tonio Walter*, *Zeit Online* v. 2.4.2020, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung/komplettansicht> (7.4.2020).

⁷³ Zwingend einbezogen werden müssten deren Beatmungspplätze lediglich bei fehlender Indikation einer Weiterbehandlung. Dann aber läge auch nicht mehr ein Fall der Triage vor.

⁷⁴ Das Erfordernis einer möglichen palliativen Behandlung im Falle der Aussichtslosigkeit betonen zu Recht auch die beteiligten Fachgesellschaften, vgl. Covid-19-Empfehlungen (Fn. 22), S. 5, 7 ff., 12.

⁷⁵ Auf die Notwendigkeit der Einbeziehung der Palliativmedizin in die Überlegungen zur Vorbereitung auf die Pandemiefolgen hat insoweit zu Recht der Präsident der European Association for Palliative Care und Vizepräsident der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin, Christoph Ostgathe, hingewiesen, vgl. <https://eapcnet.wordpress.com/2020/03/20/start-thinking-about-palliative-care-in-times-of-a-pandemic-the-case-of-corona/> (7.4.2020).

h.M., der zufolge bei einer ex-post-Auswahl allenfalls eine Entschuldigung in Betracht kommt, nicht notwendig zu einer Zulassung eines Nothilferechts Dritter führen, weil der übergesetzliche entschuldigende Notstand als Ausdruck einer durch eine ethische Konfliktlage ausgelösten fehlenden Bestrafungsnotwendigkeit einen sozialetischen Ausschluss von Nothilfebefugnissen nach sich ziehen sollte (dazu oben III.). Dies ändert aber nichts daran, dass eine partielle Entschuldigungslösung zu schwer hinnehmbaren Zufälligkeiten und Widersprüchen führt, deren Auflösung durch einen generellen Unrechtsausschluss dringend angezeigt erscheint (oben IV. 1. a) und b). Dabei hat sich gezeigt, dass die Situation der Triage durch die Konkurrenz zweier Behandlungspflichten gekennzeichnet ist und der Rechtfertigung ein höheres Prinzip der Rettungspflichtenkonkurrenz in der Gefahrengemeinschaft bei Ressourcenknappheit zugrunde liegt. Dieses Prinzip beansprucht unabhängig davon Geltung, ob es sich um eine ex-ante- oder eine ex-post-Auswahl handelt, und ist generell auf alle Fälle der Rettungspflichtenkollision übertragbar (oben IV. 1. c) aa) und bb). Diese Pflichtenkonkurrenz in der Gefahrengemeinschaft gibt sogar Anlass dazu, über einen Zurechnungs- und damit Tatbestandsausschluss kraft kollektiver Risikoverringerung nachzudenken, auch wenn diese Einordnung für das Ergebnis einer Straflosigkeit keine Rolle spielt (oben IV. 1. d). Schließlich hat sich gezeigt, dass dem Arzt bei seiner Auswahlentscheidung ein weiter Ermessensspielraum zusteht, der seine Grenzen erst dort findet, wo medizinische Standards klar verletzt werden (oben IV. 2. a) und b). Jedoch sollte man sich davor hüten, jeden Fehler bei der Gewichtung der Überlebenschancen als Ausdruck einer Verletzung von Standards zu betrachten. Eine Grenze dürfte erst dann überschritten sein, wenn der Stand der medizinischen Erkenntnis klar und willkürlich verletzt wird. Jenseits dessen bleibt der Arzt jedoch in seiner Entscheidung frei. Dies ändert aber nichts daran, dass Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften als vereinheitlichende Entscheidungshilfen sinnvoll und nützlich sind (dazu sowie zu möglichen Handhabungen im Einzelnen oben IV. 2. c). Am Ende ist und bleibt das Erfordernis der Triage ein Dilemma fast unmenschlichen Ausmaßes, bei dem nicht nur der Arzt, sondern auch der Jurist unausweichlich mit den Grenzen einer verteilungsgerechten Medizin konfrontiert wird.

Künstliche Intelligenz und Strafrechtspflege – eine Orientierung

Von Dr. Lukas Staffler, Rechtsanwalt Oliver Jany, Zürich*

Die fortlaufende Digitalisierung und Technisierung ermöglicht es der Strafrechtspflege, neue Wege in ihrem Tätigkeitsfeld zu beschreiten. Die Entwicklung schreitet rasant voran. Die Strafrechtswissenschaften sind deshalb aufgerufen, sich mit dem Phänomen der sog. Künstlichen Intelligenz näher zu befassen. Mit diesem Beitrag wird eine Orientierung über diese Entwicklung gegeben und das Anwendungspotential kritisch beleuchtet.

The advancing digitalisation and technologicalisation enables the criminal justice system to break new ground in its field of activity. The development is progressing rapidly. The criminal law sciences are therefore called upon to take a closer look at the phenomenon of so-called artificial intelligence. This article provides an orientation on this development and critically examines its potential for application.

I. Einleitung

Von der Kinoleinwand¹ in die Realität – so könnte man den Siegeszug der Künstlichen Intelligenz betiteln.² Der rasante technologische Fortschritt lässt „intelligente“ Computersysteme in unseren Alltag Einzug halten. Bereits heute ist es möglich, autonom im Auto gefahren zu werden, während Algorithmen lenken, Straßenschilder erkennen, die Geschwindigkeit und Spur halten, und man selbst mithilfe eines Transkriptionsassistenten eine E-Mail diktiert, die als digitaler Text aufbereitet und übersetzt wird. Dieser neue Alltag wirft neue Fragen auch für die Strafrechtswissenschaften auf, die seit Beginn der Entwicklung als Forschungsschwerpunkt die strafrechtliche Haftung autonomer Fahrassistenten³ oder robotischer Systeme⁴ in den Blick genommen haben.

* Dr. Lukas Staffler ist Habilitand und Rechtsanwalt/Avvocato (RAK Bozen/Bolzano, Italien). Rechtsanwalt Oliver Jany ist Doktorand. Die Verf. sind Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht unter Einschluss des internationalen Strafrechts von Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), an der Universität Zürich.

¹ Vgl. Irsigler/Orth, APuZ 2018, 39.

² Zur Geschichte der Künstlichen Intelligenz siehe Burgstaller/Hermann/Lampesberger, Künstliche Intelligenz, Rechtliches und technisches Grundwissen, 2019, S. 1 ff.

³ Grundlegend etwa Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2016; Lohmann, Automatisierte Fahrzeuge im Lichte des Schweizer Zulassungs- und Haftungsrechts, 2016; Zurkinden, recht 2016, 144; Schorro, SchwZStR 2017, 81; Thommen, Zeitschrift für Strassenverkehr 2018, 22; Thommen/Matjaz, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, S. 189; zur Unterscheidung von autonomen und automatisierten Fahrsystemen siehe Armbrüster, ZRP 2017, 83 (83 f., 85 f.).

⁴ Grundlegend etwa Gaede, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter?, 2019; Simmler/Markwalder,

Dabei verändert sich indes auch der juristische Alltag an sich. Großkanzleien, die nicht nur in Wirtschaftsstrafverfahren oft mit enormen Datenmengen konfrontiert sind, verwenden komplexe Datenanalyse-Tools („e-discovery“) wie Relativity, Reveal, nuix, Clearwell sowie Brainspace.⁵ Nur so lassen sich die Daten überhaupt noch innerhalb einer wirtschaftlich rentablen Zeit analysieren – wengleich strafrechtlich geschulte Datenspezialisten den Review-Prozess kompetent begleiten müssen. Doch auch auf Seiten der Strafverfolgung erhält die neue Technologie Einzug in den Arbeitsalltag. Davon zeugt etwa das OSZE-Polizei-Expertentreffen (APEM) von 2019, das sich dem Generalthema der Künstlichen Intelligenz verschrieben hat.⁶ Bei der Gesamtschau der Beiträge⁷ wird klar, dass die staatlichen Sicherheitsstrukturen des Staates die künstliche Intelligenz in vielfältiger Weise für sich entdecken.

Letztlich scheint es unvermeidbar, dass sich die Strafrechtswissenschaften mit dem Thema der Künstlichen Intelligenz näher befassen. Der vorliegende Beitrag bietet dazu eine Orientierung, indem er drei Themenkomplexe fokussiert: Eine inhaltliche Durchdringung des Begriffs „Künstliche Intelligenz“ (unter II.), einen systematischen Überblick zu den Anwendungsfeldern in der Strafrechtspflege (unter III.) und einen Ausblick über Entwicklungen und Herausforderungen im Umgang mit der neuen Technologie (unter IV.).

II. Begriffserklärung

Eine Annäherung an den Begriff „Künstliche Intelligenz“ ist deshalb schwierig, weil der Begriff nicht hinreichend determiniert und daher – letztlich aus Mode- oder Marketingzwecken – inflationär gebraucht wird.⁸ Viele Computerprogramme, die zu den künstlich intelligenten gezählt werden, sind beides nicht. Das soll anhand der Bedeutung des Wortpaares deutlich werden.

Zwar gibt es keine allgemeingültige Definition von Intelligenz (aus dem lateinischen „intellegere“, also „erkennen“, „einsehen“ bzw. „wählen zwischen“), doch ist damit umgangssprachlich die Fähigkeit gemeint, aus einer „kognitiven Anstrengung“ Erkenntnisse abzuleiten und bestenfalls das Handeln danach auszurichten. Da Algorithmen unbestritten nicht zu eigenen tatsächlichen „Erkenntnissen“ gelangen, muss es um einen künstlichen, also aus der Natur nachgebil-

Criminal Law Forum 2018, 1; dies., AJP 2017, 171; dies., ZStW 129 (2017), 20.

⁵ <https://www.brainspace.com/> (4.4.2020) nutzt unter anderem eine spezielle „unsupervised machine learning“ – und damit eine Technologie der Künstlichen Intelligenz.

⁶ 2019 OSCE Annual Police Experts Meeting, Artificial Intelligence and Law Enforcement: An Ally or an Adversary?

⁷ Die Präsentationen sind abrufbar unter <https://polis.osce.org/2019APEM> (4.4.2020).

⁸ Um ein Beispiel zu nennen, ist auf eine „Zahnbürste mit künstlicher Intelligenz“ eines bekannten Markenherstellers hinzuweisen.

deten, den natürlichen Denkprozess imitierenden Begriff gehen.⁹ Künstliche Intelligenz lässt sich daher nicht als tatsächlich selbstständig denkende Maschine begreifen. Denn Computerprogramme geben nach herkömmlichem Stand der Technik jene Antworten wieder, die als reactio auf eine actio vom Menschen selbst vorgegeben wurde. Die Prüfung der Parameter („wenn“), die zu einer automatisierten Entscheidung („dann“) führen, macht die Entscheidung offenkundig nicht intelligent.

Ein Computerprogramm wird auch nicht dadurch „intelligent“, dass es durch Sensoren den Input selbstständig wahrnehmen kann.¹⁰ Denn die Datenerfassung ist kein einer „kognitiven Anstrengung“ vergleichbarer Prozess, sondern imitiert unsere Sinne. Selbst wenn die Abläufe komplexer und klüger erscheinen, sind die Algorithmen nicht zur Imitation des menschlichen Denkprozesses, zur Wandlung und Adaption imstande.

Von echter „Künstlichen Intelligenz“ ist daher nur dann zu sprechen, wenn ein Algorithmus eine Reaktion aus unbekanntem (d.h. vom Menschen nicht ex ante eingespeisten) Parametern generiert. In diesen Fällen zeichnet ein Programm nicht nur das nach, was ihm von Menschenhand vorgegeben wurde,¹¹ sondern kreiert selbstständig Antworten auf bis dato unbekannte Fragen. Diese, das menschlichen Denken imitierende Tätigkeit verbleibt allein als Anwendungsbereich der KI. Viele mit dem Siegel „KI“ etikettierte Programme gehören vor diesem Hintergrund eher in den Bereich der Digitalisierung. Der Anwendungsbereich von KI nach dem vorher skizzierten technischen Verständnis ist daher derzeit erheblich geringer, als es den Anschein macht.

Im Folgenden soll noch vertiefter auf die technischen Grundlagen eingegangen werden. Dazu bedarf es Begriffserklärungen zu „Algorithmus“ (1.) und „Künstlicher Intelligenz“ (2.) sowie zu den beiden, mit KI verbundenen Begriffen „Maschinelles Lernen“ (a) und „Deep Learning“ (b). Auf diese Weise sollen der KI-Begriff und seine Implikationen entmystifiziert und die Basis für eine sachliche Befassung mit der Thematik geschaffen werden.

1. Algorithmus

Algorithmus beschreibt eine endliche Abfolge von formalen Arbeitsschritten in Form von Regeln (d.h. logischen Operationen und Anweisungen), die es ermöglichen, ein Ergebnis aus der anfänglichen Eingabe von Informationen zu erhalten. Einfach ausgedrückt sind Algorithmen automatisierte Verfahren, die nach vorab präzise definierten Schritten ablaufen, um ein konkretes Ergebnis zu erreichen. Algorithmen folgen dabei deterministischen Mustern, d.h. bei gleicher Eingabe erzielen sie dasselbe Resultat.¹² Legt man Algorithmen Da-

tenbestände zugrunde, so legen sie mittels statistischer Analyse Zusammenhänge zwischen Eingangs- und Ausgangswert offen, die dann als Grundlage für weitergehende Modelle (z.B. Prognosemodelle) genutzt werden können.

Gleichwohl liegt die praktische Schwierigkeit zentral darin, Aspekte der analogen Welt in Form eines Algorithmus darzustellen. Bereits vermeintlich einfache Aufgabenstellungen (z.B. Bilderkennung von Straßenschildern in Abgrenzung zur Umgebung sowie Klassifizierung dieser Schilder) erfordern die Programmierung komplexer Algorithmen. Bei Zugrundelegung eines hinreichend großen und gleichzeitig gekennzeichneten Datensatzes können Computer allerdings eine statistische Funktion erzeugen, um neue Eingangsdateien nach der trainierten Klassifikation entsprechend zuzuordnen.

Bildlich gesprochen stellen Algorithmen das Werkzeug dar, mit dem die Künstliche Intelligenz arbeitet.

2. Künstliche Intelligenz

Künstliche Intelligenz (KI) ist ein Teilgebiet der Informatik. Der Sammelbegriff, der auf die entsprechende Wortschöpfung aus einem Workshop am Dartmouth College in Hanover (New Hampshire) aus dem Jahr 1956 zurückgeht,¹³ bezeichnet das automatisierte Verhalten bzw. die Fähigkeit von Maschinen, mittels komplexer Algorithmen menschliches Entscheidungsverhalten „nachzuahmen“. Die Maschine trifft ihre Entscheidung nicht mehr aufgrund eines vorgegebenen Protokolls („wenn-dann“-Relation), sondern reaktiv aus einer nahezu endlos großen Menge an Möglichkeiten. Dadurch haben die Maschinen die Fähigkeit, kleinere Abweichungen von der Norm im Entscheidungsfindungsprozess mit einzu- beziehen und können auf diese Weise ein größeres Repertoire an Problemlösungen generieren. Die KI-Leistung, Daten und Informationen mittels Algorithmen zu analysieren, ist durch Autonomie charakterisiert. Das System hat also Fähigkeit, in unbekanntem (a priori nicht festgelegten) Rahmen im Sinne der festgelegten Zielsetzung zu agieren, indem es die neue Umgebung erfasst und das bisherige Know-How auf der Grundlage des neu generierten Umgebungswissen anpasst.¹⁴ Wesentliche Charakteristik von KI ist, dass diese Systeme durch die autonome Leistung zugrundeliegende Algorithmen eigenständig (d.h. ohne menschliches Zutun) anpassen können. KI-Systeme sind also in der Lage, selbstständig Algorithmen zu entwerfen oder bestehende Algorithmen zu verändern.

Innerhalb des Sammelbegriffs KI unterscheidet man zwischen schwacher und starker KI.¹⁵ Schwache KI bezeichnet

⁹ Vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/kuenstlich> (4.4.2020).

¹⁰ Vgl. dazu *Burgstaller/Hermann/Lampesberger* (Fn. 2), S. 4 ff.

¹¹ Nach diesem Maßstab ist freilich auch jede Sprechpuppe intelligent, weil sie vorab aufgenommene Sätze akustisch wiedergibt.

¹² *Burgstaller/Hermann/Lampesberger* (Fn. 2), S. 14.

¹³ *Burgstaller/Hermann/Lampesberger* (Fn. 2), S. 3.

¹⁴ *Yuan*, RW 2018, 477 (481); *Fateh-Moghadam*, ZStW 131 (2019), 863 (875 f., 878); a.A. hingegen noch *Hilgendorf*, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, S. 119 (120 Fn. 2), wonach Autonomie im technischen Sinne die Unabhängigkeit von menschlicher Eingabe im Einzelfall bedeuten soll.

¹⁵ Zur Unterscheidung zwischen schwacher und starker Künstlicher Intelligenz siehe *Burgstaller/Hermann/Lampesberger* (Fn. 2), S. 12 f.; *Gaede* (Fn. 4), S. 24; *Fateh-Moghadam*, ZStW 131 (2019), 863 (879); jeweils m.w.N.

die Fähigkeit des KI-Systems, sich fortzuentwickeln und zu „lernen“, allerdings nur bereichsspezifisch für das ihr zugewiesene Aufgabenprofil. Die meisten KI-Systeme entsprechen nach dem heutigen Stand der Technik der schwachen KI, sie treten daher nicht grundsätzlich in Konkurrenz zum Menschen, sondern unterstützen ihn in seiner Effizienz und Leistungsfähigkeit.¹⁶ Eine starke KI hingegen ist in der Lage, außerhalb ihres zugewiesenen Aufgabenprofils zu operieren, was ihre Einsatz- und Entwicklungsmöglichkeiten nahezu kaum begrenzen lässt. Da der Zenit einer solchen starken KI die Entwicklung eines eigenen Bewusstseins darstellt, würden solche KI-Systeme tatsächlich in Konkurrenz mit dem Menschen treten.¹⁷

a) Machine Learning

KI basieren auf autonomen Systemen, deren Leistungsfähigkeit über die linearen „Wenn-dann-Verfahren“ hinausgehen. Maschinelles Lernen beschreibt hierbei¹⁸ die Fähigkeit von KI-Systemen, auf der Grundlage großer Datenmengen die zugrundeliegenden Algorithmen einerseits zu entwickeln und diese andererseits zu trainieren, um im Rahmen der bereits vorhandenen Datenauswertung Assoziationen für die Zukunft herzustellen.¹⁹ Unterschieden werden dabei bisweilen fünf verschiedene Analyseformen von Datensätzen, nämlich Klassifizierung (nach Attributen), Regression (statistische Untersuchung der Beziehung zwischen Variablen), Segmentierung (Einteilung der Daten in Gruppen oder Clustern nach ähnlichen Eigenschaften), Assoziation (Offenlegung von Korrelationen zwischen verschiedenen Attributionen) und Sequenzen (Offenlegung von Sequenzen oder Episoden im Datensatz, um Assoziationen oder Muster im Laufe der Zeit zu erkennen).²⁰ Zentrale Bedeutung kommt dabei der „Übersetzung“ von Informationen in eine für die Maschine verstehbare „Sprache“ zu. Hierfür gibt es verschiedene Ansätze, wobei – soweit ersichtlich – der sog. Argument-Based-Machine-

Learning-Zugang für den Rechtspflegebereich überaus vielversprechend erscheint.²¹

Einsatzgebiete maschinellen Lernens anhand großer Datenmengen sind – vom Datenkontext abhängig – etwa Mustererkennung, Bildauswertung, Sprach-Text-Übertragung oder Prognosemodellerstellung. Der menschliche Einfluss auf die Programmierung bzw. das Training des Algorithmus variiert. Je nachdem, ob der Mensch in das maschinelle Training mittels Justierungen oder Korrekturen eingreift, wird zwischen überwachtem und unüberwachtem maschinellen Lernen unterschieden.²²

b) Deep Learning

Deep Learning beschreibt eine Methode des maschinellen Lernens, die derzeit überaus beeindruckende Ergebnisse gerade im Umgang mit unstrukturierten Daten bereithält, weshalb diese Technik insbesondere bei modernen Fahrzeugen oder Mobilgeräten eingesetzt wird.²³ Vorbild dieser Technik ist das menschliche Gehirn, das aus Milliarden von Nervenzellen besteht und durch Lernen Verbindungen (Synapsen) zwischen diesen Zellen aufbaut oder abschwächt. Deep Learning versucht, diesen biologischen Vorgang in die Technik zu übertragen.²⁴

Die Charakteristik „Deep“ leitet sich aus dem Umstand ab, dass das Computersystem die Datenverarbeitung mittels einer (bildlich gesprochen) schichtweisen, tiefergehenden Hierarchie-Bildung vornimmt. Deep-Learning-Systeme lassen sich insofern als künstliche neuronale Netze skizzieren.²⁵ Die Daten durchlaufen die algorithmische Anwendung in mehreren Phasen. Ergebnisse der ersten Phase maschinellen Lernens werden hierarchisch gestalteten Wertungsprozessen zugeordnet, um dann abermals Prozessen des maschinellen Lernens zugeführt zu werden, in denen die Informationen des vorherigen Prozesses weiterverarbeitet werden. So trainiert der Algorithmus nicht nur auf Basis einer Datengrundlage (Ausgangsdaten), sondern evaluiert und justiert auch die internen Parameter, um auf dieser neuen Grundlage den Datenbestand abermals zu trainieren und so eine qualitative Verbesserung zu entwickeln. Durch das mehrschleifige Verfahren werden die Ausgangsmerkmale von Daten und Algorithmen zunehmend abstrakter.²⁶ Über die „Verselbstständigung“

¹⁶ Nach Burgstaller/Hermann/Lampesberger (Fn. 2), S. 13, verwendet schwache KI zur Problemlösung Verfahren aus der Mathematik, Informatik und Statistik.

¹⁷ Nach Burgstaller/Hermann/Lampesberger (Fn. 2), S. 13, weist starke KI höhere intellektuelle Fähigkeiten wie „logisches Denken, strategisches Planen, Lernen, Entscheiden unter unsicherer Informationslage und die ständige flexible Kombination dieser Fähigkeiten“ auf.

¹⁸ Burgstaller/Hermann/Lampesberger (Fn. 2), S. 13, betonen, dass Maschinelles Lernen historisch als KI-Teilgebiet eingeordnet war, sich inzwischen jedoch zu einer ebenbürtigen Disziplin entwickelt hat.

¹⁹ Zusammenfassend bei Burgstaller/Hermann/Lampesberger (Fn. 2), S. 15: „Maschinelles Lernen konzentriert sich auf generalisierende Lernverfahren, deren Modelle die Fähigkeit besitzen, für noch nie gesehene Inputs einen Output vorherzusagen.“ Vgl. auch Beck, ZIS 2020, 41 (44); McClendon/Meghanathan, MLAIJ 2 (2015), 1 (3); sowie ausführlich Danks, in: Frankish/Ramsey (Hrsg.), The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence, 2012, S. 151.

²⁰ Burgstaller/Hermann/Lampesberger (Fn. 2), S. 16 f.; McClendon/Meghanathan, MLAIJ 2 (2015), 1 (4 ff.).

²¹ Možina/Žabkar/Bench-Capon/Bratko, Artificial Intelligence and Law 13 (2006), 53; zum Forschungsschwerpunkt „explainable Artificial Intelligence“ (erklärbare KI) vgl. statt vieler Lepri/Oliver/Letouze/Pentland/Vinck, Philosophy & Technology 2018, 611 ff. m.w.N.; Cornelius, ZIS 2020, 51 (56 f.); Thielges, ZfP 67 (2020), 1 (7).

²² Cornelius, ZIS 2020, 51 (63); Burgstaller/Hermann/Lampesberger (Fn. 2), S. 17 ff., mit weiteren Differenzierungen.

²³ Burgstaller/Hermann/Lampesberger (Fn. 2), S. 21.

²⁴ Burgstaller/Hermann/Lampesberger (Fn. 2), S. 20; Cornelius, ZIS 2020, 51 (52 m.w.N.).

²⁵ Goel/Davies, in: Sternberg/Kaufman (Hrsg.), The Cambridge Handbook of Intelligence, 2012, S. 468 (474); Quarck, ZIS 2020, 65.

²⁶ LeCun/Bengio/Hinton, Nature 2015, 436.

gung“ der Algorithmen im Deep-Learning-Prozess wird die Datenverarbeitung nicht mehr rekonstruierbar, die Entstehungsweise der maschinellen Entscheidung kann (wenn überhaupt) nur eingeschränkt validiert bzw. verifiziert werden.

III. Anwendungsfelder in der Strafrechtspflege

Mit Blick auf das vorher dargelegte technische Begriffsverständnis von Künstlicher Intelligenz, wonach es sich um maschinelle Selbstlernfähigkeiten handelt, die jenseits der Ausgangs- bzw. Trainingsdaten neue Problemfelder automatisch erfassen und diese einer Bewertung zuführen können,²⁷ wird klar, dass deren Anwendungsbereich nach dem heutigen Stand der Technik eng ist. Das zeigt die nachfolgende Analyse von digitalen Hilfsmitteln und Algorithmen für Strafverfolgungsbehörden.

Dazu wird ein systematischer Überblick zu den Einsatzfeldern von digitalen Anwendungen in der Strafrechtspflege gegeben. Die Systematik folgt den chronologischen Gesichtspunkten des Strafverfahrensrechts. Beginnend mit sicherheitspolizeilichen Aspekten (1.) werden Einsatzmöglichkeiten im Ermittlungs- (2.) und Hauptverfahren (3.) besprochen, um schließlich auf die im Schrifttum überaus umstrittene Anwendung im Bereich der Gefährlichkeitsprognose einzugehen (4.).

1. Kriminalitätsprognosen

Ein praktischer Schwerpunkt beim Einsatz digitaler Anwendungen in der Strafrechtspflege ist der Bereich von Kriminalitätsprognosen. In der Fachliteratur hat sich dazu der englische Terminus predictive policing (vorhersagebasierte Polizeiarbeit) durchgesetzt.²⁸ Im Wesentlichen geht es dabei um die Analyse von Detailinformationen aus Polizeiakten, namentlich Daten zu Personen und ihren Merkmalen (im Rahmen von personenbezogenen Verfahren) und/oder Daten zu Tatzeit und -ort (im Rahmen von raumbezogenen Verfahren). Ziel dieser Analysen ist es, die Steuerung von Polizeieinsätzen im Hinblick auf künftige Straftaten effizienter zu gestalten.²⁹ Den Algorithmen liegen dabei unterschiedliche krimi-

nal-soziologische Annahmen zugrunde. Ein Beispiel für eine solche Annahme ist der Near-Repeat-Ansatz,³⁰ wonach bei bestimmten Verbrechenarten (z.B. Wohnungseinbruchsdiebstahl) berechenbare Muster vorhanden sind, weil professionelle Serientäter durch ihre rationale Opferauswahl und Kosten/Nutzen-Abwägung wiederkehrende Handlungsmuster aufweisen, weshalb durch hinreichende Auswertung personenbezogener und ortsbezogener Daten eine Kriminalitätsprognose möglich wird.

Im Folgenden sollen zwei Beispiele der Kriminalitätsprognose dargelegt werden: Die Hot-Spot-Identifikation gehört zu den raumbezogenen Verfahren, das Crime-Linking basiert hingegen auf personenbezogenen Verfahren.

a) Hot-Spot-Identifikation

Die Sicherheitskräfte greifen auf Algorithmen zurück, um aus den zu Verfügung stehenden Daten geografische Muster zu erstellen, in denen statistisch gesehen eine höhere Kriminalitätsrate anfällt. Anhand von vergangenheitsbezogenen Daten sollen statistische Zusammenhänge erhoben werden, um etwaige Muster zu identifizieren.

Nach erfolgter Identifikation derartiger Kriminalitätsmuster kann auf Basis des Algorithmus nicht nur ein entsprechender Hot-Spot identifiziert werden, an welchen Orten zu gewissen Zeiten eine statistisch relevante Häufigkeit von Straftaten auftaucht. Vielmehr sind die Algorithmen in der Lage, eine zukünftige Kriminalitätsprognose im Sinne einer Echtzeitwarnung zu generieren, sodass Polizeikräfte die Auskunft darüber erhalten, dass zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt die Wahrscheinlichkeit des Begehens eines Verbrechens statistisch hoch ist. Dementsprechend können personelle Ressourcen der Polizei präventiv am „chronischen“ Kriminalitätsbrennpunkt platziert werden.³¹

Ein bereits etabliertes System, das in mehreren US-amerikanischen Städten praktische Anwendung findet, ist das System RTM (Risk Terrain Modeling).³² Es handelt sich hierbei um einen Algorithmus, der durch Auswertung verschiedener, auf kriminalitätsbegünstigende Faktoren bezogener Daten geographisch Orte identifiziert, um so eine statistische Vorhersage über die Begehung von Drogendelikten zu

²⁷ Vgl. auch Gaede (Fn. 4), S. 19 f.

²⁸ Vgl. etwa Gless, in: Herzog/Schlothauer/Wohlers/Wolter (Hrsg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte: Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, 2016, S. 165; Rademacher, AöR 142 (2017), 366 (368 ff., 391: der Autor beschreibt das Phänomen als „Verfahren automatisierter Gefahrverdachtserkennung“); Singelstein, NStZ 2018, 1; Rostalski, GA 2019, 481 (482 f.); Bode/Seidensticker (Hrsg.), Predictive Policing, Eine Bestandsaufnahme für den deutschsprachigen Raum, 2020.

²⁹ Für einen Überblick über den Einsatz von Predictive Policing in der Schweiz siehe Egbert/Krasmann, Predictive Policing, Eine ethnographische Studie neuer Technologien zur Vorhersage von Straftaten und ihre Folgen für die Polizeiliche Praxis, 2019, S. 35, abrufbar unter:

<https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sowi/professuren/hentschel/forschung/predictive->

[policing/egbert-krasmann-2019-predictive-policing-projektabschlussbericht.pdf](https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sowi/professuren/hentschel/forschung/predictive-policing/egbert-krasmann-2019-predictive-policing-projektabschlussbericht.pdf) (4.4.2020); für Deutschland siehe die Studie auf S. 27 ff. sowie jene von Seidensticker/Bodel Stoffel, Predictive Policing in Germany, 2018, S. 2 m.w.N., abrufbar unter <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-2-14sbvox1ik0z06> (4.4.2020).

³⁰ Vgl. Singelstein, NStZ 2018, 1 (2 Fn. 9) m.w.N.

³¹ Singelstein, NStZ 2018, 1 (2 ff.), sieht in Predicting Policing erhebliches Entwicklungspotential, das gerade auch im behördlichen Umgang mit Kriminalität fruchtbar zu machen ist. Gleichwohl macht der Autor auf verschiedene Risiken aufmerksam, etwa die Verdrängung und Verlagerung von Kriminalität oder das Ausnutzen von systembedingten Schwachstellen durch versierte Täter, aber auch die Verzerrung.

³² <http://www.riskterrainmodeling.com/> (4.4.2020).

geben (sog. crime mapping). Kern dieser Vorhersage sind die Daten, mit denen der Algorithmus arbeitet. Es handelt sich hierbei um Größen wie das Vorhandensein schlechter oder nicht-funktionierender Straßenbeleuchtung, die Umgebung von Geldautomaten, Wechselstuben, Parkplätzen, Schulen oder die räumliche Nähe von Nachtclubs, Haltestellen des ÖPNV, Bahnhöfen, Kreuzungen von Hauptverkehrsadern. Durch die Verbindung der Kriminalstatistik mit derartigen geografischen Daten wurde in einigen großen Städten eine Karte angelegt, um die Hot Spots des Drogenhandels zu identifizieren und eine statistische Aussage darüber zu erhalten, wo das Risiko des Drogenhandels hoch ist. Diese Information beeinflusst die kriminalpräventive Strategie der Polizei.

Ein ähnliches System, das aus einem Forschungsprojekt der UCLA und dem Los Angeles Police Department hervorgeht und bereits seit mehreren Jahren in den USA und in Großbritannien operativ ist,³³ ist PredPol (kurz für: Predictive Policing).³⁴ PredPol nutzt einen Algorithmus, der verschiedene kriminalstatistische Datensätze miteinander verknüpft, nämlich die Art, den Ort und den Zeitpunkt der Straftat. Auf dieser Grundlage errechnet der Algorithmus die statistische Wahrscheinlichkeit, in welchen örtlichen Gebieten die Begehung spezifischer Straftaten wahrscheinlich ist. Die Software, die nunmehr von einer privaten Firma in Kalifornien entwickelt wird, gilt nicht nur als wirtschaftliches Erfolgsmodell, sondern weist nach Angaben des Unternehmens durchaus beeindruckende kriminalistische Erfolge aus.³⁵

Derartige Systeme finden inzwischen auch in Europa Anwendung. So wird in Italien seit kurzem die von der Polizeipräfektur Neapel (unter der Federführung von *Elia Lombardo*) in Kooperation mit zwei Universitäten entwickelte Software XLaw in zahlreichen Polizeidirektionen eingesetzt. Der Algorithmus basiert demnach auf der Annahme, dass bestimmte Verbrechen gegen das Vermögen örtlich und zeitlich wiederkehren, weshalb die Software Polizeiberichte nach kriminellen Mustern durchsucht, um auf diese Weise Prognosen zu erstellen, wo und wann eine Tatbegehung wahrscheinlich ist.³⁶

In Deutschland, aber auch in einigen Gebieten der Schweiz, nutzen die Sicherheitskräfte die Software Precobs (kurz für: Pre Crime Observation System), welche durch das Institut für musterbasierte Prognosetechnik in Oberhausen entwickelt wurde. Die Grundidee basiert auch auf der Beobachtung, dass auf gewisse Straftaten (insbesondere Wohnungseinbrüche) in zeitlicher und räumlicher Nähe Folgetaten auftreten, oft durch dieselben Täter(gruppen). Auf Basis dieser Annahmen und unter Heranziehung entsprechender

Polizeidaten erhebt die Software Daten über jene Orte, in denen das Begehen einer Folgetat wahrscheinlich ist.³⁷

b) Crime Linking

Eine andere Art der Kriminalitätsprognose lässt sich unter dem Oberbegriff crime linking zusammenfassen. Hier geht es um die Verknüpfung von geschehenen Straftaten mit bestimmten (bereits identifizierten oder noch zu identifizierenden) Individuen mit dem Ziel der Vorhersage, wo und wann diese Individuen das nächste Verbrechen begehen. Im Zentrum dieser algorithmenbasierten Analyse stehen also Serientäter mit ihren wiederkehrenden Charakteristika bei der Tatbegehung.

In Großbritannien findet etwa das System HART (kurz für: Harm Assessment Risk Tool) Anwendung, welches von einer Forschungsgruppe an der Universität Cambridge entwickelt wurde.³⁸ Zweck der Software ist es, Personen nach verschiedenen Risiken für die zukünftige Straftatenbegehung zu klassifizieren. Dazu nutzt der Algorithmus von der Polizei in Durham gesammelte Daten, unter Berücksichtigung von Faktoren wie Vorstrafen, Fluchtrisiko und Schwere des aktuellen Verbrechens. Damit soll der Algorithmus den Sicherheitskräften bei der Entscheidung helfen, wie lange der Gewahrsam eines Verdächtigen dauert bzw. ob eine Freilassung auf Kautions vor oder erst nach der Anklageerhebung gewährt wird.

In Italien wurde durch die Mailänder Polizeidirektion (unter Leitung von Mario Venturi) eine Software namens KeyCrime entwickelt.³⁹ Der Grundidee des Algorithmus lag die Beobachtung zugrunde, dass eine Vielzahl von Raubüberfällen durch dieselben Täter begangen wird. Die Charakteristika dieser Taten werden individuellen Tätern zugeordnet, um auf diese Weise eine Prognose über Ort, Zeit und Art der zukünftigen Tatbegehung zu erstellen.⁴⁰

2. Ermittlungsverfahren

Im Gegensatz zum polizeilichen Sicherheitsrecht stellt das Ermittlungsverfahren diametral andere Anforderungen an die digitale Anwendung „künstlich intelligenter“ Systeme. Bei der präventiven Gefahrenprognose sind Datenmenge und -inhalte frei durch die Ermittler determinierbar. Oft werden daher bereits vorhandene Informationen in Prognosealgo-

³³ *Singelstein*, NStZ 2018, 1 (2 f.).

³⁴ <https://www.predpol.com/> (4.4.2020).

³⁵ Vgl. die Angaben der Testimonials unter <https://www.predpol.com/testimonials/> (4.4.2020).

³⁶ *Lombardo*, *Sicurezza 4P*, *Lo Studio alla base del software XLaw per prevedere e pervenire i crimini*, 2019; vgl. *Di Gennaro/Lombardo/Marselli/Spina*, in: *Di Gennaro/Marselli* (Hrsg.), *Criminalità e sicurezza a Napoli. Secondo rapporto*, 2017, S. 175 (200 ff.).

³⁷ Zur Funktionsweise von Precobs, aber auch zur Wirksamkeit des Programms siehe die Evaluationsstudie des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrechts: *Gerstner*, *Predictive Policing als Instrument zur Prävention von Wohnungseinbruchdiebstahl*, *Evaluationsergebnisse zum Baden-Württembergischen Pilotprojekt P4*, 2017, S. 19 ff.; vgl. auch *Singelstein*, NStZ 2018, 1 (1 f.); sowie ausführlich zu den deutschen Politprojekten *Rademacher*, *AöR* 142 (2017), 366 (369 ff.).

³⁸ Vgl. *Oswald/Grace/Urwin/Barnes*, *Information & Communications Technology Law* 27 (2018), 223 (227 f.) m.w.N.
³⁹ <https://www.keycrime.com/> (4.4.2020).

⁴⁰ *Akhgar/Saathoff/Arabnia/Hill/Staniforth/Bayerl*, *Application of Big Data for National Security*, 2015, S. 246.

rithmen eingegeben. Im Ermittlungsverfahren hingegen zwingt der Legalitätsgrundsatz (§ 152 Abs. 2, § 160 StPO) die Behörden zur umfassenden Analyse des gesamten Untersuchungsmaterials, zur Bestimmung oder Wiederlegung des Anfangsverdacht. Je nach Tatvorwurf ist es leicht vorstellbar, dass sich Staatsanwälte und Strafverteidiger enormen Datenbergen gegenübersehen, die es abzutragen gilt. Folglich ist das Aufgabenprofil einer digitalen Ermittlungssoftware im Bereich des Ermittlungsverfahrens nicht die Datengenerierung (wie bei der Prognose), sondern die Datenreduktion.

a) Datenreduktion

Wie eine solche Ermittlungssoftware eine sinnvolle Datenreduktion vornehmen kann, zeigt ein Forschungsprojekt des Justizministeriums Nordrhein-Westfalen, das gemeinsam mit der Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime NRW (ZAC NRW), im Sommer 2019 vorgestellt wurde. Die Software soll mit Hilfe von „Künstlicher Intelligenz“⁴¹ den Kampf gegen Kinderpornographie unterstützen.⁴²

Hintergrund dieses Forschungsvorhabens ist der Umstand, dass bei der Ermittlung gegen die Verbreitung von kinderpornographischen Inhalten im Internet Untersuchungsmaterial in unvorstellbaren Mengen⁴³ anfällt, das derzeit noch manuell (d.h. von Ermittlern) gesichtet werden muss. Die strafrechtlich relevanten Daten gehen wie die Nadel im Heuhaufen harmloser Bilddateien unter. Vor dem Hintergrund der enormen psychischen Belastung, der Beamte bei der Sichtung und Auswertung der Bilder⁴⁴ ausgesetzt sind, leuchtet es schnell ein, dass die manuelle Ermittlung sowohl in zeitlicher⁴⁵ als auch in personeller⁴⁶ Hinsicht wenig zweckmäßig erscheint.

In Kooperation mit Experten aus verschiedenen Branchen wurde daher ein Algorithmus entwickelt, der harmlose Bilder

von kinderpornografischem Material unterscheiden kann.⁴⁷ Durch die digitalisierte Vorermittlung erhoffen sich die Justizbehörden zum einen eine erhebliche Beschleunigung der Datenauswertung, zum anderen soll die Datenmenge auf die strafrechtlich relevanten Bilddateien reduziert werden. Der reduzierte Datensatz kann dann abschließend von menschlicher Hand analysiert werden. Diese automatisierte Vorerhebung gründet sich bereits auf einen entsprechenden Tatverdacht und fügt sich als zulässige beschleunigungsfördernde Unterstützung in die Tätigkeit der Justiz ein. Das Potential solcher digitalen Ermittlungsvorarbeiten ist, in einem Zeitalter der Digitalisierung mit immer zunehmenden Datenmassen evident, aber erscheint letztlich auch unumgänglich.

b) Folgefragen

Das volle Potential derartiger Systeme kann aber nur genutzt werden, wenn die Ermittlungsmaßnahme auf einem dafür vorbereiteten festen Rechtsfundament mit klaren Regeln für den Einsatz und die Verwendung aufbaut. Ist das – wie derzeit – nicht der Fall, droht die Arbeitsentlastung in einer zum Teil nicht absehbaren Flut von Folgeproblemen unterzugehen.

Das wird im folgenden Beispiel deutlich. Neben datenschutzrechtlichen Bedenken im Rahmen der Entwicklung der Bildbearbeitungssoftware aus NRW stellt sich die Frage, ob und wie weit die Weiterleitung der Daten zur Analyse an Drittunternehmen, als Verbreitung und Besitz kinderpornografischer Schriften unter die §§ 184b ff. StGB fällt. Gelöst wurde das Problem im konkreten Fall durch eine starke Komprimierung der Bilddateien, sodass die Bilder zwar für das Bilderkennungsprogramm verwertbar, für den Menschen aber nicht mehr erkennbar waren und die Rückbearbeitung in den Urzustand unmöglich gemacht wurde.⁴⁸

3. Hauptverfahren

Über die tatsächliche Anwendung von Algorithmen im Hauptverfahren, nämlich zur Beweiserhebung oder zur richterlichen Entscheidung, gibt es aktuell keine gesicherten Informationen. Im Zuge dieser systematischen Darstellung ist gleichwohl auf die dortigen Herausforderungen und Probleme einzugehen, wie sie sich bei einer algorithmenbasierten Unterstützung der richterlichen Tätigkeit ergeben.

a) Beweiserhebung

Im Bereich der Hauptverhandlung stellt sich die Frage, wie die Ergebnisse des digitalisierten Ermittlungsverfahrens Ein-

⁴¹ Wie genau die Software funktioniert, ist unklar. Davon hängt es aber ab, ob die Software in den Bereich digitale Ermittlung oder echte Künstliche Intelligenz fällt. Von letzterem wird man nur dann sprechen können, wenn die Software selbstständig neue Parameter zur Bilderkennung generiert und nicht vorgegebenen Input prüft.

⁴² MMR-Aktuell 2019, 419673; weiterführend zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf das Ermittlungsverfahren *Schneider*, ZIS 2020, 79 (80 ff.).

⁴³ Die Pressemitteilung spricht von einer Datenmenge von rund drei Petabyte, was 1.024 Terabyte bzw. 1.048.576 Gigabyte entspricht.

⁴⁴ welt.de v. 1.11.2019, abrufbar unter <https://www.welt.de/regionales/nrw/article202822224/Seelso-rger-ueber-Kindesmissbrauch-Tonspur-kaum-auszuhalten.html> (4.4.2020).

⁴⁵ Als Beispiel: Wenn sich 100 Mitarbeiter hauptberuflich 40 Stunden pro Woche ohne Urlaub der Bilder widmen würden, würden sie für die Auswertung mehr als sechs Jahre benötigen.

⁴⁶ Hier geht es nicht nur um die organisatorischen personellen Kapazitäten. Vielmehr sind der enorme Stressfaktor und die psychische Belastung der Mitarbeiter durch den kinderpornographischen Inhalt auch mit zu bedenken.

⁴⁷ Vgl. Pressemitteilung von Microsoft Deutschland v. 5.8.2019, abrufbar unter

<https://news.microsoft.com/de-de/ki-im-einsatz-gegen-kinderpornografie/> (4.4.2020).

⁴⁸ *Holzki*, Handelsblatt v. 5.8.2019, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/technik/forschung-innovation/cyberkriminalitaet-mit-kuenstlicher-intelligenz-will-die-justiz-kinderpornografie-bekaempfen/24871714.html?ticket=ST-16416080-CiQMgjsjRIQQQU6NSgU-ap4> (4.4.2020).

gang in ein rechtsförmiges Hauptverfahren finden. Für die Beantwortung dieser Frage ist vom Unmittelbarkeitsgrundsatz auszugehen. Der in der Gesamtschau der §§ 244 Abs. 2, 250 S. 2 und § 261 StPO normierte Unmittelbarkeitsgrundsatz verlangt, dass das richterliche Urteil auf Tatsachen gründet, die aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung erhoben wurden. Dies setzt in seinem formellen Gehalt nicht nur voraus, dass der Richter über die Dauer der Hauptverhandlung physisch anwesend ist, sondern auch, dass der Richter die Beweise inhaltlich unmittelbar selbst wahrnehmen kann.⁴⁹

Dies ist jedoch bei digitalen und elektronischen Beweismitteln problematisch, weil nicht das Beweismittel selbst – also etwa die Urkunde –, sondern dessen vermeintlicher Inhalt in Form einer elektronischen Kopie zum Beweisgegenstand wird. Seit der Neufassung des § 249 Abs. 1 S. 2 StPO sind zwar auch elektronische Dokumente „Urkunden“, soweit sie verlesbar sind, sodass man meinen könnte, man wäre für die digitale Zukunft gut gerüstet. Das Problem bleibt indes für andere digitale Beweismittel, alles nicht Verlesbare, bestehen. Wie diese Beweismittel in das Hauptverfahren eingeführt werden können, ist daher noch unklar.

b) Richterliche Entscheidung

Aus einer ex-post-Perspektive generieren sich richterliche Entscheidungen in einem arithmetisch binären⁵⁰ und damit letztlich zwingenden Ergebnis. Denn die konkreten Tatbestandsvoraussetzungen liegen entweder vor oder nicht. Nicht von ungefähr sehen manche die Juristerei als ein großes Ordnungssystem, bei dem man „nun wirklich selten denken müsse“, welches man „leicht durchrattern“ könne und das schon jetzt durch Computersysteme zu vernünftigen Antworten auf juristische Fragen komme.⁵¹

Wer aber mit Montesquieu und Weber den Richter als Subsumtionsautomaten abtut, verkennet die Weisheit, dass man sich vor Gericht und auf Hoher See allein in Gottes Hand befindet. Mag das Ergebnis richterlicher Entscheidung ex post betrachtet noch so klar und eindeutig sein – die Tatbestandsvoraussetzungen selbst, im Strafprozess insbesondere das Maß der Schuld, die letztlich über die Sanktionsfolge entscheidet, sind gerade nicht mathematisch abgrenzbar und in einen binären Code überführbar, sondern an vielen Stellen Ausdruck richterlichen Ermessens, eines nicht greifbaren Judizes⁵² im Einzelfall. Die richterliche Glaubwürdigkeitsbewertung von Beschuldigten-, Opfer- oder Zeugenaussagen verlangt ein Repertoire menschlicher Fähigkeiten und Ein-

fühlungsvermögen, deren Erwerb durch ein KI-System aus heutiger Sicht nicht vorstellbar ist.⁵³ Die vollständige Ausgliederung (straf-)gerichtlicher Entscheidungen, mit all ihren politischen, soziologischen, philosophischen und wirtschaftlichen Zusammenhängen, auf KI-basierte Systeme⁵⁴, erscheint daher bislang nur im Film denkbar.⁵⁵ In jedem Fall aber fehlt dem Algorithmus das Verständnis für den Inhalt der Entscheidung. Auch wenn letztlich die Frage nach dem Ersatz des menschlichen Richters durch Künstliche Intelligenz⁵⁶ jedenfalls für kleinere unproblematische Sachverhalte nicht mehr eine rein hypothetische ist, wie etwa das Beispiel Estlands zeigt,⁵⁷ steckt diese Entwicklung zumindest in Europa⁵⁸ noch weithin in den Kinderschuhen.

Aus heutiger Sicht lassen sich nur sehr enge Bereiche der richterlichen Entscheidung vorstellen, in denen Algorithmen für eine Entscheidungsfindung zur Anwendung kommen können. Zentral ist dabei, dass sich die Informationen binär übersetzen lassen. Soweit ersichtlich, wurde dies lediglich bei der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) versucht, wo es Forschern gelang, entsprechende Gerichtsentscheidungen vorherzusagen.⁵⁹ Es liegt somit nahe, dass sich in diesem Bereich ein mögliches, wenngleich überaus enges Anwendungsfeld für Algorithmen eröffnet. Denkbar wäre etwa die algorithmenbasierte Berechnung der Entschädigungshöhe wegen überlanger Verfahrensdauer nach Art. 6 EMRK, da die relativen Parameter von Verfahrensart, Verfahrensdauer, Anwendung von Untersuchungshaft, Dauer der Freiheitsentziehung u.a. in Bezug auf die Entschädigungshöhe aufgrund der vorhandenen Datensät-

⁵³ Vgl. *Schwintowski*, NJOZ 2018, 1601 (1604); *Fateh-Moghadam*, ZStW 131 (2019), 863 (870).

⁵⁴ *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (956 f.).

⁵⁵ *Gless/Wohlers* (Fn. 52), S. 149 f.

⁵⁶ Instruktiv *Gless/Wohlers* (Fn. 52), S. 147 ff.; sowie *Enders*, JA 2018, 721 (723 ff.).

⁵⁷ In Estland sollen demnächst kleine Rechtsstreitigkeiten mit einer Schadenssumme von maximal 7.000 EUR durch einen KI-basierten Algorithmus entscheiden, wobei das Urteil im Zuge des Rechtsmittelweges vor einem menschlichen Richter beanstandbar wäre, vgl. Der Standard v. 3.4.2019, <https://www.derstandard.at/story/2000100613536/justiz-estland-will-richter-durch-kuenstliche-intelligenz-ersetzen> (4.4.2020).

⁵⁸ So antwortete der Präsident des US Supreme Court John Roberts im Jahr 2017 auf die Frage, wann denn Maschinen mit Künstlicher Intelligenz bei der Suche nach Tatsachen im Gerichtssaal oder sogar bei gerichtlichen Entscheidungen helfen können, dass dieser Tag bereits hier ist und eine erhebliche Herausforderung für die Justiz darstellt: vgl. *Liptak*, The New York Times v. 1.5.2017, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html> (06.12.2019).

⁵⁹ *Aletras/Tsarapatsanis/Preojuic-Pietro/Lampos*, *PeeJ Computer Science* 2016, 2 (8, 11); vgl. dazu *Rauchegger*, in: *Burger/Palmsdorfer/Prickartz/Weber/Weiser/Weismann* (Hrsg.), *Recht und Sprache*, 2019, 23 (31 f.).

⁴⁹ Statt vieler vgl. *Kreicker*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, 2016, Bd. 2, § 250 Rn. 1 ff.

⁵⁰ Also durch die Zahlenabfolge „1“ oder „0“ im Sinne von „ja“ oder „nein“.

⁵¹ Zitat von David Precht unter Verweis auch auf Max-Weber, siehe *Gless/Wohlers*, in: *Böse/Schumann/Toepel* (Hrsg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, 2019, S. 147 (150 f.). Anwendungsbereich ist etwa die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Flugverspätungen: *Frese*, NJW 2015, 2090 (2092).

⁵² *Vogel*, *Juristische Methodik*, 1998, S. 175.

ze durchaus als Binärcode erfassbar sind und sich damit algorithmisch verarbeiten ließen. Dadurch wären Standardverfahren überaus schnell und effizient zu erledigen und die EGMR-Arbeitsauslastung entsprechend reduzierbar.

4. Gefährlichkeitsprognosen

Ein anderes Anwendungsfeld von Algorithmen konzentriert sich auf datenbasierte Analysen zur Unterstützung einer gerichtlichen Entscheidung über die vorzeitige Freilassung von Strafgefangenen bzw. Freilassung auf Kaution.

In der deutschsprachigen Straf- und Maßregelvollzugspraxis, nämlich unter anderem im Strafvollzug des Kantons Zürich, kommt die online-basierte Applikation FOTRES (Forensisches Operationalisierte Therapie-Risiko-Evaluations-System) zum Einsatz.⁶⁰ Das Programm wurde vom forensischen Psychiater *Frank Urbaniok* entwickelt. Auf der Grundlage von über 80 Risikoeigenschaften gibt die Anwendung eine spezifische Fallhypothese, um einerseits eine kriminalprognostische Aussage zu treffen und andererseits auch eine kriminal-therapeutische Strategie zu verfolgen.⁶¹

Gerade in der US-amerikanischen Strafrechtspflege ist seit mehreren Jahren ein deutlicher Trend zur Nutzung von empirischer Risikobewertung bei der Frage der Freiheitsentziehung beobachtbar.⁶² Hochkonjunktur haben dabei insbesondere Instrumente zur algorithmenbasierten Risikobewertung, welche feststellen, ob, bzw. unter welchen Bedingungen ein Angeklagter aus der Haft entlassen werden soll. Bereits 2007 empfahl das National Center for States Courts, auch in der Phase der Strafzumessung durch die Gerichte auf Risikobewertungen zurückzugreifen, die sich auf empirische Daten stützen.⁶³ Dementsprechend werden Gerichte in einigen staatlichen Vorschriften (etwa Kentucky⁶⁴, Ohio⁶⁵ oder Washing-

ton⁶⁶) ausdrücklich dazu angehalten, Risikobewertungen in die Entscheidungsfindung miteinfließen zu lassen. Inzwischen findet sich dieser Ansatz auch im Model Penal Code.⁶⁷ Überaus bekannt sind in den USA zwei KI-basierte Systeme, nämlich PSA und COMPAS.

Die Entwicklung des Programms PSA (Public Safety Assessment) wurde unter Federführung einer gemeinnützigen Organisation⁶⁸ mit dem Ziel entwickelt, den Richtern im konkreten Einzelfall eine wissenschaftsbasierte (und damit unparteiische) kriminalistische Prognose für die Wahrscheinlichkeit eines Bewährungsrückfalls an die Hand zu geben.⁶⁹ Der Algorithmus gleicht bestimmte Risikofaktoren der zu untersuchenden Person mit einer Datenbank ab, die über 1,5 Mio. Fälle aus 300 US-Gerichtsdistrikten beinhaltet. Die Analyse erstreckt sich auf neun Risikofaktoren, einschließlich Alter, Vorstrafenregister, frühere gerichtliche Vorladungen oder Anzeigen, wobei gleichzeitig weder geografische Herkunft noch Rasse⁷⁰ als Risikofaktor einfließt. Nach Durchführung der Risikoanalyse wird das Ergebnis auf einer sechsteiligen Skala mitgeteilt. Eine empirische Evaluation des Einsatzes von PSA hat etwa im Bundesstaat New Jersey gezeigt, dass die Entlassung auf Bewährung wesentlich zugenommen hat, wobei laut Statistik insbesondere jene Personen in den Genuss vorzeitiger Entlassungen kamen, die nicht wohlhabend waren.⁷¹ Studien aus anderen Bundesstaaten zeigen ähnliche Tendenzen, nämlich den Rückgang der Kautionsent-

⁶⁰ *Urbaniok*, FOTRES, Diagnostik, Risikobeurteilung und Risikomanagement bei Straftätern, 3. Aufl. 2016.

⁶¹ *Adams/Kury*, Forum Strafvollzug 2010, 81.

⁶² Nach dem Monitoring der National Conference of State Legislatures wurden zwischen 2012 und 2017 zahlreiche Gesetzesinitiativen geschaffen, die sich mit der Verwendung von Risikobewertungen im Zuge des Ermittlungsverfahrens auseinandersetzen: für den Zeitraum von 2012 bis 2014 siehe *Widgery*, Trends in Pretrial Release: State legislation, National Conference of State Legislatures, März 2015, S. 1, abrufbar unter

https://www.ncsl.org/portals/1/ImageLibrary/WebImages/Criminal%20Justice/NCSL%20pretrialTrends_v05.pdf; für den Zeitraum 2015 bis 2017 siehe den ergänzenden Bericht von April 2018, abrufbar unter

http://www.ncsl.org/portals/1/ImageLibrary/WebImages/Criminal%20Justice/pretrialEnactments_2017_v03.pdf (4.4.2020).

⁶³ *Garrett/Monahan*, University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2018-44, Juli 2018, S. 1 (12).

⁶⁴ Kentucky Revised Statutes, § 532.007 Abs. 3 lit. a: „[Sentencing Judges shall consider:] ... the results of a defendant's risk and needs assessment including in the presentence investigation“.

⁶⁵ Ohio Revised Code, § 5120.114, Abs. A: „The department of rehabilitation and correction shall select a single validated risk assessment tool for adult offenders.“ Dieses Tool soll laut Gesetzestext verschiedenen Institutionen, darunter auch den unicipal courts, common pleas courts, county courts in der Phase des Sentencing zur Verfügung stehen.

⁶⁶ Washington Revised Code RCW 9.94A.500, insbesondere Abs. 1 UAbs. 3: „The court shall consider the risk assessment report and presentence reports, if any, including any victim impact statement and criminal history“.

⁶⁷ *American Law Institute*, Model Penal Code: Sentencing, Proposed Final Draft v. 10.4.2017, S. 171 f.: „The [sentencing] commission shall develop actuarial instruments or processes to identify offenders who present an unusually low risk to public safety, but who are subject to a presumptive or mandatory sentence of imprisonment under the laws or guidelines of the state.“

⁶⁸ Laura and John Arnold Foundation, <https://www.arnoldventures.org/work/criminal-justice> (4.4.2020).

⁶⁹ <https://www.psapretrial.org/> (4.4.2020).

⁷⁰ Der Begriff Rasse wird hier aus dem englischen Sprachgebrauch „race“ übernommen, der dort – untechnisch – auf rein äußerliche Erscheinungsmerkmale abstellt und versteht sich nicht als biologische Determination mehrerer menschlichen Rassen, die es nach letzterem Verständnis gerade nicht gibt.

⁷¹ Vgl. den Evaluationsbericht von 2018, abrufbar unter <https://www.njcourts.gov/courts/assets/criminal/2018cjrannual.pdf?c=95Y> (4.4.2020).

lassungen und den Ausbau von Entlassungen auf Bewährung.⁷²

Der wohl berühmteste Algorithmus im Bereich der US-Strafrechtspflege ist COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), der von einem privaten Unternehmen bereits im Jahr 1998 entwickelt wurde und in der Strafpraxis weit verbreitet ist.⁷³ Zweck des Programms ist eine Risikobewertung, um die richterliche Entscheidung über die Unterbringung, Überwachung und Behandlung von Straftätern zu unterstützen. Die Risikobewertung fußt dabei (in seiner Grundkonfiguration) auf den Antworten zu 137 Fragen zu verschiedenen Themengebieten, etwa Vorstrafen und Vergehen, Gewaltvergangenheit, Umgang mit Kriminellen, Drogenmissbrauch, wirtschaftliche Schwierigkeiten, Schwierigkeiten in der allgemeinen und beruflichen Bildung, kriminelles familiäres Umfeld, sozialer Kontext, Freizeitgestaltung, Wohnsituation, soziales Umfeld, Persönlichkeitsfaktoren. Der Fragebogen wird entweder von der betreffenden Person selbst, oder anhand der Datenbanken von Polizei und Staatsanwaltschaft beantwortet. Der Fragebogen⁷⁴ erfasst nicht nur Vorstrafen des Betreffenden, sondern auch weitreichende Informationen über Familienangehörige (deren Vorstrafen bzw. Erkenntnisse über Alkohol- oder Drogenmissbrauch) und Umgang mit suspekten Freunden und Bekannten, Häufigkeit von Wohnort- und Beschäftigungswechseln, Aggressions- und Wutendenzen, Schulden und enthält schließlich sogar allgemein gehaltene Fragen wie „Hat eine hungrige Person das Recht zu stehlen?“, die der Betreffende mittels Zustimmung oder Ablehnung beantworten muss.⁷⁵

COMPAS verdankt seine Bekanntheit wohl zuvorderst den kritischen Stimmen aus dem Schrifttum zum Fall Loomis gegen Wisconsin (2016).⁷⁶ Der Angeklagte beanstandete vor dem Obersten Gerichtshof in Wisconsin die Höhe der gegen ihn ausgesprochenen Strafe, deren Berechnung auf der Anwendung des COMPAS-Algorithmus basierte. Dabei bean-

standete Loomis die mangelnde Transparenz zur Funktion des Algorithmus, zumal COMPAS bereits in der Vergangenheit wegen algorithmenhärenten Diskriminierungen nach Geschlecht oder „Rasse“ in der Kritik stand. Der Oberste Gerichtshof sprach in seinem Urteil zwar eine Warnung zur zukünftigen Verwendung von COMPAS aus, weil die Funktionsmechanismen von COMPAS unter das Berufsgeheimnis fielen, die Bewertungen des Programms nicht individuell, sondern auf Basis von Gruppenzugehörigkeiten bestimmt würden und daher ein Risiko bestehe, dass die Wahrscheinlichkeit der Straftatenbegehung von bestimmten ethnischen Minderheiten zu sehr gewichtet werde. Gleichwohl wurde das Rechtsmittel von Loomis deshalb verworfen, weil die Bewertungen von COMPAS für die Strafbemessung nicht entscheidend waren, da sie einer Überprüfung und Evaluierung durch einen menschlichen Richter zugeführt worden seien.

IV. Ausblick

Nach diesem Überblick über die bestehenden Einsatzfelder von Algorithmen wird klar, dass es sich hierbei nicht um ein Modethema handelt, sondern der Einsatz von KI möglicherweise sogar als Paradigmenwechsel in der Strafrechtspflege wahrzunehmen ist. Für die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit KI ist allerdings entscheidend zu hinterfragen, ob die jeweilige Anwendung tatsächlich der KI-Technologie zuzurechnen ist und nicht mit dem allgemeineren Begriff der Digitalisierung verwechselt wird. Vor diesem Hintergrund gilt es, die technischen Entwicklungen mit einer prinzipienorientierten Strafrechtswissenschaft konstruktiv-kritisch zu begleiten. Dazu gibt es bereits verschiedene Impulse auf europäischer Ebene (unter 1.). Diese sind allerdings um einige technische Überlegungen zu erweitern (unter 2.). Zum Schluss wird am Beispiel des Grundsatzes der Waffengleichheit kurz aufgezeigt (unter 3.), dass die Digitalisierung Neuorientierungen in der Dogmatik des Strafverfahrensrechts einleiten wird.

1. Prinzipienorientierte Entwicklungsimpulse auf europäischer Ebene

Auf europäischer Ebene gibt es gewichtige Impulse für Ansätze einer prinzipienorientierten Begleitung der technischen Entwicklungs- und Anwendungsmöglichkeiten von Künstlicher Intelligenz. So hat 2002 das Ministerkomitee des Europarats die Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz (CEPEJ) eingesetzt, die die Qualität der Rechtssysteme der Vertragsstaaten überwacht und prüft. Nachdem der Einsatz von KI in der Strafrechtspflege in der jüngeren Vergangenheit zugenommen hat und sich durchaus gewichtige Risiken für die Menschenrechte ergeben,⁷⁷ hat die CEPEJ am

⁷² Vgl. die Auswahl an wissenschaftlichen Evaluationen zu PSA unter <https://www.psapretial.org/about/research> (4.4.2020).

⁷³ Vgl. *Sommerer*, NK 2017, 147 (148 f.); *Steege*, MMR 2019, 715 (716), mit konkreten Anwendungsbeispielen von COMPAS.

⁷⁴ Der Fragebogen findet sich unter <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html> (4.4.2020).

⁷⁵ Vgl. das Handbuch von COMPAS unter <http://www.northpointeinc.com/downloads/compas/Practitioners-Guide-COMPAS-Core-031915.pdf> (4.4.2020).

⁷⁶ *Wisconsin S.C., State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749 (2016) = *Harvard Law Review* 2017, 1530; vgl. dazu das Schrifttum in Fn. 74; aus dem englischsprachigen Schrifttum etwa *De Miguel Beriain*, *Law, Probability and Risk* 2018, 45 (46 ff.); *Donohue*, *Harvard Journal of Law & Technology* 32 (2019), 657 (662 f., 664, 678); *Freeman*, *North Carolina Journal of Law & Technology* 2016, 75 (79 ff., 83 ff.); *Liu/Lin/Chen*, *International Journal of Law and Information Technology* 2019, 122 (126 ff., 129 ff.).

⁷⁷ Bereits im März 2018 wurde vom Europarat eine Studie unter dem Titel „Algorithms and Human Rights“ veröffentlicht, vgl. DGI (2017) 12, abrufbar unter <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5> (4.4.2020). Dort wurden unter dem Kapitel fair trial und due process bestimmte Bedenken vorwegge-

4. Dezember 2018 die Ethische Charta für den Einsatz von Künstlicher Intelligenz in Justizsystemen veröffentlicht.⁷⁸ Auf diese Weise sollen grundsatzgeleitete Rahmenbedingungen aufgezeigt werden, die der Politik, dem Gesetzgeber und der Justiz als Orientierungshilfe für den Einsatz von KI in nationalen Gerichtsverfahren dienen. Dabei geht CEPEJ davon aus, dass KI zwar zur Verbesserung der Effizienz und Qualität der Justizsysteme beitragen kann. Allerdings müssen menschenrechtliche Standards und Grundrechte, insbesondere jene der EMRK und des Europarats-Datenschutzübereinkommens⁷⁹, eingehalten werden. Die Charta ist zwar nicht rechtsverbindlich, doch enthält sie wichtige Impulse für eine prinzipiengeleitete Entwicklung für die Gesetzgeber, welche den normativen Regelungsrahmen für den Einsatz von KI-Instrumenten vorgeben.

Vor diesem Hintergrund enthält die Charta, der eine breite Studie zum bisherigen Einsatz von KI in den Rechtssystemen angehängt ist,⁸⁰ fünf Grundprinzipien, die für den Einsatz von KI im Justizwesen einzuhalten sind:

- Grundsatz der Achtung der Menschenrechte
- Grundsatz der Nichtdiskriminierung
- Grundsatz der Qualität und Sicherheit
- Grundsatz der Transparenz, Unabhängigkeit und Fairness
- Grundsatz der Gewährleistung menschlicher Intervention

Die meisten der fünf Grundsätze sind den Rechtsordnungen bereits länger bekannt, und doch erhalten sie durch den Einsatz von KI im Justizwesen eine besondere Bedeutung, wie dies in den Begleittexten zur Charta ersichtlich wird. Im Einzelnen soll der Verweis auf die Achtung der Menschenrechte sicherstellen, dass einerseits die Hersteller von Algorithmen ihre Produkte insbesondere im Lichte der Errungenschaften zur EMRK und zum Datenschutzübereinkommen des Europarats⁸¹ trainieren. Umgekehrt wird angeregt, dass die Justizsysteme ihre Entscheidungen im Rahmen der open data policy zur Verfügung stellen, um letztlich Kooperationsmöglichkeiten zwischen technischen Entwicklungen und rechtlichen Einsatzgebieten zu forcieren.⁸² Der Nichtdiskriminierungsgrundsatz nimmt die bisherigen Erfahrungen zum Einsatz von KI in den Fokus, in denen sich durch die Dateneingabe und -analyse Benachteiligungen von Gruppen oder Einzelpersonen ergeben haben. Damit betont die Charta die

nommen, auf die die Charta des CEPJ vom 4.12.2018 eine Antwort zu geben versucht.

⁷⁸ CEPEJ, European ethical Charter of the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, 2019, abrufbar unter

<https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (4.4.2020); vgl. dazu *Cornelius*, ZIS 2020, 51 (55).

⁷⁹ Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten (European Treaty Series Nr. 108).

⁸⁰ Vgl. CEPEJ (Fn. 79), S. 48 ff.

⁸¹ Vgl. Fn. 80.

⁸² CEPEJ (Fn. 79), Appendix I, S. 19 ff.

Bedeutung und Wichtigkeit einer Qualitätskontrolle des Datenursprungs. Der dritte Grundsatz von Qualität und Sicherheit weist inhaltliche Überschneidungen mit dem vorherigen Prinzip auf, weil er auf die Qualität der Algorithmen und der Ursprungsdaten abzielt. So muss für eine Prävention des Diskriminierungsrisikos nicht nur eine akkurate Datenauswahl erfolgen, sondern der Entscheidungsprozess auch im Nachhinein überprüfbar sein, um eine Qualitätssicherung zu gewährleisten. Doch darüber hinaus erfordert auch die Sensibilität justizieller Daten, dass entsprechende Sicherheitsmechanismen bei der Datenverwaltung beachtet werden, um Datenintegrität, aber auch den Zugriff auf die Daten im Sinne der rechtlich eingeräumten Möglichkeiten zu gewährleisten.⁸³ Der vierte Grundsatz zu Transparenz, Unabhängigkeit und Fairness zielt auf überaus wichtige Eckpfeiler des Strafverfahrens ab. Demnach sollen algorithmenunterstützte Verfahren zur Analyse von rechtlichen Daten zugänglich, verständlich und überprüfbar gestaltet werden. Die Charta fokussiert hier den Bereich der technischen Transparenz, nämlich die Übersetzung technischer Mechanismen, in eine allgemein verständliche Sprache, um den maschinellen Entscheidungsfindungsprozess nachvollziehbar zu machen. Damit klammert die Charta das für den Rechtsanwender herausfordernde Spannungsfeld von Transparenz zwischen legitimen Geheimhaltungsinteressen betrieblicher, geschäftlicher oder ermittlungstechnischer Natur und den Interessen auf Zugang zu automatisierten Entscheidungsfindungsprozessen aufseiten des Betroffenen aus. Von beträchtlichem Innovationspotential ist der Vorschlag der Charta, nicht näher konkretisierte unabhängige Behörden oder Experten institutionell zu verorten, welche a priori und wiederkehrend die technischen Anwendungen und Dienstleistungen im Justizbereich überprüfen, um den Grundsätzen Unabhängigkeit und Fairness entsprechend Rechnung zu tragen.⁸⁴ Beim letzten Grundsatz gerät das KI-System selbst in den Mittelpunkt, um sicherzustellen, dass die Rechtsanwender nicht durch KI-basierte Systeme bevormundet werden, sondern als informierte Personen die volle Kontrolle über ihre Entscheidungen haben. Die Computersysteme sollen demnach den unabhängigen Entscheidungsprozess des Anwenders derartiger Systeme nicht eingrenzen, sondern bereichern. Dieser Grundsatz enthält eine Vielfalt an Implikationen, die hier nur beispielhaft aufgezählt werden können. Um dieses Prinzip zur Anwendung zu bringen, bedarf es etwa nicht nur Schulungen der Strafrechtspflege zum Umgang mit derartigen Programmen, sondern auch eines wissenschaftlichen Austauschs innerhalb der Rechtswissenschaften bzw. eines interdisziplinären Dialogs zwischen Technik- und Rechtswissenschaften. So gilt es im Lichte der neuen Technologien zu erheben und interdisziplinär zu vermitteln, welchen Wert und welche Reichweite rechtskräftige Entscheidungen für ein neues Verfahren mit ähnlicher Sachlage haben. Nur wenn hier das Basiswissen gründlich erarbeitet und entsprechend vermittelt wird, kann ein an Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechten orientierter und prinzipiengetreuer Einsatz neuer Techniksyste-

⁸³ Vgl. CEPEJ (Fn. 79), Anm. zu Prinzip Nr. 3, S. 10.

⁸⁴ CEPEJ (Fn. 79), S. 11.

teme in der Strafrechtspflege gelingen. Ferner muss der Einsatz neuer Technologien bei Strafprozessen insoweit transparent gemacht werden, damit die Verteidigung auf Basis solider Informationen entsprechende Prozesshandlungen und -strategien vornehmen kann.

Die Grundsätze der Charta geben zwar richtungweisende Impulse, doch große Fragen zur Ausgestaltung des Einsatzes von KI-Systemen sind noch grundlegend zu durchdringen.⁸⁵ Gleichwohl mangelt es nicht an der Impulsgeberschaft durch die europäischen Institutionen. So nahm im September 2019 das vom Europarat lancierte Ad-Hoc-Komitee über Künstliche Intelligenz (Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence, kurz: CAHAI) seine Arbeit auf, das im Rahmen seines Mandats bis 2021 einen Rechtsrahmen für die Entwicklung, Gestaltung und Anwendung Künstlicher Intelligenz auf der Grundlage der Standards des Europarats zu Menschenrechten, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit prüft.⁸⁶ Auch auf EU-Ebene nimmt die Rechtsentwicklung an Fahrt auf. Im April 2018 hat die Kommission eine Europäische Strategie der „menschzentrierten KI“ veröffentlicht,⁸⁷ wonach der Mensch im Mittelpunkt der KI-Entwicklung stehen soll und insofern der Einsatz dieser leistungsfähigen Technik in den größten Herausforderungen für die Welt gefördert werden soll. Im Dezember 2018 informierte die Kommission über ihren „koordinierten Plan für KI“, dass sie nicht nur die Bekämpfung von Krankheiten und Klimawandel durch KI fördern möchte, sondern auch die Kriminalitätsbekämpfung.⁸⁸ Für die neue EU-Kommission unter der Führung von Ursula von der Leyen stellt der Einsatz von Künstlicher Intelligenz im Strafverfahren einen thematischen Schwerpunkt dar.⁸⁹

⁸⁵ Vgl. die Studie der ETH Zürich: *Jobin/Ienca/Vayena*, *Nature Machine Intelligence* 2019, 389. Die Studie analysiert 84 weltweit veröffentlichte Dokumente, die Ethik-Richtlinien mit Prinzipien propagieren, die bei der Verwendung von Künstlicher Intelligenz zur Anwendung kommen sollen. Dabei wurden nach Häufigkeit genannt: Transparenz (74/84), Gerechtigkeit und Fairness (jeweils 68/84), Schadensvermeidung und Verantwortung (jeweils 60/84), Privatsphäre (47/84), Fürsorge (41/84), Freiheit und Autonomie (34/84), Vertrauen (28/84), Nachhaltigkeit (14/84), Würde (13/84) und Solidarität (6/84). Befremdlich erscheint die numerisch geringe Nennung von Begriffen wie Vertrauen, Nachhaltigkeit und (Menschen-)Würde, die für ethische Herausforderungen im digitalen Zeitalter elementar erscheinen.

⁸⁶ Ausführlich zum Mandat des CAHAI unter https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809737a1 (4.4.2020); vgl. jüngst die Empfehlungen des Europarates über die Auswirkungen algorithmischer Systeme auf die Menschenrechte, CMRec(2020)1 v. 8.4.2020.

⁸⁷ „Künstliche Intelligenz für Europa“, KOM (2018) 237 endg.

⁸⁸ „Koordinierter Plan für künstliche Intelligenz“, KOM (2018) 795 endg., S. 1.

⁸⁹ *Csonka*, *eu crim* 2/2019, 77 (78).

Erste Leitlinien lassen sich dem im Februar 2020 veröffentlichten Weißbuch der EU-Kommission entnehmen.⁹⁰

2. Technische Überlegungen

Nach dieser Skizze einer prinzipienorientierten Entwicklung gilt das Interesse nun den Algorithmen selbst. Denn die Datenverarbeitungsmechanismen sind nur dann operativ, wenn ihnen ein solider Datenstock zu Grunde liegt. Hier stellen sich wichtige Grundsatzfragen von juristischer Relevanz, die sich um den Datenbegriff drehen. An anderer Stelle wurde dargelegt, dass Daten in der heutigen Zeit einen wichtigen Rohstoff darstellen.⁹¹ Für den Einsatz von KI in der Strafrechtspflege gelten deshalb einige Besonderheiten, weil Algorithmen nur so schlau sind wie die Daten, auf die sie zugreifen.

a) Datenursprung

Zunächst stellt sich die Frage, welche Daten den KI-Systemen zugrunde liegen, d.h. wo der Datenursprung liegt. Das betrifft nicht nur die legale Beweiserhebung, d.h. allfällige unerlaubte Grundrechteingriffe, um an Daten zu kommen.⁹² Das betrifft insbesondere auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Datenbeschaffung. Die Rechtspraxis zeigt, dass die Strafverfolgungsbehörden möglichst großflächig Daten „absaugen“ dürfen, eine Kontrolle über die Relevanz der Daten erfolgt erst *ex post*.⁹³ Die Datenflut stellt damit nicht nur das Datenschutzrecht für Strafverfolgungsbehörden, sondern auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor gewichtige Herausforderungen praktischer, aber auch dogmatischer Natur.⁹⁴

Ein großer, bislang wenig beachteter Problempunkt ist jene Datengrundlage, die nicht spezifisch für das Training von Algorithmen und KI-Systemen entwickelt wurde, aber dennoch Verwendung findet.⁹⁵ Können und dürfen Informationen aus öffentlichen behördlichen bzw. gerichtlichen Pressemitteilungen für eine Datenauswertung herangezogen werden, auch wenn diese Informationsquelle möglicherweise durch das Zielpublikum eine weniger rechtstechnische und dafür mehr allgemeinverständliche Sprache nutzt? Werden alle öffentlichen Informationen der Strafverfolgungsbehörden herangezogen, d.h. auch solche mit vorläufig geltenden Informationen, die später möglicherweise widerrufen oder aktu-

⁹⁰ White Paper On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust, COM(2020)65 final; weiterführend aus EU-Perspektive etwa *Frischhut*, in: Austrian Council for Research and Technology Development (ed.), *Ethische Herausforderungen im Zeitalter des Digitalen Wandels*, 2020 (im Erscheinen).

⁹¹ *Staffler*, *NZWiSt* 2018, 269 (270 m.w.N.).

⁹² Vgl. *Gless*, *StV* 2018, 671 (673 ff.).

⁹³ Vgl. *Gless*, *StV* 2018, 671 (676 ff.).

⁹⁴ Vgl. *Anders*, *ZIS* 2020, 70.

⁹⁵ Herausforderungen im Umgang mit Daten, die in engen Bereichen des Privat- und Familienlebens durch digitale Assistenten gesammelt und gespeichert werden, beschreibt *Gless*, *StV* 2018, 671.

alisiert werden? Der Fundus an solchen Öffentlichkeitspapieren ist groß und durch Online-Archivierung relativ einfach zu beschaffen, weist allerdings in rechtstechnischer Terminologie möglicherweise Abstriche auf, die zu Ungenauigkeiten im KI-Training oder gar zu Verzerrungen des Systems führen.

b) Daten-Bias

Eine empfindliche Schwachstelle in der Anwendung von Algorithmen⁹⁶ ist das sog. „bias“⁹⁷, also das Auftreten von systematischen Verzerrungen, die auf das ungewollte und im Zweifel unentdeckte Antrainieren von Vorurteilen durch die Künstliche Intelligenz zurückzuführen sind. Um ein KI-System zu trainieren, muss man diesem eine Datenmenge zuführen. Auf der Grundlage dieser Datenmenge kann der Algorithmus ein generalisierendes Ergebnis auswerfen. Problematisch wird die generalisierte Aussage dann, wenn als Trainingsdatei ein sehr spezifischer Datensatz verwendet wird: Lässt man einen Algorithmus beispielsweise enge ortsbezogene Kriminalitätsphänomene aus einem festgelegten Zeitraum trainieren, so wird der Algorithmus aufgrund dieser Datengrundlage in seinen Prognosemodellen stets diesen spezifischen Ortsbezug ausweisen und stärker gewichten, auch wenn das Programm selbst für eine breite Anwendung vorgesehen ist.

Die Gefahr eines „bias“ ist real, wie das oben beschriebene Beispiel von COMPAS darlegt. Durch die statistische Auswertung von entsprechenden Datensätzen – deren Nachvollziehbarkeit und ex-post-Kontrolle durch die strenge Akzentuierung des gewerblichen Rechtsschutzes nicht möglich ist – tritt ein rassistisches „bias“ auf, wonach für dunkelhäutige Straftäter ein höheres Risiko der Straftatenbegehung errechnet wird als für hellhäutige Täter, selbst wenn letztgenannter einen qualitativ schwereren Vorstrafenhintergrund aufweist.⁹⁸ Das Problem lässt sich hypothetisch auch auf andere, oben skizzierte Anwendungsfelder übertragen. Wenn raumbezogene Verfahren dazu führen, dass die Polizei vermehrt an einem als Hot Spot identifizierten Ort Präsenz zeigt, werden möglicherweise (überproportional) mehr Straftäter aufgegriffen. Diese Daten fließen dann wieder zurück in die Datengrundlage des Algorithmus, der den Hot Spot dann noch stärker betont – und damit das Ergebnis zu einem Zirkelschluss verzerrt.

c) Technikvertrauen

Insgesamt spitzen sich die technischen Überlegungen auf die Frage zu, wie zuverlässig die Technik tatsächlich ist. Die technischen Fortschritte geben zwar Hoffnung für einen zu-

verlässigen Einsatz der entwickelten Systeme,⁹⁹ doch nach dem heutigen state of the art erscheint es angebracht, eine gesunde Technikskepsis an den Tag zu legen.¹⁰⁰ Um diesen Aufruf zu belegen, kann auf zwei jüngere Meldungen in den Massenmedien verwiesen werden: So hat das Gesichtserkennungsprogramm eines führenden US-Technikkonzerns 28 US-Kongressmitglieder mit festgenommenen Verdächtigen verwechselt.¹⁰¹ Der KI-basierte Chatbot eines anderen führenden US-Technikkonzerns wurde innerhalb kurzer Zeit durch Nutzer rassistisch trainiert, was wenige Stunden nach seinem Start zur Abschaltung des Chatbots führte.¹⁰² Da beide Konzerne zu den weltweit führenden Technologie-Unternehmen zählen, wird ersichtlich, dass Technikfortschritt keineswegs von Fehlerfreiheit begleitet ist.

Im Bereich der Strafrechtspflege kann der Einsatz von KI dazu führen, dass bereits auf Ermittlungsebene richtungsweisende Entscheidungen für Ermittlungshypothesen forciert werden. Diesbezüglich hat *Singelstein* treffend darauf hingewiesen, dass Strafverfolgungsorgane algorithmische Auswertungen als das auffassen müssen, was sie tatsächlich sind: Wahrscheinlichkeitsaussagen mit einer gewissen Fehlerquote. Ein unreflektiertes Technikvertrauen birgt die Gefahr, dass Ermittlungen in die falsche Richtung geleitet werden.¹⁰³

Doch gerade auch im Bereich der richterlichen Tätigkeit gilt es, vor einem technischen Perseveranzeffekt zu warnen.¹⁰⁴ Perseveranz beschreibt die Situation, in der der Beobachter (hier: der Richter) durch ursprüngliche Informationen (hier: durch die technischen Programme) nachhaltig geprägt bzw. beeinflusst wird, sodass sich das bereits vorgefertigte Meinungsbild des Entscheiders durch spätere Informationen nur schwer verändern lässt. Im Kontext von KI-Anwendungen ist damit auf die Gefahr hinzuweisen, dass die Unterstützung durch technische, algorithmenbasierte Anwendungen als Auslagerung richterlicher Tätigkeit auf die Maschine verstanden wird. Es braucht die Bewusstseinsbildung darüber, dass KI-Systeme ein Unterstützungsmechanismus für richterliche Entscheidungen sein können – darüber hinaus darf allerdings eine individuelle Betrachtung des Einzelfalls und Einzelschicksals nicht vernachlässigt werden. Den Rich-

⁹⁹ Zustimmend auch *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (959 f.), der zu einem kritischen Umgang mit Legal Tech mahnt.

¹⁰⁰ So auch *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (959 f.); *Fateh-Moghadam*, ZStW 131 (2019), 863 (884); vgl. *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (400), mit seinem Vorschlag, in diesem Zusammenhang Misstrauen als Rechtsmaßstab zu etablieren.

¹⁰¹ *Breithut*, SPIEGEL v. 27.7.2018, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/amazons-gesichtserkennung-macht-us-politiker-zu-verdaechtigen-a-1220492.html> (4.4.2020).

¹⁰² *Perez*, techcrunch v. 24.3.2016, abrufbar unter <https://techcrunch.com/2016/03/24/microsoft-silences-its-new-a-i-bot-tay-after-twitter-users-teach-it-racism/> (4.4.2020).

¹⁰³ Instruktiv *Singelstein*, StV 2016, 830.

¹⁰⁴ Instruktiv zum Perseveranzeffekt *Schünemann*, StV 2000, 159; zum kulturellen Perseveranzeffekt siehe *Staffler*, ZStW 131 (2019), 173 (215 f.).

⁹⁶ Ausführlich bei *Burgstaller/Hermann/Lampesberger* (Fn. 2), S. 25 ff.

⁹⁷ Englisch für Befangen- oder Voreingenommenheit.

⁹⁸ Grundlegend zu diesem Problem bei der Anwendung von COMPAS: *Angwin/Larson/Mattu/Kirchner*, Pro Publica v. 23.5.2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (4.4.2020).

ter von der maschinenbasierten Anwendung zu trennen und KI-basierte Unterstützung im richterlichen Begründungsprozess erst nach dessen Arbeit i.S.e. Verifizierung einzubauen, mag möglicherweise für die Qualität richterlichen Entscheidens durchaus seine Berechtigung haben. Allerdings scheint darin nicht nur eine zu starke Bevormundung i.S.e. Misstrauens zur Technikaffinität von Richtern durchzuschlagen, sondern auch der Sinn einer algorithmischen Unterstützung bei der richterlichen Arbeit leerzulaufen, wenn sich deren Anwendungsfeld erst nach der menschlichen Tätigkeit eröffnet. KI-Systeme können durchaus sinnvoll die richterliche Arbeit ergänzen und auch beschleunigen. Die diesbezügliche Qualitätssicherung richterlicher „Handwerkskunst“ ist allerdings nicht über die Bevormundung im Rahmen einer ex-post-Verifikation, sondern nur durch eine grundlegende Bewusstseinsbildung der Richterschaft zu erreichen, die bei der IT-Schulung von Richtern notwendigerweise mit einzubauen ist.¹⁰⁵

3. Neuorientierung bei strafverfahrensrechtlichen Grundsätzen?

Der Einsatz von digitalen Technologien wie Künstliche Intelligenz lässt neue Fragestellungen,¹⁰⁶ aber auch grundlegende Neuorientierungen bei strafverfahrensrechtlichen Grundsätzen erwarten.¹⁰⁷ Letzteres soll anhand des Beispiels der strafprozessualen Waffengleichheit illustriert werden.

Waffengleichheit gehört zum Kern der Verfahrensfairness (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) und soll sicherstellen, dass die Prozessparteien ihre Interessen in einer Weise effektiv vertreten können, die unter gleichwertigen Bedingungen erfolgt, sodass zwischen den Parteien ein prozessuales Gleichgewicht herrscht.¹⁰⁸ Jede Prozesspartei soll hinreichend Gelegenheit haben, ihre eigenen Positionen sowohl zu Sach- als auch zu Rechtsfragen zu präsentieren, ohne gegenüber dem Prozessgegner wesentlich benachteiligt sein.¹⁰⁹ Dies impliziert, dass

die Prozessparteien hinreichend vergleichbaren Zugang zu den relevanten Dokumenten und Beweismitteln und insofern vergleichbare Informationsrechte haben. Diesbezüglich spielt die Offenlegung von Beweismitteln eine nicht zu unterschätzende Rolle, da ein einseitiger Wissensvorsprung (verbunden mit der Möglichkeit zur besseren Verfahrensgestaltung) dem Waffengleichheitsgebot zuwiderläuft.

Die Waffengleichheit wird im digitalen Zeitalter durchaus mit erheblichen Herausforderungen konfrontiert, da die gegenwärtigen Regelungen zum Strafverfahren weitestgehend für eine analoge Welt gedacht und konzipiert sind. Welche Friktionen auftreten können, lässt sich mit zwei einfachen Beispielen intuitiv erfassen.

In einer Welt, in der Daten zunehmend auch für das Strafrecht relevant werden, erfordert der Grundsatz der Waffengleichheit, dass die Verteidigung auf dieselben Daten Zugriff hat wie die Staatsanwaltschaft, denn nur dann kann erstere die Wertungen der Anklagebehörde nachvollziehen und eine sinnvolle Verteidigungsstrategie entwerfen. Dafür ist nicht nur Akteneinsicht erforderlich, sondern die Aushändigung von Kopien der elektronischen Datei. Nach dem österreichischen Gerichtsgebührengesetz¹¹⁰ wird aber für jede kopierte elektronische Datei eine Gebühr von 66 Cent pro Datei (!) in Rechnung gestellt.¹¹¹ Mit Blick auf die großen Datenmengen, die von jedem Menschen produziert und die großzügig von Staatsanwaltschaften abgeschöpft werden, offenbart sich hier das Groteske einer solchen Regelung. Denn im Lichte der Unschuldsvermutung und des Grundrechts auf Verteidigung im Strafverfahren ist ein solcher Gebührensatz evident unverhältnismäßig und gleichheitswidrig, weil das vollinhaltliche Akteneinsichtsrecht letztlich nur vermögenden Beschuldigten zusteht, die sich die Entrichtung einer solchen Gebühr leisten können.

Waffengleichheit erfordert allerdings auch, dass bei großen Datenmengen die involvierten Parteien zumindest den Zugang zu denselben Datenanalyse-Programmen haben sollten und die Daten diesen Analysetools zuführen dürfen. Herausforderungen für die Waffengleichheit gibt es dabei sowohl auf Seiten der Staatsanwaltschaft, als auch auf Seiten der Strafverteidigung. Während Staatsanwaltschaften in Österreich beispielsweise die Datenmengen mittels Analysetools durchleuchten dürfen, gewähren sie der Verteidigung im

¹⁰⁵ Vgl. ferner *Beck*, ZIS 2020, 41 (46).

¹⁰⁶ Etwa zum Einsatz von künstlich intelligenten Systemen bei der Unterstützung fremdsprachiger Beschuldigter im Strafverfahren, vgl. *Staffler*, ZStrR 2020, 21 (47 f.). Zum Recht auf Akteneinsicht bei digitalen Beweismitteln vgl. EGMR, Urt. v. 25.7.2019 – 1586/15 (*Rook v. Germany*) m. Anm. *Meyer/Staffler*, *forum*poenale 4/2020.

¹⁰⁷ Etwa zum Thema E-Evidence und der internationalen Rechts Hilfe, vgl. *Burchard*, ZIS 2018, 190 ff., 249 ff.; *Tsilikis*, in: *Meier/Zurkinder/Staffler* (Hrsg.), *Recht und Innovation*, 2020, S. 163 ff.

¹⁰⁸ Für Österreich vgl. statt vieler *Khakzadeh-Leiler*, *Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs*, 2011; aus dem deutschen Schrifttum hingegen *Gaede*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, 1. Aufl. 2018, Bd. 3-2, EMRK Art. 6 Rn. 302; *Meyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsrecht*, Bd. 10, 5. Aufl. 2019, EMRK Art. 6 Rn. 155, jeweils m.w.N.

¹⁰⁹ *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 67.

¹¹⁰ Auf dieses Beispiel wies *Weratschnig* im Referat zu den 5. Unternehmensstrafrechtlichen Tagen in Zürich (16.11.2019) hin.

¹¹¹ Vgl. Tarifpost 15, Anmerkung 6, letzter Satz, österreichisches Gerichtsgebührengesetz: „Für unbeglaubigte Aktenabschriften oder -ablichtungen und sonstige Kopien sowie Ausdrucke ist eine Gebühr in Höhe von 66 Cent für jede Seite zu entrichten, werden sie von der Partei unter Inanspruchnahme gerichtlicher Infrastruktur zur Herstellung solcher Abschriften, Ablichtungen, Kopien oder Ausdrucke selbst angefertigt, eine Gebühr in Höhe von 34 Cent für jede Seite. Dies gilt für die einer Partei ausgestellte Kopie einer elektronischen Datei – unter der Voraussetzung, dass die Datei nicht auf Betreiben der Partei erstellt wurde – mit der Maßgabe, dass die Datei einer Seite gleichzuhalten ist.“

Rahmen der Akteneinsicht nur den Zugang zu den Daten mittels standardisierten PDF-Readern, während die Verwendung der behördlichen Analyseprogramme ebenso unterbunden wird wie etwa die Anwendung von Analysetools, die der Verteidiger selbst mitbringt.¹¹² Das Akteneinsichtsrecht läuft damit faktisch leer, wenn die Verteidigung zu einer de facto manuellen Auswertung riesiger Datenmengen gezwungen wird. Doch auch die Verteidigung kann erhebliche Vorteile ausschöpfen, wenn sie tatsächlich im Besitz der betreffenden Daten ist und finanzielle bzw. personelle Kapazitäten hat, die Daten entsprechend auszuwerten, während eine vergleichbare Kapazität auf Seiten der staatlichen Behörden oftmals fehlt. Im Sinne der Waffengleichheit wäre es verfehlt, bei solchen Ungleichgewichten die jeweils andere Seite von Datenquellen oder Anwendungen völlig auszuschließen. Insofern wird Waffengleichheit im digitalen Zeitalter möglicherweise die Rolle der Strafverteidigung als Organ der Rechtspflege neu ausrichten, um ihr die effektive Ausübung ihrer Rechte tatsächlich zu gewährleisten, andererseits neue Kooperationen zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung initiieren, um eine technische Benachteiligung i.S.d. Waffengleichheit gering zu halten. Ein praktischer Ansatzpunkt könnte die wechselseitige Einräumung von Remote-Access-Möglichkeiten sein, um den Parteien zumindest Zugang zu Daten und Softwareanwendungen zu geben, damit beide Seiten des Strafverfahrens ihre Interessen i.S.d. Rechtspflege effektiv ausüben können.¹¹³

Die beiden Beispiele zeigen, dass nicht nur Datafizierung und Digitalisierung Herausforderungen für die Dogmatik bereithalten.¹¹⁴ Mit dem technischen Fortschritt auf dem Gebiet der KI scheint es letztlich unvermeidlich, die tradierten Verfahrensgrundsätze aus dem Strafverfahren der analogen Welt einer Weiterentwicklung zu unterziehen, um deren Bestehen in der digitalisierten Welt sicherzustellen. Die Einsatzmöglichkeiten neuer Technologien sind oft (erschreckend) weitreichend. Damit die Implementierung technischer Möglichkeiten in der Strafrechtspflege nicht zur Aushöhlung rechtsstaatlicher Fundamentalgarantien führt, bedarf es einer aufmerksamen Strafrechtswissenschaft.

¹¹² So *Weratschnig* (Fn. 110) unter Hinweis auf OLG Wien, Urt. v. 22.1.2015 – 19 Bs 160/14i (unveröffentlicht).

¹¹³ So der Vorschlag von *Romerio* im Referat zu den 5. Unternehmensstrafrechtlichen Tagen in Zürich (16.11.2019), der in der Züricher Anwaltspraxis offenbar bereits z.T. praktiziert wird.

¹¹⁴ Vgl. *Fateh-Moghadam*, ZStW 131 (2019), 863 (874).

„Vertrauen ist gut, Anerkennung ist besser“

Herausforderungen in der grenzüberschreitenden Strafvollstreckung zwischen Nordrhein-Westfalen und den Niederlanden

Von Dr. Robin Hofmann, Prof. Dr. Hans Nelen, Maastricht*

I. Einleitung

In der strafrechtswissenschaftlichen Literatur bildet die grenzüberschreitende Strafvollstreckung ein vernachlässigtes Thema. Während eine ganze Reihe von Arbeiten sich mit der grenzüberschreitenden Strafverfolgung, etwa im Rahmen des europäischen Haftbefehls, auseinandersetzen, scheint das akademische Interesse unmittelbar mit der Verurteilung zu verlöschen. Doch sind mit den Rahmenbeschlüssen 2008/909/JI (sog. Rahmenbeschluss Freiheitsstrafen) und 2008/947/JI (sog. Rahmenbeschluss Bewährungsstrafen) in Deutschland seit wenigen Jahren zwei europäische Instrumente etabliert worden, die sich dezidiert auf die Strafvollstreckung beziehen. Während Rahmenbeschluss 2008/909/JI den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union anwendet, bezieht sich Rahmenbeschluss 2008/947/JI auf Urteile und Bewährungsentscheidungen im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen.

Bock verweist darauf, dass die Effektivierung der Strafrechtspflege ein Leitmotiv der beständig fortschreitenden Europäisierung des Strafrechts sei.¹ Rein nationale Maßnahmen verlören an Wirkkraft, wenn Straftäter grenzüberschreitend agierten und so gezielt Sanktionslücken ausnützten. In diesem Lichte einer effektiveren Strafvollstreckung sind die Rahmenbeschlüsse 2008/909/JI und 2008/947/JI zu sehen. Die Praxis der europäischen Strafrechtskooperation ist geprägt durch nationalgesetzliche Eigenheiten, rechtskulturelle Aspekte, informelle Netzwerke und nicht zuletzt von individuellen Idiosynkrasien, welche die grenzüberschreitende Zusammenarbeit beschleunigen, aber auch bremsen können. Durch ein EU-weites System von Bescheinigungen, die von den verantwortlichen Behörden im Ausstellungsstaat ausgefüllt und an den Vollstreckungsstaat gesendet werden, sollen langwierige und komplexe Überstellungsverfahren vereinheitlicht und beschleunigt werden. Darüber hinaus sind erklärte Ziele der beiden Rahmenbeschlüsse, die Überfüllung europäischer Gefängnisse abzumildern und der Ungleichbehandlung von EU-Ausländern entgegenzuwirken.² Im Mittelpunkt steht dabei der Resozialisierungsgedanke gemäß der Formel, dass die Resozialisierungschancen eines Straftäters steigen, wenn die auferlegte Strafe an dem Ort verbüßt werden kann, an dem sich dessen Lebensmittelpunkt befindet.

Der folgende Beitrag setzt sich mit der grenzüberschreitenden Strafvollstreckung zwischen Deutschland, respektive

Nordrhein-Westfalen (NRW), und den Niederlanden auseinander. Da oftmals Rechtslage und Rechtswirklichkeit auseinanderklaffen, liegt der Schwerpunkt auf einer rechtsvergleichenden und empirischen Analyse der Überstellungspraxis. Es folgen eine Reihe ausgewählter straf- und vollstreckungsrechtlicher Herausforderungen, mit denen sich die Rechtshilfepraxis auf deutscher Seite konfrontiert sieht. Insbesondere die Anerkennung niederländischer Arbeitsstrafen, kurzer Freiheitsstrafen und Abwesenheitsentscheidungen stellen beträchtliche Herausforderungen dar, sowohl aus rechtsdogmatischer wie auch rechtspraktischer Sicht. Die mitunter beträchtlichen Unterschiede in der Sanktionspraxis beider Länder verdeutlichen exemplarisch die Herausforderungen für die EU-weite Rechtshilfe, insbesondere mit Blick auf die Umsetzung der Prinzipien des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung.

Dabei eignen NRW und die Niederlande sich aus einer Reihe von Gründen gut für eine vergleichende Rechtsstudie. Nicht nur demographisch sind NRW und die Niederlande sich verblüffend ähnlich.³ Entlang der rund 364 Kilometer langen gemeinsamen Grenze treten Kriminalitätsphänomene mit grenzüberschreitendem Charakter in konzentrierter Weise auf.⁴ Die deutsch-niederländische Grenzregion war daher Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Untersuchungen zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit auf polizeilicher und justizieller Ebene.⁵ Die vorliegende Analyse der grenzüberschreitenden Strafvollstreckung knüpft an diese Forschung an.⁶

³ Siehe *Blankenburg*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (1985), 255 (261).

⁴ *Fijnaut/Spapens*, Criminaliteit en rechtshandhaving in de Euregio Maas-Rijn, Deel 1, De problemen van transnationale (georganiseerde) criminaliteit en de grensoverschrijdende politiele, justitiele en bestuurlijke samenwerking, 2005.

⁵ Siehe etwa *Peters/Vanderhallen/Nelen*, European Journal on Criminal Policy and Research 22 (2015), 22 (41); *Bruinsma/Jacobs/Jans/Moors/Spapens/Fijnaut*, Grensoverschrijdende dimensies van het politiewerk in de regio Limburg-Noord, 1. Aufl. 2010; *Van Daele/Vangeebergen*, Kriminalität und Strafverfolgung in der Euregio? Maas-Rhein, 1. Aufl. 2010; *Spapens*, in: Geyer/Guild (Hrsg.) Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union, 2008, Chapter 12; *Fijnaut/Spapens* (Fn. 4); *Knippenberg*, Geopolitics 2004, 608.

⁶ Die empirische Studie wurde im Rahmen des von der EU finanzierten Forschungsprojekts CrossBES unter Schirmherrschaft des Büros für Euregionale Zusammenarbeit (BES) bei der Staatsanwaltschaft Limburg und mit Unterstützung des Justizministeriums NRW durchgeführt. Im Rahmen des Projekts wurden in den Jahren 2018 und 2019 eine Reihe von Experteninterviews (n = 10) sowie vier Fokusgruppeninter-

* Dr. Robin Hofmann ist Assistenzprofessor für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Maastricht; Prof. Dr. Hans Nelen ist Professor für Kriminologie an der Universität Maastricht.

¹ Bock, ZIS 2019, 289 (299).

² KOM (2014) 57 endg., S. 13.

1. Die wissenschaftliche Kontroverse über den Rahmenbeschluss Freiheitsstrafen

Obwohl die EU-Kommission stets darauf hinwies, bei der Entwicklung der Rahmenbeschlüsse 2008/909/JI und 2008/947/JI die Resozialisierung der überstellten Person im Blick gehabt zu haben, wurde bereits vor deren Umsetzung in nationales Recht deutliche Kritik laut.⁷ *Morgenstern* äußerte bereits 2008, dass verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf den Richtervorbehalt, das Gleichbehandlungsgebot und den Bestimmtheitsgrundsatz bestünden. Die Gefahr, dass der Betroffene zum bloßen Überstellungsobjekt degradiert werde, selbst wenn man dessen Zustimmung stets voraussetze, sei groß.⁸ Doch auch außerhalb Deutschlands wurde insbesondere Rahmenbeschluss 2008/909/JI kritisch aufgenommen, wobei vor allem die Befürchtung einer Instrumentalisierung von Gefangenenüberstellungen zur Migrationskontrolle geäußert wurden.⁹ *Pakes* und *Holt* sprechen insoweit von einem „quite possibly disturbing trend“ und einer Überstellungspraxis, die nicht der Resozialisierung, sondern allein politischen Erwägungen diene.¹⁰ Andere sehen neben post- und neo-kolonialen Dynamiken eine verdeckte politische Agenda am Werk, mit dem Ziel, Gefängnisüberlastungen zu reduzieren und Ungewollte, d.h. ausländische Straftäter, loszuwerden.¹¹ Eingebettet ist diese bis heute anhaltende Kritik in den Analyserahmen von „Crimmigration“, ein Art Trendbegriff, der die wissenschaftliche Debatte um Migration, Kriminalität und Strafrecht zunehmend prägt.¹² Dabei handelt es sich um ein ursprünglich aus der US-amerikanischen Migrationsforschung stammendes Konzept, womit die zunehmende Verschmelzung von Kriminalitäts- und Migrationskontrolle beschrieben wird.¹³ Im Kontext von Crimmigration kommt der Strafvollstreckung eine vorbereitende Rolle für die Deportation ausländischer Strafgefangener zu. Letztere weisen etwa ein höheres Risiko als Inländer auf, in Untersuchungshaft genommen zu werden, eine relativ längere Haftstrafe zu verbüßen, ohne in den Genuss der ansonsten üblichen Hafterleichterungen zu kommen, nur um bei Haft-

views mit insgesamt 56 in der Rechtshilfe tätigen Staatsanwälten aus Belgien, Deutschland und den Niederlanden durchgeführt. Daneben wurden von den Justizministerien der Niederlande und NRW zur Verfügung gestellte Falldaten zu Überstellungen nach den Rahmenbeschlüssen 2008/909/JI sowie 2008/947/JI analysiert.

⁷ KOM (2011) 327 endg., S. 13.

⁸ *Morgenstern*, ZIS 2008, 76 (82).

⁹ Siehe etwa *Martufi*, *New Journal of European Criminal Law* 2018, 43 (44); *De Wree/Van der Beken/Vermeulen*, *Punishment & Society* 2009, 111 (117).

¹⁰ *Pakes/Holt*, *British Journal of Criminology* 2017, 79 (80).

¹¹ *Bosworth/Franko/Pickering*, *Punishment & Society* 2018, 34 (41).

¹² Siehe etwa die Sonderausgabe zu Crimmigration in Europa, *European Journal of Criminology*, Bd. 14, Nr. 1, 2017.

¹³ *Van der Woude/Barker/Van der Leun*, *European Journal of Criminology*, 2017, 3 (5); *Aas*, *Punishment & Society* 2014, 520. Für die deutsche Debatte siehe *Walburg*, *NK* 2016, 378.

entlassung eine zusätzliche Strafe in Form der Abschiebung zu erfahren.¹⁴

Kritik hat das Crimmigration-Konzept vor allem wegen seiner Abstraktheit erfahren. Tatsächlich existieren nur wenige wissenschaftliche Studien, die das Phänomen empirisch belegen.¹⁵ Dies gilt auch für die Kritik am Transfersystem. Bis auf einige wenige Ausnahmen beziehen sich viele der beschriebenen Risiken eher auf mehr oder minder plausible Mutmaßungen.¹⁶ Empirische Belege dafür, dass das Transfersystem in Mitgliedstaaten systematisch zur Migrationskontrolle eingesetzt wird, blieben die Kritiker bislang schuldig. Durch die Einbeziehung empirischer Daten zu Überstellungen aus und nach NRW und den Niederlanden soll im Folgenden dieser Kritik Rechnung getragen werden. Neben der grundsätzlichen Frage nach der Implementation des geschriebenen Rechts in die Rechthilfepraxis soll dabei auch untersucht werden, ob die europäische Überstellungspraxis geprägt wird von sachfremden Erwägungen der Migrationskontrolle.

2. Rechtshistorischer Hintergrund der Rahmenbeschlüsse

Die Praxis, Personen zur Strafvollstreckung in andere Länder zu überstellen ist nicht neu. Bevor der Rahmenbeschluss 2008/909/JI im Jahre 2008 durch die EU Kommission verabschiedet wurde, prägten verschiedene Instrumente den Rechtshilfeverkehr. Dabei bildete der Europarat mit einer Reihe von Übereinkommen das wichtigste Forum. Die größte Bedeutung kam dabei dem Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen von 1983 zu, welches von 61 Ländern ratifiziert wurde, darunter alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union und Drittstaaten wie Kanada und die Vereinigten Staaten.¹⁷ Das erste wichtige EU-weite Instrument zur Überstellung ist der Europäische Haftbefehl. Dieser sieht in der Regel die Übergabe einer Person zum Zwecke der Strafverfolgung vor, gestattet aber unter bestimmten Umständen auch die Überstellung einer verurteilten Person. Dies ist zum Beispiel möglich, wenn ein Mitgliedstaat die Übergabe unter der Bedingung begründet, dass die Person in den Vollstreckungsmitgliedstaat zurückgebracht wird, um dort die Freiheitsstrafe oder den Haftbefehl im Ausstellungsmitgliedstaat zu verbüßen (Art. 5). Auf Initiative der EU Mitgliedstaaten Österreich, Finnland und Schweden folgten dem Europäischen Haftbefehl im Jahre 2008 die Rahmenbeschlüsse 2008/909/JI und 2008/947/JI und ersetzten das bis dahin

¹⁴ *Turnbull/Hasselberg*, *Punishment & Society* 2017, 135, (139) m.w.N.

¹⁵ *Van der Woude/Barker/Van der Leun*, *European Journal of Criminology* 2017, 3 (5).

¹⁶ Eine dieser Ausnahmen ist *Durnescu/De Tudela/Ravagnani*, *Criminology & Criminal Justice* 2017, 450.

¹⁷ *De Wree/Vander Beken/Vermeulen*, *Punishment & Society* 2009, 111 (112); siehe etwa das Europäische Übereinkommen über die Überwachung bedingt verurteilter oder bedingt entlassener Personen von 1964 sowie das Europäische Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen von 1970.

bestehende Transfersystem.¹⁸ Gemäß Art. 29 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2008/909/JI hätte die Umsetzung bis zum 5. Dezember 2011 erfolgen sollen, eine Zielvorgabe, die jedoch von lediglich fünf Mitgliedstaaten eingehalten wurde.¹⁹ In den Niederlanden traten die Rahmenbeschlüsse 2008/909/JI und 2008/947/JI erst 2012 in Kraft, während die Umsetzung in Deutschland bis 2015 dauerte.

Beide Rahmenbeschlüsse führten einige wichtige Neuerungen gegenüber dem bisherigen Transfersystem ein. So stellen diese erstmals die Resozialisierung der betroffenen Person in den Mittelpunkt.²⁰ Beide Rahmenbeschlüsse gehen davon aus, dass dies am besten in dem Mitgliedstaat gelingen kann, in dem die betroffene Person die stärksten familiären, sprachlichen, sozialen, wirtschaftlichen und sonstigen Verbindungen hat.²¹ Die Rahmenbeschlüsse beziehen sich auf den Mitgliedstaat, in dem die verurteilte Person lebt, also ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, was nicht gleichzusetzen ist mit dem Herkunftsland der Person bzw. dem Meldestaat.

Neben diesen grundlegenden Gemeinsamkeiten gibt es auch eine Reihe von Unterschieden zwischen den Rahmenbeschlüssen. So setzt Rahmenbeschluss 2008/909/JI nicht voraus, dass die verurteilte Person ihrer Überstellung zustimmt.²² *Argumentum e contrario* bedeutet dies, dass eine Person auch gegen ihren ausdrücklichen Willen in einen anderen EU-Mitgliedstaat überstellt werden kann. Anders Rahmenbeschluss 2008/947/JI: Zwar wird die Frage der Zustimmung des Betroffenen im Text des Rahmenbeschlusses weitgehend vermieden.²³ Die EU-Kommission geht jedoch ausdrücklich von einer solchen Zustimmungsvoraussetzung aus.²⁴ Sie begründet diese damit, dass der Rahmenbeschluss nur zum Tragen komme, wenn die betroffene Person im Anordnungsstaat bereits freigelassen ist, als freier Mensch in ihr Heimatland zurückkehren wolle und überdies mit den für die Überwachung zuständigen Behörden zur Zusammenarbeit bereit sei.²⁵ Eine Überstellung gegen den ausdrücklichen Willen der Person wäre damit nicht nur hinsichtlich der

Resozialisierungschancen kontraproduktiv, sondern schon aus praktischen Erwägungen kaum durchführbar. Überdies sei erwähnt, dass Überstellungen nach Rahmenbeschluss 2008/947/JI gemäß Nr. 14 auch an einen anderen Mitgliedstaat als den Mitgliedstaat erfolgen können, in dem die verurteilte Person ihren Wohnsitz hat. Voraussetzung ist, dass dieser (der Mitgliedstaat) zustimmt, wobei insbesondere Resozialisierungsgesichtspunkte eine Rolle spielen wie etwa die Aufnahme eines Studiums oder Ausbildung.

Die Resozialisierung der betroffenen Person ist jedoch nicht die einzige kriminalpolitische Zielsetzung der Rahmenbeschlüsse. So zielen nach Ansicht der EU-Kommission beide Rahmenbeschlüsse darauf ab, die Überfüllung von Haftanstalten zu verringern, und damit Haftbedingungen zu verbessern, sowie den Staatshaushalt zu entlasten.²⁶ Während die Überstellung von Inhaftierten nach Rahmenbeschluss 2008/909/JI insoweit einen direkten Effekt haben dürfte, ist die Wirkung bei Rahmenbeschluss 2008/947/JI mittelbarer. Durch die Möglichkeit des Transfers einer Bewährungsstrafe oder einer alternativen Sanktion sollen Gerichte weniger der Versuchung erliegen, EU-Ausländer mit einer Haftstrafe zu belegen, etwa weil die Einhaltung von Bewährungsaufgaben als unwahrscheinlich oder die Fluchtgefahr als hoch eingestuft wird.²⁷

Die Zielsetzung der EU-Kommission, die Überfüllung europäischer Haftanstalten mittels Transfers zu verringern, ist kaum nachzuvollziehen. Das Überstellungssystem ist keineswegs ein Verteilungsmechanismus, der etwa Häftlinge in Mitgliedstaaten transferiert, in denen GefängnisKapazitäten frei sind. Dies zeigt auch der Umstand, dass Polen sich in Nr. 11 des Rahmenbeschlusses 2008/909/JI eine einstweilige Ausnahmeregelung in Form einer fünfjährigen Aussetzung der Umsetzung des Rahmenbeschlusses ausbedungen hat. Hintergrund dürfte vor allem sein, dass polnische Staatsbürger in vielen EU-Ländern einen beträchtlichen Anteil der Gefängnispopulationen ausmachen und man wohl einer Überstellungsflut zuvorkommen wollte. Dass diese Befürchtungen sich jedoch letztlich nicht bestätigten, lässt sich auch daran ablesen, dass Polen trotz der Ausnahmeregelung als einer der ersten EU-Mitgliedstaaten bereits zum 1.1.2012 den Rahmenbeschluss in nationalstaatliches Recht umgesetzt hat.²⁸

3. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im EU-Rechtshilfesystem

Eine besondere Bedeutung kommt dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der EU-weiten Rechtshilfe zu. Die EU-Kommission sieht in dem Prinzip den Eckstein des gemeinsamen Rechtsraums, welches die Basis für die Rahmenbeschlüsse bildet und überdies seinen Niederschlag in der in allen Rahmenbeschlüssen vorgesehenen Bestimmung fin-

¹⁸ Unter den Bestrebungen der EU zur Etablierung eines Überstellungssystems ist auch der Europäische Haftbefehl zu nennen. Unter besonderen Voraussetzungen ist dieser nicht allein zur Strafverfolgung, sondern auch zur Strafvollstreckung anwendbar. Dieser wird je nach Fallgestaltung durch Rahmenbeschluss 2008/909/JI/JI substituiert oder komplementiert.

¹⁹ *Pleić*, in: Duić/Petrašević (Hrsg), *Eu Law In Context – Adjustment To Membership And Challenges Of The Enlargement – Conference Book Of Proceedings, Eu and Comparative Law Issues And Challenges Series International Scientific Conference*, 2019, S. 375 (379).

²⁰ Siehe Rahmenbeschluss 2008/909/JI/ Nr. 8 und Rahmenbeschluss 2008/947/JI Nr. 8.

²¹ Siehe Rahmenbeschluss 2008/909/JI/ Nr. 9 und Rahmenbeschluss 2008/947/JI, Nr. 8 in einem leicht abweichenden Wortlaut.

²² KOM (2011) 327 endg., S. 6.

²³ *Durnescu*, *ERA Forum* 2017, 355 (362).

²⁴ KOM (2014) 57 endg., S. 3.

²⁵ KOM (2014) 57 endg., S. 8.

²⁶ KOM (2014) 57 endg., S. 12.

²⁷ *Durnescu*, *ERA Forum* 2017, 355 (357).

²⁸ Siehe dazu die Übersicht, abrufbar unter

https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat/EN/36 (3.4.2020).

det.²⁹ Art. 67 Abs. 3 AEUV bestimmt, dass durch die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen ein hohes Maß an Sicherheit gewährleistet werden soll. Obwohl nicht im AEUV ausdrücklich erwähnt, wird das Prinzip gegenseitiger Anerkennung gemeinhin dem weit abstrakteren Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zugeordnet bzw. als dessen Konsequenz betrachtet.³⁰

In der Strafvollstreckung spiegeln sich in wie in kaum einem anderen Gebiet rechtskulturelle Besonderheiten der mitgliedstaatlichen Rechtshilfesysteme wider. Entsprechend vielseitig ist die Bandbreite von Haupt- und Nebenstrafen, Maßnahmen und alternativen Sanktionen. Dies gilt auch für Deutschland und die Niederlande. Kennt etwa das deutsche Strafrecht als Hauptstrafen Freiheitsentziehung und Geldstrafen (§§ 38 ff. StGB), kommen im niederländischen Recht noch die sogenannte *taakstraf*, die Arbeitsstrafe, hinzu.³¹ Diese systemischen Unterschiede können die gegenseitige Anerkennung in der Rechtsanwendungspraxis erheblich erschweren. Ipso iure setzt gegenseitige Anerkennung das Vertrauen in Legalität und Legitimität einer mitgliedstaatlichen Entscheidung voraus, womit Fragen nach der Rechtsqualität weitestgehend ausgeblendet werden. Im Rahmen von Überstellungen erfordert dies neben dem Vertrauen der rechtskonformen Ausgestaltung und Anwendung entsprechender Vorschriften bis zu einem gewissen Grad auch die Annahme, dass die Grundrechte von allen Mitgliedstaaten in ganz Europa uneingeschränkt geachtet werden.³² Absoluten Charakter kommt dabei dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nicht zu.³³

Auf die Rechtshilfe gemäß Rahmenbeschluss 2008/909/JI und 2008/947/JI wirkt sich das Prinzip gleich in mehrfacher Hinsicht aus. Der Vollstreckungsstaat übernimmt eine Strafe, ohne die Rechtmäßigkeit des zugrundeliegenden Urteils zu beurteilen. Der Ausstellungsstaat hingegen überstellt eine verurteilte Person, ohne Einfluss auf die Bedingungen zu haben, unter denen die Strafe vollstreckt wird. Problematisch wird dies sowohl für die niederländische als auch deutsche Überstellungspraxis, insbesondere mit Blick auf schlechte Haftbedingungen in manchen Mitgliedstaaten.³⁴ Überstellungen können dann einen Verstoß gegen das in Art. 3 EMRK

bzw. Art 4 EU-Grundrechtecharta kodifizierte Folterverbot darstellen.³⁵ So ist zum Beispiel in beiden Ländern die Überstellung von Personen nach Rumänien weitgehend ausgesetzt. Dass dies keineswegs nur ein Problem südosteuropäischer Gefängnisse darstellt, zeigt die Situation in so manchen Gefängnisanstalten in Südfrankreich bzw. Belgien, wo eine Reihe von Streiks des Gefängnispersonals zu beträchtlichen Verschlechterungen der Haftbedingungen führte.³⁶ Insoweit ähnelt die Problematik der Diskussion, die spätestens seit der Aranyosi- und Căldăraru-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Zusammenhang mit Überstellungen im Rahmen des Europäischen Haftbefehls geführt wird und die zu beträchtlichem Konfliktpotenzial zwischen den Mitgliedstaaten geführt hat.³⁷ Befriedend wirkt dabei immerhin, dass im Unterschied zu Überstellungen im Rahmen des Europäischen Haftbefehls der Urteilsstaat nicht zu einer Überstellung nach Rahmenbeschluss 2008/909/JI verpflichtet ist. Da dennoch eine Überstellung gegen den Willen des Betroffenen möglich ist, ist die EU-Kommission früh auf dieses Problem aufmerksam geworden. So heißt es in ihrem Grünbuch: „weithin verfügbare Informationen über die Haftbedingungen [...] in anderen Mitgliedstaaten ermöglichen es den Ausstellungsstaaten, alle wichtigen Faktoren zu berücksichtigen, bevor sie eine Überstellung in die Wege leiten.“³⁸ Wo genau diese Informationen zu finden sein sollen, darüber schweigt sich das Grünbuch aus. In der Rechtshilfepraxis stehen eine Reihe verschiedener Informationsquellen zur Verfügung, wie etwa Berichte des Europarats, der nationalen Ombudsstellen, aber auch die Rechtsprechung des EGMR und anderer Gerichte, wobei im Einzelnen keine Hierarchie zwischen den Quellen besteht.³⁹ So stützte sich etwa der Amsterdamer Gerichtshof bei der Frage nach den Haftbedingungen in Lettland auf eine Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen.⁴⁰ Dies zeigt: In der mitgliedstaatlichen Überstellungspraxis besteht ein Spannungsfeld zwischen dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung und den fundamentalen Rechten der betroffenen Person, welches nicht immer leicht in Einklang zu bringen ist.⁴¹

II. Empirische Falldaten zur Überstellungspraxis

Um einen Eindruck von der Überstellungspraxis zwischen Deutschland und den Niederlanden zu bekommen, lohnt sich

²⁹ KOM (2014) 57 endg., S. 6–8.

³⁰ *Klip*, European Criminal Law – An Integrative Approach, 3. Aufl. 2016, S. 101; siehe zudem *Merkel/Scheinfeld*, ZIS 2012, 206 (212). Zur weitgehend synonymen Verwendung siehe etwa *Swoboda*, ZIS 2018, 276.

³¹ *Kelk*, Studieboek materieel strafrecht, 6. Aufl. 2016, S. 535.

³² *Mitsilegas*, EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe, 1. Aufl. 2016, S. 126.

³³ *Martufi*, New Journal of European Criminal Law 2018, 43 (47).

³⁴ *Graat/Oude Breuil/van Uhm/van Gelder/Hendrikse*, in: Marguery (Hrsg.), Mutual Trust under Pressure, the Transferring of Prisoners in the EU – Transfer of Judgements of Conviction in the European Union and the Respect for Individual's Fundamental Rights, 2018, S. 3, abrufbar unter <https://euprisoners.eu/documents/> (3.4.2020).

³⁵ Siehe für die Niederlande die Entscheidung des Gerichtshofs Amsterdam v. 22.10.2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO1448.

³⁶ Siehe dazu European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) Public statement concerning Belgium, 2017, S. 2, abrufbar unter <https://rm.coe.int/pdf%20/1680731786> (3.4.2020).

³⁷ *Pleić* (Fn. 19), S. 377.

³⁸ KOM (2011) 327 endg., S. 6.

³⁹ *Graat/Oude Breuil/van Uhm/van Gelder/Hendrikse* (Fn. 34), S. 29.

⁴⁰ Entscheidung des Gerichtshofs Amsterdam vom 13.9.2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6014.

⁴¹ *Marguery*, Mutual Trust under Pressure, the Transferring of Sentenced Persons in the EU, 1 Aufl. 2018, S. 22.

ein Blick auf die Fallzahlen. Während Daten zum Europäischen Haftbefehl von der EU-Kommission zentral erhoben werden, ist dies nicht der Fall für Überstellungen gemäß Rahmenbeschluss 2008/909/JI und Rahmenbeschluss 2008/947/JI. Die Datenerhebung bleibt den Mitgliedstaaten weitgehend selbst überlassen. In den Niederlanden werden Überstellungsfälle gem. Rahmenbeschluss 2008/909/JI in einer landesweiten Datenbank erfasst (LURIS, Landelijk Uniform Registratiesysteem Internationale Rechtshulp), während Überstellungen nach Rahmenbeschluss 2008/947/JI zentral beim Internationalen Rechthilfezentrum (IRC) in Noord-Holland verwaltet werden.⁴² Für sämtliche eingehende wie ausgehende Überstellungsersuchen nach Rahmenbeschluss 2008/909/JI ist eine Abteilung des Justizministeriums in Den Haag zuständig (Internationale Overdracht Strafvonnissen), während für sämtliche Überstellungen nach Rahmenbeschluss 2008/947/JI das IRC Noord-Holland in Haarlem (Abteilung WETS-ETM Centrale Autoriteit) zuständig ist. Es zeigt sich in den Niederlanden eine starke Tendenz zur Zentralisierung der grenzüberschreitenden Kooperation in Strafsachen.

In Deutschland hingegen werden Daten zu den Rahmenbeschlüssen nicht länderübergreifend gesammelt und veröffentlicht, wie jüngst eine kleine Anfrage von Bundestagsabgeordneten ergab.⁴³ Auch der jährlich erstellten Auslieferungstatistik des Bundesamtes für Justiz können diese Daten nicht entnommen werden.⁴⁴ In NRW sind für eingehende wie ausgehende Ersuchen die örtlichen zuständigen Staatsanwaltschaften verantwortlich. Die Falldaten werden an das Justizministerium NRW übermittelt.⁴⁵

1. Niederländische Falldaten zu den Rahmenbeschlüssen 2008/909/JI und 2008/947/JI

Vom niederländischen Ministerium für Justiz und Sicherheit wurden seit Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/909/JI im Jahre 2013 bis Ende 2017 insgesamt 1.155 eingehende Bescheinigungen aus anderen EU Mitgliedstaaten registriert. Die meisten der Bescheinigungen kamen aus Belgien (N = 305), Deutschland (N = 304) und Großbritannien (N = 128). Nicht jede eingegangene Bescheinigung führte jedoch auch zu der Überstellung einer Person. Tatsächlich aus anderen

⁴² *Nauta/Van Aalst/Özgül*, Evaluatie Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties (Wets), 2018, S. 6, abrufbar unter <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/07/17/tk-bijlage-evaluatie-wet-wederzijdse-erkenning-en-tenuitvoerlegging-vrijheidsbenemende-en-voorwaardelijke-sancties> (3.4.2020).

⁴³ BT-Drs. 19/3596; BT-Drs. 19/3305, S. 3.

⁴⁴ Die Statistiken sind abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Auslieferung/Auslieferung_node.html (3.4.2020).

⁴⁵ Für die vorliegende Studie wurden die Falldaten vom Justizministerium NRW zur Verfügung gestellt. Die niederländischen Daten sind öffentlich verfügbar, siehe *Nauta/Van Aalst/Özgül* (Fn. 42).

EU-Mitgliedstaaten in niederländische Gefängnisse überstellt wurden 586 Personen, was einer Quote von ca. 51 % entspricht. Im selben Zeitraum wurden lediglich 118 ausgehende Bescheinigungen aus den Niederlanden in andere EU-Mitgliedstaaten registriert. Die Quote beträgt damit in etwa 1:10 oder anders formuliert: auf zehn eingegangene Ersuchen kam lediglich ein Ersuchen der Niederlande zur Überstellung ins EU-Ausland. Ausgehende Ersuchen aus den Niederlanden gingen hauptsächlich nach Belgien (N = 36), Deutschland (N = 17), sowie nach Frankreich (N = 15) und Polen (N = 10). Die Zahl der letztlich durchgeführten Überstellungen ins EU-Ausland ist jedoch gering: Lediglich 22 Personen wurden zwischen 2013 und 2017 aus den Niederlanden gemäß Rahmenbeschluss 2008/909/JI/2008 ins EU-Ausland überstellt.⁴⁶

Seit der Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/947/JI im Jahr 2016 bis Ende 2017 sind insgesamt 237 Urteile und Bewährungsentscheidungen aus den Niederlanden ins Ausland „gereist“.⁴⁷ Die meisten Bescheinigungen gingen nach Belgien (N = 86), gefolgt von Polen (N = 21) und Deutschland (N = 16). Im selben Zeitraum wurden hingegen nur 44 Fälle registriert von Sanktionen oder Bewährungsmaßnahmen, die von Behörden eines anderen EU-Mitgliedstaats verhängt und zur Vollstreckung in die Niederlande überwiesen wurden. Von diesen eingegangenen Bescheinigungen wurden immerhin 31 von den Niederlanden auch vollstreckt (Vollstreckungsrate 74 %). Dabei handelte es sich insbesondere um Bewährungsaufgaben (N = 17) sowie Arbeitsstrafen (N = 8). Bei den ausgehenden Bescheinigungen handelte es sich mehrheitlich um Delikte aus den Bereichen Betäubungsmittel (N = 32), Körperverletzung (N = 32) und Verkehrsdelikte (N = 12).

2. Nordrhein-westfälische Falldaten zu den Rahmenbeschlüssen 2008/909/JI und 2008/947/JI

Mit Blick auf die Daten zu Überstellungen aus und nach NRW betreffend sowohl den Rahmenbeschluss 2008/909/JI als auch Rahmenbeschluss 2008/947/JI ist zu beachten, dass die beiden Rahmenbeschlüsse erst 2015 umgesetzt wurden, und die Fallzahlen sich daher lediglich auf einen Zeitraum von zwei Jahren beziehen. Im Jahre 2016 registrierte das Justizministerium NRW insgesamt 61 Fälle von Überstellungen gem. Rahmenbeschluss 2008/909/JI ins EU-Ausland. Davon wurden allein 55 Personen in die Niederlande überstellt (90 %), während ein Fall nach Belgien ging. 2017 stieg die Zahl der Überstellungen auf 72 Fälle, wobei davon 52 in die Niederlande gingen. Insgesamt hat NRW damit zwischen 2016 und 2018 133 Personen ins EU-Ausland überstellt. 80 % der Überstellungen gingen in das Nachbarland Niederlande, gefolgt von Italien (N = 5), Polen (N = 4) und Frankreich (N = 3). Dem stand eine deutlich geringere Zahl an eingehenden Ersuchen gegenüber. So wurden 2016 13 Personen nach NRW aus dem EU Ausland überstellt, während es 2017 bereits 24 Personen waren. Über die Zahl der eingehenden

⁴⁶ *Nauta/Van Aalst/Özgül* (Fn. 42), S. 69.

⁴⁷ Zu beachten ist, dass diese Zahl auch Nicht-EU-Staaten wie die Türkei (N = 1) und Curacao (N = 2) sowie unbekanntere Länder (N = 96) umfasst.

und ausgehenden Bescheinigungen, die Art des Delikts sowie Dauer der Haftstrafe lassen sich mangels Daten keine Angaben machen.

Transfers gemäß Rahmenbeschluss 2008/947/JI waren in NRW seit Umsetzung des Rahmenbeschlusses deutlich unpopulärer. Nach Angaben des Justizministeriums NRW lag die Zahl der eingehenden Ersuchen aus anderen EU-Mitgliedstaaten zur Übernahme von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen zwischen 2015 und Mai 2018 bei insgesamt 19 Fällen. Etwa zwei Drittel aller Anträge wurden von den Niederlanden gestellt. Noch weniger Fälle wurden bei den ausgehenden Ersuchen registriert, also Fälle, in denen NRW ein anderes EU-Land aufforderte, eine Bewährungsmaßnahme oder eine alternative Sanktion zu übernehmen. So wurde bis Ende 2017 insgesamt lediglich ein einziger Fall bekannt. Grund dafür, dass ausgehende Überstellungen nach 2008/947/JI in der nordrhein-westfälischen Rechtshilfepraxis bislang kaum eine Rolle spielten, dürfte vor allem sein, dass Richter den bürokratischen Aufwand für eine als eher unbedeutend wahrgenommene Sanktion scheuen. So steht zu vermuten, dass in der Rechtspraxis bei Verurteilung eines EU-Ausländers mit Lebensmittelpunkt im Ausland zu einer Bewährungsstrafe, diese schlicht ohne Auflagen verhängt wird, womit eine Übernahme nach Rahmenbeschluss 2008/947/JI de facto überflüssig wird.

3. Interpretation und Einordnung der Falldaten

Die geringen Fallzahlen, Unterschiede bei der Strafvollstreckung und die teilweise unvollständigen Daten erschweren vergleichende Bewertungen des Überstellungssystems. Dennoch lassen sich einige allgemeine Aussagen treffen. Mit Blick auf die Niederlande fällt hinsichtlich Rahmenbeschluss 2008/909/JI zum einen die beträchtliche Diskrepanz zwischen eingehenden und ausgehenden Bescheinigungen (ca. 1:10) auf. Zum zweiten zeigt sich, dass von den wenigen ausgehenden Bescheinigungen (N = 118) nur lediglich jedes fünfte letztlich zu einer Überstellung führte. Dagegen war immerhin die Hälfte der eingehenden Ersuchen nach Rahmenbeschluss 2008/909/JI erfolgreich.

Die Ursachen für dieses niederländische Vollzugsdefizit sind vielseitig, dürften aber vor allem am mangelnden Personal liegen. Zudem könnte die fehlende Notwendigkeit einer stärkeren Fokussierung von Überstellungen eine Rolle spielen. Die Niederlande hat in den vergangenen Jahren einen beispiellosen Rückgang der Häftlingszahlen erlebt.⁴⁸ Die Schrumpfung der Häftlingspopulation war so groß, dass zwischen 2014 und 2017 Haftanstalten in Tilburg und Norgerhaven mit Häftlingen aus Belgien und Norwegen besetzt wurden.⁴⁹ Mit einer Inhaftierungsquote von 53 Häftlingen auf 100.000 Einwohner liegen die Niederlande im europäischen Vergleich am unteren Ende des Spektrums.⁵⁰ Ursächlich sind dafür verschiedene Faktoren, wie etwa der Rückgang von

Gewaltverbrechen, demographische Veränderungen, sowie Verschiebungen in der Vollstreckungspraxis hin zu mehr Bewährungs- und Arbeitsstrafen.⁵¹

Ähnlich stellt sich die Situation in Deutschland dar, wo die Inhaftierungsrate im Jahre 2017 bei 76 Häftlingen pro 100.000 Einwohner lag, was einer Senkung von 22 % seit 2003 entspricht.⁵² Die Inhaftierungsrate lag in NRW mit 86 Insassen auf 100.000 Bürger zwar höher als der bundesdeutsche Durchschnitt.⁵³ Ausweislich der Justizstatistik NRW lag die Auslastung nordrhein-westfälischer JVAen bei rund 83 %.⁵⁴ Auch wenn diese Auslastung als hoch einzustufen ist machten die vorhandenen Haftkapazitäten eine systematische Entlastung mittels Gefangenenüberstellungen nicht unbedingt notwendig.

Ein weiterer nicht unbedeutender Faktor für die Beurteilung der Überstellungspraxis dürfte zudem die Zahl der inhaftierten EU-Ausländer sein. Da die Rahmenbeschlüsse gerade nicht die Staatsbürgerschaft, sondern den Lebensmittelpunkt der inhaftierten Person als ausschlaggebendes Kriterium betrachten, ist die Nationalität ein nur wenig aussagekräftiger Indikator. Dennoch vermitteln die Daten einen Eindruck hinsichtlich des Ausschöpfungspotentials der Rahmenbeschlüsse. So betrug deren prozentualer Anteil von EU-Ausländern in niederländischen Haftanstalten 2016 rund 7,5 % (N = 653).⁵⁵ Aus dem Umstand, dass im selben Jahr lediglich 47 Bescheinigungen verschickt und letztendlich nur fünf Personen ins EU-Ausland überstellt wurden, lässt sich schließen, dass das Potential von möglichen Überstellungen bei weitem nicht ausgeschöpft wurde.

Ähnlich stellt sich die Situation in NRW dar. Zwar liegen keine Zahlen zum Anteil von EU-Ausländern in nordrhein-westfälischen Justizvollzugsanstalten vor. Legt man jedoch den prozentualen Anteil von EU-Ausländern an der bundesdeutschen Häftlingspopulation zugrunde, die sich bei ca.

⁵¹ Van Dijk, in: Shea/Kury (Hrsg.), *Punitivity International Developments*, Vol. 1: Punitiveness – A Global Phenomenon?, 2011, 203 (215).

⁵² Dünkel, *European Journal of Criminology* 14 (2017), 629 (634).

⁵³ Berechnungsgrundlage 15.669 Inhaftierte zum Stichtag 1.1.2017 bezogen auf eine Bevölkerungszahl von 17.890.100 Einwohner. Daten abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/zahlen_fakten/statistiken/justizvollzug/belegungsdaten/belegungszahlen/belegungsfaehigkeit.pdf (3.4.2020).

⁵⁴ Belegungsfähigkeit der Justizvollzugsanstalten und durchschnittliche Belegung abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/zahlen_fakten/statistiken/justizvollzug/belegungsdaten/belegungszahlen/belegungsfaehigkeit.pdf (3.4.2020).

⁵⁵ Aebi/Tiago/Burkhardt, *SPACE I – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations, 2016*, S. 72. Abrufbar unter http://wp.unil.ch/space/files/2019/02/SPACE-I-2016-Final-Report_Updated_190207.1.pdf.

⁴⁸ Dünkel, *European Journal of Criminology* 14 (2017), 629 (630).

⁴⁹ Pakes/Holt, *British Journal of Criminology* 57 (2015), 79.

⁵⁰ Dünkel, *European Journal of Criminology* 14 (2017), 629 (634).

10 % bewegt, dann lässt sich der Anteil leicht schätzen.⁵⁶ Auf die ca. 1.500 EU-Ausländer in NRW kamen 2016 nur 61 Überstellungen. Selbst wenn man in Betracht zieht, dass viele dieser Häftlinge ihren Lebensmittelpunkt in Deutschland gehabt haben dürften, lässt sich auch hier nicht von der Ausschöpfung des möglichen Potentials ausgehen.

Ordnet man diese empirischen Daten in die eingangs erwähnte Diskussion um Crimmigration ein, so lässt sich mit einiger Sicherheit konstatieren, dass von einem Missbrauch der Transfersystems zur Migrationskontrolle in Deutschland und den Niederlanden bislang keine Rede sein kann. Nicht allein die geringen Fallzahlen sprechen gegen eine solche Annahme. Auch die Tatsache, dass kaum Überstellungen nach Ost- und Südosteuropa erfolgten, bestätigt dies, und dies obwohl diese Länder für Maßnahmen der Migrationskontrolle besonders anfällig sind. Vielmehr zeigt sich eine deutliche Präferenz für Überstellungen in unmittelbare Nachbarländer, für NRW in die Niederlande und für die Niederlande nach Deutschland und Belgien. Es gilt allerdings nicht zu vergessen, dass die Rahmenbeschlüsse noch nicht lange in Kraft sind. So lässt sich nicht ausschließen, dass sich mit veränderten Rahmenbedingungen auch die Überstellungspraxis ändert, wenn etwa Rechtshilfekanal mit anderen EU-Mitgliedstaaten besser etabliert sind oder Gefängniskapazitäten schrumpfen und sich damit der Entlastungsdruck erhöht. Zudem lassen sich generelle Aussagen über das EU-Transfersystem als Ganzes nicht treffen.

III. Spezifische Herausforderungen in der Deutsch-Niederländischen Überstellungspraxis

Die niedrigen Fallzahlen von Überstellungen aus den Niederlanden und NRW sind auch Ausdruck spezifischer Herausforderungen, die sich aus der Rechtshilfepraxis ergeben. Insbesondere das niederländische Vollzugsdefizit, die Diskrepanz also zwischen ausgehenden Bescheinigungen und tatsächlich durchgeführten Überstellungen nach Rahmenbeschluss 2008/909/JI, lässt die Interpretation zu, dass die gegenseitige Anerkennung in der Vollstreckungspraxis nur selten erfolgt. Wie anders lässt sich erklären, dass 90 % der eingeleiteten Überstellungen aus den Niederlanden scheiterten? So führten von den 47 gesendeten Bescheinigungen im Jahr 2016 lediglich fünf zu einer Überstellung. 2017 lag der Wert nur geringfügig höher mit 32 versendeten Bescheinigungen und sechs Überstellungen.⁵⁷ Über die Gründe, warum die Überstellungen im Einzelnen nicht zustande kamen, lässt sich mangels Daten keine Aussage treffen. Dabei dürften neben der begrenzten Zahl von Ablehnungsgründen, die Rahmenbeschluss 2008/909/JI vorsieht (Art. 9), Reibungsverluste in der Rechtshilfe eine Rolle gespielt haben. Entscheidender dürften aber vor allem aus deutscher Sicht eine Reihe von Eigenheiten in der niederländischen Strafvollstreckungspraxis sein, welche die gegenseitige Anerkennung von Gerichtsentscheidungen erschweren. Im Folgenden soll daher

⁵⁶ Siehe dazu Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafvollzug – Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3.2018, S. 25.

⁵⁷ *Nauta/Van Aalst/Özgül* (Fn. 42), S. 53.

ein Blick auf diese Besonderheiten des niederländischen Strafrechtssystems geworfen und mit Blick auf die Herausforderungen in der Anerkennungspraxis analysiert werden.

1. Kurze Freiheitsstrafen

Kurze Freiheitsstrafen als solche unter sechs Monaten Haftdauer sind in Deutschland nach § 47 StGB nur in Ausnahmefällen vorgesehen. Die kurze Verweildauer im Strafvollzug gilt als wenig erfolgsversprechend, wobei insbesondere auf die niedrigen Resozialisierungschancen des Betroffenen, etwa durch das Herausreißen aus Beruf und Familie, verwiesen wird. Hinzukommen das Risiko überfüllter Haftanstalten und die Gefahr der kriminellen Ansteckung.⁵⁸ Ein Blick in die deutsche Vollzugsstatistik zeigt jedoch, dass trotz der genannten Vorbehalte in der Vollstreckungspraxis von der Möglichkeit kurzer Freiheitsstrafen nicht nur ausnahmsweise Gebrauch gemacht wird. So betrug die Zahl der inhaftierten Personen in NRW mit einer Vollzugsdauer bis unter sechs Monate zum Stichtag 31. August 2018 immerhin 25%.⁵⁹ Der Bundesdurchschnitt lag mit 22% nur geringfügig niedriger. Faktisch dürfte diese Zahl noch einmal höher sein, bezieht man etwa zusätzlich die Tatsache ein, dass durch die Anrechnung der Untersuchungshaft für viele Verurteilte oftmals nur eine kurze Haftzeit abzuleisten ist.⁶⁰ Hinzukommt die Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen, die in der Regel ebenfalls äußerst kurz ausfallen. Deutschlandweit saßen zum Stichtag 1. August 2018 immerhin 4.476 Personen eine Ersatzfreiheitsstrafe ab (prozentualer Anteil an der Gesamtgefangenenschaft: 10 %). In NRW betrug der Anteil von Ersatzfreiheitsstrafnern 9,5 %.⁶¹ Zum Stichtag 1. März 2018 machten bundesweit die Haftstrafen unter drei Monaten immerhin noch 11 % sämtlicher Freiheitsstrafen aus.⁶²

Im europäischen Ausland wird die Verhängung kurzer Freiheitsstrafen weniger kritisch betrachtet als in Deutschland.⁶³ Das gilt auch in den Niederlanden. Dort waren 2017 insgesamt 74 % der ausgeurteilten Freiheitsstrafen kürzer als drei Monate.⁶⁴ Noch 2011 und 2012 dauerte mehr als die

⁵⁸ *Streng*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 47 Rn. 2.

⁵⁹ Statistisches Bundesamt, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzugs jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres, 2018, S. 11. Die Zahl der kurz inhaftierten belief sich auf 2.846 von insgesamt 11.146 Gefangenen.

⁶⁰ *Streng* (Fn. 58), § 47 Rn. 12.

⁶¹ Statistisches Bundesamt (Fn. 59).

⁶² Die Daten sind abrufbar auf der Website des Statistischen Bundesamtes unter

<https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Tabellen/strafgefange.html> (3.4.2020).

⁶³ Siehe etwa *Besozzi/Kunz*, in: Hilgendorf/Rengier (Hrsg.) Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag, 2012, S. 580.

⁶⁴ *Van Loosdregt*, Nederland onveilig door groot aantal korte gevangenisstraffen, 2018, abrufbar unter

Hälfte der Gefängnisstrafen weniger als einen Monat.⁶⁵ In den Niederlanden verhängte Jugendstrafen dauerten 2018 im Mittel lediglich 76 Tage. Rund zwei Drittel (65%) der Haftstrafen für Jugendliche waren dabei kürzer als zwei Monate.⁶⁶ Begründet wird diese Sanktionspraxis für einen weiten Täterkreis interessanterweise mit der desozialisierenden Wirkung langer Freiheitsstrafen.⁶⁷ Eine Rolle dürfte dabei spielen, dass niederländische JVAen weit stärker auf Rehabilitation ausgerichtet sind, als dies in Deutschland der Fall sein dürfte, sodass die negative Wirkung kurzer Gefängnisaufenthalte abgemildert werden kann. Aus der niederländischen Vollstreckungspraxis allgemein auf ein mildes Strafklima zu schließen würde jedoch zu kurz greifen. Dagegen spricht etwa, dass in den Niederlanden eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne Aussicht auf Haftentlassung verhängt werden kann, eine Möglichkeit, von der seit 2006 immerhin in acht Fällen Gebrauch gemacht wurde.⁶⁸ Neben der lebenslangen Freiheitsstrafe können niederländische Richter für Mord eine Freiheitsstrafe von immerhin 30 Jahren verhängen. Derzeit wird über eine Anhebung dieser zeitlichen Grenze auf 40 Jahre diskutiert.⁶⁹

In der deutsch-niederländischen Überstellungspraxis können kurze Freiheitsstrafen sich problematisch auswirken. Art. 8 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2008/909/JI regelt, dass hinsichtlich einer Sanktion, die nach ihrer Dauer nicht mit dem Recht des Vollstreckungsstaats vereinbar ist, eine Anpassung nur in den Fällen erfolgen kann, in denen die Sanktion die nach innerstaatlichem Recht vorgesehene Höchststrafe überschreitet. Eine Verschärfung der Sanktion ist hingegen ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 8 Abs. 4). Im Rahmen der zugrundeliegenden Studie äußerten deutsche Staatsanwälte generelle Bedenken gegen die Übernahme von Kurzstrafklern, deren Haftzeit unter sechs Monate beträgt, aus den Niederlanden, aber auch aus anderen EU Mitgliedstaaten. Dabei dürften weniger rechtliche Gründe, wie etwa § 47 StGB, eine Rolle spielen, als vielmehr praktische Gesichtspunkte. So wird in einer vom niederländischen Justizministe-

rium durchgeführten Erhebung die durchschnittliche Dauer einer Überstellung ins Ausland im Zeitpunkt der Zustellung der Bescheinigung bis zur tatsächlichen Überstellung auf 1,5 Jahre geschätzt.⁷⁰

Zudem wird in der erwähnten niederländischen Erhebung explizit im Hinblick auf die Zeitspanne zwischen Ersuchen und Überstellung die Zusammenarbeit mit deutschen Staatsanwaltschaften kritisch betrachtet. Während die Kooperation mit belgischen Strafvollstreckungsbehörden gelobt wird, wird mit Blick auf Deutschland moniert, dass Fristen oftmals überschritten werden würden.⁷¹ Als Flaschenhals werden dabei die örtlichen Staatsanwaltschaften identifiziert, wo neben der nötigen Expertise auch häufig die Motivation für ein zügiges Verfahren fehlten. Dies hat dazu geführt, dass sich in der Überstellungspraxis Untergrenzen bei der Haftdauer gebildet haben, ab denen eine Überstellung überhaupt als sinnvoll betrachtet wird. So wird in NRW etwa eine Mindestfreiheitsstrafe von mindestens sechs bis sieben Monaten als notwendig erachtet, um ein Überstellungsverfahren einzuleiten. In den Niederlanden beträgt die minimale Reststrafendauer sechs Monate.⁷²

Das Problem kurzer Freiheitsstrafen ist damit jedoch nicht gelöst. Je nachdem wie viel Zeit die Überstellungsprozedur in Anspruch nimmt, könnte nach obligatorischer Anrechnung des bereits verbüßten Freiheitsentzugs gem. Art 17 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2008/909/JI die Person am Ende eine wenige Monate oder sogar Wochen dauernde Freiheitsstrafe ableisten. Einer solchen Praxis mögen aus deutscher Sicht zwar rechtliche Bedenken insbesondere mit Blick auf § 47 StGB entgegenstehen. Zudem dürfte sich die Frage danach stellen, ob sich der Aufwand einer Überstellung für eine kurze Haftstrafe überhaupt lohnt. Diese Abwägung obliegt jedoch dem Urteilsstaat, sodass in Fällen kurzer Freiheitsstrafen dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Vorzug gegeben werden sollte.

2. Arbeitsstrafen

Ein für die niederländisch-deutsche Überstellungspraxis bedeutender Unterschied des niederländischen Sanktionssystems ist der verbreitete Einsatz von Arbeitsstrafen (sog. taakstraff). Gemäß Art. 22b und 22c Wetboek van Strafrecht handelt es sich um eine selbständige Hauptstrafe.⁷³ Das StGB kennt als Hauptstrafen gem. §§ 38 ff. hingegen die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe, während gemeinnützige Arbeit außerhalb des JGG lediglich im Rahmen einer Bewährungsauflage nach § 56b Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StGB verhängt werden kann.

Die Arbeitsstrafe stellt in den Niederlanden eine der populärsten Strafformen dar. So beziffert die niederländische Justizstatistik im Jahr 2018 den Anteil verhängter Arbeitsstrafen an den insgesamt verhängten Strafen auf immerhin 31 %

<https://demonitor.kro-ncrv.nl/artikelen/nederland-onveilig-door-groot-aantal-korte-gevangenisstraffen> (3.4.2020).

⁶⁵ WODC, Factsheet Recidivebericht 2015 Landelijke cijfers over de terugval van justitiabelen bestraft in de periode 2002–2012, S. 5, abrufbar unter

https://www.wodc.nl/binaries/fs-2016-1-nw_tcm28-74220.pdf (3.4.2020).

⁶⁶ WODC, Criminaliteit en rechtshandhaving 2018, Ontwikkelingen en amenhangen, 2019, S. 63–64, abrufbar unter

<https://www.wodc.nl/cijfers-en-prognoses/Criminaliteit-en-rechtshandhaving/> (10.4.2020).

⁶⁷ Siehe dazu bereits *Blankenburg*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), 255 (269).

⁶⁸ WODC, Verhoging strafmaximum moord; is veertig het nieuwe dertig? Summary 2019, S. 3, abrufbar unter

<https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2854-onderzoek-verhogen-strafmaat-moord.aspx> (3.4.2020).

⁶⁹ WODC (Fn. 68), S. 4. Siehe zur Schwierigkeit, die Punitivität eines Strafsystems zu bestimmen *Dünkel*, *European Journal of Criminology* 14 (2017), 629 (631 ff.).

⁷⁰ *Nauta/Van Aalst/Özgül* (Fn. 42), S. 82.

⁷¹ *Nauta/Van Aalst/Özgül* (Fn. 42), S. 82.

⁷² *Nauta/Van Aalst/Özgül* (Fn. 42), S. 61. Bei Arbeitsstrafen beträgt die Mindestdauer 80 Stunden.

⁷³ *Schuyt*, T&C Strafrecht, commentaar op artikel 22c Wetboek van Strafrecht, 2019.

(Freiheitsstrafen 36 %, Geldstrafen 23 %). Für minderjährige Straftäter war die Arbeitsstrafe mit 74 % die bei weitem am häufigsten verhängte Strafe.⁷⁴ Maximal kann die Arbeitsstrafe für eine Dauer von 240 Stunden verhängt (Art. 22c Abs. 2 Wetboek van Strafrecht), zur Bewährung ausgesetzt und überdies mit einer Geldstrafe oder eingeschränkt mit einer Freiheitsstrafe kombiniert werden. Für eine Reihe von schweren Delikten ist die Verhängung der Arbeitsstrafe ausgeschlossen und das richterliche Ermessen eingeschränkt (Art. 22b Wetboek van Strafvordering). Laut niederländischer Bewährungshilfe beträgt die durchschnittlich verhängte Dauer von Arbeitsstrafen rund 60 Stunden. Dem Strafrichter steht es dabei frei zu bestimmen, welche Art der Arbeit vom Verurteilten ausgeführt werden muss, wobei die Gemeinnützigkeit ein wichtiges Kriterium darstellt. Bei Verstößen gegen die Auflagen kann der Richter die Arbeitsstrafe in eine zeitliche Gefängnisstrafe umwandeln. 2017 wurden rund drei Viertel der verhängten Arbeitstrafen vollständig abgeleistet, während rund 12 % vorzeitig abgebrochen und 13 % erst gar nicht angetreten wurden.⁷⁵

Die niederländische Rechtspraxis sowie die recht dogmatische Einordnung der Arbeitsstrafe als selbstständige Hauptstrafe stellt deutsche Strafvollstreckungsbehörden vor erhebliche Probleme bei der Anerkennung und Vollstreckung niederländischer Strafurteile. So mögen vielleicht passende Arbeitsmöglichkeiten gefunden werden. Unklar bleibt aber, wie die Ableistung in das Bewährungssystem eingebettet werden kann. Mangels Bewährungsstrafe kann der verurteilten Person schließlich kein Bewährungshelfer zugeordnet werden. Und selbst wenn man über diese formalen Hindernisse hinwegsehen wollte, so stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die Person die Arbeitsauflage unzureichend oder gar nicht erfüllt? Ein Widerruf der Strafaussetzung gem. § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB kommt schließlich nicht in Betracht mangels einer zugrundeliegenden Freiheitsstrafe.

In der Vollstreckungspraxis werden verschiedene Lösungsmodelle für dieses Problem diskutiert, ohne dass bislang eine befriedigende Lösung gefunden wurde. Ein pragmatischer Ansatz ist die Umwandlung der Arbeitsstrafe in eine Geldstrafe. Doch der Teufel liegt auch hier im Detail: Selbst wenn man sich auf eine einheitliche Umrechnungsgrundlage einigen könnte, käme bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gem. § 43 S. 1 StGB die Ersatzfreiheitsstrafe in Betracht. Dies steht jedoch diametral der Intention der Arbeitsstrafe entgegen, die gerade auf Haftvermeidung ausgerichtet ist. Überdies ließe sich argumentieren, dass dies eine *reformatio in peius*, eine Verböserung darstelle. Eine solche ist aber gerade gem. Art. 8 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses

2008/909/ JI ausdrücklich ausgeschlossen. Unbeachtlich ist dabei auch, dass die niederländische Strafvollstreckung durchaus die Umwandlung der Arbeitsstrafe in eine Haftstrafe vorsieht, etwa, wenn diese nicht erfüllt wird. Welche Voraussetzungen dafür jedoch im Einzelnen erfüllt sein müssen, lässt sich von deutschen Strafvollstreckungsbehörden kaum überblicken.

Wie mit der Problematik systemfremder Sanktionen umzugehen ist, stellt nicht etwa ein exotisches Problem der Überstellungspraxis dar. In Belgien etwa werden Freiheitsstrafen unterhalb von drei Jahren Dauer regelmäßig mittels elektronischer Fußfessel am Wohnort des Verurteilten verbüßt. In Deutschland hingegen stellt die elektronische Aufenthaltsüberwachung eine Weisung gem. § 61b Abs. 1 S. 1, Nr. 12 StGB dar mit dem entsprechend begrenzten Anwendungsspielraum.⁷⁶ Eine Überstellung aus Belgien und die Verbüßung der Freiheitsstrafe in einer deutschen Haftanstalt würde für den Betroffenen eine beträchtliche Schlechterstellung bedeuten.

Hier zeigen sich deutlich die Grenzen der gegenseitigen Anerkennung. Einen Ausweg dürften, neben der wenig realistischen vollständigen Harmonisierung der Sanktionssysteme, verbindliche Leitlinien für die Anpassung und Umwandlung von Strafen und alternativen Sanktionen innerhalb der verschiedenen Strafvollzugssysteme darstellen. Nur so kann Rechtssicherheit für Betroffene geschaffen und dem Problem des „forum fleeings“ entgegengewirkt werden.⁷⁷

3. Abwesenheitsurteile

Abwesenheitsurteilen kommt im deutsch-niederländischen Überstellungssystem eine wichtige Rolle zu. Bekanntheit erlangte etwa der Fall Boere, eines Naziverbrechers, der durch einen Amsterdamer Sondergerichtshof in Abwesenheit verurteilt worden war. Boere, der sich in Deutschland aufhielt, wurde nicht ausgeliefert, da das niederländische Abwesenheitsurteil ohne Hinzuziehung eines Pflichtverteidigers ergangen war. Die Auslieferung wurde verweigert, da dies nach deutscher Auffassung einen Verstoß gegen rechtsstaatliche Mindeststandards gem. § 83 Abs. 1 Nr. 3 IRG darstellt.⁷⁸ Damit war der Fall jedoch nicht abgeschlossen. Das Landgericht Aachen verurteilte Boere schlechterdings ein weiteres Mal zu lebenslanger Haft.⁷⁹ In Anbetracht des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens in das nationale Strafrechtspflegesystem bezeichnet *Duesberg* das Vorgehen des Gerichts als äußerst deplatziert und als einen von einem anti-quierten Souveränitätsstreben geleiteten nationalen Alleingang. Darin wird beispielhaft der Problemkreis von Abwesenheitsentscheidungen im Rechtshilfeverkehr mit Deutschland deutlich.⁸⁰

⁷⁴ WODC, *Criminaliteit en rechtshandhaving 2018 Ontwikkelingen en samenhangen*, 2019, S. 64, abrufbar unter <https://www.wodc.nl/cijfers-en-prognoses/Criminaliteit-en-rechtshandhaving/> (3.4.2020).

⁷⁵ Sämtliche Daten sind auf der Website der niederländischen Bewährungshilfe abrufbar unter <https://www.reclassering.nl/over-de-reclassering/wat-wij-doen/werkstraffen> (3.4.2020).

⁷⁶ Siehe zur Praxis in Belgien *Beyens/Roosen*, *European Journal of Probation* (9) 2017, 11.

⁷⁷ Siehe dazu *Merkel/Scheinfeld*, *ZIS* 2012, 206 (210 ff.).

⁷⁸ *Duesberg*, *ZIS* 2017, 66.

⁷⁹ LG Aachen, *Urt. v. 23.3.2010 – 52 Ks 45 Js 18/83 – 10/09 = StraFo* 2010, 190.

⁸⁰ *Duesberg*, *ZIS* 2017, 66. Es sei auch erwähnt, dass *Duesberg* auf zwei weitere ähnliche Entscheidungen verweist

Abwesenheitsurteile spielen in der niederländischen Strafrechtspraxis eine bedeutende Rolle.⁸¹ So dürfte der jährliche Prozentsatz von Urteilen, die in Abwesenheit des Angeklagten ausgesprochen wurden (sog. „verstekvonnis“), um die 35 % sämtlicher Urteile liegen.⁸² Nach niederländischem Recht steht es dem Beschuldigten frei, selbst in der eigenen Verhandlung anwesend zu sein. Voraussetzung für eine Verurteilung in Abwesenheit ist allein die ordentliche Zustellung der Ladung, von deren Vorliegen das Gericht überzeugt sein muss.⁸³ Überdies kann sich der Angeklagte nach richterlicher Zustimmung durch seinen Verteidiger vertreten lassen und die Verhandlung wird in Abwesenheit fortgeführt (Art. 279 Nr. 2 Wetboek van Strafvordering). Voraussetzung ist eine Erklärung des Prozessvertreters, vom Angeklagten zur Verteidigung ausdrücklich ermächtigt worden zu sein (Art. 279 Nr. 1 Wetboek van Strafvordering).⁸⁴ Eine Fortführung der Verhandlung und der Ausspruch eines Abwesenheitsurteils ist grundsätzlich auch ohne anwaltliche Vertretung möglich.⁸⁵ Gründe für die Zulässigkeit von Abwesenheitsverfahren dürften neben dem Interesse an einer effektiven Strafverfolgung auch die Intention sein, den staatlichen Strafanspruch nicht faktisch zur Disposition des Angeklagten zu stellen.⁸⁶

Abwesenheitsurteile sind in Deutschland gem. § 230 Abs. 1 und § 285 Abs. 1 S. 1 StPO nicht vorgesehen. Die persönliche Anwesenheit des Angeklagten kann auch nicht etwa durch die Anwesenheit eines Verteidigers ersetzt werden.⁸⁷ Unterschieden wird dabei zwischen Abwesenheit und dem Ausbleiben des Angeklagten. Letzteres wird rechtlich als freiwilliger Verzicht des Angeklagten auf sein Anwesenheitsrecht gewertet und liegt etwa vor, wenn er trotz ordnungsgemäßer Ladung zur Verhandlung bei Aufruf der Sache nicht im Gerichtssaal anwesend ist, nicht alsbald eintrifft oder sich nach Verhandlungsbeginn freiwillig entfernt (vgl. etwa § 232 StPO).

Zur Begründung der deutschen Rechtspraxis lohnt sich ein Blick auf einen Beschluss des BVerfG („Identitätskontrolle I“) aus dem Jahre 2015, von *Bock* treffender als „Abwesenheitsentscheidung“ bezeichnet.⁸⁸ Die Entscheidung bezieht sich zwar auf die Anwendung des Europäischen

Haftbefehls, ist aber in den wesentlichen Kernpunkten auch auf Überstellungen nach Rahmenbeschluss 2008/909/JI anwendbar. Die Grundsätzlichkeit, mit der das BVerfG sich mit der Frage der Auslieferung auf Grundlage eines ausländischen Abwesenheitsurteils auseinandersetzt, ist bemerkenswert. Neben dem Schuldgrundsatz sieht das Gericht das Rechtsstaatsprinzip und die Menschenwürde in Gefahr und weist auf eine „Gewährleistungsverantwortung“ deutscher Gerichte hin.⁸⁹ So sei die Verwirklichung des Schuldgrundsatzes als zwingendes Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips in Gefahr, wenn die Ermittlung des wahren Sachverhalts nicht sichergestellt sei.⁹⁰ Der Beschuldigte etwa müsse im Verfahren Umstände zu seiner Entlastung vorbringen bzw. solche, die für die Strafzumessung relevant sein können. Es sei ständige Rechtsprechung des BVerfG, dass bei der Auslieferung zur Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen die unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze bzw. der unverzichtbare Bestand der deutschen öffentlichen Ordnung zu beachten seien.⁹¹ Die deutsche Hoheitsgewalt dürfe die „Hand nicht zur Verletzung der Menschenwürde durch andere Staaten reichen“. Besondere Relevanz misst das Gericht dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens bzw. dem der gegenseitigen Anerkennung bei, ohne jedoch im Detail auf das Verhältnis der beiden zueinander einzugehen. So heißt es lediglich, der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruhe „auf dem gegenseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten [...], dass die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen in der Lage seien, einen gleichwertigen und wirksamen Schutz der auf Unionsebene und insbesondere in der Charta anerkannten Grundrechte zu bieten.“

Für die Rechtspraxis bedeute dies, dass eine aus den Gegebenheiten des Einzelfalls resultierende Aufklärungspflicht nicht gelte, unbeschadet des den europäischen Auslieferungsverkehr beherrschenden Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens.⁹² Danach sei ersuchenden Staaten im Hinblick auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes grundsätzliches Vertrauen entgegenzubringen.⁹³ Dies gelte insbesondere für Ersuchen aus EU-Mitgliedstaaten, denen gemäß BVerfG sogar „besonderes“ Vertrauen entgegenzubringen sei. Auslieferungsersuchen müssten daher von deutschen Gerichten nicht umfassend nachvollzogen werden, d.h. es bestehe keine Pflicht, Aufklärungsmöglichkeiten auszuschöpfen oder gar positiv festzustellen, dass dem ersuchenden Mitgliedstaat hinsichtlich der Wahrung des Schuldprinzips vertraut werden könne.⁹⁴ Eine Ermittlungspflicht gelte jedoch dann, wenn ausreichend Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der unverzichtbare Schutz der Menschenwürde nicht eingehalten wurde.

Im Hinblick auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bezieht sich das Gericht auf den EU-Rahmenbeschluss

(Spasic und Scheungraber) und diese ihrer grundlegenden Zielsetzung nach und zumindest unter Sicherheitsgesichtspunkten begrüßt.

⁸¹ *Pelsser*, in: Cleiren/Crijns/Valkenburg (Hrsg.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, 2019, S. 1735.

⁸² Siehe dazu die Studie von *Mein/Engelkamp*, *De Betekening en Executie van Verstekvonnissen*, 2005, S. 21. Die Daten beziehen sich auf die Jahre 2001, 2002 und 2003. Abrufbar unter

https://www.wodc.nl/binaries/1109-volledige-tekst_tcm28-67855.pdf (3.4.2020).

⁸³ Siehe dazu *Klitsch*, ZIS 2009, 11 (15).

⁸⁴ *Keulen/Knigge*, *Strafprocesrecht*, 13. Aufl. 2016, S. 443.

⁸⁵ *Pelsser* (Fn. 81), S. 1735-36.

⁸⁶ Siehe dazu *Bock*, ZIS 2019, 289 (301 ff.).

⁸⁷ Siehe dazu *Klitsch*, ZIS 2009, 11.

⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14. Siehe dazu *Bock*, ZIS 2019, 289.

⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 53–55.

⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 56.

⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 60.

⁹² BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 63.

⁹³ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 68.

⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 73.

zu Abwesenheitsurteilen unter Hinweis auf dessen Ziel, Verfahrensrechte zu stärken, die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zu erleichtern und die gegenseitige Anerkennung zu verbessern.⁹⁵ Darin sah der Rat der Europäischen Union sich veranlasst, die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Abwesenheitsentscheidungen in einer Reihe von Rahmenbeschlüssen (u.a. Rahmenbeschluss 2008/947/JI und 2008/909/JI) zu konkretisieren und den Katalog der Ablehnungsgründe zu ergänzen.⁹⁶ Dass der Rahmenbeschluss den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens kein einziges Mal erwähnt, dafür aber ausführlich die gegenseitige Anerkennung in den Vordergrund stellt, mag vor allem daran liegen, dass der Rahmenbeschluss ausdrücklich die „Arbeit der Praktiker“ in den Vordergrund rückt (Nr. 2).

Konkret schlägt sich diese Intention des Rates gleich in mehrerer Hinsicht im Rahmenbeschluss 2008/909/JI nieder. Art. 9 Abs. 1 lit. i des Rahmenbeschlusses sieht unter bestimmten Voraussetzungen einen Versagungsgrund der Anerkennung eines Abwesenheitsurteils und Vollstreckung der Sanktion vor. Eine Versagung ist hingegen etwa dann ausgeschlossen, wenn aus der Bescheinigung hervorgeht, dass die Person persönlich zur Verhandlung, die zum Abwesenheitsurteil geführt hat, vorgeladen wurde, oder dass die betreffende Person gegenüber einer zuständigen Behörde angegeben hat, dass sie die Entscheidung nicht anfecht. Umgesetzt wurden diese Regelungen des Rahmenbeschlusses 2008/909/JI in §§ 84 ff. IRG.⁹⁷ Dass dem deutschen Gesetzgeber dabei nicht ganz wohl gewesen sein dürfte, lässt sich daran erkennen, dass sich in § 84b Abs. 3 Nr. 1 lit. b IRG eine Verschärfung der Ladungsvoraussetzung befindet, und diese Ladung der betreffenden Person zur Abwesenheitsverhandlung „zweifelsfrei nachgewiesen“ werden muss. Ob ein simpler Vermerk in der Bescheinigung dafür ausreicht, ist zu bezweifeln. Zudem wird in § 84b Abs. 3 Nr. 2 und 3 IRG auf die Vertretung durch einen Verteidiger in Abwesenheit verwiesen, eine Voraussetzung, die im Rahmenbeschluss 2008/909/JI keine Erwähnung findet.

Wie deutsche Staatsanwaltschaften in Zukunft mit Überstellungen von in Abwesenheit Verurteilten umgehen, bleibt abzuwarten. Hier zeigt sich dennoch exemplarisch, wie schwierig der Umgang mit abstrakten Prinzipien, wie dem des gegenseitigen Vertrauens, in der Strafrechtspraxis ist. Abschließend sei erwähnt, dass die Skepsis gegenüber im Ausland getroffenen Abwesenheitsentscheidungen nicht eine typisch deutsche ist. So ist auch in den Niederlanden der bedeutendste Ablehnungsgrund für eine Überstellung nach Rahmenbeschluss 2008/909/JI ein Urteil in Abwesenheit.⁹⁸

⁹⁵ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 89.

⁹⁶ ABl. EU Nr. L 81 v. 27.3.2009, S. 24. Siehe zudem *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106 (108).

⁹⁷ Vgl. für Geldsanktionen *Trautmann*, SVR 2018, 1 (4).

⁹⁸ *Graat/Oude Breuil/van Uhm/van Gelder/Hendrikse* (Fn. 34), S. 41. Die entsprechenden niederländischen Regelungen finden sich in Art 2:13(h) Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties (WETS).

IV. Schlussbetrachtung

Eine zusammenfassende Bewertung des deutsch-niederländischen Transfersystems zeigt, dass die Fallzahlen von Überstellungen nach Rahmenbeschluss 2008/909/JI moderat sind. Dies gilt insbesondere für Überstellungen aus den Niederlanden. Hingegen ist die nordrhein-westfälische Überstellungspraxis nach Rahmenbeschluss 2008/947/JI ausbaufähig, während niederländische Behörden bei überstellten Bewährungsstrafen auf eine beträchtliche Fallzahl zurückblicken können. Ob es jedoch in Zukunft allein darum gehen kann, die Zahl der durchgeführten Überstellungen zu erhöhen, und damit die Rahmenbeschlüsse mit einem Effektivitätssiegel zu versehen, darf bezweifelt werden. Schließlich bemisst sich ein gut funktionierendes EU-weites Transfersystem auch daran, wie viele und wie sorgfältig Transferersuchen geprüft werden, und wie häufig man sich letztlich gegen eine Durchführung entschieden hat, sei es aus tatsächlichen oder rechtlichen Hindernissen. Maßstab dürfen dabei allein Resozialisierungschancen der betroffenen Person sein und diese lassen sich kaum unter Effektivitätsgesichtspunkten quantifizieren. Zudem kann mit Blick auf den systematischen Einsatz von Gefangenenüberstellungen zu Zwecken der Migrationskontrolle und vorgezogenen Abschiebungen Entwarnung gegeben werden. Bislang lassen sich dafür empirisch in NRW wie in den Niederlanden keine Anhaltspunkte finden.

Doch selbst wenn eine Erhöhung der Überstellungszahlen, aus welchen Gründen auch immer, gewollt wäre, bestehen weiterhin beträchtliche Hürden. Genannt seien insbesondere die Kompatibilitätsprobleme der Straf-, Sanktions- und Vollstreckungssysteme. Exemplarisch wurden diese Komplikationen anhand der Anerkennung von kurzen Freiheitsstrafen, Arbeitsstrafen und Abwesenheitsentscheidungen in den Niederlanden und Deutschland dargestellt. Dass es dabei mit dem rechtskulturell relativ ähnlichen Nachbarstaat zu Reibungsverlusten kommt, gibt einen Eindruck von den Schwierigkeiten, die erst im Überstellungsverkehr mit anderen EU-Mitgliedstaaten auftreten dürften. Bislang waren dabei Überstellungshindernisse, ähnlich wie beim Europäischen Haftbefehl, vor allem die schlechten Haftbedingungen in den Vollstreckungsstaaten.⁹⁹ Neben diesen tatsächlichen Hindernissen stellen sich eine Reihe rechtspraktischer Herausforderungen. So variiert etwa die Berechnungsgrundlage für die Dauer von Freiheitsstrafen in einigen EU-Mitgliedstaaten. Je nachdem, ob die Haftzeit in Monaten oder in Jahren berechnet wird, können sich dabei Differenzen in der Berechnung der Gesamthaftdauer ergeben. Eine Vereinheitlichung der Berechnungsgrundlagen ist nicht in Sicht. Weitgehend offen ist überdies, wie etwa mit Überstellungen von therapiebedürftigen Straftätern oder Jugendlichen umgegangen werden soll. Welche Therapieeinrichtungen sind in den einzelnen Mitgliedstaaten vorhanden und nach welchen rechtlichen Maßgaben werden diese geführt? Wie sind die Jugendstrafsysteme im Einzelnen ausgestaltet? Zukünftig wird zudem die Frage nach Opferschutzrechten im Transfersystem eine größere Rolle spielen müssen.

⁹⁹ Siehe dazu *Merkel/Scheinfeld*, ZIS 2012, 206 (212).

Die Handhabung des Prinzips des gegenseitigen Vertrauens fordert Rechtshilfepraktikern eine erhebliche Frustrationstoleranz ab. Ob dabei der Existenznachweis prinzipiell übereinstimmender rechtlicher Maßstäbe, die gegenseitiges Vertrauen rechtfertigten, noch aussteht, wie *Kromrey* und *Morgenstern* konstatieren,¹⁰⁰ kann insoweit dahinstehen. Im Falle Deutschlands und der Niederlande dürfte diese weitgehende Übereinstimmung mit Einschränkungen und trotz aufgezeigter Unterschiede zu bejahen sein. Aber auch für den pragmatischen Ansatz der gegenseitigen Anerkennung liegt der Teufel im Detail. Abhilfe könnte da wohl allein die in Art. 67 Abs. 3 AEUV „erforderlichenfalls“ vorgesehene Rechtsangleichung schaffen. Eine solche Harmonisierung des Vollstreckungs- und Sanktionsrechts ist in absehbarer Zukunft nicht zu erwarten. Aus Sicht der Rechtshilfepraxis bietet die verstärkte gegenseitige Anerkennung die Möglichkeit, den steigenden Ansprüchen an eine effektive Strafvollstreckung im EU-Rechtshilfeverkehr gerecht zu werden.

¹⁰⁰ *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106 (108).

Der Einsatz neuer Ermittlungsmaßnahmen

Das Beispiel stille SMS

Von PD Dr. **Hilde Farthofer**, Erlangen*

Erweiterte strafprozessuale Befugnisse werden von Politik und Gesellschaft ständig gefordert, um den heutigen Kriminalitätsphänomenen besser begegnen zu können. Dies führt dazu, dass der Einsatz neuer technischer Ermittlungsmethoden ständig erweitert wird und teilweise ihr Einsatz keine Deckung mehr in den Regelungen des Strafverfahrensrechts findet. Heimliche Maßnahmen werden bereits in großem Umfang bei den Ermittlungen eingesetzt, ohne dabei zu bedenken, dass durch sie erheblich in die Grundrechte eingegriffen wird. Für jede dieser Ermittlungsmethoden müsste eine spezielle Rechtsgrundlage vorliegen, dies bleibt aber zu bezweifeln. Mit der Entscheidung 2018 zum Einsatz der stillen SMS hat der Bundesgerichtshof mehr Probleme aufgeworfen, als gelöst. Der Beitrag setzt sich mit den Auswirkungen der Entscheidung auf die Anwendung zukünftiger neuer technischer Ermittlungsmaßnahmen auseinander. Hierbei wird auch auf das Problemfeld der möglichen Grundrechtsverletzungen eingegangen. Die sich ständig ändernden Möglichkeiten der digitalen Welt sind nicht nur auf Seiten der Kriminalität ein Problem, sondern auch hinsichtlich ihres Einsatzes bei der Bekämpfung. Grundrechtseingriffe sollten sich immer auf ein Minimum beschränken und nur aufgrund einer adäquaten und umfassenden Rechtsgrundlage vorgenommen werden. Eine Lösung kann jedenfalls nicht im bloßen Rückgriff auf die Auslegungsmethode der Technikoffenheit liegen.

I. Einleitung

Der Einsatz neuer technischer Möglichkeiten durch Ermittlungsbehörden kennt an Umfang und Eingriffsintensität kaum Grenzen. Die Nutzung von neuen Technologien findet in vielen Fällen jedoch bislang keine gesetzliche Grundlage in den bestehenden General- und Spezialermächtigungen. Ihrer Verwendung fehlt es somit grundsätzlich an der rechtlichen Legitimierung. Der Einsatz von derartigen Ermittlungsmaßnahmen kann nur im Wege extensiver Auslegung geltender Gesetze ermöglicht werden.¹ Es ist bislang auf rechtlicher Ebene nicht abschließend geklärt, inwieweit sich Ermittler z.B. smarter Haushaltsgeräte, Sprachsteuerungen wie Alexa oder anderer neuer technischer Errungenschaften bedienen dürfen.² Bei einigen neuen Ermittlungsmaßnahmen scheint die Rechtsgrundlage nach den Reformen 2008³ und 2017⁴

nun geklärt zu sein, wie etwa beim IMSI-Catcher und der Online-Durchsuchung. Eine Klärung der Rechtsgrundlage für die stille SMS hätte der Beschluss des Bundesgerichtshofs von 2018 bringen können.⁵ Jedoch sind etliche Fragen offen geblieben und neue aufgeworfen worden.

II. Die stille SMS

Der Gesetzgeber ging in seinem Gesetzesentwurf irrtümlicherweise davon aus, dass der Einsatz von stillen SMS mit der Reform 2008 entbehrlich werden würde.⁶ Auf den ersten Blick stellt sich die stille SMS als nicht sehr grundrechtseingriffsintensiv dar, da durch sie auf keine offensichtlich persönlichen Daten zugegriffen wird, im Gegensatz zu anderen Maßnahmen, wie etwa bei der Online-Durchsuchung. Sie dient vielmehr zur bloßen Feststellung des Standortes von Mobilfunkgeräten.

Eine stille SMS ist ein zweigliedriger Vorgang. Zum einen wird aktiv von den Ermittlern ein Ortungsimpuls versendet. Dieser wird vom Empfänger nicht wahrgenommen, da dabei weder ein akustisches noch ein visuelles Zeichen auf dem Display erzeugt wird. Das Mobilgerät muss hierfür im Standby-Modus, d.h. eingeschaltet und empfangsbereit sein, aber nicht benutzt werden.⁷ Derartige Signale werden vom Netzbetreiber zur Standortfeststellung in stündlichen Abständen versendet, um so die Betriebsbereitschaft zu garantieren. Die entstandenen Daten sind aber gem. § 96 TKG vom Mobilfunkbetreiber umgehend zu löschen und können deshalb von den Behörden nicht abgerufen werden.⁸

Im zweiten Schritt bestätigt das Mobilgerät den Empfang der stillen SMS und erzeugt einen Datensatz, der den Ermittlungsbehörden auf Anfrage vom Mobilfunkbetreiber übermittelt wird. Dadurch lässt sich der Standort des betreffenden Mobilfunkgerätes bestimmen. Die Genauigkeit der Standortfeststellung hängt von der jeweiligen Abdeckung des Gebietes mit Funksendemasten ab. Im städtischen Bereich kann die Ortung daher sehr präzise, teilweise auf 50 Meter genau erfolgen, anders auf dem Land, hier liegt die Genauigkeit im Kilometerbereich.⁹ Das Verfahren wird in Deutschland nicht zur einmaligen Aufenthaltsfeststellung, d.h. zum Zwecke der

* Die Verfasserin ist Vertreterin der Professur für Strafrecht an der WWU Münster. Sie habilitierte sich im Februar 2019 an der FAU Erlangen-Nürnberg.

¹ Ebenso Roggan, NJW 2015, 1995.

² Dazu u.a. Rüscher, NStZ 2018, 687.

³ Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21.12.2007 (BGBl. I 2007, S. 3198).

⁴ Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.12.2017 (BGBl. I 2017, S. 3202).

⁵ BGH, Beschl. v. 8.2.2018 – 3StR 400/17.

⁶ BT-Drs. 16/5846, S. 51; Singelnstein, NStZ 2012, 593 (602).

⁷ Krüger, ZJS 2012, 606.

⁸ Siehe u.a. Tölpe, Die strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme „stille SMS“, 2008, S. 24.

⁹ Ruhmannseder, JA 2007, 47 (48); zur Funkmasten-Abdeckung siehe u.a. die Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage „smartGermany – Digitale Infrastruktur im ländlichen Raum, BT-Drs. 19/9333.

Verhaftung einer bestimmten Person eingesetzt, sondern zur heimlichen Erstellung von Bewegungsprofilen.¹⁰

Die Maßnahme hat einige Vorteile gegenüber der konventionellen Observation. Insbesondere im Bereich der menschlichen Ressourcen der Exekutivbehörden können somit beträchtliche finanzielle Einsparungen erreicht werden. Ebenso wird die Gefahr der Entdeckung der Überwachung durch den Betroffenen stark minimiert. Die Technik hat jedoch bereits Gegenmaßnahmen ergriffen und Programme zur Erkennung derartiger SMS entwickelt.¹¹

In der ersten Hälfte 2019 wurden von der Bundespolizei 20.152 – in der zweiten Hälfte 2018 waren es 50.654 – und vom Bundeskriminalamt 6.302 – in der zweiten Hälfte 2018 waren es 21.337¹² – stille SMS versendet. Zahlen über die Nutzung dieser Maßnahme durch die Zollbehörden liegen aufgrund ihrer Kennzeichnung als Verschlusssache nicht vor.¹³ Gleiches gilt seit 2019 für ihren Einsatz durch das Bundesamt für Verfassungsschutz und generell für den Bundesnachrichtendienst.¹⁴ Dazu kommt außerdem die Nutzung dieser Ermittlungsmethode durch die Landeskriminalämter und Landesverfassungsschutzämter. 2013 wurden von bayerischen Ermittlungsbehörden 654.386 stille SMS versendet.¹⁵ Neuere Daten über die Nutzung sind nicht zugänglich. Aufgrund der fehlenden statistischen Daten auf Bundes- und Landesebene kann über die Effizienz dieser Maßnahme, in Verbindung mit den jeweiligen Straftaten zu deren Aufklärung sie eingesetzt wird, keine Rückschlüsse gezogen werden.¹⁶

III. Die geeignete Rechtsgrundlage

Die stille SMS besteht aus zwei Handlungen, das Versenden des Ortungsimpulses und die Abfrage des daraus entstandenen Datensatzes. Beides müsste von einer gemeinsamen gesetzlichen Regelung erfasst werden. Die Frage nach der

geeigneten Rechtsgrundlage war lange Zeit strittig. In concreto existiert eine solche bislang nicht.

Die Bundesregierung vertrat 2003 die Ansicht, dass als Ermächtigungsgrundlagen die §§ 161, 163 StPO in Verbindung mit § 100a StPO a.F., insbesondere in Bezug auf den im Letzteren enthaltenen Katalog schwerer Straftaten, und § 100b a.F. StPO, hinsichtlich des Richtervorbehaltes, herangezogen werden könnten.¹⁷

Der BGH entschied 2018, dass der Einsatz von stillen SMS nicht auf § 100a StPO in Verbindung mit §§ 161 Abs. 1 und 163 Abs. 1 StPO gestützt werden kann. Die Rechtsgrundlage für das Versenden der Ortungsimpulse sei § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO und für die Abfrage § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 3 StPO i.V.m. § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (Verkehrsdaten) und § 5 TKG oder § 100g Abs. 2 StPO i.V.m. § 113b Abs. 2 TKG (Pflichten zur Speicherung von Verkehrsdaten).

1. § 100a i.V.m. §§ 161 Abs. 1 und 163 Abs. 1 StPO

§ 100a StPO ist laut BGH im Falle der stillen SMS nicht einschlägig, da bei dieser das Element der Kommunikation fehle. „Kommunikation in diesem Sinne ist die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mittels Fernmeldetechnik gleicher Art.“¹⁸ Der Datenaustausch finde aber nur zwischen zwei technischen Geräten statt. Es fehle am menschlich veranlassten Transfer von Informationen, der zum Zweck hat, zwischen den Kommunikationsteilnehmern Inhalte auszutauschen.

Des Weiteren ist § 100a StPO darauf gerichtet, bereits erzeugte Daten abzurufen bzw. zu überwachen. Der Ermittlungsrichterbeschluss des BGH von 2001 macht zwar deutlich, dass die Standortdaten vom Netzbetreiber den Ermittlungsbehörden auf Anfrage auch dann mitzuteilen sind, wenn das Mobilgerät nicht benutzt wird, d.h. es nur eingeschaltet ist.¹⁹ Jedoch umfasst dies nicht die aktive Erzeugung von Datensätzen durch die Ermittler.²⁰ Dieses Vorgehen gehe daher über den gesetzlichen Rahmen des § 100a StPO hinaus.

Die Ermächtigungsgeneralklauseln der §§ 161 Abs. 1 und 163 Abs. 1 StPO sind als rechtliche Grundlagen für die Absendung der Ortungsimpulse nicht geeignet. Sie sind nur dann anwendbar, wenn keine spezielle Ermächtigungsgrundlage im Gesetz vorgesehen wird.²¹ Beide Regelungen dürfen nicht als Grundlage für Eingriffe genutzt werden, auf die eine spezielle Ermächtigungsgrundlage nicht anwendbar ist, weil deren Voraussetzungen nicht vollständig erfüllt werden.

Darüber hinaus würden nach der Schwellentheorie nur Grundrechtseingriffe mit geringer Intensität durch die §§ 161 und 163 StPO gedeckt sein. Die Maßnahme wird ohne Wissen des Betroffenen durchgesetzt und hat somit Zwangscharakter.²² Es kann kaum von einer geringen Eingriffsqualität gesprochen werden, da die Erstellung eines umfassenden

¹⁰ *Ruhmannseder*, JA 2007, 47 (50 f.). Anders z.B. in Österreich: hier wird die stille SMS nicht zur Standortfeststellung eingesetzt, Standortabfrage durch „Stille SMS“, 2109/AB v. 15.9.2014, Bundesministerium Inneres und schriftliche parlamentarische Anfrage, 2231/J v. 16.7.2014.

¹¹ Z.B. die Android App „SnoopSnitch“.

¹² BT-Drs. 19/7847.

¹³ BT-Drs. 19/12465, und BT-Drs. 19/11706; siehe auch *Tölpe* (Fn. 8), S. 29; dem Verfasser wurde jegliche Auskunft durch Ermittlungs- und Justizbehörden in Deutschland in Bezug auf den Einsatz der stillen SMS verweigert.

¹⁴ BT-Drs. 19/12465, S. 1, da sich „durch die regelmäßige halbjährliche Beantwortung [...] Einzelinformationen zu einem umfassenden Gesamtbild verdichten können“ und somit Rückschlüsse über die technische Ausstattung des Bundesamtes für Verfassungsschutz gezogen werden könnten.

¹⁵ BayLT-Drs. 16/11003.

¹⁶ Siehe auch *Krüger*, ZJS 2012, 606 (608); es fehlen u.a. belastbare Daten, die eine Verbindung zwischen den Katalogstraftaten, die Voraussetzung für die richterliche Bewilligung des Einsatzes von stillen SMS sind, und der Häufigkeit ihrer Versendung ermöglichen.

¹⁷ WD 7-3000-008/12, S. 7.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 22.8.2006 – 2 BvR 1345/03.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 21.2.2001 – 2 BGs 42/01 = MMR 2007, 237.

²⁰ So auch *Smith*, VR 2012, 334 (336).

²¹ *Smith*, VR 2012, 334 (337).

²² *Tölpe* (Fn. 8), S. 250 ff.

Bewegungsprofiles grundlegende Einblicke in die wesentliche Lebensgestaltung zulässt.

2. § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO – das Versenden

Seit den bedeutenden Änderungen des § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO im Januar 2008 ist auch die Feststellung des Standortes eines Mobilgerätes durch technische Mittel erfasst.²³ Sie stellt die Rechtsgrundlage für den Einsatz von IMSI-Catchern dar, d.h. Geräten, die eine Mobilfunkzelle eines bestimmten Netzbetreibers simulieren. Dieses Gerät kann sowohl den Standort feststellen als auch Gespräche abhören. Durch diese Maßnahme sind unterschiedslos alle Mobilfunkgeräte in der Umgebung betroffen.

Der Wortlaut des § 100i Abs. 1 StPO „durch technische Mittel“ bezieht sich aber nicht ausschließlich auf IMSI-Catcher, sondern lässt durchaus den Schluss zu, dass der Gesetzgeber hier die Erfassung anderer Technologien im Sinn hatte.²⁴ Dies ist verfassungsrechtlich zulässig und widerspricht nicht den Anforderungen an die Normenklarheit und Bestimmtheit.

3. § 100g Abs. 1 S. 3 StPO – Abrufen der Bestandsdaten

§ 100g Abs. 1 S. 3 StPO erlaubt die Erhebung von zukünftig oder in Echtzeit generierten Standortdaten. Dabei wird aber das aktive Versenden von Ortungsimpulsen nicht erfasst, sondern nur die Erhebung der Verkehrsdaten im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 1 TKG.

Die zweite vom Bundesgerichtshof angebotene Option, das Abfragen von Bestandsdaten gem. § 100g Abs. 2 StPO i.V.m. § 113b Abs. 4 TKG ist im Fall der stillen SMS nicht einschlägig, da es sich wie bereits erwähnt, um einen zweigliedrigen Akt handelt. Beide Akte erfolgen nahezu gleichzeitig, weshalb eine Echtzeitabfrage die wahrscheinlichere Alternative ist als eine rückwirkende.²⁵

IV. Die Kombination verschiedener Ermächtigungsgrundlagen

Das eigentliche Problem, das durch die Entscheidung des Bundesgerichts aufgeworfen wird, ist die Trennung des zweigliedrigen Aktes hinsichtlich der herangezogenen Rechtsgrundlagen. Es gibt für den Grundrechtseingriff durch die stille SMS keine gemeinsame spezielle Ermächtigungsgrundlage, sondern der Bundesgerichtshof hat sich für eine kombinierte Anwendung von zwei gesetzlichen Vorschriften entschieden. Dies stellt ein Vorgehen dar, das der Systematik der Strafprozessordnung widerspricht, da eine spezielle Maßnahme auch einer speziellen Eingriffsermächtigungsgrundlage bedarf.²⁶ Die beiden Akte der Maßnahme erfolgen – um

ihren Zweck zu erfüllen – unmittelbar aufeinander und sind nicht trennbar.

In Bezug auf die Online-Durchsuchung stellte der Bundesgerichtshof 2007 fest, dass es unzulässig ist, „einzelne Elemente von Eingriffsermächtigungen zu kombinieren, um eine Grundlage für eine neue technisch mögliche Ermittlungsmaßnahme zu schaffen. Dies würde dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes für Eingriffe in Grundrechte (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie dem Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen widersprechen.“²⁷ Der Beschluss des BGH zum Einsatz von stillen SMS setzt sich mit dieser Problematik nicht auseinander.²⁸ Durch die Teilung der Maßnahme in zwei voneinander getrennte Akte – das Versenden von Ortungsimpulsen und das Abrufen der so generierten Bestandsdaten – wird aber gerade die Situation heraufbeschworen, die der BGH 2007 kategorisch ablehnte, d.h. dass die Ermittlungsbehörden nach eigenem Ermessen zur Rechtfertigung neuer Ermittlungsmethoden verschiedene Grundlagen kombinieren. Ein derartiges Puzzle ermöglicht eine unbegrenzte Anzahl von Kombinationsmöglichkeiten und kann daher kaum den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Spezialermächtigung gerecht werden.

1. Straftatenkatalog der §§ 100i und 100g StPO

Die §§ 100i Abs. 1 und 100g Abs. 1 Nr. 1 StPO verweisen als Richtlinie auf die Katalogstraftaten des § 100a Abs. 2 StPO. Jedenfalls muss es sich um eine Straftat handeln, die auch im Einzelfall von erheblicher Bedeutung ist. Der Wortlaut „erheblicher Bedeutung“ ist entgegen der Auffassung des Gesetzgebers²⁹ schwer abgrenzbar und es kann nur versucht werden, ihn durch Einzelfallentscheidungen näher zu präzisieren. Handelt es sich um ein Verbrechen im Sinne des § 12 Abs. 1 StGB, ist anzunehmen, dass die Voraussetzung erfüllt ist, dies ist jedoch keinesfalls abschließend geklärt.³⁰

Grundsätzlich wird jedoch verlangt, dass die heimliche Ermittlungsmaßnahme auf Fälle des Schutzes und der Stärkung eines hinreichend gewichtigen Rechtsgutes beschränkt bleibt.³¹

2. Konkreter Verdacht

Für eine richterliche Anordnung nach §§ 100g oder 100i StPO ist ein bloßer allgemeiner Verdacht nicht ausreichend. Nach der Lebenserfahrung bzw. der kriminalistischen Erfahrung muss der Tatverdacht insoweit konkretisiert und verdichtet

²³ BGBl. I 2007, S. 3198.

²⁴ A.A. Rückert, NStZ 2018, 611 (614).

²⁵ Rückert, NStZ 2018, 611.

²⁶ Ebenso Rüscher, NStZ 2018, 687 (692); generell gegen eine Kombination Smith, VR 2012, 334 (337); Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62 (66); Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 2479.

²⁷ BGH, Beschl. v. 31.1.2007 – StB 18/06 = BGHSt 51, 211 = MMR 2007, 237 (239).

²⁸ BGH, Beschl. v. 8.2.2018 – 3 StR 400/17 = HRRS 2018 Nr. 630.

²⁹ BT-Drs. 16/5846, S. 39 f.

³⁰ Bruns, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, StPO § 110a Rn. 21; BVerfG, Urt. v. 12.4.2005 – 2 BvR 581/01 = JuS 2005, 740 (741).

³¹ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – BvR 966/09, 1BvR 1140/09, Rn. 106 ff.

sein, dass aus ihm genügend Anhaltspunkte dafür gewonnen werden können, dass eine bestimmte Person Täter oder Teilnehmer einer Straftat von erheblicher Bedeutung ist.³² Erfasst ist hierbei sowohl der Versuch als auch eine selbstständig strafbare Vorbereitungshandlung. Die Beurteilung des Tatverdachts liegt im Ermessen des Anordnenden.³³ Der Tatvorwurf muss in der Anordnung beschrieben sein und die Beweismittel müssen angeführt werden. Diese notwendigen Agaben können nur eingeschränkt werden, wenn damit die Ermittlungen und die Strafverfolgung gefährdet werden würden.³⁴

3. Anordnungsbefugnis

Das BVerfG stellte in Bezug auf die Anordnung von heimlichen Maßnahmen fest, dass der Gesetzgeber eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige Instanz vorsehen sollte. Falls er eine solche nicht vorsehen wolle, habe er zumindest die Anordnungsbefugnis in die Hände des Richters zu legen.³⁵ Der Richtervorbehalt wurde für Maßnahmen nach den §§ 100i und 100g StPO in den §§ 101a Abs. 1 und 100e Abs. 1 S. 1–3 StPO normiert. Der Anordnende hat sich nach erfolgtem Antrag der Staatsanwaltschaft vor der Entscheidung ein eigenes Urteil zu bilden, insbesondere hinsichtlich der Eingriffsschwelle und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.³⁶

Der Einsatz einer oder mehrerer heimlicher Maßnahmen ist per se nicht verfassungswidrig, sondern nur dann, wenn damit eine zeitliche und räumliche Rundumüberwachung ermöglicht wird.³⁷ Als Sicherung vor unrechtmäßigen Grundrechtseingriffen verlangt das BVerfG, dass die beantragende Staatsanwaltschaft der primär verantwortliche Entscheidungsträger ist und somit von allen anderen Ermittlungsmaßnahmen verständigt wird. Dies beinhaltet auch die Maßnahmen von Verfassungsschutzbehörden und Nachrichtendiensten.³⁸

4. Benachrichtigungspflicht

Die stille SMS ist eine heimliche Ermittlungsmaßnahme, weshalb die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes schwer zu erreichen ist. Hinzu kommt, dass derartige Maßnahmen eine sehr viel höhere Eingriffsintensität aufweisen, als dies bei offenen Ermittlungsmaßnahmen der Fall ist,³⁹ weshalb

der Gesetzgeber eine nachträgliche Benachrichtigung vorsehen muss.⁴⁰

Vom Versenden der stillen SMS im Sinne des § 100i StPO ist ausschließlich die Zielperson, nicht jedoch sind mitbetroffene Dritte, im Nachhinein gem. § 101 Abs. 4 Nr. 8 StPO zu benachrichtigen. Für das Benachrichtigen über das Abrufen der erzeugten Standortdaten gem. § 100g StPO gilt § 101a StPO.

Dies geschieht aber in der Praxis nur selten bzw. unterbleibt meist gänzlich. Keiner der vom Bundeskriminalamt durch die Maßnahme in der ersten Hälfte 2019 Betroffenen wurde bislang verständigt. Eine Statistik über die benachrichtigten Zielpersonen in den anderen Fällen, wie etwa wenn die Ermittlungsmaßnahme durch die Bundespolizei durchgeführt wurde, existiert nicht. Begründet wird dies mit der Zuständigkeit der jeweiligen Staatsanwaltschaften, die Personen zu benachrichtigen.⁴¹

Die Verlängerung der Benachrichtigungspflicht ist in § 101 Abs. 6 StPO genauer bestimmt. Das zuständige Gericht kann eine Zurückstellung der Benachrichtigung bis zu zwölf Monate und auch darüber hinaus verfügen. Ein vollständiges Unterbleiben der Benachrichtigung ist möglich, wenn zu befürchten ist, dass ansonsten weitere Ermittlungen oder das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die persönliche Freiheit einer Person oder Vermögenswerte gefährdet werden könnten. Sie muss jedoch auf ein Minimum, d.h. das unbedingt Nötige beschränkt bleiben.⁴² Die Frist zur Benachrichtigung beginnt nach Beendigung der letzten Maßnahme gegen den Betroffenen.⁴³

Das BVerfG sah in einem generellen Ausschluss der Benachrichtigungspflicht, d.h. auch dann, wenn keine Gefährdung des Zweckes mehr besteht, einen Verstoß gegen verfassungsrechtliche Grundsätze.⁴⁴ Diesem Tenor folgt auch der EGMR: „Der Gerichtshof kann es nicht hinnehmen, dass die zugesicherte Gewährleistung eines von der Konvention garantierten Rechts durch die einfache Tatsache beseitigt werden kann, dass der Betroffene in Unkenntnis über die Verletzung gelassen wird.“⁴⁵ Gleichzeitig erkennt er jedoch das Recht des Staates an, sich durch das Unterbleiben oder das Aufschieben der Benachrichtigung über Jahre hinaus zu schützen. Voraussetzung ist, dass die Wirksamkeit der Maß-

³² BGH, Beschl. v. 11.8.2016 – StB 12/16 = HRRS 2016 Nr. 925 = StV 2017, 434, 435.

³³ BGH, Urt. v. 16.2.1995 – 4 StR 729/94 = NJW 1995, 1974.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvR 988/75 = NJW 1977, 1489, 1490.

³⁵ BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 249 = NJW 2010, 833 (844).

³⁶ BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 249 = NJW 2010, 833 (844).

³⁷ BVerfG, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 1084/99 = BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = StV 2004, 169.

³⁸ U.a. BVerfGE 65, 1 (43) = NJW 1984, 419; BVerfGE 109, 279 (323) = NJW 2004, 999 = NStZ 2004, 270.

³⁹ BGH, Beschl. v. 31.1.2007 – StB 18/06 = MMR 2007, 237 (238).

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 244 = NJW 2010, 833 (843).

⁴¹ Auf Bundesebene ergibt sich aus der Beantwortung der Anfrage, dass keiner der Betroffenen benachrichtigt wurde. BT-Drs 19/12465, S. 9.

⁴² BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 244 = NJW 2010, 833 (843).

⁴³ Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 62. Aufl. 2019, § 101 Rn. 4 ff.; Bruns (Fn. 30), StPO § 101 Rn. 23.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 308/69, 2 BvR 629/68.

⁴⁵ EGMR, Urt. v. 6.9.1978 – 5029/71 (Klass u.a. v. Deutschland), Rn. 36.

nahme durch eine spätere Benachrichtigung gefährdet werden würde.⁴⁶

Es werden auf Bundesebene keine statistischen Angaben über die Anzahl der Benachrichtigungen von Betroffenen erhoben.⁴⁷ Es ist anzunehmen, dass Benachrichtigungen eher die Ausnahme darstellen, weshalb das Ergreifen eines Rechtsbehelfes aufgrund der Unkenntnis seitens des Betroffenen schwierig bis gänzlich unmöglich ist. Das vom Europäischen Menschenrechtsgerichtshof anerkannte Recht eines potentiell Beschwerten, d.h. einer Person, die nur glaubt von der Ermittlungsmaßnahme betroffen gewesen zu sein, Beschwerde einzulegen,⁴⁸ wird kaum Abhilfe schaffen können. Die Eröffnung des Rechtsweges gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG wird nur selten in Betracht kommen. In den überwiegenden Fällen handelt es sich um Personen, die im Zuge der Hauptverhandlung von den gegen sie eingesetzten Maßnahmen Kenntnis erlangt haben.

V. Grundrechtseingriffsproblematik

1. Das betroffene Grundrecht

Welches Grundrecht durch den Einsatz von stillen SMS beeinträchtigt wird, war lange Zeit umstritten. Es wurde zunächst angenommen, dass Art. 10 GG, d.h. der Schutz des Fernmeldegeheimnisses, einschlägig sei. Der BGH stellte jedoch in seinem Beschluss aus dem Jahr 2018 fest, dass es dem Versenden von Ortungsimpulsen am Element der Kommunikation fehle. Art. 10 GG schützt nicht nur die Kommunikationsinhalte, sondern auch den Vorgang, d.h. ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Fernmeldeanschlüssen Fernmeldeverkehr stattgefunden hat.⁴⁹ Jedoch ist davon nicht das Versenden einer stillen SMS erfasst, da diese Handlung nur zu einem Datenaustausch zwischen technischen Geräten führt. Es fehle daher der menschlich veranlasste Informationsaustausch, der zum Transport von Inhalten gedacht ist. Der BGH machte in seiner Entscheidung zur stillen SMS deutlich, dass Art. 10 GG diesen Fall nicht mit umfasst.⁵⁰

Vielmehr ist durch die stille SMS das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG betroffen. Das BVerfG stellte 1983 im Volkszählungsurteil fest, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist und insoweit das Recht des Einzelnen gewährleistet,

grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.⁵¹

2. Grundrechtsschranken

Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig. Sie bedürfen einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit und Normbestimmtheit entsprechen muss. Der Gesetzgeber hat hier die Aufgabe, korrigierend einzugreifen, wenn die Auslegungsmethode der Technikoffenheit nicht ausreicht.⁵² Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber ferner den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken.

a) Verhältnismäßigkeit

Das BVerfG überprüft nicht die vom zuständigen Gericht vorgenommene Verhältnismäßigkeitsprüfung in ihren Einzelheiten, sondern ob die verfassungsgemäßen Bewertungsmaßstäbe der Entscheidung zugrunde gelegt wurden.⁵³ Der Eingriff muss einem legitimen Ziel dienen und für seine Erreichung geeignet, angemessen und verhältnismäßig im engeren Sinne sein,⁵⁴ d.h. der Gesetzgeber muss einen Ausgleich schaffen zwischen der Schwere des Eingriffs und den individuellen von der Anordnung betroffenen Rechtsgütern. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass ein hinreichend gewichtiges Rechtsgut konkret gefährdet, der Eingriff transparent ist, ein ausreichender individueller Rechtsschutz vorgesehen wird und die Maßnahme einer Kontrolle unterliegt. Daneben müssen Löschungspflichten vorgesehen sein.⁵⁵

Neben der Verhältnismäßigkeit muss dem Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit ausreichend Beachtung geschenkt werden.⁵⁶

b) Normenklarheit und Normenbestimmtheit

„Das Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit [...] soll die Betroffenen befähigen, die Rechtslage an-

⁴⁶ EGMR, Urt. v. 6.9.1978 – 5029/71 (Klass u.a. v. Deutschland) Rn. 58; ebenso EGMR, Urteil v. 4.12.2015 – 47143/06 (Zakharov v. Russland), Rn. 287, und EGMR, Urteil v. 12.1.2016 – 37138/14 (Szabó und Vissy v. Ungarn), Rn. 86.

⁴⁷ Siehe etwa BT-Drs. 18/13205.

⁴⁸ EGMR, Urt. v. 6.9.1978 – 5029/71 (Klass u.a. v. Deutschland), Rn. 36.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 21.2.2001 – 2 BGs 42/01.

⁵⁰ BGH, Beschl. v. 8.2.2018 – 3 StR 400/17 = HRRS 2018 Nr. 630; das BVerfG hat darauf bereits hinsichtlich des Einsatzes von IMSI-Catchern gem. § 100i StPO verwiesen, BVerfG, Beschl. v. 22.8.2006 – 2 BvR 1345/03.

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83; *Krüger*, ZJS 2012, 606 (610).

⁵² BVerfG, Urt. v. 12.4.2005 – 2 BvR 581/01 = JuS 2005, 740 (741).

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 14.11.1969 – 1 BvR 253/68 = NJW 1970, 505 (506).

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 93.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = NJW 2016, 1781.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = NJW 2016, 1781 (1783).

hand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können.“⁵⁷

Die Trennung der Rechtsgrundlage für die zweigliedrige Ermittlungsmethode der stillen SMS erfüllt kaum diese Anforderung. Beide Regelungen sind für sich genommen verfassungsgemäß. Durch die Teilung der zweigliedrigen Maßnahme, damit sie eine Rechtfertigung im Gesetz findet, wird dem Betroffenen jedoch die Möglichkeit genommen, zu erkennen, welche gesetzliche Regelung auf ihn angewendet werden wird. Dies hatte der BGH 2007 bereits in seiner Entscheidung zu Online-Durchsuchung festgestellt.⁵⁸

VI. Abschließende Betrachtung

In diesem Diskurs drängt sich die Frage auf, welche technisch möglichen Ermittlungsmaßnahmen rechtlich erlaubt sein sollen.

Die lange Zeit für die stille SMS als Rechtsgrundlage herangezogenen §§ 100a i.V.m. 161 und 163 StPO wurden vom BGH abgelehnt, da es an der Voraussetzung der Kommunikation fehlt. Die Generalermächtigungsklauseln der §§ 161 und 163 StPO sind nicht einschlägig, da es spezielle Eingriffsermächtigungen gibt und es sich nicht um einen geringen Grundrechtseingriff handelt.

Die Kombination aus den §§ 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO in Verbindung mit § 100g Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 96 Abs. 1 TKG überzeugt ebenso wenig. Es handelt sich um eine zweigliedrige Maßnahme, deren Teile aber nicht voneinander getrennt gesehen werden können und die daher einer auf sie zugeschnittenen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Der Schlussfolgerung des BGH kann daher nicht gefolgt werden. Bedenklich erscheint auch das Ausblenden der zur Online-Durchsuchung ergangenen Entscheidung. Die Strafkammer nimmt keinen Bezug auf sie und erklärt nicht, weshalb sie von ihr abweicht. Der Beschluss des BGH hat den Weg dafür freigemacht, dass verschiedene Rechtsgrundlagen so kombiniert werden können, dass für neue Ermittlungsmaßnahme keine eigene Spezialermächtigung mehr nötig sein wird. Dies geht weit über eine technikoffene Interpretation hinaus.

Daneben erscheint es bedenklich, dass in Bezug auf die elektronische Ausforschung von Daten bereits ein Wettrüsten zwischen dem Bürger, der sich schützen möchte und dem Staat entstanden ist. Dies führt zur Untergrabung des Vertrauens des Bürgers in das rechtsstaatliche Handeln des Staates. Gerade die Benachrichtigungspflicht, bzw. das Recht des Betroffenen, sich gegen den Einsatz der stillen SMS zu wehren, stellt ein großes Problem dar. Eine Lösung wäre die Überwachung durch eine Kommission des Bundestages. Bislang ist jedoch keine Intention des Gesetzgebers erkennbar, eine eigene Rechtsgrundlage für die stille SMS zu schaffen oder zumindest für heimliche Maßnahmen eine unabhängige Kommission einzurichten.

⁵⁷ BVerfG, Ur. v. 26.7.2005 – 1 BvR 782/94 u.a., Rn. 184 = BVerfGE 114, 1 (53).

⁵⁸ BGH, Beschl. v. 31.1.2007 – StB 18/06 = BGHSt 51, 211 = MMR 2007, 237 (239).

Tax evasion as the predicate offense of money laundering under German and US law

By Philipp Behrendt, LL.M. (USC)*

Tax fraud is a common charge in both the US and Germany. It can also be the predicate offense for money laundering, although US law uses a detour to re-classify tax evasion as mail or wire fraud to have a named predicate offense. However, whereas proceeds of money laundering are usually a taken asset, most cases of tax evasion result in a kept one, with the saved expenditures stemming from unpaid taxes. This leads to problems to which the two jurisdictions have found their own solutions. For one problem, namely the proceeds in commingled bank accounts, some US courts have found a preferable solution. While the German courts seem to deem the entire bank account, including the white money, as tainted, some federal US courts apply a clean-funds-first-out rule to resolve fundamental concerns.

I. Introduction

In the public perception, money laundering is connected more closely to drug cartels than to international corporations. When it comes to these international corporations and global players, more public attention is paid to tax avoidance and tax structuring, especially through shell companies in tax havens. Shell companies can be used for all kinds of legal activities, but thanks to the possibility of anonymity and the absence of almost all reporting requirements, they also attract such illegal activities as hiding illegally obtained assets and/or legally obtained money from tax authorities.

The Panama Papers and, most recently, the Mauritius Leaks, revealed by the International Consortium of Investigative Journalists (“ICIJ”), uncovered a vast network of shell companies, their directors and owners. The key player in the Panama Papers was the Panamanian law firm Mossack Fonseca & Co., which advised numerous people on founding and administering offshore companies. In a significant amount of cases, these companies were using tax havens not only for tax structuring but also for tax evasion.

But what if tax evasion results in a risk of criminal conviction not only for the tax evaders but also for those who benefit – directly or indirectly – from the money hidden in offshore companies? If the money were simply hidden in an offshore firm structure, it would be quite useless. Therefore, it is crucial to move the offshore funds after the taxes are avoided, and to use the money for legitimate business transactions. Several methods have been employed in the past to do this. One example of a money laundering scheme is the Russian Laundromat, in which money from offshore accounts was used to buy products with long-term economic value, such as high-profile electronics or jewelry. Such products can be transported and sold easily and would be exported to countries where the suspect needed the money and where they would be sold. In this way, money was derived from ostensibly legal transactions. The purchasing costs were deducted, making it appear as though the money were from a legal source.

Using offshore funds in this way creates its own risk of criminal conduct. Once money is tainted, using it can consti-

tute money laundering for all individuals who participate in these transactions and are aware of – or anticipate – the illicit origin.

One of the first indictments resulting from the Panama Papers, *United States v. Ramses Owens et al*¹, was recently filed before US courts. According to the indictment, Mossack Fonseca helped US taxpayers conceal income generated by assets and investments from the Internal Revenue Service (IRS) through a scheme of sham offshore companies. The charges include conspiracy to defraud the US, conspiracy to commit wire fraud, conspiracy to commit tax evasion, wire fraud, money laundering conspiracy, and others. The money laundering conspiracy charges are based on the claim that the defendants allegedly transported, transmitted, and transferred monetary instruments and funds internationally, “with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity [...]”² The defendants involved are German, Panamanian, and US citizens.

The Panama Papers leak revealed shell companies owned by people all over the world. Prosecution offices worldwide are investigating whether those shell companies serve some illegal purpose, possibly tax evasion.

This case thus offers an opportunity to compare the crime of money laundering based on tax evasion in Germany and the US. It has long been taken for granted that tax evasion is placed alongside other crimes such as bribery or robbery as a predicate offense to money laundering in both the US and German judicial systems. A predicate offense is a crime that generates money which is subsequently laundered. However, tax evasion as a predicate offense has its own pitfalls, as the money laundering offense is tied to the tainted proceeds of the predicate offense. Such proceeds are obvious in a case of robbery: they are the taken property. But in a case of tax evasion, the defendant has kept something rather than taken it. Here, legally obtained assets of the defendant become proceeds if they are not declared as required under the tax laws. Therefore, tax evasion as the predicate offense raises the question, “What are the proceeds of the tax evasion?” Is it the entire money moved offshore tainted? Is the amount of saved expenditure tainted? Or do no proceeds arise in the first place?

* The *author* is an attorney in Bonn. He is admitted to the German Bar and the Bar of California.

¹ See the indictment under <https://www.justice.gov/usao-sdny/press-release/file/1117201/download> (4.4.2020).

² Indictment in *United States v. Ramses Owens et al*, p. 60; the US taxpayer and the US accountant pleaded guilty in February 2020 and thus waived their right to a trial, see the press release by the DOJ from February 18, 2020, no. 20-199, and February 28, 2020, no. 20-252. They are scheduled to be sentenced on June 24 and June 29, 2020. The other both defendants, a German citizen and a Panamanian citizen, are not in the USA but facing charges in their home countries.

The next question arises in connection with commingled accounts: How does each jurisdiction determine whether tainted money is used if money is withdrawn from a bank account containing both legitimate and illicit sources?

II. Country report

First, we need to look at the money laundering statutes of each jurisdiction to understand the requirements.

§ 261 German Criminal Code – Money laundering; hiding unlawfully obtained financial benefits³

(1) Whosoever hides an object which is a proceed of an unlawful act listed in the 2nd sentence below, conceals its origin or obstructs or endangers the investigation of its origin, its being found, its confiscation, its deprivation or its being officially secured shall be liable to imprisonment from three months to five years. Unlawful acts within the meaning of the 1st sentence shall be

1. felonies;
2. misdemeanours under
 - (a) Section 332 (1), also in conjunction with subsection (3), and section 334;
 - (b) Section 29 (1) 1st sentence No 1 of the Drugs Act and section 19 (1) No 1 of the Drug Precursors (Control) Act;
3. misdemeanours under section 373 and under section 374 (2) of the Fiscal Code, and also in conjunction with section 12 (1) of the Common Market Organisations and Direct Payments (Implementation) Act;
4. misdemeanours
 - (a) [...];
 - (b) under [...] and section 370 of the Fiscal Code, [...].

which were committed on a commercial basis or by a member of a gang whose purpose is the continued commission of such offences; and

5. misdemeanours under section 89a and under section 129 and section 129a (3) and (5), all of which also in conjunction with section 129b (1), as well as misdemeanours committed by a member of a criminal or terrorist organisation (section 129 and section 129a, all of which also in conjunction with section 129b (1)).

The 1st sentence shall apply in cases of tax evasion committed on a commercial basis or as a gang under section 370 of the Fiscal Code, to expenditure saved by virtue of the tax evasion, of unlawfully acquired tax repayments and allowances, and in cases under the 2nd sentence no 3 the 1st sen-

tence shall also apply to an object in relation to which fiscal charges have been evaded.

(2) Whosoever

1. procures an object indicated in subsection (1) above for himself or a third person; or
2. keeps an object indicated in subsection (1) above in his custody or uses it for himself or a third person if he knew the origin of the object at the time of obtaining possession of it shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.

(4) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment from six months to ten years. An especially serious case typically occurs if the offender acts on a commercial basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of money laundering.

(5) Whosoever, in cases under subsections (1) or (2) above is, through gross negligence, unaware of the fact that the object is a proceed from an unlawful act named in subsection (1) above shall be liable to imprisonment of not more than two years or a fine.

(6) The act shall not be punishable under subsection (2) above if a third person previously acquired the object without having thereby committed an offence.

(7) Objects to which the offence relates may be subject to a deprivation order. section 74a shall apply. section 73d shall apply if the offender acts on a commercial basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of money laundering.

(8) Objects which are proceeds from an offence listed in subsection (1) above committed abroad shall be equivalent to the objects indicated in subsections (1), (2) and (5) above if the offence is also punishable at the place of its commission.

(9) Whosoever

1. voluntarily reports the offence to the competent public authority or voluntarily causes such a report to be made, unless the act had already been discovered in whole or in part at the time and the offender knew this or could reasonably have known and
2. in cases under subsections (1) or (2) above under the conditions named in No 1 above causes the object to which the offence relates to be officially secured

shall not be liable under subsections (1) to (5) above. Whosoever is liable because of his participation in the antecedent act shall not be liable under subsections (1) to (5) above, either.

The relevant US law is found in two sections under Title 18 (the code for Crimes and Criminal Procedures) of the U.S. Code (U.S.C.) § 1956 – Laundering of monetary instruments; and § 1957 – Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity.⁴

³ Cited

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/

(4.4.2020), even though it is the most recent official translation, please note that this version is outdated and its latest amendment was in October 2013. An amendment that could affect the topic of this article is solely an additional § 261 (9) 3rd sentence. This excludes the impunity stipulated by § 261 (9) 2d sentences for defendants who bring the proceeds into circulation and in doing so conceal the criminal origin.

⁴ Cited

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956> and <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1957> (4.4.2020).

18 U.S. Code § 1956:

- (a)
- (1) Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity –
- (A)
- (i) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or
- (ii) with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or
- (B) knowing that the transaction is designed in whole or in part –
- (i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or
- (ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,
- shall be sentenced to a fine of not more than \$ 500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For purposes of this paragraph, a financial transaction shall be considered to be one involving the proceeds of specified unlawful activity if it is part of a set of parallel or dependent transactions, any one of which involves the proceeds of specified unlawful activity, and all of which are part of a single plan or arrangement.
- (2) Whoever transports, transmits, or transfers, or attempts to transport, transmit, or transfer a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States –
- (A) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or
- (B) knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer represent the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that such transportation, transmission, or transfer is designed in whole or in part –
- (i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or
- (ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,
- shall be sentenced to a fine of not more than \$ 500,000 or twice the value of the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For the purpose of the offense described in subparagraph (B), the defendant's knowledge may be established by proof that a law enforcement officer represented the matter specified in subparagraph (B) as true, and the defendant's subsequent statements or ac-

tions indicate that the defendant believed such representations to be true.

- (3) Whoever, with the intent –
- (A) to promote the carrying on of specified unlawful activity;
- (B) to conceal or disguise the nature, location, source, ownership, or control of property believed to be the proceeds of specified unlawful activity; or
- (C) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,
- conducts or attempts to conduct a financial transaction involving property represented to be the proceeds of specified unlawful activity, or property used to conduct or facilitate specified unlawful activity, shall be fined under this title or imprisoned for not more than 20 years, or both. For purposes of this paragraph and paragraph (2), the term “represented” means any representation made by a law enforcement officer or by another person at the direction of, or with the approval of, a Federal official authorized to investigate or prosecute violations of this section.
- (b) Penalties.
- (1) In general. – Whoever conducts or attempts to conduct a transaction described in subsection (a) (1) or (a) (3), or section 1957, or a transportation, transmission, or transfer described in subsection (a) (2), is liable to the United States for a civil penalty of not more than the greater of –
- (A) the value of the property, funds, or monetary instruments involved in the transaction; or
- (B) \$ 10,000.
- [...]
- (c) As used in this section –
- (1) the term “knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity” means that the person knew the property involved in the transaction represented proceeds from some form, though not necessarily which form, of activity that constitutes a felony under State, Federal, or foreign law, regardless of whether or not such activity is specified in paragraph (7);
- (2) the term “conducts” includes initiating, concluding, or participating in initiating, or concluding a transaction;
- (3) the term “transaction” includes a purchase, sale, loan, pledge, gift, transfer, delivery, or other disposition, and with respect to a financial institution includes a deposit, withdrawal, transfer between accounts, exchange of currency, loan, extension of credit, purchase or sale of any stock, bond, certificate of deposit, or other monetary instrument, use of a safe deposit box, or any other payment, transfer, or delivery by, through, or to a financial institution, by whatever means effected;
- (4) the term “financial transaction” means (A) a transaction which in any way or degree affects interstate or foreign commerce (i) involving the movement of funds by wire or other means or (ii) involving one or more monetary instruments, or (iii) involving the transfer of title to any real property, vehicle, vessel, or aircraft, or (B) a transaction involving the use of a financial institution

which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce in any way or degree;

(5) the term “monetary instruments” means (i) coin or currency of the United States or of any other country, travelers’ checks, personal checks, bank checks, and money orders, or (ii) investment securities or negotiable instruments, in bearer form or otherwise in such form that title thereto passes upon delivery;

(6) the term “financial institution” includes [...]

(7) the term “specified unlawful activity” means

(A) any act or activity constituting an offense listed in section 1961(1) of this title except an act which is indictable under subchapter II of chapter 53 of title 31;

(B) with respect to a financial transaction occurring in whole or in part in the United States, an offense against a foreign nation involving—

(i) [...]

(iii) fraud, or any scheme or attempt to defraud, by or against a foreign bank (as defined in paragraph 7 of section 1(b) of the International Banking Act of 1978)); [1]

(iv) bribery of a public official, or the misappropriation, theft, or embezzlement of public funds by or for the benefit of a public official;

(v) smuggling or export control violations involving – [...]

[...]

(8) the term “State” includes [...]

(9) the term “proceeds” means any property derived from or obtained or retained, directly or indirectly, through some form of unlawful activity, including the gross receipts of such activity.

(d) Nothing in this section shall supersede any provision of Federal, State, or other law imposing criminal penalties or affording civil remedies in addition to those provided for in this section.

(e) Violations of this section may be investigated by [...]

(f) There is extraterritorial jurisdiction over the conduct prohibited by this section if—

(1) the conduct is by a United States citizen or, in the case of a non-United States citizen, the conduct occurs in part in the United States; and

(2) the transaction or series of related transactions involves funds or monetary instruments of a value exceeding \$ 10,000.

(g) Notice of Conviction of Financial Institutions. [...]

(h) Any person who conspires to commit any offense defined in this section or section 1957 shall be subject to the same penalties as those prescribed for the offense the commission of which was the object of the conspiracy.

(i) Venue. [...]

18 U.S. Code § 1957:

(a) Whoever, in any of the circumstances set forth in subsection (d), knowingly engages or attempts to engage in a monetary transaction in criminally derived property of a value greater than \$ 10,000 and is derived from specified unlawful activity, shall be punished as provided in subsection (b).

(b)

(1) Except as provided in paragraph (2), the punishment for an offense under this section is a fine under title 18, United States Code, or imprisonment for not more than ten years or both. If the offense involves a pre-retail medical product (as defined in section 670) the punishment for the offense shall be the same as the punishment for an offense under section 670 unless the punishment under this subsection is greater.

(2) The court may impose an alternate fine to that imposed under paragraph (1) of not more than twice the amount of the criminally derived property involved in the transaction.

(c) In a prosecution for an offense under this section, the Government is not required to prove the defendant knew that the offense from which the criminally derived property was derived was specified unlawful activity.

(d) The circumstances referred to in subsection (a) are—

(1) that the offense under this section takes place in the United States or in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States; or

(2) that the offense under this section takes place outside the United States and such special jurisdiction, but the defendant is a United States person (as defined in section 3077 of this title, but excluding the class described in paragraph (2)(D) of such section).

(e) Violations of this section may be investigated by such components of the Department of Justice as the Attorney General may direct, and by such components of the Department of the Treasury as the Secretary of the Treasury may direct, as appropriate, and, with respect to offenses over which the Department of Homeland Security has jurisdiction, by such components of the Department of Homeland Security as the Secretary of Homeland Security may direct, and, with respect to offenses over which the United States Postal Service has jurisdiction, by the Postal Service. Such authority of the Secretary of the Treasury, the Secretary of Homeland Security, and the Postal Service shall be exercised in accordance with an agreement which shall be entered into by the Secretary of the Treasury, the Secretary of Homeland Security, the Postal Service, and the Attorney General.

(f) As used in this section—

(1) the term “monetary transaction” means the deposit, withdrawal, transfer, or exchange, in or affecting interstate or foreign commerce, of funds or a monetary instrument (as defined in section 1956(c)(5) of this title) by, through, or to a financial institution (as defined in section 1956 of this title), including any transaction that would be a financial transaction under section 1956(c)(4)(B) of this title, but such term does not include any transaction necessary to preserve a person’s right to representation as guaranteed by the sixth amendment to the Constitution;

(2) the term “criminally derived property” means any property constituting, or derived from, proceeds obtained from a criminal offense; and

(3) the terms “specified unlawful activity” and “proceeds” shall have the meaning given those terms in section 1956 of this title.

Tax evasion is a criminal act under § 370 German Fiscal Code (tax evasion) and 26 U.S.C. § 7201 (attempt to evade or defeat tax).

III. Overview

To digest these complex norms, we can reduce them to their core for the purposes of the following comparison.

1. German law

a) Predicate offense – tax evasion

The money laundering statute in Germany contains a conclusive list of unlawful acts that are considered as predicate offenses. As stated above, Germany, like the US, regards tax evasion as a predicate offense.

The German Criminal Code names tax evasion (§ 370 German Fiscal Code) in the money laundering statute (§ 261 [1] [4] [b] German Criminal Code), but limits its scope to cases committed on a commercial basis, or by a member of an organized group⁵ whose purpose is the continued commission of such offenses (here tax evasion). The simpler versions of tax evasion, which do not meet these standards, are not considered as sufficient for a predicate offense for money laundering.

Under § 370 German Fiscal Code, a punishment shall be imposed on any person who “furnishes the revenue authorities or other authorities with incorrect or incomplete particulars concerning matters that are relevant for tax purposes,” or “fails to inform the revenue authorities of facts that are relevant for tax purposes when obliged to do so” where this results in understating taxes or deriving unwarranted tax advantages.⁶ The attempted perpetration is punishable under § 370 (2) German Fiscal Code.

b) Characteristic elements of money laundering

For the characteristic elements, the statute distinguishes between subsection (1) for the concealment and obstruction and subsection (2) for acts to isolate proceeds.

aa) Concealment and obstruction

The characteristic element under § 261 (1) German Criminal Code is (1) hiding an object which is a proceed of an unlawful act listed in the 2nd sentence of subsection (1), (2) concealing its origin or (3) obstructing or endangering the investigation of its origin, its being found, its confiscation, its deprivation, or its being officially secured.

⁵ The translation of the German Criminal Code calls the organized form a “gang.” To avoid any association to street gangs, this paper uses the word “organized group.” A gang/organized group under German criminal law means a group of at least three people whose purpose is the continued commission of such offenses (see BGH, Judgment of 3.3.2001 – GSSt 1/00 = BGHSt 46, 321).

⁶ Cited

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html#p2615 (4.4.2020); the third criterion is omitted as irrelevant for this article.

(1) Hiding

Hiding means to screen the proceeds from discovery by moving or protecting against immediate perception by special arrangements.⁷

(2) Concealment

To conceal means to make it more difficult to uncover the origin by fraudulent or other actions.⁸ Whereas hiding focuses on the object itself, concealment focuses on the object’s origin.⁹

The German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof – BGH) combines the hiding and concealment actions and describes both as a focused and specific action to make the proof of origin more difficult.¹⁰

(3) Obstruction or (specifically) endangering

“Obstruction” under § 261(1) German Criminal Code refers to actions to obstruct or specifically endanger

- the identification of the proceeds’ origin,
- proceeds being found,
- the confiscation,
- the deprivation,
- or the proceeds being officially secured.

bb) Isolation

The characteristic elements under § 261 (2) German Criminal Code refer to proceeds as mentioned in § 261 (1) German Criminal Code and prohibits the isolation of such proceeds, in particular procuring such proceeds for oneself or a third person, keeping such proceeds in one’s custody, or using the proceeds for oneself or a third party. “Using” means any disposition or any proper disposal. The variants of keeping or using the proceeds are outlawed only if the defendant knew the origin of the object at the time of obtaining possession of it.

cc) Self-laundering

As stipulated in § 261 (9) 2nd sentence German Criminal Code, self-laundering is in general not a prosecutable offense. Self-laundering means that the defendant is the one who committed the predicate offense. This impunity, stipulated by § 261 (9) 2nd sentence German Criminal Code, is excluded for a defendant who brings the proceeds into circulation and in doing so conceals the criminal origin.

⁷ Nestler/El-Ghazi, in: Herzog (ed.), Geldwäschegesetz, Kommentar, 3rd ed. 2018, StGB § 261 para. 91; Altenhain, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3rd Vol., 5th ed. 2017, § 261 para. 102.

⁸ Nestler/El-Ghazi (fn. 7), StGB § 261 para. 91.

⁹ Nestler/El-Ghazi (fn. 7), StGB § 261 para. 91.

¹⁰ BGH, Judgment of 27.7.2016 – 2 StR 451/15 = NSStZ 2017, 28 (29).

c) Proceeds in cases of tax evasion

In general, under the money laundering statute in § 261 German Criminal Code, proceeds are items that derive from (“herrühren”) a predicate offense.¹¹ The specific meaning of “herrühren” in the context of § 261 German Criminal Code is not entirely clear. The legislature intentionally did not define the term, but there is consensus that some kind of causal relationship must exist between the property received out of the unlawful act and the proceeds.¹²

This would cover only those cases of tax evasion in which a tax amount would actually be refunded, because only in such cases is something obtained from the tax authorities. The legislature has recognized this problem, and thus the money laundering statute, § 261 (1) 3rd sentence, expressly stipulates that “[t]he 1st sentence shall apply in cases of tax evasion committed [...], to expenditure saved by virtue of the tax evasion, of unlawfully acquired tax repayments and allowances”. Consequently, the proceeds in tax evasion cases are usually the amount of saved taxes based on the fact that those are not declared.

d) Intent

The German Criminal Code contains the general norm that “[u]nless the law expressly provides for criminal liability based on negligence, only intentional conduct shall attract criminal liability”, § 15 German Criminal Code.

Money laundering is no exception. Each element of the crime must be fulfilled with intent. This is not a specific intent requirement, however. It is enough that the defendant willingly or knowingly acts in a certain way and mindfully accepts the outcome (“billigend in Kauf nehmen”). However, some voices in the literature read a specific intent into the variant of concealment.¹³

Regarding the knowledge of the criminal origin, the defendant is required to know the specific circumstances which, from a correct lay perspective, would constitute a predicate offense.¹⁴ In addition, § 261 (5) German Criminal Code extends the criminal liability to cases in which the defendant is, “through gross negligence, unaware of the fact that the object is a proceed from an unlawful act” but reduces the sentences that can be imposed in such cases. It is noteworthy that the gross negligence is sufficient only with regard to the criminal origin, not to the act itself. The act needs to meet the “billigend in Kauf nehmen” requirement.

¹¹ While the official translation (see fn. 1) uses only the term “proceeds”, the German text uses the term “herrühren” which means “stem from” or “derive from.”

¹² BGH, Judgment of 18.2.2009 – 1 StR 4/09 = BGHSt 53, 205 (209).

¹³ Nestler/El-Ghazi (fn. 7), StGB § 261 para. 126.

¹⁴ BGH, Judgment of 17.7.1997 – 1 StR 791/96 = BGHSt 43, 158; BGH, Judgment of 18.1.2003 – 1 StR 393/02 = wistra 2003, 260; Nestler/El-Ghazi (fn. 7), StGB § 261 para. 127.

2. US law

a) Predicate offense – tax evasion

The US law defines as tax evasion the willful attempt in every matter to evade or defeat any tax imposed by the Internal Revenue Code or the payments thereof (26 U.S.C. § 7201).

The predicate offenses are such as stated under 18 U.S.C. § 1956 (c) (7) as well as RICO¹⁵ crimes, as stated in § 1961 (1) as incorporated by § 1956 (c) (7) (A). In US law, predicate offenses are called “specified unlawful activities”. Tax evasion, as a crime under 26 U.S.C. § 7201 (and § 7206), is not named as a specified unlawful activity, neither under 18 U.S.C. § 1956 (c) (7) nor under the RICO provisions.

The predicate offenses are not to be confused with the wording of § 1956 (a) (1) (A) (ii), which names tax evasion as its own variant of money laundering. Under 18 U.S.C. § 1956, tax evasion is not named as a predicate offense but instead considered as one specific intent (§ 1956 (a) (1) (A) (ii)) with which money could be laundered.

However, the US Department of Justice (DOJ) has stated that even though tax crimes are not named in the list of specified unlawful activities, the list does include mail fraud, see 18 U.S.C. § 1956 (a) (7) (A) incorporating § 1961 (1).¹⁶ This means, from a practical point of view, that tax evasion can almost entirely turn a tax crime into a predicate offense for money laundering in the form of mail and wire fraud. An example of this can be found in *United States v. Pasquantino*.¹⁷

In practice, the US Attorney’s Offices often bring tax evasion charges as mail or wire fraud. This is because under the internal revenue laws, the Tax Division of the DOJ must approve all criminal charges, including tax evasion, that a US attorney brings or intends to bring against a defendant, see 28 C.F.R. § 0.70 and Title 6, 4.200 Justice Manual (Criminal Tax Case Procedures).

The Wire Fraud statute of 18 U.S.C. § 1343 prohibits “any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio or television communication in interstate or foreign commerce.” Mail fraud, 18 U.S.C. § 1341 is the use of the postal system instead of a telecommunications system to effectuate a scheme or artifice to defraud. Dissenting Justice Scalia described the wire fraud in the *Pasquantino* hearing in a vivid matter as “using the mails [sic] or interstate commerce to defraud a [...] government of taxes” in such cases.¹⁸

The defendant in *United States v. Pasquantino* argued that unassessed tax claims are neither property nor money, and

¹⁵ Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act, 18 U.S.C. §§ 1961-1968.

¹⁶ DOJ 2012, Criminal Tax Manual, p. 3; applies also to wire fraud and bank fraud, see Tax Division Directive 128.

¹⁷ *Pasquantino v. United States*, 125 S. Ct. 1766 (2005).

¹⁸ <https://www.oyez.org/cases/2004/03-725> (4.4.2020); Justice Scalia partially joined the dissent in this case.

therefore he could not be tried under the wire fraud statute. However, the court disagreed. The entitlement to collect money from petitioners is “something of value” belonging to the government and therefore is within the meaning of “property.”¹⁹ As such, tax crimes are predicate offenses because they also satisfy the requirements of the specified unlawful activity of mail, wire, or bank fraud.

This scheme has also been used in *United States v. Ramses Owens et al.* The named predicate offense is the charged wire fraud, not the charged tax evasion. The alleged fraudulent scheme, however, concealed the “assets and investments, and the income generated by those assets and investments, from the IRS” and was “[...] transmitted and caused to be transmitted interstate and foreign wires, including emails and bank wires, for the purpose of executing this fraudulent scheme.”²⁰

b) Characteristic element of money laundering (actus reus)

The characteristic element under § 1956 (a) (1) is a financial transaction conducted with specific intent.

The actus reus of money laundering is, therefore, the financial transaction in § 1956 (a) (1).²¹ The term is defined in § 1956 (c) (3) and (4) and is completed by a wide list of rulings by various courts. Simply described, it can be almost any transaction of money or titles. The simple handover of drug proceeds to a courier²² or the mere receipt of a client’s cash bag by an attorney is sufficient.²³

The defendant must conduct the transaction. Conduct is defined in § 1956 (c) (2) as initiating, concluding, or participating in initiating or concluding the transaction. The mere acceptance of receiving the funds in a transaction satisfies the participation in a conclusion element.²⁴

c) Proceeds (in cases of tax evasion)

The requirement of “proceeds” is not part of the actus reus in the money laundering crime but rather a “circumstance element.”²⁵ The property subject to the financial transaction must be the proceeds of the specified unlawful activity. As such, the illicit origin must not be known to the defendant generally, unless the law requires such knowledge.

As defined in § 1956 (c) (7), “the term ‘proceeds’ means any property derived from or obtained or retained, directly or indirectly, through some form of unlawful activity, including the gross receipts of such activity.” Proceeds are broadly defined and do not need to be money; neither is it necessary that these proceeds are traceable to the predicate offense.²⁶

The government must show only that the proceeds came from the offense.²⁷ In this way it is sufficient to show that the legitimate business is bankrupt to prove that the money used must be the proceeds of the predicate offense.²⁸

In the case of tax evasion, the “unpaid taxes, unlawfully disguised and retained through the mailing of the tax forms, were ‘proceeds’ of defendants’ overall scheme to defraud the government.”²⁹

d) Intent (mens rea)

For the mens rea requirement, a distinction must be made between the money laundering statutes.

Almost³⁰ all money laundering variations require knowledge of the fact that the property involved is derived from some crime, not necessarily a crime defined as a specified unlawful activity.

At the same time, the forms of actions under § 1956 (a) must be fulfilled with their own set of specific intents. The mens rea requires a specific intent as stated in the rule § 1956 (a) (1). This can occur if the defendant intends to: aa) promote the specified unlawful activity, (A) (i); bb) evade taxes, (A) (ii), cc) conceal or disguise (B) (i), or dd) avoid transaction reporting requirements, (B) (ii).

aa) Promote

The defendant must act with the intent to promote a specified unlawful activity. This can involve the proceeds generated from a specified unlawful activity or a completely different crime. It is not required that the defendant conceal or disguise anything.³¹ For example, the reinvestment in more drugs³² or the renting of rooms to store and pack cocaine³³ has been seen as a promoting act.

United States v. Santos, 553 U.S. 507 (2008); Solved for the period after May 20, 2009 by the Congress response P.L. 111-21, 123 Stat. 1618 (2009) (S. 386) (111th Cong.) which gave the current definition including “gross receipts”. Congress thus takes the broad definition.

²⁷ *United States v. Mankarious*, 151 F.3d 694 (7th Cir. 1998).

²⁸ *United States v. Richardson*, 658 F.3d 333, 338 (3d Cir. 2011).

²⁹ *United States v. Yusuf*, 536 F.3d 178 (3d Cir. 2008).

³⁰ The “international promotion offense” § 1956 (a) (2) (A) does not require any origin of the property used but rather the intent to promote a specified unlawful activity.

³¹ *United States v. Marbella*, 73 F.3d 1508, 1514 (9th Cir. 1996); see also *United States v. Alerre*, 430 F.3d 681, 693 (4th Cir. 2005) for the difference between promoting a Specified Unlawful Activity and concealment.

³² *United States v. Fitzgerald*, 496 Fed. Appx 175 (3d Cir. 2012).

³³ *United States v. Cole*, 558 Fed. Appx. 173 (3d Cir. 2014); such costs for a legitimate reason would not satisfy the “promoting” requirement.

¹⁹ *Pasquantino v. United States*, 125 S. Ct. 1766 (2005).

²⁰ *Indictment in United States v. Ramses Owens et al.*, p. 59.

²¹ *United States v. Roy*, 375 F.3d 21 (1st Cir. 2004).

²² *United States v. Reed*, 77 F.3d 139, 142 (6th Cir. 1996).

²³ *United States v. Blair*, 661 F.3d 755, 764 (4th Cir. 2011).

²⁴ *United States v. Gotti*, 459 F.3d 296, 335 (2d Cir. 2006).

²⁵ *United States v. Mikell*, 163 F. Supp. 2d 720, 739.

²⁶ See *Levy*, *Federal Money Laundering Regulation*, § 20.11 as to whether and when the term “proceeds” refers to net profits rather than the gross receipts and the application of

bb) Evade taxation

Also, taking part in a financial transaction with the intent to engage in conduct that would trigger the tax evasion statutes 26 U.S.C. § 7201 or § 7206 constitutes money laundering.³⁴ Any tax which could be evaded satisfies the statute.³⁵ As mentioned above, this should not be confused with tax evasion as a predicate offense. Here, it is used as the motive of the financial transaction rather than the origin of the funds.

The intentional conduct must, in fact, violate tax laws. The defendant is not required to be aware that his or her conduct violates tax law.³⁶

cc) Conceal or disguise

The defendant also launders money if he or she acts with the purpose of concealing or disguising the nature, location, source, ownership, or control of the proceeds derived from the specified unlawful activity. The government must prove that there is “a specific intent to structure a transaction so as to conceal the true nature of the proceeds”.³⁷ The simple deposition or transportation of proceeds is not sufficient. As the Supreme Court held in *Cuellar v. United States*³⁸, hiding money in a vehicle in order to transport it tells us something about the manner in which the money is transported but does not reveal the purpose of transporting it. In this case, the defendant transported \$ 81,000 towards the Mexican border, hidden under goat hair in his car. The court reversed the conviction because the government was not able to prove that the purpose of the transportation was to conceal or disguise the money but rather it was simply transported in a concealed manner.

The concealment variant of money laundering can be understood as the classic way of laundering money by disconnecting the proceeds from their origin and providing the appearance of legitimate wealth instead.³⁹

For the intent requirement, it is also sufficient that someone else besides the defendant has the intent to conceal, and the defendant knows this.⁴⁰

dd) Avoid transaction reporting requirements

The fourth mens rea variation is to design the transaction in a way that avoids reporting requirements such as the Currency Transaction Report (for CTR, transactions of more than \$ 10,000), the Currency and Monetary Instrument Report (CMIR, common carrier transports more than \$ 10,000), or the IRS/FinCEN Form 8300 currency reporting (businesses receiving cash payments exceeding \$ 10,000).

e) Other money laundering statutes⁴¹

§ 1956 (a) (2) makes it unlawful to transport, transfer, or transmit funds into or out of the US with the specific intent to promote a specified unlawful activity, or with knowledge that funds are proceeds of unlawful activities, and with knowledge that the transportation, transfer, or transmission is done with the purpose of concealing or avoiding transaction reporting. This statute prohibits the international transportation or transmission of funds to promote a specified unlawful activity but does not require proceeds of such.

The so-called “Sting Provision” of § 1956 (a) (3) requires basically the same intent as § 1956 (a) (1) (except for § 1956 [a] [1] [A] [ii]), but the belief that this transaction involves proceeds of a predicate offense satisfies this statute regardless of whether the money does indeed derive from any predicate offense.

The alternative of § 1957 (“Spending Statute”) prohibits the knowing engagement in a monetary transaction exceeding \$ 10,000 if the funds are criminally derived from a specified unlawful activity. Violations of § 1957 and § 1956 work in tandem and are often charged together.⁴²

f) State law examples

So far, only the federal law has been presented here, which applies only if the federal government has the jurisdiction. The federal government has the jurisdiction to regulate interstate commerce, Art. I § 8 of the United States Constitution. That means some effect on interstate commerce is a required element of the federal money laundering crime.⁴³

If this element is not met, only state law applies. Almost all states in the US have their own statute punishing money laundering⁴⁴ in addition to the state money transmission laws.

³⁴ See for an example of the intent requirements *United States v. Zanghi*, 189 F.3d 71 (1st Cir. 1999).

³⁵ DOJ 2012, Criminal Tax Manual, p. 4.

³⁶ *United States v. Zanghi*, 189 F.3d 71 (1st Cir. 1999).

³⁷ *United States v. Gilliam*, 975 F.2d 1050, 1056 (4th Cir. 1992); see also *United States v. Millender*, Case No. 1:16-cr-239-1 (AJT) (E.D. Va. Sep. 21, 2018), here the court dismissed the concealment charges.

³⁸ *Cuellar v. United States*, 553 U.S. 550 (2008); applied to § 1956 (a) (1) (B) (i) by *United States v. Huezo*, 546 F.3d 174 (2d Cir. 2008).

³⁹ Even though this is not the only way to satisfy this requirement as clarified in *Cuellar v. United State*, 553 U.S. 550 (2008).

⁴⁰ *United States v. Richardson*, 658 F.3d 333, 340 (3d Cir. 2011).

⁴¹ For more information see *Doyle*, Money Laundering: An Overview of 18 U.S.C. § 1956 and Related Federal Criminal Law, November 30, 2017, available at <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33315.pdf> (4.4.2020).

⁴² *Brickery/Taub*, Corporate and White Collar Crime, 6th ed. 2017, p.615.

⁴³ See also *United States v. Evans*, 272 F.3d 1069, 1081 (8th Cir. 2001); *United States v. Aramony*, 88 F.3d 1369 (4th Cir. 1996).

⁴⁴ Examples: California Cal. Penal Code §§ 186.9, 186.10; Delaware Del. Code Ann. Tit. 11, § 951; Florida Fla. Stat. Ann. §§ 896.101 to 896.108; Illinois Ill.Comp. An. ch. 720 § 5/29B-1; Michigan Mich Comp. Laws Ann. §§ 750.411j to 750.411q; New Jersey N.J. Stat. Ann. §§ 2C:21-23 to 2C:21-29; New York N.Y. Penal Law §§ 470.00 to 470.25; Penn-

For the purposes of comparison, this article focuses on the federal laws, because even a minimal effect on interstate commerce satisfies the interstate commerce requirement.

IV. Comparison

Both the German and the US provisions give rise to a complex combination of the predicate offense, act, and intention or knowledge while acting. Both jurisdictions deem it necessary to include tax evasion as a predicate offense, despite the regulatory obstacles such as inclusion causes. We will now turn to responses and basic solutions to different fields of conflicts arising from tax evasion as a predicate offense.

1. Tax evasion as a predicate offense

Even though both jurisdictions consider tax evasion as a predicate offense for money laundering, they demand their own characteristic elements of the crime.

a) Qualifications

As we have seen, US law, on the one hand, does not mention tax evasion as a predicate offense but instead brings it in through the back door by considering tax evasion – or rather tax fraud – as mail, wire, or bank fraud, which are named as specified unlawful activities. German law, on the other hand, limits the scope of tax evasion to a certain level of perpetration (committed commercially or as a member of an organized group).

By limiting the relevant levels of perpetration, German law perceptibly reduces the number of cases of money laundering that can be committed with tax evasion as a predicate offense. It excludes the committing of tax evasion from every other form other than on a commercial basis or as a member of an organized group whose purpose is to continue to commit evasion. At the same time, it seems that US law does not see money laundering as a follow-on crime for tax evasion, while in fact applying it to much simpler forms of perpetration than German law does; in particular, money laundering fulfills the required elements of either mail fraud, wire fraud, or bank fraud. Considering that tax returns are usually filed by mail or – more frequently – electronically, almost all investigations into tax fraud may provide evidence to pursue the related fraud charges of mail or wire fraud, in connection with fraudulent tax returns.

Unlike the German money laundering statute, US law does not limit its scope to fraud reaching a certain level of criminal energy. The reasoning behind the German approach is that charges of money laundering are intended to target organized crime rather than ordinary criminals. US law intends to target organized crime as well, but the US criminal statutes are normally broader and prefer to provide an extended discretionary power to the prosecutors.⁴⁵ Thus, US

sylvania 18 Pa. Cons. Stat. Ann § 5111; Texas Tex. Penal Code Ann. §§ 34.01 to 34.03; Washington Wash. Rev. Code Ann. §§ 9A.83.010 to 9A.83.04.

⁴⁵ *Kadisich/Schulhofer/Barkow*, Criminal Law and its Processes, 10th ed., Chapter 1 B. 3.

prosecutors may drop charges if deemed inappropriate. German law, in contrast, obligates German prosecutors to file charges if the elements of a crime are fulfilled and negate discretion in this context. Consequently, German law must be designed with a more narrow scope.

b) Intent requirement

The intent requirement varies between the two jurisdictions.

Under US law, the conduct must have a specific intent in order to fulfill the money laundering requirement. German law, in contrast, may require some kind of specific intent for the concealment variant of the statute, as described above, but otherwise general intent is sufficient.

Concerning the knowledge of the criminal origin, a conflict exists between the fact that only a limited number of criminal acts can generate proceeds under the money laundering statute. At the same time, the defendant often lacks forethought into the specific criminal act the proceeds are derived from and, even more so, the necessary legal knowledge to relate the source to a specific crime. The jurisdictions respond differently to this issue.

The knowledge requirement is stricter in Germany than in the US when it comes to the specific criminal act the proceeds originated from. US law does require knowledge of the source. However, to know that the source is an illegal activity of any sort fulfills the requirement; it does not need to be a named specified unlawful activity.⁴⁶ Under German law, besides the grossly negligent ignorance, the defendant must know that the proceeds originated from a predicate offense named in the statute. However, the standard is an evaluation of the specific circumstances from a layperson's perspective and is moderated in this way. German law balances the stricter requirement by additionally outlawing grossly negligent ignorance of the criminal origin. Here, the German legislature established a novelty with the money laundering statute. It is unusual in German law that any kind of negligence is sufficient to fulfill the elements of an economic crime. Nonetheless, the lawmakers deemed it sufficient that the defendant is unaware of the criminal origin due to gross negligence.

Ultimately, when it comes to the sufficient level of intent, the two jurisdictions are quite similar in that they require the defendant only to see and accept the result of his or her conduct. Under German law, this is referred to as “assenting acceptance” (“billigend in Kauf nehmend”)⁴⁷ while US law refers to it as being “willfully blind”.⁴⁸

⁴⁶ *United States v. Huezco*, 546 F.3d 174, 183 (2d Cir. 2008).

⁴⁷ *Nestler/El-Ghazi* (fn. 7), StGB § 261 para. 126.

⁴⁸ *United States v. Flores*, 454 F.3d 149, 156 (3d Cir. 2006); *United States v. Rivera-Rodriguez*, 318 F.3d 268, 271 (1st Cir. 2003); *Podgor/Henning/Israel/King*, White Collar Crime, 2d ed. 2018, § 12.4.B.2; see also *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB, S.A.*, 131 S.Ct. 2060, 2070-2071 (2011) for the details on this requirement.

2. Determination of proceeds

Defining the proceeds of tax evasion is not as clear-cut as it might seem at first glance.

a) Definitions

Under US law, as mentioned above, the “unpaid taxes, unlawfully disguised and retained through the mailing of the tax forms, were ‘proceeds’ of defendants’ overall scheme to defraud the government”.⁴⁹

German law, in contrast, defines the proceeds of tax evasion as “expenditure saved by virtue of the tax evasion” § 261 (1) 3rd sentence German Criminal Code. The wording uses the German term “durch”, which can also be translated as “through”, thus requiring some form of causal connection.

b) Description of the problem

In a nutshell, US law defines the proceeds as a retainer, and German law as expenditure saved.⁵⁰ Both jurisdictions find the solution by defining the proceeds as something not really obtained but rather retained or saved through the unlawful act. If the taxes had been properly filed, a certain amount would have been paid to the treasury. This amount would no longer be available to the defendant, so it is deemed proceeds.

Even though these solutions are necessary to include the tax evasion in the series of predicate offenses for money laundering (without being limited to obtained reimbursements), they are incoherent. The necessary step to justify the chosen solutions of the two jurisdictions is the idea that if the tax had been filed properly, the tax authorities would automatically have collected the tax. But this is just the start of the problem. In the case of larceny, the obtained item is obvious. The item taken from the victim can be separated out of all items in possession of the thief. Even if money was taken, the banknotes could be isolated and identified, for example, by the serial number.

The unassessed tax claim, on the other hand, is not a consequence of a criminal act. Evading the assessment of taxes or even the willful non-payment of taxes does not change tax imposed by law. The tax claim is just incorrectly assessed. If the defendant had filed the taxes correctly, the same amount of taxes would be imposed as is the case after the tax evasion is revealed. If a person is subject to a tax rate of 20 % and he or she does not declare \$ 100,000 in income, the taxes imposed on this income by law do not change; they still amount to \$ 20,000. It is only that the amount could not be assessed. After the tax evasion is revealed, the tax claim of \$ 20,000 will be assessed and enforced. The tax claim depends on the tax-related circumstances defined by the national tax provisions, thus the law imposes the claim independently whether an evasion occurred or not. The fact that tax evasion is pro-

hibited does not change the character of the tax claim itself and no tax is imposed because of the evasion. In consequence, the unpaid taxes are not connected with the crime. The saving of these taxes is neither obtained through the evasion⁵¹ nor retained through the sending of the tax form.

The term “through” stipulates some form of causal connection. One might ask what the proceeds would be if the defendant were not able to pay the taxes in any way. If the defendant is indigent at the moment the taxes would have become due if he or she had filed the taxes properly, then, under the German definition, no expenditure would be saved through the unlawful act because he or she could not have paid this expenditure if these taxes had been properly assessed. Under the US law definition, there is nothing the defendant could retain at all, so no proceeds would exist. Neither the German nor the US courts have solved any case in this way so far.

If we have a defendant who disguises income of \$ 100,000 and taxes would be saved, what part of this income constitutes the unpaid taxes? If the income is paid into an offshore account and the due taxes are usually paid from a domestic bank account, the savings would most likely occur in the domestic bank account because that is where the taxes would have been paid from. While the “bad” money is hidden abroad and untouched, the domestic money would be tainted. However – at least when it comes to tax evasion as a predicate offense – the money moved abroad for the purpose of supporting the crime of tax evasion would most likely be considered tainted money.

The problem is inherent in the criminality of money laundering. Tainted money is taken and is supposed to become clean by disconnecting it from its illicit origin. The basis is a “something,” the tainted money. This “something” can be followed through its dynamic laundering steps, either by transferring, replacing, or some other activity. The success of tax evasion is a non-assessed tax claim, thus a “nothing.” In this way, we try to follow a “nothing” by becoming a “something.” It is merely speculative to replace a “nothing” by a “something in thought” towards a real “something”.⁵²

Even if we accept this and assume that the non-assessed tax claim is a “something”, we have another problem that Samson pointed out:⁵³ the timing. The starting point of any examination of causality is the origin. The origin must pre-date the success. If a launderer uses the money he or she has stolen, we know that this is the case because it occurs in real life. We could see that the banknote is taken, possessed and eventually used. The receiving moment comes before the

⁴⁹ United States v. Yusuf, 536 F.3d 178 (3d Cir. 2008).

⁵⁰ This term is justifiably criticized in the literature, for example *Samson*, in: Hirsch/Wolter/Brauns (eds.), *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, 2003, p. 263 (270), as being inherently contradictory.

⁵¹ Please note that the German legislative material, BT-Drs. 14/7471 says that § 261 (1) 3rd sentence shall ensure that property is included which obtained in a clear connection with the tax crime rather than merely being acquired as a result of the tax crime itself. Even if such an explanation clarified anything, however, the law text uses the term “through”, which cannot be replaced by the legislative material.

⁵² For the German law see *Samson* (fn. 50), p. 272.

⁵³ See *Samson* (fn. 50), p. 273.

using moment because the illegal conduct leads to possession. In the case of saved expenditures or retained property, the not-using of the money to pay the potential tax is not a certain conduct in real life which can be determined in time and place. In cases of a tax bill in which the evaded tax would have been included, the time, at least, can be determined. It is the moment the tax bill is paid because at that moment also an even higher tax bill would have been paid, most likely. In other cases, it can even be uncertain whether the taxpayer would have paid at all if he or she were waiting for foreclosure action. Other uncertainties can also arise. Here the moment of possession occurs before the illicit act. At some point of the possession, parts of the possessed money switch their status and become tainted.

The third problem, as implied in the examples above, is that it is impossible to determine which part of the possessed assets is the saved expenditures, or which part of a higher amount would be the illegally retained part. For example, a defendant disguises \$ 100,000 and invests \$ 50,000 in real estate right away. Later he does not declare his taxes correctly, with the result that \$ 20,000 of taxes are wrongfully not assessed. Would the real estate be tainted? No, because at the moment the real estate was acquired, the used money was untainted. There is no good reason why this result should differ just because the money was kept together and not invested.

Both jurisdictions circumvent this problem by defining a portion of the money arbitrarily as tainted. This tainted part of the asset can be determined in its value but cannot be located within the assets of the defendant. The proceeds could be any financial portion of the assets. As a result, any financial transaction from a bank account could satisfy the money laundering statute. In consequence, the entire money in any bank account of the defendant would be blocked if he or she wants to avoid money laundering.

Neither jurisdiction has found a coherent definition to determine the proceeds from a tax crime when no funds are reimbursed. This is understandable and shows that the criminal act of tax evasion is inconsistent with the crime of money laundering. On the one hand, money laundering is usually based on assets obtained through crime. The actual proceeds of tax evasion, on the other hand, are kept as part of a possession, rather than obtained. The tax claim still exists, but it is not assessed. If the tax evasion is exposed and the tax claim assessed, this tax claim is not based on the criminal act of tax evasion but rather on the income (legally) earned in the first place, regardless of whether it is declared or not. If it was declared as legally required, the same tax claim would exist.

c) Commingled bank accounts

However, both jurisdictions acknowledge tax evasion as a predicate offense and so the above-mentioned matters have additional consequences for the level of confiscation,⁵⁴ and for the question of whether tainted funds were used. For both

questions, it must be determined what happens when legitimate funds become commingled with dirty money.

In the US this has become a key question in cases under § 1957 (the “Spending Statute”) in recent years. As we have seen, this provision prohibits the knowing engagement in a monetary transaction exceeding \$ 10,000 if the funds are criminally derived from a specified unlawful activity. When is the money used actually derived from a specified unlawful activity if a portion of the money is retained? The most relevant situations involve bank accounts.

When the tax savings are determined to be proceeds of tax evasion, the question arises of whether the entire bank account is infected by the now tainted savings. For example, the defendant has \$ 1,000,000 in his or her bank account and unlawfully retained \$ 50,000 in taxes which cannot be assessed by the tax authorities based on the defendant’s fraudulent conduct. Now the defendant makes a payment of \$ 100,000 from the same account. Are proceeds of the tax evasion used? If so, which part is tainted?

Various positions can be taken:

- The legitimate money is used first, so no proceeds are used (analogous to FIFO – first in, first out);
- The tainted money is used first, so \$ 50,000 is legitimate and \$ 50,000 is proceeds (analogous to LIFO – last in, first out);
- A part in proportion to the legitimate money is used, so \$ 5,000 (5 % of the account balance because the saved taxes correspond to 5% of the money in the account) is proceeds and \$ 95,000 is not (pro-rata); or
- As an extreme position, dirty money infects the entire bank account, so the entire \$ 1,000,000 becomes tainted as soon as it comes into contact with the dirty money. Therefore, any use of the bank account is the use of proceeds.

The correct handling of such cases is currently under discussion in Germany. The Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof, BGH) has issued a number of rulings in recent years in which it found that all funds in an account are seen as one item.⁵⁵ If now tainted money is deposited into a bank account, the entire money in the account becomes tainted as long as the deposited money is not, from an economic point of view, completely irrelevant in relation to the legitimate money in the account.⁵⁶ Transferring this ruling to the standard of the saved expenditure as applied in cases of tax evasion, the entire property of a tax evader would be tainted immediately, and thus virtually useless. To date, no higher court has decided on such a case and the ruling has not yet been applied to a controversial case, but some opinions in the

⁵⁴ 18 U.S.C. §§ 981, 982 or §§ 73–76c German Criminal Code, respectively.

⁵⁵ BGH, Judgment of 20.5.2015 – 1 StR 33/15 = NStZ 2015, 703; confirmed in BGH, Judgment of 12.7.2016 – 1 StR 595/15; BGH, Judgment of 15.8.2018 – 5 StR 100/18; BGH, Judgment of 27.11.2018 – 5 StR 234/18.

⁵⁶ BGH, Judgment of 20.5.2015 – 1 StR 33/15 = NStZ 2015, 703; BGH, Judgment of 12.7.2016 – 1 StR 595/15 = NStZ 2017, 167.

literature agree with the court's position.⁵⁷ However, many others disagree.⁵⁸ Tainting the entire money in the bank account could have a severe impact on the economy. Entire liquid funds of an entity or an individual would be useless as soon as they come in contact with tainted money and the person concerned knows or anticipates the illicit origin. This would happen even if the money was transferred against the will of the person concerned but he or she fails to take immediate action. If a business were exposed publicly with evasion, it would have to be cut out of the market because no other business could accept its money without also running the risk of money laundering and having its own funds tainted. As mentioned, the Federal Court of Justice has not yet ruled on a controversial case of this kind, so the matter has not been conclusively decided.

Some federal courts in the US have rejected the position taken by the German Federal Court of Justice. The Fourth Circuit took a similar position back in 1994,⁵⁹ but in more recent decisions the Fifth Circuit rejected the view that commingled funds could automatically be seen as tainted.⁶⁰ The Fourth Circuit reasoned that "the illicitly-acquired funds and the legitimately-acquired funds (or the respective portions of the property with each) cannot be distinguished from each other" once the funds become combined in one single asset.⁶¹ Thus, the funds "cannot be traced to any particular source, absent resort to accepted, but arbitrary, accounting techniques".⁶² In consequence, the funds from lawful activities are also tainted if commingled with the proceeds of illegal conduct. Later, the Fifth Circuit (as well as the Ninth Circuit) rejected this point of view by arguing that it cannot be proven beyond a reasonable doubt that the used money is tainted or obtained by illegal activities if the individual withdrawal is less than the amount of clean money in the account.⁶³ But "when the aggregated amount withdrawn from an account containing commingled funds exceeds the clean funds", the withdrawal contains tainted money even though it might be less than the amount of clean money in the account.⁶⁴ This alternative version to the first-in-first-out rule is named the clean-funds-out-first rule.⁶⁵ The clean funds are used first and

the proceeds are used once the (aggregated) withdrawals exceed the amount of money in the clean funds. The clean-funds-out-first standard was recently confirmed in a case involving a conviction of counts of money laundering in violation of § 1957, even though the challenge on this ground was rejected.⁶⁶

Other circuits have eschewed the clean-funds-first-out rule and instead adopted a plain standard. The matter regularly arises in cases of violation of § 1957 because here more than \$ 10,000 in tainted money must be used. The Second Circuit, for example, recently held that a jury may find that a withdrawal contains more than \$ 10,000 in tainted money if the commingled account contains more than \$ 10,000 in tainted money in total, regardless of how much clean money is in the account.⁶⁷

Although the federal courts are split and have not applied a uniform standard here, the IRS apparently does adopt the clean-funds-first-out rule in its evaluation – with one exception. Its Internal Revenue Manuals⁶⁸ note:

"Defendants often commingle SUA proceeds with legitimate funds. The government need not prove that all proceeds in a transaction were unlawfully derived but must be able to trace some of the proceeds to a SUA. Criminal-ly derived proceeds deposited with legal funds are considered to be withdrawn last unless the account/business is deemed to be *permeated with fraud*. This implies that the business operations are so intertwined with fraud that to segregate the legitimate operation and profits is impossible. Special agents should work closely with the attorney for the government when investigations involve commingled funds to ensure the elements of the crime are met."

The clean-funds-first-out rule is preferable because it takes into account that the burden of proof is on the government and not on the defendant who uses tainted money, as well as the fact that the burden of proof in criminal cases is "beyond a reasonable doubt".⁶⁹ The basic problem of how to handle commingled funds exists under both US and German jurisdictions. The author would welcome if the German courts opened a comparable discussion to that of the US federal courts and adopted a standard similar to the clean-funds-out-first standard.

⁵⁷ *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 67th ed., 2020, § 261 para. 10, 9.

⁵⁸ See *Joecks*, in: *Joecks/Jäger/Randt*, Steuerstrafrecht, Kommentar, 8th ed. 2015, AO § 369 para. 219; *Nestler/El-Ghazi* (fn. 7), StGB § 261 para. 77, with further references in para. 76 and 77.

⁵⁹ *United States v. Moore*, 27 F.3d 969 (4th Cir. 1994).

⁶⁰ *United States v. Loe*, 248 F.3d 449 (5th Cir. 2001) referring to *United States v. Davis*, 226 F.3d 346, 357 (5th Cir. 2000); see also *United States v. Rutgard*, 116 F.3d 1270,1292 (9th Cir. 2000).

⁶¹ *United States v. Moore*, 27 F.3d 969 (4th Cir. 1994).

⁶² *United States v. Moore*, 27 F.3d 969 (4th Cir. 1994).

⁶³ *United States v. Loe*, 248 F.3d 449 (5th Cir. 2001).

⁶⁴ *United States v. Davis*, 226 F.3d 346, 357 (5th Cir. 2000).

⁶⁵ *United States v. Evans*, No. 17-20158 & No. 17-20159 U.S. App. Lexis 15785 (5th Cir. 2018), designated for publi-

cation; also named "drugs in, last out" rule, *United States v. Rutgard*, 116 F.3d 1270,1292 (9th Cir. 2000).

⁶⁶ *United States v. Evans*, No. 17-20158 & No. 17-20159 U.S. App. Lexis 15785 (5th Cir. 2018), designated for publication.

⁶⁷ *United States v. Silver*, 864 F.3d 102 (2d Cir. 2017).

⁶⁸ <https://www.irs.gov/irm> (4.4.2020), last reviewed or updated: June 20, 2019, part 9 "Criminal Investigation;" 9.5.5.2.1.5.1.

⁶⁹ See *United States v. Loe*, 248 F.3d 449 (5th Cir. 2001); "beyond a reasonable doubt" standard is quite similar in Germany, see BGH, Judgment of 1.7.2008 – 1 StR 654/07; BGH, Judgment 30.7.2009 – 3 StR 273/09.

This standard is transferable to tax evasion cases. The amount of unassessed taxes can be seen as the ‘grounds’ of a bank account, like the coffee grounds in a cup of coffee. It becomes the grounds at the moment the tax is (under)assessed or would be assessed if properly filed. As long as the grounds remain untouched and no withdrawal is made from the bank account, only clean funds are used. In the example above, no money laundering would have occurred because at least \$ 900,000 remained in the account, which is more than the retained \$ 50,000 in tainted money. The grounds remain untouched and are not used.

However, this does not solve the problem that occurs if the defendant has more than one bank account. If the defendant in the example above holds \$ 100,000 in each of 10 bank accounts and makes a payment of \$ 100,000 from one account, the question is whether the grounds are shared equally between the 10 accounts and each account contains \$ 5,000 of tainted funds, or whether only the most recently touched bank account is tainted with \$ 50,000, or whether the bank account usually used in the past to pay taxes is tainted.

The saved expenditures usually occur in the account from which the potential cost would have been paid. The tax payment would usually come from one particular account, not split across multiple accounts. Therefore, the saved expenditures would remain in one account and aggregate there.

This may change when offshore accounts are involved. The lay perspective would assume that the ‘dirty’ money was shifted offshore. While the domestic funds, as well as the funds moved offshore, are legally obtained, the money moved offshore makes the tax evasion possible and complicates the discovery of the evasion and the administration of justice. Therefore, it would be justified to deem the offshore funds as tainted.

3. *The sentencing of tax evaders and money launderers*

We will now turn briefly to the consequences of committing tax evasion or money laundering in each jurisdiction.

Both tax evasion and money laundering damage general welfare. Whereas the tax evader withholds money from the treasury, the money launderer uses assets derived from illegal activities, thus undermining legal financial transactions with illicit funds and complicating the reclamation of the proceeds and the administration of justice.

Under US federal law, money laundering, as stated in 18 U.S.C. § 1956 (a) (1), can carry a sentence of up to 20 years of prison time and/or a fine of up to \$ 500,000 or twice the value of the property involved, whichever is greater. In comparison, tax evasion, as stated in 26 U.S.C. § 7201, carries a fine of not more than \$ 100,000 in the case of a natural person and not more than \$ 500,000 in the case of a corporation. The maximum prison time is five years. Money laundering thus carries a far longer potential prison sentence than tax evasion. The sentencing is governed by the U.S. Sentencing Guidelines (USSG). After complex factors have been applied, the Sentencing Table⁷⁰ provides a certain range that can be

increased based on certain other factors. Ranges are increased in cases of “business of laundering funds” (by four levels), § 2S1.1 (2) (C), or if there is a case of “sophisticated laundering”⁷¹ (by two levels), § 2S1.1 (b) (3). The Guideline Manuals⁷² contain a commentary with specifications and definitions.

Under German law, money laundering can result in a prison sentence of between three months and five years. In particularly serious cases, it can range from six months to ten years. Examples of a particularly serious case are if the offender acts on a commercial basis or as a member of an organized group whose purpose is the continued commission of money laundering, § 261 (4) German Criminal Code. Convicted tax evaders can be fined or sentenced, quite similar, to a maximum of five years in prison. In a particularly serious case, the prison sentence is the same as for particularly serious cases of money laundering: between six months and ten years. Six examples of particularly serious cases are defined in § 370 (3) German Fiscal Code. They include deliberately understating taxes on a large scale, which begins at € 50,000 of understated taxes.⁷³

Apart from a few legally defined grounds to increase or reduce the sentence, the final sentence is at the discretion of the judge who has to balance all, not only legally defined, grounds to mitigate or aggravate the sentence. Germany does not have fixed sentencing guidelines. However, the German Federal Court of Justice has decided that generally prison without parole shall be given where € 1,000,000 or more in taxes are evaded, unless, exceptionally, the circumstances justify a lower sentence.⁷⁴

German law punishes both crimes equally, whereas US law attaches a far heavier criminal weight to money laundering than to tax evasion. In Germany, which has no guideline manuals for sentencing, the sentence is at the judge’s discretion. The US Guidelines Manuals result in more even-handed sentencing in the US, and are in practice very important. Usually the sentencing considerations in the indictment and/or plea agreement are read first and then reviewed under the applicable guidelines. The calculation of exposures under the guidelines and the applicable departures and grounds for variance are in many cases assessed even before the viability of the charges or the quantum of evidence. The Guidelines

[manual/2016/Sentencing_Table.pdf](#) (4.4.2020).

⁷¹ For example, the use of fictitious entities or shell companies, see Commentary of the Guidelines Manual, Part S Note 5 (A).

⁷² For 2018 see <https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf> (4.4.2020).

⁷³ BGH, Judgment of 2.12.2008 – 1 StR 416/08 = BGHSt 53, 71; BGH, Judgment of 27.10.2015 – 1 StR 373/15 = BGHSt 61, 28.

⁷⁴ BGH, Judgment of 2.12. 2008 – 1 StR 416/08 = BGHSt 53, 71; BGH, Judgment of 7.2. 2012 – 1 StR 525/11 = wistra 2012, 236; BGH, Judgment of 22.5. 2012 – 1 StR 103/12 = wistra 2012, 350; BGH, Judgment of 26.9.2012 – 1 StR 423/12 = wistra 2013, 31.

⁷⁰ See <https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines->

Manuals therefore represent a major difference between US law and German law in general.

V. Conclusion

US law, as well as German law, recognizes tax evasion as a predicate offense for money laundering. To do so, it uses a ‘trick’: it does not name tax evasion as a predicate offense but rather sees it as fraud. Wire and mail fraud, however, are named as predicate offenses, which indirectly makes tax evasion a predicate offense as well. German law names tax evasion as a predicate offense but only in the form of tax evasion committed on a commercial basis or as a member of an organized group.

Since both jurisdictions recognize tax evasion as a predicate offense in one way or another, they both need to find answers to questions that arise from the notion that the tax evasion crime is incoherent with the scheme of proceeds derived from an offense. Money laundering is the transaction of proceeds which derive in some form from an illegal activity. An unassessed tax claim, although a benefit from the criminal act of tax evasion, does not derive from the criminal act itself, but exists independently of it. The perpetrator does not obtain anything from tax evasion but rather keeps something that was in his or her possession already.

Answers are also needed as to how to identify proceeds within the defendant’s assets and how to handle funds that contain money obtained both legally and illegally.

US law describes the proceeds of tax evasion as a “retainer” and German law as “expenditures saved”. Neither jurisdiction has to date found a convincing method to identify the proceeds within the defendant’s assets; both pick such proceeds arbitrarily. The author suggests that – if tax evasion is a predicate offense – the proceeds would primarily occur within those funds that are moved to hide the income on which the taxes are evaded. In cases where offshore companies are used, the money moved abroad is therefore tainted in the amount of taxes remaining unassessed. If no money is moved, but taxes are simply not declared, the tainted amount is equal to that of the unassessed taxes in the bank account from where the taxes are usually paid.

The current situation with respect to commingled accounts is unsatisfactory, especially in Germany. The highest German court sees commingled accounts, by the means of accounts containing tainted and legal funds, as one item. If tainted money is deposited into a bank account, the entire balance of the account becomes tainted if the tainted money is not insignificant from an economic point of view. The federal US courts are split on this issue. The Fourth Circuit would apply the same rule as the German Federal Court of Justice, whereas the Fifth and Ninth Circuits apply a clean-funds-first-out rule. The clean funds are used first, and the tainted money remains, like coffee grounds, in the account. Once the aggregated withdrawals exceed the clean funds in the bank account, the tainted money is used. The clean-funds-first-out rule deserves support because it is aligned with basic principles of criminal law such as the burden of proof and the “beyond a reasonable doubt” standard.

When it comes to the norms themselves, the US laws are more broadly defined (for example in their use of the term “proceeds”), and the US money laundering statute allows longer prison times than the German provisions. These differences stem from the divergent approaches to the role of a prosecutor in the two jurisdictions. US law acknowledges great prosecutorial discretion in deciding whether, and to what extent, to invoke charges.⁷⁵ In practice, money laundering is often charged on top of a predicate offense and other crimes such as obstruction of justice or false statements. It is common to “pile on”, or over-charge, the defendant to reach a plea bargain. Given that money laundering guidelines are harsh and white-collar cases are often lengthy and difficult to present to a grand jury, US prosecutors often avoid money laundering in an attempt to resolve short of trial eventually. Instead, they bring conspiracy, mail or wire fraud, obstruction of justice, or False Statement Act charges. Bringing simpler cases raises the likelihood of prevailing before court.⁷⁶

In comparison, prosecutors in Germany are legally obligated to file charges and have – with a few exceptions⁷⁷ – no discretion (this is known as the ‘legality principle’ or *Legalitätsprinzip*), § 152 (2) German Code of Criminal Procedure (StPO). On one hand, this allows charges to be dropped when they are not reasonable under the given circumstances. But on the other hand, it is also an invitation for pressure and one reason for a system dominated by plea bargains.

To conclude, it is to be hoped that Germany starts a discussion on applying a clean-funds-first-out rule, or at least finds a similar approach to those currently discussed in the US.

⁷⁵ *Weaver/Burkoff/Hancock/Hoeffel/Singer/Friedland*, Principles of Criminal Procedure, 5th ed. 2016, p. 341, 344 et seq.

⁷⁶ See *Podgor/Henning/Israel/King* (fn. 48), § 1.6.

⁷⁷ For example, an investigation may be ceased if merely a minor offense occurred or ceased combined with an imposed fine, §§ 153 et seq. StPO.

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Grenzen der Rückwirkung bei der Vermögensabschöpfung

EGStGB Art. 316h S. 1

BGH, Beschl. v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18

I. Der zu besprechenden Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Das LG Oldenburg hat mit Urteil vom Oktober 2017 Strafbarkeiten der Angeklagten wegen Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung in größerem Umfang nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwArbG und wegen Beihilfe hierzu bejaht, sie jedoch freigesprochen, weil die Straftaten spätestens nach dem 31. Juli 2016 verjährt waren. Der 3. Strafsenat des BGH setzt auf die Revisionen der von Einziehungsentscheidungen betroffenen nebenbeteiligten Unternehmen hin das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG aus. Der Senat ist der Auffassung, dass Art. 316h S. 1 EGStGB mit den im Rechtsstaatsprinzip und in den Grundrechten verankerten Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes unvereinbar ist, soweit er § 76a Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 78 Abs. 1 S. 2 StGB sowie § 76b Abs. 1 StGB in Fällen für anwendbar erklärt, in denen hinsichtlich der rechtswidrigen Taten, aus denen der von der selbstständigen Einziehung Betroffene etwas erlangt hat, bereits vor dem Inkrafttreten der Neuregelung am 1.7.2017 Verfolgungsverjährung (§ 78 Abs. 1 S. 1 StGB) eingetreten war und somit der Verfall nach den §§ 73, 73a StGB a.F. nicht angeordnet werden durfte.

II. Der Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats ist in mindestens drei Hinsichten bemerkenswert. Zunächst sind Vorlagebeschlüsse von Strafsenaten des BGH an sich schon sehr selten. Zweitens stellt der Vorlagebeschluss zum ersten Mal eine Regelung der seit Juli 2017 geltenden Reform der Vermögensabschöpfung auf den verfassungsgerichtlichen Prüfstand. Insoweit kommt der Entscheidung des BVerfG Signalwirkung für andere Neuregelungen der Vermögensabschöpfung zu, die wie z.B. die neue verurteilungsunabhängige Einziehung gemäß § 76a Abs. 4 StGB von Teilen des Schrifttums für verfassungswidrig gehalten werden. Drittens betrifft der Beschluss eine Frage, die mit der Reichweite des Rückwirkungsverbots über den speziellen Gegenstand hinaus von großer allgemeiner Bedeutung ist.

III. Bei dem Vorlagebeschluss geht es um folgendes Problem: Nach altem Recht war die Anordnung einer selbständigen Vermögensabschöpfung bei Verjährung der Straftat grundsätzlich ausgeschlossen.¹ Seit dem 1. Juli 2017 ist die selbständige Einziehung unter den Voraussetzungen der §§ 73, 73b und 73c StGB auch dann zulässig, wenn die Verfolgung der Straftat verjährt ist (§ 76a Abs. 2 S. 1 StGB). Die selbständige Einziehung verjährt nunmehr in 30 Jahren

(§ 76b Abs. 1 S. 1 StGB), wobei die Verjährung mit Beendigung der Tat beginnt (§ 76b Abs. 1 S. 2 StGB). Die Übergangsvorschrift des Art. 316h S. 1 EGStGB dehnt die selbständige Einziehung weiter aus. Danach ist § 76a Abs. 1 S. 1 StGB abweichend von § 2 Abs. 5 StGB auch dann anzuwenden, wenn über die Anordnung der Einziehung des Tatertrages oder seines Wertes wegen einer Tat, die vor dem 1. Juli 2017 begangen worden ist, nach diesem Zeitpunkt entschieden wird. Damit erfasst die Verlängerung der Verjährung der selbständigen Einziehung auch Sachverhalte, die bei Inkrafttreten der Neuregelung bereits verjährt waren.

IV. Der Ansicht des 3. Strafsenats zur Verfassungswidrigkeit des Art. 316h S. 1 EGStGB ist zuzustimmen.² Dabei kann dahinstehen, ob die Norm auch das strengere strafrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG verletzt.³ Denn die Vorschrift verstößt bereits gegen das allgemeine verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG). Insbesondere erweist sich Art. 316h S. 1 EGStGB als echte Rückwirkung (1.), die nicht nur grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig ist (2.), sondern auch ausnahmsweise nicht gerechtfertigt werden kann (3.).

1. Eine Rechtsnorm entfaltet echte Rückwirkung, wenn sie nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände als Rückbewirkung von Rechtsfolgen eingreift.⁴ Genauso liegt der Fall bei Art. 316h S. 1 EGStGB. Die angeklagten Straftaten waren spätestens ab dem 31. Juli 2016 verjährt. Zu diesem Zeitpunkt war nach damaligem Recht eine selbständige Einziehung ausgeschlossen. Indem Art. 316h S. 1 EGStGB die selbständige Einziehung auf vor dem 1. Juli 2017 verjährte Straftaten erstreckt, greift er insofern nachträglich belastend in vergangene Tatbestände ein, als der bereits eingetretene Ausschluss einer selbständigen Einziehung für unbeachtlich erklärt wird. Art. 316h S. 1 EGStGB markiert insoweit eine konstitutive Änderung der alten Rechtslage.

2. Diese echte Rückwirkung ist anders als unechte Rückwirkungen grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig. Das allgemeine Rückwirkungsverbot schützt das Vertrauen des Bürgers in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des GG geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte. Dazu gehört insbesondere das Vertrauen in die Bestandskraft der mit abgeschlossenen Tatbeständen verbundenen gesetzlichen Rechtsfolgen.⁵ Denn es würde die Freiheit des Bürgers erheblich gefährden, wenn die öffentliche Gewalt an dessen Verhalten ohne Weiteres nachträglich belastendere Rechtsfolgen knüpfen dürfte, als sie zum Zeitpunkt seines Verhaltens galten.⁶ Bezugspunkt des Rückwirkungsverbots ist damit das Vertrauen in den Bestand des geltenden Rechts bzw. auf eine

¹ Vgl. § 76a Abs. 1, 2 StGB a.F.; zu berechtigten Ausnahmen Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 76a Rn. 1, 5, 11.

² Siehe auch BRAK-Stellungnahme Nr. 13/2020.

³ Gegen die Qualifizierung der neuen Einziehung als Kriminalstrafe etwa BGH NStZ 2018, 366 und 400.

⁴ BVerfGE 135, 1 (13).

⁵ BVerfGE 30, 367 (386).

⁶ BVerfGE 135, 1 (21).

bestimmte Rechtslage.⁷ Entgegen dem Gesetzgeber überwindet daher die bloße Berufung auf die fehlende Schutzwürdigkeit eines etwaigen Vertrauens in den Fortbestand einer strafrechtswidrig geschaffenen Vermögenslage noch nicht das allgemeine Rückwirkungsverbot.⁸ Das gleiche gilt für den Umstand, dass das Strafverfahren im Vorlagefall noch andauerte, als Art. 316h S. 1 EGStGB in Kraft trat.

3. Allerdings gilt das allgemeine Rückwirkungsverbot nicht ausnahmslos. So ist ein Vertrauensschutz nicht geboten, wenn sich kein Vertrauen in den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte oder ein Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt und also nicht schutzwürdig war. Das BVerfG hat hierzu nicht abschließend bestimmte Typisierungen fehlenden Vertrauens herausgearbeitet,⁹ von denen jedoch keine einschlägig ist.

a) Zunächst mussten die Betroffenen im Verjährungszeitpunkt nicht mit einer Änderung der Rechtslage rechnen. Bis zur Reform kannte das StGB eine selbständige Einziehung bei verjährten Straftaten grundsätzlich nicht. Diese Rechtslage bestand jedenfalls seit 1968 – trotz eines nicht weiterverfolgten Prüfauftrags in 1990 – unverändert fort und begründete damit einen Vertrauensstatbestand auf Seiten der Betroffenen. Das trifft auch für den Verjährungszeitpunkt Juli 2016 zu. Noch im Gesetzgebungsverfahren war weder im Gesetzentwurf des Bundesrates vom 12.8.2016¹⁰ noch im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 5.9.2016¹¹ eine grundsätzliche Entkoppelung der selbständigen Einziehung von der Verjährung vorgesehen. Erst die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 22.3.2017 brachte nach der Sachverständigenanhörung am 23.11.2016 völlig überraschend die grundsätzliche Entkoppelung.¹²

b) Bei der Altregelung handelte es sich auch nicht um eine unklare, verworrene oder in einem Maße systemwidrige und unbillige Regelung, dass ernsthafte Zweifel an ihrer Verfassungsmäßigkeit bestanden hätten. Gegen Letzteres spricht bereits die schiere Geltungsdauer der Altregelung von jedenfalls 1968 bis 2017. Eine evident verfassungswidrige Regelung hätte kaum 50 Jahre unverändert Bestand gehabt. Hinzu kommt, dass für die frühere grundsätzliche Bindung der (selbständigen) Einziehung an die Verjährung der Anknüpfungstat gewichtige Gründe streiten. Denn nach der Reform müssen im selbständigen Einziehungsverfahren Straftaten aufgeklärt werden, für die es keines Strafverfahrens mehr bedarf, weil sie infolge Verjährung nicht mehr den Rechtsfrieden stören.¹³ Das unterminiert den Vertrauensschutz für den Bürger. So liegt im Vorlagefall der Verjährungszeitpunkt der Straftat ca. ein Jahr vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung. Tatsächlich kann die primär zukunftsgerichtet legitimierte Maßnahme der Vermögensabschöpfung nach der Neuregelung dazu eingesetzt werden, bis

zu 27 Jahre lang (vgl. § 76b Abs. 1 S. 1 StGB) vor der Neuregelung verjährte Anknüpfungstaten repressiv mit einem selbständigen Einziehungsverfahren zu überziehen. Z.B. kann eine Erwerbstat, die im Jahr 2005 begangen und im Jahr 2010 verjährt ist, noch bis zum Jahr 2035 Anknüpfungstat einer selbständigen Einziehung sein.

c) Übertragende, zwingende Gründe des Gemeinwohls für eine solche weitreichende echte Rückwirkung sind nicht ersichtlich. Untauglich ist die Berufung des Gesetzgebers auf die fehlende Schutzwürdigkeit eines etwaigen Vertrauens der Einziehungsbetroffenen in den Fortbestand einer strafrechtswidrig geschaffenen Vermögenslage.¹⁴ Diese Wertung lag bereits dem alten Recht zugrunde.¹⁵ Wenn der Gesetzgeber diese Wertung nun höher gewichtet, indem er sie durch eine rückwirkende Abkoppelung der selbständigen Einziehung von der Verjährung der Anknüpfungstat strenger umsetzen will, so begründet er noch nicht, warum seine stärkere Gewichtung eine echte Rückwirkung erfordert und nicht wie sonst die zukünftige Geltung genügt. Das gilt umso mehr angesichts der langen Geltungsdauer des alten Verjährungsparadigmas. Wollte man schon die schiere Ersetzung eines alten durch ein neues Paradigma für den Gesetzgeber genügen lassen, um eine echte Rückwirkung zu rechtfertigen, bliebe von dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutz und dem darin wurzelnden Ausnahmecharakter zulässiger echter Rückwirkung nichts mehr übrig.¹⁶ Gleiches trifft zu für die vom Gesetzgeber angenommene Dysfunktionalität des alten Rechts im Hinblick auf das Ziel der Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit, weil das Altrecht vor der – häufig nicht widerlegbaren – Behauptung von Tatverdächtigen, der bei ihm festgestellte inkriminierte Gegenstand stamme aus einer verjährten Tat, kapitulierte.¹⁷ Abgesehen davon, dass das Ziel der materiellen Gerechtigkeit schon vom alten Recht der Vermögensabschöpfung verfolgt worden ist¹⁸, darf auch die materielle Gerechtigkeit nicht um jeden Preis verwirklicht werden. Schließlich rechtfertigen, wie das BVerfG bereits entschieden hat,¹⁹ auch Gründe der Vereinfachung der Rechtsanwendung durch Erstreckung der Neuregelung auf alle laufenden Verfahren sowie der Stärkung der Akzeptanz der Neuregelung²⁰ keine echte Rückwirkung.

Prof. Dr. Frank Saliger, München

⁷ BVerfGE 30, 367 (387); 135, 1 (21 f.).

⁸ So aber BT-Drs. 18/11640, S. 84.

⁹ Vgl. BVerfGE 30, 367 (387 ff.); 135, 1 (22 f.).

¹⁰ Vgl. BR-Drs. 418/16, S. 9 f., 61.

¹¹ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 72.

¹² BT-Drs. 18/11640, S. 82.

¹³ BR-Drs. 418/16, S. 61; BT-Drs. 18/9525, S. 72.

¹⁴ BT-Drs. 18/11640, S. 84.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 11/6623, S. 1, 4, 5 ff.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 135, 1 (28).

¹⁷ Vgl. BT-Drucks. 18/11640, S. 82.

¹⁸ Z.B. Saliger (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 73 ff. Rn. 2.

¹⁹ BVerfGE 30, 367 (391).

²⁰ Dazu BT-Drs. 18/11640, S. 84.