

AUSGABE 3/2016

S. 159 - 216

11. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Der Strafregistraustausch in der Europäischen Union und das Recht auf Resozialisierung

Von Prof. Dr. Gudrun Hochmayr,
Wiss. Mitarbeiter Dawid Ligocki, Frankfurt (Oder) 159

**Affenpinscher in Aspek – Teil 2
Zur Blankettstrafgesetzgebung im Nebenstrafrecht**
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Thomas Bode,
Wiss. Mitarbeiter Dr. Stefan Seiterle, Frankfurt (Oder) 173

**Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung,
§ 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppel-
pathologischen Diskurses – Teil 1
Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit
und deren Abgrenzung zur Täterschaft**
Von Wiss. Mitarbeiter Oliver Harry Gerson, Passau 183

**Papiertiger gegen Datenkraken: Zum Schutz der
informationellen Selbstbestimmung durch das Strafrecht**
Von Dr. Sebastian J. Golla, Berlin 192

Europäisches Strafrecht

**Release from prison in Hungary and the European Court
of Human Rights**
By Dr. Anita Nagy, Miskolc 199

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Europäisches Strafrecht

**OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.12.2015 – III-3 Ws 100/15
(Zur Anerkennung und Vollstreckung von EU-Geldsanktionen
nach dem Rahmenbeschluss 2005/214/JI)**
(Dr. Christian Johnson, Bonn) 206

BUCHREZENSIONEN

Wirtschaftsstrafrecht

**Momsen/Grützner (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht,
Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2013**
(Mag. Florian Sprajc, Graz) 209

**Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations-
und Kommunikationstechnik, 2015**
(Prof. Dr. Anja Schiemann, Münster) 211

Europäisches Strafrecht

**Arnold, Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa,
2015**
(Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg i. Br.) 214

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. Mark Deiters

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)

RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Jacob
Böhringer

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Wiss. Mitarbeiterin
Natalia Dobrosz

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Der Strafregistraustausch in der Europäischen Union und das Recht auf Resozialisierung

Von Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Wiss. Mitarbeiter Dawid Ligocki, Frankfurt (Oder)

Der Austausch von Informationen aus den Strafregistern ist ein wesentlicher Bestandteil der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union. Durch den Rahmenbeschluss 2009/315/JI (RB 2009/315/JI) wurde das Prinzip der „einen Stelle“ eingeführt. Alle Verurteilungen in EU-Mitgliedstaaten sind im Herkunftsmitgliedstaat des Verurteilten zu registrieren und auf Ersuchen anderer Mitgliedstaaten weiter zu übermitteln. Der Beitrag untersucht, inwieweit dieses System eine für den Verurteilten günstige registerrechtliche Behandlung durch den Urteilsmitgliedstaat anerkennt. Im Zentrum steht die Frage, ob der Resozialisierung dienende registerrechtliche Beschränkungen, wie Auskunftsbeschränkungen nach deutschem Recht, vom Herkunftsmitgliedstaat zu berücksichtigen sind.

I. Problemstellung

Ein polnischer Staatsangehöriger (A) war im Vertrieb eines deutschen Unternehmens tätig. Er wurde beschuldigt, im Rahmen seiner Vertriebstätigkeit an Schmiergeldzahlungen beteiligt gewesen zu sein. Das zuständige Amtsgericht verhängte gegenüber A aufgrund einer Verständigung in einem Strafbefehlsverfahren eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen. Mit dieser Vorgehensweise war der nicht vorbestrafte A nur deshalb einverstanden, weil die Verurteilung¹ im Führungszeugnis nicht aufscheinen würde.² Als A das Angebot erhält, in Polen für ein Unternehmen in leitender Position tätig zu werden, muss er ein polnisches Führungszeugnis vorlegen. In diesem scheint die deutsche Verurteilung auf.³ Zu Recht?

Der aus der Praxis herangetragene Fall ist Anlass zu untersuchen, ob und ggf. inwieweit registerrechtliche Beschränkungen im Urteilsmitgliedstaat von anderen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen sind. Hierzu wird zunächst auf die Funktionen des Strafregisters und die Auswirkungen der registerrechtlichen Behandlung auf den Verurteilten eingegangen. Anschließend werden die Reichweite der unionsrechtlichen Regelungen und der Umgang mit ausländischen Verurteilungen eigener Staatsangehöriger in Deutschland und Polen analysiert sowie unter dem Blickwinkel des Schutzes der Rechtssphäre des Verurteilten bewertet.

¹ Nach zutreffender herrschender Ansicht stellen auch Strafbefehle „Verurteilungen“ i.S.d. § 4 BZRG dar und sind daher ins Bundeszentralregister einzutragen; Hase, Bundeszentralregistergesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 4 Rn. 1.

² Siehe § 32 Abs. 2 Nr. 5 lit. a) BZRG.

³ Ein ähnlicher Fall lag der Entscheidung des österreichischen VwGH (Erkenntnis v. 19.4.2012 – 2011/01/0186) zugrunde. Auf die Frage, ob sich ein Hindernis aus dem RB 2009/315/JI ergibt, wurde nicht eingegangen, weil die Umsetzungsfrist damals noch nicht abgelaufen war;

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vwgh/JWT_2011010186_20120419X00/JWT_2011010186_20120419X00.html (25.2.2016).

II. Funktionen des Strafregisters

Die Erfassung von Daten über eine Person im Strafregister dient in erster Linie dem Informationsinteresse der Justiz und der Behörden, deren Aufgabenerfüllung die Kenntnis der strafrechtlich relevanten Vergangenheit des Delinquenten voraussetzt.⁴ Die im Strafregister dokumentierten Verurteilungen wirken sich in unterschiedlichen Bereichen aus.⁵ Vorstrafen sind gem. § 46 Abs. 2 S. 2 dStGB und Art. 53 § 1 und 2 plStGB bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Art. 64 plStGB knüpft eine Strafschärfung an die Rückfalltäterschaft an. Frühere Verurteilungen spielen ferner im Rahmen der Legalprognose, etwa als Voraussetzung der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 Abs. 1 dStGB; Art. 69 § 1 plStGB), eine Rolle.⁶ Sie sind für prozessuale Maßnahmen, wie die Einstellung des Verfahrens gem. § 153 dStPO und Art. 66 plStGB, von Relevanz.⁷ Als letztes Beispiel sei der Strafvollzug genannt, der die Kenntnis strafrechtlicher Vorbelastungen etwa für die Vollzugsplanung erfordert (§§ 6, 7 dStVollzG; Art. 82 § 2 Nr. 3 plStVollzG).⁸

Nicht nur öffentliche Stellen, sondern auch Private können ein legitimes Interesse an der Kenntniserlangung vom kriminellen Vorleben einer anderen Person haben. Vornehmlich ist hier das Interesse des Arbeitgebers an der beruflichen Zuverlässigkeit eines (künftigen) Arbeitnehmers zu nennen.⁹ In bestimmten Fällen ist eine Vorstrafe ein Ausschlussgrund für die Ausübung einer Tätigkeit. Die Erlangung von Auskünften aus dem Strafregister durch Private unterscheidet sich grundlegend in Deutschland und Polen: Während der Bewerber in Deutschland ein Führungszeugnis als datenschutzrechtliche Selbstauskunft beantragt und dem Arbeitgeber vorlegt, räumt Art. 6 Abs. 1 Nr. 10 SSRG¹⁰ dem Arbeitgeber in Polen ein selbständiges Anfragerecht in ein-

⁴ Eisenberg, Kriminologie, 6. Aufl. 2005, § 39 Rn. 1.

⁵ Vgl. Weißbuch betreffend den Austausch von Informationen über strafrechtliche Verurteilungen und deren Wirkung innerhalb der Europäischen Union v. 25.1.2005 = KOM (2005) 10 endg., S. 10 f. Ziff. 39 f.

⁶ Groß, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 56 Rn. 29; Budyn-Kulik, in: Mozgawa (Hrsg.), Kodeks karny, Komentarz, 6. Aufl. 2014, Art. 69 Rn. 5.

⁷ Diemer, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 153 Rn. 14; Łabuda, in: Giezek (Hrsg.), Kodeks karny, Część ogólna, Komentarz, 2. Aufl. 2012, Art. 66 Rn. 14 ff.

⁸ Tolzmann, Bundeszentralregistergesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2015, § 41 Rn. 21; Postulski, Kodeks karny wykonawczy, Komentarz, 2. Aufl. 2014, Art. 82 Rn. 15.

⁹ Jousen, NZA 2012, 776 (777).

¹⁰ Ustawa z dnia 24.5.2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, Dz.U. 2000 nr 50 poz. 580 (Gesetz v. 24.5.2000 über das staatliche Strafregister).

geschränktem Umfang ein.¹¹ Wie im Ausgangsfall ersichtlich, sind die vorhandenen rechtlichen Beschränkungen des Informationszugangs des Arbeitgebers wegen dessen wirtschaftlicher Überlegenheit in der Praxis wenig wirksam. Dem faktischen Zwang, ein Führungszeugnis vorzulegen, kann sich ein Stellenbewerber kaum entziehen.¹²

III. Registerrechtliche Behandlung als Bestandteil der Strafe

1. Stigmatisierende Wirkung

Die Registereintragung ermöglicht es Behörden und Dritten, von der strafrechtlichen Vergangenheit des Verurteilten Kenntnis zu nehmen. Sie macht den Makel des Vorbestraftenseins aus¹³ und trägt zur Stigmatisierung des Verurteilten bei. Auch wenn diese Wirkung nicht intendiert ist, ist sie doch untrennbar mit dem Strafregistereintrag verbunden.¹⁴ Die

¹¹ Ein ähnliches Anfragerecht ist in Art. 6 Abs. 1 Nr. 10a SSRG für bestimmte Personenvereinigungen vorgesehen, wenn gesetzliche Vorschriften vorsehen, dass ihre Organwalter nicht vorbestraft sein dürfen. Ein entsprechender Ausschlussgrund findet sich in Art. 18 § 2 des polnischen Gesetzes über Handelsgesellschaften für bestimmte Organwalter von GmbH und AG. Die Regelung bezieht sich jedoch ausschließlich auf Verurteilungen nach dem polnischen StGB; *Kidyba*, *Kodeks spółek handlowych*, Kommentar, Bd. 1 – Kommentar do art. 1-300 k.s.h., 8. Aufl. 2011, Art. 18 Ziff. 2. Im Folgenden wird nur auf die Kenntniserlangung durch den Arbeitgeber Bezug genommen.

¹² *Tolzmann* (Fn. 8), Einl. Teil A Rn. 34; *Weichert*, CR 1995, 361 (362).

¹³ Das BZRG geht explizit davon aus, dass die Eintragung im Bundeszentralregister mit einem „Strafmakel“ einhergeht. Nach § 32 Abs. 2 Nr. 4 BZRG ist eine Verurteilung, durch die auf eine Jugendstrafe erkannt worden ist, nicht ins Führungszeugnis aufzunehmen, wenn der Strafmakel als beseitigt erklärt und die Beseitigung nicht widerrufen worden ist. Zur Strafmakelbeseitigung *Goerdeler*, in: Ostendorf (Hrsg.), *Jugendgerichtsgesetz*, Kommentar, 10. Aufl. 2016, §§ 97 ff.; *Tolzmann* (Fn. 8), § 32 Rn. 26. Im österreichischen Recht kann im Einzelfall wegen leichterer Verstöße, die von Verwaltungsbehörden mit einer Geldsummenstrafe zu ahnden sind, eine höhere Geldstrafe verhängt werden als wegen eines schwereren Verstoßes, der von den Strafgerichten mit einer in Tagessätzen zu bemessenden Geldstrafe zu sanktionieren ist. Es wird angenommen, dass „[d]iese scheinbare Ungerechtigkeit [...] dadurch ausgeglichen [wird], dass die gerichtliche Verurteilung als solche ein erheblicher Nachteil ist, die den Verurteilten mit einer ‚Vorstrafe‘ bemakelt“; *Grafl/Schmoller*, in: *Österreichischer Juristentag* (Hrsg.), *Verhandlungen des 19. Österreichischen Juristentages*, Bd. III/1 – Entsprechen die gesetzlichen Strafdrohungen und die von den Gerichten verhängten Strafen den aktuellen gesellschaftlichen Wertungen?, 2015, S. 138.

¹⁴ Vgl. *Morgenstern*, *European Journal of Probation* 1/2011, 20; *Tolzmann* (Fn. 8), Einl. Teil A Rn. 1. In der Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Gesetzentwurf der

Eintragung der Verurteilung ist ein die Wirkung der Strafe faktisch verstärkendes Element, weil sie als erhebliche Belastung empfunden wird.¹⁵ Der Erfassung einer Verurteilung im Strafregister wird folgerichtig eine abschreckende Wirkung beigemessen. Die Angst vor „sozialer Diffamierung“, die mit der Eintragung, von der andere Personen unter bestimmten Umständen Kenntnis nehmen können, einhergeht, wird als eines der Motive angesehen, die einen Deliktsgeneigten davon abhalten können, eine Straftat zu begehen.¹⁶ Wie gravierend die Auswirkungen des Strafregistereintrags sein können, belegt der Ausgangsfall. Die mit dem Aufscheinen der Verurteilung im Führungszeugnis verbundenen Nachteile waren für den Betroffenen erheblicher als die Geldstrafe, weil sie ihm Einstellungs- und Karrierechancen verschließen konnten. Hätte der Betroffene von den verschärften registerrechtlichen Folgen in Polen gewusst, hätte er sich auf die Verständigung nicht eingelassen, sondern versucht, einen Freispruch zu erwirken.

2. Nichtaufnahme ins Register, Tilgung und Auskunftsbeschränkungen als Ausdruck des Resozialisierungsgedankens

Die Stigmatisierung, die mit der Strafregistrierung einhergeht, kann auf unterschiedliche Weise minimiert oder beseitigt werden. In die Strafregister mancher europäischen Staaten werden nur Verurteilungen zu bestimmten, besonders schweren Strafen aufgenommen.¹⁷ Die Nichtaufnahme der Verurteilung ins Register mildert die Strafwirkung ab, weil die Bemakelung durch die Vorstrafe entfällt.

Die Tilgung, die ein Löschen der Eintragung nach Ablauf einer Frist bewirkt,¹⁸ beendet die Stigmatisierungswirkung. Sie ist Ausdruck „staatlichen Verzeihens und Vergessens“ und bedeutet, dass die Verurteilung dem Betroffenen nicht mehr vorgehalten und nicht zu seinem Nachteil verwertet werden darf (§§ 45 Abs. 1, 51 Abs. 1 BZRG).¹⁹ Der Be-

Bundesregierung zur Verbesserung des Austauschs von strafregisterrechtlichen Daten zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und zur Änderung registerrechtlicher Vorschriften v. 31.12.2010 (BT-Drucks. 17/5224 = BRAK-Stellungnahme Nr. 29/2011, S. 3 Ziff. 2) ist von „regelmäßig stigmatisierenden, persönlichkeitskritischen Informationen im Bundeszentralregister“ die Rede.

¹⁵ Vgl. *Hartung*, *Das Strafregister*, 2. Aufl. 1963, S. 13. Siehe auch die amtliche Begründung zum Straftilgungsgesetz, Aktenstück Nr. 1486 der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung v. 21.11.1919, zit. nach *Tolzmann* (Fn. 8), Einl. Teil A Rn. 4: „Die Bestrafung heftet dem Verurteilten nach der Auffassung des Volkes einen Makel an, der ihn unter Umständen weit schlimmer und nachhaltiger trifft als das Strafübel selbst.“

¹⁶ Vgl. *Rebmann*, *NJW* 1983, 1513.

¹⁷ Vgl. KOM (2005) 10 endg., S. 3 Ziff. 6.

¹⁸ Siehe § 45 Abs. 2 S. 1 BZRG, nach dem die Eintragung erst ein Jahr nach Eintritt der Tilgungsreife, also nach Ablauf der Tilgungsfrist, gelöscht wird, und Art. 14 SSRG.

¹⁹ *Hase* (Fn. 1), § 51 Rn. 1 ff. Nach dem polnischen Recht gilt die Verurteilung als „nicht gewesen“ (Art. 106 plStGB); siehe dazu *Krajewski*, *Państwo i Prawo* 2007, 102 (104);

troffene darf sich als „nicht vorbestraft“ bezeichnen. Die Länge der Tilgungsfristen ist Ausfluss der präferierten Kriminalpolitik. Sie richtet sich grundsätzlich nach der Schwere der Strafe, zu der verurteilt wurde (vgl. § 46 BZRG und Art. 107 pStGB). In Deutschland beträgt die reguläre Tilgungsfrist fünf, zehn, 15 oder 20 Jahre.²⁰ In Polen dauern die regulären Tilgungsfristen zehn oder drei Jahre bzw. ein Jahr.²¹ Bereits der Vergleich der gesetzlichen Tilgungsfristen in Deutschland und Polen zeigt, dass die Länge der Fristen stark divergiert. Es gibt weitere EU-Mitgliedstaaten, wie Großbritannien, Tschechien oder die Slowakei, in denen Eintragungen von Verurteilungen wesentlich länger im Strafregister verbleiben als in Polen.²²

Auskunftsbeschränkungen dämpfen die Sanktionswirkung der Registereintragung ein.²³ Die Verurteilung scheint weiterhin im Strafregister auf; sie kann etwa in einem neuen Strafverfahren im Wege einer unbeschränkten Auskunft nach § 41 BZRG herangezogen werden, da man diesbezüglich von einem Überwiegen des öffentlichen Interesses ausgeht.²⁴ Sie wird aber nicht in ein (Privat-)Führungszeugnis aufgenommen, mittels dessen ein Privater vom strafrechtlich relevanten Vorleben eines anderen Kenntnis erlangen kann.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich für ein differenziertes System von Auskunftsbeschränkungen entschieden. Um die soziale Wiedereingliederung des Verurteilten zu erleichtern, sind bestimmte Inhalte von der Aufnahme ins Führungszeugnis ausgenommen.²⁵ Im Ausgangsfall liegt eine Verurteilung zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen vor. Sie scheint gem. § 32 Abs. 2 Nr. 5 lit. a) BZRG nicht im Führungszeugnis auf,

Marek, Kodeks karny, Komentarz, 5. Aufl. 2010, Art. 106 Rn. 1 ff.

²⁰ Gem. § 45 Abs. 3 BZRG sind Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe und Anordnungen der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung oder in einem psychiatrischen Krankenhaus von der Tilgung ausgenommen.

²¹ Verurteilungen zu einer Freiheitsstrafe ohne Aussetzung zur Bewährung wegen eines Delikts gegen die sexuelle Selbstbestimmung und Sittlichkeit zum Nachteil eines Minderjährigen unter 15 Jahren sind nicht tilgungsfähig (Art. 106a pStGB).

²² In der Begründung eines polnischen Novellierungsgesetzes zum SSRG wird ausgeführt, dass in manchen Staaten Verurteilungen in bestimmten Fällen – sogar deliktsunabhängig – 100 Jahre lang im Register aufbewahrt würden; vgl. *Uzasadnienie ustawy z dnia 16.9.2011 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym* (Dz. U. z 2011 r. Nr 240, poz. 1432, Dz.U. 2012 poz. 1514.), S. 11.

²³ Vgl. *Küppers*, StRR 2014, 164.

²⁴ *Tolzmann* (Fn. 8), § 41 Rn. 5 ff.

²⁵ Siehe *Tolzmann* (Fn. 8), § 30 Rn. 6 f. Vgl. in Bezug auf ähnliche österreichische Registervergünstigungen *Kert*, in: *Institute of Advanced Legal Studies* (Hrsg.), *Falcone Project 1999/FAL/197*, Bd. 2, 1999, S. 7: „The major rationale of this provision is to enable a better rehabilitation of the convicted on the one hand, but to make a recourse to the conviction possible in a new criminal case against the same person on the other hand.“

wenn im Register keine weitere Strafe eingetragen ist. Dieser Auskunftsbeschränkung liegt die Überzeugung zugrunde, dass die Aufnahme geringfügiger Verurteilungen den Betroffenen unverhältnismäßig stark in seiner sozialen und beruflichen Lebensführung behindern könnte. Daher fällt die Abwägung zwischen dem Auskunftsinteresse von Privatpersonen und der Resozialisierung des Betroffenen zugunsten der Letzteren aus.²⁶ Durch die Nichtaufnahme der geringfügigen Verurteilung ins Führungszeugnis soll dem Verurteilten eine „Bewährungschance“ gewährt werden; er wird insoweit wie ein Unbestrafter behandelt.²⁷

Demgegenüber war der polnische Gesetzgeber der Auffassung, das Führungszeugnis („informacja o osobie“) solle i.d.R. sämtliche Eintragungen erfassen, auch wenn sie Bagatellverurteilungen zum Gegenstand haben.²⁸ Die Institution der Auskunftsbeschränkungen für Bagatellverurteilungen ist dem polnischen Registerwesen fremd. Dies bedeutet, dass grundsätzlich sämtliche Verurteilungen ins Führungszeugnis aufzunehmen sind.²⁹ Eine Ausnahme besteht seit kurzem in

²⁶ *Pfeiffer*, NStZ 2000, 402 (405 f.).

²⁷ Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über das Zentralregister und das Erziehungsregister (Bundeszentralregistergesetz – BZRG) = BT-Drs. VI/477, S. 14 (S. 20 zu § 28). Siehe auch Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über das Zentralregister und das Erziehungsregister (Bundeszentralregistergesetz – BZRG) = BT-Drs. VI/1550, S. 1, dem zufolge die Regelung einen „Kompromiß“ darstelle, denn einerseits sei der Resozialisierung des Verurteilten Rechnung zu tragen und andererseits müssten öffentliche und teilweise auch private Interessen an einem „möglichst umfassenden und lückenlosen Register“ berücksichtigt werden. Siehe auch *Morgenstern*, *European Journal of Probation* 1/2011, 20 (26 f.).

²⁸ Freilich bedeutet dies keine unbeschränkte Auskunftserteilung für sämtliche Antragsteller. Beschränkungen können sich aus Art. 6 SSRG sowie aus speziellen Regelungen ergeben. Ihr Umfang richtet sich jedoch nicht nach der Schwere des der Eintragung zugrunde liegenden Delikts, sondern nach den Zwecken, für die eine solche Auskunft benötigt wird, <http://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vj6ipn1ulzxx> (25.2.2016), Antwort Polens auf Frage 2. Insofern kann auch ein Interesse an der Kenntnisnahme von einer geringfügigen Verurteilung bestehen.

²⁹ Die Regelung des Art. 20 Abs. 1c SSRG, die durch den RB 2009/315/JI veranlasst wurde, lässt keine andere Schlussfolgerung zu. Der erste Satz der Regelung besagt, dass eine vom Urteilsmitgliedstaat mitgeteilte Information über die Verurteilung vom Herkunftsmitgliedstaat dann nicht in eine für andere Zwecke als ein Strafverfahren ausgestellte Bescheinigung aufgenommen werden darf, wenn der Urteilsmitgliedstaat vermerkt hat, dass die Information ausschließlich für Zwecke eines Strafverfahrens zu verwenden ist. Wie aus Satz 2 hervorgeht, wird der ersuchende Mitgliedstaat in einem solchen Fall auf die Verwendungsbeschränkung hingewiesen und auf den Urteilsmitgliedstaat verwiesen. Bei isolierter Lektüre von Satz 1 ließe sich der Gewährleistungs-

Art. 14a SSRG.³⁰ Auffällig ist, dass die Härte, die sich für den Betroffenen nach der polnischen Rechtslage aus dem prinzipiellen Fehlen von Auskunftsbeschränkungen für nicht ins Gewicht fallende Verurteilungen ergibt, teilweise durch kürzere Tilgungsfristen kompensiert wird: Im Ausgangsfall beträgt die deutsche Tilgungsfrist gem. § 46 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) BZRG fünf Jahre, während dieselbe Verurteilung in Polen bereits nach einem Jahr getilgt wäre (Art. 107 § 4a plStGB).

Der Verzicht auf die Aufnahme einer Verurteilung ins Strafregister, Tilgung und Auskunftsbeschränkungen bewirken, dass die mit dem Strafregistereintrag verbundene Belastung des Verurteilten nicht eintritt, beendet oder zumindest verringert wird. Die Maßnahmen sollen dem Verurteilten bei der Wiedereingliederung in die Gesellschaft helfen.³¹ Sie sind Ausdruck des Resozialisierungsgedankens. Zu den im Ausgangsfall einschlägigen Auskunftsbeschränkungen ist auf folgende Empfehlung des Europarates zu verweisen:

„[...] a crime policy aimed at crime prevention and the social reintegration of offenders should be pursued and developed in the member states of the Council of Europe. [...] Criminal records are principally intended to provide the authorities responsible for the criminal justice system with information on the antecedents of the person on trial [...] any other use of criminal records may jeopardise the convicted person's chances of social reintegration, and should therefore be restricted to the utmost. [...]“³²

Wie der auf Deutschland und Polen konzentrierte Vergleich deutlich gemacht hat, tragen die Registerwesen der Mitgliedstaaten dem Resozialisierungsgedanken nicht gleichermaßen Rechnung.³³ Sie lösen den Konflikt zwischen dem Auskunftsinteresse der Öffentlichkeit und dem Resozialisierungsinteresse in unterschiedlicher Weise.

bereich der Norm auch auf die interne Verwendung der Informationen erstrecken. Dies würde eine überschießende Umsetzung des Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 RB 2009/315/JI bedeuten. Dem steht jedoch die Systematik entgegen: Aus der Folgenanordnung gem. Art. 20 Abs. 1c S. 2 SSRG ergibt sich unzweideutig, dass sich die mitgeteilte Verwendungsbeschränkung lediglich im Verhältnis zu einem anderen (ersuchenden) Mitgliedstaat durchsetzt. Eine Anerkennung fremder Auskunftsbeschränkungen sieht das SSRG nicht vor.

³⁰ Siehe hierzu unten bei Fn. 48.

³¹ Zur Tilgung und zur Resozialisierung vgl. *Creifelds*, GA 1974, 129. Zu Auskunftsbeschränkungen siehe oben bei Fn. 23.

³² Council of Europe, Recommendation No. R (84) 10 of the Committee of Ministers to Member States on the Criminal Record and Rehabilitation of Convicted Persons (Adopted by the Committee of Ministers on 21 June 1984 at the 374th meeting of the Ministers' Deputies), S. 1.

³³ Vgl. *Di Paolo*, in: Ruggieri (Hrsg.), *Criminal Proceedings, Languages and the European Union, Linguistic and Legal Issues*, 2014, S. 161 (164 f.); *Xanthaki*, in: Stefanou/Xanthaki (Hrsg.), *Towards a European Criminal Record*, 2008, S. 28.

3. Strafcharakter der Registereintragung

„Strafe“ ist eine zwangsweise staatliche Übelzufügung zur Missbilligung der Tat. Das eigentliche Strafübel, der Freiheitsentzug oder die Vermögenseinbuße, soll es für den Verurteilten spürbar machen, dass sein Verhalten vom Staat als Unrecht beurteilt wird.³⁴ Zusätzlich bringt der öffentlich verkündete Schuldspruch die Stigmatisierung des Verhaltens zum Ausdruck.³⁵ Die Eintragung einer Verurteilung ins Strafregister und deren Bekanntmachung im Wege eines Führungszeugnisses sind keine Strafe im eigentlichen Sinne. Im Unterschied zur Verkündung der Verurteilung ist die registerrechtliche Erfassung der Verurteilung nicht darauf ausgerichtet, die stigmatisierende Wirkung des Urteils zu verstärken, sondern die Verurteilung evident zu halten.³⁶ Wie gezeigt, geht aber von der Strafregistrierung eine erhebliche Belastung für den Verurteilten aus. Diese Wirkung kann durch die registerrechtliche Behandlung beseitigt oder verringert werden. Dabei orientiert sich der registerrechtliche Umgang primär an der Schwere der verhängten Strafe und damit am Ausmaß des verwirklichten Unwerts. Das gilt für die Nichtaufnahme geringfügiger Verurteilungen ins Strafregister und die Länge der Tilgungsfristen. Auch Auskunftsbeschränkungen greifen i.d.R. nur bei weniger schweren Verurteilungen ein. Sie weisen Ähnlichkeiten zur Strafaussetzung zur Bewährung auf, da sie dem Verurteilten einen Anreiz geben, sich in der „Probezeit“, also während des Laufs der Tilgungsfrist, rechtstreu zu verhalten. Wird der Verurteilte vor Eintritt der Tilgung erneut straffällig, wird auch über die frühere Verurteilung Auskunft erteilt. Das Ausmaß der registerrechtlichen Belastung richtet sich also nach dem Ausmaß des verwirklichten Unwerts und damit nach einem Maßkriterium, das für die Strafe kennzeichnend ist.³⁷ Dies beweist, dass die registerrechtliche Behandlung ein Bestandteil der Strafe im weiteren Sinne ist.³⁸ Sie macht zusammen mit dem eigentlichen Strafübel, dem Freiheitsentzug oder der Vermögenseinbuße, das „Gesamtpaket Strafe“ aus.

IV. Austausch von Informationen aus dem Strafregister in der Europäischen Union

1. Notwendigkeit eines Informationsaustauschs

Das Interesse, vom strafrechtlich relevanten Vorleben einer Person Kenntnis zu nehmen, ist nicht auf inländische Verurteilungen beschränkt, sondern umfasst auch Verurteilungen im Ausland. Eine Verpflichtung, frühere Verurteilungen in einem Mitgliedstaat im Rahmen eines Strafverfahrens in

³⁴ *Schmoller*, in: Dannecker/Langer/Ranft (Hrsg.) *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, 2007, S. 453 (458).

³⁵ *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl. 2014, S. 15.

³⁶ Vgl. *Meier* (Fn. 35), S. 450 ff.

³⁷ Zu dem Maßkriterium der Strafe *Schmoller* (Fn. 34), S. 458 f.

³⁸ Vgl. v. *Wedel/Eisenberg*, *NStZ* 1989, 505; *Krajewski*, *Państwo i Prawo* 2007, 102: „[...] eines der Elemente, aus denen sich das Strafübel zusammensetzt“, Übersetzung des *Verf. Ligocki*.

einem anderen Mitgliedstaat zu beachten, sieht der RB 2008/675/JI³⁹ vor. In Ausformung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung bestimmt Art. 3 RB 2008/675/JI, dass die Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren wie eine inländische Verurteilung zu berücksichtigen sind. Dementsprechend sind ausländische Vorstrafen im Rahmen von § 46 Abs. 2 dStGB bei der Strafzumessung wie inländische Vorstrafen zu würdigen.⁴⁰ Ein Informationsinteresse besteht darüber hinaus bei früheren Verurteilungen wegen bestimmter Straftaten, etwa um die Anstellung einer Person, die wegen einer Sexualstraftat verurteilt wurde, im Schuldienst eines anderen Staates zu unterbinden. Strafurteile in einem anderen Mitgliedstaat sind nicht weniger für das Auskunftsinteresse im privaten Sektor von Relevanz. Für den Arbeitgeber dürfte es in der Regel keinen Unterschied machen, ob der Stellenbewerber in der Vergangenheit wegen Untreue nach § 266 dStGB oder Art. 296 pStGB strafrechtlich sanktioniert worden ist. Die Beispiele verdeutlichen, dass zwischen den EU-Mitgliedstaaten ein funktionsfähiger Mechanismus des Informationsaustauschs aus dem Strafregister notwendig ist. Ohne Informationsaustausch ist die Berücksichtigung einer Entscheidung aus einem anderen EU-Mitgliedstaat kaum möglich, wenn man bedenkt, dass erst das Strafregister Verurteilungen fixiert.⁴¹

2. Das Prinzip der „einen Stelle“ nach dem RB 2009/315/JI

Zur Erleichterung der Aufgabe wurde der RB 2009/315/JI⁴² erlassen. Art. 4 Abs. 2 regelt, dass Informationen über Verurteilungen von Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten, die in einem Mitgliedstaat ergangen sind (sog. Urteilsmitgliedstaat), so schnell wie möglich an die Zentralbehörde des Mitgliedstaates, dessen Staatsangehörigkeit der Verurteilte besitzt (sog. Herkunftsmitgliedstaat), zu übermitteln sind. Diese hat nach Art. 5 Abs. 1 die Informationen zu speichern. Ersuchen um Informationen über Verurteilungen sollen nur an die „Zentraldatenbank“ des Herkunftsmitgliedstaates des Verurteilten, die sämtliche Informationen vereint, gerichtet werden. Der RB 2009/315/JI folgt damit dem Prinzip der „einen Stelle“ und stellt sicher, dass der Herkunftsmitgliedstaat umfassende Informationen über Verurteilungen eigener

³⁹ Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren = ABl. EU 2008 Nr. L 220, S. 32.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 19.10.2011 – 4 StR 425/11 (LG Dortmund) = NStZ-RR 2012, 305; BGH, Beschl. v. 1.8.2007 – 5 StR 282/07 (LG Potsdam) = NStZ-RR 2007, 368 (369).

⁴¹ *Di Paolo* (Fn. 33), S. 190.

⁴² Rahmenbeschluss 2009/315/JI des Rates vom 26. Februar 2009 über die Durchführung und den Inhalt des Austauschs von Informationen aus dem Strafregister zwischen den Mitgliedstaaten = ABl. EU 2009 Nr. L 93, S. 23. Siehe hierzu Böse, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Bd. 4, 34. Lfg., Stand: Dezember 2013, III. A. 3.13; *Esser*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, 2013, § 19 Rn. 157 ff.; *Sollmann*, NStZ 2012, 253 f.; *Tolzmann* (Fn. 8), § 55 Rn. 15.

Staatsangehöriger zu erteilen vermag. Es ist nicht mehr notwendig, jeden Staat, der die Person bereits verurteilt haben könnte, einzeln um Information zu ersuchen. Die Speicherung aller Verurteilungen im Herkunftsmitgliedstaat soll einen lückenlosen und raschen Datenaustausch innerhalb der Europäischen Union gewährleisten.⁴³ Für die technische Umsetzung des RB 2009/315/JI wurde die Einrichtung des (dezentralen) Europäischen Strafregisterinformationssystems (ECRIS) beschlossen.⁴⁴

3. Unzureichende Anerkennung von Tilgung und Auskunftsbeschränkungen

Art. 4 Abs. 2 RB 2009/315/JI beschränkt die Pflicht des Urteilsmitgliedstaates zur Weiterleitung auf die „in das Strafregister eingetragenen Verurteilungen“. Die Entscheidung des Urteilsmitgliedstaates, Verurteilungen nicht ins Strafregister aufzunehmen, wird mithin vom RB 2009/315/JI respektiert. Wie sogleich gezeigt werden wird, wurde aber keine Vorsorge dafür getroffen, dass der Herkunftsmitgliedstaat eine im Urteilsmitgliedstaat eingetretene Tilgung oder eine dort geltende Auskunftsbeschränkung für rein innerstaatliche Verwendungen anerkennt.⁴⁵

a) Tilgung

Nach Art. 4 Abs. 3 RB 2009/315/JI hat die Zentralbehörde des Urteilsmitgliedstaates Auskünfte über eine spätere Änderung oder Streichung von Informationen im Strafregister unverzüglich an die Zentralbehörde des Herkunftsmitgliedstaates zu übermitteln. Der Eintritt der Tilgung im Urteilsmitgliedstaat ist danach als eine „spätere Streichung von Informationen“ der Zentralbehörde des Herkunftsmitgliedstaates mitzuteilen. Diese speichert die erhaltene Information, um den Inhalt der im Urteilsmitgliedstaat erfolgten Eintragung möglichst treu abzubilden (Art. 5 Abs. 2 RB 2009/315/JI).⁴⁶

Die Regelung gilt nur für die Weitergabe der Informationen an einen anderen (ersuchenden) Mitgliedstaat, sagt also nichts darüber aus, wie der Herkunftsmitgliedstaat intern mit den Informationen verfahren darf. Erhält der Herkunftsmitgliedstaat die Information über den Eintritt der Tilgung nach dem Recht des Urteilsmitgliedstaates, darf er die Information über die Verurteilung nicht an einen anderen (ersuchenden) Mitgliedstaat weiterleiten. Gegenüber der innerstaatlichen Verwendung der Information ist diese Regelung des Rahmen-

⁴³ Siehe *Di Paolo* (Fn. 33), S. 163.

⁴⁴ Beschluss 2009/316/JI des Rates vom 6. April 2009 zur Einrichtung des Europäischen Strafregisterinformationssystems (ECRIS) gemäß Artikel 11 des Rahmenbeschlusses 2009/315/JI = ABl. EU 2009 Nr. L 93, S. 33.

⁴⁵ Dieses Defizit ist bereits für die Vorgängerregelung festzustellen; siehe insbesondere Art. 4 des Beschlusses 2005/876/JI des Rates vom 21. November 2005 über den Austausch von Informationen aus dem Strafregister = ABl. EU 2005 Nr. L 322, S. 33; siehe auch Art. 22 des Europäischen Übereinkommens vom 20.4.1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen = BGBl. II 1964, S. 1386.

⁴⁶ Vgl. *Sollmann*, NStZ 2012, 253 (254).

beschlusses indifferent.⁴⁷ Der Herkunftsmitgliedstaat kann selbst bestimmen, welche Wirkung er der ausländischen Tilgung für die interne Verwendung beimisst.

In Deutschland entschied man sich hinsichtlich der Tilgung dafür, ausländische Verurteilungen wie Verurteilungen durch ein deutsches Gericht zu behandeln. Innerstaatlich finden also §§ 45 ff. BZRG i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 1 BZRG Anwendung. Eine ins Bundeszentralregister eingetragene ausländische Verurteilung, deren Tilgung nach dem Recht des Urteilsmitgliedstaates eingetreten und mitgeteilt worden ist, darf an einen anderen (ersuchenden) Mitgliedstaat nicht übermittelt werden (§ 57a Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 1 BZRG i.V.m. § 57 Abs. 5 BZRG). Sie darf in Deutschland aber weiterhin verwendet werden, sofern das BZRG für eine solche Verurteilung eine längere Tilgungsfrist vorsieht. Umgekehrt erweist sich die Gleichbehandlung für den Betroffenen dann als vorteilhaft, wenn die deutschen Tilgungsfristen im konkreten Fall kürzer sind.

Einer anderen Konzeption folgt das polnische Recht. Dort gilt nicht das Gleichstellungsmodell, sondern der Eintritt der Tilgung einer ausländischen Verurteilung richtet sich nach dem Recht des Urteils(mitglied-)staates (Art. 114a § 2 Nr. 2 plStGB, Art. 14 Abs. 8 SSRG). Um die Wirkung besonders langer ausländischer Tilgungsfristen einzudämmen, sieht Art. 14a SSRG vor, dass die ausländische Verurteilung nach Ablauf der für inländische Verurteilungen geltenden Tilgungsfristen in ein für andere Zwecke als ein Strafverfahren erteiltes Führungszeugnis nicht aufzunehmen ist.⁴⁸ Dieser Vorbehalt soll den Belangen des Verurteilten Rechnung tragen.

b) Auskunftsbeschränkungen

Noch bescheidener wurde im RB 2009/315/JI für die Anerkennung von im Urteilsmitgliedstaat geltenden Auskunftsbeschränkungen Sorge getragen. Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 S. 1 sieht vor, dass der Urteilsmitgliedstaat bei der Übermittlung der Informationen nach Art. 4 dem Herkunftsmitgliedstaat mitteilen *kann*, dass die Informationen über die Verurteilung nur zu den Zwecken eines Strafverfahrens weitergeleitet werden dürfen. Nach Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 verweigert der Herkunftsmitgliedstaat gegenüber dem ersuchenden Mitgliedstaat eine Auskunftserteilung bezüglich solcher Verurteilungen und verweist ihn auf eine direkte Kontaktaufnahme mit dem Urteilsmitgliedstaat. Bezogen auf den Ausgangsfall hätte Deutschland als Urteilsmitgliedstaat der polnischen Zentralbehörde mitteilen können, dass die Eintragung über die Verurteilung des A nach § 32 Abs. 2 Nr. 5 lit. a) BZRG grundsätzlich nicht ins Privatführungszeugnis aufzunehmen

⁴⁷ Böse (Fn. 42), Rn. 17; siehe auch Hase (Fn. 1), § 54 Rn. 11.

⁴⁸ Diese Vorschrift kann als „Auskunftsbeschränkung“ in dem Sinne angesehen werden, dass der Eintritt einer auf die ausländische Verurteilung bezogenen inländischen Tilgung zur *Nichtaufnahme* der Verurteilung in ein nicht-strafrechtliches Führungszeugnis führt, also im Ergebnis wie eine beschränkte Auskunft wirkt, der jedoch nicht der Bagatellcharakter der Verurteilung zugrunde liegt. Die Regelung war im Ausgangsfall noch nicht anwendbar, weil sie erst am 1.7.2015 in Kraft getreten ist.

ist und daher für Auskünfte gegenüber dem Arbeitgeber außer Betracht zu bleiben hat. Eine solche Mitteilung ist aber im BZRG nicht vorgesehen.

Bei Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 RB 2009/315/JI handelt es sich um eine fakultative Regelung, die es dem Urteilsmitgliedstaat anheimstellt, die innerstaatlichen Auskunftsbeschränkungen mitzuteilen. Dabei bereitet der in Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 S. 1 verwendete Begriff der „Weiterleitung“ Auslegungsschwierigkeiten. Es stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge der Mitteilung von Auskunftsbeschränkungen durch den Urteilsmitgliedstaat. Bei isolierter Lektüre des Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 S. 1 ließe sich der Begriff der Weiterleitung extensiv auffassen und jede Nutzung der Informationen durch den Herkunftsmitgliedstaat – auch eine innerstaatliche – darunter subsumieren. Eine solche Deutung ist jedoch aus systematischen Gründen nicht haltbar. Die Vorschrift enthält keine Rechtsfolge, sondern legt nur den möglichen Inhalt der Mitteilung seitens des Urteilsmitgliedstaates fest. Ferner geht aus Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 hervor, dass der Herkunftsmitgliedstaat im Fall einer solchen Mitteilung die Weiterleitung an den ersuchenden Mitgliedstaat verweigert, nicht aber, dass die Verwendung der Information schlechthin, d.h. auch innerstaatlich, untersagt ist. Diese Sichtweise wird von der amtlichen Überschrift des Art. 7 „Beantwortung eines Ersuchens um Informationen über Verurteilungen“ bestätigt, die auf eine Beschränkung der Norm auf eine Übermittlung der Information durch den Herkunftsmitgliedstaat ins EU-Ausland hindeutet. Daher können die in Art. 7 Abs. 2 vorgesehenen Beschränkungen nur im horizontalen Verhältnis gelten.⁴⁹ Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 steht einer innerstaatlichen Nutzung der Information im Herkunftsmitgliedstaat trotz mitgeteilter Auskunftsbeschränkung nicht entgegen.

Auch die Verwendungsbeschränkung in Art. 9 Abs. 2 RB 2009/315/JI⁵⁰ bindet – ausweislich des eindeutigen Wortlauts – nicht den Herkunftsmitgliedstaat, sondern allein den ersuchenden Mitgliedstaat. Zudem ist die Mitteilung der Beschränkungen im Formblatt auch hier fakultativ. Die innerstaatliche Verwendung der Informationen durch den Herkunftsmitgliedstaat wird nicht geregelt.

c) Zwischenfazit

Der RB 2009/315/JI sieht ausschließlich Beschränkungen der Verwendung von Registerinformationen im Verhältnis zwischen Herkunftsmitgliedstaat und ersuchendem Mitgliedstaat vor. Er sagt nichts darüber aus, inwiefern der Herkunftsmitgliedstaat über die erlangten Informationen innerstaatlich

⁴⁹ Vgl. auch Erwägungsgrund 13 und das Formblatt, das eine Antragstellung durch einen anderen (sog. ersuchenden) Mitgliedstaat betrifft.

⁵⁰ Danach dürfen personenbezogene Daten, zu denen auch die Information über die Verurteilung gehört und die nach Art. 7 Abs. 2 und 4 RB 2009/315/JI für andere Zwecke als ein Strafverfahren übermittelt worden sind, vom ersuchenden Mitgliedstaat nach Maßgabe seines innerstaatlichen Rechts ausschließlich für die Zwecke, für die sie erbeten worden waren, und unter Beachtung der im Formblatt genannten Beschränkungen verwendet werden.

verfügen darf,⁵¹ und trifft somit keine Vorsorge für die Beibehaltung von Auskunftsbeschränkungen, die im Urteilsmitgliedstaat gelten, im Herkunftsmitgliedstaat.⁵² Über die Hintergründe gibt die deutsche Gesetzesbegründung Aufschluss. Dort heißt es:

„Diese Vorschrift [Art. 5] war eine der umstrittensten Regelungen des RB. Einerseits sieht das Recht eines jeden Mitgliedstaates Besonderheiten bei Eintragungen ausländischer Strafurteile vor, welche durch die Neuregelung nicht europaweit harmonisiert werden sollten. Andererseits sollte es möglich sein, die Eintragungen im Strafregister des Urteilsmitgliedstaates im Herkunftsmitgliedstaat möglichst umfassend abzubilden und sie anderen Mitgliedstaaten auf Ersuchen zu übermitteln. Die unterschiedlichen nationalen Registerrechte und die unterschiedlichen Lösungsansätze der Mitgliedstaaten, die man nicht gegenseitig anpassen konnte, führten dazu, dass die Neuregelung nur für die Weitergabe der Informationen an andere Mitgliedstaaten verbindlich ist und Mitgliedstaaten einen nicht unerheblichen Regelungsspielraum bei der Umsetzung dieser Vorschrift haben. Die einzelnen Mitgliedstaaten können die Nutzung der übermittelten Informationen für innerstaatliche Zwecke eigenverantwortlich regeln.“⁵³

4. Unklares Verhältnis zum Datenschutz-RB 2008/977/JI

Die innerstaatliche Verwendung der Information über eine Verurteilung im Herkunftsmitgliedstaat könnte durch den Datenschutz-RB 2008/977/JI⁵⁴ beschränkt sein. Der Anwen-

dungsbereich des Rahmenbeschlusses ist eröffnet, weil es um die Verwendung von personenbezogenen Daten geht, die aus einem anderen Mitgliedstaat stammen und zwischen den Mitgliedstaaten unter anderem zum Zweck der Verhütung von Straftaten übermittelt wurden.⁵⁵ Nach Art. 14 Abs. 1 des Datenschutz-RB 2008/977/JI dürfen „personenbezogene Daten, die von der zuständigen Behörde eines anderen Mitgliedstaates übermittelt oder bereitgestellt wurden, an ‚nicht-öffentliche Stellen‘ nur dann weitergeleitet werden“, wenn bestimmte, eng gefasste Voraussetzungen erfüllt sind. Es muss die Zustimmung der zuständigen Behörde des übermittelnden Mitgliedstaates erteilt worden sein und „überwiegende schutzwürdige Interessen“ des Verurteilten dürfen nicht entgegenstehen. Außerdem sieht diese Regelung eine Unerlässlichkeitsprüfung vor, bei der die Verfolgung gewisser Ziele zu berücksichtigen ist. Wäre diese Regelung auf den RB 2009/315/JI anwendbar, dürfte der Herkunftsmitgliedstaat Privaten⁵⁶ die Verurteilung regelmäßig selbst dann nicht mitteilen, wenn die Verurteilung im Urteilsmitgliedstaat nicht getilgt wurde und dort keiner Auskunftsbeschränkung unterliegt. Denn eine Zustimmung der weiterleitenden Behörde (unter Beachtung ihres innerstaatlichen Rechts!) kann nicht unterstellt werden. Auch dürften der Weiterleitung an Private mit dem Resozialisierungsinteresse überwiegende schutz-

ziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden (Datenschutz-RB 2008/977/JI) = ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 60.

⁵⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 2, Erwägungsgründe 7 und 9 Datenschutz-RB 2008/977/JI.

⁵⁶ Nach *Esser* ([Fn. 42], § 19 Rn. 24) soll diese – an restriktive Voraussetzungen anknüpfende – Vorschrift nicht umfassend auf private Personen anwendbar sein, sondern nur auf solche nicht-öffentlichen Stellen wie Kredit- oder Versicherungsunternehmen. Daraus folgte, dass der Datenschutz-RB 2008/977/JI eine Übermittlung an Private außerhalb von Strafverfahren (siehe Erwägungsgrund 18 Datenschutz-RB 2008/977/JI) überhaupt nicht vorsähe. Dieses enge Verständnis stützt sich vermutlich auf Erwägungsgrund 17 Datenschutz-RB 2008/977/JI, der Banken, Kreditinstitute oder Versicherungsunternehmen als vom Anwendungsbereich erfasst nennt. Diese Auslegung ist jedoch nicht zwingend, wenn man bedenkt, dass die Aufzählung in Erwägungsgrund 17 nur beispielhaft ist, und andere Sprachfassungen in die Betrachtung einbezieht. In der englischen Version ist von einer „transmission to private parties“ die Rede, was eine Erstreckung auf natürliche Personen oder Personenvereinigungen, die nicht in ähnlicher Weise wie Banken, Kreditinstitute oder Versicherungsunternehmen agieren, erlaubt. Derselbe Schluss fließt aus dem Abgleich der polnischen Sprachfassung, die mit „przekazywanie danych podmiotom prywatnym“ unzweideutig sämtliche Privatpersonen umfasst. Wie hier, ohne Unterscheidung verschiedener Kategorien Privater, auch *Belfiore*, in: *Ruggeri* (Hrsg.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, 2013, S. 355 (362). Auch in § 2 Abs. 4 S. 1 BDSG wird der wortgleiche Begriff der nicht-öffentlichen Stelle weit verstanden.

⁵¹ Dies wird auch in Erwägungsgrund 16 des RB 2009/315/JI angedeutet; siehe *Böse* (Fn. 42), Rn. 17; *Sollmann*, NStZ 2012, 253 (254); *Tolzmann* (Fn. 8), § 57a Rn. 5.

⁵² Im Ausgangsfall wäre als eine Notlösung folgende Vorgehensweise denkbar: Auf Antrag des A erfolgt in Deutschland eine vorzeitige Tilgung (§ 49 Abs. 1 BZRG). Deutschland als Urteilsmitgliedstaat teilt Polen als Herkunftsmitgliedstaat den Eintritt der Tilgung mit. Da Polen auch für den internen Bereich die Wirkung der fremden Tilgung akzeptiert, wäre der Eintrag der Verurteilung aus dem polnischen Strafregister zu löschen und ins Führungszeugnis nicht mehr aufzunehmen. Es ist allerdings höchst ungewiss, ob der Antrag des A auf eine vorzeitige Tilgung Erfolg haben würde. Die vorzeitige Tilgung steht im Ermessen der Registerbehörde. Die Regelung des § 49 Abs. 1 BZRG bezweckt, Härten zu eliminieren, die außerhalb des durchschnittlichen Regelfalls liegen, sodass letztlich kein angemessenes Verhältnis zwischen Strafe und Tat gegeben ist; siehe dazu *Hase* (Fn. 1), § 49 Rn. 1 ff.; *Tolzmann* (Fn. 8), § 49 Rn. 4. Vorliegend erscheint problematisch, dass A von einer vorzeitigen Tilgung über eine Auskunftsbeschränkung hinausgehend profitieren würde, da die Verurteilung nicht mehr im deutschen und polnischen Strafregister vermerkt wäre.

⁵³ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Austauschs von strafregisterrechtlichen Daten zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und zur Änderung registerrechtlicher Vorschriften v. 23.3.2011 = BT-Drs. 17/5224, S. 11 A. I. 2. lit. b).

⁵⁴ Rahmenbeschluss 2008/977/JI über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justizi-

würdige Interessen des Betroffenen entgegenstehen. Und nur in seltenen Fällen wird die Weiterleitung an Private (im Einzelfall) für die Erfüllung einer der Behörde rechtmäßig zugewiesenen Aufgabe oder zur Abwehr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Rechte Einzelner unerlässlich sein. Im Ausgangsfall wäre die Aufnahme der Verurteilung in eine direkte Auskunft an den Arbeitgeber schon deshalb nicht mit Art. 14 Abs. 1 Datenschutz-RB 2008/977/JI vereinbar, weil im Urteilsmitgliedstaat eine Auskunftsbeschränkung besteht, weshalb der Bekanntgabe jedenfalls „überwiegende schutzwürdige Interessen“ des Verurteilten entgegenstünden.

Beantragt der Betroffene eine Selbstauskunft, greift Art. 14 Abs. 1 Datenschutz-RB 2008/977/JI grundsätzlich nicht ein, da sich die Regelung auf eine Weiterleitung an eine nicht-öffentliche Stelle, also gerade nicht an den Betroffenen, bezieht. Anderes dürfte gelten, wenn der Betroffene ein Führungszeugnis quasi „stellvertretend“ für einen potentiellen Arbeitgeber beantragt. Da die Auskunftserteilung letztlich auf Veranlassung und zur Kenntnis des Arbeitgebers erfolgt, liegt es nahe, dass Art. 14 Abs. 1 Datenschutz-RB 2008/977/JI auch solche Fälle erfasst und kein Verzicht auf die Ausübung des Grundrechts auf Datenschutz im Sinne einer wirksamen Einwilligung des Betroffenen (siehe Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh) angenommen werden kann.⁵⁷ Andernfalls könnte die Gewährleistung des Art. 14 Datenschutz-RB 2008/977/JI, wie der Ausgangsfall illustriert, durch Ausübung faktischen Zwanges umgangen werden. Voraussetzung dürfte jedoch sein, dass die Antragstellung erkennbar zugunsten des Arbeitgebers erfolgt. Wenn man diesem Ansatz folgt, ist die Rechtmäßigkeit der Informationserteilung durch den Herkunftsmitgliedstaat grundsätzlich an Art. 14 Abs. 1 Datenschutz-RB 2008/977/JI zu messen.

Es ist aber unsicher, inwieweit die Regelungen des Datenschutz-RB 2008/977/JI auf den RB 2009/315/JI anzuwenden sind.⁵⁸ In Erwägungsgrund 13 RB 2009/315/JI⁵⁹ heißt es, dass dieser Rahmenbeschluss spezielle datenschutzrechtliche Vorschriften für die in seinem Rahmen übermittelten personenbezogenen Daten vorsieht, daneben aber die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften weiterhin zur Anwendung kommen. Daraus folgt zunächst, dass die datenschutzrechtlichen Regelungen des RB 2009/315/JI ihrem Regelungsbereich nach auch auf die interne Verwendung der Informationen im Herkunftsmitgliedstaat anwendbar sein könnten, weil es sich hierbei um personenbezogene Daten, die im Rahmen der Umsetzung dieses Rahmenbeschlusses übermittelt werden, handelt. Jedoch erstrecken sich die datenschutzrechtlichen Standards, die in Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 und Art. 9 RB 2009/315/JI enthalten sind, gerade nicht auf die interne

Verwendung im Herkunftsmitgliedstaat. Damit ist festzuhalten, dass im RB 2009/315/JI in dem konkreten Fall von der Möglichkeit einer Ergänzung des allgemeinen Datenschutz-RB 2008/977/JI nicht Gebrauch gemacht worden ist.

Nimmt man, dem Erwägungsgrund 13 RB 2009/315/JI entsprechend, an, dass die datenschutzrechtlichen Standards dieses Rahmenbeschlusses in seinem Anwendungsbereich als *leges speciales* Vorrang vor den dieselben Situationen betreffenden Bestimmungen des Datenschutz-RB 2008/977/JI haben, würden diese Art. 14 Abs. 1 Datenschutz-RB 2008/977/JI sperren. Dies hätte zur Folge, dass die Mitteilung der Verurteilung an Private im Herkunftsmitgliedstaat stärkeren Restriktionen unterläge als in einem ersuchenden Mitgliedstaat. Ein ersuchender Mitgliedstaat dürfte eine Verurteilung, die im Urteilsmitgliedstaat keiner Auskunftsbeschränkung unterliegt, in eine Auskunft an einen Arbeitgeber aufnehmen, nicht aber der Herkunftsmitgliedstaat, da der RB 2009/315/JI die interne Nutzung nicht regelt und Art. 14 Abs. 1 Datenschutz-RB 2008/977/JI nicht zu sperren vermag.

Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass der RB 2009/315/JI einer eigenverantwortlichen Verwendung der Information im Herkunftsmitgliedstaat gerade kein Hindernis entgegengesetzt, sondern diese stillschweigend zulässt. Diese womöglich *planmäßige* Lücke könnte eine Sperrwirkung gegenüber der Bestimmung des Art. 14 Abs. 1 des Datenschutz-RB 2008/977/JI erzeugen. Das Schweigen des RB 2009/315/JI zur Geltung von Tilgung und Auskunftsbeschränkungen des Urteilsmitgliedstaates im Herkunftsmitgliedstaat könnte als eine (konkludente) Inkaufnahme eines Regelungsspielraums des Herkunftsmitgliedstaates in dieser Hinsicht gedeutet werden, wodurch die allgemeinen Bestimmungen des Datenschutz-RB 2008/977/JI gesperrt würden. Gegen diese Sichtweise kann wiederum eingewendet werden, dass die fehlende Vorsorge für Tilgung und Auskunftsbeschränkungen allein auf die mangelnde Konsensfähigkeit unter den Mitgliedstaaten zurückzuführen ist. Es war nicht das angestrebte Ziel des europäischen Gesetzgebers, die Regelungsautonomie des Herkunftsmitgliedstaates zu erweitern und die datenschutzrechtlichen Standards des Datenschutz-RB 2008/977/JI zu senken. Dies verdeutlicht Erwägungsgrund 13 RB 2009/315/JI, der die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften weiterhin für anwendbar erklärt.

Festzuhalten bleibt, dass das Verhältnis zum Datenschutz-RB 2008/977/JI unklar ist. Vieles spricht dafür, dass die Mitgliedstaaten bei der Einigung auf den RB 2009/315/JI und seiner innerstaatlichen Umsetzung die Implikationen des Datenschutz-RB 2008/977/JI nicht ausreichend bedacht haben.

V. Bedenken gegen die bestehende Rechtslage

1. Einseitige Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung

Die registerrechtliche Behandlung der Verurteilung ist ein der Strafe immanentes Element, dem ein beträchtliches Belastungspotenzial zukommen kann. Es erweckt deshalb Bedenken, dass der Herkunftsmitgliedstaat eine im Urteilsmitgliedstaat eingetretene Tilgung oder dort geltende Auskunftsbeschränkungen nicht anzuerkennen hat. Der RB 2009/315/JI

⁵⁷ In diesem Sinne EGMR, Urt. v. 13.11.2012 – 24029/07 (M.M. vs. UK), Rn. 189.

⁵⁸ Zu den Schwierigkeiten, das Verhältnis des Datenschutz-RB 2008/977/JI zu anderen sekundärrechtlichen Regelungen mit datenschutzrelevantem Inhalt zu bestimmen *Grzelak*, Europejski Przegląd Sądowy 2012, 20 (22).

⁵⁹ Art. 28 Datenschutz-RB 2008/977/JI ist vorliegend deshalb nicht einschlägig, weil der RB 2009/315/JI eine *lex posterior* darstellt.

dürfte ein Beispiel für eine einseitige Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung⁶⁰ zum Nachteil des Verurteilten sein, bei der isoliert ein Teilbereich des „Gesamtpakets Strafe“ in den Herkunftsmitgliedstaat übernommen wird. Dagegen bleibt es dem Herkunftsmitgliedstaat überlassen, intern Tilgung und Auskunftsbeschränkungen aus dem Urteilsmitgliedstaat zu berücksichtigen.

Die unvollständige Anerkennung erscheint besonders problematisch, wenn man bedenkt, dass die Nichtaufnahme ins Strafregister, Tilgung und Auskunftsbeschränkungen resozialisierende Funktion haben. Die Wirkung einer Auskunftsbeschränkung, wie jener nach § 32 Abs. 2 Nr. 5 lit. a) BZRG, kann – wegen der Voraussetzung, dass keine andere Strafe eingetragen sein darf, – einer Bewährungsstrafe vergleichbar sein. Es ist ein erklärtes Ziel der Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen, „auch den Schutz der Persönlichkeitsrechte zu verstärken“ und „bessere Voraussetzungen für die soziale Wiedereingliederung von Straftätern“ zu schaffen.⁶¹ Der RB 2009/315/JI widerspricht diesem Ziel, indem er es zulässt, dass der Herkunftsmitgliedstaat eine der Resozialisierung des Verurteilten dienende Konsequenz, die der Urteilsmitgliedstaat an das Strafurteil knüpft, nämlich Tilgung und Auskunftsbeschränkungen, außer Acht lässt und die Information innerstaatlich verwendet.

Damit einhergehend ist misslich, dass der Herkunftsmitgliedstaat die Möglichkeit hat, bei der internen Verwendung verschiedene Registerrechte zum Nachteil des Verurteilten zu kombinieren. Es können etwa lange ausländische Tilgungsfristen, die innerstaatlich durch Auskunftsbeschränkungen ausgeglichen würden, durch den Herkunftsmitgliedstaat, dessen Registerrecht kürzere Tilgungsfristen vorsieht, anerkannt werden, ohne auch die Auskunftsbeschränkungen zu übernehmen, die dem Recht des Herkunftsmitgliedstaates fremd sind.⁶² Die Kombination mit dem Registerrecht des

Herkunftsmitgliedstaates kann eine im Registerrecht des Urteilsmitgliedstaates angemessene Berücksichtigung des Resozialisierungsgedankens unterlaufen.⁶³

2. Mögliche Verletzungen von Rechtspositionen des Verurteilten

Die unterbliebene Anerkennung von Tilgung und Auskunftsbeschränkungen könnte Grundrechte und andere Rechtspositionen des Verurteilten beeinträchtigen. Auch europäische Grundrechte sind berührt. Zwar räumt der RB 2009/315/JI dem Herkunftsmitgliedstaat bei der innerstaatlichen Nutzung der Informationen einen Entscheidungsspielraum ein. Da aber die interne Verwendung in einem engen Zusammenhang mit dem Informationsaustausch aus den Strafregistern in der EU, also dem Regelungsbereich des RB 2009/315/JI, steht, ist davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten auch an die europäischen Grundrechte gebunden sind (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC).⁶⁴

a) Betroffene Rechtspositionen

Im Vordergrund steht die Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten, das auf europäischer Ebene durch Art. 8 GRC, Art. 16 AEUV und Art. 8 EMRK gewährleistet ist. Der EGMR⁶⁵ hat in M.M. gegen das Vereinigte Königreich festgestellt, dass das aus Art. 8 EMRK ableitbare Recht auf Schutz personenbezogener Daten auch Eintragungen im Strafregister und Auskünfte aus diesem umfasst.⁶⁶ Insofern fällt die Verarbeitung der Strafregisterinhalte, insbesondere die Weitergabe von Informationen über eine Verurteilung an Private, in den Schutzbereich dieses Grundrechts. Auf innerstaatlicher Ebene ist in Deutschland das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG⁶⁷ und in Polen das Recht auf Datenschutz gem. Art. 51 Abs. 2 polnische Verf.⁶⁸ einschlägig. In der polnischen Rechtsordnung berühren die Regelungen

⁶⁰ Für den Zusammenhang mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung siehe oben IV. 1. sowie Erwägungsgrund 2 RB 2009/315/JI.

⁶¹ Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen (2001/C 12/02) v. 15.1.2001, Einl. S. 1; vgl. auch *Nalewajko*, Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, 2010, S. 291.

⁶² Siehe für das polnische Rechtssystem die Regelung des Art. 14 Abs. 8 SSRG, der zufolge sich die Tilgung nach der ausländischen Tilgungsfrist richtet (siehe oben III. 2.), ohne die sie „ausgleichende“ Auskunftsbeschränkung anzuerkennen. Eine teilweise Auflösung des Spannungsverhältnisses, das dem Gesetzgeber bewusst war (siehe Fn. 22 und bei Fn. 48), bewirkt Art. 14a SSRG, der zwar eine § 32 Abs. 2 Nr. 5 lit. a) BZRG vergleichbare Rechtsfolge auslöst, diese aber nicht sofort, sondern erst nach Ablauf der inländischen Tilgungsfrist eintreten lässt. In Deutschland liegt eine sachwidrige Verknüpfung registerrechtlicher Elemente wegen der Regelung des § 56 Abs. 1 S. 1 BZRG, welche die ausländische Verurteilung vollständig dem deutschen Strafregisterregime unterstellt, nicht vor.

⁶³ Es ist allerdings davon auszugehen, dass nicht alle Mitgliedstaaten das Recht auf Resozialisierung in ihrem Strafregisterwesen in ausreichendem Maße berücksichtigen.

⁶⁴ Vgl. *Jarass*, NVwZ 2012, 457; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GRC Rn. 7 ff.; *Rabe*, NJW 2013, 1407.

⁶⁵ Zur Bedeutung der EMRK und der EGMR-Rechtsprechung für den europäischen Grundrechtsschutz *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 57. Lfg., Stand: August 2015, Art. 6 EUV Rn. 46 ff.

⁶⁶ EGMR, Urt. v. 13.11.2012 – 24029/07 (M.M. vs. UK), Rn. 187 ff.

⁶⁷ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 75. Lfg., Stand: September 2015, Art. 2 Rn. 173 ff.

⁶⁸ „Die öffentliche Gewalt darf nur solche Informationen über Staatsbürger beschaffen, sammeln oder zugänglich machen, deren Erhebung in einem demokratischen Rechtsstaat unentbehrlich ist.“ (Übersetzung nach :

<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/niemiecki/niem.htm>[25.2.2016]).

regelmäßig⁶⁹ auch das Recht auf Schutz des Privatlebens aus Art. 47 polnische Verf.⁷⁰

Erfolgt im Herkunftsmitgliedstaat im Gegensatz zum Urteilsmitgliedstaat keine Tilgung oder Auskunftsbeschränkung, bedeutet dies, dass die stigmatisierende Wirkung der Verurteilung durch den Herkunftsmitgliedstaat zeitlich verlängert oder verstärkt wird. Die verschärfte registerrechtliche Behandlung könnte als eine erneute „Bestrafung“⁷¹ den transnationalen Grundsatz *ne bis in idem* (Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRC) verletzen. Die Vereinbarkeit einer für den Verurteilten nachteiligeren registerrechtlichen Behandlung mit *ne bis in idem* hängt entscheidend davon ab, ob man den Grundsatz auf die Strafe im engeren Sinne beschränkt oder auf das „Gesamtpaket Strafe“ erstreckt wissen will. Ob Modifizierungen von Elementen, die nicht zur Kernstrafe, sondern „nur“ zur Strafe *sensu largo* gehören, unter die Gewährleistung des *ne bis in idem*-Grundsatzes fallen, ist nicht geklärt. Für die Einbeziehung spricht die faktische Strafwirkung, die im Ausgangsfall schwerer wiegt als das eigentliche Strafübel der Vermögenseinbuße. Zudem wird der Anwendungsbereich des Grundsatzes in der Regel weit verstanden. Er soll auch auf „strafähnliche Maßnahmen“ anwendbar sein, wenn diese von „ausreichendem Gewicht“ sind.⁷² Eine Verletzung von *ne bis in idem* ist daher nicht auszuschließen.⁷³

Die fehlende Anerkennung von Tilgung und Auskunftsbeschränkungen verschlechtert darüber hinaus die beruflichen Erfolgchancen des Verurteilten. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 15 GRC, Art. 12 GG, Art. 65 polnische Verf.) ist somit betroffen. Zugleich liegt eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit⁷⁴ gem. Art. 45 AEUV nahe, da

⁶⁹ Vgl. Uzasadnienie projektu ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym z dnia 14 czerwca 1999 r., druk nr 1174 (Begründung der Regierungsvorlage des Gesetzes über das staatliche Strafregister vom 14. Juni 1999, Drucksache Nr. 1174), S. 17.

⁷⁰ „Jedermann hat das Recht auf rechtlichen Schutz des Privat- und Familienlebens, der Ehre und des guten Rufes sowie das Recht, über sein persönliches Leben zu entscheiden.“ (Übersetzung nach:

<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/niemiecki/niem.htm> [25.2.2016]).

⁷¹ Vgl. zu Art. 103 Abs. 2 GG *Baur/Burkhardt/Kinzig*, JZ 2011, 131 (138).

⁷² *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 50 Rn. 5; *Eser*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 4. Aufl. 2014, Art. 50 Rn. 8.

⁷³ Der EGMR hat offen gelassen, ob eine innerstaatliche nachträgliche Verschärfung der registerrechtlichen Behandlung der Verhängung einer schwereren Strafe als der zum Zeitpunkt der Tatbegehung vorgesehenen gleichkommt und damit gegen Art. 7 EMRK verstößt; EGMR, Urt. v. 13.11.2012 – 24029/07 (M.M. vs. UK), Rn. 209.

⁷⁴ Die EU ist Verpflichtungsadressat der Arbeitnehmerfreizügigkeit; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 65), Art. 45 AEUV Rn. 231.

der Betroffene bei der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit behindert wird.

In Deutschland ist darüber hinaus das Recht auf Resozialisierung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG tangiert.⁷⁵ Dieses Grundrecht erfordert nach den Entscheidungen des BVerfG zur Ausgestaltung des Strafvollzugs, dass dem Verurteilten die Chance zuteilwird, sich „unter den Bedingungen einer freien Gesellschaft ohne Rechtsbruch [zu] behaupten“.⁷⁶ Wie das BVerfG selber hervorhebt, beginnt „das entscheidende Stadium nach der Entlassung“; auf die Rückkehr in die Gesellschaft muss nicht nur der Verurteilte vorbereitet werden, sondern auch die Allgemeinheit.⁷⁷ Diese Grundsätze, die außerhalb von Freiheitsstrafen sinngemäß zu berücksichtigen sind, implizieren, dass dem Betroffenen die Chance eingeräumt werden muss, „sich nach Verbüßung seiner Strafe wieder in die Gesellschaft einzuordnen“.⁷⁸ Wird eine Anerkennung der im Urteilsmitgliedstaat eingetretenen Tilgung oder der dort geltenden Auskunftsbeschränkungen versagt, ist der Schutzbereich des Grundrechts betroffen. Dem dürfte prinzipiell nicht entgegenstehen, dass die Verurteilung im Ausland ergangen ist. Der Strafregistraustausch hat zur Folge, dass der Betroffene aufgrund der Verurteilung einen Nachteil in einem anderen Staat als dem Urteilsmitgliedstaat erfahren kann. Im Interesse eines umfassenden Persönlichkeitsschutzes muss (zumindest) der Schutzbereich des Grundrechts auch für solche Fälle eröffnet sein.⁷⁹

b) Verantwortliche Akteure

Die Feststellung, wer für die Eingriffe in die Rechtspositionen des Verurteilten verantwortlich ist, gestaltet sich wegen der Vielzahl der Akteure und des Ineinandergreifens der Regelungen als schwierig. Es kommen drei Akteure in Betracht: der Urteilsmitgliedstaat, der Herkunftsmitgliedstaat und der Unionsgesetzgeber.

⁷⁵ BVerfGE 35, 202 (235); 98, 169 (200); *Baur/Burkhardt/Kinzig*, JZ 2011, 131 (138). Für die europäische Ebene lässt sich ein Grundrecht auf Resozialisierung nicht nachweisen; siehe EGMR, Urt. v. 8.7.2014 – 15018/11 u. 61199/12 (*Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*), Rn. 264. In Polen hat das Verfassungstribunal in einem Beschluss v. 20.6.2011 die Resozialisierung Verurteilter dem Gewährleistungsbereich des Gleichheitsgrundsatzes gem. Art. 32 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 polnische Verf. – nur im Sinne eines Teilhaberechts – unterstellt; TK, postanowienie z dnia 20.6.2011 – SK1/11.

⁷⁶ BVerfGE 35, 202 (235); 98, 169 (200).

⁷⁷ BVerfGE 35, 202 (235).

⁷⁸ *Di Fabio* (Fn. 67), Art. 2 Rn. 216 ff.

⁷⁹ Auch aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 GG, der an die Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze im Ausland anknüpft, geht hervor, dass Gegebenheiten ausländischer Provenienz für die Beurteilung innerstaatlicher Akte nicht ausgeblendet werden dürfen.

aa) Urteilsmitgliedstaat

Ein Eingriff in die Rechtspositionen des Verurteilten durch den Urteilsmitgliedstaat könnte sich zunächst daraus ergeben, dass dieser die Information über die Verurteilung an den Herkunftsmitgliedstaat übermittelt, von dem er weiß, dass er die Tilgung oder die Auskunftsbeschränkungen nicht anerkennen wird. Zweifelhaft ist in diesem Zusammenhang, ob die Übermittlung der Informationen an den Herkunftsmitgliedstaat einen Eingriff darstellt, da es sich um eine mittelbare Maßnahme im Vorfeld der eigentlichen Belastung des Verurteilten, die durch die Preisgabe der Informationen erfolgt, handelt.⁸⁰ Zwischen der Übermittlung der Information und dem unmittelbar beeinträchtigenden Handeln des Herkunftsmitgliedstaates besteht kein enger Zusammenhang. Bejaht man einen Eingriff, wäre die Frage aufzuwerfen, ob dieser wegen des Handelns in Umsetzung des Art. 4 Abs. 2 RB 2009/315/JI, der eine Unterrichtung zwingend vorschreibt, gerechtfertigt wäre.⁸¹

Des Weiteren könnte ein Eingriff in die Rechte des Verurteilten darin liegen, dass der Urteilsmitgliedstaat es unterlässt, den Herkunftsmitgliedstaat auf eine registerrechtliche Beschränkung hinzuweisen, die dieser nicht anerkennt. Weitergehende Mitteilungen als in Art. 4 Abs. 3 RB 2009/315/JI vorgesehen sind zulässig, da die Regelung bloß einen Mindestgehalt der zu übermittelnden Informationen festlegt. Auch würde es der Schutzdimension der Grundrechte entsprechen, dass der Urteilsmitgliedstaat von der Möglichkeit, die Beschränkung mitzuteilen, Gebrauch macht, um seinen eigenen registerrechtlichen Beschränkungen grenzüberschreitend Wirksamkeit zu verleihen. Die Mitteilung dürfte aber gegenüber dem Herkunftsmitgliedstaat jedenfalls deswegen wirkungslos bleiben, weil der RB 2009/315/JI ihre Anerkennung im Herkunftsmitgliedstaat nicht verlangt. Ist die Erfolglosigkeit der Benachrichtigung von vornherein erkennbar, dürfte ihr Unterbleiben keine Grundrechtsverletzung begründen. Würde man dennoch eine Benachrichtigung fordern, wäre dies reiner Formalismus ohne substanziellen Wert für den Grundrechtsschutz.

bb) Herkunftsmitgliedstaat

Was die Vorgehensweise des Herkunftsmitgliedstaates angeht, so könnte die mangelnde Anerkennung von Tilgung und Auskunftsbeschränkungen, die dem Verurteilten im Urteilsmitgliedstaat zugutekommen, Rechtspositionen des Betroffenen verletzen. In Deutschland wird die ausländische Verurteilung dem Regime des eigenen Strafregisterwesens unterstellt. Dass sich Tilgung und Auskunftsbeschränkungen an den Regelungen des BZRG orientieren, kann für den Be-

troffenen sowohl vorteilhaft als auch nachteilig sein. Wird der Verurteilte schlechter als im Urteilsmitgliedstaat behandelt, könnte dies gegen seine Grundrechte verstoßen.⁸² In Polen wird eine im Urteilsmitgliedstaat eingetretene Tilgung rezipiert. Zusätzlich bewirkt der Ablauf der inländischen Tilgungsfristen nach dem kürzlich geänderten Art. 14a SSRG, dass die ausländische Verurteilung nicht mehr in ein für andere Zwecke als ein Strafverfahren erteiltes Führungszeugnis aufgenommen wird. Die nationalen Tilgungsfristen werden zu „auskunftsbeschränkenden Fristen“ umfunktioni-ert. Die Regelung trägt dem Resozialisierungsgedanken Rechnung. Unberücksichtigt bleiben aber nach polnischem Recht Auskunftsbeschränkungen im Urteilsmitgliedstaat. Die Aufnahme der Information in ein Führungszeugnis zur Vorlage an den Arbeitgeber stellt wegen des faktischen Zwangs, dem der Verurteilte unterliegt, einen Eingriff in seine Grundrechte durch den Herkunftsmitgliedstaat dar.

Wie aus dem Vergleich beider Rechtsordnungen erkennbar wird, gibt es keine einheitliche Herangehensweise beim Umgang mit ausländischen Verurteilungen. Es ist möglich, an die registerrechtlichen Folgen im Urteilsmitgliedstaat anzuknüpfen oder die ausländische Verurteilung wie eine inländische zu behandeln. Die Wahl eines dieser Regelungsmodelle ist nicht per se unzulässig, sondern nur, sofern hierdurch im Einzelfall Rechtspositionen des Verurteilten beeinträchtigt werden. Eine ungünstigere registerrechtliche Behandlung kann dann Grundrechte des Verurteilten verletzen, wenn diese unverhältnismäßig beeinträchtigt werden.⁸³ Dies ist im Wege einer Interessenabwägung zu beurteilen und liegt insbesondere bei breitem Zugang Privater zu den Strafregisterinhalten nahe. Die Hoheitsgewalt des Herkunftsmitgliedstaates über seine eigenen Staatsangehörigen kann jedenfalls eine nachteiligere registerrechtliche Behandlung als im Urteilsmitgliedstaat nicht rechtfertigen.

cc) Unionsgesetzgeber

Ein Eingriff in die genannten Rechtspositionen durch die EU liegt darin, dass es unterlassen wurde, für eine umfassende Durchsetzung von Tilgung und Auskunftsbeschränkungen des Urteilsmitgliedstaates zu sorgen. Der Eingriff besteht mithin im Erlass eines defizitären, die Grundrechte nicht gebührend berücksichtigenden Sekundärrechtsakts. Der EU-Gesetzgeber hat einen Missstand, der schon nach der früheren Rechtslage bestanden hatte, nicht ausgeräumt und ist seiner Schutzpflicht nicht nachgekommen.⁸⁴ Da die Mitgliedstaaten

⁸⁰ Siehe zu mittelbaren Eingriffen *Kingreen* (Fn. 64), Art. 52 GRC Rn. 56.

⁸¹ Ausschlaggebend dürfte sein, ob diese Regelung wegen des defizitären Charakters des RB 2009/315/JI (dazu IV. 3.) primärrechtswidrig ist. Der RB 2009/315/JI dürfte jedoch bis zu seiner Nichtigerklärung eine Rechtmäßigkeitsvermutung genießen; dazu *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, S. 161 Rn. 308.

⁸² Gegen § 56 BZRG werden, soweit ersichtlich, bisher keine Bedenken erhoben; vgl. *Tolzmann* (Fn. 8), § 56 Rn. 7.

⁸³ Vgl. EGMR, Urt. v. 13.11.2012 – 24029/07 (M.M. vs. UK), Rn. 195.

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C 293/12, C 594/12 (Digital Rights Ireland), Rn. 54, 60 ff., 65: Soweit mit Unionsrechtsakten eine Einschränkung von Grundrechten verbunden ist, muss der Unionsgesetzgeber selbst notwendige grundrechtsschützende Mechanismen, z.B. materiell- und verfahrensrechtliche Voraussetzungen, vorsehen; vgl. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 7 Rn. 16.

offensichtlich nicht bereit waren, Tilgung und Auskunftsbefreiungen in anderen Mitgliedstaaten aus freien Stücken anzuerkennen, durfte der EU-Gesetzgeber nicht darauf vertrauen, die Mitgliedstaaten würden die Lücke auf grundrechtskonforme Weise selber schließen. Demzufolge durfte die Regelung der Frage nicht den Mitgliedstaaten nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gem. Art. 4 Abs. 3 EUV überantwortet werden.⁸⁵

Speziell im Hinblick auf Art. 8 EMRK hat der EGMR festgestellt, dass es für die Registrierung von Daten im Strafregister und deren Mitteilung eines Mindestmaßes an Datenschutz bedarf. Es muss Sicherungsvorkehrungen geben, die einen ausreichenden Schutz vor Missbrauch und Willkür bieten, und zwar auch für die Bekanntgabe der Daten an Dritte.⁸⁶ Diesen Anforderungen wird der RB 2009/315/JI nicht gerecht. Er lässt es zu, dass Auskunftsbefreiungen, die im Urteilsmitgliedstaat gelten, im Herkunftsmitgliedstaat für die interne Verwendung nicht anerkannt werden, mit der Folge, dass eine Bekanntgabe der Verurteilung auch an Private erfolgen darf. Der unklare Verweis auf den Datenschutz-RB 2008/977/JI bietet, wie erörtert,⁸⁷ keinen ausreichenden Schutz für diese sensiblen Daten vor einem Zugang Privater.

dd) Ergebnis

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass alle drei beteiligten Akteure – der Urteils- und der Herkunftsmitgliedstaat sowie der Unionsgesetzgeber – für die Beeinträchtigung der Rechtssphäre des Verurteilten in unterschiedlichem Maße mitverantwortlich sein können: Der Urteilsmitgliedstaat, weil er sich nicht darum bemüht, die der Resozialisierung des Verurteilten dienenden registerrechtlichen Folgen grenzüberschreitend durchzusetzen; der Herkunftsmitgliedstaat, weil er nicht willens ist, die im Urteilsmitgliedstaat eingetretene Tilgung oder die dort geltenden Auskunftsbefreiungen anzuerkennen; der Unionsgesetzgeber, weil im RB 2009/315/JI die innerstaatliche Verwendung durch den Herkunftsmitgliedstaat nicht geregelt und für die Absicherung der Belange des Verurteilten keine Vorsorge getroffen wurde. Die Hauptverantwortung für das Defizit ist dem Unionsgesetzgeber zuzuweisen. Da bereits bei den Verhandlungen über den RB 2009/315/JI deutlich wurde, dass die Mitgliedstaaten nicht bereit sind, Tilgung und Auskunftsbefreiungen anderer Mitgliedstaaten anzuerkennen, hätte bereits im Rahmenbeschluss für die Wahrung der Rechtspositionen des Verurteilten gesorgt werden müssen.

⁸⁵ Dazu ausführlich *Hatje*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 4 EUV Rn. 68; *Obwexer*, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 4 EUV Rn. 126.

⁸⁶ EGMR, Urte. v. 13.11.2012 – 24029/07 (M.M. vs. UK), Rn. 195 („minimum safeguards concerning [...] access of third parties, [...] thus providing sufficient guarantees against the risk of abuse and arbitrariness“).

⁸⁷ Dazu IV. 4.

VI. Fazit

Die eingangs gestellte Frage, ob die Verurteilung durch ein deutsches Strafgericht ungeachtet der in Deutschland geltenden Auskunftsbefreiungen ins polnische Führungszeugnis aufgenommen werden darf, ist differenziert zu beantworten: Die Aufnahme verstößt nicht gegen den RB 2009/315/JI oder die Umsetzungsregelungen in Deutschland und Polen. Sie kann aber Grundrechte und andere Rechtspositionen des Verurteilten verletzen.

Es ist zu kritisieren, dass es der RB 2009/315/JI ins Belieben des Herkunftsmitgliedstaates stellt, eine im Urteilsmitgliedstaat eingetretene Tilgung oder dort geltende Auskunftsbefreiungen intern zu akzeptieren. Die isolierte Übernahme der Verurteilung durch den Herkunftsmitgliedstaat lässt außer Acht, dass die registerrechtliche Behandlung ein wesentlicher Bestandteil der Strafe im weiteren Sinn ist und resozialisierende Funktion haben kann. Darin liegt eine einseitige, die Persönlichkeitssphäre des Verurteilten missachtende Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung. Es ist dringend geboten, dass der Unionsgesetzgeber seiner grundrechtlichen Schutzpflicht nachkommt und diesen Fehler korrigiert.

Eine Harmonisierung der nationalen Strafregisterwesen kommt in Ermangelung einer Ermächtigungsgrundlage der EU nicht in Betracht; im Übrigen wäre sie für die Lösung des Problems wenig zielführend, wenn den Mitgliedstaaten ein – sei es auch nur minimaler – Umsetzungsspielraum überlassen würde und die Differenzen z.B. bezüglich der Tilgungsfristen und der Auskunftsbefreiungen nicht vollständig ausgeräumt würden.

Damit verbleiben folgende zwei Lösungswege: Zum einen könnte eine vollständige Verwirklichung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung durch die unbedingte Durchsetzung der registerrechtlichen Folgen des Urteilsmitgliedstaates erfolgen. Soll die Verurteilung in anderen Mitgliedstaaten möglichst treu abgebildet werden, so ist es nur konsequent, Tilgung und Auskunftsbefreiungen des Urteilsmitgliedstaates ausnahmslos zur Wirksamkeit in der gesamten Union zu verhelfen. Denn diese sind Bestandteil des „Gesamtpakets Strafe“. Es genügt zu diesem Zweck, die vom RB 2009/315/JI ohnehin bereits anerkannten registerrechtlichen Restriktionen (Verwendungsbeschränkungen im Verhältnis zum ersuchenden Mitgliedstaat) auf die innerstaatliche Verwendung im Herkunftsmitgliedstaat zu erweitern. Der Herkunftsmitgliedstaat müsste auch solche registerrechtlichen Instrumente anerkennen, die ihm konstruktiv fremd sind.

Zu bedenken ist, dass eine konsequente Umsetzung der gegenseitigen Anerkennung eine Schlechterstellung des Verurteilten bewirken kann, und zwar wenn im Urteilsmitgliedstaat keine bzw. eine weniger günstige Auskunftsbefreiungsregelung oder eine nachteiligere Tilgungsfrist als im Herkunftsmitgliedstaat gilt. Mit diesen registerrechtlichen Folgen muss der Betroffene rechnen, weshalb sein Vertrauen nicht erschüttert wird. Im Verhältnis zum Urteilsmitgliedstaat wird nur das aufrechterhalten, was der Verurteilung von vornherein anhaftet. Insofern erweist sich der Grundsatz der

gegenseitigen Anerkennung im Ansatz als ein „neutrales Modell“.⁸⁸

Ein weiterer möglicher Einwand gegen die Ausrichtung der registerrechtlichen Behandlung am Recht des Urteilsmitgliedstaates ist das damit verbundene Aushebeln des Mitzieheffektes, der durch später ins Register des Herkunftsmitgliedstaates eingetragene Verurteilungen bewirkt wird (vgl. § 47 Abs. 3 BZRG und § 32 Abs. 2 Nr. 5 letzter Hs. BZRG).⁸⁹ Indes kann der Mitziehewirkung kein entscheidendes Gewicht in dem Sinne beigemessen werden, dass sie eine Fixierung der ausländischen Verurteilung auf das Recht des Herkunftsmitgliedstaates gebietet.⁹⁰ Kriminalpolitisch erscheint es hinnehmbar, dass ausländische Verurteilungen von der Mitziehewirkung ausgenommen sind. Sieht man das anders, ist eine ausnahmsweise zwingende Orientierung am Recht des Herkunftsstaates bei Vorliegen einer weiteren eingetragenen Verurteilung denkbar.⁹¹

Eine zweite, resozialisierungsfreundlichere Option wäre es, eine registerrechtliche Meistbegünstigung des Betroffenen⁹² vorzuschreiben. Es fände dann im Herkunftsmitgliedstaat mit Wirkung für den innerstaatlichen Bereich wie auch für die Weitergabe an andere Mitgliedstaaten (d.h. immer außerhalb des Urteilsmitgliedstaates) die für den Verurteilten günstigere registerrechtliche Behandlung, d.h. entweder die des Urteils- oder die des Herkunftsmitgliedstaates, Anwendung.⁹³ Folgerichtig müsste eine differenzierte

⁸⁸ So Böse, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 85), Art. 82 AEUV Rn. 15 m.w.N.

⁸⁹ Richtet sich die Tilgung oder die Auskunftsbeschränkung nach dem Recht des Urteilsmitgliedstaates, darf der Herkunftsmitgliedstaat die ausländische Verurteilung innerstaatlich auch dann nicht verwenden, wenn im Herkunftsmitgliedstaat eine weitere spätere Verurteilung eingetragen wird. Zur Mitziehewirkung bezüglich der Tilgung Böse (Fn. 42), Rn. 17. Allgemein zum Gedanken der Mitziehewirkung Pfeiffer, NStZ 2000, 402 (406).

⁹⁰ Von Art. 3 RB 2008/675/JI ist die Konstellation nicht erfasst. Die polnische Regelung, die die Tilgungsvorschriften des Urteilsmitgliedstaates für maßgeblich erklärt, verzichtet *expressis verbis* auf die Anwendbarkeit des sonst geltenden Mitzieheffektes; Art. 114a § 2 S. 2 pStGB. Im Übrigen ist die durch die Mitziehewirkung bewirkte zeitliche Verlängerung der Strafbemakelung, über die für die konkrete Strafe vorgesehene Tilgungsfrist hinaus, auch innerstaatlich nicht problemlos.

⁹¹ Siehe Böse (Fn. 42), Rn. 17.

⁹² Zur „individualschützenden Meistbegünstigung“ Lagodny, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 31 Rn. 44 f.

⁹³ Der Meistbegünstigungsgedanke klingt seit kurzem im polnischen Strafregisterrecht an. Die Tilgung richtet sich prinzipiell nach dem Recht des verurteilenden Staates. Gemäß Art. 14a SSRG wird aber die Verurteilung in ein für andere Zwecke als ein Strafverfahren ausgestelltes Führungszeugnis nicht aufgenommen, wenn die *inländischen* Tilgungsfristen abgelaufen sind. Tritt nach dem fremden Recht eine Tilgung ein, wird die Verurteilung ins Führungszeugnis

Günstigkeitsprüfung im Hinblick auf jede einzelne Registervergünstigung erfolgen. Es könnte sich z.B. die Tilgung nach dem Recht des Urteilsmitgliedstaates, die Auskunftsbeschränkung nach dem Recht des Herkunftsmitgliedstaates richten. Ansätze für eine Meistbegünstigung finden sich in Art. 53 EMRK, Art. 53 GRC⁹⁴ und in einem anderen Instrument der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen, nämlich in der Europäischen Ermittlungsanordnung.⁹⁵ Eine Meistbegünstigung im Bereich des Austausches von Informationen aus dem Strafregister wäre eine konsequente Fortführung dieses Ansatzes. Sie ließe sich mit dem Recht auf Resozialisierung legitimieren und würde dem Anliegen des Europarates entsprechen, im Interesse der sozialen Wiedereingliederung des Verurteilten die Bekanntgabe von Eintragungen im Strafregister an Stellen außerhalb des Strafverfahrens auf das Nötigste zu beschränken.⁹⁶ Etwaige Fiktionen mit Regelungen der Mitziehewirkung könnten hier auf die gleiche Weise aufgelöst werden wie bei einer strikten Befolgung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung.

Für beide legislativen Möglichkeiten stellt Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV eine taugliche Ermächtigungsgrundlage dar, wobei nicht eindeutig ist, ob dessen lit. a) oder lit. d) einschlägig ist.⁹⁷ Für die Heranziehung von Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a) AEUV lässt sich anführen, dass die registerrechtliche Behandlung ein Bestandteil des „Gesamtpaketes Strafe“ ist und der Verurteilung unmittelbar anhaftet. Die sekundärrechtliche Anordnung der Durchsetzung des Registerrechts des Urteilsmitgliedstaates wäre bei dieser Lesart eine „Regel“ zur Anerkennung eines Urteils. Daneben wäre jedenfalls (auch) Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. d) AEUV als Auffangregelung eine geeignete Rechtsgrundlage, da es sich bei der Anordnung der Geltung der registerrechtlichen Regelungen des Urteilsmitgliedstaates im internen Bereich des Herkunftsmitgliedstaates um eine dem Datenschutzrecht

nicht aufgenommen. Ist das noch nicht der Fall, wird die ausländische Verurteilung dem Regime des im Einzelfall günstigeren Tilgungsrechts Polens unterstellt. Dabei handelt es sich um europarechtlich nicht geforderte gesetzgeberische Entscheidungen. Siehe bereits oben bei Fn. 48. Die für den Betroffenen u.U. noch günstigeren ausländischen Auskunftsbeschränkungen werden allerdings nicht anerkannt. Die Anwendung der im Einzelfall kürzeren Tilgungsfrist ist im österreichischen Strafregisterrecht vorgesehen. § 7 Abs. 1 TilgG geht vom Grundsatz der Gleichbehandlung aus. Nach § 7 Abs. 3 TilgG gilt die ausländische Verurteilung aber dann als getilgt, wenn sie nach dem Recht des Urteilsstaates getilgt ist und dies durch eine öffentliche Urkunde bescheinigt wird.

⁹⁴ Jarass, EuR 2013, 29 (38 f.).

⁹⁵ Nämlich hinsichtlich Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechten; hierzu Zimmermann, ZStW 127 (2015), 143 (171 f.).

⁹⁶ Fn. 32.

⁹⁷ Es kommt auch eine Heranziehung beider Rechtsgrundlagen in Betracht, da es sich um dasselbe Gesetzgebungsverfahren handelt.

beim Strafregistraustausch dienende Begleitregelung handelt, die der Norm kraft Sachzusammenhanges unterfällt.⁹⁸

Die Arbeitswelt könnte den Verantwortlichen in diesen Fragen schon einen Schritt voraus sein. Jedenfalls im Ausgangsfall trifft dies zu. Nachdem das polnische Unternehmen schließlich darauf hingewiesen worden war, dass die Verurteilung in Deutschland nicht in ein Führungszeugnis aufzunehmen ist, sah es keinen Grund, „strenger als der deutsche Gesetzgeber zu sein“, behandelte den Betroffenen als nicht vorbestraft und stellte ihn ein.

⁹⁸ Meyer, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 85), Art. 82 AEUV Rn. 35. Für das Abstellen auf diese Norm spricht, dass die besagte Regelung zu einem umfassenden Regelwerk gehören würde, das seinerseits einheitlich auf eine einzelne, nach dem Schwerpunkt der Materie zu bestimmende Ermächtigungsgrundlage zu stützen wäre. Schwerpunktmäßig fällt der RB 2009/315/JI in den Regelungsbereich des Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. d) AEUV, Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 65), Art. 82 AEUV Rn. 83.

Affenpinscher in Aspik – Teil 2*

Zur Blankettstrafgesetzgebung im Nebenstrafrecht

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Thomas Bode**, Wiss. Mitarbeiter Dr. **Stefan Seiterle**, Frankfurt (Oder)**

II. Vorbehalt des bestimmten Gesetzes (Forts.)

3. Folgerungen für §§ 58, 34 LFGB

Aus den dargelegten Überlegungen lässt sich ersehen, dass sich aus Art. 80, 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG letztlich jedenfalls keine eindeutige Haltung der Verfassung in Bezug auf die Frage herausdestillieren lässt, ob und ggf. in welchem Ausmaß der parlamentarische Strafgesetzgeber zumindest Teile seiner Strafgesetzgebung an den Ordnungsgeber delegieren darf. Soweit man aber zu der Auffassung gelangt, dass Art. 104 Abs. 1 GG ernster genommen werden muss, als es bisher weite Teile von Rspr. und Schrifttum tun, folgt daraus, dass der parlamentarische Strafgesetzgeber grundsätzlich alle Entscheidungen selbst treffen muss. Eine Lockerung dieses Delegationsverbots käme danach nur über den Gesichtspunkt kollidierendes Verfassungsrechts in Betracht.¹ Im Folgenden wird untersucht, ob diesen (strengen) Anforderungen an Strafgesetzgebung in Bezug auf die erlaubte Delegation auf den Ordnungsgeber mit §§ 58, 34 LFGB Genüge getan wäre.

a) *Eingriff in das Recht aus Art. 104 Abs. 1 GG durch §§ 58, 34 LFGB (unter dem Maßstab des grundsätzlichen Delegationsverbots mit Ausnahmemöglichkeit kollidierendes Verfassungsrecht)*

Die eigentliche (parlamentsgesetzliche) Strafnorm § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB hat selbst keinerlei materiellen Gehalt, sondern pönalisiert lediglich das Zuwiderhandeln gegen eine aufgrund (der hier einschlägigen² Ermächtigungsgrundlage) § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB erlassenen Rechtsverordnung. § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB wiederum gibt nur in sehr allgemeiner Form den Zweck und den Handlungsbereich der Lebens- und Futtermittelsicherheit vor. Signifikante Teile des Normgehalts werden erst in der Verordnung geregelt. Somit ist zunächst festzuhalten, dass mit der Regelung der §§ 58, 34 LFGB in das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 104 Abs. 1 GG eingegriffen wurde.

Nach der hier zugrunde gelegten strengen Interpretation des Art. 104 Abs. 1 GG war dieser Eingriff mittels dieser Regelungstechnik aber nur dann erlaubt, wenn der Gesetzge-

ber durch abstrakt gleichrangiges,³ aber im konkreten Fall vorrangiges Verfassungsrecht – in Betracht kommen die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundestages aus dem Prinzip der parlamentarischen Demokratie aus Art. 20 Abs. 3 GG und die Sicherheit der Bevölkerung vor gefährlichen Lebensmitteln aus dem objektiven Gehalt des Art. 2 Abs. 2 GG – von der Regel des Art. 104 Abs. 1 GG abweichen durfte.

b) *Verhältnismäßigkeit*

Der Zweck des Eingriffs ist zunächst legitim: Der Schutz des Demokratieprinzips und der Arbeitsfähigkeit der Legislative sowie der zumindest mittelbare Schutz der Gesundheit von Lebensmittelkonsumenten lässt sich auf Verfassungswerte aus Art. 20 Abs. 2, 3; 2 Abs. 2 GG zurückführen, die abstrakt gleichrangig mit Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG sind.

aa) *Eignung*

Die Verlagerung der Tatbestandsausgestaltung auf die Exekutive ist auch geeignet, diesen Zweck zu fördern.⁴ Durch die Delegation wird die Legislative logistisch von ihrer Aufgabe entlastet und es ist auch nicht auszuschließen, dass auf diese Weise rasch – mittels der einmal unterstellten Abschreckungswirkung des Strafrechts – auf gesundheitliche Risiken für die Bevölkerung reagiert werden kann, die in der Lebensmittelindustrie tätige Dritte verursachen können.

bb) *Erforderlichkeit*

Problematisch ist aber bereits die Erforderlichkeit dieses geeigneten Eingriffs. Insoweit müsste gerade das Strafrecht – als harte und von vielen überhaupt nur als „ultima ratio“⁵ befürwortete Maßnahme – das eingriffsmildeste effektive Mittel sein, die benannten legitimen Zwecke zu fördern.

Gegenüber dem – insbesondere durch den Vollzug einer Freiheitsstrafe, aber auch bereits durch die Strafandrohung – eingriffintensiven Strafrecht sind prinzipiell diverse mildere Mittel möglich.⁶ In dem Bereich der Lebensmittelhygiene ist

* Fortsetzung von *Bode/Seiterle*, ZIS 2016, 91.

** *Dr. Thomas Bode* ist Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsinformatik (Prof. *Dr. Gerhard Wolf*) an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder). *Dr. Stefan Seiterle* ist Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, insbesondere Internationales Strafrecht und Strafrechtsvergleichung, Rechtsphilosophie (Prof. *Dr. Dr. h.c. Jan C. Joerden*) an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

¹ Sowie eventuell für einen Bagatellbereich bei statischer Regelungsmaterie, vgl. oben Teil 1, *Bode/Seiterle*, ZIS 2016, 91 (104 in Fn. 107).

² Vgl. dazu eingehend III. 2. a).

³ Die Ziele, die der Gesetzgeber verfolgt, müssen für eine Gleichrangigkeit nach *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 143, in der Verfassung selbst vorgegeben sein. Insoweit ist allerdings wiederum problematisch, ob auch eine mittelbare Ableitung ausreichend ist.

⁴ Der Zweck muss nicht in jedem Einzelfall erreicht werden, vgl. BVerfGE 96, 10 (23).

⁵ Vgl. zum Strafrecht als „Ultima ratio“ *Prittowitz*, StV 1991, 435 (437); *ders.*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers*, 2009, S. 53; *Hefendehl*, JA 2011, 401 (zu Art. 103 Abs. 2 GG).

⁶ Vgl. zur Erforderlichkeitsprüfung allgemein *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 152; *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.),

etwa an gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen wie Prüfungen, Auflagen, Warnungen und Untersagungen zu denken – Möglichkeiten, die bereits jetzt zentraler Gegenstand des LFGB sind, vgl. nur §§ 40 ff. LFGB.

Das BVerfG hat indes noch in keinem Fall Strafnormen wegen mangelnder Erforderlichkeit für nichtig erklärt (auch wenn dazu in manchen Fällen womöglich Anlass bestanden hätte⁷).⁸ Zur Begründung verweist das Gericht zunächst stets auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.⁹ Zuweilen klingt auch das Argument an, dass eine Strafbewehrung des entsprechenden Verbots jedenfalls unvergleichlich effektiver auf Normeinhaltung dringt¹⁰ als ein nicht oder nur verwaltungsrechtlich erzwingbares Verbot. Im Wirtschaftsrecht findet sich der fast zynische Verweis darauf, dass eine weitere Verstärkung von präventiven Maßnahmen ebenfalls zu intensiver Freiheitsbeschränkung (im Hinblick auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG) führe und daher das Strafgesetz sogar eine weniger einschneidende Maßnahme darstellen könne.¹¹

Die Geeignetheit des durch das Strafrecht angestrebten Schutzes – hier immerhin eines wichtigen Rechtsguts wie der Gesundheit der Nahrungsmittelkonsumenten – wird nur vage vermutet und kann zudem auch auf anderem Wege, wenn (zum Zweck der Argumentation unterstellt, vgl. oben) möglicherweise auch etwas weniger effektiv, geleistet werden. Die Frage der Erforderlichkeit von Strafrecht im Allgemeinen sowie im hier untersuchten Fall soll dennoch an dieser Stelle jedoch aus Platzgründen nicht weiterverfolgt werden.¹² Viel-

mehr wird die permissive Auffassung des BVerfG zugrunde gelegt, so dass hier mit Bedenken von der Erforderlichkeit ausgegangen wird.

cc) Vorrang des Delegationsinteresses?

Schließlich müsste allerdings das Delegationsinteresse das Interesse an einer vollständigen Regelung durch den Parlamentsgesetzgeber im Wege der „praktischen Konkordanz“ auch überwiegen. Dafür müssten die oben herausgearbeiteten Voraussetzungen vorliegen, von denen an dieser Stelle nur die zwei wichtigsten wiederholt seien: Der Regelungsbereich müsste eine zu dynamische Tatsachenentwicklung aufweisen und es müsste eine dynamische Gefahrenlage vorliegen, der der langsame Parlamentsgesetzgeber schon aus strukturellen Gründen gar nicht begegnen könnte.

Diese Anforderungen sind im Falle des hier betrachteten Fleischverbots nicht erfüllt. Bereits das Erfordernis eines zu dynamischen Tatsachenbereichs kann ein dermaßen offenes Regelungskonzept wie §§ 58 Abs. 1 Nr. 18 (i.V.m. § 34 Abs. 1) LFGB nicht rechtfertigen. Zwar können sich jederzeit neue Übertragungswege entwickeln, auf denen Krankheiten vom Tier zu dem Menschen gelangen können. Der entsprechende Tatbestand wäre aber problemlos bereits in dem LFGB zumindest im Hinblick auf jene sog. Zoonosen bestimmbar gewesen, ohne dass die Effektivität der Regelung darunter hätte leiden müssen. Auch die Angabe der zum Zeitpunkt des Normerlasses als besonders gefährlich eingeschätzten Fleischsorten¹³ wäre ohne weiteres möglich gewesen. Ein zwingender Grund für die Delegation im oben genannten Sinne lag daher nicht vor. Die Verlagerung an den Verordnungsgeber war aus diesem Grund auf Basis eines auf die beschriebene Weise definierten strengen Verständnisses unzulässig. Unterstellt man das oben skizzierte strenge Verständnis des Art. 104 Abs. 1 GG, erweist sich § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB somit wegen Verletzung dieser Grundgesetznorm (ggf. i.V.m. Art. 103 Abs. 2, 80 GG) als nichtig.¹⁴

Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.12.2015, Art. 20 Rn. 18.

⁷ Etwa in BVerfG 50, 290 (332 f.); 57, 139 (159); 62, 1 (50); 76, 1 (51).

⁸ Vgl. zur fehlenden Relevanz der Erforderlichkeit bei der Prüfung der Legitimität der Strafgesetzgebung unter der Prämisse generalpräventiver Strafzwecke *Altenhain*, Das Anschlussdelikt, 2002, S. 342 m.w.N.

⁹ Vgl. BVerfGE 90, 145 (172 f.) m.w.N.

¹⁰ Vgl. zu einer ähnlichen Argumentation im Falle des Inzestverbots BVerfGE 120, 224 (252).

¹¹ *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 79; *Schünemann*, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 629 (632); *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985, S. 367 f.; kritisch zu dieser Ansicht *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 234 m.w.N., und *ders.*, JA 2011, 401 (405): „perfide Argumentation der Wirtschaftsliberalen, die eine Abwägung oder einen Vergleich endgültig unmöglich macht“; *Hefendehl* (a.a.O.) ist auch (entgegen *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 145 Fn. 22) darin Recht zu geben, dass Strafrecht nicht schon deshalb milder ist, weil eine präventive Alternative früher ansetze und eine größere Personenzahl betreffe.

¹² Eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik erfolgt in der Folgeveröffentlichung zu diesem Beitrag. Vgl. eingehend zu diesem Thema *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 79 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit

und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 155 ff., 221, 243 ff.

¹³ Ob diese tatsächlich gefährlich sind, ist eine andere Frage, siehe dazu unten III. 2. b).

¹⁴ Nach diesem strengen Verständnis des Art. 104 Abs. 1 GG erweisen sich nicht nur die Ermächtigungsnormen §§ 58 Abs. 1 Nr. 18 (i.V.m. § 34 Abs. 1) LFGB, auf die das in §§ 23 Abs. 1 Nr. 10, 22 Abs. 1a Tier-LMHV normierte strafbewehrte Fleischverbot Bezug nimmt, als verfassungswidrig. Gleiches gilt vielmehr für alle derartigen Blankettstrafgesetze – soweit nicht eine statische Verweisung auf eine bereits bestehende Verordnung vorliegt oder im Fall der dynamischen Verweisung kein zwingender sachlicher Grund (wie eine zu dynamische Tatsachenentwicklung in dem Regelungsbereich) für eine Delegation der Tatbestandsausfüllung an den Verordnungsgeber besteht bzw. weil bei eher statischen Regelungsbereichen eine gewisse Bagatellgrenze überschritten wurde.

c) Vereinbarkeit der §§ 58, 34 LFGB mit Art. 80, 103, 104 GG unter dem Gesichtspunkt der Kompetenzabgrenzung nach den Maßgaben von Rspr. und Schrifttum

Die vorstehend beschriebene strikte Auslegung des Art. 104 Abs. 1 GG wird, wie dargelegt, allerdings weitgehend – wenn auch oftmals ohne fundierte Argumentation – nicht geteilt. Aus diesem Grund soll nun untersucht werden, ob der Befund der Nichtigkeit des § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB auch dann noch Bestand hat, wenn man diejenigen Voraussetzungen zu Grunde legt, die seitens des BVerfG und weiten Teilen der staats- und strafrechtlichen Literatur an den Strafgesetzgeber für die Zulässigkeit dynamischer Verweisungen vom parlamentarischen Gesetzgeber auf den Ordnungsgeber formuliert werden.

aa) Scheinbar strenge Vorgaben

Wie bereits oben¹⁵ erläutert, deuten zumindest die Formulierungen des BVerfG zunächst auf eine ebenfalls strenge Sichtweise des Gerichts hin: Nach seiner Auffassung muss bereits an allgemeinrechtliche dynamische Verweisungen ein „[b]esonders strenger Prüfungsmaßstab im Einzelfall“ angelegt werden.“¹⁶ Bei Straftatbeständen müsse insbesondere Sorge getragen werden, dass „die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aus dem Parlamentsgesetz voraussehbar sind und nicht erst aus der Verordnung, auf die verwiesen wird“¹⁷, weshalb der Gesetzgeber nur „gewisse Spezifizierungen“ des Tatbestandes an den Ordnungsgeber delegieren dürfe.¹⁸ Wie oben dargelegt, werden diese Kriterien allerdings nicht weiter ausgeführt, weshalb nicht klar ist, wann bereits „wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit“¹⁹ in der Verordnung geregelt werden, so dass den Anforderungen an eine zulässige dynamische Verweisung im Strafrecht nicht mehr Genüge getan wäre. Sinnvollerweise lässt sich die Formulierung jedoch nicht anders verstehen, als dass der Ordnungsgeber nur ermächtigt werden darf, (bloße) Detailregelungen der vom Parlamentsgesetzgeber bereits substantiell bestimmten Materie vorzunehmen.²⁰

Obleich die zitierten Formulierungen somit einen sehr anspruchsvollen Maßstab erahnen lassen, werden sie weder von dem Gericht selbst noch von dem kommentierenden Schrifttum in diesem Sinne angewandt. Die bisherigen Gerichtsentscheidungen zur Frage der Zulässigkeit dynamischer

Verweisungen zeigen, dass von der Rspr., soweit ersichtlich, alle²¹ Verlagerungen auf den Ordnungsgeber akzeptiert wurden, die Rspr. also in keinem einschlägigen Fall annahm, dass der Gesetzgeber eine zu unbestimmte gesetzliche Kombination aus dynamisch auf eine Verordnung verweisendes Strafgesetz und Ermächtigungsgrundlage geschaffen hatte,²² obwohl es „mehrfach die Gelegenheit dazu hatte“²³.

bb) Beispiel für die Missachtung der eigenen Vorgaben: BVerfG, NStZ-RR 2002, 22 – „Hühnerverordnung“

Ein plastisches Beispiel dafür, wie die Rspr. ihre eigenen Vorgaben missachtet, bietet ein dem hier untersuchten sehr ähnlich gelagerter Fall, in dem die Verfassungsgemäßheit der Blankettstrafnorm ebenfalls bejaht wurde.²⁴ § 51 Abs. 1 Nr. 2 LMBG a.F. bestimmte die Strafbarkeit für ein „Zuwiderhandeln“ gegen eine nach „§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 3 oder 4 Buchstabe a zum Schutz der Gesundheit erlassenen Rechtsverordnung“. Eine solche Verordnung war die Hühnerverordnung. Das LMBG ist eine Vorgängerregelung des LFGB und erlaubte ebenfalls Verordnungen im Bereich der Fleisch- und Tierhygiene, so dass hier deutliche Parallelen zu Tage treten.

Das BVerfG hat seine Entscheidung in diesem Nichtannahmebeschluss nun allerdings nicht besonders umfangreich begründet. Die Begründung besteht vielmehr aus Versatzstücken anderer Entscheidungen, denen die Konstellation LMBG/Hühnerverordnung ähnelt. Die Subsumtion erscheint lediglich als bloße Zuordnung des Sachverhalts zu den unbestimmten dogmatischen Begriffen. Außer einem Verweis auf das (angebliche) Expertenwissen der Normadressaten findet sich nichts. Ein solcher Verweis auf Expertenwissen ist jedoch nicht für den gesamten Bereich der Lebensmittelver-

²¹ In einem Fall hat das BVerfG für die Ausfüllung eines Blanketts durch Verwaltungsakte allerdings ausdrücklich den gleichen Bestimmtheitsmaßstab wie für eine Ausfüllung durch Rechtsverordnungen angelegt und in diesem Zuge die untersuchte Vorschrift (§ 15 Abs. 2a FAG) mangels Bestimmtheit für verfassungswidrig erklärt, BVerfGE 78, 374 (384 ff.).

²² Enderle, Blankettstrafgesetze, 2000, Fn. 581; lapidar: „Der parlamentarische Gesetzgeber und die anderen Normgeber halten sich an das skizzierte Raster“ (mit dem „Raster“ sind die abstrakten Vorgaben des BVerfG hinsichtlich der Spezifizierungsfunktion der tatbestandsausfüllenden Normen gemeint). Folglich trifft das „Verdikt der Verfassungswidrigkeit“ nach Enderles (heute freilich nicht mehr aktuellen) Darstellung keine relevante Gesetzes-/Verordnungskombination im Kriminalstrafrecht lediglich § 1 Abs. 3 Nr. 2 Handwerksklassengesetz sei als Bußgeldblankett verfassungswidrig, Enderle, a.a.O., S. 70, 217. Für diese Wertung des § 1 Abs. 3 Nr. 3 HKIG zutreffend auch Hecker, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, S. 264 Rn. 102 f. Die dort gegebene Verweisung auf Rechtsakte der EU ist aber ein besonderer Fall, dem wir hier nicht weiter nachgehen wollen.

²³ Satzger, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 255.

²⁴ BVerfG NStZ-RR 2002, 22; zustimmend Schützendübel, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012, S. 263

¹⁵ Siehe oben II. 2. c) aa).

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 29.4.2010 – 2 BvR 871/04, 2 BvR 414/08 = HRRS 2011 Nr. 120, Abs. 39, online verfügbar unter: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/04/2-bvr-871-04.php> (8.10.2014).

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 29.4.2010 – 2 BvR 871/04, 2 BvR 414/08 = HRRS 2011 Nr. 120, Abs. 39.

¹⁸ So BVerfG, Beschl. v. 29.4.2010 – 2 BvR 871/04 = HRRS 2011 Nr. 120; vgl. BVerfGE 14, 174 (186 f.); 14, 245 (251); 22, 21 (25); 23, 265 (269); 75, 329 (342).

¹⁹ BVerfG NJW 1998, 669 (670).

²⁰ Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 54.

beitung überzeugend.²⁵ Die Entscheidung sieht außerdem in europarechtlichen Verpflichtungen Gründe, den Bestimmtheitsgrundsatz zu relativieren. Selbst wenn man diese Gründe für überzeugend hielte, beträfen sie nicht den hier untersuchten Fall, bei dem es nicht um die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht geht. Gleichwohl ist zu vermuten, dass das BVerfG wegen seiner erkennbaren permissiven Tendenz,²⁶ und da es sich um einen parallel gelagerten Fall handelt, die Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen in Bezug auf ausgewählte Tiere bzw. des aus ihnen gewonnenen Fleisches in §§ 58 Abs. 1 Nr. 18 i.V.m. § 34 Abs. 1 Nr. 1 LFGB ebenfalls nicht wegen Unbestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes für unrechtmäßig erachten würde.

Schützendübel hat den Versuch unternommen, die Entscheidung des BVerfG zur Hühnereiverordnung, der sie zustimmt, mit argumentativer Substanz zu versehen. Sie bezieht sich dabei abgrenzend auf die bereits oben erwähnte Entscheidung des BVerfG zum FAG, in der das Gericht berechtigterweise zur Unbestimmtheit der Strafnorm gelangt sei.²⁷ Die eigentliche Begründung *Schützendübels*, weshalb sich die – angeblich noch ausreichend bestimmte – Norm des § 51 Abs. 1 Nr. 2 LMBG a. F. insoweit maßgeblich von der unbestimmten Norm im FAG unterscheidet, fällt allerdings unter dem Strich kaum ausführlicher aus als die Argumentation des BVerfG. Der entscheidende Unterschied, so *Schützendübel*, bestehe nämlich darin, dass über den Verweis in § 51 Abs. 1 Nr. 2 LMBG a.F. auf § 9 Abs. 1 LMBG a.F. (der – ganz ähnlich dem hier zentralen § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB – gestattete, verschiedene Verhaltensweisen in Bezug auf die Verbrauchergesundheit durch Rechtsverordnung zu untersagen) das zunächst in der eigentlichen Blankettnorm noch unbestimmte Verhalten „hinreichend determiniert“²⁸ worden sei. Selbst wenn man jedoch die Bereitschaft zeigt, den Umweg von dem reinen Blankett (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 LMBG a.F.) auf die Verweisungsnorm im selben Gesetz (§ 9 Abs. 1 LMBG a.F.) mitzugehen, bleibt bei dieser Betrachtung immer noch unbeachtet, dass die in Bezug genommene Norm ihrerseits – wie auch § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB – ausgesprochen vage blieb und eben nur den Schutz der Verbrauchergesundheit als Regelungszweck etwaiger Verordnungen angab. Bevor diesem Punkt weiter nachgegangen wird, sei nochmals verdeutlicht, dass das BVerfG zwar strenge Kriterien formuliert, diese aber weder ausführt noch insbesondere selbst einzuhalten scheint.

²⁵ Vgl. dazu eingehend oben II. 1. b).

²⁶ Vgl. BVerfGE 8, 274 (307, 312); 14, 245 (253 f.); 47, 109 (120); 51, 60 (72); 65, 248; 75, 329 (342).

²⁷ Siehe Fn. 21; siehe auch *Schützendübel* (Fn. 24), S. 274 ff.

²⁸ *Schützendübel* (Fn. 24), S. 276; auch *Heghmanns* hält § 9 LMBG a.F. zwar in der Handlungsbeschreibung für „noch relativ klar bestimmt“, gibt aber zu bedenken, dass die möglicherweise in Betracht kommenden Lebensmittel undefiniert sind, *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, S. 88.

cc) Die Vorgaben des BVerfG beim Wort genommen

Nimmt man das BVerfG nun aber einmal „beim Wort“, nimmt die Rede von dem „strengen Prüfmaßstab“ ernst und verlangt, dass an den Ordnungsgeber, insbesondere im Strafrecht, tatsächlich nur „gewisse Spezifizierungen“ der Regelungsmaterie delegiert werden dürfen, weil „die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aus dem Parlamentsgesetz voraussehbar“²⁹ sein müssen und „nicht erst aus der Verordnung, auf die verwiesen wird“, dann scheinen die hier untersuchten Normen diesen Anforderungen nicht zu genügen.

Gesetzlich festgesetzt wird im vorliegenden Fall nämlich nur der allgemeine Zweck des Gesundheitsschutzes und der allgemeine Regelungsbereich des Lebensmittelrechts. Weshalb auf dieser Basis dem Ordnungsgeber nur noch die Regelung „gewisser Spezifizierungen“ verbleiben soll, lässt sich nur schwerlich begründen. Im Einzelnen:

In der Ausgangsnorm des § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB hat der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber inhaltlich überhaupt keine Vorgaben gemacht. Einschränkungen für den Ordnungsgeber ergeben sich nur über Voraussetzungen (Inhalt, Zweck und Ausmaß), die in den in § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB genannten Ermächtigungsgrundlagen (hier § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB) bestimmt sind. Es darf somit grundsätzlich jeder bestraft werden, der gegen den dort vorgegebenen Zweck verstößt, im hiesigen Fall gegen den Zweck des Gesundheitsschutzes³⁰ im Zusammenhang mit irgendeinem Umgang mit Lebens- oder Futtermitteln. Zweck, Inhalt und Ausmaß sind erkennbar allgemeiner Natur. Zunächst ist es für den Rechtsunterworfenen völlig unersichtlich, unter welchen Umständen diese allgemeine Androhung der Strafbarkeit gilt und welche Verhaltensweisen eventuell in diesem denkbar weiten Feld pönalisiert werden könnten; der Bezug auf „das Herstellen, das Behandeln, das Verwenden oder [...] das Inverkehrbringen“ erfasst praktisch alle vorstellbaren Handlungen und lässt keinerlei Begrenzung der erlaubterweise inkriminierten Handlungen erkennen. Ebenso wenig ist in § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB festgelegt, wie intensiv eine strafbewehrte Tathandlung sein muss; auch ist hier die Möglichkeit eröffnet, dass jede noch so geringe Mitkausalität innerhalb des – nicht einmal zwingend erfolgreichen – Prozesses des „Inverkehrbringens“ von Lebensmitteln insoweit ausreichen kann. Auch die Mindestintensität des Taterfolges ist nicht angegeben. Der Begriff der „Gefahr für die menschliche Gesundheit“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 LFGB) ist denkbar weit. Danach wäre es dem Ordnungsgeber etwa auch erlaubt, Verhaltensweisen mit Strafe zu belegen, die nur kurzfristige leichte Übelkeit beim „Opfer“ auslösen. Müsstes also auch Schokoladeproduzenten allzeit mit einem strafbewehrten Verbot rechnen, da einem von verstärktem Schokoladegenuss bekanntlich rasch übel werden kann? §§ 58 Abs. 1 Nr. 18, 34 Abs. 1 S. 1 LFGB verhalten sich dazu nicht.

Die nötigen Begrenzungen auf die strafwürdigen und strafbedürftigen Verhaltensweisen soll und muss hier erst der Ordnungsgeber vornehmen. Der formelle Gesetzgeber hat

²⁹ *Hervorhebung durch die Verf.*

³⁰ Siehe dazu ausführlich unten III. 2. b).

damit wesentliche Aufgaben der Tatbestandssetzung auf den Verordnungsgeber übertragen und ihm keineswegs nur die Regelung „gewisser Spezifizierungen“ überlassen. Jene³¹, die der Auffassung sind, das BVerfG genüge in Fällen wie diesen den eigenen formulierten Ansprüchen,³² spielen entweder das gewaltenteilungsfeindliche Spiel des Gerichts mit, oder sie machen sich nicht die Mühe, die Formulierungen des Gerichts ernst zu nehmen, nach welchen ein „besonders strenger Prüfungsmaßstab“ einzuhalten sei, der formelle Gesetzgeber die „wesentlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit“³³ selbst bestimmen müsse, und dem Verordnungsgeber nur „gewisse Spezifizierungen“ als Regelungsmaterie verbleiben dürfen.

Auch auf der – aber ernst genommenen – Grundlage der Anforderungen des BVerfG an zulässige dynamische Verweisungen vom Parlamentsgesetzgeber auf den Verordnungsgeber im Strafrecht verstieße § 58 Abs. 1 Nr. 18 (i.V.m. § 34 S. 1 Nr. 1) LFGB somit gegen das aus Art. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Ausdruck kommende (partielle) Delegationsverbot.

dd) Zwischenergebnis

§ 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB erweist sich nicht nur nach einem eng an Art. 104 Abs. 1 GG orientierten (sehr) strengen Maßstab als unrechtmäßig, sondern ebenfalls auf der Grundlage der „für bare Münze“ genommenen Anforderungen des BVerfG und weiten Teilen des Schrifttums.³⁴

³¹ *Schützendübel* (Fn. 24), S. 274 ff.; *Heghmanns* (Fn. 28), S. 88 ff.; *Enderle* (Fn. 22) vertritt letztlich eine generelle Zulässigkeit dynamischer Verweisungen und hielt jedenfalls bei Erscheinen ihrer Monographie den kompletten Bestand der nationalen Blankettstrafgesetzgebung für verfassungsgemäß; *Hecker* (Fn. 22), S. 263 Rn. 101, erachtet der Sache nach auf Grundlage der h.M. die Kombination aus § 58 Abs. 1 Nr. 18 mit § 34 Nr. 1 LFGB, die mit der hier untersuchten Kombination § 58 Abs. 1 Nr. 18/§ 34 Nr. 1 LFGB strukturell vergleichbar ist, für „noch“ den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes genügend; es sei dem Verordnungsgeber zwar ein umfassender Spielraum eingeräumt, der sich jedoch auf gesetzlich vorgesehene Spezifizierungen beschränke. – Auch andere bemängeln an der Blankettstrafgesetzgebung im Endeffekt nur die europarechtliche Komponente des Problems – dort wird die Kompetenzverlagerung im System der Checks-and-Balances des Grundgesetzes durch den ursprünglich nicht vorgesehenen neuen Akteur, die EU, unter anderem durch das Fehlen einer Schranke wie der des Art. 80 GG, in diesem Bereich dramatisch zugespitzt. Die Verfassungswidrigkeit dieser Verweisung auf Rechtsakte der EU ist h.L., siehe *Hecker* (Fn. 22), S. 262 f. Rn. 98 ff. (Fn. 94 m.w.N.); vgl. auch *Bülte*, JuS 2015, 769 (772), der meint, insoweit müsse die „atemlose Nacheile des Gesetzgebers“ hingenommen werden.

³² Vgl. oben II. 3. c) aa).

³³ BVerfG NJW 1998, 669 (670).

³⁴ Ebenso wie nach dem hier favorisierten Verständnis des Art. 104 GG (vgl. oben II. 2. d) dürften sich selbst nach der ernst genommenen Auffassung von BVerfG und h.L. viele weitere Strafbankettnormen als nichtig erweisen, in denen

d) Zwischenergebnis zur formellen Rechtmäßigkeit der Verordnung

Es ist somit festzuhalten, dass die Bestimmung des Tatbestandes des § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB durch den Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung nicht in der erforderlichen Detailtiefe vorgenommen wurde. Bereits aus diesem Grund ist diese Strafbarkeitsbestimmung nach unserer Ansicht verfassungswidrig – wie sich im Übrigen viele weitere Blankettstrafgesetze als nichtig erweisen dürften, die nicht die hier formulierten Mindeststandards einhalten.³⁵ Darüber hinaus ist die Regelung aber auch für den Rechtsunterworfenen als Normadressaten wegen ihrer Komplexität aus dem LFGB heraus nur schwer zu entschlüsseln. Insoweit wurde der Gesetzgeber auch den Bestimmtheitsanforderungen des Grundgesetzes unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht gerecht, weshalb die Regelung auch aus diesem Grund verfassungswidrig erscheint.

Da man hier allerdings naturgemäß auch anderer Meinung sein kann – Komplexität, Klarheit und Wesentlichkeit sind Begriffe, die man auch großzügiger interpretieren kann als hier vorgeschlagen –, werden im Folgenden weitere Einwände gegen die Regelung untersucht.

III. Rechtmäßigkeit der Verordnungsermächtigung i.S.d. Art. 80 GG

Die Strafbarkeit der Gewinnung und des Inverkehrbringens von Hunde-, Katzen- und Affenfleisch ergibt sich, wie dargelegt, nicht direkt aus § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB, sondern erst im Zusammenspiel mit der tatbestandsausfüllenden³⁶ Norm des § 22 Abs. 1a und der Strafbestimmung des § 23 Abs. 1 Nr. 10 der Verordnung über Anforderungen an die Hygiene beim Herstellen, Behandeln und Inverkehrbringen von bestimmten Lebensmitteln tierischen Ursprungs (Tier-LMHV).³⁷ Diese Vorschriften der Tier-LMHV müssen rechtmäßig sein, damit § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB nicht ins Leere greift. Wären nämlich die den Blanketttatbestand des § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB ausfüllenden Verordnungsnormen rechtswidrig, wären sie nichtig, was zur Folge hätte, dass das Blankettgesetz insoweit keinen inhaltlichen Tatbestand in Bezug auf Hunde-, Katzen- und Affenfleisch mehr hätte. Kurz: Das entsprechende Verhalten wäre nicht mehr strafbar.

nicht die wesentlichen Voraussetzungen bereits im Blankett oder zumindest in dem vom Blankett in Bezug genommenen Parlamentsgesetz (wie hier § 34 Abs. 1 Nr. 1 LFGB) tatsächlich geregelt sind.

³⁵ Siehe dazu *Bode/Seiterle*, ZIS 2016, 91 (101 ff.).

³⁶ Vgl. dazu *Röhrig*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 4. Teil 3. Kap. Rn. 58.

³⁷ Flankiert wird das Verbot durch das Einfuhrverbot in § 13a LebensmitteleinfuhrVO. Die auf dieses Verbot bezogene Strafbarkeit ergibt sich aus § 59 Abs. 1 Nr. 21a LFGB i.V.m. § 19 Nr. 3 LebensmitteleinfuhrVO.

1. Formelle Rechtmäßigkeit – Zitiergebot

Zunächst ist zweifelhaft, ob der Ordnungsgeber bei dem Erlass von §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV das Zitiergebot jeweils in hinreichender Weise beachtet hat. Nach Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG müssen in jeder Verordnung die relevanten Ermächtigungsgrundlagen benannt werden. Im Unterschied zu dem oben diskutierten Bestimmtheitsgebot muss dabei nicht von der (Blankett-)Strafnorm auf die ausfüllende (Verordnungs-)Norm geschlossen werden können, sondern das Zitiergebot soll sicherstellen, dass sich – von der Verordnung ausgehend – die insoweit in Anspruch genommenen Ermächtigungsgrundlagen erkennen lassen.

Festzustellen ist insoweit zunächst, dass ebenso wenig wie in der Ausgangsverordnung aus dem Jahr 2007 in der hier relevanten Änderungsverordnung³⁸, mit der § 22 Abs. 1a und § 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV eingefügt wurden, die jeweils in Anspruch genommene Ermächtigungsgrundlage gesondert ausgewiesen ist. Zwar sind im Vorspruch der Änderungsverordnung alle in Anspruch genommenen Ermächtigungsgrundlagen aufgeführt und korrekt zitiert; allerdings wird eben nicht genauer benannt, auf welche (geänderte) Einzelnorm sie sich jeweils beziehen. Ein solches Vorgehen findet sich häufig und wird – auch für die eine hier in Rede stehende „Sammelverordnung“, bei der eine Rechtsverordnung auf mehreren Einzelermächtigungen beruht³⁹ – zumindest im Grundsatz für akzeptabel erachtet.⁴⁰

Die hier diskutierten Vorschriften wurden im Jahr 2010 im Wege einer Änderungsverordnung in die Tier-LMHV eingefügt.⁴¹ Mit der Änderungsverordnung wurden insgesamt vier Vorschriften der Tier-LMHV geändert und weitere acht neu eingefügt, betroffen von der Änderungsverordnung waren somit zwölf Einzelschriften. Im Vorspruch werden insgesamt 16 Ermächtigungsgrundlagen angegeben, die für die Änderungsverordnung in Anspruch genommen wurden. Neben der Tier-LMHV wurden dabei weitere sechs Verordnungen geändert. Bemerkenswert ist, dass bezüglich der im Vorspruch angegebenen 16 Ermächtigungsgrundlagen nicht nur nicht auf die betroffene Einzelnorm Bezug genommen wird, sondern ohne inhaltliche Durchdringung der Rechtsmaterie auch vollkommen unklar bleibt, welche Ermächtigungsgrundlagen für welche Verordnung(en) in Anspruch genommen wurden.

³⁸ Art. 2 Erste Verordnung zur Änderung von Vorschriften zur Durchführung des gemeinschaftlichen Lebensmittelhygienerechts vom 11. Mai 2010, BGBl. I 2010, S. 612.

³⁹ Siehe *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 80 Rn. 44 a.E.; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 24, 71; näher *Dietlein*, DÖV 1984, 788.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 20, 283 (292); BVerfGE 101, 1 (42).

⁴¹ Art. 2 Erste Verordnung zur Änderung von Vorschriften zur Durchführung des gemeinschaftlichen Lebensmittelhygienerechts vom 11. Mai 2010, BGBl. I 2010, S. 612.

a) Strenge Interpretation des Zitiergebots

Es ist äußerst fraglich, ob mit diesem Vorgehen des Ordnungsgebers dem Zweck des Zitiergebots noch Genüge getan wird. Dieser besteht insbesondere darin, dass die Adressaten einer Verordnung deren Rechtsgrundlage erkennen und ihre Einhaltung durch den Ordnungsgeber nachprüfen können.⁴² Insoweit stellt das Zitiergebot gewissermaßen die formale Ergänzung des Gebots der Normenbestimmtheit dar.

Das Zitiergebot als „rechtsstaatliches Formerfordernis“⁴³ wird aber unterlaufen, wenn die Transparenz- und Kontrollfunktion im konkreten Fall verfehlt wird, wenn sich also die jeweilige Rechtsgrundlage für jede einzelne Bestimmung der Verordnung nicht mehr „ohne Schwierigkeiten“⁴⁴ mit hinreichender Sicherheit ermitteln und in der Folge die Übereinstimmung mit dem ermächtigenden Gesetz nicht überprüfen lässt.⁴⁵ Die erforderliche „Wegweiserfunktion“ hätte der Ordnungsgeber ohne Probleme mit einer Zitierweise erfüllen können, aus der sich eindeutig ergibt, auf welcher Ermächtigungsgrundlage ggf. welcher Teil der Verordnung beruht. Es besteht kein vernünftiger Grund, diese Zuordnungsleistung auf die betroffenen Bürger zu verlagern. Bereits daher ist nach unserer Ansicht im hiesigen Fall das Zitiergebot verletzt.

b) Permissivere Interpretation des Zitiergebots (h.M.)

Wenn man dieser strikten Interpretation des Zitiergebots aber nicht folgt und mit der h.M.⁴⁶ einen weniger formalen Maßstab für ausreichend hält, lautet die entscheidende Frage, ob sich die betreffende Norm jeweils „ohne Schwierigkeiten mit hinreichender Sicherheit“⁴⁷ ermitteln lässt oder ob der Normadressat diesbezüglich einen Aufwand betreiben muss, der dem Zweck des Zitiergebotes in Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG zuwiderläuft.

Um das Ergebnis des „Zuordnungspuzzles“ vorwegzunehmen: Die einzige der im Vorspruch genannten jeweils für § 22 Abs. 1a Tier-LMHV und § 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV letztlich in Betracht kommende Ermächtigungsgrund-

⁴² BVerfGE 101, 1 (42); siehe auch *Füßler/Stöckel*, NVwZ 2010, 414 (415).

⁴³ BVerfGE 101, 1 (42).

⁴⁴ BVerfGE 20, 283 (292).

⁴⁵ *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, Art. 80 Rn. 44; vgl. zur Problematik des Zitiergebots im Strafrecht *Schubert*, VD 2010, 134 (134 f.), *Füßler/Stöckel*, NVwZ 2010, 414 (417 m.w.N.); *Ramsauer*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 2. Aufl. 1989, Art. 80 GG Rn. 73 (bei Ausschluss zweifelsfreier Erkennbarkeit).

⁴⁶ BVerfGE 20, 283 (292); BVerwG NJW 1983, 1922; *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 80 Rn. 48; *Nierhaus*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 170. Lfg., Stand: Dezember 2014, Art. 80 Abs. 1 Rn. 326.

⁴⁷ *Bauer* (Fn. 45), Art. 80 Rn. 38 ff.

lage ist hier § 34 Abs. Nr. 1 LFGB. Um auf diese Zuordnung zu kommen, ist aber folgende Analyse notwendig:

Die Angabe von 16 Ermächtigungsgrundlagen ohne Bezugnahme auf die jeweils geänderte Einzelnorm bedeutet bei einer Anzahl von acht geänderten Normen allein in der Tier-LMHV, dass es 128 „Legitimationsrelationen“ gibt. *Füßer/Stöckel* schlagen vor, dass (aller)spätestens ab 100 dieser Kombinationsmöglichkeiten davon ausgegangen werden muss, dass es an der hinreichenden Erkennbarkeit der konkret in Anspruch genommenen Ermächtigungsgrundlage fehlt.⁴⁸ Die hier möglichen Kombinationen übersteigen dieses Maß deutlich, so dass auch nach einer verordnungsgeberfreundlichen Auslegung angenommen werden könnte, dass §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV wegen Verletzung des Zitiergebots nach Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG rechtswidrig und damit nichtig sind.⁴⁹

c) Zwischenergebnis

Nach unserer strengen Interpretation erweisen sich §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV auch wegen Verletzung des Zitiergebots i.S.d. Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG als nichtig,⁵⁰ da der Verordnungsgeber den Betroffenen trotz einfachster Regelungsmöglichkeit mit der Zuordnung der Verordnungsteile zu möglichen Ermächtigungsgrundlagen allein lässt. Aber auch auf Grundlage der permissiveren h.M. wäre das Zitiergebot hier wohl verletzt.

⁴⁸ *Füßer/Stöckel*, NVwZ 2010, 414 (417).

⁴⁹ Aus der Rechtswidrigkeit folgt die Nichtigkeit: BVerfGE 101, 1 (43); *Ramsauer* (Fn. 45), Art. 80 GG Rn. 73; *Mann*, in: *Sachs* (Fn. 6), Art. 80 Rn. 31, jeweils m.w.N.; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, 56. Lfg., Stand: Oktober 2009, Art. 80 GG Rn. 20; krit. *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, 2007, S. 304 ff.

⁵⁰ Im Übrigen dürfte vor dem Hintergrund des Gesagten bereits die Ausgangsverordnung (Verordnung über Anforderungen an die Hygiene beim Herstellen, Behandeln und Inverkehrbringen von bestimmten Lebensmitteln tierischen Ursprungs vom 8. August 2007 [BGBl. I 2007, S. 1816, 1828]) in toto nichtig sein: Im Vorspruch dieser Ursprungsverordnung von 2007 sind nicht weniger als 40 Ermächtigungsgrundlagen angegeben, die sich auf 24 Paragraphen beziehen, in denen wiederum zahlreiche Einzelregelungen getroffen wurden. Es lässt sich in diesem Fall ohne größeren Zähl- und Rechenaufwand seriös kaum sagen, wie viele Kombinationsmöglichkeiten und damit „Legitimationsrelationen“ hier bestehen, die Zahl dürfte aber leicht im oberen vierstelligen Bereich liegen. Die jeweils für die Einzelvorschrift einschlägige Ermächtigungsgrundlage könnte allenfalls von mit der Materie bestens vertrauten Spezialisten nach angemessener Zeit auffindbar sein; für den „gemeinen Normadressaten“ ist es aber wohl unmöglich, diese Aufgabe ohne größere Schwierigkeiten und mit „hinreichender Sicherheit“ zu erfüllen.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Verordnungsgeber muss mit dem Erlass bzw. der Änderung der Verordnung den vom (parlamentarischen) Gesetzgeber vorgegebenen Zweck aber auch tatsächlich verfolgen. Andernfalls wären die Bestimmungen materiell unrechtmäßig und somit nichtig. Eine verfassungswidrige Ausfüllung wäre nicht ohne Präzedenzfall: Im Fall des § 2 BayPlakatVO war das Gericht der Ansicht, dass die betreffende Verordnung – sie betraf verfassungsfeindliche Plakatierungen und nicht die Sicherheit und Ordnung des Straßenverkehrs – keine Spezifizierung des § 366 Nr. 10 StGB a.F. sei und der Inhalt der Verordnung daher für den Betroffenen nicht vorhersehbar war.⁵¹ Sie war keine der im Gesetz genannten Verordnungen, weil sie dem dort genannten Zweck nicht diene. Im Fall des gegenständlichen Fleischverbots sind die Dinge etwas komplizierter, da § 58 Abs. 1 Nr. 18 mit § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB zusammengelesen werden muss, um dann den Maßstab des Art. 80 Abs. 1 GG anlegen und eine eventuelle Inkongruenz des vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgegebenen und des tatsächlich vom Verordnungsgeber verfolgten Zweckes feststellen zu können.

a) Ermittlung der in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage

Art. 80 GG bestimmt die Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive.⁵² Nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG muss jede Rechtsverordnung mit dem in ihrer Ermächtigungsgrundlage angegebenen Zweck übereinstimmen. Es ist hier somit zunächst erforderlich, die vom Verordnungsgeber in Anspruch genommenen Rechtsgrundlagen zu ermitteln und anschließend daraufhin zu untersuchen, ob die fragliche Verordnungsnorm mit dem angegebenen Verordnungszweck vereinbar ist.

Obwohl die einschlägige Rechtsgrundlage oben bereits genannt wurde – § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB – soll hier angesichts der skizzierten Komplexität der Verweisungswege und der Gemengelage der in Betracht kommenden Grundlagen der Ermittlungsprozess in Bezug auf §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV zur Veranschaulichung en détail nachgezeichnet werden.

Zwar sind, wie dargelegt, in der für die Einfügung von §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV maßgeblichen Änderungsverordnung 16 Ermächtigungsgrundlagen angegeben, bei Bildung von Sinneinheiten verbleiben immer noch sieben bis acht. Wegen § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB, wonach Strafbarkeit nur bei Verstoß gegen Rechtsverordnungen vorgesehen ist, die auf Grundlage der in dieser Norm angegebenen Rechtsgrundlagen erlassen wurden, genügt jedoch diesbezüglich die Untersuchung dieser potentiellen Rechtsgrundlagen.⁵³

⁵¹ BVerfGE 23, 265 (269 f.); vgl. auch BVerfGE 8, 274 (Preisangabenverordnung) und näher *Enderle* (Fn. 22), S. 211.

⁵² *Maunz* (Fn. 49), Art. 80 Rn. 2.

⁵³ Vgl. zur bereits formell für das Zitiergebot bedeutsamen Frage der Zuordnung zur sachlich richtigen Ermächtigungsgrundlage oben III. 1.

§ 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB gibt verschiedene Grundlagen aus dem LFGB an. § 10 Abs. 4 Nr. 1 lit. b), d) oder e) betrifft Stoffe mit pharmakologischer Wirkung, diesen gleichgestellte Stoffe und entsprechende Umwandlungsprodukte und scheidet somit evident als Grundlage für das Verbot der Gewinnung und des Inverkehrbringens von Hunde-, Katzen- und Affenfleisch aus. § 22 LFGB betrifft das Herstellen und Behandeln bestimmter Futtermittel und kommt also ebenso offenkundig nicht in Betracht. § 32 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 3, jeweils auch in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Nr. 2 LFGB betrifft die Verwendung bestimmter Stoffe, Stoffgruppen, Stoffgemische und Verfahren bei dem Herstellen oder Behandeln von bestimmten Bedarfsgegenständen und stellt hier daher keine taugliche Rechtsgrundlage dar, weil es bei dem fraglichen Verbot weder um Stoffe noch um bestimmte Verfahren noch um Bedarfsgegenstände geht.

Infrage kämen möglicherweise § 13 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 LFGB, wonach bei dem Herstellen oder Behandeln von Lebensmitteln die Verwendung bestimmter Stoffe, Gegenstände oder Verfahren verboten bzw. beschränkt ist bzw. das Vorschreiben bestimmter Verfahren oder das Stellen bestimmter Anforderungen an das Herstellen, das Behandeln oder das Inverkehrbringen erlaubt wird. Zwar geht es hier immerhin um Gesundheitsschutz; die Grundlage passt gleichwohl nicht, weil in diesen Fällen das Lebensmittel selbst an sich hergestellt sowie in Verkehr gebracht werden darf und nur die bestimmte Herstellungsart des Endprodukts inkriminiert wird.

Da das hier untersuchte Fleischverbot aber nicht auf eine bestimmte Modalität beschränkt, sondern ein Totalverbot ist, kann es nur um allgemeine Gesundheitsgefahren gehen, die durch das Verbot minimiert werden sollen. Genau diesen Schutz bezweckt § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB, wonach der Verordnungsgeber zum „Schutz der Gesundheit“ ermächtigt wird, „das Herstellen, das Behandeln, das Verwenden oder [...] das Inverkehrbringen von bestimmten Erzeugnissen zu verbieten sowie die hierfür erforderlichen Maßnahmen [...] zu treffen.“ Mit § 22 Abs. 1a Tier-LMHV wird einerseits das Herstellen und Inverkehrbringen von Hunde-, Katzen- und Affenfleisch verboten und andererseits wird in § 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV die „Maßnahme“ der Strafbewehrung ergriffen. Ganz unabhängig davon, ob der Gesundheitsschutz hier ein geeigneter Gesetzeszweck ist (siehe dazu sogleich), erweist sich somit § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB als sachnächste Ermächtigungsgrundlage für die hier untersuchten Vorschriften der Tier-LMHV. Dies passt auch in den Gesamtzusammenhang der Tier-LMHV, die Lebensmittelhygiene nicht als Selbstzweck, sondern aus Gründen des Gesundheitsschutzes fördern soll.⁵⁴

b) *Vereinbarkeit der Verordnung nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG mit dem in der Ermächtigungsgrundlage angegebenen Zweck: Gesundheitsschutz*

Die hier untersuchten Verordnungsnormen müssten nun wegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG aber auch tatsächlich dem Gesundheitsschutz dienen. Zunächst wird die

⁵⁴ § 1 LFGB, auf den § 34 LFGB verweist, nennt ausdrücklich den Gesundheitsschutz als Gesetzeszweck.

Hoffnung enttäuscht, die Materialien zu dem strafbewehrten Verbot in Bezug auf Hunde, Katzen und Affen könnten Aufschluss oder auch nur einen Hinweis darauf liefern, inwieweit das Verbot diesem einzig legitimen Zweck förderlich sein könnte. Einzig⁵⁵ bezüglich der Vorgängerregelung aus dem Jahr 1987 findet sich folgende dürre Aussage:

„Für ein Schlachtverbot von Hunden und Katzen liegen ausreichend gesundheitliche Gründe vor. Diese Tiere leben heute in einem besonders engen Kontakt mit dem Menschen. Deshalb kommen zunehmend Krankheiten bei Ihnen vor, die bereits zum Zeitpunkt des Schlachtens eine Gefahr für das Schlachtpersonal darstellen können. Für das übrige Fleisch in den Schlachtstätten würde darüber hinaus eine Kontaminationsquelle entstehen.“⁵⁶

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Zunächst wird die Behauptung, Hunde und Katzen (von Affen ist übrigens nicht nur hier niemals die Rede) bürden im Falle ihrer Nutzung als Lebensmittel besondere gesundheitliche Gefahren, weder belegt noch plausibilisiert. Auch traditionell als Nahrungsmittel dienende Tiere – Kühe, Schweine, Pferde, Geflügel – lebten in der meisten Zeit ihrer Zuchtgeschichte auf engstem Raum mit Menschen zusammen, das Wohnstallhaus hielt sich in Mitteleuropa bis ins 19. Jahrhundert.⁵⁷ Bereits durch das enge Zusammenleben als solches kommt es zu einer Übertragbarkeit von Krankheitserregern zwischen Mensch und Tier. Damit ist jedoch noch keine besondere Übertragbarkeit durch Schlachtung und Verzehr gegeben. Jedes tote und verzehrfertig zubereitete Haustier ist vielmehr

⁵⁵ Zwar gab es bereits nach der Machtübernahme der Nationalsozialisten 1933 ein gesetzliches Verbot auf Verordnungsebene, unter das ausdrücklich wegen Trichinengefahr neben Dachs, Fuchs und Bär auch Hunde- und Katzenfleisch fiel (RGBl. Teil 1 1933, Nr. 92, S. 579 f.). Diese Regelung bezog sich aber lediglich auf die Einfuhr aus dem Ausland und kann daher nicht als ungebrochener Traditionskern einer generell angenommenen Gesundheitsgefahr angesehen werden, die von Verarbeitung und Verzehr von Hunde- und Katzenfleisch (von Affenfleisch haben auch die Nationalsozialisten geschwiegen) ausgehen könnte. Vielmehr kommen Trichinen in allen Alles- und Fleischfressern vor und werden in Deutschland heute weder bei Wild- noch bei Haustieren in nennenswertem Umfang gefunden. Sie beschränken sich immer noch im Wesentlichen auf importiertes Fleisch, vgl. *Bundesinstitut für Risikobewertung*, Trichinellose, Erkennung, Behandlung und Verhütung, 2007, online abrufbar unter: http://www.bfr.bund.de/cm/350/trichinellose_erkennung_behandlung_und_verhuetung.pdf (21.10.2015).

⁵⁶ Die von 1987-2005 geltende Vorgängerregelung der gegenständlichen Verbotsnorm befand sich im FIHG. Im ursprünglichen Gesetzentwurf des FIHG waren Verbote in Bezug auf Hunde-, Katzen- und Affenfleisch noch nicht vorgesehen. Erst in einer Ausschusssitzung wurde die Ergänzung empfohlen (allerdings noch ohne Affen; wie diese schließlich in das Gesetz kamen, ist überhaupt nicht nachvollziehbar) und schließlich mit beschlossen.

⁵⁷ Roggan, *Das Amtsdorf Burg und die Kaupensiedlung*, 2007, S. 108, 121 f.

ein potentieller Infektionsherd weniger in der Umgebung des Halters.

Der Hinweis auf den engen Kontakt mit den Menschen reicht daher als solcher offenkundig nicht aus. Bezüglich der angeblichen Gefahren beim Schlachtvorgang müsste aber gezeigt werden, dass diese bereits durch den Schlachtvorgang selbst entstehen könnten und auch nicht durch entsprechende Schutzmaßnahmen abgewendet werden könnten.⁵⁸ Wie die entsprechende Argumentation beschaffen sein könnte, erscheint indes unklar. Im Hinblick auf Gesundheitsgefahren ist das Halten und Züchten von Tieren jedenfalls mindestens ebenso gefahrenträchtig wie Schlachten und Zerlegen, da auch dieser Umgang keineswegs harmlos ist, sondern Verletzungen der Züchter und Halter durch Bisse, Kratzer etc. regelmäßig vorkommen.

Lediglich bei Affen scheint es durch die genetisch enge Verwandtschaft zum Menschen eine diskutable Gefahr eines Überspringens von Krankheiten durch den Verzehr und Gewinnung von Fleisch als Nahrungsmittel zu geben.⁵⁹ Auch hier fehlt es zwar an eindeutigen wissenschaftlichen Forschungsergebnissen, doch wird man – da es insoweit um schwerwiegende Virusinfektionen wie HIV und Ebola⁶⁰ geht – wegen der unsicheren Forschungslage und den hohen Risiken⁶¹ zumindest von einer Einschätzungsprärogative⁶² des Verordnungsgebers hinsichtlich der Gesundheitsrisiken bei Verarbeitung und Verzehr von Affenfleisch ausgehen können.

Aber auch wenn man einmal unterstellte, dass der Prozess der Fleischgewinnung auch bei Hunden und Katzen wegen der Nähe zum Menschen spezifische, tendenziell unabwendbare Risiken bürge, könnte dann immer noch nicht erklärt werden, aus welchem Grund andere Haustiere wie etwa Meerschweinchen oder Frettchen von dem Verbot nicht erfasst werden. Somit läge jedenfalls ein Verstoß gegen Art. 3 GG vor, weil Freunde von Hunde- und Katzenfleisch anders als etwa Meerschweinchenconnaissseure oder Frettchengourmets in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt würden, ohne dass diese Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund

⁵⁸ Bereits in § 1 des Gesetzes betreffend die Schlachtvieh- und Fleischschau von 1900 (Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1900, Nr. 27, S. 547 ff.) wurde anstelle eines Totalverbots in Bezug auf Hundefleisch als weniger eingreifende Maßnahme das Erfordernis der Fleischschau bestimmt.

⁵⁹ *Bauernfeind/Kimmig/Schiefer/Schwarz/Slenczka/Zahner*, Zoonosen, 4. Aufl. 2013, S. 105 f., 151 f.

⁶⁰ *Macheroux/Denault*, Die Welt v. 18.8.2014, online abrufbar unter:

<http://www.welt.de/vermishtes/article131338324/Affenfleisch-bringt-Geld-macht-satt-und-toetet.html> (21.10.2015).

⁶¹ Dies galt zumindest akut im Jahr 2014 wegen der in Westafrika grassierenden Ebola-Pandemie, vgl. *Merlot*, Spiegel Online v. 26.3.2014, online abrufbar unter:

<http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/ebola-epidemie-guinea-verbietet-verzehr-vor-affen-und-ratten-a-960945.html> (21.10.2015).

⁶² Vgl. dazu oben II. 3. b) bb).

gerechtfertigt wäre.⁶³ Die Affektion für bestimmte Tiere wäre hingegen gerade ein Kennzeichen von Willkür des Verordnungsgebers.

Insoweit in der Kommentarliteratur angeführt wird, die hier untersuchten Verbotsnormen hätten den Hintergrund, dass bestimmte Schleichkatzen (Felide) SARS übertragen,⁶⁴ kann dieses Argument – selbst wenn es sachlich zuträfe – offenkundig kein Verbot in Bezug auf alle in § 22 Abs. 1a Tier-LMHV aufgezählten und gerade nicht als Träger gefährlicher Krankheitserreger bekannte Tierarten rechtfertigen, sondern dann ausschließlich speziell im Hinblick auf die SARS übertragenden Schleichkatzen, die aber in unseren Breiten mangels Vorkommen selten als Lebensmittel in Betracht kommen. Auch Dammbrechargumente⁶⁵, wonach das Zulassen von Ausnahmen zur Erosion des sinnvollen Verbotsteils führen würde, würden hier nicht überzeugen, da eine entsprechende Gefahr nicht auf der Hand liegt und auch kaum substantiiert belegt werden könnte.

Bezüglich der von der Norm erfassten Hunde ließe sich schließlich argumentieren, dass diese als Allesfresser mit ihrer hohen Platzierung in der klassischen Nahrungspyramide leichter für Parasiten (z.B. Fadenwürmer) und Krankheiten anfällig seien als nicht carnivore Nutztiere.⁶⁶ Es kann aber

⁶³ Auch dem Verordnungsgeber sind nach Art. 3 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 S. 2. GG durch das Willkürverbot Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit auferlegt, vgl. BVerfGE 110, 141; BVerwGE 74, 67 (72). – Möglicherweise sind klassische Schlachttiere wie Hühner im Vergleich zu Hunden und Katzen sogar gefährlicher für die menschliche Gesundheit (Hühnerfleisch ist stärker mit gefährlichen Salmonellen durchseucht, vgl. *Selbitz/Truyen/Valentin-Weigand*, Tiermedizinische Mikrobiologie, Infektions- und Seuchenlehre, 9. Aufl. 2010, Kap. 9.2.7.13 ff.); die – seltene – Übertragung von BSE auf Menschen als tödliche nvCJD (new variant Creutzfeldt Jakob Disease) erfolgte durch den Umgang mit geschlachteten Rindern oder den Verzehr von Rindfleischprodukten, vgl. *Bauernfeind/Kimmig/Schiefer/Schwarz/Slenczka/Zahner* (Fn. 59), S. 177. Dass Rindfleisch- und Hühnerprodukte frei verfügbar, Hunde-, Katzen- und Affenfleisch aber verboten sind, wäre – jedenfalls für Hunde- und Katzenfleisch – somit nicht mit rationalen Argumenten des Gesundheitsschutzes begründbar.

⁶⁴ *Rohnfelder*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 184. Lfg., Stand: April 2011, § 22 Tier-LMHV Rn. 3; nach dieser ungesicherten Erklärung ist das Virus von Zibetkatzen übergesprungen, vgl. *Griot*, BVET-Magazin 03/2004, 4 (4 f.).

⁶⁵ Allgemein dazu *Hefendehl*, JZ 2009, 165 (167).

⁶⁶ So waren angeblich von etwa 7.000 Hunden, die um 1910 im Schlachthof zu Chemnitz – außer in der Schweiz wurde im deutschsprachigen Raum auch in Sachsen relativ häufig Hundefleisch gegessen, vgl. *Oeser*, Hund und Mensch, Die Geschichte einer Beziehung, 2004, S. 143 ff. – geschlachtet wurden, 140 mit Fadenwürmern infiziert (Siebeck, taz.blogs v. 8.3.2011, online abrufbar unter:

<http://blogs.taz.de/tischgespraech/2011/03/08/hundefleisch/> [31.10.2015]); neuere Daten sind nicht bekannt.

bereits keine im Vergleich zu klassischem Schlachtvieh wie etwa Schweinen oder ebenfalls häufig parasitenbelasteten Fischen höhere Durchseuchung der einheimische Hundepopulation mit diesen Erregern nachgewiesen werden.⁶⁷

Selbst wenn aber schließlich von Affen tatsächlich eine erhöhte Gesundheitsgefahr ausginge, trüge diese Tatsache ebenso wenig das Verbot hinsichtlich aller in § 22 Abs. 1a Tier-LMHV erfassten Tierarten. Jedenfalls von Katzen ist keine im Vergleich zu anderen Fleischsorten erhöhte Durchseuchung mit für Menschen gefährlichen Krankheitserregern bekannt.

c) Zwischenfazit

Das in §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV normierte Verbot, das Fleisch bestimmter Tierarten zu gewinnen oder in Verkehr zu bringen, dient nicht dem einzigen vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgegebenen Zweck, dem Gesundheitsschutz. Es gibt keine Anhaltspunkte für besondere mit den dort aufgeführten Fleischsorten Katze (inkl. Feliden) und Hund (inkl. Caniden) einhergehende Gesundheitsgefahren. Allenfalls für Affenfleisch ließe sich womöglich eine hinreichende Gefahr begründen.

Es liegt demgegenüber vielmehr nahe, dass das Verbot – gerade vor dem Hintergrund, dass andere Haustierarten nicht in dieser Weise geschützt werden – ausschließlich dem Moral- bzw. Tabuschutz zu dienen bestimmt ist.⁶⁸ Einen Hinweis auf die vermutlich wahre Intention des Gesetzgebers gibt die Begründung, die das Land Hessen für eine (gescheiterte⁶⁹) Bundesratsinitiative im Jahr 1985 gab:

„Es ist ethisch nicht länger vertretbar, Hunde und Katzen, die durch eine enge häusliche Gemeinschaft mit dem Menschen eine besondere Stellung einnehmen, als Schlachttiere anzusehen, die zum menschlichen Verzehr oder zur Gewinnung von Tierfutter getötet werden können. Auch das Töten dieser Tiere zum Zwecke der Fell- oder Fettgewinnung für vorgeblich medizinische Anwendungen ist verwerflich.“⁷⁰

Es mag nun zu diskutieren sein, inwieweit ein strafrechtliches Verbot moralisch, zum Zwecke des Tabuschutzes, des Tierschutzes nach Art. 20a GG oder aus anderen Gründen jenseits von Sozialschädlichkeit begründbar sein könnte.⁷¹ Dies ändert aber nichts daran, dass der vom Gesetzgeber

vorgegebene Zweck hier von dem Ordnungsgeber jedenfalls (objektiv) verfehlt wurde. Weil die Verordnung also nicht mit dem in der Ermächtigungsgrundlage angegebenen Zweck des Gesundheitsschutzes in Einklang steht, erfüllt sie nicht die in Art. 80 Abs. 1 GG vorausgesetzten Anforderungen. Als Rechtsfolge ergibt sich die Nichtigkeit der Verordnung.⁷²

IV. Ergebnis

Das Verbot des Gewinns und des Inverkehrbringens von zum Verzehr bestimmtem Hunde-, Katzen- und Affenfleisch nach § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB, §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV ist aus verschiedenen Gründen verfassungswidrig.

Zum einen verstößt die Blankettstrafnorm § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB gegen den Grundsatz des bestimmten formalen Gesetzes aus Art. 103 Abs. 2, 104 GG, weil sie einerseits dem rechtsunterworfenen Bürger im Gesetz selbst keine verständliche Regelung des inhaltlichen Tatbestands nennt, sondern ihn auf eine unklare, da überkomplexe Verschachtelung aus Gesetz und Verordnung verweist und weil andererseits der formale Gesetzgeber seine für die Strafgesetzgebung besonders gesteigerte Pflicht verletzt hat, alles „Wesentliche“ selbst zu regeln.

Zum anderen erweisen sich auch die § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB ausfüllenden Verordnungsvorschriften §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV als nichtig, weil der Ordnungsgeber insoweit das verfassungsrechtliche Zitiergebot verletzt hat.

Schließlich ist die Verordnung wegen der evidenten Zweckverfehlung hinsichtlich der Hunde- und Katzenfleischgewinnung materiell rechtswidrig (allenfalls für das Verbot in Bezug auf Affen ließe sich hier unter Umständen auch ein anderes Ergebnis formulieren). Aus diesem Verstoß gegen die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG ergibt sich ebenfalls die Nichtigkeit der Normen.

Mit dieser Verfassungswidrigkeit „an allen Fronten“ hat sich der Befund vom „desolaten Zustand des Nebenstrafrechts“⁷³ ein weiteres Mal bestätigt. Es ist bemerkenswert, wie der Gesetzgeber zentrale und bedeutsame verfassungsrechtliche Garantien, auf deren Einhaltung im Kernstrafrecht noch einigermaßen geachtet wird, in entlegeneren Rechtsgebieten bestenfalls stiefmütterlich behandelt. Der Gesetzgeber muss mit Nachdruck daran erinnert werden, dass er nur wegen der vermeintlich geringeren Relevanz manches strafbewehrten Verbots im Nebenstrafrecht nicht das Recht hat, auf elementare Voraussetzungen des *ius puniendi* zu verzichten – im Gegenteil muss gerade auf diesen „unsichtbaren“ Feldern penibel auf deren Einhaltung geachtet werden.

⁶⁷ *Stemberger*, Wurmerkrankungen des Menschen, 2. Aufl. 1993, S. 71.

⁶⁸ Vgl. dafür auch *Meyer*, SZ.de v. 21.2.2013, online abrufbar unter:

<http://www.sueddeutsche.de/leben/psychologie-des-fleischkonsums-warum-wir-rinder-aber-keine-hunde-essen-1.1605821> (21.10.2015); *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 112; *Seibel*, Begriff des Tabus, 1990, S. 41.

⁶⁹ Die schließlich erfolgreiche neue Gesetzgebungsinitiative zur Strafbarkeit des beschriebenen Umgangs mit Hunden, Katzen und Affen im Jahr 1986 wurde in einer größeren Reform des Fleischhygienegesetzes „versteckt“.

⁷⁰ BR-Drs. 183/85, S. 1; damals ging es freilich nur um ein Verbot mit Bußgeldbewehrung.

⁷¹ Zu dieser Fragestellung werden sich die *Autoren* in einem weiteren Beitrag äußern.

⁷² Vgl. *Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, 1999, S. 158 f. und 165 f.

⁷³ Vgl. *Hellmann*, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010, 2010, S. 169.

Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses – Teil 1*

Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft

Von Wiss. Mitarbeiter **Oliver Harry Gerson**, Passau**

„Die Gedanken sind frei, wer kann sie erraten, sie fliehen vorbei wie nächtliche Schatten. Kein Mensch kann sie wissen, kein Jäger erschließen, es bleibt dabei, die Gedanken sind frei.“

(dt. Volkslied; genaue Entstehungsgeschichte umstritten)

I. Einleitung

Das deutsche Strafrecht kennt Täterschaft und Teilnahme. § 26 StGB normiert eine Teilnehmerstrafbarkeit. Wer sich auf eine Weise in den „Tatentschlussbildungsprozess“ des Täters einmisch, die diesen zur Begehung einer (bestimmten?) Tat bewegt, wird „gleich einem Täter“ bestraft. Weitgehend unproblematisch erscheint dabei, dass es einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat bedarf.² Das ergeben Wortlaut und Telos: Wer gleich einem Täter bestraft werden soll, muss vergleichbares Unrecht erwirkt haben, der Fahrlässigkeitsvorwurf, auf Täter- wie Anstifterseite, genüge hierfür in der Regel nicht.³ Der Anstifter leiste vielmehr die gewollte

* Der zweite Teil folgt in ZIS 4/2016.

** Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser, Universität Passau.

¹ Differenzierend *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 26 Rn. 13; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 6 f.; *Haas*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 26 Rn. 13; vertiefend und kritisch zum gängigen Verständnis *Timpe*, GA 2013, 145; vgl. schon *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 117.

² *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 26 Rn. 19 ff.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 1285; *Welzel* (Fn. 1), S. 99; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (247); *Roxin* ([Fn. 1], § 26 Rn. 6, begründet dies damit, dass der Vorsatz zum subjektiven Tatbestand gehöre, und gerade keine Schuldform darstelle, wie die überkommene Lehre weiterhin annehme; dezidiert zeigt *Bloy* (ZStW 117 [2005], 3 [11 ff.]) den Streitstand auf, der sich auf jahrhundertalte Wurzeln zurückführen lässt; wenngleich dies zu kriminalpolitisch bedenklichen Strafbarkeitslücken führen kann, vgl. *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 1002 ff. „Lücken“ im Strafrecht sind aufgrund seines ultima ratio-Charakters jedoch kein Manko, sondern dieser Rechtsmaterie immanent, so zutreffend *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (16).

³ Fahrlässige Anstiftung ist nicht strafbar, vgl. RGSt 73, 5; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2001 *bewusst alte Aufl.*?, Vor § 26 Rn. 34; in

„Initialzündung“⁴ der Tat. Weitaus diffiziler vollzieht sich die Näherung an das Tatbestandsmerkmal „Bestimmen“. Bestimmen soll nach einer Ansicht „Verursachen“ bedeuten.⁵ Dies wiederum klingt nach Kausalität, kann jedoch deshalb nicht als solche gemeint sein, da auf diese Weise eine unbestimmbare Weite in den Tatbestand Einzug halten würde.⁶ Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Lehre konkretisieren daher, dass es einer geistig-kollusiven Einflussnahme auf den Willen des Täters bedürfe, die den Tatentschluss hervorruft.⁷ Das kann als „kommunikative Deutung“⁸ der Anstiftungshandlung verstanden werden. Wer ist allerdings in der Lage, in fremde Köpfe zu sehen?⁹ Kurzes

Frage kommt jedoch die Ahndung als Täter einer Fahrlässigkeitstat, vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 26 Rn. 1.

⁴ *J. Schulz*, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980, S. 145; kritisch zur Tauglichkeit dieser Metapher *Puppe*, NStZ 2006, 424 (425); vgl. jedoch die Begründung in BT-Drs. 5/4095, S. 12; die Anstiftung sei „Urform“ der Tatveranlassung, vgl. *Redmann*, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, 2014, S. 23.

⁵ Vgl. nur *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 26 Rn. 2 m.w.N.; *Hoyer* (Fn. 3), § 26 Rn. 4 f.

⁶ So allerdings noch BGHSt 41, 242 (245); 45, 373 f.; *Weber*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 30 Rn. 63; dagegen *Heinrich* (Fn. 2), § 37 Rn. 1288; zur Historie der Kausalitätslehren zur Bestimmung von Täterschaft und Teilnahme *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (11 ff.).

⁷ *Haas* (Fn. 1), § 26 Rn. 9 m.w.N.; *Hoyer* (Fn. 3), § 26 Rn. 10 m.w.N.; weniger eindeutig hingegen BGH NStZ 2000, 321; BGH NStZ 2000, 421: „Unter Bestimmen ist die Einflussnahme auf den Willen eines anderen zu verstehen, die diesen zu dem im Gesetz beschriebenen Verhalten bringt. In welcher Form und durch welche Mittel die Einflussnahme erfolgt, ist gleich“; *Amelung*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 147 (152).

⁸ „Kommunikation“ verkommt zum Modewort. Problematisch daran ist, dass es oftmals fälschlich zu eng verstanden wird. Jede zwischenmenschliche Interaktion stellt einen Kommunikationsakt dar, es bedarf nicht explizit des Gebrauchs von Sprache oder Worten. Nach *Watzlawick* (das sog. 1. Axiom, vgl. *Watzlawick/Beavin/Jackson*, Menschliche Kommunikation, 1990, S. 50 ff.) ist es daher unmöglich, „nicht nicht zu kommunizieren“. Mithin meint „kommunikative Deutung“ lediglich, dass es sich um eine Näherung handelt, die den zwischenmenschlichen Interaktionsprozess soziologisch-psychologisch versteht, nicht jedoch allein auf ein „Gespräch“ begrenzt.

⁹ Abgesehen von den Neuro-Wissenschaften, deren Erkenntnisse durchaus hinzugezogen werden sollten, wenn es um die

Sinnieren offenbart somit, dass Strafbegründung und Wesensschau der Anstiftung komplizierter zu durchdringen sind, als zunächst vermutet.¹⁰

Was sollte und kann unter „Einfluss“ auf den Willen gemeint sein? Wie beeinflusst man fremde Gedanken, wenn man nicht Hypnotiseur, Mentalkünstler oder Sophist ist? Und weshalb sollte dieser Einfluss strafbar sein? Um den Topos des „offenen geistigen Kontakts“ – der nach Ansicht des *Verf.* weiterhin vorzugswürdig erscheint – nicht zur Leerformel¹¹ verkommen zu lassen, sind bestehende Ansätze zur Deutung des Strafgrundes, des Wesens und der Tathandlung der Anstiftung kritisch zu hinterfragen und auf ihre dogmatische sowie psychologische Stichhaltigkeit hin zu überprüfen.¹² Es soll in der dazu angestellten interdisziplinären Näherung jedoch nicht darum gehen, die tradierte Dogmatik der Täterschaft- und Teilnahmeregelungen der §§ 25 ff. StGB auszuhebeln¹³, sondern sie mithilfe eines Reframings¹⁴ zu bestätigen. Fraglich ist daher, ob die kommunikative Deutung der Anstiftung stringent und nachvollziehbar das Wesen der Anstiftung als solches – sowie ihren Strafgrund im Besonderen – zu erklären vermag. Es wird sich zeigen, dass sie dies

Klärung seit langer Zeit ungelöster Fragen strafrechtlicher Grundsatzprobleme geht. Selten offenbaren sie die „einzige Lösung“, oftmals allerdings taugliche Anreize; vgl. instruktiv *Hillenkamp*, ZStW 127 (2015), 10.

¹⁰ *Schünemann* (Fn. 2), § 26 Rn. 1: „bis heute noch nicht vollumfassend befriedigend gelöst“; ebenso *Haas* (Fn. 1), Vor § 25 ff. Rn. 20; *Heghmanns*, GA 2000, 473; *Redmann* (Fn. 4), S. 23.

¹¹ Wie es vielen Begrifflichkeiten in diesem „Dunstkreis“ unterstellt werden kann, vgl. *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (516).

¹² In seiner Monographie analysiert *Redmann* ([Fn. 4], S. 92 ff.) anhand linguistischer Ausführungen zur Sprechakttheorie und zudem durch Hinzuziehung der Soziologie der Sanktionierung (im Sinne *Luhmanns*) eine leicht anders gelagerte Dimension der psycho-sozialen Deutung der Anstiftung. Zwar konkludiert auch er, dass es der „Korrumpierung“ bedarf. *Redmann* versteht sie allerdings als Ergebnis eines sozialen Zwanges, dem sich der Täter beugt. Die vorliegende Näherung greift hingegen den Gedanken der sozialen Desintegration und der kommunikativen Überlistung auf.

¹³ So die unbegründete Angst vieler Juristen vor interdisziplinären Ansätzen, vgl. z.B. *Schild*, ZStW 94 (1982), 37 (39); zu Recht kritisch daher *Hassemer*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 115 (124); einen kurzen Abriss des Verhältnisses von Justiz und Soziologie gibt *Lautmann*, *Justiz – die stille Gewalt*, 2011, S. 11 ff.

¹⁴ Reframing ist ein Begriff aus der Psychotherapie: Bestehende Konzepte werden in einen neuen Rahmen gesetzt, d.h. der Perspektivwechsel radikal forciert. Guter Humor nützt oftmals Techniken des Reframings, da sich geistreiche Pointen daraus ergeben, das Banalitäten des Seins in neues Licht gerückt und dadurch ungewohnt lächerlich, unterhaltsam, spitzfindig oder schlicht amüsant interpretiert werden können.

vorzüglich leisten kann, da der Anstiftung ein „Manipulations- und Korrumpierungsmoment“¹⁵ innewohnt, das sich durch einen doppelt-pathologischen Diskurs auszeichnet: Strafgrund der Anstiftung ist die soziale Desintegration des Haupttäters durch die Verstrickung in eine gestörte Kommunikation mit der Gesellschaft mithilfe einer ebenso pathologischen Tathandlung: Der Schaffung einer kognitiv-kongruenten Wirklichkeitskonstruktion zweiter Ordnung.

II. Strafgrund und Wesen der Anstiftung

Die Frage nach dem Strafgrund der Teilnahme bzw. der Anstiftung vermag zunächst zwar zu verwundern, schließlich scheint dieser in den §§ 26, 27 StGB normiert zu sein. Es darf jedoch die Existenz eines kriminologischen Phänomens nicht mit der Legitimation seiner Pönalisierung vermengt werden. Begründungsbedürftig¹⁶ ist die strafrechtliche Ahndung des Teilnehmers nämlich aufgrund des vorherrschenden dogmatischen Verständnisses der §§ 26, 27 StGB: Auf der Basis des sog. restriktiven Täterbegriffs¹⁷, der als Täter lediglich denjenigen ansieht, der den Tatbestand verwirklicht¹⁸ (Formulierung der BT-Delikte: „Wer“), ist davon auszugehen, dass die Teilnahmestrafbarkeiten die Tatbestände des Besonderen Teils des StGB ausdehnen.¹⁹ Wegen dieser *Strafbegründungsfunktion* der Teilnahmebestände bedarf es einer stichhaltigen Teleologie, auf der die normative Existenz der Beteiligungsformen basiert.²⁰ Der Strafgrund der Teilnahme und derjenige der Anstiftung im Besonderen – so viel sei vorweggenommen – sind dabei nicht völlig kongruent.²¹ Beide Um-

¹⁵ So auch übereinstimmend *Amelung* (Fn. 7), S. 147 ff.; in diesem Sinne auch die Abhandlung von *Redmann* (Fn. 4).

¹⁶ Nach *Haas* ([Fn. 1], vor § 25 ff. Rn. 20) bis heute nicht abschließend geklärt.

¹⁷ Wohl überwiegende Auffassung, vgl. die Nachweise bei *Schild* (Fn. 1), § 25 Rn. 20 in Fn. 1.

¹⁸ *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 25 Rn. 1.

¹⁹ *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 25 Rn. 3, vor § 26 Rn. 1; missverständlich daher *Puppe* (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 2), die von der Anstiftung als „erfolgskongruentem Delikt“ spricht.

²⁰ *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, vor § 26, 27 Rn. 3; *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 64 vor Rn. 1 ff. S. 684; genau andersherum wäre es daher bei Annahme eines extensiven Täterbegriffs, da in diesem Fall die §§ 26, 27 StGB zu Gunsten des Täters strafeinschränkend wirken würden und somit keiner vertieften Legitimation bedürften (abgesehen von kriminalpolitischen Erwägungen zur Strafmilderung), vgl. *Heinrich* (Fn. 2), § 36 Rn. 1270; *Haas* (Fn. 1), vor § 25 ff. Rn. 2; ablehnend zum extensiven Täterbegriff *Roxin* (Fn. 1), § 25 Rn. 4; dieser sei stets gedankliche Grundlage der Einheitstäterlehren, vgl. *Murmann*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, Vor § 25 ff. Rn. 3; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (230); der extensive Täterbegriff war z.B. noch in BGHSt 3, 5 zu finden.

²¹ *Krey/Esser* (Fn. 2), Rn. 986 ff.; *Joecks* (Fn. 20), § 26 Rn. 2; *Heghmanns*, GA 2000, 473.

stände, d.h. Strafbegründungslegitimation der Teilnahme und Rechtfertigung der Sonderstellung der Anstiftung, gilt es daher näher zu beleuchten.

Zu trennen sind dabei – im Folgenden wie grundsätzlich – Strafgrund und Wesen der Teilnahme einerseits, sowie Tathandlung und Tatbestand der Anstiftung andererseits.²² Zu unterscheiden sind diese Einzelaspekte mithilfe der richtigen Fragen: „Warum?“, „Wie?“ und „Unter welchen Umständen?“ Zur Strafbegründung („Warum?“) werden Schuld- und Unrechtsteilnahmetheorien sowie Verursachungstheorien in verschiedenen Abstufungen vertreten. Da die Anstiftung nahezu allgemein anerkannt eine Sonderstellung im Gefüge der Teilnahmeformen einnimmt, findet die Abgrenzung in der Dogmatik von Strafgrund, Wesen und Tathandlung jedoch nicht immer trennscharf statt. Verworren wird die Diskussion (trotz an sich klarer W-Fragen) vor allem deshalb, weil manche Autoren eine gemeinsame Strafbegründung für §§ 26, 27 StGB verlangen, wohingegen andere je nach Teilnahmeform unterscheiden wollen. Eng damit verbunden – und damit ein Konglomerat aus Wesen („Unter welchen Umständen?“) und Tathandlung („Wie?“) der Anstiftung – ist auch die erforderliche Konkretisierung des Merkmals „Bestimmen“, bei der weitere Deutungsansätze, wie der „Unrechtspakt“, das „Schaffen einer Tatgelegenheit“, oder eben der „offene geistige Kontakt“, eingeführt werden. Das Erfordernis des „geistig-kollusiven Zusammenwirkens“ wird zudem zum Teil unter „Strafgrund“ der Teilnahme behandelt²³, andererseits als Annäherung an die Tathandlung „Bestimmen“ verstanden.²⁴ Die dubiose „Wesensschau“ schimmert dabei bei allen Deutungsansätzen durch und sollte daher als Instrument der Näherung nicht verkannt werden. Dem „komplexen Komplex“ ist somit, beginnend beim Strafgrund der Teilnahme im Allgemeinen, im Folgenden nachzuspüren.

1. Strafbarkeit der Teilnahme – Das „Warum?“ der Strafbarkeit

Zunächst ist das Augenmerk auf die Frage zu richten, wie sich die Bestrafung des Teilnehmers dogmatisch erklären lässt. Zentraler Streitpunkt innerhalb der Strafbegründungsansätze ist, ob der Strafgrund der Teilnahme aus dem Täterunrecht abgeleitet werden muss, oder ob er stattdessen selbstständig ist.²⁵ Grundsätzlich stehen sich dazu bei der Strafbegründung der Teilnahmeformen der §§ 26, 27 StGB zwei Fronten gegenüber²⁶:

Einerseits soll sich der Strafgrund der Teilnahme aus der Beteiligung an der Schuld bzw. dem Unrecht²⁷ der durch den Täter verwirklichten Tat ergeben. Diese sog. Schuld- oder Unrechtsteilnahmetheorien verstehen den Verwerflichkeitsaspekt (und damit den Strafgrund) der Teilnahme insbesondere in der Korrumpierung des Täters.²⁸ Dieser werde durch Überredung in die schuldhaftige Handlung verwickelt. Der Strafgrund der Teilnahme liege demzufolge darin, dass der Teilnehmer den Täter „in Schuld und Strafe verstrickt“.²⁹ „Worin immer man die besondere Schuld des Anstifters finden will, sie kann ja nur darin bestehen, daß der Weg zur Tat durch die Seele eines anderen genommen wird.“³⁰ Noch eindringlicher formulierte Mayer: „Mag der Angriff des Anstifters auf das Rechtsgut nicht so intensiv sein, dass man sagen könnte, er hat den Mord gemacht, so hat er doch jedenfalls den Mörder gemacht“.³¹ Hintergrund dieser Näherung ist das Verständnis der Anstiftung als Akt der „Verführung“, der „Manipulation“ bzw. der „Seelenschändung“ und „Charakterverderbnis“.³²

Völlig anders gehen hingegen die Verursachungstheorien vor.³³ Die Verursachungstheorien (von denen unterschiedliche Varianten existieren) stellen in unterschiedlicher Gewichtung darauf ab, dass die Anstiftungshandlung einen Anknüpfungspunkt der Verursachung des Taterfolgs erschaffe, der entweder einen eigenen bzw. selbstständigen Unwert des Teilnehmers erfülle³⁴, oder mit dem Unrecht des Täters

²⁷ Unrecht und Schuld werden oftmals synonym verwendet, obwohl der Begriff Unrecht selbst nicht im StGB fixiert ist. Gleichwohl ist oftmals zu lesen, dass „Täterlehre Unrechtslehre sei“, vgl. Welzel (Fn. 1), S. 98, 112.

²⁸ Vgl. Mayer, in: Hohenleitner/Lindner/Nowakowski (Hrsg.), Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag, 1957, S. 243; Schaffstein, ZStW 57 (1938), 295 (323); zu Unrecht ebenso „in diesen Topf geworfen“ wird Less, ZStW 69 (1957), 43 (45 ff.): Dessen Lehre vom doppelten Unrechtsgehalt stellt jedoch auf psychologische Erwägungen, und nicht, wie etwa die Lehre Mayers oder Schaffsteins, auf ideologisch überladene Erwägungen völkischen Denkens ab; das verkennt z.B. Redmann (Fn. 4), S. 24 f.; zu den Schuldteilnahmetheorien auch Schild (Fn. 1), Vor § 26 Rn. 15 m.w.N.; zur Geschichte vgl. Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 3 ff.

²⁹ Less, ZStW 69 (1957), 43 (44 f.); Heinrich (Fn. 2), § 36 Rn. 1273.

³⁰ Less, ZStW 69 (1957), 43 (45); zu dieser „Seelenmordtheorie“ Trechsel (Fn. 28), S. 7 f.; zur „Charakterverderbnis“ S. 8 ff.

³¹ Mayer, zitiert nach Trechsel (Fn. 28), S. 20; a.A. Lüderssen (Fn. 26), S. 47 ff.

³² Amelung (Fn. 7), S. 149.

³³ Redmann (Fn. 4), S. 30 ff.

³⁴ Mit unterschiedlicher Gewichtung bei Lüderssen und Schmidhäuser, vgl. die Nachweise bei Schünemann (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 11 f.; ablehnend zu beiden Roxin (Fn. 1), § 26 Rn. 13 ff.

²² Korrekt dargelegt von Heghmanns, GA 2000, 473 (475).

²³ So zu finden bei Schünemann (Fn. 2), § 26 Rn. 2, der zwischen Strafgrund der Teilnahme und Strafgrund der Anstiftung zu trennen scheint, obwohl er zuvor den Strafgrund der Teilnahme durch akzessorischen Rechtsgutsangriff für beide Teilnahmeformen erklären möchte.

²⁴ BGH NSTZ 2009, 393; Krey/Esser (Fn. 2), Rn. 1037 m.w.N.

²⁵ Roxin (Fn. 1), § 26 Rn. 11.

²⁶ So schon Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 25.

mittelbar oder akzessorisch verwoben sei.³⁵ Einige heben dabei die Eigenständigkeit der Teilnahmetat hervor und stellen darauf ab, dass der Teilnehmer einen eigenen Unwertbeitrag (im Sinne des Handlungsunwerts) zur Rechtsgutverletzung leiste³⁶, bzw. an der Rechtsgutverletzung des Täters zumindest mittelbar teilhabe (im Sinne des Erfolgsunwerts).³⁷ Hintergrund dieser Deutungen ist in der Regel das Vorverständnis der Anstiftung als „Initialzündung“ der vorsätzlich-rechtswidrigen Haupttat. Innerhalb dieser Deutungen wird das Teilnahmeunrecht zum Teil als solches vom Unrecht der Haupttat getrennt, die Akzessorietät mithin gelockert oder sogar aufgegeben und der Strafgrund der Anstiftung isoliert aus der Verursachung der Tathandlung des Täters durch den Anstifter abgeleitet.³⁸ Eine solche Verselbstständigung des Teilnehmerdeliktes ist allerdings mit dem Gesetz nicht vereinbar, da § 28 Abs. 1 StGB die grundsätzliche Akzessorietät³⁹ der Teilnahme fixiert.⁴⁰ In modifizierter Form geht die „akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie“⁴¹ daher davon aus, dass der Strafgrund der Teilnahme (und damit auch der Anstiftung) in der zumindest mittelbaren Herbeiführung der tatbestandlichen Rechtsgüterverletzung liege.⁴² Dafür muss das verletzte Rechtsgut dem Teilnehmer gegenüber ebenfalls schützenswert sein.⁴³ Strafgrund sei die Herbeiführung der tatbestandlichen Handlung des Haupttäters, wobei der Unrechtsgehalt der Haupttat das Teilnahmeunrecht determiniere (daher „akzessorisch“). Die §§ 26, 27 StGB wirkten als „Tatbestandsausdehnungsgründe“, da sie den restriktiven Täterbegriff auf die Teilnahme ausweiteten.⁴⁴ Diese inzwischen überwiegende zweite Ansicht lehnt die

Konstruktion der Schuldteilnahme des Anstifters vollumfänglich ab.

Leicht differenzierend geht *Roxin* mit der durch ihn etablierten Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff davon aus, dass der Anstifter zugleich einen eigenen Angriff auf das Rechtsgut ausübe.⁴⁵ Die Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff versucht somit die reine und die akzessorische Verursachungstheorie zu verknüpfen,⁴⁶ und stellt bei der Strafbegründung der Teilnahme sowohl auf das Unrecht der Haupttat, als auch auf den akzessorischen Rechtsgutsangriff des Teilnehmers ab.⁴⁷ Insgesamt abgelehnt werden psychologische oder soziologische Deutungen.⁴⁸

2. Stellungnahme

Die Ablehnung der vorgebrachten Begründungsmodelle der Teilnehmerstrafbarkeit ergeht zumeist aus dem Aufzeigen von Problemkonstellationen.⁴⁹

a) Verursachungstheorien bieten keine Abgrenzung zwischen Anstiftung und Beihilfe

So spreche gegen die akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie, dass Fälle der straflosen notwendigen Teilnahme⁵⁰ und der Aufforderung zur Strafvereitelung, § 258 StGB, nicht reibungsfrei gelöst werden können.⁵¹ In diesen Konstellationen liegt allerdings ebenfalls ein Mitwirken an einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat vor, so dass sich die Straflosigkeit der Teilnahme in diesen Fällen nicht mit der determiniert-akzessorischen Unrechtsbeteiligung rechtfertigen ließe.⁵² Gleichwohl handelt es sich dabei um Fälle, die je nach Sonderkonstellation des Besonderen Teils zu lösen sind und daher nicht grundsätzlich gegen die akzessorietätsorientierte(n) Verursachungstheorie(n) sprechen.⁵³ Fraglich bleibt allerdings, ob die Verursachungstheorien tatsächlich beide Teilnahmeformen in §§ 26, 27 StGB erklären können und zudem stichhaltig darzulegen vermögen, was den Anstif-

³⁵ BGHSt 4, 355 (358); *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 1 m.w.N.

³⁶ So z.B. früher *Lüderssen* (Fn. 26), S. 25, 28, 117 ff., 161 ff.; ablehnend *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 13.

³⁷ BGHSt 4, 355 (358); *Rudolphi*, ZStW 78 (1966), 92; *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 4; 21; § 26 Rn. 3: Der Anstifter bekomme Handlungs- und Erfolgsunrecht zugerechnet, der Gehilfe lediglich das Erfolgsunrecht.

³⁸ So z.B. *Lüderssen* (Fn. 26), S. 117 ff.; dazu *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (18 m.w.N.).

³⁹ *Haas* (Fn. 1), Vor § 25 ff. Rn. 1.

⁴⁰ Ablehnend daher *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 13; *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 9; *Haas* (Fn. 1), Vor § 25 ff. Rn. 21; *Hoyer* (Fn. 3), vor § 26 Rn. 14.

⁴¹ *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 11, 26 ff.; *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 14; *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 10 m.w.N.

⁴² Vgl. BGHSt 4, 355 (358); *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 1 m.w.N.

⁴³ *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 32; *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 1.

⁴⁴ *Jescheck/Weigend* (Fn. 20), § 61 Rn. 1 S. 648; *Schild* (Fn. 1), vor § 26 Rn. 2; *Murmann*, JA 2008, 321; *Krey/Esser* (Fn. 2), Rn. 793; zum extensiven Täterbegriff, der auch Anstifter und Gehilfe als Täter versteht vgl. *Roxin* (Fn. 1), § 25 Rn. 4; *Jescheck/Weigend* (Fn. 20), § 61 Rn. 1 S. 649 ff. m.w.N.; nach diesem wären die §§ 26, 27 StGB Strafeinschränkungsgründe, vgl. *Heinrich* (Fn. 2), § 33 Rn. 1180; zur Historie *Welzel* (Fn. 1), S. 99 f.

⁴⁵ *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 11; dafür auch *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 7; *Murmann* (Fn. 20), vor § 25 ff. Rn. 17.

⁴⁶ *Schild* (Fn. 1), Vor §§ 26, 27 Rn. 14; ebenso *Redmann* (Fn. 4), S. 35.

⁴⁷ *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 11; vgl. schon Rn. 1: „Die Teilnahme ist ein selbstständiger Rechtsgutsangriff durch täterschaftslose, vorsätzliche Mitwirkung an einer mit Tatbestandsvorsatz begangenen tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Tat.“

⁴⁸ So *Schünemann* (Fn. 2), § 26 Rn. 1, da ansonsten z.B. psychische Beihilfe nicht abgegrenzt werden könnte; *Puppe*, GA 1984, 101; differenzierend jedoch 108 ff.; a.A. *Less*, ZStW 69 (1957), 43 (51).

⁴⁹ Eingehend *Heinrich* (Fn. 2), § 36 Rn. 1277 ff.; *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (22 ff.); *Lüderssen* (Fn. 26), S. 52 ff.

⁵⁰ Eingehend *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 41 ff.; *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 31 ff.; *Trechsel* (Fn. 28), S. 70 ff.; mit alternativem Lösungsweg *Heghmanns*, GA 2000, 473 (488).

⁵¹ *Haas* (Fn. 1), Vor § 25 ff. Rn. 32.

⁵² Differenzierend *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 15.

⁵³ *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 37.

ter im Ergebnis strafwürdiger macht als den Gehilfen. Die Systematik der Teilnahme- zu den Täterstrafbarkeiten müsste nämlich denklogisch (und historisch) von einer dreistufigen Einteilung ausgehen⁵⁴: Bestrafung des Täters nach § 25 StGB, Bestrafung des Anstifters im Sinne des Täters, § 26 StGB, die fakultativ gemildert werden sollte, und Beihilfe, § 27 StGB, die obligatorisch gemildert werden muss, §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB. Der § 26 StGB enthält jedoch keine Option zur fakultativen Strafmilderung, was einen Bruch der Systematik darstellt.⁵⁵ Dadurch wird deutlich, dass die Anstiftung „zwischen den Stühlen steht“, mithin weder Täterschaft noch Teilnahme zu sein scheint.

Daher genügen die reinen Verursachungstheorien von vornherein nicht als Anknüpfungspunkt des Strafgrundes der Anstiftung.⁵⁶ Die Teilnahme muss ein Momentum der Akzessorität (vgl. § 28 Abs. 1 StGB) beibehalten, das sie an den Unrechtsgehalt (und nicht lediglich den Erfolg) der Haupttat knüpft.⁵⁷ Auch die modifizierten Verursachungstheorien können nicht erklären, weshalb der Anstifter gleich einem Täter bestraft werden soll. Da sie sich zur Legitimation sowohl von Beihilfe und Anstiftung heranziehen lassen (was angeblich ihr Vorzug sei), bieten sie keine befriedigende Antwort auf den systematischen Bruch, aufgrund dessen es § 26 StGB an einer fakultativen Strafmilderungsmöglichkeit ermangelt. Damit wird die Strafbegründung der Anstiftung derjenigen der Teilnahme weitgehend angeglichen. Wenn die limitiert akzessorische Beteiligung jedoch Strafgrund der Teilnahme en toto sei, was macht dann den Anstifter strafwürdiger als den Gehilfen? Ein Ausweg könnte lediglich die stärkere Bindung an den Handlungsunwert sein.⁵⁸ Die Tathandlung der Anstiftung ist derjenigen der Beihilfe jedoch grundverschieden, „bestimmen“ und „Hilfe leisten“ sind nicht vergleichbar.⁵⁹ Einen Ausweg aus dem Differenzierungsmangel bietet *Roxin*, dessen Lehre vom akzessorischen Rechtsgutseingriff die Beihilfe als unselbstständigen, die Anstiftung hingegen als selbstständigen Angriff auf das Rechtsgut des Opfers versteht.⁶⁰ *Roxin* füllt den Unterschied zwischen Beihilfe und Anstiftung auf, indem er für zweite ein

„Auffordern“ verlangt, was allerdings nicht darüber hinweghilft, dass § 26 StGB ein „Bestimmen“ erfordert.⁶¹

Die Verursachungstheorien jeglicher Ausprägung verlagern damit das Problem der tätergleichen Bestrafung von der Strafbegründung der Anstiftung auf die Anstiftungshandlung des „Bestimmens“.⁶² Die Verursachungstheorien werden daher dem Wesen der Anstiftung als „besondere Teilnahmeform“ – wie sie das Gesetz vorsieht – systematisch und teleologisch nicht gerecht. Zuzustimmen ist ihnen jedoch bei der Behauptung des Erfordernisses der limitierten Akzessorität der Teilnahme strafbarkeit, wie es sich aus §§ 26, 27, 28 Abs. 2, 29 StGB ableiten lässt: Der Unwertgehalt, den der Anstifter erwirkt, ist mit dem Unrecht der durch den Täter verwirklichten Tathandlung untrennbar verbunden.

b) Schuldteilnahmetheorien nicht mit § 29 StGB vereinbar

Für die Schuldteilnahmetheorien spricht, dass der Anstiftung ihrem Sinn und Zweck nach ein Element der „Verführung“ und der „Manipulation“ innewohnt, welchem sich die Metaphern der „Korruption“ und „Schuldverstrickung“ tauglich annähern. Auf diese Weise wird das Wesen der Anstiftung als „geistige Urheberchaft“ der Straftat fixiert.⁶³ Den Schuld- bzw. Unrechtsteilnahmetheorien alter Prägung ist gleichwohl vorzuwerfen, dass sie inzwischen contra legem argumentieren, da sie durch das alleinige Erfordernis der Korruption oder „Unrechtsverstrickung“ dem Sinn und Zweck des § 29 StGB zuwider laufen.⁶⁴ Das ergibt sich aus einer Gesamtschau der Systematik: §§ 26, 27 StGB setzen lediglich eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat voraus. § 29 StGB steht hingegen für den Leitsatz „Jeder nach seiner Schuld“.⁶⁵ Aus § 29 StGB ergibt sich daher, dass der Teilnehmer auch dann strafbar ist, wenn es an der Schuld des Haupttäters fehlt (sog. „limitierte Akzessorität“).⁶⁶ „Schuldverstrickung“ kann somit nicht mehr Strafgrund sein. Die vorgebrachte gesetzssystematische Kritik an den Schuldteilnahmetheorien vermag daher zu überzeugen. Der Strafgrund des Teilnehmers kann sich nicht (mehr) allein aus der Schuld des Täters ableiten, da es für einen sinnvollen Anwendungsrahmen des § 29 StGB eines eigenständigen Anknüpfungspunkts der Schuld des Teilnehmers bedarf. Somit ist zumindest die reine Schuldteilnahmetheorie nicht mehr mit dem Gesetz vereinbar.⁶⁷ Ob allerdings auch das *Korruptieren*

⁵⁴ So *Roxin* (Fn. 1), § 25 Rn. 1; *Puppe* (Fn. 19), § 22 Rn. 1; *Maiwald*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Fn. 8), S. 283 (291); vgl. *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 25 Rn. 1 f., der auf die Ursprünge in früheren Kodifikationen eingeht.

⁵⁵ Überzeugend *Krey/Esner* (Fn. 2), Rn. 794 ff. mit Alternativvorschlag: „Die Strafe für den Anstifter kann nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden“; kritisch auch *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 19; *Heghmanns*, GA 2000, 473.

⁵⁶ *Schünemann* (Fn. 2), § 26 Rn. 2; *Haas* (Fn. 1), § 26 Rn. 10.

⁵⁷ *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 4 f.; 7: „akzessorischer Rechtsgutsangriff“.

⁵⁸ Zu finden bei *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 4; 21; 3 26 Rn. 3?: Der Anstifter bekomme Handlungs- und Erfolgsunrecht zugerechnet, der Gehilfe lediglich das Erfolgsunrecht. *red. s. Fn 37!*

⁵⁹ *Schild* (Fn. 1), vor § 26, 27 Rn. 9; ebenso *Heghmanns*, GA 2000, 473.

⁶⁰ *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 74 ff.

⁶¹ *Amelung* (Fn. 7), S. 149.

⁶² *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 6.

⁶³ Die Trennung in Urheber (auctor) und Gehilfe (socius) war bereits dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851 bekannt, *Maiwald* (Fn. 54), S. 283.

⁶⁴ Dagegen auch *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 4; *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 6.

⁶⁵ *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 4.

⁶⁶ Vgl. nur *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 5; *Hünnerfeld*, ZStW 99 (1987), 228.

⁶⁷ *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 16; *Heghmanns*, GA 2000, 473 (475).

(„durch schlechten Einfluss verderben“) dadurch ebenso obsolet geworden ist, gilt es sogleich zu hinterfragen.⁶⁸

c) *Stattdessen: Modifizierte Schuldteilnahmetheorie – Soziale Desintegration und pathologischer Diskurs*

Den durch Einfügung des § 29 StGB versperrten Weg über die Schuldteilnahmetheorien umgeht die Unrechtsteilnahmetheorie⁶⁹/modifizierte Schuldteilnahmetheorie, wie sie von Trechsel entwickelt wurde.⁷⁰ Anstelle des Rekurses auf die Partizipation an der Schuld des Täters sieht Trechsel das Strafunrecht des Anstifters darin, dass er die soziale Desintegration des Täters erwirke.⁷¹

Das lässt sich kriminologisch gut hören: Unrecht stellt soziologisch betrachtet einen asozialen Prozess bzw. Zustand dar.⁷² Dieser drohe sowohl dem schuldhaft, wie dem nicht schuldhaft handelnden Täter in gleichem Maße, da beide durch ihre Tat in die Mühlen der Justiz geraten. Als „säkularisierter Seelenmord“⁷³ treibe der Anstifter den Angestifteten daher zugleich ungebremst in einen Konflikt mit der Gesellschaft. Rechtsgut der Teilnahmevorschriften und insbesondere der Anstiftung sei folglich die soziale Integration des Haupttäters.⁷⁴ Den eigenständigen Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit des Teilnehmers bilde mithin dessen tadelnswertes, sozialschädliches Verhalten der – durch die Anstiftung erzeugten – Stigmatisierung des Täters.⁷⁵ Die „Charakterver-

derbnis“ der Korruption der ursprünglichen Schuldteilnahmetheorien wird demnach durch „soziale Stigmatisierung“ ersetzt bzw. modifiziert.

Roxin⁷⁶ führt gegen die Unrechtsteilnahme- bzw. „modifizierte Schuldteilnahmetheorie“ (in der Interpretation Trechseles) an, dass deren Konstruktion nicht auf die dogmatische Unterfütterung der Beihilfe übertragbar sei.⁷⁷ Da bei dieser Teilnahmeform der Täter in der Regel schon zur Tat entschlossen sei, wurde die angeblich strafbegründende Desintegration bereits vollzogen.⁷⁸ Zudem sei „soziale Desintegration“ an und für sich ein schwammiger Begriff, der sich nicht zur Abgrenzung eigne.⁷⁹ Darüber hinaus pönalisieren die Unrechtsteilnahmetheorie als Anknüpfungspunkt der Strafe des Anstifters dessen sozialschädliches Verhalten der Desintegration des Täters, wohingegen der Strafgrund des Täters sich aus der Verletzung eines Rechtsguts des Opfers ergebe. Auf diese Weise sei die Rechtfertigung der Bestrafung „gleich einem Täter“ umso schwerer zu bewerkstelligen, da die Desozialisierung des Täters kaum mit der Rechtsgutverletzung beim Opfer kongruent gestellt werden könne.⁸⁰

Dagegen lässt sich anbringen, dass die Unrechtsteilnahmetheorie/modifizierte Schuldteilnahmetheorie nicht allein deshalb ablehnenswert erscheint, weil sie lediglich die Anstiftung erklären kann. Die Anstiftung steht, wie aufgezeigt, zwischen den Stühlen, was eine Sonderstellung und damit zeitgleich eine Sonderbegründung ihres Seins und Sollens durchaus rechtfertigt.⁸¹ Weiterhin ist zu konstatieren, dass auch der Gehilfe die Desintegration zumindest fördert, wobei Roxin diesbezüglich zu Recht auf die Vagheit einer solchen Beeinflussung verweist. Zudem ist richtig, dass Begründungsdifferenzen auftreten, wenn legitimiert werden muss, weshalb die soziale Desintegration des Täters die gleiche (Straf-)Behandlung nach sich ziehen solle, wie die durch den Täter verursachte Rechtsgutverletzung.⁸² Jedoch ist die Freiheit von Strafverfolgung ein hohes Gut. Nunmehr anzuführen, dass sozial desintegriert lediglich derjenige werden könne, der dies nicht schon sei⁸³, verkommt zum Hohn. Eine solche Argumentation redete einer Klassenjustiz den Mund, die die Wertigkeit des Achtungsanspruchs aus Stellung und Status des Betroffenen ableitete. Dem widersprach das RG schon in anderem Kontext: Der Entstellung im Sinne des § 226 StGB steht nicht entgegen, dass der Betroffene schon

⁶⁸ Für eine Beibehaltung des Korruptionsgedankens *Amelung* (Fn. 7), S. 151; ihm folgend *Redmann* (Fn. 4), S. 44.

⁶⁹ *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 6.

⁷⁰ *Trechsel* (Fn. 28), S. 54 f.; *Redmann* (Fn. 4), S. 26; als Gedanke bereits bei *Welzel* (Fn. 1), S. 112: „Der Grund für die Strafbarkeit der Teilnahme liegt darin, daß diese den Entschluß zu einer sozial unerträglichen und darum rechtswidrigen Handlung hervorgerufen oder ihre Durchführung gefördert hat.“; ablehnend gleichwohl *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (233 ff.).

⁷¹ *Trechsel* (Fn. 28), S. 32 ff., 55 ff.

⁷² *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (486).

⁷³ *Trechsel* (Fn. 28), S. 12.

⁷⁴ Dazu *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 8, gleichwohl ablehnend Rn. 9.

⁷⁵ Zu den stigmatisierenden Wirkungen eines Ermittlungsverfahrens *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 2013, 1. Kap. Rn. 19; *Satzger*, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Gutachten C für den 65. Deutschen Juristentag, 2004, C 82; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241 (2242); *Esser*, in: *Esser/Günther/Jäger* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, 2013, S. 539; *Lindner*, StV 2008, 210; *L. Schulz*, Normiertes Misstrauen, 2001, S. 547; *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (61); *Kühne*, NJW 1979, 617; vgl. auch die pointierte Formulierung des BayVerfGH, *Entsch. v. 7.2.2006 – Vf. 69-VI-04*, Rn. 42, zu verdachtsunabhängigen Durchsuchungen: „Hinzu kommt, dass der Akt polizeilichen Durchsuchens für einen außenstehenden Beobachter sofort den Eindruck erweckt, der Betroffene habe sich in irgendeiner Weise nicht gesetzmäßig verhalten. Insoweit kann eine Durchsuchung

von Sachen durch Polizeibeamte vom Betroffenen als diskriminierend oder stigmatisierend empfunden werden.“

⁷⁶ *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 18 ff.

⁷⁷ Ebenso *Redmann* (Fn. 4), S. 26; *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 5, für die Schuldteilnahmelehre im Gesamten und in Rn. 6 ablehnend zu *Trechsel*.

⁷⁸ Zudem würde so dem Gehilfen eine Art Handlungspflicht auferlegt, vgl. *Haas* (Fn. 1), § 27 Rn. 1.

⁷⁹ Ebenso *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 10; ähnlich *Heghmanns*, GA 2000, 473 (475).

⁸⁰ *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 19; *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 9.

⁸¹ Ebenso *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 19.

⁸² So kritisch *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 6.

⁸³ *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 10.

zuvor unansehnlich gewesen ist.⁸⁴ Das strafprozessuale Ermittlungsverfahren ist zudem gekennzeichnet von „Hierarchie, Zwang und Verletzung“ (Hassemer⁸⁵). Betrachtet man die enormen Folgewirkungen, die ein polizeiliches bzw. staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren nach sich zieht, wird kaum bestritten werden können, dass das Recht, nicht in ein Strafverfahren hineingezogen zu werden, tauglichen Anknüpfungspunkt für sozialen Tadel bieten kann.⁸⁶ Freiheit vor sozialer und strafrechtlicher Stigmatisierung sollte in einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft kein „verschwommenes Rechtsgut“, sondern eine Selbstverständlichkeit sein.⁸⁷

Diesem letzten Gedanken gegenüber opponiert Roxin⁸⁸ insoweit, als er dem Angestifteten keine schützenswerte Position zusprechen möchte. Der Täter sei „nicht Opfer des Anstifters, sondern dessen Komplize“.⁸⁹ Aufgrund der weiterhin vorliegenden Selbstverantwortung des Täters liege seine Desintegration weitgehend in eigener Hand, die Förderung dieser „Selbstgefährdung“ durch den Anstifter sei hingegen straflos, die Unrechtsteilnahmetheorie somit in sich widersprüchlich: „Ein Strafschutz gegen schlechte Einflüsse ist unserer Rechtsordnung fremd“.⁹⁰

Dieser letzte (zunächst sehr überzeugende) Einwand bedarf der tieferen Analyse, da sich daran die Frage klären lässt, was das „Wesen“ der Anstiftung tatsächlich ausmacht. Die Gedanken Roxins sind absolut vorzugswürdig, sofern sie Fälle beschreiben, in denen sich der Täter „frei“ zur angestifteten Handlung entscheidet. Die Idee des „selbstbestimmten Bürgers“ führt ohnehin bei vielen Autoren zu der Auffassung, dass sich der Täter stets „selbstbestimmt“ zur Tathandlung entschieße, mithin das Verbrechen Ausdruck der Gesinnung sei, „nicht anders handeln“ zu wollen.⁹¹ Lampe kommt bei seinem Versuch der Erläuterung zur Verantwortungszurechnung für sozialschädliches Verhalten nahezu konsequent zu folgender Näherung: „Je stärker der Konsens eines Täters mit seiner Tat vom sozialen Grundkonsens abgewichen ist (d.h. sich von ihm entfernt hat), desto größer ist seine Verantwortung für das begangene Unrecht. Die stärkste Abweichung vom Grundkonsens beinhaltet der unbedingte Wille, eine Straftat ‚als eigene‘ zu begehen. Geringer ist die Abweichung beim bedingten Tatvorsatz, noch geringer ist sie bei der Tathandlungslässigkeit, weil dort die Zielrichtung des Willens an der

Tat vorbeiläuft.“⁹² Setzt das zuvörderst jedoch nicht voraus, dass der Täter geistig autonom handeln können muss, um mit der Tat im Konsens zu sein?

aa) Brüchige Autonomie des Täters

Solcherlei Näherungen überinterpretieren die tatsächliche Autonomie⁹³ des durch einen Teilnehmer determinierten Täters, da sich dieser in einem speziellen Interaktionsgefüge manipulativer Kommunikation befindet.⁹⁴ Vor der Feststellung, dass der Angestiftete selbstgefährdend auf die Seite des Unrechts trat, ist zumindest zu hinterfragen, ob sich ein Täter in einer Anstiftungssituation überhaupt „frei“ entscheiden konnte. Das ist ein komplexes Themenfeld, das – aus der Dogmatik heraus – in die sozio-psychologische Forschung hinein führt.⁹⁵ Zum Schutze der Autonomie des Individuums ist maßgeblich, dass dieses sich freibestimmt in sein soziales Interaktionsgefüge einbringen kann. Sofern von außen massiv und gemeinschädlich auf dieses Gefüge eingewirkt wird, treten Ausgleichs- und Abwehrmechanismen zu Tage, um die drohende Gefahr der Destabilisierung zu umgehen.⁹⁶ Wie ist

⁹² Lampe, ZStW 119 (2007), 471 (490).

⁹³ Dazu auch Lampe, ZStW 119 (2007), 471.

⁹⁴ Amelung (Fn. 7), S. 162.

⁹⁵ Zugrunde gelegt wird hier ein radikal konstruktivistisches Verständnis zwischenmenschlicher Interaktion. Diese Strömung geht von der Prämisse aus (dahingestellt, ob sich philosophisch [Vico; Schopenhauer; Wittgenstein], soziologisch [Piaget; v. Glasersfeld; Luhmann; zum Teil Teubner], psychologisch [Piaget; Watzlawick], biologisch [Maturana; Varela], kybernetisch [v. Foerster] oder quantenphysikalisch [Schrödinger] genähert wird), dass dem Individuum die Erkenntnis ontologischer Wirklichkeit(en) verwehrt ist. Gemeinsame Einsicht aller Strömungen des Konstruktivismus ist daher, dass menschliche Wahrnehmung bloßes Produkt der Erkenntniskräfte des Subjektes ist. „Radikal“ nennt sich die Strömung des Konstruktivismus, die die Erkenntnis einer objektiv erfahrbaren Welt (und zum Teil auch deren Existenz) endgültig negiert. Grundannahme des Radikalen Konstruktivismus ist, dass Wissen und Erkenntnis keinen passiven Zustand darstellen, sondern durch Sinneseindrücke und Erfahrungen konstituiert werden. Dieses Wissen wird aktiv vom Subjekt gebildet. Zum Ganzen mehr in Teil 2.

⁹⁶ Zusammenfassend können diese als Reaktanzmechanismen bezeichnet werden. Der Mensch strebt nach Sicherheit, so dass er „Störfeuer“ zu löschen, zu umgehen oder zu unterdrücken sucht. Manipulationen von außen werden daher entweder vom „System Mensch“ absorbiert, bekämpft oder verdrängt. Wie diese Mechanismen sich entwickeln und auswirken, ist umstritten, und innerhalb der betroffenen wissenschaftlichen Zweige noch ungeklärt. Klar ist lediglich, dass individualpsychologische Phänomene wie das Coping zu Abwehrmechanismen führen (kognitive Dissonanzen/Cluster-Illusionen), die auf sozio-psychologische Ebene ausstrahlen, d.h. sich auch gesamtgesellschaftlich bemerkbar machen. Beginnt beispielsweise eine staatliche Fernsehanstalt damit, permanent rassenideologische Propaganda zu senden, werden individualpsychologische Phänomene (Zustimmung vs. Ab-

⁸⁴ RGSt 39, 419.

⁸⁵ Zitiert nach Lindner, Verfassungsrechtliche Grenzen der Akteneinsicht, in: Texte und Ergebnisse des 38. Strafverteidigertages Dresden 2014, 2015, S. 79, 80.

⁸⁶ Bockemühl, in: Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 6. Aufl. 2015, 2. Teil Kap. 1 Rn. 2; Meier, GA 2004, 441 (444 ff.); vgl. auch Bellinghausen, ZWH 2013, 395.

⁸⁷ Ablehnend jedoch auch Schild (Fn. 1), Vor § 26 Rn. 15.

⁸⁸ Roxin (Fn. 1), § 26 Rn. 20.

⁸⁹ Ähnlich bei Lüderssen (Fn. 26), S. 55 m.w.N.

⁹⁰ Roxin (Fn. 1), § 26 Rn. 11; zustimmend Hoyer (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 9; Redmann (Fn. 4), S. 27.

⁹¹ Statt vieler Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 150.

es jedoch zu bewerten, wenn der Täter zwar mit dem Anstifter im Konsens liegt, dieser die Übereinkunft allerdings forciert, ertäuscht oder vorgespiegelt hat?⁹⁷ Mithilfe dieser Manipulation wird die „Flucht auf die Seite des Unrechts“ zumindest unterstützt, was es in Teil 2 näher darzulegen gilt.

bb) Desintegration durch pathologischen Diskurs mit der Gesellschaft

Zu opponieren ist auch den Stimmen, die behaupten, dass es sich bei „sozialer Desintegration“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff (im untechnischen Sinn!) handle. Ein Rechtsbegriff ist lediglich dann „schwammig“, wenn er es in den Augen des Kritikers sein soll: Sprachgrenzen sind Denkgrenzen (*Wittgenstein*). Wer sich daher auf die Vagheit eines Begriffes beruft, gerät schnell in trübes Fahrwasser, da er der Vagheit der Gedanken verfallen kann. Zuzugestehen ist jedoch jedem Kritiker der modifizierte Schuldteilnahmetheorie, dass das alleinige Rekurrenieren auf die dem Täter drohenden Strafverfolgungsmaßnahmen nicht als Strafgrund ausreichen kann. Stattdessen ist der Gedanke der Korrumperung fruchtbar zu machen, nicht jedoch als „Schuldverstrickung“ alter Prägung, sondern in moderner Form, als Auslöser eines *pathologischen Diskurses*. Betrachtet man sich die Begrifflichkeit „soziale Desintegration“ genauer, wird auch deren modifizierter Sinngehalt deutlich:

„Sozial“ spielt darauf an, dass es um die Situierung des Täters im gesellschaftlichen Gefüge gehen muss. Zusammenleben ist durch Rollennormen geprägt. Jedes Individuum agiert innerhalb fixer Rollenbilder, die ihm durch Zuschrei-

lehnung) zu individuellen Handlungen (Konsens vs. Senderwechsel) führen. Findet dies übergreifend und gesamtgesellschaftlich statt, ändert die Manipulation die Gegebenheiten („Rechtsruck“ der Gesellschaft vs. Boykott des Senders). Dahinstehen soll an dieser Stelle, ob sich diesbezüglich eher systemtheoretisch, konfliktbezogen oder interaktionistisch eher genähert werden müsste, um das Phänomen zu durchleuchten. In der in dieser Abhandlung zu Grunde gelegten radikal konstruktivistischen Näherung (siehe Fn. 95) verschwimmen diese Systemgrenzen und konzentrieren die Interaktionsprozesse auf die Pathologie der Kommunikation.

⁹⁷ Diesen Gedanken baut insbesondere *Amelung* ([Fn. 7], S. 156) aus, indem er, in Anschluss an *Luhmann*, dessen Modelle zur Erwartungskontingenz und zum Belohnungsstreben fruchtbar machen möchte. Dem ist an sich zuzustimmen, jedoch ist der individualpsychologischen Übertragbarkeit der *Luhmannschen* Thesen zu widersprechen. Seine „Supertheorie“ beschreibt einen sozialen Mechanismus der Meso- und Makroebene. Zur Erläuterung, weshalb der Einzelmensch sich dem Anstifter nur schwerlich entziehen kann, ist hingegen psychologisch bzw. interaktionistisch (d.h. auf Mikroebene) zu argumentieren. Das ist dem Denken *Luhmanns* zwar artverwandt (da er operanter Konstruktivist war), jedoch nicht identisch; auch *Redmann* (Fn. 4), S. 107 ff. knüpft an die Soziologie der Sanktionierung an, nicht hingegen an die individualpsychologische Ebene.

bung anhaften.⁹⁸ Das Zusammenleben funktioniert dabei, vereinfacht ausgedrückt, über Mechanismen der Kontingenz⁹⁹: Erwartetes und erwartbares Verhalten können entweder im Einklang stehen oder nuanciert variieren.¹⁰⁰ Wird die Kluft zwischen beiden Prämissen zu groß, treten Enttäuschungs- und Lernprozesse auf.¹⁰¹ Jede sinnstiftende Handlung impliziert dabei kommunikative Elemente, jeder Einzelakt des Individuums im sozialen Gefüge ist indes Diskurs und Perturbation zugleich. Devianz ist darin (zunächst!) reine Konstruktion, somit „kranker Diskurs“: „Abweichendes Verhalten ist das Verhalten, das Menschen so bezeichnen“ (*Becker*).¹⁰² Das Delikt „Subventionsbetrug“, § 264 StGB, besteht daher nicht, weil es „gut“ oder „richtig“ ist, sondern weil es als solches *erschaffen* wurde. Kriminalität ist damit lediglich die Zuschreibung eines negativen Erwartungsbündels, vergleichbar einem Sack Kartoffeln, der nicht aufgerissen werden kann, ohne dass sich dafür kommunikativ gerechtfertigt werden müsste. Begeht ein Täter eine Tat (reißt er also einen Kartoffelsack auf), wird er in den pathologischen

⁹⁸ Rollen sind nach *Popitz* (*Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*, 1975, S. 8 ff.) ableitbar aus sozialer Normierung und sozialer Differenzierung (a.A. „Erwartungsbündel“, vgl. *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 1972, S. 86). Soziale Normierung beschreibt die Gleichförmigkeit von Verhaltensweisen und Gesellschaftsstrukturen, während die Differenzierung die konkreten Abweichungen der sozialen Sphären beinhaltet. Der Einzelne und die Gesellschaft können als „vermittelt“ verstanden werden; d.h. dass sich Individuen untereinander austauschen, indem der Einzelne als Träger gesellschaftlich antizipierter Attribute und Verhaltenserwartungen erscheint. Der Großteil gesellschaftlicher Vorgänge intendiert, Vakanzen zu vermeiden. Derlei Bedürfnisse werden durch die Zuschreibung von Erwartungen (Rollennormen) an das generalisierte Individuum herangetragen; vgl. auch *Popitz* (Fn. 98), S. 6; würde der Einzelne hingegen wie ein Roboter lediglich in seinen Rollen zappeln, wäre er ein „soziologischer Depp“, vgl. *Röhl*, *Rechtssoziologie*, 1987, § 38 S. 322.

⁹⁹ Hier kann, anders als soeben (vgl. Fn. 97) an *Luhmann* angeknüpft werden, da es sich um ein soziales und gerade kein individualpsychologisches Modell handelt.

¹⁰⁰ Dazu *Luhmann* (Fn. 98), S. 34 ff., 40 ff.; diese Gedanken greift auch *Amelung* ([Fn. 7], S. 166) auf.

¹⁰¹ Zum erwartbaren Verhalten *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 2013, S. 163 f.; *Noll*, in: *Bockelmann* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 125 (126).

¹⁰² Damit wird explizit auf die interaktionistische Theorie zur Kriminalitätserklärung angespielt (*Labeling*). Zwar existieren weitere Ansätze, stimmig ist jedoch, gerade in Kombination mit der konstruktivistischen Näherung, ausschließlich diese Deutung; einfürend zur Theorie der Kriminalität *Hess/Scheerer*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* (Sonderheft 43: *Kriminalsoziologie*) 2004, 69; *Fabricius*, *MschKrim* 2015, 116; einen ähnlichen Weg, allerdings speziell für das Erfolgsunrecht, beschreitet *Sommer*, *Das fehlende Erfolgsunrecht*, 1987, S. 170 ff.

Diskurs mit der Gesellschaft gezogen. Metaphorisch heißt es nun: „Warum hast du das getan?“¹⁰³ Die Antwort des Täters entscheidet im weiteren Verlauf über die (strafrechtliche Replik) des Staates. Wusste der Täter, was er tat?¹⁰⁴ War er gerechtfertigt oder entschuldigt?¹⁰⁵ Was bewog ihn?¹⁰⁶ Die Antwort des Täters determiniert Strafverfolgung¹⁰⁷, Strafzumessung¹⁰⁸, Strafvollzug¹⁰⁹ und Resozialisierung¹¹⁰.

Welche *Rolle* kommt in diesem Modell einem Anstifter zu? Der Anstifter ist quasi der „Türöffner zur Kriminalität“: Er drängt den Täter in den pathologischen Diskurs mit der Gesellschaft hinein; er ist permanenter Teil der Antwort: „Warum hast du das getan?“ – „Weil er (Anstifter) mich dazu überredet hat“. Folgerichtig zeigt bereits die Etymologie auf, dass „anstiften“ nach dem Wortsinn „verleiten“ heißt.¹¹¹ Die Verführung zur Tat, die Manipulation hin zum Tatentschluss – d.h. die Auslösung des pathologischen Diskurses – ist Anknüpfungspunkt des Unwerturteils. Das Wesen der Anstiftung liegt somit darin, dass der Anstifter dem Täter die Beantwortung von Fragen überbürdet, die er sich zum Teil selbst stellen lassen müsste, denn „seine Tat“ ist die *geistige Urheberschaft* der Delinquenz, die den Haupttäter in die soziale Isolation treibt.

Konkludiert werden kann damit, dass „soziale Desintegration“ ein Baustein des Wesens der Anstiftung („Unter welchen Umständen?“) ist und den Strafgrund wesentlich mitbestimmt.¹¹² Mithin ist „soziale Desintegration“ womöglich nicht der alleinige Strafgrund der Teilnahme als Ganzes. In jedem Fall ist sie allerdings als Strafgrund in die Debatte im Rahmen der Anstiftung mit einzugliedern, was zudem bei der Strafzumessung Bedeutung erlangen kann.¹¹³

¹⁰³ Bloy, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 59 (69); vgl. vor allem *Bung*, RW 2014, 546 (550).

¹⁰⁴ Das eröffnet die Klärung der §§ 20, 21 StGB.

¹⁰⁵ §§ 32 ff. StGB; 904, 227 BGB; 127 StPO etc.

¹⁰⁶ Motivsuche; Mordmerkmale etc.

¹⁰⁷ Schweigen (d.h. ein Berufen auf nemo-tenetur) kann ein Ermittlungsverfahren ebenso „drehen“, wie ein Geständnis oder eine Verständigung, die den Prototyp der kommunikativen Konfliktbewältigung darstellt.

¹⁰⁸ Da nach § 261 StPO das Urteil aus dem „Inbegriff“ der Beweisaufnahme geschöpft werden soll, ist die kommunikative Interaktion des Beschuldigten während des Verfahrens Maßstab seiner Bestrafung.

¹⁰⁹ Zu partizipatorisch-kommunikativen Elementen im Strafvollzug vgl. *Stossun/Walkenhorst*, Forum Strafvollzug 2015, 76; *Galli/Weilandt/S.*, Forum Strafvollzug 2015, 82; ebenso bereits *Kunz*, ZStW 101 (1989), 75.

¹¹⁰ Ein weites Feld, das hier nicht umfassend beackert werden kann.

¹¹¹ *Amelung* (Fn. 7), S. 150.

¹¹² *Less*, ZStW 69 (1957), 43 (54); *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 6.

¹¹³ Diese Tendenz bestand von Beginn an, vgl. *Trechsel* (Fn. 28), S. 15 m.w.N.

d) Zwischenfazit: Pathologischer Diskurs als Wesen, soziale Desintegration und akzessorischer Rechtsgutsangriff als Strafgrund der Anstiftung

Die Anstiftung, § 26 StGB, ist der Beihilfe, § 27 StGB, gesetzessystematisch wie inhaltlich verschieden. Sie verlangt eine Bestrafung gleich einem Täter, die keine fakultative Milderung zulässt, vgl. § 26 StGB. Zudem trägt sie als Wesenskern den Makel der Korruptionierung in sich, die den Täter verführt, manipuliert und sozial isoliert.¹¹⁴ Die Verursachungstheorien, die sich zumeist als gemeinsame Strafbegründung beider Teilnahmeformen verstehen, müssten jedoch erst noch belegen, ob sie taugliche Abgrenzungskriterien zur Beihilfe bieten können. Da der Strafgrund aus gesetzessystematischen Gründen nicht mehr an schuldhaftes Handeln des Täters geknüpft werden kann, sind die Verursachungstheorien scheinbar die einzige „Alternative“. Das verlagert die Wesensschau der Anstiftung jedoch von der Strafbegründung in die Tatbestandsebene. Da die Verursachungstheorien nicht zwischen §§ 26 und 27 StGB differenzieren, muss daher über die Bestimmung der Tathandlung der Anstiftung erreicht werden, was deren Strafbegründung nicht zu leisten vermag: Die taugliche Abgrenzung von der Beihilfe einerseits und der Täterschaft andererseits.

Keine Option (mehr) ist hingegen das Rekurren auf die Schuldverstrickung. Schuldhaftes Handeln des Täters ist wegen § 29 StGB keine Voraussetzung der Teilnehmerstrafbarkeit. Dennoch ist den Schuldteilnahmetheorien zuzugestehen, dass das „Korruptieren“ des Täters dem Wesen der Anstiftung als „Verführung“ und „Manipulation“ näher zu kommen scheint, als das alleinige Abstellen auf eine (Mit-)Verursachung der Tathandlung bzw. der Rechtsgutverletzung.¹¹⁵

Vorzugswürdig erscheint es daher, stattdessen die Korruptionierung des Täters nach neuem Verständnis – d.h. die soziale Desintegration – als gewichtigen Aspekt der Strafbegründung der Anstiftung mit einzubeziehen.

Die ersten beiden Fragen („Warum?“ und „Unter welchen Umständen?“) sind mithin geklärt: Der Aspekt der sozialen Desintegration durch Verführen zum pathologischen Diskurs sollte bei der Frage nach dem Strafgrund der Anstiftung reaktiviert werden. Verführen und Korruptieren – d.h. der (doppelt¹¹⁶)-pathologische Diskurs – machen das *Wesen* der Anstiftung aus. *Strafgrund* der Anstiftung ist daher die soziale Desintegration des Täters durch Verstrickung in diesen pathologischen Diskurs, deren Unwert zudem am eigenständigen limitiert-akzessorischen Rechtsgutsangriff des Anstifters hängt.

¹¹⁴ Ebenso *Amelung* (Fn. 7), S. 176 ff.

¹¹⁵ *Amelung* (Fn. 7), S. 150 ff.

¹¹⁶ Dazu in Teil 2.

Papiertiger gegen Datenkraken: Zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung durch das Strafrecht

Von Dr. Sebastian J. Golla, Berlin

Die Durchsetzung des Datenschutzrechts tut not in Zeiten von Überwachungsaffären und Big Data. Wie die Einführung eines Tatbestandes der „Datenhehlerei“ zeigt, soll auch das Strafrecht hier nachhelfen. Die Datenschutzgesetze sehen dabei bereits Strafvorschriften vor, um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu schützen. Diese sind so weitreichend wie unbestimmt und haben sich für eine effektive praktische Anwendung als ungeeignet erwiesen. Wünschenswert wäre eine übersichtlichere und präzisere Regelung des Datenschutzstrafrechts.

Enforcing data protection law is a challenge in times of global surveillance disclosures and big data. Adding a criminal offence pertaining to the handling of stolen data to the German Criminal Code shows that the criminal law is supposed to help overcoming this challenge. However, the German Data Protection Acts already foresee criminal offences for violations of the right to informational self-determination. These regulations are broad and uncertain. They have proved to be ineffective in terms of practical application. A more comprehensive and precise regulation of criminal data protection law is needed.

I. Datenschutzstrafrecht als Risikostrafrecht

Der illegale Umgang mit personenbezogenen Daten¹ gehört zum Repertoire zahlreicher Krimineller. Täter gelangen beispielsweise im Wege des „Phishing“ über gefälschte E-Mails oder Internetseiten massenhaft an Kreditkartendaten oder Transaktionsnummern und setzen diese unter Missbrauch der fremden Identitäten ein oder bieten sie über Foren im „Darknet“ feil. Diese und andere Verhaltensweisen können gegen verschiedene Vorschriften des StGB verstoßen. Einen eigenständigen Tatbestand zur Strafbarkeit von Verstößen gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG² sieht das Kernstrafrecht jedoch nicht vor. So betreffen insbesondere §§ 201 ff. StGB grundsätzlich nur Informationen, die der Privat- oder Geheimsphäre des Verletzten zuzuordnen sind.³ Für das

Recht auf informationelle Selbstbestimmung charakteristisch ist aber, dass personenbezogene Daten gerade unabhängig von ihrer inhaltlichen Qualität geschützt sind.⁴

Weiter gehen die Regelungen der Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder. Grundsätzlich ist nach den Datenschutzgesetzen jegliche Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten als Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung verboten.⁵ Darüber hinaus enthalten diese Gesetze eigene Strafvorschriften. Relevant sind darunter vor allem die §§ 43, 44 BDSG, die grundsätzlich für die Datenverarbeitung durch private Stellen und öffentliche Stellen des Bundes gelten. Unter anderem ist demnach die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten strafbar, wenn sie unbefugt und „gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen“ erfolgt. Eine Straftat nach §§ 43, 44 BDSG wird mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Damit enthalten die §§ 43, 44 BDSG eine sehr weitgehende Strafbarkeit, die auch alltägliche Verhaltensweisen von Privatpersonen⁶ erfasst. Wer beispielsweise Unterlagen, die systematisch geordnete Informationen zu identifizierbaren Personen enthalten, in öffentlichen Mülleimern entsorgt, übermittelt unbefugt personenbezogene Daten, wenn die Unterlagen dort gefunden werden.⁷ Dies geschieht auch vorsätzlich, wenn der Entsorgende zumindest mit einem Auffinden der Unterlagen und ihrer Kenntnisnahme durch einen Dritten rechnet und dies auch in Kauf nimmt.⁸ Erfolgt die Entsorgung in den öffentlichen Abfallbehältern dann auch noch, um die Kosten für eine professionelle Datenvernichtung zu sparen, liegt zugleich Bereicherungsabsicht vor und der achtlose Entsorger befindet sich im strafbaren Bereich.⁹

das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschütztes Rechtsgut.

⁴ So gibt es nach BVerfGE 65, 1 (45) „unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein ‚belangloses‘ Datum mehr.“

⁵ Vgl. § 4 Abs. 1 BDSG.

⁶ Auch diese fallen außer in den Fällen des § 1 Abs. 2 Nr. 3 a.E. BDSG als „nicht-öffentliche Stellen“ grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Gesetzes.

⁷ Vgl. Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Rheinland-Pfalz, Datenschutzbericht 2010/2011, 2012, S. 87; Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht, Tätigkeitsbericht 2011/2012, 2013, S. 97; Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 12. Aufl. 2015, § 43 Rn. 20.

⁸ Wäre dies nicht der Fall, könnte allenfalls eine fahrlässige Übermittlung und damit eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 BDSG vorliegen.

⁹ Golla, Die Straf- und Bußgeldtatbestände der Datenschutzgesetze, 2015, S. 182.

¹ Dies sind gem. § 3 Abs. 1 BDSG jegliche „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener).“

² Erstmals anerkannt durch BVerfGE 65, 1 als „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.“

³ Eine Ausnahme ist § 203 Abs. 2 S. 2 StGB, wonach „[e]inem Geheimnis“ „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse eines anderen gleich[stehen], die für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfaßt worden sind“. Nach § 203 Abs. 2 S. 1 i.V.m. S. 2 StGB sind also ausnahmsweise auch personenbezogene Daten, die nicht als Geheimnisse anzusehen sind, Schutzgegenstand und damit

Wie sich schon an diesem Beispiel zeigt, muss es nicht unbedingt zu einer für den Betroffenen spürbaren Folge kommen, damit eine Strafbarkeit nach den §§ 43, 44 BDSG vorliegt. Dies ist charakteristisch für den Schutz der informationellen Selbstbestimmung. Das BVerfG formulierte treffend, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung „den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit“ flankiere und erweitere, „indem es ihn schon auf der Stufe der Persönlichkeitsgefährdung beginnen“ lasse.¹⁰ Es könne „bereits im Vorfeld konkreter Bedrohungen benennbarer Rechtsgüter“ eingreifen.¹¹ Vor diesem Hintergrund lässt sich das Datenschutzrecht als ein Recht der Risikogesellschaft¹² begreifen, das einem nur schwer kontrollierbaren technologiebasierten Risiko vorbeugen soll.¹³ Das daran anknüpfende Datenschutzstrafrecht ist daher, wenn man so will, eine Erscheinungsform des „Risikostrafrechts“.¹⁴ Dies gibt Anlass zu einer kritischen Untersuchung der Legitimation und Zweckmäßigkeit der bestehenden strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung.

II. Defizite der geltenden Regelungen

Ähnlich wie andere Erscheinungsformen des Risikostrafrechts¹⁵ ist das Datenschutzstrafrecht durch eine Tendenz zur Expansion und zur Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes gekennzeichnet.¹⁶ Vor diesem Hintergrund ist der strafrechtliche Schutz der informationellen Selbstbestimmung vor allem im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot problematisch.

1. Verhältnismäßigkeit

Da das Datenschutzrecht „bereits im Vorfeld konkreter Bedrohungen benennbarer Rechtsgüter“¹⁷ eingreift, ist bei seiner strafrechtlichen Absicherung die „ultima ratio“-Funktion des Strafrechts besonders zu beachten. Wie sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt, wäre es verfassungswidrig, das Strafrecht bei Gesetzesverstößen einzusetzen, die sich

mit anderen, weniger einschneidenden Mitteln gleichermaßen effektiv sanktionieren ließen. Hierbei ist zu beachten, dass sich Datenschutzverstöße nach den gegenwärtigen Regelungen auch durch das Ordnungswidrigkeiten-, Verwaltungs- und Zivilrecht sanktionieren lassen. Jedenfalls auf dem Papier sind dabei vor allem die Möglichkeiten des Ordnungswidrigkeitenrechts weitreichend: Nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG kann jede unbefugte Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten mit einem Bußgeld geahndet werden.

Allerdings erschiene es aufgrund der Regelung der Zuständigkeit zur Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten im Datenschutzrecht bedenklich, die Sanktionierung von Datenschutzverstößen im Wesentlichen dem Ordnungswidrigkeitenrecht zu überlassen. So sind für die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach dem BDSG in allen Ländern außer Baden-Württemberg sachlich dieselben Stellen zuständig, die auch als Aufsichtsbehörden für den nicht-öffentlichen Bereich fungieren.¹⁸ Problematisch ist hierbei, dass die aufsichtsbehördliche Tätigkeit von einem kooperativen und beratenden Ansatz geprägt ist.¹⁹ Dies kann in der Sanktionstätigkeit zu Zielkonflikten führen, die der angemessenen Verfolgung gravierender Datenschutzverstöße entgegenstehen können.²⁰ Im Ergebnis erscheint es daher nicht nur als mit dem „ultima ratio“-Prinzip vereinbar, sondern sogar als sinnvoll, gewisse Datenschutzverstöße mit Strafe zu bedrohen, solange dies mit Augenmaß erfolgt.

Des Weiteren ist zu beachten, dass die Strafbarkeit nach den §§ 43, 44 BDSG so weitreichend ist, dass sie auch Bagatellfälle erfassen kann, in denen ein Einsatz des Strafrechts nicht als verhältnismäßig im engeren Sinne erscheint. Insbesondere bei dem missbräuchlichen Umgang mit personenbezogenen Daten durch Privatpersonen stellt sich die Frage, ob eine Strafbarkeit greifen kann, wenn die Täter selbst in einem privaten Umfeld handeln und dies zunächst keine spürbaren Folgen für andere Personen auslöst. Gesetzesänderungen und technische Entwicklung haben dazu geführt, dass eine Strafbarkeit nach §§ 43, 44 BDSG in solchen Fällen gegeben sein kann. Führt beispielsweise jemand in einer Excel-Tabelle Protokoll über die Gewohnheiten der Haarpflege seiner Nachbarin, die er von seinem Fenster aus beobachten kann, um diese später als eitel darzustellen, liegt bereits eine Strafbarkeit wegen unbefugter Erhebung von Daten mit Schädigungsabsicht vor.²¹ Angemessen erschiene es hingegen, eine Strafbarkeit erst dann anzunehmen, wenn es tatsächlich zu einer Diffamierung kommt.²²

¹⁰ BVerfGE 118, 168 (184).

¹¹ BVerfGE 118, 168 (184).

¹² Beck (in: Beck [Hrsg.], Politik in der Risikogesellschaft, 1991, S. 9 [10]) bezeichnete mit diesem Begriff eine „Epoche, in der die Schattenseiten des Fortschritts mehr und mehr die gesellschaftlichen Auseinandersetzungen bestimmen.“

¹³ Vgl. Hoffmann-Riem, in: Krämer/Micklitz/Tonner/Reich (Hrsg.), Law and diffuse interests in the European legal order, 1997, S. 777.

¹⁴ Golla (Fn. 9), S. 228 ff.; vgl. zusammenfassend zu dem Phänomen des Risikostrafrechts Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 71 f.

¹⁵ Beispielsweise das Umweltstrafrecht.

¹⁶ Golla (Fn. 9), S. 228 f.; vgl. zu den Charakteristika des Risikostrafrechts Prittwitz, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, S. 131 (135 f.).

¹⁷ BVerfGE 118, 168 (184).

¹⁸ Dies sind in der Regel die Landesdatenschutzbeauftragten; vgl. die Übersicht unter:

http://www.bfdi.bund.de/bfdi_wiki/index.php/Aufsichtsbehörden_und_Landesdatenschutzbeauftragte (10.3.2016).

¹⁹ Vgl. § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG.

²⁰ Golla (Fn. 9), S. 216 ff.

²¹ Es greift nicht das „Haushaltsprivileg“ aus § 1 Abs. 2 Nr. 3 a.E. BDSG, wenn das Vorhaben besteht, die Daten später an Dritte weiterzugeben. Näher zu diesem Fall Golla (Fn. 9), S. 244.

²² In diesem Fall würden §§ 185 ff. StGB greifen.

2. Bestimmtheit

Das wohl größte Defizit der aktuellen Regelungen zum Datenschutzstrafrecht, das auch mitursächlich für deren defizitäre Anwendung²³ sein dürfte, ist ihre mangelnde Bestimmtheit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber „die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.“²⁴ Dies ist bei den §§ 43, 44 BDSG nicht stets der Fall. So ist der Anwendungsbereich der Vorschriften nicht in jedem Fall klar zu erkennen, insbesondere wenn bereichsspezifische Regelungen einschlägig sind.²⁵ Weiter ist die Tragweite des Straftatbestandes unklar. Dies ergibt sich einmal aus der komplizierten Auslegung des Merkmals „unbefugt“.²⁶ Zudem weist die Regelung der §§ 43, 44 BDSG zahlreiche Redundanzen auf, was sie insgesamt schwer durchschaubar macht.²⁷

a) Unklarer Anwendungsbereich

Unklar ist im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der §§ 43, 44 BDSG vor allem, ob diese anwendbar sind, wenn der Anwendungsbereich des BDSG im Übrigen nicht einschlägig ist. Dieses häufig relevante Problem beruht darauf, dass die Regelungen des Datenschutzrechts neben dem BDSG und den Landesdatenschutzgesetzen auf zahlreiche bereichsspezifische Gesetze verstreut sind.²⁸ Exemplarisch genannt seien hier das Telemediengesetz (TMG) und das Telekommunikationsgesetz (TKG), die für Anbieter von Telemediendiensten (wie z.B. sozialen Netzwerken im Internet) beziehungsweise Telekommunikations- oder telekommunikationsgestützten Diensten (z.B. Sprachtelefonie oder kostenpflichtigen Beratungshotlines) anwendbar sein können und damit für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit modernen Medien oftmals relevant sind. Nicht sämtliche bereichsspezifischen Datenschutzregelungen enthalten Straftatbestände. So kennt etwa das TMG eine Bußgeld-, aber keine Strafvorschrift. Hier fragt sich exemplarisch, ob § 44 BDSG lückenfüllend Anwendung finden kann.

Das Verhältnis des Anwendungsbereiches des BDSG zu bereichsspezifischen Datenschutzgesetzen regelt grundlegend § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG. Demnach gehen andere Rechtsvorschriften des Bundes den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes vor, soweit sie „auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind“. Durch die Verwendung des Wortes „soweit“ wird hier deutlich, dass die bereichsspezifischen Vorschriften nur insofern vorgehen sollen, als sie den gleichen Regelungsaspekt betref-

fen wie Regelungen des BDSG. Eine lückenfüllende Anwendung der Vorschriften des BDSG neben bereichsspezifischen Gesetzen ist daher grundsätzlich möglich.²⁹ Auch für den Bereich des Strafrechts wird vertreten, dass § 44 BDSG stets lückenfüllend zur Anwendung kommen kann, wenn bereichsspezifische Datenschutzregelungen keine eigenen Strafvorschriften vorsehen.³⁰ Hierfür spricht vor allem, dass dadurch Strafbarkeitslücken geschlossen werden können.³¹ Dagegen spricht aber, dass die Anwendung die bewusste gesetzgeberische Entscheidung, auf Sanktionsnormen zu verzichten, untergraben könnte.³²

Zudem wäre es nicht mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot vereinbar, § 44 BDSG grundsätzlich lückenfüllend anzuwenden. Würde der Anwendungsbereich der Strafnorm weiter gehen als der des BDSG insgesamt, wäre dies für den Adressaten auch aufgrund der Regelungstechnik nicht logisch nachvollziehbar. Wo die Regelungen des BDSG durch bereichsspezifische Vorschriften nicht nur punktuell ergänzt werden, sondern ein umfassendes Gefüge spezifischer Verhaltensnormen vorhanden ist, kann die Strafvorschrift also keine lückenfüllende Anwendung finden. Dies ist etwa beim TMG der Fall, das in seinem 4. Abschnitt weitgehende eigene Regeln zum Datenschutz bei Telemedien enthält. § 44 BDSG darf damit nur dann neben bereichsspezifischen Datenschutzregelungen Anwendung finden, wenn diese die Regelungen des BDSG lediglich punktuell ergänzen und dies auch für den Adressaten der Regelungen ersichtlich ist.³³

Praktisch bleibt diese verfassungskonforme Lösung freilich unbefriedigend: Es können wertungswidersprüchliche Strafbarkeitslücken entstehen. Dies zeigt das Beispiel des TMG. Die Verhaltensnormen zum Datenschutz in diesem Gesetz sind strenger als jene des BDSG.³⁴ Dies beruht darauf, dass von Telemediendiensten ein erhöhtes Risiko für das informationelle Selbstbestimmungsrecht ausgeht, da der Umgang mit personenbezogenen Daten bei Telemediendiensten „nicht nur in einer Datenverarbeitungsanlage, sondern im Netz mit vielen Beteiligten und ohne hinreichende Kontrollmöglichkeiten des Nutzers“³⁵ erfolgt. Vor diesem Hintergrund leuchtet es nicht ein, dass die Sanktionsmöglichkeiten im Anwendungsbereich des TMG hinter jenen des BDSG

²³ Dazu näher unten II. 3.

²⁴ BVerfGE 126, 170 (195).

²⁵ Dazu II. 2. a).

²⁶ Dazu II. 2. b).

²⁷ Dazu II. 2. c).

²⁸ Dies ist unter anderem der Vorgabe des BVerfG (BVerfGE 65, 1 [46]) geschuldet, dass der Verwendungszweck personenbezogener Daten durch den Gesetzgeber „bereichsspezifisch und präzise bestimmt“ werden müsse.

²⁹ Klug/Körffler/Golla, in: Golla/Schomerus (Fn. 7), § 1 Rn. 24.

³⁰ Bär, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2003, S. 912 (923).

³¹ Vgl. Ehmman, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 43 Rn. 19.

³² So Heghmanns, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 6 Rn. 240, der § 44 BDSG im Ergebnis bei Einschlägigkeit einer bereichsspezifischen Regelung nur insofern für anwendbar hält, als diese eine bestimmte Form des Umgangs mit personenbezogenen Daten nicht regelt.

³³ Golla (Fn. 9), S. 133 ff.

³⁴ Vgl. Zscherpe, in: Taeger/Gabel, BDSG, Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 14 TMG Rn. 1, § 15 TMG Rn. 1 f.

³⁵ So die Begründung zu der Vorgängerregelung des TMG, BT-Drs. 13/7385, S. 21.

zurückbleiben sollen. Eine optimale Lösung, die sowohl das Bestimmtheitsgebot wahrt als auch Sanktionslücken vermeidet, wird daher letztlich nur ein Eingriff des Gesetzgebers herbeiführen können.

b) Unbefugtes Handeln

Schwer festzustellen ist auch, wann eine Datenverarbeitung als „unbefugt“ anzusehen ist.³⁶ Dies ist Voraussetzung für ein ordnungswidriges oder strafbares Handeln nach § 43 Abs. 2 Nr. 1-3 BDSG. Es gilt das grundsätzliche Verbot des Erhebens, Verarbeitens und Nutzens von Daten aus § 4 Abs. 1 BDSG. Von diesem Verbot kennt das Gesetz zahlreiche Ausnahmen, die zum Teil sehr vage formuliert sind. So sind etwa nach der „Generalklausel“³⁷ des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG bestimmte Formen der Datenverarbeitung für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, „soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt“. Welche berechtigten und schutzwürdigen Interessen hier eine Rolle spielen und wann eine Datenverarbeitung nach dieser Formel konkret rechtmäßig oder unrechtmäßig ist, lässt sich der Vorschrift jedoch nicht entnehmen. Auch die nur spärlich vorhandene Rechtsprechung bietet hierfür kaum Anhaltspunkte. Für die Adressaten des BDSG ist es aufgrund von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG und ähnlichen Regelungen in vielen Fällen nicht klar, ob sie „unbefugt“ handeln und sich möglicherweise strafbar machen. Gerade im Zusammenspiel mit dem umständlichen und überfrachteten § 28 BDSG erweisen sich die §§ 43, 44 BDSG praktisch als Papiertiger, der sich bei der Prüfung des Merkmals „unbefugt“ im Paragrafendschungel verliert.

Der Anforderung des BVerfG, dass die Adressaten einer Strafnorm „im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht“³⁸, wird die Regelung damit nicht gerecht. Würde man sie ohne Zurückhaltung anwenden und datenverarbeitende Stellen unter Umständen für ein Verhalten bestrafen, das für sie nicht als ein „unbefugtes“ nach § 44 BDSG zu erkennen war, wäre dies verfassungswidrig. Das Merkmal „unbefugt“ muss daher einer besonders strengen Prüfung unterzogen werden.³⁹ Da das den Regelungen des BDSG zugrunde liegende Recht auf informationelle Selbstbestimmung selbst überaus weitreichend und unkonturiert ist, vermag es kaum zu einer konkretisierenden Auslegung der

§§ 43, 44 BDSG beizutragen. Ein möglicher Ansatz, um die Bestimmtheitsproblematik zu entschärfen, wäre es daher, eine „unbefugte“ Erhebung oder Verarbeitung von Daten nur bei evidenten Verstößen anzunehmen.⁴⁰ Eine ähnlich restriktive Auslegung hat das BVerfG beispielsweise für das Merkmal der Pflichtwidrigkeit beim Tatbestand der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) vorgegeben.⁴¹ In der Konsequenz müssen Befugnisnormen wie § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG weit ausgelegt werden, um das Spektrum „unbefugten“ Handelns zu begrenzen.

Es ist aber zu beachten, dass die Befugnisnormen im Gegensatz dazu im außerstrafrechtlichen Kontext in der Regel eng ausgelegt werden, da das Gesetz grundsätzlich von der Rechtswidrigkeit des Umgangs mit personenbezogenen Daten ausgeht.⁴² Dies führt im Datenschutzrecht dazu, dass diese Regelungen im strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Kontext gespalten auszulegen sind.⁴³ Eine solche „Normspaltung“ kann zu dem scheinbar widersprüchlichen Ergebnis führen, dass eine Datenverarbeitung zwar rechtswidrig, aber nicht „unbefugt“ im Sinne der §§ 43, 44 BDSG ist.⁴⁴ Sie ist allerdings notwendige Konsequenz einer Auslegung und Anwendung des BDSG, die das Bestimmtheitsgebot wahrt.

c) Unüberschaubare und redundante Regelung

Auch wenn man das Merkmal „unbefugt“ außer Acht lässt, ist es für die Adressaten des BDSG aus den §§ 43, 44 BDSG schwer zu bestimmen, welche konkreten Verhaltensweisen strafbar sind. Die Strafbarkeit beruht auf einem komplexen Zusammenspiel von Regelungen, das selbst für Juristen nicht leicht nachvollziehbar ist. So folgt aus § 44 Abs. 1 und § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG zunächst nur, dass eine unbefugte Verarbeitung personenbezogener Daten, die mit Bereicherungsabsicht erfolgt, strafbar ist. Was unter personenbezogenen Daten sowie ihrer Verarbeitung zu verstehen ist, ergibt sich erst durch weiterführende Studien. Dass beispielsweise gem. § 3 Abs. 4 BDSG auch die Übermittlung und Löschung unter den weiten Begriff der Verarbeitung gefasst werden, entspricht nicht unbedingt dem intuitiven Verständnis dieses Begriffes. Dazu weist der Katalog der strafbaren Handlungen zahlreiche Redundanzen auf. So ist beispielsweise allein der Fall, dass ein Täter sich Daten verschafft, in § 43 Abs. 2 BDSG gleich drei Mal aufgeführt: Als Erhebung in Nr. 1, als Verschaffen in Nr. 3 und als Erschleichen in Nr. 4 der Vorschrift. Eine einmalige Aufführung wäre völlig ausreichend und würde das Verständnis der Norm erleichtern.

³⁶ Es handelt sich bei dem Begriff „unbefugt“ um ein Tatbestandsmerkmal, da § 43 Abs. 2 Nr. 1-3 BDSG im Übrigen an sich sozialadäquate Verhaltensweisen umschreibt; a.A. Becker, in: Plath (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 2013, § 43 Rn. 11.

³⁷ v. Lewinski, *Recht der Datenverarbeitung* 2003, 122 (125); Ventura-Heinrich, *JA* 2013, 130 (133).

³⁸ BVerfGE 126, 170 (195).

³⁹ Eine andere Möglichkeit wäre es, die Strafbarkeit durch die Annahme von Irrtümern einzuschränken; vgl. BVerfGE 75, 329 (343).

⁴⁰ Ähnlich bereits Tiedemann, *NJW* 1981, 945 (946).

⁴¹ Dieses ist nach BVerfGE 126, 170 (218) so auszulegen, dass die Strafbarkeit „auf evidente und schwerwiegende Verstöße“ gegen die Vermögensbetreuungspflicht beschränkt ist.

⁴² Vgl. Helfrich, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, 42. Lfg., Stand: Juni 2015, Teil 16.1. Rn. 35.

⁴³ Eine ähnliche Problematik ergibt sich unter anderem im Urheberstrafrecht; vgl. Oğlacioğlu, *ZIS* 2012, 431 (435).

⁴⁴ Golla (Fn. 9), S. 168 ff.

3. Durchsetzung

Obwohl die Strafbarkeit nach den §§ 43, 44 BDSG in der Theorie weitreichend ist, werden die Vorschriften in der Praxis kaum angewendet. So wurde nach der Strafverfolgungsstatistik seit dem Jahr 2007 kein einziger Täter wegen einer Straftat nach dem BDSG zu einer Freiheitsstrafe verurteilt.⁴⁵ Auch zu Geldstrafen wurden seit der Erfassung der §§ 43, 44 BDSG in der Statistik jährlich nie mehr als elf Personen (im Jahre 2013)⁴⁶ verurteilt. Ebenso ist die Anzahl der öffentlich bekannten Gerichtsentscheidungen, die sich mit den §§ 43, 44 BDSG auseinandersetzen, sehr überschaubar.⁴⁷

Die Ursachen für diese Diskrepanz zwischen der Weite der Regelung und der praktischen Anwendung sind nicht empirisch erforscht. Eine Ursache könnte darin liegen, dass die komplizierte Struktur des Gesetzes die Vorschriften sowohl für die Opfer entsprechender Straftaten als auch für Staatsanwälte und Richter unverständlich macht. Es lässt sich auch vermuten, dass die Strafvorschriften der Datenschutzgesetze vergleichsweise unbekannt sind, da sie nicht im StGB geregelt sind. Selbst wenn die Betroffenen die Vorschriften kennen und ihren Normgehalt erfassen, kann schließlich eine „rationale Apathie“⁴⁸ der Verfolgung der Verstöße entgegenstehen. Da Datenschutzverstöße oftmals zunächst kaum spürbare Folgen für einzelne Betroffene haben, kann es diesen als unverhältnismäßig aufwändig erscheinen, Maßnahmen zu deren Verfolgung zu ergreifen. So kann diese Einschätzung sie im strafrechtlichen Bereich etwa daran hindern, den zur Verfolgung gem. § 44 Abs. 2 BDSG erforderlichen Strafantrag zu stellen.

III. Lösungsansätze: Ein Weg aus dem Dschungel

Zwar wird sich eine Reform der Strafvorschriften nicht als Allheilmittel für die Durchsetzung des Datenschutzrechts erweisen, allerdings ließen sich einige der benannten Defizite durch einen gesetzgeberischen Eingriff zumindest abmildern. Dem Gesetzgeber steht bei der Regelung des Datenschutzstrafrechts ein weiter Spielraum zu. Weder aus verfassungsrechtlichen Vorgaben, noch aus Unions- oder Völkerrecht ergibt sich eine Verpflichtung, Verletzungen der informationellen Selbstbestimmung mit Strafe zu bewehren.⁴⁹ Auch die geplante Europäische Grundverordnung zum Datenschutzrecht sieht keine Regelungen zur Harmonisierung des Daten-

schutzstrafrechts vor.⁵⁰ Seinen weiten Spielraum sollte der Gesetzgeber zugunsten einer schlankeren und präziseren Regelung nutzen. Dabei sollte er die strafbaren Verhaltensweisen auf einen Kernbestand beschränken und die Strafvorschriften übersichtlicher und verständlicher gestalten.⁵¹ Zudem wären eine Regelung im StGB⁵² und eine Einschränkung des Antragserfordernisses⁵³ sinnvoll.

1. Kompaktere und präzisere Regelung

Eine kompaktere und präzisere Regelung der Strafvorschriften wäre für die Durchsetzung des Datenschutzrechts tendenziell von Vorteil. Sie wäre für Gerichte und Staatsanwaltschaften leichter anwendbar und auch die Adressaten der Regelung könnten ihr Verhalten eher nach dieser ausrichten. Zudem könnte ein neuer Datenschutzstraftatbestand die strafbaren Verhaltensweisen stärker als bisher begrenzen und nur einen „Kernbereich“ von Datenschutzverstößen abdecken.⁵⁴ Eine derart eingeschränkte Regelung würde besser als die bisherigen Vorschriften das „ultima ratio“-Prinzip und das Bestimmtheiterfordernis wahren.

a) Beschränkung des Tatobjektes

Beschränken ließe sich die Regelung zunächst anhand ihres Tatobjektes. Die unangemessene Weite der geltenden Regelungen beruht maßgeblich darauf, dass die unbefugte Erhebung und Verarbeitung jeglicher personenbezogener Daten erfasst ist. Für eine Neuregelung könnte ein konkretes Gefährdungspotential beim Umgang mit personenbezogenen Daten, vor dem das Datenschutzrecht schützen soll, in den Blick genommen werden. Einen Ansatzpunkt hierfür bietet das Risiko der Bildung von Persönlichkeitsprofilen. Dieses gilt als eine Art „Obergrenze“⁵⁵ des Datenschutzrechts. Unter der Bildung von Persönlichkeitsprofilen lässt sich die Zusammenführung von personenbezogenen Daten zu der systematischen Analyse und Vorhersage des Verhaltens von Personen beschreiben.⁵⁶ Ein konkret an diesem Risiko orientier-

⁴⁵ Übersicht über die Verurteilungen bei Golla (Fn. 9), S. 190.

⁴⁶ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3 – 2013, 2015, S. 53.

⁴⁷ Nach Fallgruppen geordneter Überblick bei Golla (Fn. 9), S. 188. Eine erhöhte Aufmerksamkeit erlangte jüngst BGH NStZ-RR 2014, 187 zu der Überwachung von Personen mittels an Fahrzeugen angebrachter GPS-Empfänger.

⁴⁸ Zu diesem Phänomen im Datenschutzrecht insgesamt v. Lewinski, *Privacy in Germany* 2013, 12; *ders.*, *Die Matrix des Datenschutzes*, 2014, S. 75.

⁴⁹ Golla (Fn. 9), S. 105 ff.

⁵⁰ Dies wäre durch das Regelungsinstrument der Verordnung auch nicht zulässig. Die für den Bereich des Datenschutzes in Betracht kommenden strafrechtlichen Regelungskompetenzen der EU gemäß Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV beschränken sich auf den Erlass von Richtlinien.

⁵¹ Dazu III. 1.

⁵² Dazu III. 2.

⁵³ Dazu III. 3.

⁵⁴ Ähnlich *Haft*, NJW 1979, 1194; *Sieber*, CR 1995, 100 (107); *ders.*, in: Deutscher Juristentag e.V. (Hrsg.), *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Bd. 1 – Gutachten, Teil C – Straftaten und Strafverfolgung im Internet, 2012, S. C 9 (C 94).

⁵⁵ v. *Lewinski*, *Recht der Datenverarbeitung* 2003, 122 (123); *Schaar*, DuD 2001, 383.

⁵⁶ Diese Kurzdefinition beruht auf einer Definition des Begriffs durch das Ministerkomitee des Europarates (Empfehlung CM/Rec [2010] 13 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über den Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusam-

ter Datenschutzstraftatbestand könnte sich demnach auf solche nicht allgemein zugänglichen personenbezogenen Daten beschränken, die dazu geeignet sind, die Leistungen einer Person bei der Arbeit, ihre wirtschaftliche Situation, ihren Aufenthaltsort oder ihren Gesundheitszustand systematisch zu analysieren oder vorauszusagen.

So wäre von der Strafbarkeit etwa nicht mehr der Umgang mit Adress- und Kontaktdaten sowie punktuellen Angaben über die Verhaltensweisen oder Vorlieben von Personen umfasst. Weiterhin zum Kreis der Tatobjekte gehören würden beispielsweise aus der Videoüberwachung von Arbeitnehmern gewonnene Informationen, die unter anderem von der Schufa verwendeten Bonitätsdaten,⁵⁷ über GPS-Empfänger ermittelte Bewegungsprofile oder die in einer Patientenakte erfasste Krankengeschichte.

Durch eine solche Einschränkung des Tatobjektes würde die Regelung zu der Wahrung des „ultima ratio“-Prinzips beitragen und Bagatelldelikte von der Strafbarkeit ausschließen. Darüber hinaus würde sie eher als bisher ein konkretes Risiko ausdrücken, das für die Persönlichkeit und ihre freie Entfaltung durch den missbräuchlichen Umgang mit personenbezogenen Daten besteht. So stünde ein Maßstab zur Verfügung, um den Straftatbestand im Bedarfsfall konkretisierend auszulegen. Indem dem strafwürdigen Unrecht klarere Konturen verliehen würden, könnte das Strafrecht im Datenschutz auch besser seiner bewusstseinsbildenden Funktion nachkommen.

b) Beschränkung der Tathandlungen

Auch die Tathandlungen der §§ 43, 44 BDSG könnten beschränkt werden, ohne dass dadurch nennenswerte Strafbarkeitslücken entstünden. In der Praxis wurden bisher vor allem das Erheben und Übermitteln (als Form des Verarbeitens) von Daten als Straftaten und Ordnungswidrigkeiten geahndet. Diese Formen des Umgangs mit Daten sind in ihrem Unrechtsgehalt auch hervorzuheben, da sie am ehesten einen Kontrollverlust über personenbezogene Informationen herbeiführen können. Es wäre folgerichtig, zumindest die Strafbarkeit von Datenschutzverstößen auf das Erheben und Übermitteln von Daten zu beschränken. Diese Tathandlungen können in Anlehnung an die Terminologie von § 202a Abs. 1 StGB und anderer Vorschriften des StGB inhaltsgleich unter dem Begriff des (sich oder einem anderen) Verschaffens zusammengefasst werden.

menhang mit Profiling, Anhang 1. e.); vgl. ausführlich zu der Definition des Begriffs *Golla* (Fn. 9), S. 241 ff.

⁵⁷ Diese umfassen unter anderem Informationen zu Bankkonten, Kreditkarten, Ratenzahlungsgeschäften, Krediten, Bürgschaften und Verträgen anderer Art und gegebenenfalls zu nicht-vertragsgemäßigem Verhalten, vgl.

<http://www.schufa.de/de/ueber-uns/daten-scoring/daten-schufa/> (10.3.2016).

2. Regelung im StGB

Ein auf einen Kernbestand reduzierter Datenschutzstraftatbestand sollte im StGB geregelt werden.⁵⁸ Eine Regelung im StGB könnte größere Bekanntheit erlangen und in stärkerem Maße zur Bewusstseinsbildung bei ihren Adressaten beitragen. Dies erscheint unter dem Aspekt der positiven Generalprävention als angebracht. Auch kann damit gerechnet werden, dass ein Straftatbestand im StGB gegenüber den §§ 43, 44 BDSG, die außerhalb des StGB gewissermaßen „im strafrechtlichen Abseits“⁵⁹ stehen, höhere Anwendungschancen hätte.

Eine Regelung im StGB könnte auch manche Probleme mit der Bestimmtheit, die bei §§ 43, 44 BDSG bestehen, abmildern. Sie würde zunächst Unklarheiten bezüglich der Reichweite des Anwendungsbereiches des BDSG beseitigen. Da § 1 Abs. 3 BDSG für einen im StGB geregelten Straftatbestand zum Schutze des informationellen Selbstbestimmungsrechts nicht gelten würde, könnte er auch in spezifischen Bereichen des Datenschutzes Anwendung finden, für die ansonsten Sonderregelungen gelten. Zudem könnte eine im StGB geregelte Datenschutzstrafnorm die Auflösung der strengen Akzessorietät zwischen den Verhaltensnormen des Datenschutzrechts und dem Straftatbestand aufgrund ihres Regelungszusammenhangs verdeutlichen. Durch die Trennung von den Normen des BDSG würde sich deutlicher ergeben, dass nicht jede (verwaltungs-)rechtswidrige Datenverarbeitung auch zwingend „unbefugt“ im Sinne des Strafrechts ist. Die eigenständige Regelung im StGB würde eine eigenständige, strafrechtsspezifische Auslegung des Merkmals „unbefugt“ nahelegen.

3. Regelung als relatives Antragsdelikt

Der neue Tatbestand sollte schließlich anders als § 44 BDSG nicht als absolutes Antragsdelikt, sondern als relatives Antragsdelikt geregelt werden.⁶⁰ Taten gem. § 44 BDSG werden nach dessen Abs. 2 nur auf Antrag des Betroffenen, der für den Verstoß verantwortlichen Stelle, der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit und der zuständigen Aufsichtsbehörde verfolgt. Wünschenswert wäre es demgegenüber, wenn die Strafverfolgungsbehörde Datenschutzdelikte auch ohne Antrag verfolgen könnte, wenn sie ein Einschreiten von Amts wegen aufgrund des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung für geboten hält.

Die jetzige Regelung kann für eine effiziente strafrechtliche Verfolgung bestimmter Datenschutzverstöße hinderlich sein. Vor allem bei solchen Verstößen, die eine Mehrzahl von Personen betreffen, aber für die einzelnen Betroffenen von scheinbar geringer Tragweite sind, könnte sie einer

⁵⁸ § 44 Abs. 1 BDSG, die Strafvorschriften der Landesdatenschutzgesetze sowie § 203 Abs. 2 S. 2 StGB könnten in Folge der Neuregelung aus dem Gesetz gestrichen werden.

⁵⁹ *Weichert*, NStZ 1999, 490 (492).

⁶⁰ Dies schlug unter anderem schon der Bundesrat im Rahmen der BDSG-Novellen von 2009 vor, BT-Drs. 16/10529, S. 30.

gebotenen Sanktionierung entgegenstehen. So werden Betroffene aufgrund „rationaler Apathie“ oder in Unkenntnis der Rechtslage in vielen Fällen keine Strafanträge stellen.⁶¹ Den Aufsichtsbehörden wäre es dann zwar möglich, in die Bresche zu springen und selbst einen Antrag zu stellen. Allerdings ist auch in diesem Zusammenhang zu beachten, dass viele Aufsichtsbehörden einen kooperativen Arbeitsansatz verfolgen und Sanktionsmittel nur sehr zurückhaltend einsetzen.⁶² Der Staatsanwaltschaft sollte daher im Ergebnis die Möglichkeit eröffnet werden, in Fällen von besonderem Gewicht eigenständig ein Verfahren einzuleiten.

IV. Fazit und Ausblick

Die geltenden Strafvorschriften zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung werden der heutigen gesellschaftlichen Bedeutung des Datenschutzes nicht gerecht. Die Phrase, dass Daten das Öl des 21. Jahrhunderts seien und der Datenschutz damit heute so wichtig sei wie der Umweltschutz, mag abgegriffen sein. Sie passt jedoch mit Blick auf die strafrechtliche Situation: In der Folge der zunehmenden Bedeutung des Umweltschutzes überführte der Gesetzgeber im Jahre 1980 diverse Vorschriften des Umweltstrafrechts in das StGB,⁶³ die zuvor als Anhängsel zu öffentlich-rechtlichen Regelungen des Umweltschutzes ein strafrechtliches Schattendasein ge-
fristet hatten. Bei der Anwendung dieser Vorschriften stellten sich unter anderem im Hinblick auf ihre Akzessorietät zu den verwaltungsrechtlichen Regelungen ähnliche Probleme wie bei den §§ 43, 44 BDSG.

Im Datenschutzstrafrecht wäre eine ähnliche Überführung in reduzierter Form wünschenswert. Sie wäre in jedem Fall gegenüber der jüngsten Erweiterung des StGB um einen Straftatbestand der Datenhehlerei vorzuziehen. Der überaus weite § 202d StGB passt nicht in das bestehende System des Informationsstrafrechts.⁶⁴ Seine Einführung war auch nicht zur Schließung von Strafbarkeitslücken erforderlich.⁶⁵ So erweisen sich insbesondere für den missbräuchlichen Umgang mit personenbezogenen Daten die §§ 43, 44 BDSG als mehr als weit genug. § 202d StGB ist im Ergebnis ein neuer Papiertiger, der Besorgnisse um die Medienfreiheiten auslöst,⁶⁶ aber keinen nennenswerten Beitrag zu der Lösung der wesentlichen Herausforderungen des Datenschutzstrafrechts leistet. Statt symbolische Strafnormen zu schaffen, sollte der Gesetzgeber einen stärkeren Fokus auf Maßnahmen zu der Verbesserung der Durchsetzung bestehender Regelungen legen. Dass dies zum Schutze der informationellen Selbstbe-

stimmung ein gangbarer Weg ist, zeigen auch aktuelle Reformen im Zivilrecht.⁶⁷

⁶¹ Zudem können sich Betroffene an der Stellung eines Strafantrages dadurch gehindert sehen, dass sie in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Täter stehen, beispielsweise als Arbeitnehmer.

⁶² So ist auch die Anzahl der durch die Behörden in den letzten Jahren gestellten Strafanträge überschaubar, vgl. im Einzelnen *Golla* (Fn. 9), S. 189 f.

⁶³ BGBl. I 1980, S. 373 ff.

⁶⁴ Vgl. *Golla/v. zur Mühlen*, JZ 2014, 668 (674).

⁶⁵ *Selz*, in: Taeger (Hrsg.), *Internet der Dinge – Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 2015, S. 915 (917 ff.).

⁶⁶ *Selz*, in: Taeger (Fn. 65), S. 915 (929).

⁶⁷ Am 17. Februar 2016 verabschiedete der Bundestag ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts; BGBl. I 2016, S. 233 ff.

Release from prison in Hungary and the European Court of Human Rights

By Dr. Anita Nagy, Miskolc*

I. Introduction

The European Court of Human Rights has condemned Hungary because of its adoption of real (whole) life imprisonment.¹

The overcrowding of prisons is an often discussed issue in literature. An example of this problem is illustrated in Figure 1², which shows that Hungary falls in the middle in terms of its prison population.

Release from prison can occur in several ways:

- completion of the term of imprisonment
- conditional release
- interruption of imprisonment (temporary)
- presidential pardon
- reintegration custody with electronic monitoring (from 1 April 2015)

In my study I analyse the conditional release and presidential pardon in Hungary.

II. Conditional release

One of the most effective tools of changing the attitudes of the convicts is the institution of conditional release. The essence of parole is that after serving a determined part of the punishment it renders the possibility to the convict to reintegrate into the society.

Early release in Hungary is based on discretionary decisions and is always conditional. The basic provision governing the early release of prisoners is Art. 38 (1) of the Penal Code³. According to this provision, prisoners can be conditionally released from determinate prison sentences after they have served two thirds of their sentence. A minimum of three months must be served since the 1998 amendments.

The conditional release aims at a possibly effective re-socialization of well-behaving prisoners, in whose case the aim of penalty can be achieved without serving the complete term of imprisonment. The decision about the release of a certain prison inmate on parole falls within the competence of the penal executive judge. There are objective criterion and subjective criterion on parole.

- a) The objective criterion for release on parole is that a certain proportion of the sentence must have already been served (two thirds of their sentence). According to Art. 38 (3), when the court imposes a term of imprisonment of no longer than five years, the court may, in circumstances deserving special consideration, grant conditional release after half of the sentence has been served. This option is not available in case of multiple recidivists.
- b) The subjective criterion is particularly good prognosis for the future. The deciding judge must be convinced that there is no danger that the offender will relapse into further crime. The penal judge primarily may take into account the opinion of the penal institution, while concerning the prospects of the future he shall examine the statement of the convict and other objective circumstances, such as the family circumstances of the convict, the possibilities of his employment, sources of his living. The penal institution supports it, if the prisoner has a lot of rewards. In prison, such rewards can be: praise, permission of extra opportunity to receive extra parcel, permission of extra opportunity to meet visitors, extension of amount of money allotted for personal needs, article reward, money reward, delating the record of executed disciplinary sanctions, short term absence of leave, authorised absence.

The competent authority for conditional release is always a penal judge (special chamber of the County Court). The penal judge acts as a single judge. The penal judge conducts the hearing of offenders, in case of presentation of evidence he holds trial, the prosecutor and the defender are permitted to be present at the hearing. The penal judge conducts the hearing and holds the trial within the parameters of the penal institution. The decision reached by the penal judge is appealable. If the penal judge has not released the prisoner on parole, he may review the possibility of release later.

The penal judge terminates the procedure if the motion has been withdrawn by the prosecution on the grounds of justifiable reason.

Appeals against the decision of the penal judge are decided by an appeal panel of county court.

III. The presidential pardon

The presidential pardon is a discretionary power. There are two types of pardon: one is a public pardon, known as amnesty, and the other is an individual pardon. Each of these can further be divided into two categories, procedural and enforcement pardons.

Public pardon can be granted by the Parliament.⁴ According to this, amnesty applies to a certain group of either the accused or the imprisoned.

* Associate professor, Institute of Criminal Sciences, Faculty of Law, University of Miskolc.

¹ Case of László Magyar v. Hungary (ECHR, Judgment of 20.5.2014 – App. no. 73593/10), online available at: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144109> [5.1.2016]). The case originated in an application (no. 73593/10) against the Republic of Hungary lodged with the Court under Art. 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Hungarian national, Mr. László Magyar (“the applicant”), on 9 December 2010.

² Reference: World prison brief: <http://www.prisonstudies.org/> (5.1.2016).

³ Penal Code: The Act C. of 2012.

⁴ Váczy, *Tanulmányok a 70 éves Bihari Mihály tiszteletére*, 2013, p. 553.

Amnesty is primarily connected to symbolic or political events, for instance the commemoration of the death of Imre Nagy, when public pardon was granted to a number of prisoners in honour of his death. This article focuses on the system for individual presidential pardons in Hungary.

Why do we need to know about the procedure for individual pardon?

According to Hungarian Art. 9 (4) g of the Fundamental Law, the president of the republic has the right to grant individual pardons.⁵

„The President of the Republic shall
g) exercise the right to grant individual pardon.”

The minister responsible for justice is responsible for the following:

- 1. preparing the case, with the help of the Pardon Department, and
- 2. endorsing the decision made by the President.

There are two ways to initiate the pardon procedure; it can be requested or be initiated through official channels.⁶ In the case of application, the prisoner, the defence lawyer, the legal representative of a minor, or a relative of the accused or prisoner can apply for a pardon.⁷

The request for a pardon must be submitted to the court of first instance.⁸

Upon submission, the court gathers the necessary documents, for instance the opinion of the probation officer, environmental scanning, police reports, and the opinion of the penitentiary institution.

The court sends the documents (the charge, the sentence, medical reports, and a pardon form)⁹ to the minister within thirty days.

What happens when the minister does not support the application for a pardon?

Even in this case, the minister is required to send the documents to the president of the republic, as well as the minister's negative opinion. If there are medical reasons, it is possible for the minister to postpone or interrupt the punishment.

⁵ ECHR, Judgment of 20.5.2014 – App. no. 73593/10 (Case of László Magyar v. Hungary), para. 20.

⁶ Act no. XIX of 1998, Sec. 597 (1.) on the Code of Criminal Procedure provides: “Motions for pardon [...] in respect of suppressing or reducing sanctions not yet executed [...] shall be submitted – ex officio or on request – to the President of the Republic – by the Minister in charge of justice.”

⁷ Act no. XIX of 1998, Sec. 597 (3) on the Code of Criminal Procedure: „Such a request may be introduced by the defendant, his/her lawyer or [...] relative. [...]”

⁸ Act no. XIX of 1998, Sec. 597 (4) on the Code of Criminal Procedure: „A pardon request [...] concerning a sanction not yet executed must be introduced with the first-instance trial court.”

⁹ Decree of Ministry of Justice 11/2014 (XII. 13.), Sec. 123.

The process described above is illustrated in Figure 2¹⁰. See Figure 2, p. 203.

IV. If granted, what does a declaration of pardon include?

In the case of imprisonment, the text reads, for example, “the remainder of the punishment is suspended for three (3) years on probation.”

Features of the president's decision are:

- I. Above all, the president has discretionary power to decide,
- II. It is not mandatory that the decision be justified in any way,
- III. The opinion of the minister does not bind the president, and
- IV. The decision becomes effective only with the endorsement of the minister.

Measures taking place after the endorsement¹¹:

The court of first instance delivers the decision on the pardon to the prisoner.

While there is no legal remedy against the decision, it is possible to submit a new request for pardon.

Statistics on the presidential pardon procedure are given in Figure 3¹². According to the data issued by the Pardon Department for the period between January 1, 2002 and December 31, 2014, approximately 98 % of the requests for pardon were refused.¹³ See Figure 3, p. 203.

I would like to briefly give the results of an empirical study that was carried out with the permission of the Pardon Department of the Ministry of Justice.¹⁴

I analysed several dozen legal cases based on the following factors:

- the crime committed
- the sentence
- the reason for the request
- the opinions from the relevant sources
- whether the request was recommended for a presidential pardon

Let us examine a sample from the study (Research: XX-KEGY/44/1/2015¹⁵) in Table 1. See Table 1, p. 204.

¹⁰ Act no. CCXL of 2014, Sec. 45 on the Code of Criminal Enforcement.

¹¹ By the document of presidential pardon: <http://igazsagugyiinformaciok.kormany.hu/tajekoztato-az-altalanos-kegyelmi-eljarasrol> (5.1.2016).

¹² Ministry of Justice, Pardon Department: <http://www.kormany.hu/download/d/8d/30000/Statisztika%2020022014%20december%2031%20kegyelmi%20ugyek.pdf#!DocumentBrowse> (5.1.2016).

¹⁴ Nagy, Research about pardon procedure, Ministry of Justice, Pardon Department, XX-KEGY/44/1/2015.

¹⁵ Nagy, Research about pardon procedure, Ministry of Justice, Pardon Department, XX-KEGY/44/1/2015.

Figure 4 shows the distribution of the reasons for requesting pardon.¹⁶ See Figure 4, p. 205.

V. Compulsory presidential pardon

From March 1, 1999 we can talk about the sentence of “real life imprisonment”¹⁷ in Hungary.¹⁸

According to para. 44 (1) of the Penal Code of Hungary, real life imprisonment is applicable to a list of certain types of cases. In 18 cases the judge can use his/her judgement, including the following: genocide, crimes against humanity, apartheid etc.

In two cases, real life imprisonment is compulsory¹⁹:

- a) multiple recidivism with violence, or
- b) those who committed crimes from the list above participate in a criminal organisation.

One special case is when a person sentenced to life imprisonment commits another crime, and is sentenced to life imprisonment again: then the actual sentence must be real life imprisonment.²⁰

In *Magyar v. Hungary* (App. no. 73593/10, 20 May 2014) the European Court of Human Rights²¹ held that the sanction

¹⁶ “Other reasons” included fear, good behavior, and advanced age.

¹⁷ Rec(2003)22 of the Committee of Ministers to member states on conditional release (parole) recommends: “[...], the law should make conditional release available to all sentenced prisoners, including life-sentence prisoners.” Life-sentence prisoner is one serving a sentence of life imprisonment.

¹⁸ Act no. IV of 1978, Sec. 45 on the Criminal Code, as in force since 1 March 1999, provided as follows: “(1) If a life sentence is imposed, the court shall define in the judgment the earliest date of the release on parole or it shall exclude eligibility for parole. (2) If eligibility for parole is not excluded, its date shall be defined at no earlier than 20 years. If the life sentence is imposed for an offence punishable without any limitation period, the above-mentioned date shall be defined at no earlier than 30 years.”

As in force at the material time and until 30 June 2013 when it was replaced by Act no. C of 2012 on the Criminal Code provided as follows: “Imprisonment shall last for life or a definite time.”

¹⁹ Act no. C of 2012 on the Criminal Code, Sec. 44 (2).

²⁰ Act no. C of 2012 on the Criminal Code, Sec. 45 (7).

²¹ *Kafkaris v. Cyprus*, (ECHR, Judgment of 2008 – App. No 21906/04). A life sentence does not become “irreducible” by the mere fact that in practice it may be served in full. It is enough for the purposes of Art. 3 that a life sentence is de jure and de facto reducible. *Iorgov (II.) v. Bulgaria* (ECHR, Judgment of 2010 – App. no 36295/02). Where national law affords the possibility of review of a life sentence with a view to its commutation, remission, termination or the conditional release of the prisoner, notwithstanding the non-judicial character of the procedures to be followed, this will be sufficient to satisfy Art. 3.

of life imprisonment as regulated by the respondent state, which is de jure and de facto irreducible, amounts to a violation of the prohibition of degrading and inhuman punishment as regulated by Art. 3 ECHR.

The judgment was challenged by the Hungarian government, but the request to the Grand Chamber referral was rejected. The judgment became final in October 2014.

The court reinstated its previous case law and as a point of departure emphasised that the imposition of life sentences on adult offenders for especially serious crimes, such as murder, is not in itself prohibited by or incompatible with the ECHR (para. 47). The Court reminded that there were two particular but related aspects to be analysed. First, the ECHR will check whether a life sentence was de iure and de facto reducible. If so, no issues under the Convention arise (para. 48-49). Second, in determining whether a life sentence was reducible, the Court will ascertain whether a life prisoner convict had any prospect of release. Where national law affords the possibility of review of a life sentence, this will be sufficient to satisfy Art. 3, irrespectively of the form of the review.²² Prisoners are entitled to know at the outset of their sentence what they must do to be considered for release and under what conditions, including the earliest time of review (para. 53).

The government tried to argue that the possibility of presidential pardon made the execution of the sentence in practice reducible, but the ECHR did not accept this argument.²³

The Court also noted that the human rights violation was caused by a systemic problem, which may give rise to similar applications, and therefore suggested a legislative reform of the system of review of whole life sentences.

In Hungary today there are 275 people sentenced to life imprisonment, and of these only 40 have been sentenced to real life imprisonment (not all of these are final decisions).²⁴

²² Life-sentence prisoners should not be deprived of the hope to be granted release either. Firstly, no one can reasonably argue that all lifers will always remain dangerous to society. Secondly, the detention of persons who have no hope of release poses severe management problems in terms of creating incentives to co-operate and address disruptive behaviour, the delivery of personal development programmes, the organisation of sentence-plans and security. Countries whose legislation provides for real life-sentences should therefore create possibilities for reviewing this sentence after a number of years and at regular intervals, to establish whether a life-sentence prisoner can serve the remainder of the sentence in the community and under what condition and supervision measures. See Explanatory Memorandum on Recommendation Rec(2003)22 on conditional release (parole).

²³ The Government submitted that the applicant’s life sentence was reducible both de iure and de facto; he had not been deprived of all hope of being released from prison one day. They argued that his sentence was therefore compatible with Art. 3 of the Convention. ECHR, Judgment of 20.5.2014 – App. no. 73593/10 (Case of László Magyar v. Hungary), para. 35.

²⁴ <http://www.jogiforum.hu/hirek/32833> (5.1.2016).

Hungary made two important steps in its response to the ECHR judgment:

- 1. it introduced a mandatory pardon procedure if a convict has spent 40 years of his sentence,
- 2. it established a Pardon Committee.

Table 2 guides us through what the mandatory pardon procedure actually means. See Table 2, p. 205.

Regarding the declaration of the ECHR, the Hungarian Constitutional Court made a declaration on April 17, 2014 (No. III/00833/2014) and a council of the Curia (Büntető Jogegységi Tanácsa) issued a declaration on July 1, 2015 (No. 3/2015, BJE).

Regarding the compulsory presidential pardon, these declarations stated that the Hungarian legal system now was in compliance with the requirements set forth by European Court of Human Rights.

VI. Conclusion

However, it can be argued that these measures are not sufficient to meet the requirements, because the requirement for the endorsement of the minister responsible for justice means that there is a political element in the decision to grant a pardon. This reduces the impartiality and independence of the court.

Figure 1

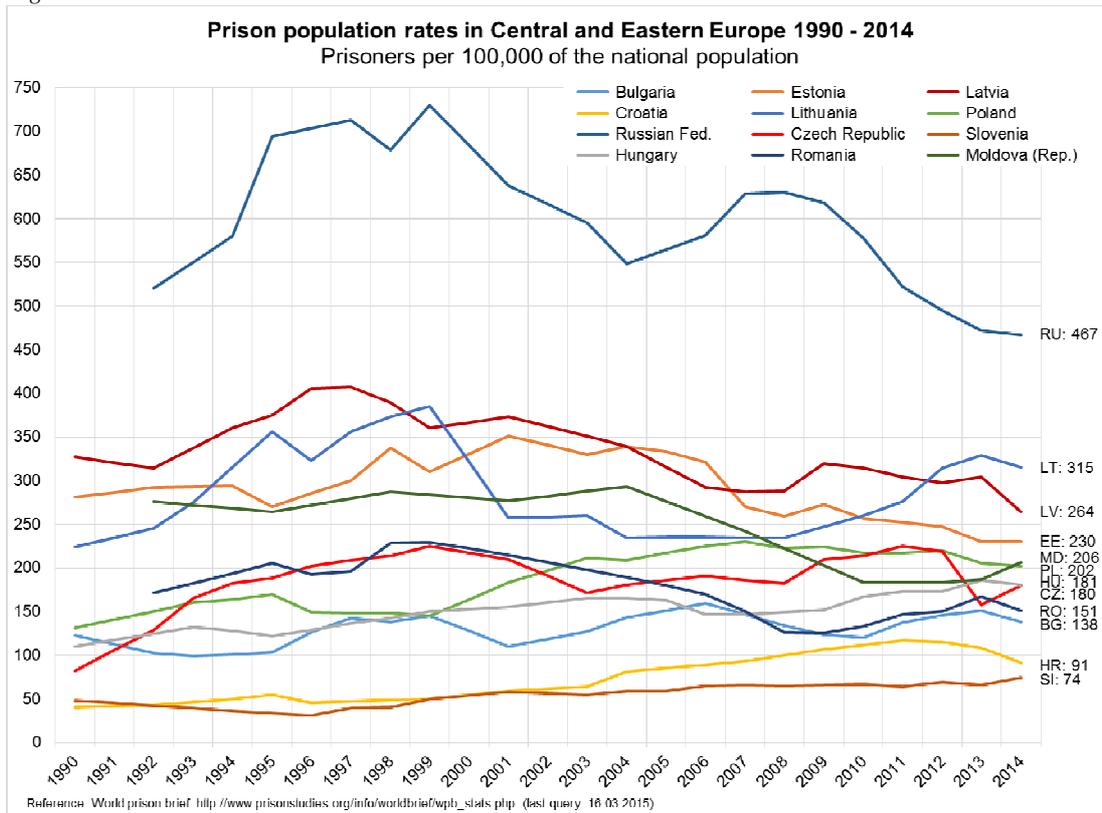


Figure 2

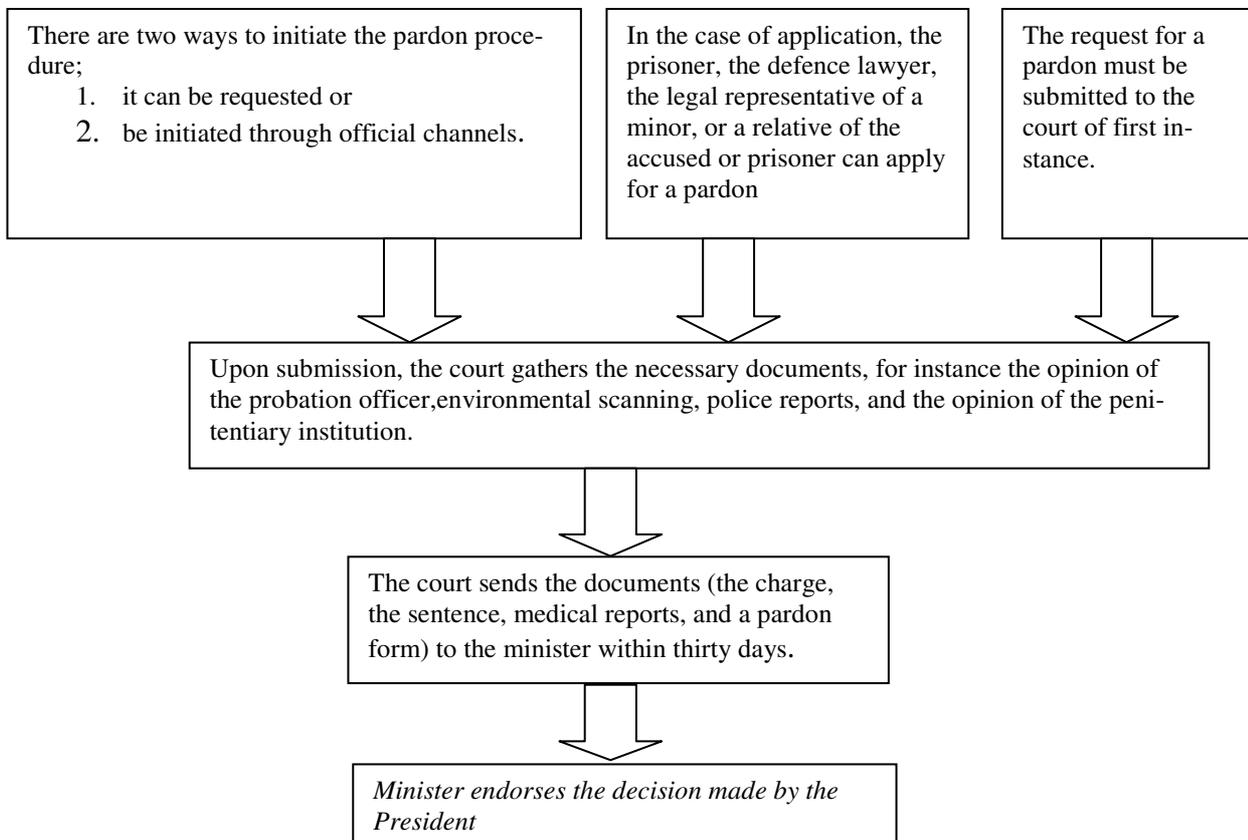


Figure 3: Requests for presidential pardon¹, 2002-2014

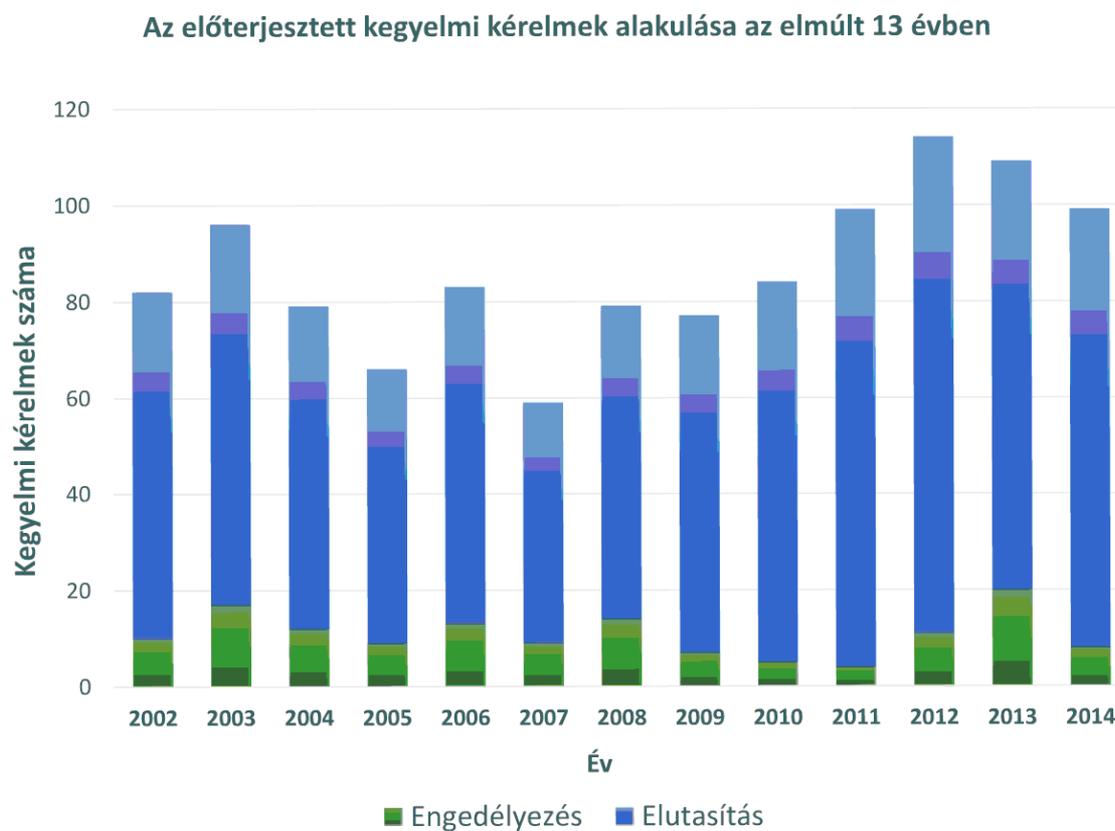


Table 1

Type of crime	Sentence	Reason for request	Attached opinions	Recommended for approval/rejection
Multiple cases of fraud	3 years 10 months imprisonment	medical reason – paralysis due to a serious accident	opinion of hospital treating him: he saved the life of a person; opinion of prison: good behavior, frequently rewarded	for approval

¹ Explanation: engedélyezés: approval , elutasítás: refusal; kegyelmi kérelmek száma: number of pardon requests.

Figure 4

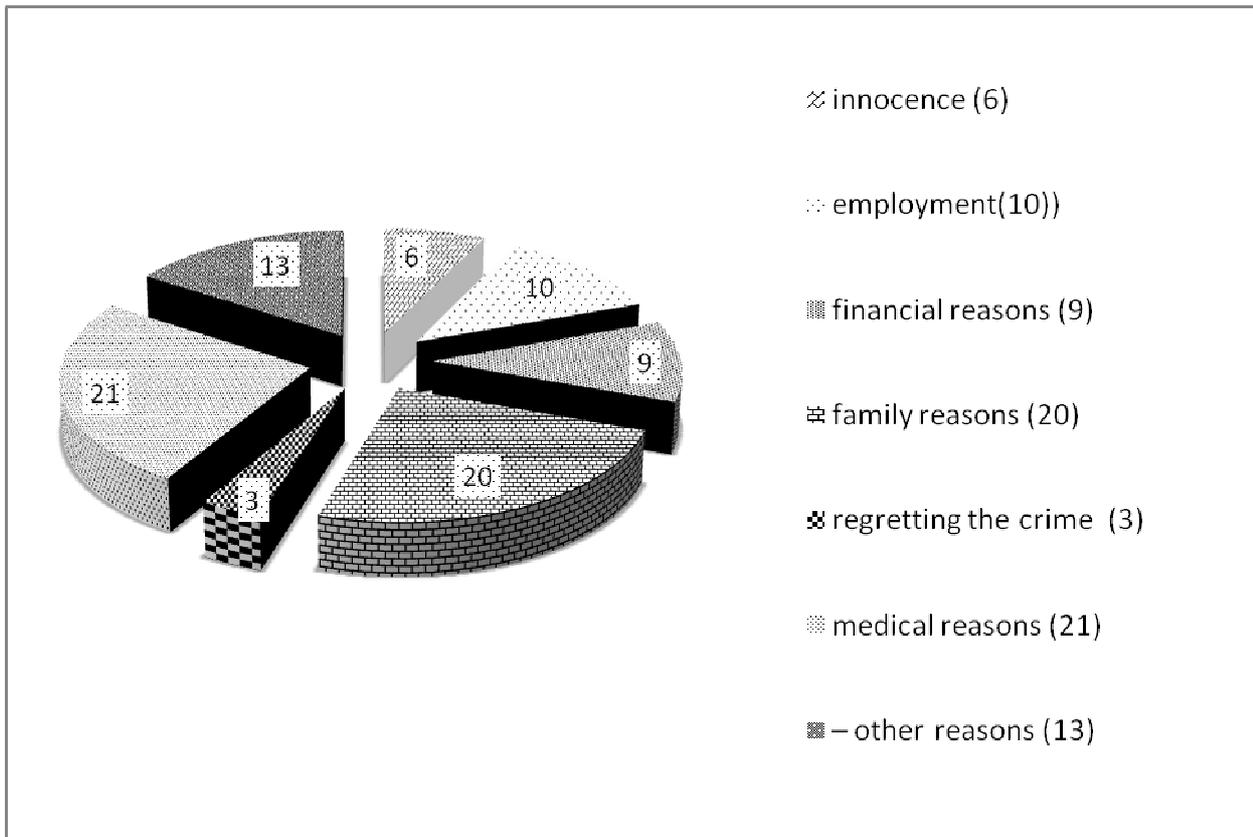


Table 2

1. Has served 40 years of the sentence (if he has declared that he wishes to request the procedure)²
2. The minister must carry out the procedure within 60 days
3. The minister informs the leader of the Curia, who appoints the five members of the Pardon Committee.³
4. The majority opinion must be made within 90 days⁴ in an oral hearing (examining medical status, behavior, risk ranking, etc.).
5. The opinion must be sent to the President within 15 days, who decides whether to grant the pardon. The final step is the endorsement of the minister responsible for justice.
6. If a pardon is not granted at this time, the procedure must be repeated in two years.⁵

² Act no. CCXL of 2014 on the Code of Criminal Enforcement, Sec. 46/B.

³ Act no. CCXL of 2014 on the Code of Criminal Enforcement, Sec. 46/D.

⁴ Act no. CCXL of 2014 on the Code of Criminal Enforcement, Sec. 46/F.

⁵ Act no. CCXL of 2014 on the Code of Criminal Enforcement, Sec. 46/H.

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g**Zur Anerkennung und Vollstreckung von EU-Geldsanktionen nach dem Rahmenbeschluss 2005/214/JI.**

1. Ist die Entscheidung des anderen Mitgliedstaates gegen eine juristische Person gerichtet, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates der Europäischen Union gegründet wurde und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Europäischen Union hat, beantragt die Bewilligungsbehörde, soweit die Vollstreckung zulässig ist, nach § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG die Umwandlung der Entscheidung.

**2. Der europarechtlich zu verstehende Begriff der juristischen Person in § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG umfasst auch eine GmbH & Co. KG.
(Leitsätze des Verf.)**

IRG § 87i Abs. 1 Nr. 2

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.12.2015 – III-3 Ws 100/15

I. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.12.2015 – III-3 Ws 100/15

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsbeschwerde, an das Amtsgericht Düsseldorf zurückverwiesen.

Gründe:

1. Das niederländische Centraal Justitieel Incassobureau hat mit Schreiben vom 23.4.2013 unter Vorlage einer Bescheinigung nach § 87a Nr. 2 IRG beim Bundesamt für Justiz Rechtshilfe durch Vollstreckung einer – rechtskräftig seit dem 20.12.2012 – gegen die Betroffene verhängten Geldsanktion von 105,00 € wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit innerhalb geschlossener Ortschaften um 13 km/h in Nijmegen beantragt. Die Bewilligungsbehörde hat daraufhin im Rahmen des § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG die Vollstreckbarerklärung und Umwandlung der Entscheidung durch das Gericht beantragt. Das AG Düsseldorf hat diesen Antrag zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Bewilligungsbehörde mit ihrer zwischenzeitlich zugelassenen Rechtsbeschwerde.

2. Die Rechtsbeschwerde nach § 87j IRG, über die der Senat nach § 87i Abs. 3 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 IRG in der Besetzung mit drei Richtern entscheidet, ist begründet.

Zu Unrecht hat das AG die Voraussetzung für einen Antrag der Bewilligungsbehörde auf gerichtliche Entscheidung nach § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG – Betroffensein einer juristischen Person, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates der Europäischen Union gegründet wurde und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Europäischen Union hat – abgelehnt. Die betroffene GmbH & Co. KG ist von dem Begriff der juristischen Person im Sinne der genannten Vorschrift umfasst.

Zwar wird in § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG – anders als in § 30 OWiG, der gem. § 87i Abs. 3 Satz 2 IRG bei Umwandlung der ausländischen Sanktion in die ihr im deutschen Recht am meisten entsprechende Sanktion anzuwenden ist – dem Wort-

laut nach nicht zwischen juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften, wozu eine GmbH & Co. KG gem. § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB i.V.m. §§ 705 ff., § 14 Abs. 2 BGB zählt, unterschieden. Der Gesetzeswortlaut muss hier aber nicht nur im Sinne von § 30 OWiG, sondern vielmehr europarechtlich verstanden werden (Trautmann in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Auflage, 2012, § 87i IRG, Rn. 9). Im Hinblick auf die gebotene rahmenbeschlusskonforme Auslegung (EuGH, Urteil vom 16.6.2005, C-105/03, *Pupino*) erstreckt sich der in § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG verwandte Begriff der juristischen Person auch auf Personenvereinigungen, die nach deutschem Recht nicht als juristische Personen angesehen werden (vgl. Trautmann in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, a.a.O., Rn. 10).

Der Neunte Teil des IRG („Vollstreckungshilfeverkehr mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union“), Abschnitt 2 („Geldsanktionen“) dient der Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (im folgenden RbGeld). Gem. Art. 9 Abs. 3 des RbGeld werden Geldstrafen oder Geldbußen gegen juristische Personen selbst dann vollstreckt, wenn der Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen im Vollstreckungsstaat nicht anerkannt ist. Dadurch ist eine einheitliche Vorgehensweise innerhalb der Europäischen Union unabhängig von den jeweiligen nationalen handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften bezweckt. So wird nach dem Wortlaut des Rahmenbeschlusses nur zwischen natürlichen und juristischen Personen (siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a RbGeld) unterschieden, nicht jedoch weiter zwischen Kapital- und Personengesellschaften. Dass europarechtlich der Begriff der juristischen Person mithin jede nach dem bürgerlichen und dem Handelsrecht gegründete Gesellschaft umfasst, ergibt sich auch aus Art. 54 Abs. 1 und 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Danach stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften den natürlichen Personen gleich, und als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Dieses gemeinschaftsrechtliche Verständnis des Begriffs der juristischen Person ist auch in das Gesetzgebungsverfahren zu § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG eingeflossen (vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung [Bundestags-Drucksache 17/1288, Seite 31]).

Die angefochtene Entscheidung war daher aufzuheben und die Sache an das betreffende Amtsgericht zurückzuverweisen. Für eine eigene Sachentscheidung bestand ebenso wenig Anlass wie für die Zurückverweisung an ein anderes Amtsgericht (§ 87j Abs. 5 IRG).

II. Anmerkung

Viele EU-Mitgliedstaaten kennen eine straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen.¹ Der Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (im Folgenden: Rb Geld)² bestimmt deshalb in Art. 9 Abs. 3 eigens, dass Geldstrafen oder Geldbußen, die gegen juristische Personen verhängt werden, selbst dann vollstreckt werden, wenn der Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen im Vollstreckungsstaat nicht anerkannt ist. Im Fall des OLG Düsseldorf ging es um eine niederländische „Ordnungsstrafe“ auf Grundlage der Halterhaftung wegen eines Verkehrsdelikts, das mit einem auf eine GmbH & Co. KG zugelassenen Fahrzeug begangen worden war.³ Bei natürlichen Personen entscheidet die Bewilligungsbehörde (= Bundesamt für Justiz in Bonn) über die Vollstreckung der ausländischen Geldsanktion; der Betroffene kann gegen die Bewilligung Einspruch einlegen und die Sache so gerichtlich überprüfen lassen, § 87f IRG. Handelt es sich um eine juristische Person, beantragt die Bewilligungsbehörde, soweit die Vollstreckung zulässig ist (und die Betroffene nicht bereits nach behördlicher Anhörung gezahlt hat), die Umwandlung der Entscheidung durch das Amtsgericht, § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG. Das Gericht erklärt die ausländische Entscheidung für vollstreckbar und wandelt die Geldsanktion in die ihr im deutschen Recht am meisten entsprechende Sanktion um. Anschließend bewilligt die Bewilligungsbehörde die Vollstreckung nach Maßgabe der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung. Der Rb Geld will mit Art. 9 Abs. 3 sicherstellen, dass „alle Personen“ erfasst werden. Eine GmbH & Co. KG ist keine natürliche Person. Der Begriff der juristischen Person in § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG ist deshalb, wie das OLG Düsseldorf unter Hinweis unter anderem auf die eindeutige Gesetzesbegründung knapp und zutreffend entscheidet, europarechtlich zu verstehen und umfasst neben juristischen Personen im deutschen technischen Sinn (vor allem GmbH, AG) auch Personengesellschaften. Als zusätzliches Argument zieht das OLG Art. 54 AEUV heran, nach dem Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts sowie juristische Personen des Privatrechts den natürlichen Personen ausdrücklich gleichgestellt werden. Art. 54 AEUV wurde später geschaffen als der Rb Geld, hat

aber ohne substantielle Änderung die frühere Regelung in Art. 48 EGV übernommen.

Jenseits der richterlichen Entscheidung dieser Frage lässt sich die gesetzgeberische Entscheidung für das aufwändige Verfahren der Vollstreckbarerklärung und Umwandlung mindestens in den Fällen des § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG allerdings mit guten Gründen hinterfragen. Nach Zurückverweisung durch das OLG dürfte das Amtsgericht hier nun dem Umwandlungsantrag der Bewilligungsbehörde folgen, üblicherweise mit folgendem Tenor: „Die Entscheidung des Centraal Justitiel Incassobureau (Az. ...) vom ... wird für vollstreckbar erklärt. Die festgesetzte Geldsanktion von 105,00 € wird in eine Geldbuße in Höhe von 105,00 € umgewandelt.“ Bereits ein Blick auf diesen Tenor zeigt, dass der Begriff „Umwandlung“ falsche Vorstellungen weckt. Dass ein Gericht die ausländische Entscheidung für vollstreckbar erklärt und ob es die ausländische Geldsanktion – nur der Bezeichnung nach – in eine Geldstrafe oder Geldbuße umwandelt, hat keine Bedeutung für das weitere Verfahren. Die Höhe der Geldsanktion bleibt (fast ausnahmslos) unverändert, allenfalls muss die ausländische Währung in Euro umgerechnet werden (§ 87i Abs. 3 S. 3, § 87f Abs. 2 IRG). Die eigentliche Zwangsvollstreckung richtet sich einheitlich nach § 87n IRG, der weitgehend auf §§ 93 ff OWiG (Vollstreckung von Geldbußen) verweist. Für all das hätte es keiner Inanspruchnahme der knappen Ressource Justiz bedurft. Aus der amtsgerichtlichen Praxis ist bereits Kritik an dem Verfahren nach § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG geäußert worden. Verfassungsrechtlich hätte einer behördlichen Entscheidung nichts entgegenstanden, weil auch in Fällen der Vollstreckungshilfe Art. 104 Abs. 2 GG nur für Freiheitsentziehungen eine richterliche Entscheidung verlangt.⁴ Auch im Verfahren gegen natürliche Personen ist es schließlich die Bewilligungsbehörde, welche die ausländische Geldsanktion für vollstreckbar erklärt, und der wegen Art. 19 Abs. 4 GG erforderliche Rechtsschutz wird nachträglich durch die Möglichkeit des Einspruchs gewährleistet. Das gerichtliche Umwandlungsverfahren ordnet das Gesetz nicht nur für juristische Personen an, sondern auch bei (vereinfacht) Opferentschädigungen (§ 87i Abs. 1 Nr. 3, § 87 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 4 IRG), die das deutsche Recht so nicht kennt. Nach dem Regierungsentwurf war für das Verfahren nach § 87i IRG maßgeblich, dass sich die Entscheidung gegen einen bestimmten Kreis von Betroffenen richtet oder in der Entscheidung eine Geldsanktion verhängt wurde, die das deutsche Recht nicht kennt.⁵ Das ist grundsätzlich nicht falsch,⁶ trägt jedoch nicht die Inanspruchnahme der Justiz. Bei juristischen Personen (die in der Praxis

¹ Für Deutschland siehe § 30 OWiG; zur aktuellen Diskussion etwa Böse, ZStW 126 (2014), 132.

² Umgesetzt durch Gesetz v. 18.10.2010 (BGBl. I, S. 1408). Siehe zuletzt Johnson/Loroch, DAR 2015, 423.

³ Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Anerkennung und Vollstreckung von Halterhaftungsfällen auf Grundlage von § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG grundlegend OLG Köln NZV 2012, 450, m. Anm. Johnson. Der in diesem Zusammenhang durchweg verwandte Begriff „Halterhaftung“ ist unscharf, weil die Niederlande nicht den Halter des Fahrzeugs (im deutschen Sinne) zur Verantwortung ziehen, sondern schlicht an die Person, auf welche die Kennzeichen des Tafahrzeugs ausgegeben sind.

⁴ Grotz, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Bd. 1, 61. Lfg., Stand: Februar 2004, IRG vor § 48 Rn. 20; Schomburg/Hackner, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, Vor § 48 IRG Rn. 2.

⁵ BT-Drs. 17/1288, S. 31.

⁶ Jedenfalls Geldbußen gegen juristische Personen kennt das deutsche Recht mit § 30 OWiG sehr wohl. Gleichwohl unterwirft das Gesetz sogar ausländische Geldbußen dem Verfahren nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 IRG.

die Anwendung des § 87i IRG dominieren) und Opferentschädigungen wird lediglich „Geld in Geld“ umgewandelt. Dafür braucht es keine gerichtliche Entscheidung.⁷

Zum zweiten verursacht das Verfahren bei Bewilligungsbehörde, Amtsgericht und Staatsanwaltschaft erheblichen Aufwand. Nach Anhörung und Gelegenheit zur Zahlung stellt die Bewilligungsbehörde den Antrag nach § 87i IRG. Das Amtsgericht erklärt die ausländische Entscheidung für vollstreckbar und wandelt die Geldsanktion um. Nach Rechtskraft des Beschlusses muss die Akte an die Bewilligungsbehörde zurückgeleitet werden, und diese bewilligt die Vollstreckung nach Maßgabe der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung und fordert die Betroffene auf, spätestens zwei Wochen nach Zustellung die Geldsanktion an die zuständige Kasse nach § 87n Abs. 5 S. 3 IRG zu zahlen (§ 87i Abs. 6 IRG). Zuständige Kasse ist die Kasse des Landes, in dem das Gericht seinen Sitz hat. Bemerkenswert ist, dass eine Bundesbehörde die Betroffene zur Zahlung an eine Landeskasse auffordert.⁸ Die Bewilligungsbehörde gibt die Sache an die Staatsanwaltschaft als jetzt zuständige Vollstreckungsbehörde (§ 87n Abs. 1 S. 2, 3 IRG) ab. Diese teilt das Ergebnis der Vollstreckung abschließend der Bewilligungsbehörde mit, die wiederum den ersuchenden Mitgliedstaat darüber in Kenntnis setzt. Mit diesem Verfahren hält das Gesetz die klassische Zweiteilung des Rechtshilfeverfahrens in Zulässigkeit und Bewilligung aufrecht; zugleich kommt der Vollstreckungserlös dem Land zugute, das den Aufwand des amtsgerichtlichen Verfahrens zu tragen hatte. In der Praxis hat das Verfahren allerdings, zumal in der Anfangszeit, zu einem heillosen Hin und Her der Akten und beachtlichen haushaltstechnischen Schwierigkeiten in den Ländern, aber auch zwischen Bund und Ländern geführt. Der Aufwand dafür dürfte die den Ländern zugutegekommenen Erlöse bei weitem überstiegen haben. Und nicht zuletzt verzögert das Verfahren nach § 87i IRG die Erledigung der Sache erheblich.

Abteilungspräsident im Bundesamt für Justiz Dr. Christian Johnson, Bonn

⁷ Sinnvoll erscheint das gerichtliche Umwandlungsverfahren allein bei Geldstrafen gegen Jugendliche oder Heranwachsende. Hier geht es bei der Umwandlung in eine nach dem JGG zulässige Sanktion, § 87i Abs. 4 IRG, tatsächlich um eine inhaltliche Veränderung der ausländischen Geldsanktion, die man der Richterin/dem Richter wird überlassen müssen. Einzige OLG-Entscheidung dazu bislang: OLG Hamburg ZIS 2015, 119, m. Anm. *Johnson*.

⁸ Damit das funktioniert, benötigt das Bundesamt für Justiz bereits zu diesem Zeitpunkt, zu dem noch kein Vollstreckungstitel vorliegt, ein Kassenzeichen oder einen anderen Verwendungszweck, zu dem die Zahlung erfolgen kann. Dafür soll das Amtsgericht, erforderlichenfalls unter Beteiligung der Staatsanwaltschaft, sicherstellen, dass dem Bundesamt für Justiz mit Rücksendung der Akten zugleich eine Bankverbindung nebst Kassenzeichen mitgeteilt wird (Nr. 172 Abs. 1 RiVAST).

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

Carsten Momsen/Thomas Grützner (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, C.H. Beck, München, 2013, 1.410 S., € 179,99.

I. 1. Das von *Carsten Momsen* und *Thomas Grützner* 2013 in erster Auflage herausgegebene „Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis“ befasst sich mit dem Themenkomplex „Wirtschaftsstrafrecht“. In der Tat könnte das Thema eines solchen Handbuchs aktueller kaum sein. Seit Jahren häufen sich medial präsen- te „Wirtschaftsstrafverfahren“, in die in aller Regel Unternehmen involviert sind. Diese versuchen nun verstärkt, durch interne Untersuchungen und Präventionsmechanismen – Stichwort „Compliance“ – ihre Haftungsrisiken zu minimieren. Genau hier setzt das vorliegende Werk an: Es nähert sich dem Wirtschaftsstrafrecht aus Unternehmensperspektive und orientiert sich an üblichen Strukturen innerhalb von Rechtsabteilungen und größeren Wirtschaftskanzleien. Dabei werden spezifische Fragestellungen der gesamten Bandbreite – so zumindest der Anspruch der Herausgeber – des Komplexes „Wirtschaftsstrafrecht“ abgedeckt.

2. Im Mittelpunkt der einzelnen Kapitel stehen – gemäß der Zielsetzung dieses Handbuchs – praktisch besonders relevante Aspekte. Dass die Bearbeiter der jeweiligen Kapitel wissen, wovon sie reden, wird durch die große Bandbreite an Praktikern verdeutlicht: es finden sich allen voran Rechtsanwälte, aber auch in Unternehmen tätige Juristen sowie Staatsanwälte. Die Befürchtung, dass eine wissenschaftlich fundierte Darstellung in einem solchen Werk mit ausdrücklicher Praxisausrichtung möglicherweise zu kurz kommt, bewahrheitet sich hier keinesfalls. Dafür sorgt wohl nicht zuletzt die eindrucksvolle Dichte der *Autoren* aus dem Professorenstand.

3. Vorauszuschicken ist, dass jeder Versuch, das in seiner Breite und Tiefe kaum fassbare – ja, selbst kaum abschließend definierbare – „Wirtschaftsstrafrecht“ aufzubereiten, äußerst verdienstvoll ist. Dies jedoch mit einem einzigen Handbuch umfassend bewerkstelligen zu wollen – was der Titel nahe legt – erscheint, gelinde gesagt, illusorisch. Es darf im Ergebnis also nicht verwundern, dass dieses selbst gesteckte Ziel letzten Endes nur mit Abstrichen verwirklicht werden konnte.

4. Das vorliegende Handbuch legt den Fokus auf den Themenkomplex Compliance im weiteren Sinn (inklusive interner Ermittlungen und Korruption). Dies dürfte auch weitgehend den Bedürfnissen der Zielgruppen – Unternehmen bzw. deren Entscheidungsträger und Anwälte – in der Praxis entsprechen. Unter dem Titel „Wirtschaftsstrafrecht“ könnte sich der Leser aber unter Umständen etwas anderes vorstellen. Meines Erachtens wäre aus diesem Grund schon ein Hinweis auf diese Schwerpunktsetzung im Titel überlegenswert gewesen. Der Leser wüsste auf den ersten Blick, was er zu erwarten hat.

5. Das eben Gesagte soll den Wert dieses Handbuchs jedoch in keiner Weise schmälern. Ich denke, es trifft sicherlich in vielen Punkten den Nerv seiner Leser und schafft es durch seine praktische Ausrichtung, die strafrechtliche Sensibilität

der Betroffenen in vielen Bereichen zu schärfen. Dem Leser wird der Einstieg in jedes Kapitel mit einer Einleitung und einem kurzen Überblick über die aktuelle Entwicklung im jeweiligen Bereich erleichtert und das Interesse, noch tiefer in die Materie einzutauchen, zweifelsohne geweckt.

II. Das vorliegende Handbuch umfasst zehn Kapitel, wovon nahezu jedes einzelne in weitere Subkapitel aufgegliedert ist. Schon alleine aufgrund des Umfangs – 1.384 Seiten (!) – ist es in dieser Rezension freilich nicht möglich, das gesamte Werk „auf Herz und Nieren“ zu untersuchen. Darum soll im Folgenden lediglich ein kurzer Streifzug durch die einzelnen Kapitel und ihre Schwerpunktsetzungen unternommen werden.

1. Das erste Kapitel behandelt als Einführung das Haftungsregime und die Haftungsrisiken von Unternehmen bei Wirtschaftsdelikten. Hier werden beispielsweise kriminologische Befunde zur Wirtschaftskriminalität präsentiert – wer ist der „typische“ Wirtschaftskriminelle? –, die Grundstrukturen der strafrechtlichen Haftung aufgearbeitet – wer kann überhaupt als Täter eines Wirtschaftsdelikttes auftreten? – und die Frage, welche Organe welche Risiken treffen können, beantwortet. Die Beiträge stammen von *Axel Dessecker*, *Jan Ellermann*, *Carsten Momsen* und *Thomas Rotsch*.

2. Die „Grundlagen von Corporate Compliance“ erfahren in Kapitel zwei eine eingehende Behandlung. Es geht hier um die Prävention strafrechtlicher Risiken durch strafrechtlich wirksame Compliance (*Andreas Gilch/Dirk Christoph Schautes*), die Sicherstellung einer solchen Compliance (*Alexander Jakob*) und nicht zuletzt um die Grenzen von Kontrollmaßnahmen. In letzterem Subkapitel befasst sich *Michael Schmidl* mit praktisch äußerst wichtigen Fragen in Bezug auf „Mail-Filterung“, Whistleblowing, die Überwachung von E-Mail- und Internetverkehrsdaten, etc. in Unternehmen. Es ist wohl keine Seltenheit, dass Entscheidungsträger in Unternehmen bei Compliancemaßnahmen „übers Ziel hinauschießen“ und mögliche Kollateralschäden – Verletzungen von Rechten dritter Personen – in Kauf nehmen. Dazu tragen auch die immer weiter fortschreitenden technischen (Überwachungs-)Möglichkeiten bei. Der vorliegende Beitrag bringt die rechtlichen Rahmenbedingungen für Überwachungsmaßnahmen von Mitarbeitern näher und erlaubt eine erste grobe Einschätzung von deren Rechtmäßigkeit.

3. In Kapitel drei werden die strafrechtlichen Ermittlungen aus der Perspektive des Unternehmens dargestellt. Welche Rechte hat z.B. das Unternehmen, wenn Straftaten zu seinem Nachteil begangen wurden (Akteneinsicht, Nebenklage, etc.)? Interessant gestalten sich auch die Ausführungen über die Ermittlungen gegen Unternehmen aus der Perspektive der Strafverfolgungsbehörden. Abgerundet wird dieses Kapitel mit „Verteidigungsstrategien“ bei Ermittlungen gegen Unternehmen, wobei auf die jeweiligen Möglichkeiten im Ermittlungs-, Zwischen- und schließlich Hauptverfahren eingegangen wird. Die Bearbeiter dieser Kapitel sind *Markus Berndt*, *Martin Böse*, *Armin von Döllen*, *Christoph Klahold* und *Gerwin Moldenhauer*.

4. Den „internen Ermittlungen“ – einem höchst relevanten Thema in der Unternehmenspraxis – ist Kapitel vier gewidmet. Neu sind hier vor allem die Darstellung des Verlaufes

interner Ermittlungen und die detaillierte Beschreibung – knapp 100 Seiten – der einzelnen Etappen. *Thomas Grützner* präsentiert einen geordneten Prozess für die Durchführung solcher Ermittlungen in acht Schritten. Zunächst müssen Anlaufstellen geschaffen und erhaltene Hinweise rechtlich geprüft werden. Dann beginnt die Einleitung der internen Ermittlungen, ein Untersuchungsplan wird aufgestellt und die beschlossenen Maßnahmen durchgeführt. Es werden sogar Tipps für die Befragung von Mitarbeitern (Ort, Reihenfolge, Strategie, Chronologie, etc.) gegeben. Hilfreich erscheint auch die „Checkliste zur Durchführung interner Ermittlungen“, die diesem Kapitel angehängt ist.

5. Kapitel fünf untersucht Betrugs- und Untreuekonstellationen. Zunächst wird der Betrug (§§ 263 ff. StGB; *Thomas Schröder*) dargestellt, im Anschluss die Untreue (§ 266 StGB; *Edward Schramm*). Es handelt sich bei diesen beiden Tatbeständen um zwei der wichtigsten Vermögensdelikte, wobei jedes für sich zahlreiche dogmatische Unwägbarkeiten bereithält. Der Leser erhält einen soliden Überblick über die einzelnen Tatbestandsmerkmale und ihre Auslegung in Lehre und Rechtsprechung (z.B. Eintritt des Vermögensschadens). Dieses Kapitel verdeutlicht aber die eingangs erwähnte Schwerpunktsetzung dieses Handbuchs: Die Abhandlung dieser zwei zentralen Deliktstypen umfasst nur geringfügig mehr Seiten, als die Darstellung des Ablaufs interner Ermittlungen im vorangehenden Abschnitt. Wer einen guten Überblick sucht, wird hier auf jeden Fall fündig. Wer sich jedoch tiefergehend mit Betrug oder Untreue auseinandersetzen möchte, muss auf die Kommentarliteratur sowie die einschlägigen Monographien verwiesen werden.

6. Dem Bank- und Kapitalmarktstrafrecht widmet sich Kapitel sechs. Neben Banking & Finance (*Karsten Altenhain*) – gemeint sind in diesem Zusammenhang vor allem bankspezifische Straftatbestände – werden hier auch der Marktmissbrauch (Insiderdelikte, Marktmanipulation; *Kristian Hohn*) und das Bilanzstrafrecht außerhalb der Krise (*Carsten Momsen*) dargestellt. Letztere Thematik wird wiederum eher oberflächlich behandelt.

7. Kapitel sieben umfasst das Kartellrecht und den Wettbewerbsschutz. Der Leser wird hier in das allgemeine Kartellverbot eingeführt, praxisrelevante Konstellationen werden angeboten und die zu erwartenden Sanktionen dargestellt. Die Autoren dieses Kapitels sind *Olaf Wrede*, *Fabian Theurer*, *Dietmar Prechtel*, *Robert Schulz* und *Martin Böse*. Auch das Kartellverfahrensrecht sowie mögliche Compliancemaßnahmen findet der interessierte Leser. Unter dem Subkapitel „Wettbewerbsschutz“ werden der gewerbliche Rechtsschutz (UWG; *Michael Heghmanns*) sowie strafbare Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums außerhalb des UWG (*Benjamin Koch*) abgehandelt.

8. Das „Insolvenzstrafrecht“ wird im Folgekapitel acht beleuchtet. Zunächst werden zentrale Begriffe wie (drohende) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung dargestellt. Im Anschluss werden „Vermögensverschiebungen in Krise und Insolvenz“ (§§ 283 ff. StGB) untersucht. *Axel Rinjes* behandelt ebenfalls Buchführungs- und Bilanzdelikte, die Insolvenzverschleppung und das Vorenthalten von Arbeitsentgelt.

9. Unter dem Titel „Korruptionsbekämpfung“ erwartet den Leser eingangs das Thema Korruptionsprävention. Im Anschluss wird äußerst breit gefächert auf verschiedene „korruptionsanfällige“ Rechtsbereiche eingegangen. Den Anfang machen das Straf-, Zivil-, Steuer- und Vergaberecht, für das *Thomas Grützner* und *Nicolai Behr* verantwortlich zeichnen. Es folgen – deutlich kürzer – das Gesundheitswesen (*Matthias Krüger*), das Sponsoring (*Stephan Voigtel*) und schließlich noch der US-amerikanische Foreign Corrupt Practices Act (*Bruce Yannet/Thomas Schürle*), der UK Bribery Act 2010 sowie ein Überblick über die internationale Korruptionsbekämpfung (*Thomas Grützner/Nicolai Behr*). Aufgrund der internationalen Ausrichtung vieler Unternehmen erweisen sich die letztgenannten Subkapitel als äußerst hilfreich.

10. Das letzte Kapitel (zehn) widmet sich Sondergebieten des Wirtschaftsstrafrechts: Arbeitsstrafrecht (*Frank Meyer*), Arznei- und Lebensmittelstrafrecht (*Matthias Krüger*), Außenwirtschaftsstrafrecht (*Frank Meyer*), Kriegswaffenkontrollrecht (*Bernd Heinrich*), strafrechtliche Haftung bei Betriebsunfällen (*Stephan Voigtel*) sowie Umweltstrafrecht (*Denise Ventura-Heinrich*).

III. Ohne Frage werden in diesem Handbuch zahlreiche für die Praxis relevante Themengebiete umfassend behandelt und der Leser wird für die Problemstellungen innerhalb der einzelnen Kapitel sensibilisiert. Wie schon eingangs erwähnt, werden Manager in Unternehmen und Rechtsanwälte, die sich intensiv mit der Thematik „strafrechtliche Compliance“ in einem weit verstandenen Sinn befassen möchten, mit dem vorliegenden Werk ihre Freude haben. Dieser Bereich lässt keine Wünsche offen. Andere Themengebiete hingegen, die ohne Frage auch dem Wirtschaftsstrafrecht zuzuordnen sind, werden aber nur rudimentär besprochen. Wer sich in diesen Bereichen bloß einen Überblick verschaffen möchte, wird mit den Ausführungen hierzu aber bestimmt auch das Auslangen finden. Zusammenfassend ist dieses Handbuch zum Wirtschaftsstrafrecht jedenfalls zu empfehlen und der Kaufpreis gut investiert.

Mag. Florian Sprajc, Graz

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

Dieter Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik. C.H. Beck, München 2015, 691 S., € 89,-.

Man durfte gespannt sein auf das Buch von *Dieter Kochheim*, der nicht nur ein ausgewiesener Kenner der Materie Cybercrime ist, sondern sich auch als Betreiber der Webseite www.cyberfahnder.de einen Namen gemacht und auf dessen Expertise schon so mancher online zugegriffen hat. Nun ein haptisches Werk in den Händen zu halten, erleichtert nicht nur das kurze Nachschlagen, sondern vereint Geschichte, Technik, materielles und prozessuales Recht rund um das Thema Cybercrime in einem Band.

Der erste Teil „Duale Welt“ gibt zunächst einen inhaltlichen Überblick über die Themen des Gesamtwerkes, um dann im 1. Kapitel eine Begriffsklärung von Cybercrime und IuK-Strafrecht im engeren und weiteren Sinne sowie organisierten Formen von Cybercrime vorzunehmen (S. 13 f.). Anschließend wird der Begriff des informationstechnischen Systems, wie ihn das BVerfG in seiner Entscheidung zur Onlinedurchsuchung prägte, näher präzisiert und in einen technischen Kontext gestellt. Hilfreich ist in diesem Zusammenhang die Auflistung der technischen Systeme in ihrer Dimensionierung und Qualifizierung als informationstechnische Systeme (S. 17). Einführend werden zudem die wichtigsten Tatbestände des IuK-Strafrechts vorgestellt und in Tabellenform ein Überblick über den Strafraum gegeben (S. 23). Neben statistischen Fallzahlen und kriminalpolitischer Bedeutung (S. 25 ff.), benennt *Kochheim* die zehn vom BSI 2012 beschriebenen Bedrohungen gegen Anlagensteuerungen (S. 30 ff.).

Sehr interessant ist dann auch der historische Abriss zum Thema Cybercrime in Kapitel 2 (S. 33 ff.). Die technische Entwicklung von den Lochstreifen aus Holzplättchen für Webstühle 1728 bis zur Kreditkarte 1894 wird kurz nachgezeichnet. Danach wird im Zeitraffer die Geschichte der Elektrotechnik bis 1950, das elektronische Zeitalter bis 1970, die elektronische Gründerzeit bis 1980 und Expansion und Missbrauch bis 1990 beschrieben. Umfangreich gestaltet sich dann der historische Abschnitt bis 2000, da nun die IT den Massenmarkt eroberte, das Internet zum Massenmedium wurde und sich das Cybercrime zu organisieren begann (S. 45). Mit Blick auf die Zeit ab 2000 („Kommerzielles Internet und organisiertes Cybercrime“) werden neu beginnende Phänomene wie die Entwicklung von Malware, Botnetzen u.ä. beschrieben (S. 66 ff.). Es folgt die differenzierte Betrachtung neuer Formen des Cybercrimes in der Neuzeit (S. 73 ff.). Hier erfährt man etwas darüber, was Cardingboards, Botnetze oder das Stuxnet sind, lernt unterschiedliche Formen der Datenspionage, wie etwa die bekannten Man-in-the-Middle-Attacken aber auch unbekanntere wie Night Dragon oder Operation High Roller kennen und erhält einen kurzen Input zu Ransomware, Abofallen und Betrügereien in Webshops.

Kapitel 3 (S. 91 ff.) beschäftigt sich ausführlich mit den Formen und Methoden des Cybercrimes und zeigt die techni-

sche Seite der Materie auf, was sich als sehr hilfreicher Hintergrund für die spätere rechtliche Betrachtung erweist. Schaubilder erleichtern es hier – wie auch schon an anderer Stelle – dem Leser eine Vorstellung von den doch recht komplexen Vorgängen zu vermitteln. So werden beispielsweise Hacking, Phishing, Skimming und Angriffe mit Malware umfassend, in ihren Differenzierungen und detailgenau erläutert. Abschließend wird auf Identitätstauschung und Identitätsdiebstahl sowie kurz auf Carding und Kontobetrug eingegangen.

In Kapitel 4 (S. 131 ff.) folgt unter der Überschrift „Gefahren und Hakteure in der dualen Welt“ eine Betrachtung der für das Cybercrime bedeutenden gesellschaftlichen und strukturellen Umgebungen.

Der zweite Teil des Buches, der zugleich der umfangreichste Teil ist, stellt den zentralen Abschnitt des Werkes dar und beleuchtet das materielle IuK-Strafrecht in seinen verschiedenen Facetten (S. 151 ff.). Dabei werden nicht nur die einschlägigen Straftatbestände im Detail vorgestellt und in einen Zusammenhang mit den technischen Besonderheiten gestellt, sondern auch voll umfänglich die einschlägige Rechtsprechung wiedergegeben und bei der Bewertung berücksichtigt.

Zunächst wird in Kapitel 5 das Hacking umfassend dargestellt und mit einer Abgrenzung nach Gegenstand und Grenzen des Hacking-Strafrechts begonnen (S. 154 ff.). Einen guten Überblick erhält man durch eine tabellarische Übersicht, in der nach Strafbarkeiten des klassischen Hackings, Straftatbeständen zum Abhörschutz, zum Schutz des Rechtsverkehrs, strafbaren Vorbereitungshandlungen und Verbrechensverabredung differenziert wird (S. 160 ff.). Es folgt eine ausführliche Betrachtung dieser Straftatbestände im Einzelnen, wobei es dem *Autor* wiederum durch Angriffsszenarien veranschaulichende Grafiken gelingt, das Verständnis dieser doch komplizierten Technikseite der Straftatbestände zu erleichtern. Auch eine Grafik zu den verschiedenen Tatphasen ist sehr hilfreich.

Kapitel 6 beschäftigt sich mit der Verbreitung und dem Einsatz von Basis-Malware, wobei eine Differenzierung nach den einzelnen Phasen erfolgt und auch hier Grafiken das Bild abrunden (S. 209 ff.). In Kapitel 7 wird kurz auf die Strafbarkeit bei Betrieb und Steuerung eines Botnetzes eingegangen und die Verbrechenstatbestände benannt, die bei spezialisierter Botware gegen kritische Infrastrukturen in Betracht kommen können (S. 239 ff.). Ebenfalls recht kurz erfolgt die Darstellung der missbräuchlichen Datenverwertung und Rechtsverfolgung in Kapitel 8 (S. 245 ff.), wobei auch schon auf den neuen Straftatbestand gegen die Datenhehlerei eingegangen wird (S. 253 f.), der nach Erscheinen dieses Buches mittlerweile in Kraft getreten ist. Kapitel 9 beschäftigt sich mit dem bargeldlosen Zahlungsverkehr, seinen technischen und wirtschaftlichen Abläufen sowie den grundlegenden Rechtsfragen (S. 255 ff.). Auch hier erleichtern Grafiken das Verständnis für die unterschiedlichen Abbuchungsverfahren und Rechtsstrukturen. Neben klassischen Verfahren werden die neuen Zahlungsverfahren beschrieben, die ebenfalls Missbrauchsgefahren bergen (S. 281).

Kapitel 10 beleuchtet betrugsnahe Erscheinungsformen des Cybercrimes, wie betrügerische Webshops, Abofallen, Kartenmissbrauch, Manipulationen mit Bankkonten u.ä. (S. 283 ff.). In Kapitel 11 werden die Erscheinungsformen beim Missbrauch von Zahlungsmitteln, des Zahlungs- und Warenverkehrs behandelt, wobei auch hier zunächst eine Tabelle zur Orientierung bei den verschiedenen Formen des Cybercrimes dient, die in Verbindung mit Bezahlsystemen und dem Warenhandel stehen (S. 309 ff.). Die verschiedenen Phasen und Strafbarkeiten, die das mehrgliedrige Delikt des Skimmings verwirklicht, werden in Kapitel 12 beschrieben (S. 321 ff.). Auch hier gibt eine Tabelle mit den Fälschungsdelikten einen Überblick (S. 325), Grafiken zu Tatphasenmodellen beim Skimming erleichtern wieder das Verständnis (S. 330, 335, 338). Kapitel 13 behandelt die Identitätstäuschung und den Identitätsdiebstahl unter dem Gesichtspunkt des Urkundenstrafrechts (S. 356 ff.). Eine Tabelle beschreibt am Ende überblicksartig, welche strafrechtlichen Konsequenzen die Namens- und Identitätstäuschung bei der Einrichtung und Nutzung von Webkonten, bei digitaler Kommunikation, Anlagen und gehosteten Dateien sowie technischen Manipulationen haben kann (S. 385 ff.). Viel Raum wird auch den verschiedenen Phasen des Phishings in Kapitel 14 gewidmet (S. 395 ff.). Festgestellt wird hier, dass alle Phasen der zentralen Handlung beim Phishing, nämlich die Kontomanipulation, einen Computerbetrug in Tateinheit mit dem Fälschen beweisbarer Daten verwirklichen (S. 418). Im Kapitel werden aber auch die anderen Handlungen und Phasen des Phishings einer strafrechtlichen Bewertung zugeführt und Sonderformen wie beispielsweise das Pharming beschrieben und der strafrechtliche Rahmen abgesteckt. Kapitel 15 beschäftigt sich mit dem Onlinehandel und der Underground Economy (S. 423 ff.). Hier erfährt der Leser nicht nur, welche illegalen Handelsgeschäfte im Internet betrieben werden und welche strafrechtlichen Werbeverbote tangiert sein können (Tabelle auf S. 425 f.), sondern es werden auch die unterschiedlichen Handlungsmodelle für Abofallen dargestellt und unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung einer rechtlichen Bewertung zugeführt. Auch hier finden sich veranschaulichende Grafiken. Ebenfalls beschrieben und nach strafrechtlichen Gesichtspunkten konkretisiert werden z.B. Carding- und andere Boards, in denen kriminelle Geschäfte angebahnt und abgewickelt werden können. Auch Bullet Proof-Dienste und Anonymisierungsdienste werden technisch skizziert, die Anonymisierungsmöglichkeiten grafisch dargestellt und auf die Schwierigkeiten hingewiesen, diesbezüglich eine Strafbarkeit zu begründen (z.B. S. 449). Abgerundet wird das Kapitel durch einen kurzen Input zu den Schwierigkeiten, aufgrund der neuen Instrumente im Zahlungsverkehr die Zahlungsströme zu verfolgen und somit den Straftatbestand der Geldwäsche zu belegen. Hier merkt Kochheim kritisch an: „Die streckenweise hilflos wirkenden Ausführungen in diesem Abschnitt beruhen darauf, dass der Gesetzgeber weder die Betreiber krimineller Boards, von Bullet-Proof-Diensten noch von Strukturen für die Verschleierung von Zahlungsströmen und zur Beutesicherung vor Augen hatte, als er die Vorschriften zum IuK-Strafrecht und zur Geldwäsche schuf“ (S. 461). Eine kriminalpolitische

Forderung nach mehr Strafrecht in diesem Bereich wird aber nicht angeschlossen, vielmehr lediglich auch auf die praktischen Probleme bei der Strafverfolgung hingewiesen.

Abgeschlossen wird der zweite Teil durch Kapitel 16 zu den Äußerungsdelikten (S. 463 ff.) und Kapitel 17 zu pornographischen Abbildungen (S. 469 ff.). Auch bei diesen Themengebieten geben jeweils Tabellen einen Überblick darüber, welche Straftatbestände im Einzelnen verwirklicht werden können.

Teil 3 befasst sich auf knapp 100 Seiten mit den strafprozessualen Besonderheiten im Zusammenhang mit dem Cybercrime (S. 479 ff.). Eingeführt wird mit einem „Allgemeinen Teil der Auseinandersetzung mit der Strafverfolgung“ (S. 481), der grundsätzliche Ausführungen zu den Aufgaben der Strafverfolgung, Ermittlungshandlungen, Verdachtsmomenten und Verwertungsgrenzen und -verboten macht. Abgerundet wird dieses Kapitel 18 mit einem tabellarischen Überblick über die einzelnen Ermittlungsmaßnahmen (S. 514 ff.). Kapitel 19 wird dann spezieller und behandelt das Internet und die IuK-Technik als Informationsquellen (S. 519 ff.). Einleitend wird die wichtige Entscheidung des BVerfG zur Onlinedurchsuchung wiedergegeben und danach der Rahmen des Persönlichkeitsschutzes durch die Grundrechte abgesteckt. Sodann wird auf das Massenproblem im Zusammenhang mit dem Gebot der vollständigen Dokumentation aller Ermittlungshandlungen hingewiesen. Als Lösung benennt Kochheim die konsequente Beschränkung der Spurenerhebung (S. 531). In Kapitel 20 werden Informationsquellen und Sachbeweise beschrieben (S. 533 ff.) und zunächst mit öffentlichen Quellen und behördlichen Auskünften begonnen. Danach wird bei Auskünften von Privatleuten und Firmen nach Bestandsdaten und Verkehrsdaten differenziert und es werden die einschlägigen Ermächtigungsnormen benannt. Bei der Durchsuchung wird nach Durchsicht und Sicherung vor Ort und Ferndurchsicht differenziert. Etwas kurz kommt hierbei die umstrittene Frage, inwieweit ein Zugriff auf ausländische Cloud-Speicher durch Ermittlungsbehörden möglich ist oder nicht (S. 547). Ausführlicher wird dagegen bei der Beschlagnahme von E-Mail-Konten differenziert und auf die unterschiedliche Rechtsprechung von BVerfG und BGH hingewiesen. Kochheim konstatiert, dass die von beiden Gerichten geforderte Auswertung der Daten rechtliche Schwierigkeiten bereite (S. 550).

Kapitel 21 beschäftigt sich mit personellen Ermittlungen (S. 551 ff.), wobei zunächst Informanten von Vertrauenspersonen abgegrenzt werden. Es folgt eine Beschreibung von nicht offen ermittelnden Beamten und verdeckten Ermittlern sowie eine Ausführung der einschlägigen Vorschriften in RiStBV und StPO. Danach werden diese Grundsätze auf das Internet übertragen und nach allgemeiner Internet-Patrouille, Verwendung einer einfachen Legende und Überwindung besonderer persönlicher Schutzvorrichtungen differenziert (S. 560 f.). Schließlich wird den rechtlichen Rahmenbedingungen für die Nutzung fremder Zugangsdaten, Keuschheitsproben und Scheinkauf von Ermittlungsbeamten nachgegangen. Abgeschlossen wird Teil 3 durch die kurze Darstellung der technischen Maßnahmen in Kapitel 22 (S. 565 ff.). Hier finden sich sehr knappe rechtliche Anmerkungen zur Obser-

vation durch technische Mittel, Überwachung der Telekommunikation, Auslandsüberwachung, IMSI-Catcher, Online-durchsuchung, Quellen-TKÜ, Spyware und Crawler.

Komplettiert wird das Buch durch ein 75-seitiges Glossar (S. 575 ff.), das es dem Leser ermöglicht, schnell beim Lesen Fachtermini nachzuschlagen und so kurz und verständlich eine Begriffsklärung zu erhalten. Auch dies erleichtert, neben dem umfangreichen Grafik- und Tabellenmaterial, den Umgang mit der komplexen Materie.

Cybercrime in allen seinen Facetten würde ganze Bücherregale füllen, hier hält man ein Buch in den Händen, das – gerade im materiell-rechtlichen Teil – keine Wünsche offen lässt und anhand von Streifzügen durch Geschichte und Technik das Gesamtverständnis des Lesers erheblich erhellt. Der strafprozessuale Teil ist dagegen ein wenig knapp ausgefallen – einen guten Überblick liefert aber auch er. Angesichts der geringen Halbwertszeit von Gerichtsentscheidungen und Rechtslage rund um das große Thema Cybercrime bleibt zu hoffen, dass *Kochheim* nicht nur sein Online-Portal gewohnt aktuell hält, sondern der Beck-Verlag auch in regelmäßigem Turnus diesen Band neu auflegt.

Prof. Dr. Anja Schiemann, Münster

Buchrezension

Arnold, Jörg, Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa, Praktische Erfahrungen und theoretische Überlegungen anhand von Interviews mit Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2015, 254 S., € 62,-.

I. *Arnold* beleuchtet praktische und theoretische Probleme grenzüberschreitender Strafverteidigung in Europa, die auch schon in einem Forschungsprojekt am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, untersucht wurden. Das hierfür notwendige empirische Material erhielt der *Verf.* durch 34 Interviews mit in Deutschland tätigen 32 Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern sowie mit zwei Universitätsprofessoren.¹ *Arnold* bietet einen äußerst sachkundigen und informativen Einblick in die Praxis grenzüberschreitender sowie europäischer Strafverteidigung und über die Breite und Vielfalt des Alltags der Strafverteidigung selbst (vgl. S. VII).

II. Die Arbeit gliedert sich in sieben Kapitel. In Kapitel 1 (§ 1 Ausgangsüberlegungen, Anknüpfungen und Einordnungen, S. 1-19) stellt *Arnold* neben seinem Gesamtthema „Strafverteidigung in Europa“ schon existente Vorschläge aus Wissenschaft und Praxis dar, auf die er auch im weiteren Verlauf seiner Untersuchung immer wieder zurückkommt, sei es als Reflexion, sei es als echte Rückkoppelung. Das zweite Kapitel (§ 2 Kritisches Vorverständnis, S. 21-34) befasst sich mit vier Gebieten, die gleichsam das Terrain für die Untersuchung des *Verf.* abstecken: das Europäische Strafrecht, das Europäische Strafprozessrecht, die Europäische Verteidigung sowie die (weiteren) Europäischen Rahmenbedingungen. Im Folgekapitel (§ 3 Methoden der Untersuchungen, S. 35-47) erläutert *Arnold* seine empirische Vorgehensweise. Dieses Kapitel ist zu sehen in Verbindung mit dem als Anlage I abgedruckten „Leitfaden für die mündlichen Interviews“, der aus insgesamt 17 Fragen besteht (vgl. S. 191 ff.). Dieses Kapitel führt unmittelbar über in den vierten Teil der Arbeit, der die Untersuchungsergebnisse vorstellt (§ 4 Untersuchungsergebnisse, S. 49-109). Anschließend zeigt der *Verf.* „Aktuelle und weiterführende rechtspolitische Perspektiven“ auf (§ 5, S. 111-166). Daran schließen sich als sechstes Kapitel „Theoretische Rückschlüsse“ an (§ 6, S. 167-184). Abgerundet wird die Arbeit mit dem Schlusskapitel, das zugleich einen Ausblick bietet (§ 7, S. 185-190).

III. Mit Recht sieht *Arnold*, dass die grenzüberschreitende Strafverteidigung ein weites Feld darstellt. Betrachtet man allein die nationalen Strafrechtsordnungen von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, so lassen sich nur wenige gemeinsame Grundlinien der gesetzlichen Ausgestaltung des Rechts auf Strafverteidigung konstatieren. Dies liegt – schon auf den ersten Blick – an ganz unterschiedlichen Strafprozessrechtssystemen, wobei noch immer das inquisitorische System dem adversatorischen Strafverfahren gegenübersteht, aber auch an dem Umstand, dass Verfahrensgarantien – exemplarisch genannt seien die Unschuldsvermutung und das

effektive Schweigerecht des Beschuldigten, dieses verbunden mit der Einsicht, dass aus dem Schweigen keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden dürfen –, in unterschiedlicher Weise Geltung entfalten. Ferner haben sich in der Praxis eher subkutan Unterschiede in der rechtlichen Gestaltung entwickelt.²

Grenzüberschreitende Strafverteidigung erfordert also genaue Kenntnis derjenigen Rechtsordnungen einschließlich der jeweiligen Rechtspraxis, die Berührungspunkte zu dem jeweils in Rede stehenden Sachverhalt/Verfahren aufweisen. Dies mag trivial klingen und unmittelbar einsichtig sein. Bereits an dieser Stelle aber werden die Herausforderungen deutlich. In „horizontaler“ Hinsicht erfordert die Grenzüberschreitung von Sachverhalten und damit die Berührung zu unterschiedlichen Strafrechtsordnungen eigentlich zwingend die Bildung von Verteidigungsteams, bestehend aus Vertretern der jeweils betroffenen Rechtsordnungen. In „vertikaler“ Hinsicht ist vor dem Hintergrund einer stark zunehmenden Europäisierung von Strafrecht und der Strafverfahren de lege ferenda über eine Verteidigungsinstanz gleichsam auf europäischer Ebene nachzudenken, wie dies etwa *Schünemann* mit dem Modell des Eurodefensors schon vor mehr als zehn Jahren getan hat.³

In diesem Sinne versteht der *Verf.* „Strafverteidigung in Europa“ als übergreifendes Thema und geht Fragestellungen nach, „die mit den Themen ‚Transnationale Europäische Strafverteidigung‘ und ‚Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa‘ erfasst werden sollen“ (S. 4). Dabei leistet *Arnold* einen gewichtigen Beitrag zu dem Gesamtthema „Strafverteidigung in Europa“ i.S. europäisch-grenzüberschreitender Strafverteidigung und darüber hinaus auch – durchaus im positiven Sinne programmatisch – einen Beitrag zur Stärkung von Strafverteidigung in einem „teilweise verteidigungsleeren, verteidigungsarmen bzw. verteidigungsgemehnten, jedenfalls verteidigungsunfreundlichen europäischen Zustand“ (S. 4).

IV. Die Hinführung in den ersten drei Kapiteln zu den gewonnenen Untersuchungsergebnissen im vierten Kapitel (S. 49 ff.) gelingt in einer Weise, die durchaus Spannung beim Leser erzeugt. Auch wenn die Ergebnisse der empirischen Untersuchung nichts bahnbrechend Neues zu Tage fördern konnten, zeigen doch die durch die Interviewpartner geschilderten organisatorischen Fragestellungen (sprachliche Barrieren und Zugang zum ausländischem Recht, Kenntnis der Rechtsunterschiede und unterschiedliche Rechtskulturen, Fragen der Doppel-Verteidigung bzw. Mehrfachverteidigung) und insbesondere auch die skizzierten prozessualen Probleme, namentlich schwierige Beweisfragen hinsichtlich Überwachung der Telekommunikation im Ausland, aber auch weitere strafprozessuale Probleme mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und dem, auch aus nationalem Recht bekannten, Forum-Shopping, dass Strafverteidigung heute in zahlreichen Konstellationen internationale Strafver-

¹ Vgl. auch *Arnold*, StraFo 2013, 54.

² Vgl. dazu auch *Weigend*, in: Nelles/Vormbaum (Hrsg.), Strafverteidigung in Forschung und Praxis, 2006, S. 11.

³ *Schünemann* (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004.

teidigung bedeutet. Dies gilt allein auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts für die Bereiche Umsatzsteuerkarusselle, Subventionsbetrug, Kapitalmarktstrafrecht, Zoll- und Außenwirtschaftsdelikte, internationaler Kreditkartenbetrug. Im Bereich des allgemeinen Strafrechts ist die Betäubungsmittelkriminalität, aber etwa auch Kinderpornografie zu nennen. In der eigenen Praxis des Rezensenten stellen sich überdies auch Rechtshilfekonstellationen bzw. Auslieferungsverfahren sowie mitunter auch die Handhabung des Rechts von Untersuchungshaft (pre trial detention) als besonders problembehaftet dar. Gut nachvollziehbar sind die Reformvorschläge Arnolds, welche auch auf die interviewten Akteure zurückgehen (S. 97 ff.). Zu nennen sind namentlich der Vorschlag eines europäischen Strafverteidigernotdienstes, freilich auch Reformen bei Vergütungs- und Gebührenfragen, zu denen insbesondere auch Dolmetscher- und Übersetzungskosten zu zählen sind, darüber hinaus – aber dies ist ein äußerst steiniger Weg – die Vorstellung einheitlicher Verfahrensgarantien bzw. eines effektiven europäischen gerichtlichen Rechtsschutzes durch auf das Strafrecht spezialisierte Spruchkörper.

Diese durch Arnold gut herausgearbeiteten und strukturierten Vorschläge der interviewten Akteure stehen in Zusammenhang mit aktuellen rechtspolitischen Perspektiven insbesondere der EU-Rechtspolitik. Hier stehen das Recht auf Rechtsbeistand und damit zusammenhängend Dolmetscher- und Übersetzungskosten sowie gerade auch die Möglichkeit der Prozesskostenhilfe in Rede. Die gravierendste Änderung freilich würde/wird durch die auf Art. 86 Abs. 1 AEUV gestützte und zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union dienende Einsetzung einer Europäischen Staatsanwaltschaft erfolgen.⁴ Der durch die Kommission im Jahre 2013 vorgelegte Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft wirft ganz unterschiedliche Probleme auf. Im Kontext dieser Rezension ist namentlich die mit Art. 30 Verordnungs-Entwurf beabsichtigte grundsätzliche Verwertungspflicht der nationalen Gerichte hinsichtlich der durch die Europäische Staatsanwaltschaft vorgelegten Beweismittel in den Hauptverfahren zu nennen, die vor nationalen Gerichten stattfinden. Legitimiert werden soll dies durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung,⁵ wobei aber das Gleichgewicht des jeweiligen Strafprozessrechts der einzelnen Mitgliedstaaten konterkariert wird oder jeweils konterkariert werden kann.⁶ Dies hat seinen Grund darin, dass es – als Ausgangspunkt – in jeder Rechtsordnung ein spezifisches System gibt, das niedrigere Anforderungen an den Einsatz eines bestimmten Ermittlungsinstruments in einem anderen Bereich wieder ausgleicht. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Beweisen läuft also gerade Gefahr, dieses ausbalancierte System, welches letztlich ein faires Verfahren garantiert, auszuhebeln.⁷

⁴ Vgl. hierzu KOM (2013) 534 endg.; Esser, StV 2014, 494; Brodowski, ZIS 2015, 79 (83).

⁵ Vgl. Zerbes, ZIS 2015, 145 (149 ff.).

⁶ Vgl. dazu auch Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2016, § 35 Rn. 52.

⁷ Vgl. auch Gleß, ZStW 115 (2003), 131 (147).

Völlig zu Recht thematisiert auch Arnold die von ihm so bezeichnete „Crux der gegenseitigen Anerkennung“ (S. 177 ff.) und greift damit auch die deutliche Kritik an dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung durch die interviewten Akteure auf. Dabei konnten die Interviewpartner namentlich Erfahrungen hinsichtlich des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung im Rahmen des Europäischen Haftbefehls wiedergeben, vor allem, dass Einwände der Verteidigung, adressiert an die Strafjustiz des ersuchten Staates, die sich gegen die Vorwürfe des Europäischen Haftbefehls als solche stützen, weitestgehend leerlaufen. Dabei ist naheliegend, dass das dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung innewohnende Motiv gegenseitigen Vertrauens in die Rechtsförmigkeit der strafjustiziellen Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten jedenfalls mitunter nicht mehr als frommes Wunschenken ist. Ein Befund, der durch die anhaltende Erweiterung der Europäischen Union verstärkt wird. In der Sache jedenfalls bedeutet das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung – mit Schünemann – die Unterwerfung des Bürgers unter die kumulative Strafgewalt aller Mitgliedstaaten.⁸

Dies alles sieht und untersucht Arnold, der dann im Schlusskapitel (S. 185 ff.) Vorschläge und Erkenntnisse zusammenfasst, unterteilt in „kleine, aber wichtige Bausteine in einem auf die Stärkung der Strafverteidigung in Europa gerichteten Reformprozess“ und andererseits in Vorschläge, „die unter Berücksichtigung der aktuellen Gründe, die ihrer Umsetzung entgegenstehen, eher visionären Charakter haben“ (S. 186 f.).

„Zur ersten Gruppe gehören sowohl die Stellungnahmen der Anwaltsorganisationen zu den Vorschlägen der EU [...], ferner die Feststellungen und Überlegungen zu einem Leitbild für einen internationalen (europäischen) Strafrechtsanwalt [...], aber auch die Überlegung für die Verbesserung gerichtlichen Rechtsschutzes [...]. Zur zweiten Gruppe der Überlegungen sind die Vorstellungen von der Institution eines „Europäischen Strafverteidigers“ [...], von einem „international-arbeitsteiligen Strafverfahren“ [...], von einer „Waffengleichheit“ oder Gesamtbalance in einem solchen Strafverfahren [...] ebenso zu zählen, wie auch jene von der „Meistbegünstigung“ der Beschuldigten durch die Gewährung eines Höchstmaßes an Individualrechten und deren gerichtliche Überprüfbarkeit durch einen Strafsenat am EuGH, der auf direktem Wege anrufbar ist [...]“ (S. 187)

Dem allen wird man zustimmen können. Die Rechtspraxis muss sich bei alledem konzentrieren auf die durch Arnold herausgearbeiteten organisatorischen und namentlich im Beweisrecht angesiedelten prozessualen Problemkreise und wird hierbei die nicht seltene Unvereinbarkeit ausländischer oder gar europäischer Rechtsakte mit nationalem Strafverfahrensrecht und/oder Verfassungsrecht fallbezogen benennen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung der Strafgerichte wie auch das Bundesverfassungsgericht sind dabei aufgerufen,

⁸ Schünemann, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, 2014, S. 244 f.

bei grenzüberschreitenden Sachverhalten noch mehr Sensibilität für die Fragilität von Strafverfahrensgarantien aufzubringen, damit die weitgehend ausgewogene deutsche Strafprozessordnung nicht „auf europäischem Wege“ ausgehebelt wird.

V. Festzuhalten ist, dass der Text von *Arnold* zur „Grenzüberschreitenden Strafverteidigung in Europa“ eine anregende und empfehlenswerte Lektüre bietet, die praktische und theoretische Probleme grenzüberschreitender Strafverteidigung aufzeigt, aber auch Mut macht, an einer gewinnbringenden Lösung dieser Probleme mitzuwirken, sei es im Zuge wissenschaftlicher Befassung, sei es im Zuge praktischer Arbeit am „Fall“.

Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg i. Br.