

Freilaw

Freiburg Law Students Journal



Die Onlinezeitschrift von Studenten
für Studenten

tatort internet

Zeitschrift von Studierenden der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs Universität Freiburg

**C L I F F O R D
C H A N C E**

AUSGABE 1/2016
auf www.freilaw.de

IMPRESSUM

Herausgeber (Verantwortlich nach § 5 TMG)

Freilaw e.V.

Chefredaktion

Sonja Bühler und Julia Kurth
redaktion@freilaw.de

Kontakt

Freilaw e.V.
Sonja Bühler
Schwarzwaldstraße 6
79102 Freiburg
Tel.: 0157 55594000
E-Mail: info@freilaw.de

ISSN:

1865-0015

Cover-Design:

Nikolaos Papathanassopoulos

Urheberrechtliche Hinweise:

- Für den Inhalt der Artikel sind allein die Autoren verantwortlich. Die Herausgeber überprüfen die Texte, können allerdings keine Garantie dafür übernehmen, dass durch die Artikel keinerlei Urheber- oder anderweitige Nutzungsrechte verletzt werden. Sollte dies der Fall sein, so ist dies nicht beabsichtigt. Wir bitten Sie deshalb, uns umgehend zu informieren. Wir werden den betreffenden Artikel dann entfernen.
- Die Publikation der Artikel erfolgt exklusiv durch Freilaw. Eine unberechtigte öffentliche Verwendung der Artikel ist nicht gestattet. Auf Anfrage sind wir allerdings gerne bereit, hiervon Ausnahmen zu machen.
- Wir bitten auch darum, nicht direkt auf einzelne Artikel zu verlinken, sondern allenfalls auf die entsprechende Ausgabe.

Freilaw 1/2016 – Tatort: Internet

Themenschwerpunkt Strafrecht

Sarina Gäckle

Die Verantwortlichkeit von Internetprovidern..... 01

Philipp Preschany

Verdachtsberichterstattung im Lichte der Unschuldsvermutung..... 13

Merve Yolacan

Strafprozessuale Kompetenzkonflikte in Europa.....24

Timo Stockmann

Straftäter Unternehmen? – Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen nach §§ 1-3 des Entwurfs eines Verbandsstrafgesetzbuchs (VerbStrG-E).....30

Julian Busche

Bildgebende Verfahren, Beweisführung und Glaubwürdigkeit.....41

Öffentliches Recht

Matthias Klatt

Solange die Verfassungsidentität...Das neue Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl.....53

Aleksandr Kuvshinov

Der oberste Beamte in Russland und der Ministerpräsident in Deutschland – ein Vergleich der Exekutivspitzen auf der Ebene der Föderationssubjekte und der Bundesländer58

Reihe: Beruf

Sonja Bühler

Mediation: Ein Interview mit Dr. Jan Malte von Barga63

Studium

Klaus Krebs

Examensklausur: „Schwierigkeiten bei der Flüchtlingsunterbringung“66

Reihe: historische Jurist

Sarah Baukelmann

Der Kampf von Recht gegen Macht – Michael Angelo Musmanno.....75

Rezensionen

Frederik Orlowski

Rezension zu Gerrit Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte76

Friederike Düppers

Rezension zu „Kaiser/Kaiser/Kaiser“, die Zivilgerichtsklausur im Assessorexamen – Band I77

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

das Strafrecht ist grundlegend für ein geordnetes menschliches Zusammenleben. Doch ist es umstritten und brisant wie kein anderes Rechtsgebiet. Über kein anderes Rechtsthema berichten die Medien so viel. Die Frage nach der Gerechtigkeit stellt sich im Strafrecht in besonderem Maße. In diesem Sinne sagte John F. Kennedy einst: „Das Leben ist ungerecht, aber denke daran: nicht immer zu deinen Ungunsten.“

Dessen Bedeutsamkeit zu Grunde gelegt, legt Frei|aw den Schwerpunkt der Ausgabe 01/2016 auf das Strafrecht. Bewusst hat sich die Redaktion gegen einen konkreten Themenschwerpunkt entschlossen. Durch die abstrakte Festlegung auf das Rechtsgebiet können verschiedenste Facetten des Strafrechts beleuchtet werden, was einen Schluss auf dessen Komplexität zulässt. So haben in diese Ausgabe wirtschaftsstrafrechtliche, computerstrafrechtliche, strafprozessrechtliche sowie kriminologische Themen Eingang gefunden:

Sarina Gäckle thematisiert in unserem Leitartikel den „Tatort Internet“, indem sie sich mit der Verantwortlichkeit von Internet Providern auseinandersetzt.

Philipp Preschany befasst sich mit der Frage, ob eine Verdachtsberichterstattung die Maxime der Unschuldsvermutung gewährleistet.

Merve Yolacan erläutert strafprozessuale Kompetenzkonflikte in Europa.

Unter Bezugnahme auf den „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“ vom 18. September 2013 fragt *Timo Stockmann* nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen.

Julian Busche legt bildgebende Verfahren, die Beweisführung und Glaubwürdigkeit im deutschen Strafprozess dar.

Über den strafrechtlichen Schwerpunkt hinaus, bespricht *Matthias Klatt* das neue Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl.

Aleksandr Kuvshinov widmet seinen Artikel dem Vergleich des obersten Beamten in Russland mit dem Ministerpräsidenten in Deutschland.

Außerdem möchte Frei|aw zukünftig alternative Berufswege für Juristen vorstellen. *Sonja Bühler* stellt in dieser Ausgabe den Berufsstand des Mediators vor und hat zu diesem Zwecke ein Interview mit Dr. Jan Malte von Barga geführt.

Als historischen Juristen präsentiert *Sarah Baukelmann* Michael Angelo Musmanno (1897-1968), der sich zeitlebens gegen politischen Extremismus engagierte.

Abgerundet wird die Ausgabe 01/2016 durch eine Examensklausur mit polizeirechtlichem Schwerpunkt von *Dr. Klaus Krebs* sowie einer Rezension von *Frederik Orłowski* zu „Gerrit Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, C. H. Beck Verlag München 2015“ und einer solchen von *Friederike Düppers* zu „Kaiser/Kaiser/Kaiser, Die Zivilgerichtsklausur im Assessorexamen – Band I“.

Viel Spaß beim Lesen wünscht eure Frei|aw-Redaktion!

Die Verantwortlichkeit von Internet Providern

Sarina Gäckle*

Der Artikel soll darstellen, ob und wie Diensteanbieter nach deutschem Recht für rechtswidrige Informationen im Internet zur Verantwortung gezogen werden können. Im Fokus stehen dabei die providerspezifischen Verantwortlichkeitsregelungen des Telemediengesetzes und die relevanten Normen des Strafgesetzbuches.

A. Einleitung

Die Massenverbreitung des Internets in den 90er Jahren führte zu einer neuen Deliktsbegehung: Straftaten im und durch das Internet. Es entstanden neue spezielle Computerdelikte, aber auch für „klassische“ Straftaten, wie dem Handel von Drogen und Waffen, bietet das Internet Raum zur Begehung. Schon früh wurde die Verbreitung rechtswidriger Inhalte, wie (kinder-)pornographischen, rassistischen und nationalsozialistischen Materials, Teil öffentlicher Diskussion. Erst in der letzten Zeit mehrten sich wieder Zeitungüberschriften wie diese: „Der braune Hass im Netz“¹, „Hasskommentare auf Facebook“², und „Flüchtlingshetze im Netz“³. Die unter diesen und ähnlichen Überschriften erschienen Artikel beschäftigen sich alle mit Fremdenfeindlichkeit in sozialen Netzwerken, insbesondere bei Facebook. Dass der dort verbreitete „Hass“ tatsächlich zunahm und nicht nur von den Medien hochgeschaukelt wird, belegt der von der Kommission für Jugendmedienschutz verzeichnete Anstieg von Nutzerbeschwerden über rechtsradikale und ausländerfeindliche Beiträge⁴. Der Fokus der Medien liegt allerdings nicht auf dem Verhalten des Urhebers selbst, sondern auf Facebook und dessen Umgang mit solchen Kommentaren. Dass aber noch weitere Unternehmen an der Veröffentlichung von „Posts“ bei Facebook beteiligt sind, wurde in keinem der zahlreichen Artikel thematisiert. Das Besuchen sozialer Netzwerke ist, wie andere alltägliche Handlungen, ohne die Inanspruchnahme der Dienste von Internet-Anbietern (sog. Providern) unmöglich⁵. Auch für diese sind, neben technischen Schutzmaßnahmen, geeignete rechtliche Rahmenbedingungen nötig, um fremdenfeindlichen Kommentaren und anderen Missbräuchen im Internet wirksam begegnen zu können⁶. Es stellt sich die grundsätzliche Frage nach der Verantwortlichkeit

aller an einem Kommunikationsvorgang im Internet Beteiligten.

Der vorliegende Text thematisiert die Verantwortlichkeit von Internet Providern. Der erste Teil widmet sich den §§ 7 – 10 TMG⁷. Dabei wird zunächst auf die Entstehung und die dogmatische Einordnung der maßgebenden Normen eingegangen. Auf dieser Grundlage wird ein Überblick über die verschiedenen Providerarten gegeben, bevor dann das System der Verantwortlichkeitsbegrenzung der §§ 7 ff. erläutert wird. Darauf aufbauend, wird es im folgenden Teil um die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Provider gehen. Dabei werden die in Betracht kommenden Straftatbestände, sowie die sich im Allgemeinen Teil des Strafrechts stellenden Fragen erörtert. Schlussendlich werden die Ergebnisse zusammengefasst und anschließend rechtspolitisch bewertet.

B. Die Verantwortlichkeit von Internet Providern nach den §§ 7 ff. TMG

Die Dienstleistungen von Providern sind unabdingbar für das Funktionieren des Internets. Sie erbringen alle einen ursächlichen Beitrag zu den Taten, die unter ihrer Mitwirkung begangen werden⁸. Das zieht die Frage nach sich, wie sie dafür verantwortlich sind. Verantwortlichkeit ist dabei das rechtliche Einstehenmüssen für ein bestimmtes Verhalten⁹. Im Bewusstsein der Öffentlichkeit steht meist die strafrechtliche Verantwortung im Vordergrund¹⁰. Die Frage nach der Verantwortlichkeit des Providers stellt sich aber auch im Öffentlichen Recht¹¹ und im Zivilrecht¹². Für alle drei Rechtsgebiete findet sich eine spezielle Regelung in den §§ 7 – 10 TMG. Bevor diese allerdings detailliert betrachtet werden können, sind zunächst einige Grundlagen zu behandeln.

I. Grundlagen

1. Entstehungsgeschichte

Die §§ 7 – 10 gehen auf die Mitte der 90er Jahre zurück¹³. Die Verbreitung des Internets führte zu neuen Straftaten und Straftatbegehungsweisen. Verfahren die solche Delikte zum Gegenstand hatten, führten, mangels Spezialgesetzen, zu erheblichen Rechtsunsicherheiten¹⁴. Insbesondere das 1996 begonnene Verfahren gegen den Zugangsanbieter „CompuServe“¹⁵ veran-

¹ Freidel Der braune Hass im Netz, FAZ online v. 09.08.15, online abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/rechtsextremismus/rechtsextremeparteien-im-internet-13740518.html>, zuletzt abgerufen am 01.10.15.

² Hertz Hasskommentare auf Facebook, SZ online v. 14.09.15, online abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/digital/hasskommentare-auf-facebook-dieser-mann-stellt-rassisten-bloss-1.2645936>, zuletzt abgerufen am 23.02.16.

³ Reinbold Warum Facebook den Hass nicht löscht, manager magazin online v. 08.09.15, online abrufbar unter <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/hetze-auf-facebook-warum-der-hass-nicht-geloescht-wird-a-1051904.html>, zuletzt abgerufen am 23.02.16.

⁴ KJM Pressemitteilung 13/2015 vom 07.09.15, online abrufbar unter <http://www.die-medienanstalten.de/presse/pressemitteilungen/kommission-fuer-jugendmedienschutz/detailansicht/article/kjm-pressemitteilung-132015-fremdenfeindliche-hetze-in-sozialen-netzwerken-verstoesse-werden-kons.html>, zuletzt abgerufen am 23.02.16.

⁵ Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht 2012, Rn. 175.

⁶ Vgl. Sieber, Verantwortlichkeit im Internet 1999, Rn. 3.

⁷ Alle weitere §§ ohne nähere Angaben sind solche des TMG.

⁸ Paul, Primärrechtliche Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internet Providern aus strafrechtlicher Sicht 2005, S. 71.

⁹ Hilgendorf/Frank/Valerius, Rn. 185.

¹⁰ Wimmer ZUM 1999, 436.

¹¹ Vgl. Wimmer ZUM 1999, 436, 437.

¹² Vgl. OLG München ZUM-RR 1998, 387.

¹³ Vgl. Hoeren/Sieber/Holznagel/Sieber/Höfner, Handbuch Multimediarecht 42, Erg.-Lfg. (Juni 2015), Teil 18.1 Rn. 1, 2.

¹⁴ Vgl. HSH/Sieber/Höfner, Teil 18.1 Rn. 2.

¹⁵ AG München NJW 1998, 2836 ff.; LG München MMR 2000, 171 ff.

lasste den Gesetzgeber Sonderregelungen zu schaffen¹⁶. In der Folge wurden diese 1997 im bundesrechtlichen Teledienstegesetz (§ 5 TDG) und im landesrechtlichen Mediendienste-Staatsvertrag (§ 5 MDStV) niedergeschrieben¹⁷. Mit der Umsetzung der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr 2000/31/EG (ECRL) wurden die bestehenden Regelungen differenzierter¹⁸. Die inhaltlich mit den heutigen §§ 7 – 10 TMG übereinstimmenden §§ 8 – 11 TDG und §§ 6 – 9 MDStV galten bis 2007¹⁹. Mit dem Inkrafttreten des TMG wurde die bis dahin bestandene Aufteilung überwunden und die Verantwortlichkeit in einem Gesetz zusammengefasst. Dieses ist aufgrund der vollharmonisierenden²⁰ ECRL richtlinienkonform auszulegen. Die Haftung nach dem TMG darf folglich nicht weiter gehen, als das Gemeinschaftsrecht es vorgibt²¹.

2. Zielsetzung und Funktion der §§ 7 ff. TMG

Die Materialien zum TMG enthalten keine näheren Angaben zu den §§ 7 ff. Sie verweisen auf die unverändert übernommenen Vorgängerregelungen des TDG²². Aus diesem Grund sind für eine nähere Betrachtung dessen Materialien heranzuziehen. Daraus lässt sich das Ziel der §§ 7 ff., die Klarstellung der Verantwortlichkeit der Diensteanbieter, festmachen²³. Darüber hinaus sollen die Vorschriften weder eine Verantwortlichkeit im zivil- noch im strafrechtlichen Bereich begründen oder erweitern²⁴. Bevor es zu einer zivil- oder strafrechtlichen Verantwortung kommen kann, muss geprüft werden, ob die Verantwortlichkeit nicht aufgrund der §§ 7 ff. ausgeschlossen ist²⁵. Einigkeit besteht daher darüber, dass die §§ 7 ff. nicht als „lex specialis“ im Sinne einer in sich geschlossenen und die allgemeinen Verantwortlichkeitsregelungen ersetzenden Norm zu verstehen sind²⁶. Ihnen kommt lediglich verantwortlichkeitsbegrenzende Funktion zu. Für die Haftung eines Internetproviders müssen folglich zwei Voraussetzungen gegeben sein: Zum einen darf keine Privilegierung der §§ 7 ff. einschlägig sein, zum anderen müssen die Voraussetzungen einer Haftung nach Straf-, Zivil- oder Öffentlichem Recht vorliegen.

Zusammenfassend sind die §§ 7 ff. als verantwortlichkeitsbegrenzende Querschnittsregelungen zu verstehen²⁷.

3. Dogmatische Einordnung

Trotz dieser allgemein anerkannten Funktion, ist die dogmatische Einordnung der Verantwortlichkeitsregelungen, nicht zuletzt aufgrund der rechtsgebietsübergreifenden Anwendung, immer schon umstritten²⁸. Praktische Relevanz kommt dem Streit vor allem im Strafrecht zu. Dies lässt sich leicht am

Beispiel der Teilnahme verstehen²⁹. Entfiele, je nach Einordnung der Regelungen, der Vorsatz oder die Rechtswidrigkeit des Haupttäters, so wäre eine Teilnahme ausgeschlossen, §§ 26, 27 StGB. Im Folgenden werden daher die verschiedenen Möglichkeiten der strafrechtlichen Prüfungseinordnung näher erläutert. Der Streit dreht sich im Wesentlichen um zwei Grundpositionen und einer weiteren, im Folgenden allerdings nicht näher behandelten, Konzeption von *Vassilaki*³⁰. Auch die Gerichte³¹ sind sich uneins, welche der Lösungen zu bevorzugen ist.

a) Zwei-Stufen-Modelle

Aufgrund des horizontalen Charakters der §§ 7 ff. wird eine Prüfungseinordnung außerhalb der drei Wertungsstufen (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld) vertreten³². Dieses sog. zweistufige (Filter-)Modell ist nochmals in zwei Gruppen zu unterteilen: das Vorfilter- und das Nachfiltermodell. Die Vertreter der Vorfilterlösung verorten die Prüfung der §§ 7 ff. im Vorfeld der eigentlichen Deliktsprüfung³³, die Vertreter der Nachfilterlösung im Anschluss³⁴.

b) Ein-Stufen-Modelle

Auf der anderen Seite stehen die Vertreter einstufiger Modelle, sog. Integrationsmodelle, bei welchen die Verantwortlichkeitsprüfung in den Deliktsaufbau miteinbezogen wird³⁵. An welcher Stelle des dreistufigen Verbrechensaufbaus die Verantwortlichkeit jedoch konkret zu prüfen ist, ist wiederum umstritten. Insgesamt kommt es zu vier³⁶ Untergruppierungen: den Vertretern der Tatbestands-³⁷, der Rechtfertigungs-³⁸, der Schuld-³⁹ und der Strafausschließungslösung⁴⁰.

Gegen eine Verortung der Verantwortlichkeitsprüfung auf der Ebene der **Rechtswidrigkeit** oder der **Schuld** spricht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, nach welchem ein Verhalten nicht strafrechtlich zulässig und zugleich zivilrechtlich rechtswidrig sein kann⁴¹. Hinzu käme bei der Annahme eines Entschuldigungsgrundes, dass strafbare Teilnahme an der straflosen Haupttat des Anbieters möglich wäre⁴². Dies würde zu unsachgemäßen Ergebnissen führen⁴³. Aus diesen Gründen kann auch das Verständnis der §§ 7 ff. als Strafausschließungsgrund nicht überzeugen.

Alle drei Ansätze haben gemein, dass die Bejahung einer Haftungsbeschränkung nur zur ausnahmsweise fehlenden So-

¹⁶ Vgl. Paul, S. 73.

¹⁷ Vgl. Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetstrafrecht 2009, Rn. 560.

¹⁸ Hilgendorf/Frank/Valerius, Rn. 178.

¹⁹ BeckOK/Gersdorf/Paal § 7 Rn. 2.

²⁰ Vgl. Spindler/Schuster/Hoffmann Vor §§ 7 ff. Rn. 4.

²¹ HSH/Sieber/Höfing, Teil 18.1 Rn. 10.

²² Vgl. BT-Dr. 16/3078, S. 15.

²³ HSH/Sieber/Höfing, Teil 18.1 Rn. 14.

²⁴ BT-Dr. 14/6098, S. 23.

²⁵ Vgl. BT-Dr. 14/6098, S. 23.

²⁶ Vgl. Bleisteiner, Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet 1999, S. 153.

²⁷ Vgl. Paul, S. 74.

²⁸ Vgl. Gercke/Brunst, Rn. 578.

²⁹ Vgl. Hilgendorf/Frank/Valerius, Rn. 187.

³⁰ Vassilaki MMR 1998, 630 ff.

³¹ Für Zwei-Stufen-Modell: BGH MMR 2004, 166; für Ein-Stufen-Modell: LG München MMR 2000, 171; unklar: BGH MMR 2007, 518 Rn. 6.

³² Fechner, Medienrecht 2015, Kap. 12 Rn. 32.

³³ Vgl. Malek/Popp, Strafsachen im Internet 2015, Rn. 74.

³⁴ Vgl. Stadler, Haftung für Informationen im Internet 2005, Teil 2 Rn. 22.

³⁵ Vgl. Gercke/Brunst, Rn. 579 f.

³⁶ andere Lösung: Freytag, Haftung im Netz 1999, S. 211.

³⁷ Haft/Eisele Beiträge zur juristischen Informatik: Regulierung in Datennetzen 2000, S. 21; Spindler NJW 1997, 3193, 3195.

³⁸ Popp, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern 2002, S. 94.

³⁹ LG München MMR 2000, 171.

⁴⁰ Heghmanns ZUM 2000, 463, 465.

⁴¹ Gercke/Brunst, Rn. 580.

⁴² HSH/Sieber/Höfing, Teil 18.1 Rn. 24.

⁴³ Vgl. Spindler MMR 1998, 639, 640.

zialschädlichkeit oder persönlichen Vorwerfbarkeit des Verhaltens führe⁴⁴. Der Gesetzgeber wollte allerdings eine, auf objektive Gesichtspunkte gestützte, rechtsübergreifende Verantwortlichkeitssystematik⁴⁵. Die privilegierten Tätigkeiten sollten schon von vornherein als positiv bewertet werden⁴⁶. Eine Verortung der Verantwortlichkeitsprüfung nach dem Tatbestand würde diesen Intentionen zuwiderlaufen. Dementsprechend ist von den Integrationsmodellen nur die Tatbestandslösung vertretbar.

c) Stellungnahme

Als sinnvolle dogmatische Einordnungsmöglichkeiten bleiben somit die Zwei-Stufen-Modelle und die Tatbestandslösung, diese eventuell in der Form eines „tatbestandsintegrierten Vorfilters“⁴⁷. Um feststellen zu können, welche Lösung der Gesetztext vorsieht, hat eine Gesetzesauslegung zu erfolgen.

aa) Grammatikalische Auslegung

Bei der grammatikalischen Auslegung der §§ 7 ff. fällt auf, dass der Gesetzgeber im Wortlaut der Normen allgemeine, nicht rechtsgebietsspezifische Begriffe wie „Kenntnis“ (statt Vorsatz) und „Verantwortlichkeit“ (statt Haftung) verwendet⁴⁸. Aus einer Zusammenschau der allgemeinen Begriffe der §§ 8 – 10 mit § 7 I aE wird deutlich, dass sich die konkrete Verantwortlichkeit aus den allgemeinen Gesetzen ergeben soll⁴⁹. Erst dann kann und soll die rechtsgebietsspezifische Auslegung stattfinden. Die grammatikalische Auslegung spricht daher für eine Filterlösung.

bb) Systematische Auslegung

Aus dem Normensystem des TMG kann kein Anhaltspunkt für das eine oder das andere Modell gefunden werden. Durch Hinzuziehen anderer Gesetze wird angeführt, dass ein Vorfilter dem deutschen Strafrecht fremd sei und der Gesetzgeber durch ein Nebengesetz den klassischen Aufbau des Strafrechts nicht habe ändern wollen⁵⁰. Allerdings werden im Strafrecht durchaus Probleme, bspw. des internationalen Strafrechts oder der Kollision mit dem Unionsrecht, im Vorfeld der Tatbestandsmäßigkeit geprüft⁵¹. Die systematische Auslegung kommt folglich zu keinem eindeutigen Ergebnis.

cc) Historische Auslegung

Die historische Gesetzesauslegung fordert ein Hinzuziehen der Gesetzgebungsmaterialien. Die erste Fassung des TDG war im Regierungsentwurf zum Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz enthalten. Die dazugehörige Begründung enthielt ein zweistufiges Konzept, genau genommen das des Vor-

filters⁵². Aufgrund der Neufassung des TDG im Rahmen des Elektronischen Geschäftsverkehr-Gesetzes (EGG)⁵³ ist auch diese Begründung heranzuziehen. Auch darin bezeichnet der Gesetzgeber die Wirkungsweise der Normen untechnisch als Filter⁵⁴. Die historische Auslegung kommt zu einer Filterlösung.

Ob der Gesetzgeber allerdings eine Vor- oder Nachfilterlösung wollte, wird nicht klar. Zwar heißt es: „Bevor ein Diensteanbieter auf Grundlage des Zivil- oder Strafrechts zur Verantwortung gezogen werden kann, muss [...] geprüft werden, ob die [...] Verantwortlichkeit nicht durch die §§ 9 bis 11 ausgeschlossen ist.“⁵⁵ Ein weiterer Satz besagt jedoch: „Sind im Einzelfall die Voraussetzungen der allgemeinen Vorschriften für eine Haftung erfüllt, so ist der Diensteanbieter [...] nicht verantwortlich, wenn er sich auf das Eingreifen der §§ 9, 10 oder 11 TDG berufen kann.“⁵⁶ Die historische Auslegung lässt diesbezüglich kein eindeutiges Ergebnis zu.

dd) Teleologische Auslegung

Zweck der §§ 7 ff. sind Rechtseinheit, -klarheit und -sicherheit⁵⁷. Außerdem sollen sie als horizontale Regelungen rechtsübergreifende Wirkung entfalten. Bei Verortung der Verantwortlichkeitsprüfung im Tatbestand bestünde die Gefahr, dass die §§ 7 ff. Teil einer rechtsgebietsbezogene Beurteilung von Tatbestandsmerkmalen würden. Das würde dem Charakter der horizontalen Regelungen widersprechen⁵⁸. Außerdem würde die Nachvollziehbarkeit der Wirkung des TMG für den nicht juristisch geschulten Anbieter deutlich erschwert werden. Dies liefe der beabsichtigten Rechtssicherheit und -klarheit zuwider⁵⁹. Im Ergebnis spricht die teleologische Auslegung für die Filtermodelle.

d) Ergebnis

Die verschiedenen Auslegungsmethoden kommen letztendlich zu dem Ergebnis, dass ein Zwei-Stufen-Modell die vom Gesetz vorgesehene Lösung ist. Für die Nachfilterlösung spricht zunächst die Logik, denn nur was existiert kann beschränkt werden⁶⁰. Allerdings ist aus arbeitsökonomischer Sicht die Vorfilterlösung vorzugswürdig. Für diese spricht weiter, dass sie eine einheitliche, vom Rechtsgebiet unabhängige Prüfung garantiert⁶¹. Dieser Prüfung getreu, werden daher zunächst die Regelungen der §§ 7 ff. behandelt, bevor anschließend auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Provider eingegangen wird.

⁴⁴ Vgl. Sieber, Rn. 241.

⁴⁵ Gercke/Brunst, Rn. 580.

⁴⁶ Vgl. Busse-Muskala, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Informationsvermittler im Netz 2006, S. 238 f.

⁴⁷ Sieber, Rn. 246.

⁴⁸ Vgl. §§ 7 I, 10 I; Bleisteiner, S. 154.

⁴⁹ Vgl. auch Bleisteiner, S. 154.

⁵⁰ LG München MMR 2000, 171.

⁵¹ Altenhain FS-Puppe, S. 359.

⁵² Vgl. BT-Dr. 13/7385, S. 20; BR-Dr. 966/96, S. 22.

⁵³ Spindler/Schuster/Hoffmann Vor §§ 7 ff. Rn. 28.

⁵⁴ BT-Dr. 14/6098, S. 23.

⁵⁵ Vgl. BT-Dr. 14/6098, S. 23.

⁵⁶ BT-Dr. 14/6098, S. 23.

⁵⁷ Vgl. Erwägungsgründe (5) – (8) der ECRL; BT-Dr. 14/6098.

⁵⁸ Vgl. MüKo/Altenhain Vor §§ 7 ff. Rn. 7.

⁵⁹ Vgl. Bleisteiner, S. 154.

⁶⁰ Müller, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Hyperlinks nach deutschen und Schweizer Recht 2011, S. 84.

⁶¹ Müller, S. 84.

II. Der Anwendungsbereich der §§ 7 ff.

Der sachliche Anwendungsbereich ist in § 1 I festgelegt und erfasst alle Telemedien. Der persönliche Anwendungsbereich der §§ 7 ff. ist auf Diensteanbieter begrenzt. Das TMG unterscheidet zwischen Diensteanbietern und Nutzern. Nutzer i.S.d. § 2 S. 1 Nr. 3 ist jede natürliche oder juristische Person, die Telemedien nutzt. Als Diensteanbieter wiederum wird jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt, bezeichnet, § 2 S. 1 Nr. 1. Dabei fällt auf, dass der Anwendungsbereich juristische Personen umfasst, strafrechtliche Normen jedoch nur für natürliche Personen gelten. Aus diesem Grund sind die §§ 2, 7 ff. „redaktionell zu berichtigen“ und für das Strafrecht so zu verstehen, dass sie Inhaber und Beschäftigte des Anbieters erfassen⁶².

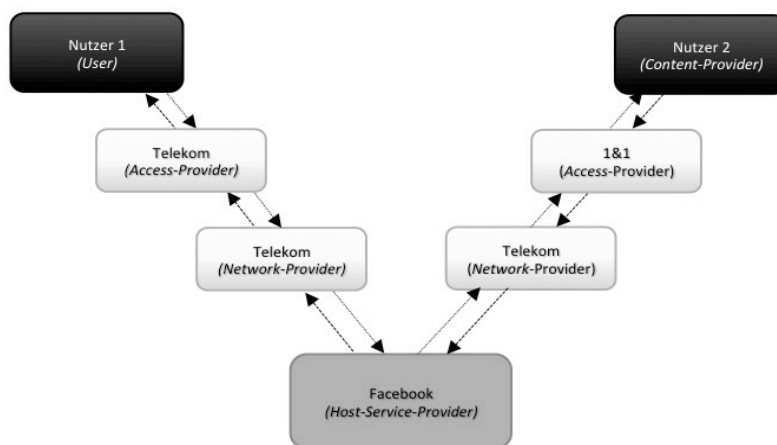
III. Das System der Verantwortlichkeitsbegrenzung nach den §§ 7 ff.

Nachdem sowohl die dogmatische Einordnung, als auch der Anwendungsbereich erörtert wurden, stellt sich die Frage nach dem Inhalt der §§ 7 ff. Unter den in den §§ 8 – 10 geregelten Voraussetzungen ist ein Provider nicht verantwortlich. Die normierten Verantwortlichkeitsbegrenzungen folgen dabei einem abgestuften System⁶³: Je näher ein Anbieter bestimmten Informationen im Internet steht, desto eher soll dieser für die Informationen verantwortlich sein⁶⁴.

1. Überblick über die Provider

Grundsätzlich unterscheidet das Gesetz zwischen Inhaltsanbietern (*Content-Provider*), Zugangsanbietern (*Access-Provider*), Übermittlungsanbietern (*Network-Provider*), Zwischen-speicheranbietern (*Proxy-Cache-Provider*) und Speicherplatzanbietern (*Host-Service-Provider*)⁶⁵. Die Anbieterbezeichnungen sind dabei funktional und nicht personal zu verstehen⁶⁶. Das folgende Beispiel soll einen ersten, vereinfachten Überblick vermitteln:

Bsp.: Nutzer 2 postet auf Facebook, dass Ausländer generell als minderwertig zu bezeichnen sind und die Gaskammern wieder eingeführt werden sollen. Nutzer 1 liest den Kommentar und meldet ihn Facebook. Ein Mitarbeiter von Facebook liest den Hinweis, geht diesem allerdings nicht nach.



Beim „Posten“ eines rechtswidrigen Kommentars auf Facebook agiert Nutzer 2 als *Content-Provider*. Den Zugang zum Internet gewährt ihm ein *Access-Provider*, bspw. 1&1. Ein *Network-Provider*, bspw. die Telekom, transportiert seinen „Post“ innerhalb des Internets. Facebook, der *Host-Service-Provider*, speichert den „Post“ und hält ihn so zum Abruf für Dritte bereit. Will nun Nutzer 1 die Daten abrufen, bedient dieser sich der Dienste eines *Access*- und eines *Network-Providers*.

2. Content-Provider

Strengste, nämlich volle, Verantwortlichkeit kommt dem *Content-Provider*, dem Anbieter eigener Informationen zu, § 7 I⁶⁷.

a) Sinn und Zweck der Regelung

Das Fehlen einer Privilegierung beruht auf dem Grundsatz, dass „offline“ strafbare Inhalte auch „online“ strafbar sein müssen⁶⁸. Die Vorschrift begründet allerdings keine, nicht schon nach anderen Gesetzen bestehende, Haftung. Sie hat also rein deklaratorische Wirkung⁶⁹.

b) Bereithalten eigener Informationen

Den Begriff der „Information“ will der Gesetzgeber im TMG weit verstanden wissen und fasst alle Angaben, die i.R.d. jeweiligen Teledienstes übermittelt oder gespeichert werden darunter⁷⁰. Unter eigenen Informationen sind selbst erstellte Inhalte zu fassen. Literatur⁷¹, Rechtsprechung⁷² und Gesetzgeber⁷³ gingen, und gehen teilweise noch heute, auch dann von eigenen Informationen aus, wenn der Anbieter sich ursprünglich fremde Informationen

zu eigen macht. Die zur Definition von „zu eigen machen“ entwickelten Ansätze wurden jedoch mit Inkrafttreten der ECRL obsolet⁷⁴. Diese kennt keine Abgrenzung von „eigenen“ und „fremden“ Informationen. Anstelle des Wortes „fremd“ heißt es in Art. 14 I ECRL „von einem Nutzer eingegeben“. Diese Umschreibung ist deshalb auch auf die §§ 7 ff. anzu-

⁶² Vgl. Sieber, Rn. 258.

⁶³ Vgl. Frey MMR 2014, 650.

⁶⁴ Hilgendorf/Frank/Valerius, Rn. 179, 193.

⁶⁵ Vgl. Gercke/Brunst, Rn. 585.

⁶⁶ Dustmann, Die privilegierten Provider 2001, S. 32.

⁶⁷ Gercke/Brunst, Rn. 587.

⁶⁸ Sieber, Rn. 280.

⁶⁹ Vgl. Stadler, Teil 2 Rn. 23.

⁷⁰ Vgl. BT-Dr. 14/6098, S. 23.

⁷¹ Müller-Broich § 7 Rn. 1 f.

⁷² BGH NJW-RR 2010, 1276, 1278.

⁷³ BT-Dr. 14/6098, S. 23.

⁷⁴ Vgl. BeckOK/Paal § 7 Rn. 34.

wenden. Das Bereithalten ist ein Verfügbarmachen von Daten⁷⁵, auf eigenen oder auf fremden Servern⁷⁶.

c) Beispiele

Ein klassisches Beispiel eines *Content-Providers* ist der Betreiber einer Internetseite mit eigenen Inhalten. Aber auch der Verfasser von Internet-Kommentaren, wie der unseres Beispiels, fällt darunter⁷⁷.

3. Host-Service-Provider

Eine erste, bedingte Haftungsprivilegierung kommt dem *Host-Service-Provider* nach § 10 S. 1 zu. Ein *Host-Service-Provider* speichert fremde Informationen für Nutzer auf einem Server. Die Speicherung i.S.d. § 10 I ist abzugrenzen von den Zwischenspeicherungen der §§ 8 II, 9 S. 1 und muss daher auf eine gewisse Dauer angelegt sein⁷⁸.

a) Sinn und Zweck der Regelung

Host-Service-Provider werden lediglich als Vermittler zwischen Informationsurheber und Drittem tätig⁷⁹. Aufgrund dieser Rolle, der großen Datenmengen und dem Fehlen einer verlässlichen, automatischen Erkennung aller rechtswidrigen Informationen besteht eine Haftungsbeschränkung⁸⁰.

b) Voraussetzungen Privilegierung

Host-Service-Provider sind dann nicht für rechtswidrige Informationen verantwortlich, wenn sie keine Kenntnis von diesen haben. Hätten sie nämlich Kenntnis, so wäre ihnen ein Eingreifen ohne Probleme möglich und eine Privilegierung folglich unbegründet⁸¹.

aa) Kenntnis

Kenntnis in diesem Sinne bedeutet menschliche⁸², positive Kenntnis der Information und, in Übereinstimmung mit der ECRL⁸³, der Rechtsprechung des EuGH⁸⁴ und des BGH⁸⁵, auch deren Rechtswidrigkeit⁸⁶. Ein Kennenmüssen ist nach h.M. nicht ausreichend⁸⁷. Für die Kenntniserlangung können Hinweise eines Dritten genügen⁸⁸. Mangels Überwachungs-

pflcht (§ 7 II 1) und vorgeschriebener Passivität können Bezugspunkte der Kenntnis allerdings nur konkrete Informationen oder Handlungen sein⁸⁹.

Bzgl. der Zurechnung fremder Kenntnis ergeben sich Unterschiede im Straf- und Zivilrecht. Aufgrund des Schuldprinzips ist es im **Strafrecht** nicht möglich Kenntnis fremder Personen anderen zuzurechnen⁹⁰. Für das **Zivilrecht** hingegen kann eine Wissenszurechnung analog § 166 BGB erfolgen⁹¹. Trotz der rechtsgebietsübergreifende Funktion der §§ 7 ff. und der zu bevorzugenden Vorfilterlösung, ist eine einheitliche Definition an diesem Punkt nicht möglich und auch nicht wünschenswert.

bb) Unverzügliches Tätigwerden

Sollte der Provider Kenntnis erlangen, so tritt nicht automatisch dessen Verantwortlichkeit ein. Wird er unverzüglich tätig, um die Daten zu löschen bzw. zu sperren, bleibt die Privilegierung bestehen, § 10 S. 1 Nr. 2. Dem Wortlaut ist zu entnehmen, dass es auf den tatsächlichen Entfernungs- oder Sperrungserfolg nicht ankommt, das ernsthafte Tätigwerden alleine genügt⁹². Über die Anforderungen an das Tätigwerden an sich sagt das Gesetz jedoch nichts aus. § 5 TDG aF enthielt den Grundsatz, dass die Entfernung oder Sperrung technisch möglich und zumutbar sein muss⁹³. Aus dem Regierungsentwurf zum EGG ergibt sich, dass dieser Grundsatz für den damals neu formulierten § 11 TDG und somit auch für den aktuellen § 10 weiter gelten soll⁹⁴. Ob eine Zumutbarkeit im konkreten Fall vorliegt, ist für jeden Fall gesondert, insbesondere unter Berücksichtigung der Interessen der Anbieter, der Verletzten und der Allgemeinheit, zu beurteilen⁹⁵. Ob das Tätigwerden unverzüglich erfolgte, hat nach dem verbreiteten Verständnis von „ohne schuldhaftem Zögern“ zu erfolgen⁹⁶.

c) Beispiele

Neben dem Anbieter von Speicherplatz für Internetseiten, fallen auch Betreiber von Informationsplattformen⁹⁷, Microbloggingdiensten⁹⁸, Chatrooms⁹⁹ und sozialen Netzwerken¹⁰⁰ in diese Kategorie von Providern.

4. Network- und Access-Provider

Die weitgehendste Privilegierung ist für *Network-* und *Access-Provider* vorgesehen, § 8 I.

⁷⁵ Heß, Die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für Informationen im Internet nach der Novellierung des Teledienstgesetzes 2005, S. 134.

⁷⁶ Vgl. Hilgendorf/Frank/Valerius, Rn. 180.

⁷⁷ Vgl. Gercke/Brunst, Rn. 588, a.A. Wimmer ZUM 1999, 436, 440.

⁷⁸ MüKo/Altenhain § 10 Rn. 3.

⁷⁹ Vgl. MüKo/Altenhain § 10 Rn. 2.

⁸⁰ Vgl. BT-Dr. 13/7385, S. 20; BT-Dr. 14/6098, S. 25.

⁸¹ Sieber CR 1997, 653, 655.

⁸² Kohl, Die Haftung der Betreiber von Kommunikationsforen im Internet und virtuelles Hausrecht 2007, S. 70.

⁸³ Vgl. Hartmann, Unterlassungsansprüche im Internet 2009, S. 115; frz.

Fassung ECRL: Der Begriff „rechtswidrig“ = „illicite“ ist in der französischen Fassung im Plural und bezieht sich daher sowohl auf die Handlung, als auch auf die Information. Daraus ist zu schließen, dass sich die Kenntnis auf die Rechtswidrigkeit beziehen muss.

⁸⁴ EuGH MMR 2010, 315, 319 Rn. 109.

⁸⁵ BGH MMR 2010, 475, 480 Rn. 39.

⁸⁶ Vgl. zum Streit Eck/Ruess MMR 2003, 363 ff.

⁸⁷ Mießner, Providerhaftung, Störerhaftung und Internetauktion 2008, S. 49;

a.A.: Barton, Multimedia-Strafrecht 1999, S. 229; Pätz CR 1998, 625, 626.

⁸⁸ Vgl. Paul, S. 157 ff.

⁸⁹ Gercke/Brunst, Rn. 600.

⁹⁰ Dustmann, S. 163.

⁹¹ Beckmann, Verantwortlichkeit von Online-Diensteanbietern in Europa und den Vereinigten Staaten von Amerika 2001, S. 116.

⁹² Vgl. Gercke/Brunst, Rn. 605.

⁹³ Vgl. Sieber CR 1997, 581, 584.

⁹⁴ Vgl. BT-Dr. 14/6098, S. 25.

⁹⁵ Vgl. Wabnitz/Janovsky/Bär, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2014, Kap. 14 Rn. 195.

⁹⁶ Spindler/Schuster/Hoffmann § 10 Rn. 46.

⁹⁷ BGH NJW 2012, 148, 150.

⁹⁸ OLG Dresden, 01.4.2015, 4 U 1296/14.

⁹⁹ Kohl, S. 53.

¹⁰⁰ EuGH, 16.2.2012, C-360/10, Rn. 27.

a) Sinn und Zweck der Regelung

Die Gründe dafür liegen zum einen im Technischen und zum anderen im Rechtspolitischen. Der Datenfluss ist nicht kontrollierbar und eine Kontrolle auch nicht wünschenswert¹⁰¹.

b) Providerarten

Network-Provider übermitteln fremde Informationen in einem Kommunikationsnetz, der Netzinfrastruktur¹⁰². *Access-Provider*

halten Schnittstellen im Netz bereit, über die sich deren Kunden in das Netzwerk

einwählen können¹⁰³.

Teilweise wird vertreten, dass der *Network-Provider*

zwar vom *Abb. 2 WLAN-Betreiber*

Wortlaut

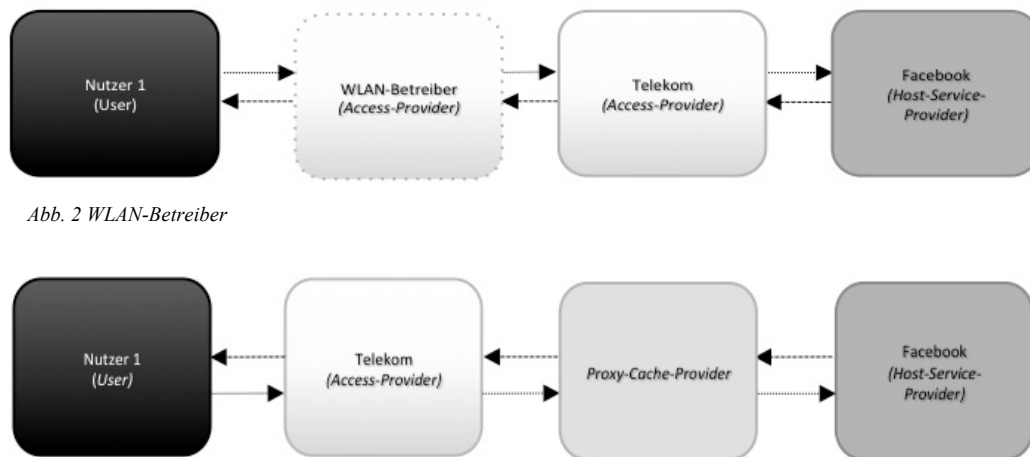
des § 8 I erfasst sei, nicht aber unter den von § 2 S. 1 Nr. 1 definierten Diensteanbieter falle, da er selbst kein Telemedium i.S.d. § 1 I 1 sei¹⁰⁴. Selbst wenn er kein Telemedium wäre, so vermag diese Ansicht nicht zu überzeugen. Es wird die in § 2 S. 1 Nr. 1 genannte Alternative übersehen, nach welcher es genügt, den Zugang zur Nutzung fremder Telemedien zu vermitteln. Indem *Network-Provider* ihr Netz zur Verfügung stellen, vermitteln sie den Zugang zu fremden Telemedien¹⁰⁵. Sie sind daher unproblematisch von § 2 S. 1 Nr. 1 erfasst. Auch die *Access-Provider* sind – mit Verweis auf die *Network-Provider*-Begründung – vom Anwendungsbereich erfasst¹⁰⁶.

c) Voraussetzungen Privilegierung

Die Haftungsprivilegierung besteht, sofern keine der in § 8 I genannten Ausschlussgründe einschlägig sind. In den dort genannten Fällen wäre die Tätigkeit nicht mehr auf die rein technische, automatisierte Durchleitung beschränkt¹⁰⁷. Der Fall der Kenntniserlangung der Rechtswidrigkeit übermittelter Informationen ist im Gegensatz zu § 10 kein Ausschlussgrund.

d) Beispiele

Ein klassisches Beispiel eines *Access-Providers* ist ein Kommunikationsunternehmen, das über einen Einwahlknoten den Internetzugang für Privathaushalte zur Verfügung stellt¹⁰⁸. Häufig wählt sich der Nutzer aber über ein privates oder öffentliches WLAN, bspw. in der Universität oder in Cafés, ins Internet ein. Dem „klassischen“ *Access-Provider* ist dann noch der Betreiber eines WLANs vorgeschaltet:



Ein WLAN-Anbieter vermittelt den Zugang zur Nutzung eines Kommunikationsnetzes und somit zu einem Telemedium. Er ist zwar kein

„klassischer“ *Access-Provider*, trotzdem ist er Diensteanbieter i.S.d. §§ 8 I, 2 S. 1 Nr. 1, 1 I 1¹⁰⁹.

e) Zwischenspeicherung bei Zugangsvermittlung, § 8 II

Kommt es im Rahmen der Zugangs- oder Informationsübermittlung zu einer automatischen kurzzeitigen Zwischenspeicherung, so legt § 8 II fest, dass die Haftungsprivilegierung des § 8 I trotzdem weiter besteht.

Von einer Zwischenspeicherung ist auszugehen, wenn diese, anders als die Speicherung des § 10, nicht auf Dauer angelegt ist¹¹⁰. Der Begriff „Kurzzeitigkeit“ soll eine Abgrenzung zur Zwischenspeicherung nach § 9 ermöglichen, die in zeitlicher Hinsicht länger ist als die des § 8 II¹¹¹. Zweck der Zwischenspeicherung darf i.R.d. § 8 II nur die technische Ermöglichung der fehlerfreien Datenübermittlung sein, das bloße Ziel der Übermittlungsbeschleunigung genügt nicht¹¹². Die Speicherung darf zudem nicht länger andauern als erforderlich.

f) Verweigerung Sperrung

Diskutiert wird, ob eine Verweigerung der Sperrung rechtswidriger Daten aufgrund des § 7 II 2 und des Art. 12 III ECRL zum Ausschluss der Privilegierung führt¹¹³. Das ist abzulehnen.

¹⁰¹ Sieber, Rn. 283 f.

¹⁰² BeckOK/Paal § 8 Rn. 13.

¹⁰³ Rothe, Die Haftung für fremde Online-Inhalte nach § 5 Abs. 2 TDG am Beispiel des Internet-Host-Providers 2001, S. 7.

¹⁰⁴ BeckOK/Paal § 8 Rn. 11.

¹⁰⁵ Vgl. Sieber, Rn. 262 f.

¹⁰⁶ A.A.: Frey MMR 2014, 650, 654.

¹⁰⁷ Paul, S. 129.

¹⁰⁸ Vgl. HSH/Sieber/Höfner, Teil 18.1 Rn. 64.

¹⁰⁹ Vgl. Röhrborn/Katko CR 2002, 882, 887; Spindler/Schmitz/Geis/Spindler § 9 TDG Rn. 14.

¹¹⁰ Vgl. Spindler/Schuster/Hoffmann § 8 Rn. 37.

¹¹¹ Vgl. Spindler/Schuster/Hoffmann § 8 Rn. 39.

¹¹² Spindler/Schuster/Hoffmann § 8 Rn. 2.

¹¹³ Vgl. Kudlich JA 2002, 798, 802.

§ 7 II 2 versteht die Pflicht zur Sperrung als Sonderpflicht neben der Privilegierung¹¹⁴. Hinzu kommt, dass § 8 im Gegensatz zu § 10 den Fall der Kenntniserlangung gerade nicht als Ausschlussgrund der Privilegierung kennt¹¹⁵. Die in § 8 I genannten Ausschlussgründe sind jedoch mit Blick auf die Rechtssicherheit als abschließend anzusehen¹¹⁶.

5. Proxy-Cache-Provider

Eine Art Zwischenstellung zwischen den behandelten Providern nimmt der *Proxy-Cache-Provider* ein¹¹⁷.

Im obigen Beispiel könnte es vorkommen, dass die von Nutzer 1 aufgerufene Facebook-Seite bereits von einem *Proxy-Cache-Server* in einer Übertragungskette zwischen Teilnetzen gespeichert wurde¹¹⁸. Der *Access-Provider* ruft die vom Nutzer abgerufenen Daten dann direkt von diesem „Hilfsmittel“¹¹⁹ ab und leitet sie von dort an den Nutzer weiter¹²⁰.

a) Sinn und Zweck der Regelung

Proxy-Cache-Server verringern die Belastung des Netzes und die Wartezeit des Nutzers¹²¹. Auch ihnen kommt lediglich eine Vermittlerrolle zu. Deshalb enthält § 9 eine Haftungsprivilegierung¹²².

b) Voraussetzungen Privilegierung

Diese kommt den Anbietern dann zugute, wenn eine automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung vorliegt, die allein zu dem Zweck der effizienteren Übermittlung fremder Informationen an andere Nutzer erfolgt. Das Merkmal der zeitlichen Begrenzung dient der Unterscheidung zur kurzzeitigen Zwischenspeicherung (§ 8 II) und Speicherung (§ 10). Von einer effizienteren Übermittlung ist dann auszugehen, wenn sie ohne Qualitätsverlust beschleunigt wird¹²³. Die von *Proxy-Cache-Servern* durchgeführte Zwischenspeicherung ist daher nicht technisch, sondern wirtschaftlich bedingt¹²⁴.

Die Haftungsprivilegierung tritt aber nur dann ein, wenn der *Proxy-Cache-Provider* keinen der in § 9 genannten Ausschlussgründe erfüllt. Im Gegensatz zu § 10 ist die reine Kenntnis von rechtswidrigen Informationen jedoch nicht schädlich¹²⁵.

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist das Verantwortlichkeitssystem der §§ 7 ff. so zu verstehen, dass es primär auf den Urheber rechtswidriger Informationen abstellt, sekundär *Host-Service*- und *Proxy-Cache-Provider* bedingt zur Verantwortung zieht

und *Network*- und *Access-Provider* von einer Haftung ausnimmt¹²⁶.

C. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Internetprovider

Wurde auf erster Ebene festgestellt, dass ein Provider nicht nach dem TMG privilegiert ist, so kommt es auf zweiter Ebene zur Prüfung dessen strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Die Ausführungen dieses Teils beschränken sich dabei auf die nach den §§ 8 ff. privilegierten Provider und deren typische Tätigkeiten.

I. Mögliche Straftatbestände

Gegenstand der die Provider treffenden Vorwürfe sind allermeist die Durchleitung oder Speicherung missbilligter Daten unter dem Aspekt der Weitergabe an Dritte¹²⁷. Als Straftatbestände kommen daher Kommunikationsdelikte, d.h. Tatbestände, die die Äußerung oder Weitergabe missbilligter Inhalte unter Strafe stellen, in Betracht¹²⁸. Zudem könnten urheberrechtliche Delikte (§ 106 ff. UrhG) und der verbotene Besitz kinderpornographischer Schriften (§ 184b III StGB) verwirklicht werden.

Die Kommunikationsdelikte sind in Verbreitungs- und Äußerungsdelikten zu untergliedern. Bei ersteren stellt der Gesetzgeber bereits das Verbreiten oder Zugänglichmachen bestimmter Daten unter Strafe¹²⁹. Darunter fallen bspw. die Verbreitung pornographischer Schriften (§§ 184 ff. StGB) sowie die Volksverhetzung des § 130 II, V StGB. Äußerungsdelikte hingegen verlangen, dass sich der Täter zum missbilligten Inhalt bekennt¹³⁰. Beispiele sind die Beleidigungsdelikte der §§ 185 ff. StGB und die Volksverhetzung des § 130 I, III, IV StGB.

Allen Verbreitungsdelikten ist gemein, dass sie auf das „Verbreiten“ und/oder „Zugänglichmachen“ einer „Schrift“ abstellen. Hinsichtlich der provider-typischen Tätigkeiten stellt sich die Frage, ob sich diese unter die genannten Merkmale subsumieren lassen¹³¹.

1. Schriften

Sofern ein Tatbestand von Schriften ausgeht und auf § 11 III StGB verweist, sind diesen u.a. Datenspeicher gleichgestellt. Dementsprechend wird das Speichern von Informationen heute unproblematisch von § 11 III erfasst.

2. Verbreiten

Von einem Verbreiten ist nach h.M. dann auszugehen, wenn eine Schrift als körperlicher Gegenstand anderen zugänglich

¹¹⁴ Gercke/Brunst, Rn. 616.

¹¹⁵ Vgl. BT-Dr. 14/6098, S. 24.

¹¹⁶ Vgl. HSH/Sieber/Höfner, Teil 18.1 Rn. 69.

¹¹⁷ Kudlich JA 2002, 798, 801.

¹¹⁸ Wandtke/Bullinger/v. Welser § 44a UrhG Rn. 6.

¹¹⁹ Vgl. Beckmann, S. 7.

¹²⁰ Vgl. Spindler/Schuster/Hoffmann § 9 Rn. 2.

¹²¹ BeckOK/Paal § 9 Rn. 5.

¹²² Vgl. Paul, S. 135.

¹²³ MüKo/Altenhain § 9 Rn. 6.

¹²⁴ Gercke/Brunst, Rn. 621.

¹²⁵ Vgl. Spindler MMR 1999, 199, 202.

¹²⁶ Vgl. Sieber ZUM 1999, 196, 201.

¹²⁷ Vgl. Paul, S. 179.

¹²⁸ Altenhain CR 1997, 485.

¹²⁹ Vgl. Altenhain CR 1997, 485, 486.

¹³⁰ Busse-Muskala, S. 49.

¹³¹ Vgl. Popp, S. 107.

gemacht wird¹³². Beim zur Verfügung stellen von Daten im Internet wird nur deren Inhalt, nicht jedoch die Substanz des Datenträgers weitergegeben¹³³. Mit Blick auf § 86 I StGB, der dem Verbreiten das öffentliche Zugänglichmachen in Datenspeichern gleichstellt, ist festzustellen, dass der Begriff des Verbreitens nicht so zu verstehen ist, dass er automatisch die Erstellung einer Kopie einer Datenspeicherung umfasst¹³⁴.

3. Zugänglichmachen

Der Begriff des Zugänglichmachens hingegen ist weiter zu verstehen. Er umfasst alle Tätigkeiten, durch die es einer anderen Person ermöglicht wird, den gedanklichen oder bildlichen Inhalt der Schrift wahrzunehmen¹³⁵. Eine Computerdarstellung genügt diesen Voraussetzungen¹³⁶.

4. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, dass alle Provider Verbreitungsdelikte verwirklichen können. Die von den Urheberrechtsdelikten vorausgesetzte „Vervielfältigung“ ist hingegen nur bei einer Speicherung durch *Service-Provider* zu bejahen¹³⁷. Bzgl. den Äußerungs- und Besitzdelikten ergeben sich keine Besonderheiten.

II. Allgemeiner Teil

Nachdem nun feststeht, welche Straftatbestände überhaupt in Betracht kommen, werden im folgenden Abschnitt die Bereiche des Allgemeinen Teils näher behandelt, bei denen die providerspezifischen Tätigkeiten zu Problemen führen könnten.

1. Unechtes Unterlassungsdelikt

Anknüpfungspunkt strafrechtlichen Vorwurfs kann entweder positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen sein¹³⁸.

a) Abgrenzung Tun und Unterlassen

Kommt es zur Einstellung von rechtswidrigen Informationen im Internet, so kann die strafbare Handlung der Provider zum einen in der Schaffung oder Aufrechterhaltung des Internetzugangs bzw. Speicherplatzes, einem positiven Tun, und zum anderen im Unterlassen von Kontroll- und Sperrmaßnahmen gesehen werden¹³⁹. Rechtsprechung¹⁴⁰ und h.M. in der Literatur¹⁴¹ nehmen die Abgrenzung richtigerweise anhand des „Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit“ vor¹⁴². Die Provider stellen Internetverbindungen und Speicherplatz nach deren Verträgen lediglich zu legalen Zwecken zur Verfügung¹⁴³. Ein sol-

ches rechtmäßiges Verhalten kann ihnen nicht zum Vorwurf gemacht werden. Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit kann daher nur das Unterlassen von Kontroll- bzw. Sperrmaßnahmen sein¹⁴⁴. Dieses Ergebnis schließt allerdings nicht aus, dass den Providern bei Vornahme zusätzlicher Handlungen ein aktives Tun vorgeworfen werden kann.

Zur Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und somit zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen kommt es aber überhaupt nur dann, wenn keine Privilegierung i.S.d. §§ 8 ff. gegeben ist. Die Provider haben in der Folge also zumindest einen der dort genannten Ausschlussgründe erfüllt. Dies führt bei den *Network-* und *Access-Providern* immer zu einem Schwerpunkt auf aktivem Tun, bei den *Proxy-Cache-* und *Host-Service-Providern* (im Folgenden nur noch *Service-Provider*) hingegen ist ein Unterlassen möglich.

b) Garantenstellung

Liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei den *Service-Providern* auf einem Unterlassen, so ist eine Strafbarkeit nur dann denkbar, wenn der Provider eine Garantenstellung innehatte. Eine Garantenpflicht aus Gesetz, genauer gesagt aus den Ausschlussgründen der §§ 8 ff., widerspräche der haftungsbegrenzenden Filterfunktion¹⁴⁵. Eine Pflicht aus Ingerenz scheitert an der Rechtmäßigkeit der Bereitstellung von Kommunikations- und Speichermöglichkeiten¹⁴⁶. In Betracht kommt daher nur eine Garantenstellung aus der Pflicht zur Überwachung einer Gefahrenquelle¹⁴⁷. Angesichts der offenkundigen Begehung von Straftaten im Internet, stellt das Internet eine Gefahrenquelle dar¹⁴⁸.

aa) Tatsächliche Herrschaft

Die Garantenpflicht setzt die tatsächliche Herrschaft über die Gefahrenquelle voraus. Aufgrund der Zugriffsmöglichkeit der *Service-Provider* auf den Datenspeicher ist die Herrschaft unproblematisch zu bejahen¹⁴⁹.

bb) Weiteres Kriterium

Da das Kriterium allein allerdings auf die bloße, bei allen Unterlassungsdelikten erforderliche, Möglichkeit der Erfolgsabwendung hinausläuft, ist ein weiteres Kriterium notwendig¹⁵⁰.

(1) Vertrauen

Rechtsprechung¹⁵¹ und h.M. in der Literatur¹⁵² sehen dies im Vertrauen der Anwender, dass der Unterlassende die entsprechenden Gefahren kontrollieren und verhindern werde. Aus den §§ 9 S. 1 Nr. 5, 10 S. 1 lässt sich der Grundsatz und ein daraus resultierendes Vertrauen entwickelt, dass die *Service-Provider* im Fall der Kenntnis von klar rechtswidrigen Daten

¹³² BGH NJW 1963, 60; MüKo/Hörnle § 184 StGB Rn. 77.

¹³³ Vgl. Sch/Sch/Eisele § 184b StGB Rn. 5.

¹³⁴ So auch Sch/Sch/Eisele § 184b StGB Rn. 5; a.A.: Paul, S. 181 f.; BGH NJW 2001, 3558, 3559.

¹³⁵ Derksen NJW 1997, 1878, 1881.

¹³⁶ Sieber JZ 1996, 494, 495.

¹³⁷ Vgl. BeckOK/Sternberg-Lieben § 106 UrhG Rn. 24.

¹³⁸ HSH/Sieber, Teil 19.1 Rn. 20.

¹³⁹ Vgl. Beckmann, S. 17.

¹⁴⁰ BGH NSTZ 1999, 607.

¹⁴¹ Sch/Sch/Stree/Bosch Vor §§ 13 ff. StGB Rn. 158a.

¹⁴² a.A.: Roxin, Strafrecht AT II 2003, § 31 Rn. 70.

¹⁴³ Pelz wistra 1999, 53, 55.

¹⁴⁴ Vgl. Hörnle NJW 2002, 1008, 1111.

¹⁴⁵ Vgl. HSH/Sieber, Teil 19.1 Rn. 33 ff.

¹⁴⁶ Vgl. Paul, S. 170.

¹⁴⁷ Hilgendorf JuS 1997, 323, 330 f.

¹⁴⁸ Vgl. Pelz wistra 1999, 53, 56.

¹⁴⁹ Vgl. HSH/Sieber, Teil 19.1 Rn. 45.

¹⁵⁰ Pelz wistra 1999, 53, 55.

¹⁵¹ BGH NJW 1990, 2560, 2563.

¹⁵² LK/Jescheck § 13 Rn. 35.

bzw. der Kenntnis der Entfernung von Informationen ihnen zumutbare Handlungen zur Löschung unternommen werden¹⁵³.

(2) Besondere Gefährlichkeit

Andere vertreten, dass eine *besondere* Gefährlichkeit der Quelle vorliegen muss¹⁵⁴. Abgesehen von der Unvereinbarkeit dieser Lösung mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG¹⁵⁵, wäre schon das Kriterium der *besonderen* Gefährlichkeit zu verneinen. Popp¹⁵⁶ behauptet, dass das Internet die Begehung von Straftaten provoziere. Außerdem wird mehrfach auf Diskussionsforen verwiesen, um die *besondere* Gefahr des Internets zu verdeutlichen¹⁵⁷. Den Bedenken ist insofern zuzustimmen, als dass das Internet, aufgrund der Anonymität, anfällig für Straftaten ist. Und es vermag auch zu überzeugen bestimmte Seiten, die eindeutig strafbare Informationen anbieten, als *besonders* gefährlich anzusehen¹⁵⁸. Allerdings trifft das nicht auf die gesamte Infrastruktur Internet zu. Vergleicht man das Internet mit dem Telefon, über welches auch Straftaten begangen werden, so wird dieses nicht als *besonders* gefährlich angesehen¹⁵⁹. Außerdem werden über 95% der registrierten Delikte ohne Internet begangen¹⁶⁰, was angesichts der Bedeutung des Internets im Alltag¹⁶¹ enorm ist. Auf einer *besonderen* Gefährlichkeit des Internets könnte keine Garantenstellung der Provider beruhen.

(3) Zwischenergebnis

Nach dem zu bevorzugenden Kriterium des Vertrauens wäre eine Garantenstellung bei konkreter Kenntnis der rechtswidrigen Information bzw. deren Entfernung möglich.

cc) Unmittelbar aus der Gefahrenquelle herrührende Gefahr

Hinzukommen müsste noch, dass die Gefahr unmittelbar aus der Quelle herrührt¹⁶². Das könnte deshalb scheitern, da die Gefahr des Zugänglichwerdens strafbarer Informationen nicht bereits durch das zur Verfügung stellen von Servern, sondern

vielmehr erst durch fremdes Handeln entsteht¹⁶³. Allerdings gehört die Löschung rechtswidriger bzw. nicht mehr bestehender Daten nach den §§ 9 S. 1 Nr. 5, 10 S. 1 zum Organisationsbereich der Speicherplatzanbieter. Aus diesem Grund wäre ihnen ein rechtsgutgefährdendes Verhalten Dritter zuzurechnen¹⁶⁴.

dd) Ergebnis

Letztlich ist festzustellen, dass eine Garantenstellung der *Service-Provider* bei Kenntnis der rechtswidrigen Information bzw. deren Entfernung besteht.

c) Erfolgszurechnung

Als nächstes würde sich die Frage nach der Zurechnung des tatbestandsmäßigen Erfolgs stellen. Voraussetzung der Erfolgszurechnung ist, dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durch die vorzunehmende Handlung vermeidbar gewesen wäre¹⁶⁵. Rechtsprechung¹⁶⁶ und Literatur¹⁶⁷ stellen hierbei nicht auf den Erfolg in seiner konkreten Gestalt, sondern auf den im Gesetz abstrakt beschrieben tatbestandlichen Erfolg ab. Hieran könnte die Erfolgszurechnung des Providers scheitern: Die relevanten Informationen wären regelmäßig über andere Provider verfügbar¹⁶⁸.

In Parallele zur alternativen Kausalität¹⁶⁹ ist für das Scheitern einer Erfolgszurechnung vorauszusetzen, dass der Erfolgseintritt auch bei rechtmäßigem Verhalten aller anderen Provider für ihn nicht vermeidbar gewesen wäre¹⁷⁰. Unbeachtlich wäre rechtmäßiges Verhalten nur dann, wenn durch alternative Datenspeicherungen nicht die gleiche, sondern eine neue Tatbestandsverwirklichung erfolgen würde¹⁷¹. Es stellt sich also die Frage, ob es sich bei der Speicherung der in Rede stehenden Information durch andere Provider um dieselbe oder eine andere Tat handelt. Die Beurteilung hängt dabei vom konkreten Taterfolg ab. Ginge es bspw. um das Zugänglichmachen von kinderpornographischen Darstellungen, so wäre die Identität der Darstellungen entscheidend¹⁷². Zwar könnten kinderpornographische Darstellungen durch andere *Service-Provider* zur Verfügung gestellt werden, es würde sich dabei allerdings nicht um identische Darstellungen handeln. Der tatbestandliche Erfolg könnte in diesem Beispiel nie durch andere *Service-Provider* herbeigeführt werden. Eine Erfolgszurechnung wäre zu bejahen

d) Zumutbarkeit

Auf der Ebene der Schuld ist bei einer Unterlassensstrafbarkeit die Zumutbarkeit der erwarteten Handlung zu prüfen. Da nur

¹⁵³ Vgl. Reindl-Krauskopf, Computerstrafrecht im Überblick 2009, S. 115 ff.; Jaeger, Computerkriminalität 1998, S. 143.

¹⁵⁴ beruhend auf BGH NJW 1982, 1235 ff.; Waldenberger ZUM 1997, 176, 184.

¹⁵⁵ Sieber JZ 1996, 494, 502.

¹⁵⁶ Vgl. Popp, S. 146.

¹⁵⁷ Vgl. Spindler ZUM 1996, 533, 536.

¹⁵⁸ Vgl. Sieber JZ 1996, 494, 502; Flechsig AfP 1996, 333, 342.

¹⁵⁹ Vgl. Conradi/Schlömer NStZ 1996, 472, 474.

¹⁶⁰ Nach der Polizeilichen Kriminalstatistik des Jahres 2014 wurden 246.925 Fälle erfasst die unter Nutzung des Tatmittels Internet begangen wurden. Das sind etwa 4 % aller polizeilich erfassten Straftaten, vgl. Bundeskriminalamt PKS 2014, online abrufbar unter

<http://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2014/pks2014ImkBericht,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/pks2014ImkBericht.pdf>, zuletzt abgerufen am 23.02.16, S. 19, 20.

¹⁶¹ Nach dem Statistischen Bundesamt nutzen 80 % der Personen ab zehn Jahren das Internet, vgl. Statistisches Bundesamt IKT 2014, online abrufbar unter online abrufbar unter <http://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2014/pks2014ImkBericht,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/pks2014ImkBericht.pdf>, zuletzt abgerufen am 23.02.16.

¹⁶² Vgl. Pelz wistra 1999, 53 56.

¹⁶³ Derksen NJW 1997, 1878, 1883.

¹⁶⁴ Vgl. Jakobs, Strafrecht AT 1991, 29 Abschn. Rn. 32 ff.; HSH/Sieber, Teil 19.1 Rn. 58 f.

¹⁶⁵ BGH NJW 1987, 2840.

¹⁶⁶ BGH JZ 1973, 173.

¹⁶⁷ Lackner/Kühl Vor § 13 Rn. 12.

¹⁶⁸ Vgl. HSH/Sieber, Teil 19.1 Rn. 68.

¹⁶⁹ Vgl. Roxin, Strafrecht AT I 2006, § 11 Rn. 13.

¹⁷⁰ Derksen NJW 1997, 1878, 1884.

¹⁷¹ Sieber JZ 1996, 494, 504.

¹⁷² Vgl. HSH/Sieber, Teil 19.1 Rn. 75.

für den Fall der Kenntnis der rechtswidrigen Informationen bzw. der Entfernung der Dateien überhaupt die Tatbestandsmäßigkeit eines Unterlassungsdelikts bejaht werden kann, kann erwartete Handlung nur die Löschung der Information nach Kenntniserlangung sein. In Einklang mit den §§ 9 S. 1 Nr. 5, 10 S. 1 ist dies den Providern zumutbar.

e) Ergebnis

Liegt der Schwerpunkt strafrechtlichen Vorwurfs bei einem *Service-Provider* auf einem Unterlassen, so kommt eine daraus resultierende Strafbarkeit überhaupt nur bei konkreter Kenntnis der rechtswidrigen Information bzw. der Entfernung der Information in Betracht.

2. Vorsatz

Unabhängig davon, ob aktives Tun oder Unterlassen vorliegt, kommt es nach Bejahen des objektiven Tatbestands zur Prüfung des subjektiven Tatbestands. Der Vorsatz umfasst im Strafrecht neben direktem Vorsatz auch Eventualvorsatz¹⁷³. Im Gegensatz zur erforderlichen Kenntnis der Rechtswidrigkeit bei § 10 S. 1 Nr. 1 ist dies im Rahmen eines Straftatbestandes grundsätzlich nicht erforderlich¹⁷⁴.

Da es zur Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit immer nur dann kommt, wenn ein Ausschlussgrund der §§ 8 ff. gegeben ist, ist bei den *Host-Service*-, *Network*- und *Access-Provider* immer zumindest bedingter Vorsatz anzunehmen. Anders sieht es bei den Ausschlussgründen der *Proxy-Cache-Provider* aus. Aufgrund der Ubiquität und Häufigkeit strafbarer Informationen in Datennetzen ist allerdings davon auszugehen, dass diese mit der Möglichkeit rechnen, rechtswidrige Daten zu speichern¹⁷⁵. Zumindest bedingter Vorsatz ist daher in aller Regel zu bejahen.

3. Täterschaft und Teilnahme

In Betracht kommen sowohl (Mit-)Täterschaft¹⁷⁶ als auch Beihilfe gem. § 27 I StGB.

a) Abgrenzung

Nach der in der Literatur überwiegend vertretenen, und hier für richtig gehaltenen, Tatherrschaftslehre ist Täter derjenige, der als Zentralgestalt bei Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung auftritt¹⁷⁷. Für die Annahme einer Täterschaft ist demnach ein objektives Element, die faktische, jederzeitige Möglichkeit zur tatbestandsgestaltenden Steuerung, und ein subjektives Element, der Wille zur Tatherrschaft, notwendig¹⁷⁸.

aa) Täterschaft und Teilnahme bei Schwerpunkt auf positivem Tun

Liegt aufgrund eines speziellen Providerverhaltens der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ausnahmsweise auf einem aktiven Tun, so kommt sowohl Täterschaft als auch Teilnahme in Betracht.

bb) Täterschaft und Teilnahme bei Schwerpunkt auf Unterlassen

Legt man einem Provider hingegen ein Unterlassen von Kontroll- bzw. Sperremaßnahmen zur Last, so gestaltet sich die Beurteilung schwieriger. Zum Teil wird vertreten, dass der unterlassende Garant immer Gehilfe sei¹⁷⁹. Die extreme Gegenposition sieht ihn immer als Täter¹⁸⁰. Eine differenzierende Ansicht will zwischen den verschiedenen Garantstellungen differenzieren¹⁸¹. Diese Ansichten können allerdings wegen fehlender Berücksichtigung der Tatumstände und einer unmöglichen, strengen Differenzierung zwischen Obhuts- und Überwachungsgaranten nicht überzeugen¹⁸². Vorzugswürdig ist deshalb – wie schon beim aktiven Tun – ein Abstellen auf die Tatherrschaft des Garanten.

(1) Äußerungsdelikte

Stehen Äußerungsdelikte in Rede so wäre für die Annahme einer Täterschaft notwendig, dass die Inhalte dem unterlassenden Provider zurechenbar sind. Die Speicherung rechtswidriger Daten lässt noch keinen Rückschluss auf die notwendige Identifizierung mit den Inhalten zu¹⁸³. Da ohne die Handlung eines Providers rechtswidrige Inhalte allerdings gar nicht erst anderen zugänglich gemacht werden könnten, fördern diese die Haupttat kausal. Weiter wäre für eine Beihilfe notwendig, dass Vorsatz bzgl. der Beihilfehandlung und der konkreten Haupttat vorliegt. Das wäre schon dann der Fall, wenn der Gehilfe die Haupttat im Wesentlichen kennt¹⁸⁵. Ein generelles Bewusstsein bzgl. Rechtsverletzungen, wie das der *Proxy-Cache-Server*, reicht aber nicht aus.

(2) Verbreitungsdelikte

Bei den Verbreitungsdelikten bestünde die Möglichkeit zur tatbestandsgestaltenden Steuerung. Aufgrund der Menge an Daten kann dies allein aber noch nicht für eine Tatherrschaft genügen. Selbst wenn ein Provider Kenntnis von rechtswidrigen Informationen hat und diese in der Folge nicht löscht, kann aus der damit möglicherweise verbundenen Billigung des Verhaltens noch nicht von einem Willen zur Tatherrschaft ausgegangen werden¹⁸⁶. Dementsprechend kommt auch bei dieser Art der Delikte nur eine Beihilfe-Strafbarkeit in Betracht.

¹⁷³ Vgl. Malek/Popp, Rn. 139.

¹⁷⁴ HSH/Sieber, Teil 19.1 Rn. 86.

¹⁷⁵ Vgl. Popp, S. 118.

¹⁷⁶ AG München MMR 1998, 429 ff. – „CompuServe“.

¹⁷⁷ Roxin, § 25 Rn. 10; a.A.: BGH NSIZ 1982, 27.

¹⁷⁸ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT 2014, Rn. 518.

¹⁷⁹ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT 1996, S. 696.

¹⁸⁰ NK/Wohlers/Gaede § 13 Rn. 28.

¹⁸¹ Herzberg, Täterschaft und Teilnahme 1977, S. 82 f.

¹⁸² Vgl. MüKo/Freund § 13 StGB Rn. 268.

¹⁸³ Vgl. Paul, S. 196.

¹⁸⁴ BGH MMR 2007, 507, 509 – Internetversteigerung II.

¹⁸⁵ Ensthaler/Heinemann GRUR 2012, 433, 436.

¹⁸⁶ Vgl. Malek/Popp, Rn. 130.

b) Neutrale Beihilfe

Die von den *Service-Providern* vorgenommenen Handlungen sind berufsspezifische, sog. „neutrale“ Tätigkeiten. Es stellt sich daher die Frage, ob diese überhaupt der Beihilfestrafbarkheit unterliegen¹⁸⁷. Die einen wollen sie immer nach den allgemeinen Beihilferegeln behandeln¹⁸⁸, andere sehen sie grundsätzlich als straflos an¹⁸⁹. Solche pauschalisierende Ansichten können angesichts der Unterschiede, die sowohl zwischen Berufsträgern und Normalpersonen, als auch innerhalb der verschiedenen berufsspezifischen Handlungen bestehen, nicht überzeugen. Die objektiven¹⁹⁰ und subjektiven¹⁹¹ Ansätze versuchen das zu verhindern. Da allerdings objektive Ansätze fast immer zu einer Strafflosigkeit führen¹⁹² und die Tätigkeiten in keinem sozialen Kontext verorten, ist auch dieser Ansatz abzulehnen¹⁹³. Vorzugswürdig ist ein subjektiver Ansatz¹⁹⁴: Sofern der Hilfeleistende weiß, dass die Handlung des Haupttäters ausschließlich auf die Begehung der Straftat zielt, macht er sich wegen Beihilfe strafbar¹⁹⁵. Hält er es allerdings lediglich für möglich, dass sein Tun zur Tatbegehung genutzt wird, so liegt Beihilfe nur dann vor, wenn der Hilfeleistende einen objektiv erkennbar tatgeneigten Täter unterstützt¹⁹⁶. Im Ergebnis reicht bedingter Vorsatz bei Vorliegen „neutraler“ Handlungen alleine also nicht aus. Ohne hinzukommen weiterer Umstände macht sich ein *Proxy-Cache-Provider* daher nicht wegen Beihilfe strafbar. Ein *Host-Service-Provider* in aller Regel jedoch schon.

c) Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es bei aktivem Tun bei allen Providern zu einer Strafbarkeit wegen Täterschaft oder Teilnahme kommen kann. Liegt der Schwerpunkt hingegen auf einem Unterlassen so kommt grundsätzlich nur eine Beihilfe der *Host-Service-Provider* in Betracht.

D. Schlussbetrachtungen

I. Zusammenfassung

Um nun nochmal auf das obige Facebook-Beispiel zurück zu kommen und die Ergebnisse zusammenzufassen, soll im Folgenden die Verantwortlichkeit der dort genannten Provider beurteilt werden.

Den *Network-* (Telekom) und *Access-Providern* (Telekom und 1&1) kommt die Haftungsprivilegierung des § 8 I 1 zu Gute. Schwieriger ist die Beurteilung des Verhaltens von Facebook, dem *Host-Service-Provider*. Nachdem der Mitarbeiter den Hinweis gelesen hat, hat er Kenntnis der rechtswidrigen

Information i.S.d. § 10 S. 1. Die Privilegierung würde folglich nur dann nicht entfallen, wenn unverzüglich Versuche zur Entfernung stattfänden. Da dies im Beispiel nicht geschah, ist Verantwortlichkeit i.S.d. TMG gegeben. Auf der nächsten Stufe kommt es zur Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. In Betracht kommt eine Strafbarkeit des Mitarbeiters wegen Beihilfe zur Volksverhetzung durch Unterlassen. Angenommen der tatbestandliche Erfolg einer der Äußerungs- oder Verbreitungsdelikte ist verwirklicht, so liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Mitarbeiters auf einem Unterlassen von Kontroll- und Spermaßnahmen. Mangels Identifizierung mit der Äußerung bzw. Tatherrschaft und fehlendem Willen zur Tatherrschaft kann ihm keine Täterschaft zur Last gelegt werden. Aufgrund seiner kausalen Tatförderung ist er aber Gehilfe des Nutzers 2. Für eine Unterlassensstrafbarkeit ist weiter eine Garantenstellung erforderlich. Eine solche ist wegen der Pflicht zur Überwachung von Verkehrssicherungspflichten zu bejahen. Die Erfolgszurechnung, die Zumutbarkeit des Sperrens und der direkte Vorsatz bzgl. Haupttat und Beihilfehandlung liegen vor. Aus diesem Grund ist eine Beihilfestrafbarkheit auch unter dem Gesichtspunkt der „neutralen“ Beihilfe gegeben. Der Facebook-Mitarbeiter macht sich gem. §§ 130, 27 I, 13 I StGB strafbar.

II. Rechtspolitische Bewertung

Anhand des Fallbeispiels wird nochmals klar, dass die Provider grundsätzlich privilegiert sind und nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit entsteht. Die Vorschriften sollen den technischen Möglichkeiten und der Entwicklung des Standorts Deutschland Rechnung tragen, gleichzeitig aber einen „Freifahrtschein“ vermeiden¹⁹⁷. Angesichts des „Alters“ des Gesetzes und der schnell fortschreitenden Technik muss man sich heute die Frage stellen, ob die Regelungen überhaupt noch zeitgemäß sind. Das mediale Interesse an den Facebook „Hass-Kommentaren“ führt dazu, dass in der Öffentlichkeit, zumindest teilweise, der Ruf nach strengeren Regelungen laut wird¹⁹⁸. 2008 standen noch Gesetzesverschärfungen bzgl. *Access-Provider* im Raum¹⁹⁹, heute drehen sich die Diskussionen um die *Host-Service-Provider*. Gegenstand von Änderungen könnten somit beide Provider sein.

1. Kontrolle durch Host-Service-Provider

Grund der Privilegierung der *Service-Provider* ist ihre Vermittlerrolle und das Fehlen einer verlässlichen automatischen Erkennung rechtswidriger Informationen²⁰⁰. Da nach heutigem Stand der Technik eine Kontrolle aller gespeicherten Inhalte möglich ist, könnte ihnen eine solche Pflicht auferlegt werden. Da eine menschliche Kontrolle aller Daten undenkbar ist, käme einzig und allein eine technische in Betracht. Dabei stellen sich schon die ersten Probleme: Die Kontrollkriterien wären von Programmierern vorgegeben und könnten zu einer ineffizienten

¹⁸⁷ Vgl. Paul, S. 199.

¹⁸⁸ Beckemper JURA 2001, 163, 169.

¹⁸⁹ Harzer/Vogt StraFo 2000, 39, 44.

¹⁹⁰ Vgl. Hassemer wistra 1995, 41, 44 f.

¹⁹¹ Rengier, Strafrecht AT 2015, § 45 Rn. 109.

¹⁹² Vgl. BGH NJW 2000, 3010, 3011.

¹⁹³ Vgl. Rengier, § 45 Rn. 107.

¹⁹⁴ BGH NJW 2000, 3010, 3011; Roxin, § 26 Rn. 218 ff., 247 ff.

¹⁹⁵ Hollenders, Mittelbare Verantwortlichkeit von Intermediären im Netz 2012, S. 136 f.

¹⁹⁶ MüKo/Joecks § 27 StGB Rn. 56.

¹⁹⁷ Vgl. BT-Dr. 13/7385, S. 17, 20; Matthies, Providerhaftung für Online-Inhalte 2004, S. 35.

¹⁹⁸ Bittner Asoziale Netzwerke, Zeit online v. 06.08.15, online abrufbar unter <http://www.zeit.de/2015/30/soziale-medien-beleidigungen-haftung>, zuletzt abgerufen am 23.02.16.

¹⁹⁹ Vgl. BR-Dr. 394/09, S. 1.

²⁰⁰ Vgl. BT-Dr. 13/7385, S. 20; BT-Dr. 14/6098, S. 25.

Sperrung der Daten führen. Beim „Durchrutschen“ von Inhalten wäre die Sinnhaftigkeit eines solchen Systems zu hinterfragen, ein zu großzügiges Sperren hingegen würde die Meinungsfreiheit des Urhebers und die Informationsfreiheit der Internetnutzer nach Art. 5 I GG einschränken. Schnell käme der Vorwurf einer Zensur auf. Diese Gefahr könnte zwar durch menschliche Nachkontrolle eingedämmt werden, aber auch bei dieser bestünde das Risiko einer Fehlbewertung. Die Unternehmen wären verpflichtet, Systeme zu kaufen oder zu entwickeln (der Staat wird schließlich nicht in der Lage sein den Unternehmen maßgeschneiderte Programme zur Verfügung zu stellen), diese zu installieren und rechtlich geschultes Personal einzustellen. Diese Auflagen würden zu Eingriffen in die Berufs- und Eigentumsfreiheit der Art. 12, 14 GG und in die unternehmerische Freiheit des Art. 16 GRCh führen. Insbesondere für Startups und kleinere Unternehmen könnten die Pflichten unüberwindbare Hürden bedeuten, was dazu führen könnte, dass Deutschland den Anschluss an den Digitalmarkt verliert. Außerdem würde einer der wesentlichen Aspekte des Internets, die freie und weltweite Kommunikation²⁰¹, sicher nicht vereinfacht, sondern im Gegenteil erheblich erschwert werden. Letztlich sieht der EuGH solche Kontrollen als mit europäischem Recht unvereinbar an²⁰².

Eine andere Möglichkeit wäre, den *Service-Providern* eine Pflicht zur Errichtung von Hinweisstellen und zur Überprüfung der Hinweise aufzuerlegen. Zwar würde dies bedeuten, dass nicht zwangsweise ein technisches System installiert werden müsste. Allerdings wäre dann eine menschliche Kontrolle unabdingbar. Die soeben genannten Probleme blieben auch bei dieser Konstellation bestehen.

Denkbar wäre zudem, am Erfordernis der Kenntnis der Rechtswidrigkeit nicht länger festzuhalten. Für als nicht rechtswidrig eingestufte und daher nicht gelöschte Daten müssen die Provider bisher nicht einstehen, da in diesem Fall keine Kenntnis der Rechtswidrigkeit vorliegt. Würde diese Kenntnis aber nicht mehr länger vorausgesetzt werden, so bestünde die Gefahr, dass eher zu viele als zu wenige Daten gelöscht werden, was wiederum erhebliche Grundrechtseingriffe mit sich bringen würde.

Als schwächste Form der Verantwortlichkeitsverstärkung käme eine Pflicht zu Stichproben in Betracht. Diese würde vor allem zu praktischen Problemen führen. Wie viele Stichproben müssen erfolgen? Wer kontrolliert die Einhaltung? Letztlich hinge es vom Zufall ab, ob schädigende Inhalte gefunden würden oder nicht.

2. Kontrolle durch Access-Provider

Denkbar wäre statt den *Service-Providern* den *Access-Providern* Kontroll- und Sperrpflichten aufzuerlegen. Unstreitig ist dies heutzutage über Zwangs-Proxy-Server, IP-Sperren, DNS-Sperren oder hybride Ansätze möglich²⁰³. Die bei den *Service-Providern* aufgeworfenen Probleme treffen hier allerdings gleichermaßen zu.

3. Ergebnis

Um Straftaten im Internet wirksam begegnen zu können, sind geeignete rechtliche Regelungen unerlässlich. Eine Verantwortlichkeitsverschärfung auf zweiter Stufe bei den besser greifbaren Providern überzeugt allerdings nicht. Die dort möglichen Kontrollverpflichtungen würden zu unerwünschten Nebenfolgen führen. Der Gesetzgeber muss bereits auf erster Stufe stärker tätig werden und an einer besseren Rechtsdurchsetzung gegenüber dem Urheber rechtswidriger Daten arbeiten. Dabei gilt es das Übel an der Wurzel zu greifen und an der Anonymität des Internets zu arbeiten

Die Autorin studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg mit dem Schwerpunkt „Strafrechtliche Sozialkontrolle“. Der Artikel beruht auf einer im Oktober 2015 erstellten Seminararbeit zum Thema „Die Verantwortlichkeit von Internet Providern“ im Rahmen des Seminars „Geheimdienstliche und strafrechtliche Aufklärung des Internets“ bei Prof. Dr. Roland Hefendehl.

²⁰¹ Waldenberger ZUM 1997, 176, 185.

²⁰² EuGH EuZW 2012, 261 ff. – SABAM.

²⁰³ Vgl. OLG Hamburg MMR 2014, 625, 628.

Verdachtsberichterstattung im Lichte der Unschuldsvermutung

Philipp Preschany*

A. Einführung

Die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 GG sind für eine freiheitliche demokratische Grundordnung nicht nur schlechthin konstituierend.¹ Vor allem Presse und Rundfunk gehören zu den unentbehrlichsten modernen Massenkommunikationsmitteln.² Ihnen kommt die öffentliche Aufgabe der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung zu.³ Dazu gehört es auch über bloße Verdachtslagen zu berichten, die für die Öffentlichkeit von Bedeutung sind.⁴

Die Verdachtsberichterstattung ist hierbei eines der brisantesten Gebiete des Medienbereichs⁵ und ist allgegenwärtig. Täglich wird in den Medien über Betroffene berichtet, die im Verdacht stehen, eine Straftat begangen zu haben, bevor ihre Schuld rechtskräftig festgestellt ist.⁶ Dabei beeinträchtigt regelmäßig die Verdachtsberichterstattung die Betroffenen nachhaltig in ihrem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

Besonders signifikant ist der Fall des 17-jährigen Berufsschülers, der im März 2012 verdächtigt wurde Täter im sog. Mordfall Lena in Emden zu sein. Die Bild-Zeitung schrieb bereits: „Verhafteter Junge hat kein Alibi. Der Killer ist ein Schüler.“⁷ Nur: der Berufsschüler war unschuldig.

Hier zeigt sich die Problematik der massenmedialen Vorverurteilung, die von einer Verdachtsberichterstattung ausgeht. Im vorliegenden Fall gipfelte dies sogar in einem Aufruf zur Lynchjustiz.⁸ Es stellt sich die Frage nach der Unschuldsvermutung des Betroffenen. Niemand darf einer Straftat bezichtigt werden, bevor seine Schuld nicht gerichtlich durch eine rechtskräftige Verurteilung festgestellt wurde.⁹ Gewährleistet infolgedessen eine Verdachtsberichterstattung überhaupt die Maxime der Unschuldsvermutung? Wirkt die Unschuldsvermutung überhaupt gegenüber den Medien?

Dies ist Gegenstand des vorliegenden Artikels. Es soll beleuchtet werden, an welcher Stelle die Unschuldsvermutung bei einer Verdachtsberichterstattung in Erscheinung tritt, wie die Berichterstattung mit der Unschuldsvermutung in Wechselwirkung tritt und wie sich der Betroffene gegen einen möglichen Verstoß wehren kann.

B. Verdachtsberichterstattung

Als Verdachtsberichterstattung wird die Berichterstattung der Medien über einen bestimmten Verdacht gegen ein oder mehrere Personen bezeichnet.¹⁰

I. Allgemein

Die Berichterstattung über den Verdacht der Begehung einer Straftat im Vorfeld einer rechtskräftigen Verurteilung ist in der Praxis die häufigste Kategorie und im weiteren Verlauf Thema des Artikels.¹¹

Eine Verdachtsberichterstattung ist grundsätzlich erlaubt, sofern die zulässigen Voraussetzungen eingehalten werden.¹² Es gehört zu den Aufgaben der Medien, die Öffentlichkeit über für sie bedeutsame Verdachtslagen zu unterrichten.¹³

Soweit die Berichterstattung bereits vor Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen erfolgt,¹⁴ ist dies nicht mit der sog. Verdachtsermittlung gleichzusetzen. Bei einer Verdachtsermittlung werden durch die Medien erstmals Tatsachen, die einen Verdacht begründen, in Erfahrung gebracht.¹⁵ Dagegen wird bei einer Verdachtsberichterstattung bereits über einen bestehenden Verdacht berichtet. So finden größtenteils erste Berichterstattungen während eines laufenden Ermittlungsverfahrens i.S.v. §§ 160 ff. StPO statt, da die Medien erste Hinweise auf einen Verdacht nicht selten durch Pressemitteilungen oder -auskünfte der Strafverfolgungsbehörden erhalten.¹⁶

Grundsätzlich besteht nach § 4 I LPG BW, §§ 9 a, 55 III RStV sowie § 6 LMedienG BW ein Auskunftsanspruch der Medien gegenüber den Staatsanwaltschaften, dem eine korrespondierende Auskunftspflicht folgt.¹⁷ Dieser Anspruch setzt jedoch ein Auskunftsverlangen der Presse voraus.¹⁸ Nicht geregelt ist der Fall, dass die Strafverfolgungsorgane von sich aus ohne Anfrage der Presse Mitteilungen an die Öffentlichkeit geben. Wird in diesem Zusammenhang auch von einer Verdachtsberichterstattung durch die Staatsanwaltschaft gesprochen,¹⁹ so ist dies keine Frage der Verdachtsberichterstattung als solche, sondern vielmehr eine Frage eines eigenen Informa-

¹ BVerfGE 20, 162 (174).

² Sachs/Bethge, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 17.

³ BVerfGE 35, 202 (222).

⁴ Wenzel/Burkhardt, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 10 Rn. 154; BGH, NJW 1977, 1288 (1289).

⁵ Der Terminus „Medium“ bzw. „Medien“ wird in der folgenden Untersuchung als übergreifende Bezeichnung für die Presse als Printmedium und die digitalen bzw. audiovisuellen Medien (Rundfunk, Internet) verwendet.

⁶ Schlüter, Verdachtsberichterstattung: zwischen Unschuldsvermutung und Informationsinteresse, 2011, S. 1, 273.

⁷ <http://www.bild.de/news/inland/news-inland/polizei-verhaftet-schueler-23385338.bild.html> [Aufruf 29.08.2015].

⁸ <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/urteil-gegen-18-jaehrigen-aus-emden-wegen-aufruf-zu-lynchjustiz-a-835927.html> [Aufruf 05.09.2015].

⁹ BeckOK-StPO/Valerius, Edition: 21 (Stand: 1.5.2015), EMRK Art. 6 Rn. 32.

¹⁰ Molle, ZUM 2010, 331 (332).

¹¹ Schlüter, (Fn. 6), S. 12; vgl. auch OLG Hamburg, AfP 2008, 404 (406).

¹² Sodann unter Punkt D.

¹³ Götting/Schertz/Seitz/Schmelz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 31 Rn. 32; MAH Strafverteidigung/Lehr, Münchener Anwalts-Handbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 21 Rn. 15.

¹⁴ Schlüter, (Fn. 6), S. 8.

¹⁵ Zabel, GA 2011, 347 (353).

¹⁶ Haarmann, Die individualisierende Verdachtsberichterstattung über den Beschuldigten eines Strafverfahrens, 2012, S. 3; Wagner, Strafprozessführung über Medien, 1987, S. 42.

¹⁷ Ricker/Weberling, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, Kap. 19 Rn. 1.

¹⁸ Löffler/Burkhardt, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 4 Rn. 81.

¹⁹ Gounalakis, NJW 2012, 1473 (1473); Huff, AfP 2010, 332 (334).

tionsrechts der Strafverfolgungsorgane und im Kontext zur aktiven Öffentlichkeitsarbeit zu sehen.²⁰

Wird ein Verfahren nicht eingestellt, endet die Verdachtsberichterstattung spätestens mit der rechtskräftigen Verurteilung des Angeklagten.²¹ Denn nach Abschluss eines Strafverfahrens kann terminologisch bereits nicht mehr von einem Verdacht gesprochen werden.²²

So können Medien generell über einen Verdacht in individualisierter oder anonymisierter Weise berichten.²³ Eine Berichterstattung ist individualisierend, wenn der Name oder ein Foto des Verdächtigen veröffentlicht wird oder die Person zumindest identifizierbar ist.²⁴ Trotz einer Namensverfremdung kann die Berichterstattung dennoch individualisierend sein, wenn anhand weiterer Umstände sich die Beschuldigtenidentität ergibt.²⁵ Insbesondere soll auf die individualisierte Verdachtsberichterstattung eingegangen werden. In diesem Zusammenhang lässt sich eine Schnittmenge mit der Unschuldsvermutung aufzeigen.²⁶

II. Gefahren

Verdachtsberichterstattungen haben eines gemeinsam: sie belasten den Betroffenen nachhaltig.²⁷

Aufgrund eines im Zusammenhang mit einer Straftat geäußerten Verdachts im Licht der Öffentlichkeit zu stehen, ist ausreichend genug den Ruf des Betroffenen zu schädigen.²⁸ Unerheblich ist, dass lediglich von einem Verdacht die Rede ist.²⁹ Dadurch, dass es sich zwar „nur“ um einen Verdacht handelt, die Identität der Person aber gleichwohl offenbart wird, kann das Ansehen des Betroffenen massiv und teilweise auf Dauer geschädigt werden.³⁰ Gerade infolge einer Bildberichterstattung setzt sich ein größerer Teil der Öffentlichkeit mit der Berichterstattung auseinander. Diese führt zwangsläufig dazu, dass Person und Tatvorwurf zu einer irreversiblen Verknüpfung führt.³¹ Denn in der Öffentlichkeit wird ein Verdacht oft nicht von einer rechtskräftigen Verurteilung getrennt.³² Der durchschnittliche Mediennutzer neigt dazu die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens mit dem Nachweis der Schuld gleichzusetzen.³³ Eine Differenzierung der verschiedenen Verdachtsstufen - Anfangsverdacht § 160 I StPO, hinreichender § 170 I StPO und dringender Tatverdacht § 112 StPO - findet nicht statt.³⁴ Hinzu kommt, dass das öffentliche Interesse im Ermittlungsverfahren ihren höchsten Punkt hat und gegen

Ende das Interesse schwindet. Dies hat zur Folge, dass der Rechtsweg in den weiteren Instanzen nicht verfolgt und ein Freispruch nicht zur Kenntnis genommen wird.³⁵ Selbst ein Freispruch nach § 170 II StPO kann eine Stigmatisierung somit nicht verhindern³⁶ und geht keinesfalls mit einer Rehabilitation einher.³⁷

Durch diese Stigmatisierungsgefahr kann mithin nicht nur das soziale Ansehen geschädigt werden, sondern auch eine soziale Ausgrenzung bis hin zur Existenzbedrohung die Folge sein.³⁸ Gerade bei Politikern, Beamten oder Führungskräften geht dies mit einer beruflichen Beeinträchtigung einher.³⁹ Dies führt häufig zu physischen und psychischen Beeinträchtigungen, die mittelbar durch den erzeugten Druck der Gesellschaft hervorgerufen werden.⁴⁰

Der mediale Druck wirkt sich dabei nicht nur auf den Verdächtigen, sondern auch auf die Justiz aus. Auch wenn an der Unvoreingenommenheit des Gerichts grundsätzlich keine Zweifel bestehen (soll),⁴¹ so birgt eine mediale Vorverurteilung regelmäßig die abstrakte Gefahr der Befangenheit und Voreingenommenheit der Vertreter der Justiz, insbesondere ehrenamtlicher Richter,⁴² wonach der Beschuldigte zu verurteilen sei.⁴³ Nicht umsonst ist im Zusammenhang mit Verdachtsberichterstattungen von „einer neuartigen Form des mittelalterlichen Prangers“ die Rede.⁴⁴

Intensiviert wird das Ganze heute durch den Wandel der Medien. Inzwischen gibt es nicht nur eine Vielzahl von Print- und Rundfunkmedien, sondern Nachrichtenkanäle senden 24 Stunden am Tag und es erfolgt eine nie dagewesene Internetberichterstattung (Blogs, Twitter, Facebook, etc.).⁴⁵ Durch die neuen Medien erfolgt somit eine schnellere Verbreitung, wodurch ein stärkerer Druck ausgeübt und eine bestimmte Erwartungshaltung generiert wird.⁴⁶ Durch die heutigen Online-Archive besteht zudem die Gefahr eines dauerhaften Zugriffs der Berichterstattung. Es wird dem Internetnutzer ermöglicht jederzeit auf veraltete Berichte zuzugreifen und dadurch den Tatvorwurf aufs Neue ins Bewusstsein der Nutzer zu rufen.⁴⁷ Selbst wenn das Verfahren nicht mit einer Verurteilung endet, bleiben die Vorwürfe archiviert.⁴⁸

III. Rechtspositionen

Verdachtsberichterstattungen kollidieren regelmäßig und unabweichlich mit den Interessen derjenigen, über die berichtet

²⁰ Vgl. *Lehr*, NStZ 2009, 409 (411); *Eisele*, JZ 2014, 932 (936).

²¹ *Rau*, Rechtlich und ethisch verantwortungsvolle Kriminalberichterstattung: eine Analyse anhand der Spruchpraxis des Deutschen Presserats, 2013, S. 161.

²² *Schlüter*, (Fn. 6), S. 11.

²³ *Haarmann*, (Fn. 16), S. 3.

²⁴ *Haarmann*, (Fn. 16), S. 3; *Molle*, ZUM 2010, 331 (332).

²⁵ BGH, NJW 1971, 698 (700); OLG München, ZUM 2009, 777 (778).

²⁶ *Rau*, (Fn. 21), S. 161.

²⁷ *Prinz/Peters*, Medienrecht: die zivilrechtlichen Ansprüche, 1999, Rn. 265; BGH, NJW 1977, 1288 (1289).

²⁸ OLG Köln, AfP 1989, 683 (685); *Treffer*, ZUM 1989, 433 (437).

²⁹ *Schlüter*, (Fn. 6), S. 23.

³⁰ *Müller*, NJW 2007, 1617 (1617).

³¹ *Friedrichsen*, StV 2005, 169 (169).

³² *Rau*, (Fn. 21), S. 161.

³³ OLG Braunschweig, AfP 1975, 913 (914).

³⁴ *Schlüter*, (Fn. 6), S. 25.

³⁵ *Wenzel/Burkhardt*, (Fn. 4), Kap. 10 Rn. 155.

³⁶ *Lehr*, NStZ 2009, 409 (414).

³⁷ *Haarmann*, (Fn. 16), S. 76.

³⁸ *Haarmann*, (Fn. 16), S. 75; OLG Hamburg, ZUM-RD 2005, 508 (510 f.).

³⁹ *Haarmann*, (Fn. 16), S. 77.

⁴⁰ BGH, NJW 1963, 904 (905); von *Becker*, Straftäter und Tatverdächtige in den Massenmedien: Die Frage der Rechtmäßigkeit identifizierender Kriminalberichte, 1979, S. 269.

⁴¹ *Kühl*, FS Hubmann, 1985, S. 244.

⁴² BGH, NJW 1969, 703 (704); *Roxin*, NStZ 1991, 153 (155).

⁴³ *Haarmann*, (Fn. 16), S. 50; OLG Karlsruhe, NJW 1973, 1291 (1292).

⁴⁴ *Treffer*, ZUM 1989, 433 (436.).

⁴⁵ *Haarmann*, (Fn. 16), S. 41.

⁴⁶ *Haarmann*, (Fn. 16), S. 52.

⁴⁷ *Verweyen/Schulz*, AfP 2008, 133 (138).

⁴⁸ *Haarmann*, (Fn. 16), S. 92.

wird.⁴⁹ Hierbei entsteht ein Spannungsfeld zwischen der Medienfreiheit, dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen.⁵⁰

Auf der einen Seite stehen die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 I GG, bestehend aus der Meinungs- und Informationsfreiheit⁵¹ einerseits und der Medienfreiheit andererseits.⁵² Auf der anderen Seite steht das gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützte Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.⁵³

C. Unschuldsvermutung

Von erheblicher Relevanz im Zusammenhang mit der Verdachtsberichterstattung ist neben dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch die sog. Unschuldsvermutung.

I. Allgemein

Die Unschuldsvermutung gehört zu den selbstverständlichsten und unumstrittensten Maximen des Strafrechts.⁵⁴ Eine Person hat bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld als unschuldig zu gelten.⁵⁵ Demnach darf niemand einer Straftat als schuldig bezichtigt oder behandelt werden, bevor seine Schuld nicht gerichtlich durch rechtskräftige Verurteilung festgestellt wurde.⁵⁶ Werden durch Erklärungen oder Entscheidungen der Eindruck erweckt, der Betroffene sei schuldig oder die Öffentlichkeit veranlasst an seine Schuld zu glauben, ist diese Maxime verletzt.⁵⁷

In einigen Länderverfassungen ist der Rechtsgedanke der Unschuldsvermutung ausdrücklich aufgenommen.⁵⁸ Im Grundgesetz ist das Prinzip der Unschuldsvermutung hingegen nicht normiert, gleichwohl kommt ihr nach einhelliger Meinung unmittelbarer Verfassungsrang zu. Die Begründungen hierzu sind unterschiedlich.⁵⁹ Teilweise wird die Unschuldsvermutung aus der Menschenwürde,⁶⁰ teilweise auch aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht⁶¹ hergeleitet. Nach Auffassung des BVerfG stellt die Maxime eine Ausprägung des Rechtsstaats-

prinzips dar.⁶² Kraft Art. 6 II EMRK ist die Unschuldsvermutung Bestandteil des positiven Rechts im Range eines Bundesgesetzes. Art. 6 EMRK kommt selbst zwar kein Verfassungsrang zu, wird jedoch „als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“ herangezogen.⁶³

II. Anwendungsbereich

Die Unschuldsvermutung gilt für das gesamte Strafverfahren.⁶⁴ Sie ist keinesfalls auf das Hauptverfahren begrenzt, wie es der Wortlaut „Angeklagter“ nach Art. 6 II EMRK nahelegen könnte. Vielmehr gilt die Unschuldsvermutung auch für den Beschuldigten und Angeschuldigten, mithin im Ermittlungs- bzw. Zwischenverfahren.⁶⁵ Es besteht kein Anlass, die Unschuldsvermutung erst mit Erhebung der Anklage beginnen zu lassen, da im Hinblick auf eine Vorverurteilung durch die Medien bereits davor ein Schutzbedürfnis des Betroffenen besteht.⁶⁶ So wurde in den Landesverfassungen die Maxime bereits vor Inkrafttreten der EMRK ausdrücklich dem „Beschuldigten“⁶⁷ und zum Teil „Jedermann“⁶⁸ zuteil. Der Angeklagte stünde grundlos besser gegenüber demjenigen gegen den nicht einmal ein hinreichender Tatverdacht nach § 170 II StPO vorliegt.⁶⁹

Die Unschuldsvermutung endet mit der rechtskräftigen Verurteilung des Beschuldigten,⁷⁰ insbesondere jedoch nicht mit der Einstellung des Verfahrens.⁷¹

III. Bindung der Medien

Adressaten der Unschuldsvermutung sind erst einmal alle staatlichen Behörden, insbesondere Richter und Ermittlungsbehörden.⁷²

Zu klären gilt, ob und gegebenenfalls inwieweit Private, insbesondere die Medien, Adressaten der Unschuldsvermutung sind und eine Ausstrahlungswirkung auf private Rechtsverhältnisse gegeben ist. Zu beachten ist, dass die Medien nach Art. 5 I GG als auch der Betroffene nach Art. 2 I i.V.m. Art. 1 GG im Gegensatz zu staatlichen Hoheitsträgern grundrechtsberechtigt, nicht aber grundrechtsverpflichtend sind.⁷³ Staatliche Stellen handeln nach Art. 1 III GG grundrechtsgebunden. Die Unschuldsvermutung gilt für sie unmittelbar.⁷⁴

Der durch den Deutschen Presserat erarbeitete Pressekodex und seinen darin enthaltenen Richtlinien kann insofern nicht weiterhelfen. Zwar gilt nach Ziffer 13 des Pressekodex die

⁴⁹ Zu den einzelnen Rechtspositionen vgl. Schlüter, (Fn. 6), S. 27 ff., Reike, Die Rolle der Staatsanwaltschaft in der Mediengesellschaft, 2011, S. 5 ff.

⁵⁰ Schlüter, (Fn. 6), S. 27.

⁵¹ Aus der Informationsfreiheit leitet sich das öffentliche Informationsinteresse ab, denn das Informationsinteresse ist die kollektive Form der Informationsfreiheit, vgl. Fechner, Medienrecht: Lehrbuch des gesamten Medienrechts unter besonderer Berücksichtigung von Presse, Rundfunk, Multimedia, 16. Aufl. 2015, Kap. 3 Rn 104.

⁵² Maunz/Dürig/Grabenwarter, Grundgesetzkommentar, 73. Ergänzungslieferung 2014, Art. 5 Rn. 2.

⁵³ Reike, (Fn. 49), S. 5.

⁵⁴ Lindner, AöR 2008, 235 (235).

⁵⁵ BVerfGE 35, 311 (320); BVerfGE 74, 358 (371).

⁵⁶ Fn. 9.

⁵⁷ EGMR, NJW 2011, 1789 (1790).

⁵⁸ Berlin; Brandenburg; Bremen; Rheinland-Pfalz; Hessen; Saarland.

⁵⁹ Vgl. Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 47 ff.; Soehring, Vorverurteilung durch die Presse: der publizistische Verstoß gegen die Unschuldsvermutung, 1999, S. 45 ff.

⁶⁰ Bettermann/Nipperdey/Scheuner/Sax, Die Grundrechte, Dritter Band 2. Halbband, S. 987; Wolter, NSIZ 1993, 1 (6); Köster, Die Rechtsvermutung der Unschuld, historische und dogmatische Grundlagen, 1979, S. 146; wohl auch BGHSt 14, 358 (264).

⁶¹ Kühl, (Fn. 41), S. 251; Soehring, (Fn. 58), S. 67; OLG Köln, AfP 1985, 293 (295), AfP 1989, 683 (685).

⁶² BVerfGE 19, 342 (347); BVerfGE 74, 358 (370).

⁶³ BVerfGE 74, 358 (370).

⁶⁴ Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, Strafprozessordnung, 58. Aufl. 2015, MRK Art. 6 Rn. 12; EGMR, NJW 2011, 1789 (1790).

⁶⁵ Stapper, AfP 1996, 349 (354); Marxen, GA 1980, 365 (381).

⁶⁶ OLG Köln, NJW 1987, 2682 (2684).

⁶⁷ In Berlin, Brandenburg und Bremen.

⁶⁸ In Hessen, Rheinland-Pfalz und im Saarland.

⁶⁹ Soehring, (Fn. 58), S. 73.

⁷⁰ BVerfGE 35, 202 (232); SK/Paeffgen, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 4. Aufl. 2012, EMRK Art. 6 Rn. 182.

⁷¹ BVerfGE 74, 358 (369); Kühl, NJW 1984, 1264 (1267).

⁷² Kühl, (Fn. 41), S. 246; OLG Köln, NJW 1987, 2682 (2683).

⁷³ Eisele, JZ 2014, 932 (934); Lehr, NJW 2013, 728 (730).

⁷⁴ Lehr, NJW 2013, 728 (732).

Unschuldsvermutung für die Presse. Doch handelt es sich hierbei nur um eine berufsethische Verhaltensregel, die mangels Rechtsnormqualität nicht allgemeinverbindlich ist.⁷⁵

1. Rechtsstaatsprinzip

Soweit die Unschuldsvermutung als eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 III GG angesehen wird,⁷⁶ kann hieraus noch keine Bindungswirkung unter Privaten folgen.⁷⁷ Deshalb wird eine Bindungswirkung teilweise grundsätzlich abgelehnt, da sich die Unschuldsvermutung nur an staatliche Organe richtet.⁷⁸ Spricht das BVerfG hingegen von einer Grundrechtsverletzung aus Art. 2 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip,⁷⁹ so legt dies den Schluss nahe, dass zumindest von einem Grundrechtscharakter bzw. einer -dimension der Unschuldsvermutung ausgegangen wird.⁸⁰ Ausdrücklich ist die Unschuldsvermutung nicht als Grundrecht qualifiziert worden. Diejenigen Bundesländer, die den Grundsatz in ihre Verfassungen aufgenommen haben, interpretieren die Unschuldsvermutung gleichwohl als Justizgrundrecht.⁸¹ Spricht das BVerfG ferner von einer entsprechenden Zurückhaltung bzw. zumindest von einer ausgewogenen Berichterstattung⁸² und von einer angemessenen Berücksichtigung der zur Verteidigung vorgetragenen Tatsachen und Argumenten bei der Berichterstattung,⁸³ so ließe sich hieraus eine Ausstrahlungswirkung auf private Rechtsverhältnisse entnehmen.⁸⁴

2. Menschenwürde

Wird die Unschuldsvermutung unmittelbar aus der Achtung der Menschenwürde des Art. 1 I GG hergeleitet,⁸⁵ so ergäbe sich eine unmittelbare Drittwirkung der Medien. Denn die Menschenwürde bindet nicht nur unmittelbar die Staatsgewalt, sondern gilt vielmehr auch unmittelbar für Dritte.⁸⁶

3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Wird die Unschuldsvermutung als Konkretisierung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen,⁸⁷ so strahlt diese Maxime auf private Rechtsverhältnisse aus.⁸⁸ Als objektive Werteordnung gelten die Grundrechte für alle Bereiche des Rechts und beeinflussen somit das Privatrecht.⁸⁹ Die Medien

wären im Wege einer mittelbaren Drittwirkung an die Unschuldsvermutung gebunden.⁹⁰

4. Stellungnahme

Diejenigen, welche eine Drittwirkung grundsätzlich ablehnen, verkennen folgenden Aspekt:

Oft werden Informationen gerade von staatlichen Behörden an die Presse weitergegeben. Sind aber nur die staatlichen Stellen an die Unschuldsvermutung gebunden, so stellt dies nur einen „halben Schritt in die Richtung eines von der Vorschrift beabsichtigten umfassenden Schutzes des Verdächtigten“ dar.⁹¹ Denn die Behörden haben keinen Einfluss darauf, dass die Medien diese Informationen auch richtig an die Öffentlichkeit weiterleiten.⁹² Auch ist der mit einer Verdachtsberichterstattung verbundene Ansehensverlust des Verdächtigten und die erheblichen Folgen in sozialer wie auch beruflicher Hinsicht zu sehen.⁹³ Solche Vorverurteilungen sind zwar keine formellen Verurteilungen durch ein Strafgericht, faktisch können sie jedoch solchen gleich kommen, denn sie treffen den Betroffenen in ganz ähnlicher Weise.⁹⁴ Sollte sich der Verdacht letzten Endes, selbst in Form eines Freispruches als unbegründet erweisen, so steht der Betroffene am Pranger und muss fortan - nach der Devise *semper aliquid haeret* - mit einem Makel behaftet leben.⁹⁵ Die Medien haben also eine ähnlich scharfe Waffe gegen den Verdächtigten in der Hand wie der Staat mit seiner Strafgewalt.⁹⁶ Die Unschuldsvermutung soll gerade im Verhältnis der Staatsbürger untereinander für „eine Atmosphäre der Anständigkeit“ sorgen.⁹⁷

Festzuhalten ist somit, dass die Medien die Unschuldsvermutung zu berücksichtigen haben. Wie diese Berücksichtigung konkret aussieht, wird hingegen unterschiedlich beurteilt.

Eine unmittelbare Drittwirkung für die Medien über die Herleitung aus Art. 1 I GG weist einen starken Einschnitt in die Pressefreiheit auf. Einer den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalles adäquat berücksichtigenden Abwägung käme angesichts der überragenden Bedeutung der Menschenwürde nur wenig Raum zu. Die Herstellung praktischer Konkordanz wäre von vornherein erheblich erschwert. Dies ist im Hinblick einer für den demokratischen Rechtsstaat „schlechthin konstituierenden“⁹⁸ Medienfreiheit bedenklich⁹⁹ und aufgrund dessen abzulehnen.

Die Rspr. hat bis jetzt nur formelhaft umrissen, dass eine Berücksichtigung der Unschuldsvermutung bei einer Berichterstattung erfolgen muss. Mit dieser Aussage und der Annahme einer Grundrechtsdimension würde sich eine mittelbare Drittwirkung zwar entnehmen lassen, ob dies auch die Intensi-

⁷⁵ Schlüter, (Fn. 6), S. 161.

⁷⁶ Fn. 61.

⁷⁷ Löwe/Rosenberg/Esser, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, EMRK Art. 6 Rn. 456; Stapper, AfP 1996, 349 (349).

⁷⁸ Geppert, Jura 1993, 160 (162); Roxin, NStZ 1991, 153 (156); Löffler/Steffen, (Fn. 18), § 6 Rn. 205, OLG Frankfurt/Main, NJW 1980, 597 (598 f.).

⁷⁹ BVerfGE 74, 358 (369).

⁸⁰ Lindner, AöR 2008, 235 (243).

⁸¹ Paeffgen, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986, S. 66.

⁸² BVerfG, NJW 2009, 350 (351).

⁸³ BVerfGE 35, 202 (232).

⁸⁴ So OLG Braunschweig, AfP 1981, 292 (292).

⁸⁵ Fn. 59; teilweise auch i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip Gropp, JZ 1991, 804 (804 f.); Paeffgen, (Fn. 80), S. 53; Marxen, GA 1980, 365 (372).

⁸⁶ Maunz/Dürig/Herdegen, (Fn. 51), Art. 1 Rn. 74; BeckOK-GG/Hillgruber, Edition: 25 (Stand: 1.6.2015), Art. 1 Rn. 8.

⁸⁷ Fn. 60.

⁸⁸ OLG Köln, AfP 1985, 293 (295), AfP 1989, 683 (685).

⁸⁹ BVerfGE 7, 198 (205).

⁹⁰ Soehring, (Fn. 58), S. 67; Schlüter, (Fn. 6), S. 43, 48.

⁹¹ Stapper, Namensnennung in der Presse im Zusammenhang mit dem Verdacht strafbaren Verhaltens, 1995, S. 67.

⁹² Kühl, (Fn. 41), S. 248.

⁹³ Rau, (Fn. 21), S. 161.

⁹⁴ Kühl, (Fn. 41), S. 244; Zabel, GA 2011, 347 (360).

⁹⁵ Lehr, NJW 2013, 728 (729).

⁹⁶ Stapper, (Fn. 90), S. 67.

⁹⁷ Schmidt, Justiz und Publizistik, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 353/354, S. 56.

⁹⁸ BVerfGE 7, 198 (208).

⁹⁹ Hierzu Soehring, (Fn. 58), S. 55; Hamm, Große Strafprozesse und die Macht der Medien, 1997, S. 124.

on des BVerfG ist, bleibt aber noch offen und muss abgewartet werden.¹⁰⁰ Insoweit kann jedoch über die Herleitung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG eine mittelbare Drittwirkung angenommen werden.

Der Vorwurf, sich einer Straftat verdächtig gemacht zu haben, berührt die Selbstdarstellung sowie die Ehre des Betroffenen. Da die Selbstdarstellung durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt ist, gilt dies ebenfalls für die Unschuldsvermutung.¹⁰¹ Auch kann ein *argumentum a fortiori* aus dem sog. Lebach-Urteil¹⁰² angeführt werden: Soweit dem Resozialisierungsgedanken über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht Grundrechtscharakter als auch mittelbare Drittwirkung zugebilligt wird, um der Pressefreiheit gleichwertig gegenüberzutreten, so hat dies erst recht für die Unschuldsvermutung zu gelten. Das Bedürfnis die Persönlichkeit eines Straftäters zu schützen, besteht nicht nur nach rechtskräftiger Verurteilung, sondern vielmehr erst recht im Stadium des bloßen Verdachts eines bis dato noch nicht rechtskräftig Verurteilten.¹⁰³ Denn regelmäßig erscheint ein Tatverdächtiger in der Öffentlichkeit nicht erst dann als Straftäter, wenn er als solcher bezeichnet wird.¹⁰⁴ Sieht man dies mit der bereits im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip genannten Grundrechtsdimension, so wurde dies mit den Worten, dass „die bis zur rechtskräftigen Verurteilung zugunsten des Angeschuldigten geltende Vermutung seiner Unschuld (...) eine entsprechende Zurückhaltung“¹⁰⁵ gebietet, bereits angedeutet.¹⁰⁶

Die Medien sind folglich über den Weg der mittelbaren Drittwirkung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG an die Unschuldsvermutung gebunden.

D. Voraussetzungen für eine zulässige Verdachtsberichterstattung

Werden die nachfolgenden Anforderungen eingehalten, so hat im Rahmen der gebotenen Abwägung zwischen dem öffentlichen Informationsinteresse und dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen die Berichterstattung und damit das Informationsinteresse gewöhnlich Vorrang.¹⁰⁷ Eine Verdachtsberichterstattung ist dann zulässig.

I. Allgemeine Voraussetzungen

1. Mindestbestand an Beweistatsachen

Es muss ein Mindestbestand an Beweistatsachen vorliegen, der für den Wahrheitsgehalt des Verdachts spricht und ihm damit einen Öffentlichkeitswert verleiht.¹⁰⁸ Bevor ein Bericht veröffentlicht wird, muss nach Kräften versucht werden, etwas Fal-

sches über den Betroffenen zu verbreiten, auszuschalten.¹⁰⁹ Je schwerer und nachhaltiger das Ansehen des Betroffenen durch die Veröffentlichung beeinträchtigt wird, desto höher sind die Anforderungen hieran.¹¹⁰ Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens kann für sich genommen noch nicht ausreichend sein.¹¹¹ Hingegen schon, wenn eine Wohnungsdurchsuchung erfolgt ist¹¹² oder der Betroffene in Untersuchungshaft genommen wurde.¹¹³

2. Einhaltung hoher Sorgfaltspflichten

Eine Verdachtsberichterstattung ist aufgrund der Medienfreiheit auch zulässig, wenn der rufschädigende Beitrag sich später als unrichtig erweist.¹¹⁴ Die Anforderungen sind somit an die journalistische Sorgfalt umso höher, je schwerer und nachhaltiger das Ansehen des Betroffenen durch die Veröffentlichung beeinträchtigt ist.¹¹⁵ Dabei dürfen die Medien grundsätzlich eine Mitteilung nicht ungeprüft übernehmen.¹¹⁶ Ausnahmen hiervon stellen sog. privilegierte Quellen dar, die grundsätzlich keinen Zweifel an ihrer Richtigkeit aufkommen lassen.¹¹⁷ Hierzu zählen Nachrichtenagenturen¹¹⁸ und amtliche Auskünfte.¹¹⁹ Die Sorgfalts- und Wahrheitspflichten der Medien dürfen jedoch keinesfalls überspannt werden, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet.¹²⁰ Gerade Straftaten gehören zum Zeitgeschehen, deren Vermittlung Aufgabe der Medien ist.¹²¹ Dürften die Medien lediglich Informationen verbreiten, deren Wahrheit im Zeitpunkt der Veröffentlichung bereits mit Sicherheit feststeht, so könnten die Medien ihre durch Art. 5 GG verfassungsrechtlich geschützte Aufgabe der öffentlichen Meinungsbildung nicht erfüllen.¹²² Zu beachten ist, dass aufgrund der aktuellen Berichterstattung ohnehin die Mittel verkürzt sind.¹²³

3. Keine Vorverurteilung

Die Darstellung darf keine Vorverurteilung des Betroffenen enthalten. Es muss hervorgehen, dass es sich um einen Verdacht und nicht um eine feststehende Tatsache handelt.¹²⁴ Dabei darf nicht der unzutreffende Eindruck entstehen, dass der Verdächtige bereits der vorgeworfenen Tat überführt ist und es nur eine Frage der Zeit bzw. eine reine Formalie ist, dass der Betroffene wegen der beschriebenen Handlung verurteilt wird.¹²⁵ „Jetzt schließt sich die Indizienkette. Die Ermittler sind kurz davor, den Fall zu lösen“ erweckt einen solchen

¹⁰⁰ Bezweifelt, aber offen gelassen BGHZ 142, 199 (204 f.).

¹⁰¹ Lindner, AöR 2008, 235 (246).

¹⁰² BVerfGE 35, 202.

¹⁰³ Hierzu Soehring, (Fn. 58), S. 59; Kühl, FS Müller-Dietz, 2001, S. 416.

¹⁰⁴ Kühl, (Fn. 41), S. 253.

¹⁰⁵ BVerfGE 35, 202 (232).

¹⁰⁶ Bornkamm, Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens, 1980, S. 257.

¹⁰⁷ BGHZ 142, 199 (204).

¹⁰⁸ BGHZ 142, 199 (203).

¹⁰⁹ BGH, NJW 1997, 1148 (1149).

¹¹⁰ BGH, NJW 1977, 1288 (1289).

¹¹¹ Lehr, NJW 2013, 728 (730).

¹¹² LG Berlin, AfP 2008, 530 (531).

¹¹³ KG, NJW-RR 2010, 622 (622).

¹¹⁴ BGH, NJW 1987, 2225 (2227); BVerfGE 99, 185 (197).

¹¹⁵ BGHZ 142, 199 (204).

¹¹⁶ BGH, NJW 1963, 904 (904).

¹¹⁷ Hohmann, NJW 2009, 881 (882).

¹¹⁸ KG, NJW-RR 2008, 356 (356).

¹¹⁹ BVerfG, NJW-RR 2010, 1195 (1197).

¹²⁰ BGHZ 132, 13 (24).

¹²¹ BVerfGE 35, 202 (230).

¹²² BGH, NJW 1977, 1288 (1989); BVerfGE 97, 125 (148).

¹²³ BGHZ 142, 199 (204).

¹²⁴ OLG München, NJW-RR 1996, 1493 (1994).

¹²⁵ Schlüter, (Fn. 6), S. 98.

Eindruck.¹²⁶ Auch ist zu berücksichtigen, dass der durchschnittliche Leser eher zu einer Verschuldens- als Unschuldsumutung tendiert.¹²⁷ Formale Vorbehalte wie etwa die Verwendung des Wortes „soll“ und des Konjunktives sind nicht ausreichend, um eine Vorverurteilung zu vermeiden, wenn dem Leser suggeriert wird, der Verdacht sei zutreffend.¹²⁸ Entscheidend ist der Gesamteindruck der Darstellung.¹²⁹ So war die Überschrift „Kannibale grillt seine Cousine im Backofen“ ausreichend genug zu unterstellen, der Kläger habe Menschenfleisch gegessen.¹³⁰ Dies konnte aber ausweislich der Urteilsgründe nicht festgestellt werden. Unerheblich war dann, dass im nachfolgenden Artikel lediglich von einem Verdacht gesprochen wurde.

4. Keine bewusst einseitige und verfälschende Darstellung

Die Medien sind zu einer objektiven Betrachtung verpflichtet. Hierunter fällt, dass die Berichterstattung nicht einseitig zu Lasten des Betroffenen ausfällt und entlastende Umstände gerade nicht verschwiegen werden dürfen.¹³¹ Eine auf Sensation ausgehende, bewusst einseitige oder verfälschende Darstellung ist unzulässig.¹³² Gerade dadurch soll erreicht werden, dass die Medien und dadurch die Öffentlichkeit nicht von einer bereits feststehenden Schuld des Verdächtigen ausgeht.

5. Stellungnahme des Betroffenen

Des Weiteren muss dem Betroffenen die Möglichkeit zur Stellungnahme geben werden (sog. Gegenrecherche).¹³³ Hiervon sind die Medien nicht schon deshalb befreit, weil sie erwarten, keine weitere Aufklärung durch die Stellungnahme erlangen zu können.¹³⁴ Erforderlich ist ein ernsthaftes Bemühen, das vom jeweiligen Einzelfall abhängig ist.¹³⁵ Liegt eine Stellungnahme vor, muss sie in der Berichterstattung jedenfalls Berücksichtigung finden.¹³⁶

6. Vorgang von gravierendem Gewicht

Ferner muss es sich um einen Vorgang von gravierendem Gewicht handeln, dessen Mitteilung durch ein Informationsbedürfnis der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.¹³⁷ Dies ist im konkreten Einzelfall durch Abwägung der konfligierenden Rechtspositionen festzustellen. Hier sind u.a. zu berücksichtigen, sowohl die Schwere des Tatvorwurfs, die Tatumstände und die Person des Beschuldigten als auch der Verdachtsgrad.¹³⁸

II. Sonderfall identifizierende Verdachtsberichterstattung

Bei der Identifizierung des Verdächtigen ist besondere Zurückhaltung zu wahren.¹³⁹ Identifizierende Berichterstattungen stellen regelmäßig eine erhebliche Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen dar, denn die Rezipienten können nun zusätzlich den Verdacht auf einen Menschen beziehen.¹⁴⁰

1. Namensnennung

Die Identifizierung des Verdächtigen setzt deshalb zusätzlich zu den oben genannten Kriterien voraus, dass auch unter Berücksichtigung des Geheimhaltungsinteresses des Betroffenen das Informationsinteresse überwiegt.¹⁴¹ Der Identität des Verdächtigen muss ein eigener, besonderer Informationswert zukommen, damit ein überwiegendes öffentliches Informationsinteresse angenommen werden kann.¹⁴²

Insoweit kommen grundsätzlich nur Fälle schwerer Kriminalität oder Straftaten in Betracht, die die Öffentlichkeit besonders berühren.¹⁴³ Dabei ist stets der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.¹⁴⁴ Ausnahmsweise kann eine Namensnennung wegen einer herausgehobenen Position des mutmaßlichen Täters oder dessen spezifischen Verhältnisses zur Tat auch bei mittlere oder sogar bei Kleinkriminalität zulässig sein.¹⁴⁵ Hier sei die Person des öffentlichen Lebens genannt, die durch ihre Tat im Widerspruch zur öffentlichen Rolle und übertragenen Aufgabe steht.¹⁴⁶

2. Bildveröffentlichung

Die Bildveröffentlichung beurteilt sich nach den §§ 22 ff. KUG. Als wichtigste Ausnahme zum Einwilligungserfordernis, das bei einer Verdachtsberichterstattung regelmäßig nicht vorliegen wird, kommt § 23 I Nr. 1 KUG in Betracht. Seit der sog. Caroline-Entscheidung des EGMR¹⁴⁷ gilt die auf Neumann-Duesberg zurückgehende Rechtsfigur der sog. „Person der Zeitgeschichte“¹⁴⁸ mit ihrer Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte als überholt.¹⁴⁹ Nunmehr ist bereits bei der Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „aus dem Bereich der Zeitgeschichte“ im Wege eines abgestuften Schutzkonzepts eine Abwägung der widerstreitenden Grundrechte vorzunehmen.¹⁵⁰ In der Vergangenheit war ein Verdächtiger, wenn überhaupt der relativen Person der Zeitgeschichte zuzuordnen, eine Person, die in Bezug auf ein bestimmtes Geschehen - nicht aufgrund ihrer eigenen Stellung - Gegenstand des Informationsinteresses der

¹²⁶ OLG Dresden, NJW 2004, 1181 (1183).

¹²⁷ Schlüter, (Fn. 6), S. 98.

¹²⁸ Molle, ZUM 2010, 331 (333).

¹²⁹ Haarmann, (Fn. 16), S. 130.

¹³⁰ OLG Frankfurt/Main, ZUM 2007, 390 (391).

¹³¹ BGH, NJW 1965, 2365 (2396).

¹³² BGHZ 142, 199 (203); BVerfGE 35, 202 (232).

¹³³ BGHZ 132, 13 (25).

¹³⁴ BGHZ 132, 13 (26).

¹³⁵ Molle, ZUM 2010, 331 (334); Haarmann, (Fn. 16), S. 132.

¹³⁶ Hohmann, NJW 2009, 881 (882).

¹³⁷ BGHZ 142, 199 (204).

¹³⁸ Vgl. Haarmann, (Fn. 16), S. 110 ff.

¹³⁹ BGHZ 142, 199 (206 f.).

¹⁴⁰ BVerfG, NJW 1993, 1463 (1464).

¹⁴¹ BGHZ 142, 199 (207).

¹⁴² BGH, NJW 1994, 1950 (1951 f.).

¹⁴³ BVerfGE 35, 202 (231).

¹⁴⁴ BVerfGE 35, 202 (232); Lehr, NSStZ 2001, 63 (65).

¹⁴⁵ Löffler/Steffen, (Fn. 18), § 6 Rn. 208; BGHZ 36, 77 (81).

¹⁴⁶ Schlüter, (Fn. 6), S. 113.

¹⁴⁷ EGMR, NJW 2004, 2647.

¹⁴⁸ Neumann-Duesberg, JZ 1960, 114 (115 ff.).

¹⁴⁹ BGHZ 171, 275 (279); BVerfGE 120, 180 (213).

¹⁵⁰ BGH, NJW 2007, 3440 (3441 f.).

Öffentlichkeit ist.¹⁵¹ Teilweise wurde eine solche Zuordnung generell als ungeeignet angesehen, da ein Straftatverdacht unter Berücksichtigung der Unschuldsvermutung aus einem Verdächtigen nicht eine Person der Zeitgeschichte machen könne.¹⁵² Teilweise wurde auch jeder mutmaßliche Straftäter ausnahmslos als Person der Zeitgeschichte angesehen.¹⁵³ Im Hinblick auf die Entscheidung des EGMR, der sich auch das BVerfG und der BGH angeschlossen haben,¹⁵⁴ wird man dies nun jedoch nach den konkreten Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalles entscheiden müssen.¹⁵⁵ Die Zugehörigkeit zum Bereich der Zeitgeschichte wird - wie bei der Frage der Namensnennung - demnach gegeben sein, wenn „unter Berücksichtigung der falltypischen Gestaltung und der besonderen Umstände des Einzelfalles“¹⁵⁶ das öffentliche Informationsinteresse das individuelle Anonymitätsinteresse des Betroffenen überwiegt.¹⁵⁷ Erforderlich ist ein gesteigertes Informationsinteresse gegenüber einer reinen Namensnennung.¹⁵⁸ Heranzuziehen sind dabei der Charakter, der Umfang bzw. die Begehungsweise der Tat und die Persönlichkeit des Beschuldigten. Dabei muss das Informationsbedürfnis im Hinblick auf eine weitergehende Identifizierung des Betroffenen durch eine Bildveröffentlichung den Persönlichkeitsschutz überwiegen.¹⁵⁹ Dies wird ausschließlich bei Straftaten von erheblicher Bedeutung der Fall sein.¹⁶⁰

III. Stellungnahme

Die Rspr. hat im Laufe der Jahre bestimmte Kriterien für eine zulässige Verdachtsberichterstattung entwickelt, um einen gerechten und ausgewogenen Ausgleich zwischen der Medienfreiheit, insbesondere dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und dem Persönlichkeitsschutz des Verdächtigen zu schaffen.¹⁶¹

Im Hinblick auf die Unschuldsvermutung zeigt sich, dass insbesondere die Voraussetzung des Nichtvorliegens einer Vorverurteilung Ausfluss der Unschuldsvermutung und zentraler Maßstab der Berichterstattung ist. Denn eine Vorverurteilung stellt ein Synonym für die Verletzung der Unschuldsvermutung dar.

Infolgedessen wird selbst für diejenigen, die eine Bindungswirkung der Medien an die Unschuldsvermutung ablehnen bzw. anzweifeln, eine Art Bindungswirkung impliziert. Man wird deshalb keinen dergestalt großen inhaltlichen Unterschied zwischen einer „Berücksichtigung“ jener Voraussetzung und einer „Bindung“ der Medien an die Unschuldsvermutung an sich sehen können, um nicht sagen zu können, dass die Medien bereits durch jenes Kriterium an die Unschuldsvermutung

gebunden sind. Denn soweit man etwas berücksichtigen muss, um eine zulässige Verdachtsberichterstattung zu gewährleisten, ist man gleichzeitig auch daran gebunden. Eine präjudizierende Darstellung wird regelmäßig zu einer Verletzung der Unschuldsvermutung führen. Unter jener Prämisse ist es verwunderlich, dass der BGH einer Bindungswirkung zweifelnd gegenüber steht, im gleichen Zug aber einen Maßstab für die Unschuldsvermutung aufstellt. Gegen diese Annahme spricht auch nicht die Aussage des BGH, dass die Unschuldsvermutung eine zulässige Verdachtsberichterstattung nicht einschränken kann, da in diesem Fall die Unschuldsvermutung gerade gewährleistet ist.

Die Verpflichtung zur objektiven Berichterstattung ist eine weitere Voraussetzung einer Vorverurteilung entgegenzuwirken. Diese Voraussetzung ist somit eine Konkretisierung der Unschuldsvermutung selbst.

Ein hoher Grad an Sorgfaltspflicht und ein Mindestbestand an Beweistatsachen verleihen dem Bericht Glaubhaftigkeit und Seriosität. Da die gesammelten Beweise sich regelmäßig gegen den Betroffenen richten und ein hoher Anteil an Beweistatsachen den Verdacht erhärtet, wirkt dies gleichzeitig der Unschuldsvermutung entgegen. Dies darf keinesfalls implizieren oberflächlich zu recherchieren.

Somit ist zu sehen, dass es sich bei diesen Kriterien zwar um Generalklauseln handelt, die es erschweren die jeweiligen Grenzen im konkreten Einzelfall zu bestimmen.¹⁶² Andererseits kann erst so ein angemessenes und ausgeglichenes Resultat geschaffen werden. Der entwickelte Kriterienkatalog gibt mithin ein verlässliches Instrumentarium an die Hand, um über eine zulässige Berichterstattung zu entscheiden.¹⁶³ Die Kriterien gewährleisten, dass es zu keiner Vorverurteilung kommt und der Unschuldsvermutung Rechnung getragen wird. Dies führt wiederum zur einer Sicherstellung des Persönlichkeitsschutzes.

Durch diese Voraussetzungen können die anfangs angesprochenen Gefahren relativiert werden.¹⁶⁴ Es wäre verfehlt die Auswirkungen und Gefahren der Berichterstattung ausschließlich auf eine Verletzung der Unschuldsvermutung zurückzuführen. Grundsätzlich ist es für eine Stigmatisierung ausreichend in der Öffentlichkeit mit einer Straftat in Verbindung gebracht zu werden, unabhängig davon, ob eine zulässige oder unzulässige Verdachtsberichterstattung vorliegt. Auf eine mediale Vorverurteilung wird zwar regelmäßig eine öffentliche Vorverurteilung folgen. Eine solche Vorverurteilung ist aber nicht zwangsweise auf eine mediale zurückzuführen. Dennoch liegt bei einem Missachten der Anforderungen regelmäßig eine Verletzung der Unschuldsvermutung vor, wodurch die Gefahren regelmäßig intensiviert werden. Bei Einhaltung der oben genannten Kriterien können die Gefahren somit zumindest abgeschwächt werden.

Bei einer identifizierenden Verdachtsberichterstattung ist bezüglich der Gefahren besondere Zurückhaltung geboten, da

¹⁵¹ Neumann-Duesberg, JZ 1960, 114 (115).

¹⁵² Marxen, GA 1980, 365 (371).

¹⁵³ Franke, Die Bildberichterstattung über den Angeklagten und der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafverfahren, 1978, S. 102.

¹⁵⁴ Fn. 148.

¹⁵⁵ Schlüter, (Fn. 6), S. 119.

¹⁵⁶ BVerfGE 35, 202 (225).

¹⁵⁷ OLG Celle, NJW-RR 2001, 335 (336); Reike, (Fn. 49), S. 83 f.

¹⁵⁸ Schlüter, (Fn. 6), S. 124.

¹⁵⁹ OLG Celle, NJW-RR 2001, 335 (336).

¹⁶⁰ Schlüter, (Fn. 6), S. 120.

¹⁶¹ Fn. 157.

¹⁶² Müller, NJW 2007, 1617 (1619).

¹⁶³ Schlüter, (Fn. 6), S. 126.

¹⁶⁴ S.o. Punkt B II.

mit einer Identifikation schwere Beeinträchtigungen verbunden sind.¹⁶⁵ Um eine solche Beeinträchtigung umfänglich zu vermeiden, müsste eine identifizierende Berichterstattung gänzlich unterbleiben, da eine Stigmatisierung regelmäßig mit Veröffentlichung von Name und Bild vorliegt.¹⁶⁶ Es ist jedoch weniger die Identität der Person, sondern vielmehr die Art und Weise der Vorwürfe und die Berichterstattung als solche, die entscheidend für eine Vorverurteilung und mithin für einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung ist.¹⁶⁷ Ein öffentliches Interesse kann jedoch nicht nur an der Tat, sondern auch an dem Täter bestehen.¹⁶⁸ So ist die Bildberichterstattung grundsätzlich auch von der Medienfreiheit umfasst.¹⁶⁹ In diesen Fällen besteht die Schwierigkeit der Feststellung eines überwiegenden öffentlichen Interesses gegenüber dem Persönlichkeitsschutz. Der Identität des Verdächtigen muss ein eigener Informationswert zukommen. Dabei ist bei einer Bildveröffentlichung ein noch höheres Informationsinteresse als bei einer Namensnennung erforderlich.¹⁷⁰ Als Anknüpfungspunkt ist in beiden Fällen die Schwere der Tat heranzuziehen. Dabei muss bei der Bildveröffentlichung restriktiver vorgegangen werden, denn von einer Bildveröffentlichung geht eine verstärkte Stigmatisierungswirkung aus.¹⁷¹ Es gilt auch hier: ein Bild sagt mehr als tausend Worte. Teilweise werden Bildveröffentlichungen deshalb auch nur bei schwersten Straftaten als zulässig erachtet.¹⁷²

Als geeigneter Ausgangs- wie Anhaltspunkt dient ferner auch der jeweilige Verdachtsgrad. Dabei gilt: je höher der Verdachtsgrad, desto eher ist eine Namensnennung zulässig.¹⁷³ Dass das Vorliegen einer Strafanzeige nach § 158 I 1 StPO oder die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens allein noch nicht ausreichen darf, zeigt sich daran, dass zum einen jedermann Strafanzeige stellen kann und andererseits die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens „nur“ einen Anfangsverdacht voraussetzt.¹⁷⁴

Es bedarf „manchmal prophetischer Fähigkeiten um die Zulässigkeit einer Berichterstattung vorab zu beurteilen.“¹⁷⁵ Ein überwiegendes öffentliches Informationsinteresse kann deshalb nur im Einzelfall bestimmt werden.

Dabei muss im Rahmen der Abwägung zwischen Informationsinteresse und Persönlichkeitsschutz der Unschuldsvermutung noch größere Bedeutung zukommen. Aus der Erkenntnis einer mittelbaren Drittwirkung der Unschuldsvermutung soll dies dadurch gewährleistet werden, dass die Unschuldsvermutung als eine Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsschutzes verstärkt an die Seite des Persönlichkeitsschutzes tritt, analog dem Informationsinteresse, das verstärkend an die

Seite der Medienfreiheit gestellt wird.¹⁷⁶ Dies gilt gleichermaßen bei einer Verdachtsberichterstattung ohne Namensnennung und ohne Bildveröffentlichung.

Mit Blick auf die schwerwiegenden Gefahren einer Verdachtsberichterstattung und auch um der mittelbaren Drittwirkung der Unschuldsvermutung Rechnung zu tragen, sollte man dem Persönlichkeitsrecht im Zweifel wohl eher den Vorzug lassen. Hierbei soll keinesfalls verkannt werden, dass sich grundsätzlich zwei gleichrangige Grundrechte gegenüberstehen.¹⁷⁷ Man sollte hinsichtlich eines berechtigten Informationsinteresses zumindest zurückhaltender sein als dies heutzutage den Anschein hat,¹⁷⁸ zumal nur 10 % der Ermittlungsverfahren zu einer rechtskräftigen Verurteilung führen.¹⁷⁹ Denn man läuft Gefahr, dass ein Informationsinteresse der Allgemeinheit in eine Sensationsgier umschlägt und somit dem reinen Unterhaltungsbedürfnis und den kommerziellen Interessen der Medien dient.¹⁸⁰ Es sollte deshalb vorab geprüft werden, ob das Informationsinteresse auch ohne eine Identifikation befriedigt werden kann.¹⁸¹ Regelmäßig wird man dem öffentlichen Informationsinteresse auch gerecht werden, ohne den Namen oder ein Bild des Verdächtigen zu veröffentlichen.¹⁸²

E. Rechtsschutz

Nachfolgend werden mögliche Reaktionen auf eine unzulässige vorverurteilende Verdachtsberichterstattung vorwiegend auf ihre Geeignetheit und Effektivität untersucht.

I. Strafrechtliche Vorschriften

Aufgrund der Funktion der Medien, Organ der öffentlichen Information und Kritik zu sein, kommt es unausweichlich zu Kollisionen mit den Ehrverletzungsdelikten der §§ 185 ff. StGB, insbesondere wegen übler Nachrede nach § 186 StGB.¹⁸³

Die erforderliche Tatsachenbehauptung gem. § 186 StGB wird regelmäßig vorliegen.¹⁸⁴ Auch wird sich die Tatsache dabei regelmäßig auf eine andere Person beziehen, die zumindest erkennbar ist, da an die Erkennbarkeit keine hohen Anforderungen gestellt werden.¹⁸⁵ Ob jene Tatsache dann zur Ehrverletzung geeignet ist, muss im Einzelfall entschieden werden.¹⁸⁶ Für die Erforderlichkeit, dass die Tatsache nicht erweislich wahr ist, tragen die Medien die Beweislast. Dabei gehen Zweifel entgegen des „*in dubio pro reo*“-Grundsatzes zu Lasten der Medien.¹⁸⁷ Ob die Medien sich in diesem Zusammenhang auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB

¹⁶⁵ Fn. 138.

¹⁶⁶ So Kühl, (Fn. 41), S. 253.

¹⁶⁷ Haarmann, (Fn. 16), S. 44 f.

¹⁶⁸ Löffler/Steffen, (Fn. 18), § 6 Rn. 205.

¹⁶⁹ BVerfG, NJW 2009, 350 (351).

¹⁷⁰ Fn. 157.

¹⁷¹ BVerfGE 35, 202 (228 f.).

¹⁷² So Fink, Bild- und Tonaufnahmen im Umfeld der strafgerichtlichen Hauptverhandlung, 2007, S. 176 f., 243.

¹⁷³ Haarmann, (Fn. 16), S. 120; OLG Dresden, NJW 2004, 1181 (1182).

¹⁷⁴ Wenzel/Burkhardt, (Fn. 4), Kap. 10 Rn. 166 f.

¹⁷⁵ Müller, NJW 2007, 1617 (1619).

¹⁷⁶ Reike, (Fn. 49), S. 12; BGH, NJW 2005, 56 (57).

¹⁷⁷ Fn. 155.

¹⁷⁸ Söder, ZUM 2008, 89 (95).

¹⁷⁹ Prinz/Peters, (Fn. 27), Rn. 272.

¹⁸⁰ Dalbärmeyer, Der Schutz des Beschuldigten vor identifizierenden und tendenziösen Pressemitteilungen der Ermittlungsbehörden, 1993, S. 148.

¹⁸¹ BGH, NJW 1980, 1790 (1791).

¹⁸² AE-StuM/Riklin/Höpfel, Alternativ-Entwurf Strafjustiz und Medien, 2001, S. 67.

¹⁸³ Ricker/Weberling, (Fn. 17), Kap. 53 Rn. 1.

¹⁸⁴ Schlüter, (Fn. 6), S. 66.

¹⁸⁵ Seelmann-Eggebert, NJW 2008, 2551 (2552).

¹⁸⁶ Lackner/Kühl/Kühl, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2014, StGB § 186 Rn. 4.

¹⁸⁷ S/S/Lencker/Eisele, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 186 Rn. 16.

berufen können mit der Folge, dass sich die Beweislast umkehrt,¹⁸⁸ ist zweifelhaft. Zwar besteht ein öffentliches Interesse an einer sachgerechten Information über Straftaten. Ein Interesse an vorgezogenen Schuldzuweisungen besteht dagegen nicht.¹⁸⁹ Eine Strafbarkeit gem. § 186 StGB scheint in diesen Fällen deshalb als durchaus gegeben. Die weitere Qualifikation zu § 186 StGB, § 188 StGB wird aufgrund des restriktiven Anwendungsbereichs kaum vorhanden sein.¹⁹⁰

Auch wird eine Verleumdung nach § 187 StGB regelmäßig nicht vorliegen, da die Unwahrheit zum Zeitpunkt der Tathandlung regelmäßig nicht eindeutig feststehen wird.¹⁹¹ Eine Beleidigung nach § 185 StGB wird ferner zum einen daran scheitern, dass die Äußerung der Berichterstattung naturgemäß gegenüber Dritten und nicht gegenüber dem Betroffenen erfolgt und zum anderen, es sich dann regelmäßig um eine Tatsachenbehauptung und nicht um ein Werturteil handeln wird.¹⁹²

Im Zusammenhang mit Bildveröffentlichungen ist § 33 I KUG noch zu nennen, der eine Bestrafung nach sich zieht, soweit ein Bildnis nicht nach §§ 22 ff. KUG veröffentlicht wird. Trotz einer Zunahme unzulässiger Bildveröffentlichungen hat jene Strafnorm keine praktische Relevanz.¹⁹³

II. Zivilrechtliche Vorschriften

Zentraler Anspruch in der Praxis ist die Unterlassung zukünftiger Rechtsverletzungen durch Wort- oder Bildveröffentlichung nach § 1004 I 2 BGB analog i.V.m. §§ 823 ff. BGB. Die Rechtsverletzung in ein nach §§ 823 ff. BGB geschütztes Recht stellt hier Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG als ein „sonstiges Recht“ i.S.v. § 823 I BGB dar,¹⁹⁴ zumal sich nach hier vertretender Ansicht die Unschuldsvermutung aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht ableitet. Die ferner erforderliche Wiederholungsgefahr einer rechtswidrigen Veröffentlichung wird vermutet, soweit eine unzulässige Berichterstattung erfolgt ist.¹⁹⁵ Der Vorteil jenes Anspruchs ist, dass er im Wege einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden kann und dadurch schnellstmöglicher Rechtsschutz erhofft werden kann.¹⁹⁶ Andererseits wirkt dieser Anspruch nur relativ zwischen den Parteien. Andere Medien werden dadurch nicht von einer Berichterstattung abgehalten.¹⁹⁷ Dem Betroffenen wird hinsichtlich einer bereits eingetretenen Stigmatisierung damit nur eine eingeschränkte Genugtuung vermittelt.¹⁹⁸

Mittels Anspruch auf Gegendarstellung auf eine Tatsachenbehauptung nach § 11 LPG BW bzw. § 56 RStV kann der Betroffene auf einen bestimmten Verdacht mit einer Gegendarstellung erwidern. Dieser Anspruch kann zwar im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden. Letztlich

bleibt es dem Rezipienten aber überlassen, was er glaubt, soweit er die Stellungnahme überhaupt wahrnimmt.¹⁹⁹ Hier zeigen sich wieder die Gefahren einer Verdachtsberichterstattung: von einem erhobenen Vorwurf bleibt regelmäßig etwas hängen.²⁰⁰ Ein Wiedergutmachungseffekt wird man mithin kaum erzielen können, berücksichtigt man auch, dass die Medien Vor- und Nachbemerktungen an die Gegendarstellung hinzuzufügen dürfen.²⁰¹

Nach § 1004 I 2 BGB analog i.V.m. §§ 823 ff. BGB haben die Medien eine unrichtige Tatsachenbehauptung zu korrigieren. Der Betroffene trägt jedoch in diesen Fällen die Beweislast. Er wird aber die Unwahrheit der Tatsachenbehauptung erst i.S.v. § 190 StGB mit rechtsförmiger Feststellung seiner Unschuld erbringen können, wodurch die Beeinträchtigung fort dauert und jenem Anspruch dann kaum noch rehabilitierende Wirkung zukommen wird.²⁰²

Ein Anspruch auf materiellen Schadenersatz nach §§ 823 ff. i.V.m. 249 BGB hat nur geringe Bedeutung. Es mangelt regelmäßig an der haftungsbegründenden Kausalität, da jedes Medium sich darauf berufen wird, dass auch ein anderes Medium entsprechend berichtet hätte.²⁰³

Letztlich kommt noch ein Anspruch auf immaterielle Geldentschädigung wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts in Betracht. Dieser Anspruch resultiert aus dem Schutzauftrag der Art. 2 I GG und Art. 1 I GG²⁰⁴ und dient in erster Linie der Genugtuung des Betroffenen.²⁰⁵ Es werden jedoch hohe Anforderungen an jenen Anspruch gestellt. So hat eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung vorzuliegen, die nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen ist. Bei alltäglichen Vorverurteilungskonstellationen wird diese Voraussetzung i.d.R. nicht erfüllt sein.²⁰⁶ Hinzu kommt, dass dieser Anspruch ausscheidet, soweit auf andere Weise ein hinreichender Ausgleich der Rechtsbeeinträchtigung erzielt werden kann (Subsidiarität).²⁰⁷

III. Stellungnahme

Zu sehen ist, dass sich in der Praxis eine Entwicklung fort vom straf- und hin zum zivilrechtlichen Ehrenschatz vollzogen hat.²⁰⁸

Die Ehrverletzungsdelikte werden aufgrund der materiellrechtlichen hohen Hürden i.d.R. keinen Erfolg haben. Hinzu kommt, dass erst nach Monaten wenn nicht gar Jahren mit einem Urteil zu rechnen ist.²⁰⁹ Es besteht dennoch ein nicht zu

¹⁸⁸ Hager, Jura 1995, 566 (568).

¹⁸⁹ Soehring, (Fn. 58), S. 92.

¹⁹⁰ Schlüter, (Fn. 6), S. 179.

¹⁹¹ Soehring, (Fn. 58), S. 93.

¹⁹² Schlüter, (Fn. 6), S. 180.

¹⁹³ Sauren, ZUM 2005, 425 (432).

¹⁹⁴ HK/Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 2014, § 823 Rn. 42.

¹⁹⁵ BGH, NJW 1998, 1391 (1392).

¹⁹⁶ Wanckel, NJW 2009, 3353 (3354).

¹⁹⁷ Schlüter, (Fn. 6), S. 217.

¹⁹⁸ Soehring, (Fn. 58), S. 101.

¹⁹⁹ Schlüter, (Fn. 6), S. 223 f.

²⁰⁰ Prinz/Peters, (Fn. 27), Rn. 274.

²⁰¹ Soehring, (Fn. 58), S. 105.

²⁰² Schlüter, (Fn. 6), S. 230.

²⁰³ Neben, Triviale Personenberichterstattung als Rechtsproblem: Ein Beitrag zur Grenzziehung zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 2001, S. 331.

²⁰⁴ BVerfGE 34, 269 (282).

²⁰⁵ BGH, NJW 1997, 1148 (1150).

²⁰⁶ Soehring, (Fn. 58), S. 116.

²⁰⁷ BGH, NJW 1970, 1077 (1077); BGH, NJW 1996, 985 (986).

²⁰⁸ Ricker/Weberling, (Fn. 17), Kap. 41 Rn. 5.

²⁰⁹ Schlüter, (Fn. 6), S. 200.

vernachlässigendes Restrisiko der Strafbarkeit im Hinblick auf eine üble Nachrede.²¹⁰

In zivilrechtlicher Hinsicht ist kein Anspruch für sich alleine betrachtet hinreichend effektiv. Im Hinblick auf die Durchsetzung der genannten Ansprüche hat der Betroffene ein nicht unbeachtliches Prozessrisiko zu tragen.²¹¹ Soweit der Anspruch nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden kann, wird es auch hier Jahre dauern bis eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Die physische und psychische Belastung, die mit einem solchen Prozess einhergeht, das Kostenrisiko und der Zeitfaktor können dazu führen, dass auf die Geltendmachung solcher Ansprüche von vorneherein verzichtet wird.²¹² Mögen die Ansprüche in ihrer Gesamtheit ein wirksames und ausreichendes Schutzkonzept erkennen lassen,²¹³ so ist doch ein Bedarf nach einer komplementären Norm vorhanden, die es ermöglicht schnell und kostengünstig eine Sanktionierung der Medien zu erreichen. Eine Anregung kann das österreichische Mediengesetz mit § 7 b MedienG liefern.²¹⁴

Hierbei handelt es sich um einen Anspruch speziell zum Schutze der Unschuldsvermutung auf immaterielle Geldentschädigung. Dieser Anspruch besteht unabhängig von Ausgang eines Strafverfahrens und unabhängig von der Art und dem Umfang der Persönlichkeitsbeeinträchtigung. Die Schwere der Beeinträchtigung wirkt sich nur auf die Höhe der Entschädigung aus. Die Norm greift die mit einer Verdachtsberichterstattung verbundene Vorverurteilungsproblematik auf, ahndet einen Verstoß der Medien mit einer Sanktion und verknüpft dies gleichzeitig mit einer entsprechenden Geldentschädigung für den Betroffenen.

Mit Blick auf den Schutz vor einer Bekanntgabe der Identität durch Namensnennung und Bildveröffentlichung kann das österreichische Mediengesetz mit § 7 a MedienG erneut eine Anregung geben.²¹⁵ In diesem Zusammenhang soll noch einmal auf § 33 KUG zurückzukommen sein.

§ 7 a MedienG sanktioniert die mit einer rechtswidrigen Veröffentlichung der Identität des Verdächtigen einhergehende Persönlichkeitsbeeinträchtigung. Nichts anderes geschieht im Grunde durch § 33 KUG mit dem Unterschied, dass jene Norm auf die Bildveröffentlichung begrenzt ist. § 33 KUG könnte infolge eines Analogieverbotes im Strafrecht dahingehend modifiziert und erweitert werden, dass nicht nur eine unzulässige Abbildung des Betroffenen erfasst wird, sondern auch auf die Namensnennung und die Veröffentlichung identifizierender Merkmale ausgedehnt wird.²¹⁶

Durch eine ergänzende Regelung i.S. eines § 7 b MedienG durch den Gesetzgeber könnte eine effektivere Sanktionierung der Medien erzielt werden. Somit könnte man einer vorverurteilenden Berichterstattung entgegenwirken und mittelbar der Maxime der Unschuldsvermutung Rechnung tragen. Gleichzei-

tig würde der Betroffene eine Genugtuung erreichen, wenn ihm ein effektiver Schadensersatzanspruch zur Seite gestellt wird. Dem mit einer identifizierenden Berichterstattung einhergehenden verstärkten Stigmatisierungseffekt könnte durch eine Modifikation des § 33 KUG entgegengewirkt werden, da die Medien dann mit strafrechtlichen Folgen rechnen müssen.

F. Resümee

Am Anfang der Untersuchung wurde die Frage aufgeworfen, ob eine Verdachtsberichterstattung die Maxime der Unschuldsvermutung gewährleistet. Diese Frage soll nun abschließend geklärt werden.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Unschuldsvermutung als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts ihre Schutzwirkung auch unter Privaten entfaltet und infolgedessen eine mittelbare Drittwirkung der Medien an die Unschuldsvermutung besteht.

Um einen ausgewogenen und gerechten Ausgleich zwischen Medienfreiheit einerseits und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht andererseits zu gewährleisten, hat die Rspr. im Laufe der Jahre Abwägungskriterien für eine zulässige Verdachtsberichterstattung aufgestellt und konkretisiert.²¹⁷ Dabei hat sich gezeigt, dass das Nichtvorliegen einer Vorverurteilung, sowie die Verpflichtung zur objektiven Berichterstattung Ausfluss der Unschuldsvermutung sind.

Aus der Erkenntnis der mittelbaren Drittwirkung der Unschuldsvermutung und im Hinblick auf die Gefahren einer solchen Berichterstattung wurde sodann herausgearbeitet, dass der Unschuldsvermutung speziell im Fall der identifizierenden Verdachtsberichterstattung größere Bedeutung zukommen muss. Dies soll dadurch gewährleistet werden, dass bei der Abwägung mit der Medienfreiheit die Unschuldsvermutung verstärkend an die Seite des Persönlichkeitsschutzes gestellt wird. Denn Verdachtsberichterstattungen belasten den Betroffenen nachhaltig. Die öffentliche Prangerwirkung geht regelmäßig mit einer Stigmatisierung einher, die sich bis hin zu einer Existenzbedrohung auswirken kann.²¹⁸ Bei einer anonymisierten Verdachtsberichterstattung wird es i.d.R. nicht zu einer Vorverurteilung und somit auch nicht zu einem Verstoß gegen die Unschuldsvermutung kommen können, da die Person gerade nicht bekannt ist. Soweit sich der Betroffene gegen eine vorverurteilende Verdachtsberichterstattung zur Wehr setzen möchte, hat die Untersuchung gezeigt, dass der Rechtsschutz in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Hinsicht nicht effektiv genug ist.

Aus diesem Grund wurden zwei Alternativen aufgezeigt. Zum einen eine ergänzende Regelung i.S. des § 7 b österreichisches MedienG und zum anderen eine Modifizierung des § 33 KUG. Hierdurch soll eine stärkere Sanktionierung der Medien erzielt werden und eine Genugtuung für den Betroffenen erreicht werden, um so letztendlich einer Vorverurteilung effektiv entgegenwirken zu können und im Umkehrschluss der Unschuldsvermutung gerecht zu werden.

²¹⁰ Soehring, (Fn. 58), S. 87.

²¹¹ Bornkamm, (Fn. 105), S. 270.

²¹² AE-StuM/Riklin/Höpfel, (Fn. 181), S. 64.

²¹³ So Schlüter, (Fn. 6), S. 245.

²¹⁴ Hierzu AE-StuM/Riklin/Höpfel, (Fn. 181), S. 64 f.

²¹⁵ AE-StuM/Riklin/Höpfel, (Fn. 181), S. 76.

²¹⁶ so auch Haarmann, (Fn. 16), S. 236.

²¹⁷ Fn. 157.

²¹⁸ Fn. 38.

Es kann abschließend festgestellt werden, dass die Verdachtsberichterstattung in der Theorie die Unschuldsvermutung gewährleistet. In der Praxis kommt es - wie der Mordfall Lena in Emden zeigt - mitunter zur Missachtung der Unschuldsvermutung.

Der Autor studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Eberhard Karls Universität Tübingen mit dem Schwerpunkt Kriminalwissenschaften und Strafrechtspflege. Der Artikel beruht auf einer im Wintersemester 2015/2016 erstellten Studienarbeit im Rahmen des Seminars „Kriminalberichterstattung durch Medien“ von Prof. Dr. Eisele.

Strafprozessuale Kompetenzkonflikte in Europa

Problemaufriss und Lösungsmechanismen

Merve Yolacan*

A. Einleitung

In Zeiten voranschreitender Globalisierung und sukzessiver europäischer Integration zwingen die hohe Mobilität von Straftätern und neue Deliktsformen die EU in besonderem Maße dazu, sich mit internationalen Kriminalitätssachverhalten auseinanderzusetzen. Denn die Auswirkungen von Internetstraftaten begrenzen sich nicht auf bestimmte Landesgrenzen und auch die Erbringung von Dienstleistungen innerhalb der EU lässt Raum für Korruption auf einem internationalen Level. Außerdem erscheint vor dem Hintergrund der Pariser Anschläge des IS, der aktuellen Flüchtlingskrise und der offenen Grenzen die Entwicklung einer neuen Dimension des internationalen Terrorismus denkbar. Deshalb gewann die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen innerhalb Europas in den letzten Jahren an großer Bedeutung.

Der folgende Beitrag skizziert die Rolle des Strafrechts innerhalb eines europäischen Rechtsraums. Im Zentrum steht dabei die Frage nach der Zuständigkeit der Strafverfolgung in den Fällen, in denen mehrere Staaten die Jurisdiktion eines Sachverhalts gleichzeitig für sich beanspruchen. Abschließend werden Ansätze für die Lösung solcher Konfliktfälle dargestellt und bewertet.

B. Strafrecht und Zuständigkeiten innerhalb eines europäischen Rechtsraums

Bislang existiert kein originäres europäisches Kriminalstrafrecht, in dem nationale Strafrechtssysteme vereinheitlicht sind oder eine supranationale Strafgewalt mit eigenen Justizorganen durch ein genuin europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht tätig ist.¹ „Europäisches Strafrecht“ ist ein Sammelbegriff, der strafrechtsrelevantes Unionsrecht, regionales Völkerrecht und dadurch beeinflusstes nationales Strafrecht erfasst.²

Damit besteht ein Europäischer Strafrechtsraum aus allen das Straf- und Strafverfahrensrecht der europäischen Staaten unmittelbar oder mittelbar betreffenden Normen des Unionsrechts (EUV, AEUV, GRCh), dem regionalen Völkerrecht (EMRK, Konventionen) und den supranationalen und internationalen Organisationen Europas (EU, EAG, Europarat, OECD).³ Dass nationale Staaten seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1.12.2009 durch beispielsweise verbindliche

sekundärrechtliche Vorgaben der EU mittels Richtlinien gem. Art.83 AEUV einer überstaatlichen Einwirkung ausgesetzt und „europäisiert“ sind,⁴ ändert nichts daran, dass Staaten die eigenständigen Inhaber ihrer Strafgewalt bleiben.⁵

I. Grenzüberschreitende Ausdehnung nationaler Strafgewalt

Dabei bezeichnet Strafgewalt die völkerrechtliche Befugnis eines nationalen Staates, eine Verhaltensweise als verboten anzusehen und Verstöße dagegen mit seinem nationalen Strafrecht zu sanktionieren.⁶ Diese Legitimation wird nationalen Staaten völkerrechtlich über den Grundsatz der uneingeschränkten Verfügung über das eigene Staatsgebiet, der sog. territorialen Souveränität, verliehen.⁷ Staaten sind völkerrechtlich aber auch befugt, den sachlichen Geltungsbereich ihres Gesetzes auf Auslandssachverhalte zu erstrecken.⁸ Der räumliche Geltungsbereich beschränkt sich dabei allerdings auf das eigene Hoheitsgebiet.⁹ Die Normierung extraterritorialer Sachverhalte setzt indessen das Vorliegen eines völkerrechtlichen Anknüpfungspunkts, eine besondere Nähebeziehung zwischen Staat und geregeltem Sachverhalt, voraus.¹⁰

1. Deutsches Strafanwendungsrecht und Anknüpfungspunkte

Im deutschen Strafrecht legen die als Strafanwendungsrecht bezeichneten §§ 3 ff. StGB das anzuwendende Recht bei In- und Auslandssachverhalten fest.¹¹ Sie konkretisieren die völkerrechtlichen Anknüpfungspunkte und bestimmen den durch Deutschland in Anspruch genommenen Umfang der Strafgewalt.¹²

Die §§ 3 ff. StGB sind im Verhältnis zum ausländischen Strafrecht kein echtes Kollisionsrecht nach dem Muster des IPR, denn sie bestimmen nicht, welche nationale Rechtsord-

¹ Hecker, Bernd Europäisches Strafrecht, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg 2012, §1 Rn.5; Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, München 2011 - Ambros Vor §§3-7 Rn.7.; Schönke/Schröder Kommentar zum StGB, 28. Auflage, München 2010- Eser Vor §3 Rn.5.

² Schönke/Schröder Kommentar zum StGB, 28. Auflage, München 2010- Eser/Hecker Vor §1 Rn.25; Böse in Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, Band 9, Baden-Baden 2013, §1 Rn.12.; Ambros §9 Rn.14.

³ Hecker, Bernd Europäisches Strafrecht, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg 2012, §1 Rn.5.

⁴ Nomos Kommentar Europäisches Unionsrecht

EUV/AEUV/Grundrechtecharta, Baden-Baden 2012-Rosenau/Petrus Art.83 AEUV Rn.3; Satzger, Helmut Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2011, §9 Rn.31.

⁵ Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, München 2011-Ambros Vor §§3-7 Rn.7.

⁶ Lagodny, Otto „Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen?“-Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin, März 2001, S.12.

⁷ Schweitzer/Weber Rn.481.

⁸ v.Arnault §4 Rn.344; Schönke/Schröder Kommentar zum StGB, 28. Auflage, München 2010- Eser Vor §§3-7 Rn.9; Vgl. PCIJ Series A No.10 The case of the S.S. „Lotus“= StIGHE 5 71.

⁹ v.Arnault §4 Rn.344.

¹⁰ BeckOK-Ambros Vor §§3-7, Rn.13; Geiger §58 S.276.

¹¹ Gropp in Sinn (Hrsg.) S.45; Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Auflage, Berlin 2007--Werle/Jeffberger Vor §3 Rn.2.

¹² Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Auflage, Berlin 2007--Werle/Jeffberger Vor §3 Rn.3.

nung für eine konkrete Sachentscheidung heranzuziehen ist.¹³ Sie schreiben nur fest, wann deutsche Strafverfolgungsbehörden bzw. –gerichte zuständig sind.¹⁴ Da diese nur deutsches Recht anwenden –obwohl einer Fremdrechtsanwendung i.V.m. § 7 StGB zur Frage nach der Tatortstrafbarkeit kein Verbot gegenübersteht¹⁵–, fällt die Bejahung der deutschen Strafanwendbarkeit für einen Sachverhalt mit Auslandsberührung mit dem Zuständigkeitsbereich zusammen.¹⁶ Das bedeutet konkret: wenn deutsches Strafrecht nach Maßgabe der §§ 3 ff. StGB anwendbar ist, so ist auch ein deutsches Gericht für die Strafverfolgung zuständig.

2 Strafgewaltskumulation durch den „Netzgedanken“ und unionsrechtliche Kriminalpolitik

Bei der Ausgestaltung des staatlichen Strafanwendungsrechts stehen dem Gesetzgeber die Wahl der völkerrechtlichen Geltungsprinzipien frei.¹⁷ Nach Maßgabe der völkerrechtlichen Vorgaben kann er die Anknüpfungsprinzipien umsetzen, kombinieren oder modifizieren um kriminalpolitische Ziele zu realisieren.¹⁸

Tatsächlich geht die Tendenz der transnationalen Kriminalpolitik der letzten Jahre dahin, für möglichst viele Rechtsordnungen einen Anknüpfungspunkt zu schaffen.¹⁹ Einerseits liegt der Schaffung zahlreicher Anknüpfungspunkte bildlich gesprochen der „Netzgedanke“²⁰ zugrunde. Eine möglichst lückenlose Verflechtung, ein Maschenwerk von Strafansprüchen, soll dem international agierenden Straftäter Fluchtwege in Staaten ohne Strafverfolgung verschaffen.²¹

Andererseits wird der Anwendungsbereich nationaler Straftatbestände in zunehmendem Maße durch Kriminalpolitiken der EU erweitert.²² Denn innerhalb des europäischen Raums wurde grenzüberschreitende Kriminalität durch den Wegfall

der Kontrollen an den Binnengrenzen im Zuge einer fortschreitenden europäischen Integration genährt.²³ Parallel dazu vereinfacht technischer Fortschritt eine Deliktsbegehung.²⁴ Um in der Union einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Art.67 Abs.1 AEUV, Art.3 Abs.2 EUV) zu gewährleisten, geht das heutige Verständnis dahin, einer europäisierten Kriminalität mit einem europäisierten Strafrecht zu begegnen.

Beispielhaft dafür ist der Rahmenbeschluss des Rates v. 22.7.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, der in seinem Art.7 Abs.1 die Ausdehnung der nationalen Strafgewalten vorsieht.²⁵ Ebenfalls hat sich der Subventionsbetrug ausdrücklich auf die finanziellen Interessen der EU zu erstrecken (Vgl. § 264 VII Nr. 2 StGB). Anderenfalls würde sich die Erstreckung des Schutzbereichs auf EU-Subventionen auch schon im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung über Art. 325 II AEUV ergeben

Die Ausdehnung nationaler Strafgewalten unter dem Einfluss der EU und das Selbstbestimmungsrecht der einzelnen Staaten bezüglich der Etablierung von Anknüpfungspunkten bringt aber gleichzeitig die Möglichkeit mit sich, dass mehrere Strafgewalten unterschiedlicher Nation für ein und dieselbe Tat Strafansprüche geltend machen.

C. Strafprozessuale Kompetenzkonflikte bei grenzüberschreitender Strafverfolgung

Wenn z.B. der deutsche Staatsbürger D während eines Urlaubs in Spanien den Franzosen F tötet, wäre in materieller Hinsicht das jeweilige nationale Strafrecht anwendbar und es eröffneten sich Wege in mehrere Gerichtsstände.

Deutschland könnte eine Strafverfolgung des D über das aktive Personalitätsprinzip aus § 7 II Nr.1 StGB behaupten, während Spanien dieser Weg über die prozessrechtliche Regelung des Territorialitätsprinzips aus Art.23.1 LOPJ eröffnet wäre. Auch Frankreich könnte über das passive Personalitätsprinzip aus 689 CPP i.V.m. Art.113-7 CP eine Strafverfolgung beanspruchen.

Ein positiver Kompetenzkonflikt entsteht, wenn mehrere Staaten unter Geltendmachung eines hinreichenden Anknüpfungspunktes hinsichtlich derselben Tat eines Täters die Strafverfolgung für sich behaupten.²⁶ Ein negativer Kompetenzkonflikt liegt dann vor, wenn keiner der betroffenen Staaten die Strafverfolgung übernehmen möchte und einer der Ansicht ist, dass der andere die Strafverfolgung ausüben sollte.²⁷

¹³ Anwaltkommentar StGB, Bonn, 2011-Zöller Vor § 3 Rn.1; Schönke/Schröder Kommentar zum StGB, 28. Auflage, München 2010-Eser Vor § 3 Rn.5; HK/GS-Hartmann § 3 Rn.1; Satzger, Helmut Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2011, § 3 Rn.4.

¹⁴ Ebda.; Wörner/Wörner in Sinn (Hrsg.) S.208; Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Auflage, Berlin 2007-Werle/Jeffberger Vor § 3 Rn.7.

¹⁵ Satzger, Helmut Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2011, § 3 Rn.6; Anwaltkommentar StGB, Bonn, 2011-Zöller Vor § 3 Rn.3.

¹⁶ Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, München 2011-Ambos Vor § 3-7 Rn.2; Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Auflage, Berlin 2007-Werle/Jeffberger Vor § 3 Rn.8.

¹⁷ Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Auflage, Berlin 2007-Werle/Jeffberger Vor § 3 Rn. 218; Schönke/Schröder Kommentar zum StGB, 28. Auflage, München 2010-Eser Vor § 3 Rn. 27.

¹⁸ Nomos Kommentar Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/Grundrechtecharta, Baden-Baden 2012-Böse Vor § 3 Rn. 15; Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Auflage, Berlin 2007-Werle/Jeffberger Vor § 3 Rn. 218.

¹⁹ Anders in Sinn (Hrsg.), S. 110; Anagnostopoulos FS Hassemer, S. 1138.

²⁰ Vgl. Begriff in Lagodny, Otto „Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen?“-Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin, März 2001, S. 134.

²¹ Böse/Meyer ZIS 2011, 336, 337; Nomos Kommentar Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/Grundrechtecharta, Baden-Baden 2012-Böse Vor § 3 Rn. 5.; Lagodny, Otto „Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen?“-Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin, März 2001, S. 134.

²² Anwaltkommentar StGB, Bonn, 2011-Zöller § Vor 3 Rn. 8; Böse/Meyer ZIS 2011, 336, 337.

²³ Wessels/Beulke Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 43. Auflage, München 2013, § 2 Rn.77; Hecker, Bernd Europäisches Strafrecht, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg 2012, § 1 Rn.32.

²⁴ Sieber ZStW 121 (2009), 1, 2.

²⁵ ABIEU 2003 Nr.192, S.3; Vogel FS Schroeder S.891.; Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Auflage, Berlin 2007, Werle/Jeffberger Vor § 3 Rn.212.

²⁶ Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, München 2011-Ambos Vor § 3-7 Rn.54.

²⁷ Vgl. Fall Öcalan, Wassermann NJW 1999, 760, 761.

I. Problematik von Kompetenzkonflikten

Die Problematik dieser Konstellation liegt in der Gefahr der Mehrfachverfolgung für den Beschuldigten, der Wehrlosigkeit des Beschuldigten in einem solchen Falle und in dem zwischenstaatlichen Konfliktpotenzial beim Kampf um die Ausübung der Strafgewalt.

1. Gefahr der Mehrfachverfolgung

Der Bürger steht im Falle eines Kompetenzkonflikts dem Strafrecht mehrerer Staaten gegenüber. Unterschiedliche kriminalpolitische Wertungen können dasselbe Verhalten zum Teil als strafbar, zum Teil als straflos erwägen.²⁸

Die Gefahr von Mehrfachverfolgungen beeinträchtigt nicht nur die Interessen des unmittelbar Betroffenen. Denn auch Beschuldigte, Opfer und Zeugen erleiden bereits Einbußen in ihrer Freizügigkeit, wenn sie in mehreren Ländern vor Gericht geladen werden.²⁹ Eine anwaltliche Vertretung wird komplizierter und kostspielig. Eine besonders einschneidende Situation für den Beschuldigten liegt im Falle eines Europäischen Haftbefehls vor. Denn dieser ermöglicht, dass die in einem Mitgliedstaat ergangene justizielle Entscheidung auf Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung zum Zwecke der Festnahme und Übergabe einer zur Strafverfolgung oder – vollstreckung gesuchten Person exekutiert wird.³⁰

2. Kein Schutz des Beschuldigten durch Anrechnungsverfahren und Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ bzw. Art. 50 GRC

Der Verfolgung mehrerer Strafgewalten einmal ausgesetzt, kann der Beschuldigte auch keinen Schutz über das Doppelbestrafungsverbot nach Art. 103 III GG beanspruchen. Denn nach der Rechtsprechung des BVerfG ist das Doppelbestrafungsverbot nicht auf Entscheidungen anderer Staaten anwendbar.³¹ Zwar etabliert das Übermaßverbot eine Berücksichtigung ausländischer Entscheidungen, da über die Bestimmung des § 51 Abs.3 StGB eine ausländische Strafe, vorausgesetzt sie wurde vollstreckt, wegen derselben Tat angerechnet wird. Auch § 153c Abs.2, 1. Alt. StPO gewährt eine Verfahrenseinstellung, wenn die im Inland zu erwartende Strafe nicht ins Gewicht fällt. Ein ausländischer Freispruch bleibt aber unberücksichtigt. So existiert zwar ein summarisches Doppelbestrafungsverbot. Der Rechtssicherheit und der Belastung mehrfacher Verfahren wird das Anrechnungsverfahren aber nicht gerecht.³²

Auch das europäische *ne bis in idem* kann in Fällen von Jurisdiktionskonflikten keine Abhilfe schaffen. Denn die Aner-

kennung der Erstentscheidung eines anderen Staates ist erst möglich, wenn in diesem Staat eine Verfahrenserledigung eingetreten ist, die einen Strafklageverbrauch i.S.d. Art.54 SDÜ bzw. Art.50 GRC begründet. Das europäische *ne bis in idem* gewährleistet nur Schutz vor Mehrfachverurteilung, eine Mehrfachverfolgung bleibt möglich.³³

3. Zwischenstaatliches Konfliktpotenzial: Effizienz des Strafverfahrens und forum shopping

Die damit einhergehende Problematik ist zwischenstaatlicher Natur: Die parallele Strafverfolgung in mehreren Staaten kann zu einem Wettlauf um die Erstentscheidung führen und das Prioritätsprinzip zum maßgeblichen Kriterium etablieren.³⁴ Auf diese Weise entscheidet der Zufall über die Zuständigkeit der Strafverfolgung eines Mitgliedstaates, obgleich der Mitgliedstaat, der das Strafverfahren zuerst abschließt, nicht in jedem Fall am Besten dazu geeignet ist.³⁵ Dadurch wird eine effiziente Strafverfolgung ausgehebelt: Der „zuspätkommende“ Staat hätte seine polizeilichen und justiziellen Ressourcen nutzlos eingesetzt, wenn der Erstverfolgerstaat eine rechtskräftige Aburteilung hervorbrachte.³⁶

Außerdem eröffnet das unregelmäßige Nebeneinander von Strafverfahren das forum shopping auf Täter- und Strafverfolgungsbehördenseite.³⁷ Der Straftäter oder die Strafverfolgungsbehörde könnte sich den Staat aussuchen, der für ihn aus der jeweiligen Sicht am günstigsten ist.³⁸

Der Beschuldigte könnte zwar forum shopping zu seinen Gunsten betreiben, indem er sich den Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats stellt, der niedrigere Strafen als andere vorsieht.³⁹ Dieser Versuch würde jedoch eine umfassende Rechtskenntnis voraussetzen, außerdem relativieren die bestehenden Auslieferungs- und Abschiebungsmöglichkeiten die Schwere des forum shoppings auf Täterseite deutlich.⁴⁰

Andererseits aber könnte aus Perspektive der Strafverfolgungsbehörde die Anklage in dem Staat erhoben werden, der die strengsten Vorschriften vorsieht, damit sich das punitivste Strafrecht durchsetzt. Auf der Ebene von Europol entsteht so

³³ Sinn ZIS 2013, 1, 2; Lagodny FS Trechsel S.260.

³⁴ Hecker ZIS 2011, 60, 60; ders. in Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität/ Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Göttingen 2012, S.89.

³⁵ Böse, Martin Die Strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa- Stand und Perspektiven, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht/Vorträge und Berichte/Nr. 165, S.8.

³⁶ Ebd.

³⁷ Eisele ZSTW 2013 (125), 1, 9; Lagodny, Otto „Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen?“- Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin, März 2001, S.66f.

³⁸ Lagodny, Otto „Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen?“- Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin, März 2001, S.65.

³⁹ Eser in Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität/ Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Göttingen 2012, S.567.

⁴⁰ Kniebühler, Roland Transnationales „ne bis in idem“- Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, Freiburg 2005, S.132; Lagodny, Otto „Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen?“- Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin, März 2001, S.66.

²⁸ Böse/Meyer ZIS 2011, 336, 336.

²⁹ Grünbuch über die Kompetenzkonflikte und dem Grundsatz ne bis in idem im Strafverfahren, KOM(2005) 696 endgültig, S.3; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0696&from=DE> (Stand 16.02.2016)

³⁰ Ambos, Kai Internationales Strafrecht/ Strafanwendungsrecht- Völkerstrafrecht-Europäisches Strafrecht, 2. Auflage, München 2008, §12 Rn.58.

³¹ BVerfGE 75, 1=NJW 1987, 2155, 2156.

³² Eckstein ZSTW 2012 (124), 490, 501; Vgl. Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, München 2011- Ambos Vor §§3-7 Rn.66.

Raum für intransparente Absprachen über die Wahl des Ereignisortes.⁴¹

II. Lösungsmodelle für Kompetenzkonflikte

Das Bewusstsein um die Problematik von Kompetenzkonflikten brachte bereits vor dem Vertrag von Lissabon auf dem Fundament des ex-Art.31 lit.d EUV deliktsspezifische Regelungen hervor, die zu einer Lösung beitragen sollten.

1. Aus europäischer Sicht: Ausgewählte Beispiele-Schutz des Euro, Cybercrime und Terrorismusbekämpfung

Darunter fällt der Rahmenbeschluss 2000/383/JI des Rates v. 29.5.2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro. Dessen Art.7 III sieht für die Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit vor. Der Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates v. 24.2.2005 über Angriffe auf Informationssysteme verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art.10 IV zur eigenen Konsensfindung. Als Entscheidungsmaßstab wird ein Kriterienkatalog (mit dem Territorialitätsprinzip an seiner Spitze) vorgeschlagen.

Beim Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates v. 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung wird dieser Katalog um eine vorgegebene Rangfolge der Entscheidungskriterien verbindlich festgelegt (Art.9 II). In keinem dieser Akte werden die Mitgliedstaaten aber dazu verpflichtet, die Zuständigkeit gegen ihren Willen abzutreten oder auszuüben.⁴²

2. Aus europäischer Sicht: Rahmenbeschluss 2009/948/JI zur Beilegung von Kompetenzkonflikten

Der Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates v. 10.11.2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafsachen sieht einen Lösungsansatz im direkten Informationsaustausch. Bei Verdacht paralleler Verfahren soll zwischen den betroffenen Strafverfolgungsbehörden Kontakt aufgenommen werden (Gründe Abs.5). Anhaltspunkt dafür kann das Rechtshilfeersuchen eines anderen Staates sein.

Die direkten zwischenstaatlichen Konsultationen (Art.2 Abs.1, Art.10 ff.) sollen im Idealfall mit der Verfahrenskonzentration in einem Mitgliedstaat abschließen (Art.10 Abs.1). Mit Blick auf Art.54 SDÜ soll die Gefahr einer *vorschnellen* Aburteilung vermieden werden, indem Erkenntnisse anderer Mitgliedstaaten einbezogen werden.⁴³

Die Beteiligten sollen die gesamte Sach- und Rechtslage des Falles prüfen und sachdienliche Faktoren einbeziehen (Art.11). Sofern zwischen den Betroffenen kein Einvernehmen erzielt wird, so ist Eurojust im Rahmen seiner Zuständigkeit einzuschalten (Art.12 Abs.2).

⁴¹ *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* NStZ 2002, 624, 624.

⁴² *Hecker* in Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität/ Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Göttingen 2012, S.93.

⁴³ *Herrnfeld* in Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität/ Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Göttingen 2012, S.155.

Eurojust kann mit einer Empfehlung begründen, welcher Mitgliedstaat für die Ermittlungen besonders oder weniger geeignet ist. Dabei orientiert Eurojust sich am schwerpunktmäßigen Handlungsort und dem Schadensausmaß.⁴⁴ Folgt eine nationale Strafverfolgungsbehörde einer Empfehlung nicht, muss sie die Abweichung begründen.

3. Aus europäischer Sicht: Errichtung einer transnationalen Entscheidungsinstanz durch Eurojust

Eurojust könnte *verbindlich* über eine Verfolgungszuständigkeit entscheiden, wenn zwischen den Mitgliedstaaten eine Einigung fehlschlägt.

Europaverfassungsrechtlich könnte die Entscheidungsgewalt im Wege einer Verordnung auf der Grundlage von Art.85 Abs.1 UA 2 lit.c AEUV auf Eurojust übertragen werden. Der Rahmenbeschluss 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren müsste durch eine Richtlinie auf Grundlage des Art.82 Abs.1 UA 2 lit.c geändert werden.

Um dem Beschleunigungsgebot gerecht zu werden, sollte Eurojust dabei Fristen beachten.⁴⁵ Zwar würde bei einer Bestimmung dieser Art erst nach der Tat fixiert, welchem Staat die Zuständigkeit zukommt. Dem Interesse des Beschuldigten, nicht wegen einer Tat mehrmals verfolgt zu werden, würde jedoch Rechnung getragen.⁴⁶

Die Entscheidung Eurojusts sollte der gerichtlichen Kontrolle des EuGH unterliegen, diese Möglichkeit bestünde nach Maßgabe des Art.263 Abs.1 UA 1 S.2 AEUV.⁴⁷ Dabei soll der EuGH der Frage nachgehen, ob Eurojust seine Auswahlentscheidung ermessensfehlerfrei trifft.⁴⁸ Die betroffenen Mitgliedstaaten und die Kommission sollen eine Klagebefugnis erhalten, während die verfolgte Person individualschützende Aspekte rügen kann.⁴⁹

4. Aus europäischer Sicht: Errichtung einer transnationalen Entscheidungsinstanz durch den EuGH

Auch der EuGH könnte bei fehlgeschlagener Einigung durch verbindliche Entscheidung Kompetenzkonflikte beilegen.⁵⁰ Zunächst müssten die an der Strafverfolgung interessierten Staaten nach verschiedenen Anknüpfungspunkten unter Abwägung der Schutzinteressen des Beschuldigten und gemeinschaftsbezogenen Belangen eine Zuständigkeitsentscheidung

⁴⁴ *Eckstein* ZSTW 2012 (124), 490, 507.

⁴⁵ *Hecker* ZIS 2011, 60, 62.

⁴⁶ *Sinn* ZIS 2013, 1, 4f.

⁴⁷ *Hecker* in Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität/ Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Göttingen 2012, S.100; *ders.* in ZIS 2011, 60, 63; *Sinn* ZIS 2013, 1, 8.

⁴⁸ *Ebda.*

⁴⁹ *Ebda.*

⁵⁰ *Schomburg* FS Eser S.943; *Lagodny* FS Trechsel S.266; Vgl. Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, Freiburg 2003 (abrufbar unter <https://www.mpicc.de/files/pdf2/fa-ne-bis-in-idem.pdf>), §3.

treffen. Diese soll dann vom EuGH gerichtlich überprüfbar sein.⁵¹

Da die Verfahrens- und Klagearten, für die der EuGH zuständig ist, abschließend geregelt sind (Vgl. Art.19 III lit.a bis c EUV) bedürfte eine Umsetzung dieser Aufgaben einer Änderung der europäischen Verträge. Die Entscheidungsbefugnis könnte in Zukunft auch bei einer noch zu schaffenden Europäischen Staatsanwaltschaft liegen.⁵²

5. Alternatives Lösungsmodell: Hierarchisierung der Anknüpfungspunkte

Die Entstehung eines Kompetenzkonfliktes könne allerdings schon im Ansatz vermieden werden, wenn zwischen den völkerrechtlichen Anknüpfungspunkten eine abgesicherte Rangfolge bestünde.⁵³ Dieser Gedanke findet seinen Ursprung bereits in den 1950er Jahren, in denen Donnedieu de Vabres eine gestufte Kompetenzhierarchie appellierte. Der IX. Internationale Strafrechtskongress in Den Haag teilte diese Idee.⁵⁴

Dabei soll Territorialitätsprinzip andere Anknüpfungsprinzipien anführen, da es sich an den Schutz staatlicher und institutioneller Souveränitätsbereiche orientiere.⁵⁵ Völker- und verfassungsrechtlich ist das Territorialitätsprinzip in hohem Maße anerkannt, so dass es im Konfliktfall tragfähig wäre.⁵⁶

Das Schutzprinzip im staatsschutzrechtlichen Sinne (Realprinzip) genieße dann Vorrang vor dem aktiven Personalitätsprinzip, das seinerseits wiederum dem passiven Personalitätsprinzip vorgehe.⁵⁷ Gänzlich subsidiär sei das Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege.⁵⁸

6. Alternatives Lösungsmodell: Erweiterung um das Qualitätsprinzip

Ein anderer Lösungsansatz sieht die Aufstellung eines qualitativen Kriterienkatalogs vor.⁵⁹

Kriterien zur Bestimmung einer nationalen Strafgewalt müssten im Lichte von grundrechtlich geschützten Individualbelangen formuliert werden.⁶⁰ Diese würden dann individuell-

konkret und -nicht wie beim Hierarchisierungsmodell- schon abstrakt abgestuft.⁶¹

Transnationale Verfolgungsinteressen müssten bei der Entscheidung berücksichtigt werden, sodass zwischen individual- und gemeinschaftsbezogenen Belangen ein Ausgleich entstünde.⁶² So soll ein Staat z.B. umso mehr als ausführender Strafgewaltstaat in Betracht kommen, a) *je mehr dieser Staat Tatortstaat ist*, b) *je mehr Beweismittel in diesem Staat verfügbar sind*, c) *je mehr dieser Staat der gewöhnliche Aufenthaltsort des Verdächtigen ist*.⁶³

Diese Lösung lässt Kombinationsmöglichkeiten zu: Eine gerichtliche Aburteilung aufgrund der besseren Beweislage in Staat 1 und die Vollstreckung in Staat 2 ist möglich.⁶⁴

7. Alternatives Lösungsmodell: Festlegung Strafrechtsordnung durch geltende Regeln des interlokalen Strafrechts

Ein weiterer Lösungsansatz wird in der Anwendung der Regeln des interlokalen Strafrechts gesehen.⁶⁵

Das interlokale Strafrecht legt das anwendbare Strafrecht fest und grenzt einzelne Teilrechtsordnungen gegeneinander ab,⁶⁶ soweit innerhalb einer staatlichen Rechtsordnung unterschiedliche Strafvorschriften gelten.⁶⁷ Im Gegensatz zu den §§ 3ff. StGB handelt es sich beim interlokalen Strafrecht um echtes Kollisionsrecht.

Auf Europa übertragen bedeutet dies: Die EU-Staaten bilden ein Gesamtterritorium Europa, das nach innen in einzelnen Teilen eigenständige Gesetzgebungen aufweist, aber nach außen eine völkerrechtliche Einheit bildet.⁶⁸ Ein durch interlokales Strafrecht koordiniertes Europa basierte auf der Anerkennung des gesamten fremden Strafrechts, ohne vorherige Harmonisierung, einschließlich seiner Besonderheiten.⁶⁹ Es müssten jene materiellen Strafgesetze ausfindig gemacht werden, nach welchen das relevante Geschehen zu verfolgen und verurteilen ist, auch wenn dies für das erkennende Gericht ein fremdes Recht sei.⁷⁰ Dabei müsse grundsätzlich vom Recht des Tatorts ausgegangen werden.⁷¹ Sollte das Tatortrecht dem *ordre public* des am Gerichtsort geltenden Recht widerspre-

⁵¹ Vgl. Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, Freiburg 2003 (abrufbar unter <https://www.mpicc.de/files/pdf2/fa-ne-bis-in-idem.pdf>), §1 (1), (3), §3.

⁵² *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* NStZ 2002, 624, 627.

⁵³ *Ambos, Kai Internationales Strafrecht/ Strafanwendungsrecht- Völkerstrafrecht-Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, München 2008, §4 Rn.12; *ders.* in Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, München 2011, Vor §§3-7 Rn.56; *Eckstein* ZSTW 2012 (124), 490, 507.

⁵⁴ *Kniebühler, Roland* Transnationales „ne bis in idem“- Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, Freiburg 2005, §7 S.77.

⁵⁵ *Ambos, Kai Internationales Strafrecht/ Strafanwendungsrecht- Völkerstrafrecht-Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, München 2008, §4 Rn.16; *Eckstein* ZSTW 2012 (124), 490, 507; *Hein* S.133.

⁵⁶ *Ambos, Kai Internationales Strafrecht/ Strafanwendungsrecht- Völkerstrafrecht-Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, München 2008, §3 Rn.4; *Eckstein* ZSTW 2012 (124), 490, 507; *Sinn* ZIS 2013, 1, 7.

⁵⁷ Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, München 2011- *Ambos* Vor §§3-7 Rn.58f.

⁵⁸ *Ebda.*

⁵⁹ *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* NStZ 2002, 624, 625.

⁶⁰ *Ebda.*

⁶¹ *Lagodny, Otto* „Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen?“- Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin, März 2001, S.104.

⁶² *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* NStZ 2002, 624, 625.

⁶³ *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* NStZ 2002, 624, 626; Ähnlich: *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou* in Schünemann (Hrsg.) Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege/A Programme for European Criminal Justice, München 2006, S.250.

⁶⁴ *Ebda.*

⁶⁵ *Eser/Burchard* FS Meyer S.522ff.

⁶⁶ *Eser/Burchard* FS Meyer S.522; Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, München 2011- *Ambos* Vor §§3-7 Rn.89.

⁶⁷ *Nomos* Kommentar Europäisches Unionsrecht

EUV/AEUV/Grundrechtecharta, Baden-Baden 2012- *Böse* Vor §3 Rn.69.

⁶⁸ *Eser/Burchard* FS Meyer S.522.

⁶⁹ *Ebda.*

⁷⁰ *Eser/Burchard* FS Meyer S.524.

⁷¹ *Ebda.*

chen, ließe sich ausnahmsweise auch die lex fori zur Geltung bringen.⁷²

III. Bewertung der Entwicklung

Auf europaverfassungsrechtlicher Ebene bietet der Rahmenbeschluss 2009/948/JI erstmals eine deliktsübergreifende Lösung für Mehrfachverfahren wegen derselben Tat. Die Kommission wacht zwar über die Einhaltung des Rahmenbeschlusses und kann Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten einleiten, wenn sie ihren Informations- und Konsultationspflichten nicht nachkommen. Der Rahmenbeschluss verpflichtet die Mitgliedstaaten aber nicht dazu, die Zuständigkeit gegen ihren Willen abzutreten oder auszuüben und kann im Konfliktfall keine Abhilfe schaffen.

Da Eurojust die Mitgliedstaaten seit Jahren bei der Koordination paralleler Verfahren unterstützt, kann der Institution die nötige Fachkenntnis in Sachen Organisation und das Wissen um länderspezifische Verfahrensweisen zugesprochen werden. Die Praxiserfahrung für Zuständigkeitsfragen zieht Eurojust aus (seinen bisher unverbindlichen) Empfehlungsschreiben. Die stetig steigende Inanspruchnahme Eurojusts bei Fragen um Kompetenzkonflikte kann seine erfolgreiche Mediatorfunktion nur unterstreichen. Insoweit bietet es sich an, Eurojust als Entscheidungsgewalt zu etablieren. Fungierte gleichzeitig der EuGH als Kontrollinstanz, wäre eine gegenseitige Kontrolle im Sinne einer Gewaltenbalance hergestellt. Außerdem liegt der Vorteil dieser Lösung darin, dass sie praktikabel und im Vergleich zu den anderen Modellen leicht umsetzbar erscheint. Zu präzisieren blieben aber dann die Kriterien, an denen Eurojust seine Entscheidung festmachen könnte.

Das Hierarchisierungsmodell der Anknüpfungspunkte erweist sich in Fällen grenzüberschreitender Kriminalität als starr und unflexibel, da gerade in internationalen Sachverhalten Handlungs- und Erfolgsort regelmäßig auseinanderfallen, so dass mehrere Tatorte in Betracht kommen. In der Internetkriminalität entfällt die eindeutige Tatortbestimmung sogar. In Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche ist das Modell zeit- und

kostenaufwändig. Denn wenn Straftäter und Opfer derselben Staatsangehörigkeit im Ausland Beteiligte einer Straftat werden, können die im Zusammenhang stehenden zivilrechtlichen Ansprüche nicht im Heimatstaat des Opfers verfolgt werden.⁷³

Das Qualitätsprinzip dagegen berücksichtigt zwar Belange des Beschuldigten und der Gemeinschaft. Seine Grenzen liegen aber in der Praktikabilität: Selbst wenn sich Beweismittel oder Schwerpunkt des charakteristischen Unrechts quantifizieren ließen, müsste für die Auswahlentscheidung zusätzlich eine Gewichtung zwischen den qualitativen Kriterien erfolgen. Diese Vorgehensweise indiziert einen erheblichen Zeitaufwand, der sich im effektiven und ökonomischen Kampf gegen grenzüberschreitende Kriminalität als Stolperstein darstellt.

Die Regeln des interlokalen Strafrechts stehen auf dem Boden der gegenseitigen Anerkennung. Sie bedingen nicht nur die Akzeptanz einer anderen Rechtsordnung, sondern erfordern hinsichtlich der Fremdrechtsanwendung im Inland ein ausnahmsloses Einvernehmen mit der jeweiligen fremden Rechtsordnung. Justizbehörden und –beamten müssten international vielseitig ausgebildet sein und sich mit unterschiedlichen Rechtssystemen innerhalb Europas eingehend befassen haben, bevor ein solcher Schritt getan werden könnte. Das Modell hat zwar den Vorteil, dass materielles nationales Strafrecht auch dann maßgeblich sein kann, wenn es Straffreiheit vorsieht.⁷⁴ Doch durch eine Unbestimmtheit strafrechtlicher Verhaltensnormen, die sich daraus ergibt, dass die Bürger Europas 28 Strafrechtsordnungen ausgesetzt sind, wird dieser Vorteil relativiert.⁷⁵

Die Autorin studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Der Artikel basiert auf einer Studienarbeit im Rahmen eines Seminars im Sommersemester 2014 bei Prof. Dr. Walter Perron unter dem Titel „Patchwork im Strafprozess- Unterschiedliche Verfahrensordnungen im gemeinsamen Europa“.

⁷² Ebda.

⁷³ Ebda.

⁷⁴ Eckstein ZSTW 2012 (124), 490, 503.

⁷⁵ Ebda.

Straftäter Unternehmen?

Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen nach §§ 1-3 des Entwurfs eines Verbandsstrafgesetzbuchs (VerbStrG-E)

Timo Stockmann*

Am 18. September 2013 hat die Landesregierung Nordrhein-Westfalens den „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“ vorgestellt, der von den Justizministerinnen und -ministern der anderen Länder begrüßt wurde. Ansonsten ist der Entwurf aber auf herbe Kritik und – vor allem in der Wirtschaft – auf Ablehnung gestoßen. Ein Teil des Entwurfs und die diesbezügliche Kritik sollen hier nun näher beleuchtet werden.

A. Einführung

„Wenn Leute von einer Burg ausreiten und Schaden anrichten, sie aber innerhalb eines Tages und einer Nacht nicht auf die Burg zurückkehren und auch das Raubgut nicht vor oder in die Burg gelangt, dann ist die Burg an dem Verbrechen unschuldig. Kommen aber die Räuber in die Burg zurück und das geraubte Gut davor oder mit hinein, dann ist die Burg an dem Verbrechen mitschuldig.“¹

(Eike v. Repgow – Der Sachsenspiegel, Landrecht, Zweites Buch Art.72)

Es erstaunt, dass die Frage nach der Strafbarkeit von Verbänden² ein schon seit so langer Zeit gesellschaftlich und juristisch relevantes Thema ist. Dass sich gerade in Zeiten von „FIFA-Korruption“ und „VW-Abgasmanipulation“ wieder mit dieser Materie auseinandergesetzt wird, ist nicht verwunderlich. Denn wenn bei solchen – zu Lasten von Mensch, Umwelt und Wirtschaft – aus Unternehmen heraus begangenen Verbrechen die Belangung einzelner Mitarbeiter aufgrund komplexer, global vernetzter Strukturen und arbeitsteiliger Vorgänge stets schwieriger wird,³ vernimmt man immer wieder den Vorwurf: „Die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen!“. Eben diesem will der Justizminister Nordrhein-Westfalens, Thomas Kutschaty, mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“⁴ entgegenwirken.⁵

Dieser Aufsatz soll nun die §§ 1-3 des Entwurfs in den Blick nehmen, d.h. deren Systematik und Regelungsinhalt, die hieran geübte Kritik und eventuelle Verbesserungsvorschläge darstellen. Schwerpunkt bildet dabei die Frage nach dem Haftungsprinzip, d.h. unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen zu bestrafen ist.

Zuvor soll allerdings ein kurzer Abriss davon gegeben werden, inwieweit es mit Blick auf die Dogmatik des deutschen Strafrechts möglich ist, Unternehmen strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.

B. Grundprobleme eines Unternehmensstrafrechts ieS

Da das zu diesem Thema bereits „angehäufte Forschungsgebirge“⁶ hier nicht zu erklimmen wäre, sollen im Folgenden die dogmatischen Grundprobleme und deren Lösungsmöglichkeiten nur skizziert werden.

I. Normadressateneigenschaft

Zunächst stellt sich die Frage, ob Unternehmen Adressaten strafrechtlicher Normen sein können. Erforderlich wäre hierfür die Fähigkeit, die aus der Norm resultierenden Pflichten zu verstehen und zu erfüllen.⁷

Die Adressateneigenschaft wird wie folgt begründet: Als Kehrseite der Freiheit, am Sozial- und Wirtschaftsleben teilnehmen zu können, treffe das Unternehmen eine originäre Verpflichtung, bei Ausübung seiner Freiheit keine Rechtsgüter zu verletzen.⁸ Diese Pflicht sei inhaltlich aber gerade nicht deckungsgleich mit den Verpflichtungen der einzelnen Mitarbeiter, könne also nicht vollständig durch diese erfüllt werden.⁹

¹ Zit. nach Schmidt-Wiegand, in: Schott (Hrsg.), Der Sachsenspiegel 1984, S. 158 f.

² Der Einfachheit halber wird zunächst nur von „Verbänden“ bzw. „Unternehmen“ gesprochen; auf die nähere Bedeutung dieser Begriffe wird noch eingegangen.

³ So bereits Schönemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 30 ff.; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 31 ff.

⁴ Online abrufbar unter: https://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_II_5_Gesetzentwurf.pdf (07.02.16).

⁵ Vgl. Kutschaty, Korruptionsbekämpfung und Unternehmensstrafrecht in Deutschland, in: Strafverfolgung der Korruption 2012, Dokumentation einer Tagung von Transparency International Deutschland e.V. und der Friedrich-Ebert-Stiftung am 4. und 5. Dezember 2012 in Berlin, S. 7, online abrufbar unter:

<https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Justiz/Strafverfolgung-Korruption-2012.pdf> (07.02.16).

⁶ Kindler, Das Unternehmen als haftender Täter, 2008, S. 211.

⁷ Vgl. Schönemann ZIS 2014, 1, 2; Schroth, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte, 1993, S. 22; Mittelsdorf, Unternehmensstrafrecht im Kontext, 2007, S. 52.

⁸ Vgl. Dannecker GA 2001, 101, 109; Kubiciel ZRP 2014, 133, 136.

⁹ Vgl. Trüg StraFo 2011, 471, 472; Dannecker GA 2001, 101, 109, 111.

Eine solche Deutung liege auch § 14 StGB zugrunde, denn dieser setze voraus, dass der Normbefehl an sich an den Verband adressiert ist.¹⁰

II. Handlungsfähigkeit

Problematischer ist die Handlungsfähigkeit von Verbänden. Eine Handlung im strafrechtlichen Sinn kann – theorieübergreifend¹¹ – nur ein menschliches, vom Willen getragenes Verhalten sein.¹² Aufgrund mangelnder „psychisch-geistige[r] Substanz“¹³ könne ein Unternehmen demnach nicht selbst handeln. Dass ein solcher Schluss zunächst logisch erscheint, bedeutet jedoch keineswegs dessen Endgültigkeit. Vielmehr wird die Handlungsfähigkeit von Verbänden auf zwei Arten hergeleitet:

1. Zurechnungsmodell

Eine Ansicht argumentiert, dem Unternehmen seien die Handlungen ihrer Vertreter und Organe zuzurechnen.¹⁴ Hierfür spreche, dass dem Strafrecht ein solches Vorgehen – v.a. im Rahmen der Mittäterschaft nach § 25 II StGB – keineswegs fremd sei,¹⁵ auch wenn hier an eine natürliche Handlung angeknüpft werde.¹⁶ Letzteres ist gerade das, was die Zurechenbarkeit grundsätzlich voraussetzt: „einen tragfähigen Zurechnungsgrund“¹⁷. Ein solcher wird hinsichtlich des Verbands wiederum unterschiedlich begründet:

a) Identifikation

Einerseits ließe sich argumentieren, Unternehmen müssten sich das Verhalten derjenigen Personen zurechnen – sich also mit ihnen identifizieren – lassen, durch die sie überhaupt erst tätig werden können.¹⁸

b) Organisationsmangel

Andererseits wird das „Prinzip des Organisationsmangels“¹⁹ angeführt: Die Zurechnung erfolge, „weil und soweit der Verband durch seine Organe oder Vertreter Vorsorgemaßnahmen zu treffen unterlassen hat, die erforderlich sind, um einen ordentlichen [...] Geschäftsbetrieb zu gewähren.“²⁰

2. Modell originärer Verbandshandlungsfähigkeit

Andere meinen, dass es des „Umwegs“ über die Zurechnung gar nicht bedürfe, der Verband also selbst handlungsfäh sei.²¹ Auch hierbei werden unterschiedliche Ansätze vertreten:

a) Normadressateneigenschaft

Einer Ansicht nach folge die Handlungsfähigkeit eines Verbands bereits aus seiner Subjektsstellung in der sozialen Realität und seiner Normadressateneigenschaft.²² Denn wen Rechtspflichten träfen, der könne diese nicht nur erfüllen, sondern eben auch verletzen.²³

b) Systemtheoretisches Modell

Eine weitere Auffassung stellt auf den Systemgedanken ab: Das delinquente Verhalten einer natürlichen Person unterscheide sich nicht wesentlich von dem eines Verbands: Jeweils gehe es um das „Verhalten eines Systems, das als Sinnausdruck verstanden werden kann und damit eine strafrechtliche Bewertung ermöglicht und erfordert.“²⁴

III. Schuldfähigkeit

Das Hauptproblem stellt sich sodann im Rahmen der Schuld: Der Grundsatz *nulla poena sine culpa* ist im Rechtsstaatsprinzip verfassungsrechtlich verankert.²⁵ Grundlage dieses Prinzips ist die Annahme, dass „der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden.“²⁶ Eine solche Fähigkeit besäßen Verbände aber gerade nicht.²⁷

Auch dies scheint auf den ersten Blick unverrückbar, bedarf aber noch eines zweiten Blickes, der wiederum an die beiden – bereits bei der Handlungsfähigkeit dargestellten – Modelle anknüpft:

1. Zurechnungsmodell

Eine Ansicht meint, man könne dem Unternehmen das Verschulden der für es handelnden natürlichen Personen zurechnen.²⁸ Gestützt wird dies wiederum auf die oben dargelegten Zurechnungsgründe: Zugerechnet werde nur weil und soweit es um „die schuldhaftes Verhaltensweise eines funktional tätigen Unternehmensrepräsentanten [geht], in der die kollektive Unternehmensschuld zum Ausdruck kommt.“²⁹

¹⁰ Vgl. Tiedemann NJW 1988, 1169, 1172; ders., Wirtschaftsstrafrecht 2014, Rn 374; Mittelsdorf (Fn 7), S. 53.

¹¹ Überblick bei Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT 2015, Rn 128 ff.

¹² Vgl. Zieschang GA 2014, 91, 95; Löffelmann JR 2014, 185, 188.

¹³ Roxin, Strafrecht AT I 2006, § 8 Rn 59.

¹⁴ Vgl. Otto, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden 1993, S. 15; Schroth (Fn 7), S. 179; so auch BVerfGE 20, 323, 336.

¹⁵ Vgl. Scholz ZRP 2000, 435, 438; Tiedemann NJW 1988, 1169, 1172; ders., Strafbarkeit juristischer Personen?, in: Schoch/Stoll/Tiedemann (Hrsg.), Freiburger Begegnung 1996, S. 30, 45.

¹⁶ Vgl. Mittelsdorf (Fn 7), S. 75; Trüg StraFo 2011, 471, 473; Mitsch NZWiSt 2014, 1, 3.

¹⁷ Tiedemann (Fn 15), S. 45; Kindler (Fn 6), S. 214.

¹⁸ Vgl. Stratenwerth FS-Schmitt 1992, 295, 298; so i.E. auch Otto (Fn 14), S. 15.

¹⁹ Tiedemann (Fn 15), S. 46.

²⁰ Tiedemann NJW 1988, 1169, 1172.

²¹ In diese Richtung deutet auch BGHSt 37, 106, 114.

²² Vgl. Dannecker GA 2001, 101, 111; Hetzer EuZW 2007, 75, 78.

²³ Vgl. Hirsch, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden 1993, S. 12; Dannecker GA 2001, 101, 111.

²⁴ Dannecker GA 2001, 101, 111; ebenso KK-OWiG/Rogall § 30 Rn 10; Hetzer EuZW 2007, 75, 78.

²⁵ Vgl. BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 285; 130, 1, 26.

²⁶ BGHSt 2, 194, 200.

²⁷ Vgl. Otto (Fn 14), S. 16; Peglau ZRP 2001, 406, 407; Löffelmann JR 2014, 185, 189.

²⁸ Vgl. BVerfGE 20, 323, 336; Hetzer EuZW 2007, 75, 78; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn 15.

²⁹ Schroth (Fn 7), S. 204.

2. Modell originärer Verbandsschuld

Demgegenüber entwickelt eine andere Auffassung eine originäre Verbandsschuld:

Der Grundsatz *nulla poena sine culpa* fußt in der verfassungsmäßig verankerten Menschenwürde.³⁰ Da diese einem Unternehmen gar nicht zukomme, könne auch das Schuldprinzip dessen Strafbarkeit nur auf andere Art als bei Menschen begrenzen.³¹ Das Schuldprinzip sei eben „weder anthropologisch noch sachlogisch begründet, sondern normativ und funktional. E[s] soll gewährleisten, dass Strafe nur verhängt wird, wenn dies vor den Sinn- und Zweckzuschreibungen der Strafe gerechtfertigt werden kann.“³²

Insofern lasse sich – im Rahmen einer „zweiten strafrechtlichen Spur“³³ – originäres Verbandsverschulden als sozialer „Vorwurf mangelnder Richtigkeit im Sinne [...] einer defizitären Organisationsstruktur“³⁴ verstehen.³⁵ Ähnlich wie bei § 323a StGB gehe es um ein Vorverschulden, durch das eine individuelle Straftat ermöglicht wird.³⁶

IV. Straffähigkeit

Eng mit der Schuld ist die Frage der Straffähigkeit verknüpft. Eine solche wird Unternehmen mit Verweis darauf, diese hätten nun einmal – mit den Worten Edward Thurlows gesprochen – „*no soul to be damned, and no body to be kicked*“³⁷, aberkannt.³⁸ Auch seien sie nicht zur Einsicht in begangenes Unrecht fähig.³⁹

Geht man jedoch davon aus, dass ein Verband soziale Realität und schuldfähig sei, so folgt bereits daraus, dass er durch Einschränkung seiner Rechtsgüter auch ansprechbar ist.⁴⁰ Ein Unternehmen sei durch seine Mitglieder und Organe ein „mit Leben erfülltes Gebilde“⁴¹, sodass eine Sanktion durchaus zu Reaktionen innerhalb dieses Gebildes führen könne.⁴² Weshalb eine Verbandsstrafe nicht auch auf andere Verbände abschreckend wirken, den betroffenen Verband „bessern“ und die Allgemeinheit in ihrer Normtreue bestärken könne, sei jedenfalls nicht ersichtlich.⁴³ Auch ließe sich ein retributiver Ansatz begründen: Wenn der Verband die ihn selbst – als Kehrseite seiner Freiheit, am Markt zu agieren – treffende Pflicht verletze, müsse er sich gefallen lassen, dass auf seine Kosten die

Unauflöslichkeit des Zusammenhangs von Freiheitsgenuss und Pflichterfüllung demonstriert werde.⁴⁴

V. Bestrafung Unschuldiger

Eine solche Straffähigkeitsbegründung wirft allerdings ein Folgeproblem auf: Die Sanktionierung eines Verbands treffe letztlich Anteilseigner und Arbeitnehmer – also i.d.R. Unschuldige – und sei demnach eine Kollektivstrafe.⁴⁵ Das Argument, dies sei bei der Familie eines bestraften Täters nicht anders,⁴⁶ verfange insoweit nicht, als dass es ja – jedenfalls hinsichtlich der Anteilseigner – gerade darauf ankomme, die hinter dem Verband stehenden Individuen zu treffen und so unternehmerische Veränderungen zu bewirken.⁴⁷

Dennoch sei die „motivierende Betroffenheit“⁴⁸ nicht dasselbe wie eine Bestrafung Dritter: Das soziale System „Verband“ entstehe nun einmal erst durch seine Mitglieder – auch wenn es am Ende mehr als deren bloße Summe sei; bei Betrachtung der Verbandsstrafe könne man dann aber diese „mediatisierten Personen“⁴⁹ – die v.a. als Anteilseigner nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Unternehmensleitung besäßen – nicht einfach aus ihrer das System „Verband“ konstituierenden Rolle herauslösen.⁵⁰

VI. Zwischenfazit

Es wäre verfehlt, hier zu versuchen, den Streit zwischen Kritikern und Befürwortern eines Verbandsstrafrechts zu entscheiden. Es steht außer Frage, dass in einem Unternehmen – selbst wenn man es noch so systemtheoretisch betrachtet – faktisch nur Menschen bestimmen und organisieren können.⁵¹ Auch leuchtet es unmittelbar ein, dass die Zurechnung fremder Handlungen oder Schuld eben nicht dasselbe wie eigene Handlungen oder Schuld ist.⁵²

Allerdings überrascht es nicht, wenn sich mit den ausschließlich auf Einzelpersonen zugeschnittenen Dogmen hinsichtlich Handlungs- und Schuldfähigkeit eben auch nur für Einzelpersonen sinnvolle Ergebnisse erzielen lassen.⁵³

Die sich entgegenlaufenden Ansichten scheinen sich auf unterschiedlichen Ebenen zu befinden bzw. von verschiedenen Wirklichkeiten (v.a. im Hinblick auf das Wesen der Strafe⁵⁴) auszugehen: Während die Kritiker einer Verbandsstrafe eisern

³⁰ Vgl. BVerfGE 25, 269, 285.

³¹ Vgl. Vogel StV 2012, 427, 429; DRB-Stellungnahme S. 3, online abrufbar unter:

http://www.drb.de/cms/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2014/DRB_141125_Stn_Nr_16_Unternehmensstrafrecht.pdf (07.02.16).

³² Kubiciel ZRP 2014, 133, 135; ähnl. Salditt FS-Achenbach 2011, 433, 440 f.

³³ Tiedemann (Fn 15), S. 51; so auch Heine (Fn 3), S. 265.

³⁴ Dannecker GA 2001, 101, 113.

³⁵ Vgl. Tiedemann (Fn 15), S. 49; ders. NJW 1988, 1169, 1172; Heine (Fn 3), S. 263.

³⁶ Vgl. Tiedemann NJW 1988, 1169, 1172 f.; Dannecker GA 2001, 101, 117.

³⁷ Zit. nach Wohlers, Strafzwecke und Sanktionsarten in einem Unternehmensstrafrecht, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht 2012, S. 231, 233.

³⁸ Vgl. Peglau ZRP 2001, 406, 408; Löffelmann JR 2014, 185, 190.

³⁹ Vgl. Schmitt-Leonardy ZIS 2015, 11, 21; Schünemann ZIS 2014, 1, 5.

⁴⁰ So auch Trüg StraFo 2011, 471, 475.

⁴¹ Hirsch (Fn 23), S. 18; Dannecker GA 2001, 101, 115.

⁴² Vgl. Scholz ZRP 2000, 435, 438; Hirsch (Fn 23), S. 18.

⁴³ S. zum Ganzen Wohlers (Fn 37), S. 231, 242 ff.; Hirsch (Fn 23), S. 16 ff.

⁴⁴ Vgl. Kubiciel ZRP 2014, 133, 136 in Anlehnung an Pawlik, Person, Subjekt, Bürger 2004, S. 87 ff.

⁴⁵ Vgl. Schmitt-Leonardy ZIS 2015, 11, 21; Willems ZIS 2015, 40, 44.

⁴⁶ Vgl. Salditt FS-Achenbach 2011, 433, 437; Heine (Fn 3), S. 268.

⁴⁷ Vgl. Peglau ZRP 2001, 406, 408; Schünemann ZIS 2014, 1, 12; Trüg StraFo 2011, 471, 482.

⁴⁸ Wohlers (Fn 37), S. 238.

⁴⁹ Sachs, Ziele eines Unternehmensstrafrechts und die Frage seiner Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht 2012, S. 195, 204.

⁵⁰ Vgl. Kindler (Fn 6), S. 311; ähnl. Wohlers (Fn 37), S. 231, 238.

⁵¹ Vgl. Sachs (Fn 49), S. 195, 201; Zieschang GA 2014, 91, 95; Frisch FS-Wolter 2013, 349, 370 f.

⁵² Vgl. LK-StGB/Schünemann Vor § 25 Rn 23; ders. ZIS 2014, 1, 4.

⁵³ Vgl. Achenbach Coimbra-Symposium 1995, 283, 302; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn 9.

⁵⁴ S. hierzu Frisch FS-Wolter 2013, 349, 372 f.; Sachs (Fn 49), S. 195, 197 [Fn 8]; Kindler (Fn 6), S. 290 f., wobei letztere mit Blick auf die Sicherungsverwahrung eine „absolute Wesenheit der Strafe“ bestreiten.

an den deutschen strafrechtlichen Grundlinien, die aber eben für das Individualstrafrecht etabliert wurden, festhalten wollen, versuchen die Befürworter, diese Grundlinien für die Errichtung eines Verbandsstrafrechts fruchtbar zu machen.

Letztlich sollte die Entscheidung dem Gesetzgeber in den Schranken der Verfassung überlassen bleiben. Dies gilt unabhängig davon, dass internationale Vorgaben noch kein Unternehmensstrafrecht fordern⁵⁵ und auch unabhängig von der Frage, ob die bisherige Rechtslage den internationalen Anforderungen genügt.⁵⁶ Denn eine direkt an das Unternehmen adressierte Strafnorm und das bei Verstoß hiergegen drohende Unwerturteil würden anders als die – eher ermahnen verstandene und „denselben Namen [...] wie ein Alltagsvergehen im Straßenverkehr“⁵⁷ tragende – Geldbuße im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts zu einer Rufbeeinträchtigung und damit auch zu anderen Reaktionen im Verband geeignet sein.⁵⁸ Letztlich ist es nun einmal „Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers [...] Strafnormen gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen“,⁵⁹ denn „[k]eine Rechtstradition ist Selbstzweck [d]as Recht muss [vielmehr] den Menschen dienen.“⁶⁰

Zu fordern ist aber ein überzeugender, in sich schlüssiger und mit dem Strafrecht weitestgehend harmonisierender Rechtsetzungsakt. Inwiefern ein solcher mit dem NRW-Entwurf gegeben ist, soll nun im zweiten Teil untersucht werden.

C. §§ 1-3 VerbStrG-E

Im Folgenden soll dargestellt werden, inwiefern Unternehmen nach §§ 1-3 VerbStrG-E verantwortlich wären, wobei besonderes Augenmerk auf Systematik, Regelungsinhalt, geübte Kritik und eventuelle Verbesserungsvorschläge gerichtet wird.

I. Persönlicher Anwendungsbereich

Sanktionsfähige Verbände sind nach § 1 I VerbStrG-E „juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften des privaten und öffentlichen Rechts“.

1. Unternehmensträger

Bereits hieran wird deutlich, dass der Entwurf anders als sein Titel vermuten lässt, nicht die Verantwortlichkeit von Unternehmen, sondern die der Unternehmensträger – d.h. der hinter dem Unternehmen stehenden Zivilrechtssubjekte – regelt.⁶¹ Vom Wortlaut des § 1 I VerbStrG-E nicht erfasst ist eine natürliche Person als Unternehmensträger, also ein Einzelunternehmen.⁶² Ansonsten könnte der Kaufmann sowohl über das Individualstrafrecht als auch über das Verbandsstrafrecht sanktioniert werden.⁶³

Ferner müsste bei Zuwiderhandlungen seiner Mitarbeiter die Strafe – mangels Rechtsfähigkeit seines Unternehmens – unmittelbar gegen ihn verhängt werden, was dem Schuldgrundsatz widerspräche.⁶⁴

Demgegenüber fällt eine „Ein-Mann-GmbH“, die aus einem Alleingesellschafter besteht, der gleichzeitig Geschäftsführer sein kann,⁶⁵ als juristische Person in den Anwendungsbereich,⁶⁶ obwohl auch sie faktisch kein „Verband“ ist.⁶⁷

Eine solche Unterscheidung ist angesichts der Tatsache, dass in beiden Fällen eine Person die Geschäfte leitet und auch die Probleme der Doppelstrafe und der Verantwortlichkeit für fremde Schuld auftreten⁶⁸, unangebracht. Dass die verschiedenen zivilrechtlichen Konstruktionen als Begründung herangezogen werden könnten, scheint bei einer auf die „systemischen Risiken“⁶⁹ abstellenden Entwurfsbegründung fernliegend, da allein durch die Form des Rechtsträgers noch nichts über die soziale Struktur des Unternehmens gesagt ist.⁷⁰

Es sollte folglich überdacht werden, ob allein die Anknüpfung an die zivilrechtliche Konstruktion des Unternehmensträgers sinnvoll ist.

2. Ideelle Vereine

§ 1 I VerbStrG-E bezieht sämtliche – auch nicht rechtsfähige – Vereine ein. Kritisiert wird hieran, dass dadurch das gesamte ideelle Vereinswesen Sanktionen fürchten müsste oder gezwungen wäre, aufwendige Compliance-Strukturen zu etablieren.⁷¹

Allerdings können Vereine auch bei nicht wirtschaftlicher Ausrichtung über beachtliches Vermögen verfügen und bedeutende wirtschaftliche Tätigkeit entfalten (zB Gewerkschaften, größere Sportvereine).⁷² Zudem sind bestimmte Verhaltensweisen in diesem Bereich ebenso strafwürdig wie Kriminalität in Wirtschaftsunternehmen (zB Spendenveruntreuung).⁷³ Hinsichtlich des Gleichheitsgrundsatzes wäre es also nicht angebracht, einzelne Rechtsformen auszuklammern, was vielmehr auch nicht von § 30 OWiG vorgesehen ist.⁷⁴

3. Verbände des öffentlichen Rechts

Nach § 1 I VerbStrG-E sind ausdrücklich auch Verbände des öffentlichen Rechts erfasst, soweit sie nicht hoheitliche Befugnisse wahrnehmen (vgl. § 1 II 1 VerbStrG-E). Hiermit soll „auf

⁵⁵ Vgl. Pieth KJ 2014, 276, 281; Rönnau/Wegner ZRP 2014, 158; Schmitt-Leonardy jM 2014, 257, 262.

⁵⁶ Hierzu Trüg StraFo 2011, 471, 476 ff.; DAV-Stellungnahme S. 11 ff., online abrufbar unter: <http://anwaltsverein.de/downloads/DAV-SN54-13.pdf> (03.08.15; am 07.02.16 nicht mehr abrufbar).

⁵⁷ Kubiciel ZRP 2014, 133, 137.

⁵⁸ So auch Entwurf (Fn 4), S. 25; Pieth KJ 2014, 276, 282.

⁵⁹ BVerfGE 120, 224, 240.

⁶⁰ Kutschaty (Fn 5), S. 8.

⁶¹ Vgl. Schünemann ZIS 2014, 1, 9; Schmitt-Leonardy jM 2014, 257, 260.

⁶² Vgl. Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht 2013, Rn 116.

⁶³ Vgl. Schmid FS-Forstmoser 2003, 761, 771; Böse ZStW 126 (2014), 132, 149.

⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 10/318 S. 39; Hirsch ZStW 107 (1995), 285, 299 f. Fn 50.

⁶⁵ Vgl. Roth/Weller (Fn 62), Rn 472.

⁶⁶ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 73, 77.

⁶⁷ Vgl. Schünemann GA 2015, 274, 279.

⁶⁸ Vgl. Peglau ZRP 2001, 406, 408; Schmid FS-Forstmoser 2003, 761, 771.

⁶⁹ Entwurf (Fn 4), S. 20.

⁷⁰ Vgl. Schünemann ZIS 2014, 1, 8; Schmitt-Leonardy ZIS 2015, 11, 22 Fn 98; so schon Peglau ZRP 2001, 406, 408.

⁷¹ Vgl. Schünemann ZIS 2014, 1, 9.; DAV-Stellungnahme (Fn 56), S. 22; DAI-Stellungnahme S. 18, online abrufbar unter: https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/positionspapiere/2014-12-09%20DAI%20Stellungnahme%20Unternehmensstrafrecht.pdf (07.02.16).

⁷² Vgl. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn 39.

⁷³ Vgl. Willems ZIS 2015, 40, 42.

⁷⁴ Vgl. Krems ZIS 2015, 5, 7 f.

die Freiheit der Formenwahl im Rahmen der staatlichen Daseinsvorsorge⁷⁵ reagiert werden.

Eine Ansicht empfindet diese Einbeziehung mit Blick auf Gebietskörperschaften als zu weitgehend;⁷⁶ eine andere hingegen kritisiert, dass es inkonsequent sei, hoheitliches Handeln von der Strafbarkeit auszunehmen, weil dies auch nicht für individuelle Hoheitsträger im Rahmen der §§ 331 ff. StGB vorgesehen sei.⁷⁷ Bei dieser Frage sind die europäischen und internationalen Vorgaben entscheidend:

Laut Entwurfsbegründung⁷⁸ orientiert sich § 1 II 1 VerbStrG-E an Art. 1 lit. d des Zweiten Protokolls zur PIF-Konvention⁷⁹, an das wiederum weitere europäische Regelungen angelehnt sind.⁸⁰

Hiernach soll jedes Rechtssubjekt „mit Ausnahme von Staaten oder sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts in der Ausübung ihrer hoheitlichen Rechte“ erfasst sein. Die grundsätzliche Einbeziehung von Verbänden des öffentlichen Rechts ist also europarechtlich gefordert. Was unter der Ausübung hoheitlicher Rechte zu verstehen ist, wurde vom EuGH noch nicht abschließend entschieden.⁸¹

Es existieren allerdings auch einige Abkommen, die keine explizite Regelung für Hoheitshandeln vorsehen.⁸² Ob hieraus die Pflicht resultiert, sämtliche Verbände des öffentlichen Rechts miteinzubeziehen, ist fraglich und kann an dieser Stelle nicht geklärt werden. Es wäre jedoch kaum zu verstehen, weshalb die Befolgung der Vorgaben des als Vorbild dienenden Zweiten Protokolls zur PIF-Konvention nicht ausreichen sollte.

II. Zugrundeliegendes Modell der Verbandsstraftaten

Kernvorschrift des Gesetzesentwurfs bildet § 2 VerbStrG-E, in dessen Abs. 1 und 2 die Tatbestände geregelt sind.

Laut Entwurfsbegründung werde hierbei kein Zurechnungsmodell zugrunde gelegt,⁸³ vielmehr gehe es darum, originäre Verbandsschuld zu sanktionieren, die darin bestehe, „dass der Verband sich eine derart unzureichende Organisation gibt, dass kriminelles Verhalten geduldet, begünstigt oder gar provoziert wird.“⁸⁴

1. § 2 I VerbStrG-E

Nach Abs. 1 macht sich ein Verband strafbar, wenn „durch einen Entscheidungsträger in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes vorsätzlich oder fahrlässig eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden“ ist. Dem

Verband wird vorgeworfen, die Personen, die besonders großen Einfluss auf die Verbandskultur hätten, nicht ausreichend sorgfältig ausgewählt bzw. deren Aufgabenzuschnitt nicht überlegt genug bestimmt zu haben.⁸⁵

Problematisch sei, dass der Wortlaut des § 2 I VerbStrG-E einen solchen Vorwurf nicht erkennen lasse und dadurch den Eindruck einer Zurechnungsnorm vermittele.⁸⁶ Vorgesprochen wird daher, in Anlehnung an Art. 102 I SchweizerStGB den Tatbestand des § 2 I VerbStrG-E davon abhängig zu machen, dass die „Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden“ kann.⁸⁷ Eine solche Subsidiaritätshaftung des Unternehmens will der Gesetzesentwurf aber gerade nicht statuieren.⁸⁸

Andere favorisieren deshalb, § 2 I VerbStrG-E entweder um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Organisationsmangels oder um den Zusatz „wenn aufgrund von organisatorischen Mängeln [...]“ zu ergänzen.⁸⁹ Allerdings führt eine solche Erweiterung dazu, dass die organisatorischen Defizite nachzuweisen wären, was wiederum dem Entwurf entgegenliefe, der diese durch eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung seitens eines Entscheidungsträgers für bewiesen ansieht.⁹⁰ Letztlich geht es also um Beweisfragen, die später geklärt werden sollen.

Einer Umformulierung bedarf es nicht; ein Zurechnungsmodell kommt gar nicht in Betracht, weil – anders als bei § 30 OWiG – nicht erforderlich ist, dass der betreffende Entscheidungsträger selbst auch bestraft werden könnte, also volldeliktisch gehandelt hat.⁹¹

2. § 2 II VerbStrG-E

Der sich an § 130 OWiG orientierende Abs. 2 normiert: „Ist in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden, so wird gegen den Verband eine Verbandssanktion verhängt, wenn durch einen Entscheidungsträger dieses Verbandes vorsätzlich oder fahrlässig zumutbare Aufsichtsmaßnahmen, insbesondere technischer, organisatorischer oder personeller Art, unterlassen worden sind, durch die die Zuwiderhandlung verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.“ Haftungsgrund hierbei ist also „ein Organisationsmangel unterhalb der Auswahl der Entscheidungsträger.“⁹² Anders als Abs. 1 knüpft der Wortlaut des Abs. 2 damit ausdrücklich an die Organisation des Verbandes an.⁹³

⁷⁵ Entwurf (Fn 4), S. 40.

⁷⁶ Vgl. DAV-Stellungnahme (Fn 56), S. 22; so bereits Hirsch ZStW 107 (1995), 285, 308.

⁷⁷ Vgl. Löffelmann JR 2014, 185, 196; DAI-Stellungnahme (Fn 71), S. 18.

⁷⁸ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 40.

⁷⁹ ABl. Nr. C 221 vom 19.7.1997, S.12.

⁸⁰ Vgl. Rönau/Wegner ZRP 2014, 158; hierzu ausführlich Engelhart eucrim 2012, 110 ff.

⁸¹ Übersicht dazu Pauer WuW 2013, 1080 ff.

⁸² Vgl. Rönau/Wegner ZRP 2014, 158, 159; Übersicht bei Engelhart eucrim 2012, 110 ff.

⁸³ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 43.

⁸⁴ Entwurf (Fn 4), S. 43.

⁸⁵ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 45.

⁸⁶ Vgl. Schmitt-Leonardy jM 2014, 257, 261; Grützner CCZ 2015, 56, 57; DAI-Stellungnahme (Fn 56), S. 10 f.

⁸⁷ Vgl. Hoven ZIS 2014, 19, 23.

⁸⁸ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 43.

⁸⁹ So Mansdörfer ZIS 2015, 23, 28.

⁹⁰ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 45.

⁹¹ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 43.

⁹² Entwurf (Fn 4), S. 45.

⁹³ Vgl. Jahn/Pietsch ZIS 2015, 1, 2.

III. Legaldefinierte Tatbestandsmerkmale

Die Tatbestandsmerkmale des § 2 VerbStrG-E „Zu widerhandlung“, „verbandsbezogen“ und „Entscheidungssträger“ sind in § 1 II, III legaldefiniert.

1. Zu widerhandlung

Zu widerhandlungen sind nach § 1 II 1 VerbStrG-E „Zu widerhandlungen gegen ein Strafgesetz“. Es bleibt offen, ob bereits die Erfüllung des objektiven Tatbestandes ausreicht.⁹⁴ Hierfür scheint § 2 I VerbStrG-E zu sprechen, der einen eigenständigen subjektiven Tatbestand formuliert.⁹⁵ Dies hätte zur Folge, dass Vorsatzdelikte auch fahrlässig begehrbar wären.⁹⁶ Das ist jedoch von den Entwurfsverfassern nicht gewollt, vielmehr „muss die Zu widerhandlung [...] rechtswidrig sein und bei Vorsatzdelikten zumindest mit natürlichem Vorsatz ausgeführt werden.“⁹⁷

Aus Klarstellungsgründen sollte die Legaldefinition um diesen Zusatz ergänzt; dafür aber bei § 2 I VerbStrG-E auf die Begriffe „vorsätzlich oder fahrlässig“ verzichtet werden.⁹⁸

Denkbar ist aber noch eine elegantere Lösung: Den Entwurfsverfassern scheint es darum zu gehen, Zurechnungs- und Beweisschwierigkeiten abzubauen.⁹⁹ Insoweit wäre eine rein objektive Sichtweise, die als Zu widerhandlung den „äußeren Geschehensablauf der Straftat“¹⁰⁰ ausreichen ließe, am effektivsten. Um die oben erwähnte Kritik hieran zu verhindern, könnte man in einem § 2a eine limitierte Akzessorietät wie folgt normieren: „Fehlende besondere persönliche Merkmale, subjektive Tatelemente, persönliche Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe hindern auch eine Strafbarkeit des Verbandes, es sei denn, der Mangel gründet auf organisatorischen Defiziten des Verbandes.“¹⁰¹

2. Verbandsbezug

Der erforderliche Verbandsbezug von Zu widerhandlungen liegt nach § 1 II 1 VerbStrG-E dann vor, „wenn durch sie Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen, oder wenn durch sie der Verband bereichert worden ist oder bereichert werden sollte.“

a) Verletzung von den Verband treffenden Pflichten

Probleme weist hier nur die erste Variante auf. Zwar geht der Entwurf – wenn auch unglücklich formuliert¹⁰² – nicht davon aus, dass ausschließlich inhaberbezogene Sonderdelikte, sondern ebenso Allgemeindelikte taugliche Anknüpfungstaten für die Herleitung von verbandsbezogenen Pflichten sein können.

⁹⁴ Vgl. Zieschang GA 2014, 91, 102; Hoven ZIS 2014, 19, 24.

⁹⁵ Vgl. Hoven ZIS 2014, 19, 24.

⁹⁶ Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 25; Hoven ZIS 2014, 19, 24.

⁹⁷ Entwurf (Fn 4), S. 40.

⁹⁸ So auch Zieschang GA 2014, 91, 102; Hoven ZIS 2014, 19, 24.

⁹⁹ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 2, 24, 43 f.

¹⁰⁰ Entwurf (Fn 4), S. 40.

¹⁰¹ Mansdörfer ZIS 2015, 23, 26.

¹⁰² Der Entwurf (Fn 4) geht auf S. 33 von einer strittigen Rechtslage aus, die mit dem 41. StrÄndG v. 7.8.07 durch Wortlautänderung des § 130 OWiG entschärft wurde; vgl. hierzu KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 82 ff.

Doch ist hierdurch noch nichts über die Voraussetzungen des Verbandsbezugs bei Jedermannspflichten gesagt.¹⁰³ Zu dieser Frage werden in der Literatur verschiedenste Ansätze vertreten;¹⁰⁴ da der Entwurf aber explizit auf die „in der Rechtsprechung entwickelte Kausistik [sic]“¹⁰⁵ verweist, soll an dieser Stelle nur eine Entscheidung des BGH¹⁰⁶ zur sog. Geschäftsherrenhaftung dargestellt werden. Hiernach können sich betriebsbezogene Pflichten nur auf die „dem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaftende[n] Gefahren“¹⁰⁷ beziehen.¹⁰⁸ Eine Zu widerhandlung wäre danach also jedenfalls dann nicht verbandsbezogen, wenn ihr der „innere [...] Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit“¹⁰⁹ fehlt, sie also nur „bei Gelegenheit [dieser] Tätigkeit“¹¹⁰ begangen wird.¹¹¹ Demgegenüber läge der Verbandsbezug vor, wenn sich die Zu widerhandlung gerade als „Teil der ‚Firmenpolitik‘“¹¹² darstellt.

Da diese BGH-Entscheidung jedoch nur grobe Anhaltspunkte bietet, wäre es ratsam, die Verbandspflichten in § 1 II 2 VerbStrG-E noch zu konkretisieren.¹¹³

b) Zu widerhandlungen zum Nachteil des Verbandes

Weiterhin ist problematisch, ob ein Verbandsbezug bei Zu widerhandlungen zum Nachteil des Verbandes bestünde. Hierfür kann an die sich bei §§ 30, 130 OWiG gleichfalls ergebende Problematik und den damit einhergehenden Streitstand anknüpft werden.¹¹⁴

aa) Verbandsbezug

Einer Ansicht nach komme es allein darauf an, ob die Zu widerhandlung Ausdruck einer defizitären Verbandsorganisation sei, sodass ein Nachteil des Unternehmens noch nicht auf Tatbestandsebene, sondern erst im Rahmen der Strafzumessung bzw. des § 5 VerbStrG-E relevant sein könne.¹¹⁵ Hierfür spreche v.a. ein Vergleich zwischen § 1 II 2 Alt. 1 und Alt. 2 VerbStrG-E: Wenn auch bei Alt. 1 ein (pekuniärer) Vorteil des Verbandes gefordert würde, käme dieser Alt. kaum ein eigener Anwendungsbereich zu.¹¹⁶

bb) Kein Verbandsbezug

Die Gegenauffassung führt an, dass grundsätzlich von niemandem verlangt werde, seine eigenen Rechtsgüter zu schützen.¹¹⁷ Zudem sei das Unternehmen selbst daran interessiert, eigene Schäden zu vermeiden, sodass es keiner Sanktion bedürfe, um

¹⁰³ Vgl. Hoven ZIS 2014, 19, 25.

¹⁰⁴ Übersicht bei KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 91 ff.

¹⁰⁵ Entwurf (Fn 4), S. 33.

¹⁰⁶ BGHSt 57, 42.

¹⁰⁷ BGHSt 57, 42, 46.

¹⁰⁸ Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 27.

¹⁰⁹ BGHSt 57, 46.

¹¹⁰ BGHSt 57, 45.

¹¹¹ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 45.

¹¹² BGHSt 57, 47.

¹¹³ So i.E. auch Hoven ZIS 2014, 19, 25.

¹¹⁴ Vgl. Hoven ZIS 2014, 19, 26.

¹¹⁵ Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 27.

¹¹⁶ Vgl. Hoven ZIS 2014, 19, 26; OLG Celle NSZ-RR 2005, 82 (zu § 30 OWiG).

¹¹⁷ Vgl. Helmrich wistra 2010, 331, 334; KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 98.

die Bereitschaft zum Unterbinden von Zuwiderhandlungen zu fördern.¹¹⁸ Dieser Ansicht nach fehle Zuwiderhandlungen gegen den eigenen Verband der Verbandsbezug, weshalb als ergänzendes Merkmal die Verfolgung von Unternehmensinteressen vorgeschlagen wird.¹¹⁹

cc) Streitentscheid

Nach der Entwurfsbegründung soll es zwar nicht hinderlich sein, dass eine Zuwiderhandlung auch im Interesse des sie Begehenden liegt,¹²⁰ an einem Verbandsbezug mangle es allerdings in aller Regel dann, wenn sie ausschließlich gegen den Verband gerichtet sind.¹²¹

Die Verfolgung von Unternehmensinteressen kann hingegen nicht als Zusatzkriterium zur Umschreibung verbandsbezogener Pflichtverletzungen eingeführt werden, denn hiermit wäre verbunden, dass auch solche Zuwiderhandlungen als Anknüpfung ausschieden, die zwar einerseits Unternehmensinteressen, gleichzeitig aber auch Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit verletzen.¹²² Insofern ist stets genau zu prüfen, wer durch die Zuwiderhandlung betroffen ist, d.h. welchen Schutzzweck die jeweilige Norm verfolgt.

3. Entscheidungsträger

Wer Entscheidungsträger ist, regelt § 1 III VerbStrG-E, wobei die Buchstaben a) – c) keinerlei Überraschungen bergen, indem sie – wie auch § 30 I Nr. 1 – 3 OWiG – vertretungsberechtigte Personen auflisten.

Immenser Kritik sieht sich allerdings lit. d) ausgesetzt, der laut Entwurfsbegründung alle Personen erfasse, die in formeller Position oder tatsächlich Leitungs- oder Kontrollfunktionen wahrnehmen und daher ebenfalls sorgfältig ausgewählt und überwacht werden müssen.¹²³ Die vom Gesetzesentwurf bezweckte Erfassung faktischer Geschäftsführer, Leiter der Innenrevision und Compliance-Beauftragter¹²⁴, erscheint vielen als „entschieden zu weit“¹²⁵. Risiko, Aufgabenbereich, Befugnisse und Pflichten dieser Personen seien nicht mit denen der in lit. a) – c) genannten vergleichbar.¹²⁶

Zu beachten ist allerdings, dass sich eine dem § 1 III lit. d) ähnelnde Vorschrift auch in § 30 I Nr. 5 OWiG findet, die dieselben Personen erfassen soll.¹²⁷ Grund hierfür sind wiederum Vorgaben des EU-Rechts (vgl. Art. 3 I des Zweiten Proto-

kolls zur PIF-Konvention); überdies ist eine solche Ausdehnung auch sinnvoll, um Umgehungsanreize vorzubeugen.¹²⁸

IV. Systematik der Straftatbestände des § 2 VerbStrG-E

Im Folgenden wird noch einmal auf die Straftatbestände und deren Systematik eingegangen.

1. § 2 I VerbStrG-E

Wie bereits erläutert, geht es bei § 2 I VerbStrG-E um die Sanktionierung originären Verbandsunrechts: Begehen Entscheidungsträger eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung, erweise sich deren Auswahl als von Anfang an fehlerhaft.¹²⁹

Kritisiert wird an diesem zwingenden Schluss, dass auch Fälle vorstellbar seien, in denen ein Entscheidungsträger sorgfältig ausgesucht wurde und erst nach langer Zeit eine Straftat begeht, die trotz ausreichender Compliance-Programme nicht abwendbar war.¹³⁰ Gefordert wird insofern mit Blick auf das Schuldprinzip eine Exkulpationsklausel¹³¹, die wie folgt aussehen könnte: [...], so wird gegen den Verband eine Verbandsanktion verhängt, „sofern dieser nicht nachweist, dass er jene Compliance-Vorkehrungen getroffen hat, die nach einer objektiven ex-ante Prognose notwendig und zumutbar erscheinen, um Zuwiderhandlungen zu verhindern.“¹³²

Ob dies jedoch mit den europäischen Vorgaben, die eine solche Exkulpationsmöglichkeit nicht vorsehen (vgl. Art. 3 I des Zweiten Protokolls zur PIF-Konvention), vereinbar wäre, ist zumindest zweifelhaft.¹³³

Ohne eine solche Klausel könnte man Fälle wie die obigen jedenfalls als „Exzesstaten“¹³⁴ einstufen, sodass sie bereits tatbestandlich nicht erfasst wären.¹³⁵

2. § 2 II VerbStrG-E

Im Vergleich zu Abs. 1 ist die Struktur des Abs. 2 komplexer und bedarf näherer Erörterungen.

a) Formulierungsfehler

Zunächst ist festzustellen, dass er sich ausweislich der Entwurfsbegründung an § 130 OWiG orientiert,¹³⁶ was Wortlaut und Satzbau betrifft, jedoch davon abweicht: Die Zuwiderhandlung soll zwar ebenfalls als objektive Bedingung der Ahndung ausgestaltet sein, sodass sie nicht vom Vorsatz der auf-

¹¹⁸ Vgl. *Hoven* ZIS 2014, 19, 26.

¹¹⁹ Vgl. *Helmrich* wistra 2010, 331, 334; *Hoven* ZIS 2014, 19, 26.

¹²⁰ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 45.

¹²¹ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 41, 45.

¹²² Konkrete Beispiele (v.a. §§ 266, 299 StGB) bei *Hoven* ZIS 2014, 19, 27 f. und BeckOK-OWiG/Meyberg § 30 Rn 84.

¹²³ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 41; s.a. *Witte/Wagner* BB 2014, 643, 644.

¹²⁴ Weitere Bsp. Entwurf (Fn 4), S. 42.

¹²⁵ *Mansdörfer* ZIS 2015, 23, 26; vgl. *Willems* ZIS 2015, 40, 43; *Grützner* CCZ 2015, 56, 59.

¹²⁶ Vgl. DAI-Stellungnahme (Fn 56), S. 16; Stellungnahme Clearingstelle Mittelstand S. 15, online abrufbar unter: <http://clearingstelle-mittelstand.de/wp-content/uploads/2014/04/Stellungnahme-Unternehmensstrafrecht.pdf> (07.02.16).

¹²⁷ Vgl. BT-Drs. 14/8998, S. 10 f.

¹²⁸ Vgl. BT-Drs. 14/8998, S. 11.

¹²⁹ Entwurf (Fn 4), S. 45 unter Verweis auf *Tiedemann* NJW 1988, 1169, 1172.

¹³⁰ Vgl. *Kubiciel* ZRP 2014, 133, 137; DAV-Stellungnahme (Fn 56), S. 23; BRAK-Stellungnahme S. 10, online abrufbar unter: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2014/april/stellungnahme-der-brak-2014-15.pdf> (07.02.16).

¹³¹ Vgl. *Hoven* ZIS 2014, 19, 21; so auch *Hirsch* ZStW 107 (1995), 285, 315; *Dannecker* GA 2001, 101, 113.

¹³² *Kubiciel* ZRP 2014, 133, 137 in Anlehnung an *Tiedemann* (Fn 10), Rn 377, der die Klausel bei Straftaten der Leitungsebene aber gerade ablehnt.

¹³³ Für Unvereinbarkeit *Krems* ZIS 2015, 5, 8.

¹³⁴ Entwurf (Fn 4), S. 45.

¹³⁵ Vgl. *Kubiciel* ZRP 2014, 133, 137.

¹³⁶ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 45.

sichtspflichtigen Person umfasst sein muss,¹³⁷ wird allerdings nicht wie hierfür üblich konditional mit „wenn“ eingeleitet.¹³⁸ In einem solchen Konditionalsatz steht dann aber der nachfolgende objektive Tatbestand.¹³⁹ Insofern sollte – allein schon, um zu verdeutlichen, dass die Zuwiderhandlungen in Abs. 1 und 2 trotz ähnlicher Formulierung Unterschiede in ihrer rechtlichen Ausgestaltung aufweisen – § 2 II VerbStrG-E umformuliert werden.¹⁴⁰

b) Zuwiderhandlung als objektive Strafbarkeitsbedingung

Ähnlich wie bei § 323a StGB¹⁴¹ ist auch bei § 130 OWiG umstritten, ob es sich bei der Zuwiderhandlung wirklich um eine rein objektive – und damit unrechtsneutrale – Strafbarkeitsbedingung handelt bzw. handeln kann. Diese Frage lässt sich aufgrund der gleichen Struktur auch bei § 2 II VerbStrG-E stellen:

aa) Abstraktes Gefährdungsdelikat

Einerseits könnte man argumentieren, dass sich das Verbandsunrecht bereits in der unzureichenden Organisation erschöpfe, die Zuwiderhandlung demnach v.a. deren Manifestierung nach außen sei und somit ein abstraktes Gefährdungsdelikat vorliege.¹⁴²

bb) Konkretes Gefährdungsdelikat

Dem lässt sich jedoch die Erfolgsbezogenheit der Aufsichtspflichtverletzung und die Berücksichtigung der Zuwiderhandlung bei der Strafzumessung (vgl. § 6 III 2 VerbStrG-E) entgegenhalten.¹⁴³ Die Zuwiderhandlung erweise sich so als „verkappter sanktionserhöhender Umstand“¹⁴⁴. Auch könne das – (bisher) gesellschaftlich jedenfalls tolerierte – Eingehen von Risiken beim Agieren auf dem Markt nicht als alleinige Unrechtsbegründung dienen.¹⁴⁵ Insofern bestimme die Zuwiderhandlung den Unrechtsgehalt wenigstens mit. Konsequenz dessen sei dann, dass es sich um ein konkretes Gefährdungsdelikat derart handle, dass der Betroffene es unterlassen habe, konkrete Zuwiderhandlungsgefahren abzuwenden; Vorsatz und Fahrlässigkeit müssten sich also „auf die betriebstypische Gefahr von Zuwiderhandlungen in einem bestimmten Pflichtenkreis erstrecken.“¹⁴⁶

aa) Streitentscheid

Der Entwurf geht ausdrücklich von einer objektiven Strafbarkeitsbedingung aus. Bereits „systemische Fehlentwicklungen“¹⁴⁷ scheinen von den Verfassern als strafwürdig angesehen zu werden; Strafrecht als ultima ratio sollte jedoch erst gebraucht werden, wenn ein Verhalten auch strafbedürftig ist.¹⁴⁸

Der Gesetzgeber kann daher durch eine objektive Bedingung die Strafbarkeit auf strafbedürftige Fälle verengen.¹⁴⁹ Durch diese „tätergünstige Interpretation“¹⁵⁰ lässt sich dem Konflikt mit dem Schuldprinzip entgehen, allerdings nur, wenn die Schwere der Zuwiderhandlung höchstens Indiz für die Gefährlichkeit des Organisationsdefizits ist.¹⁵¹

Würde § 6 III 2 VerbStrG-E in diese Richtung überarbeitet, wäre die Einordnung der Zuwiderhandlung als objektive Strafbarkeitsbedingung also (weitestgehend) unproblematisch.

c) Zuwiderhandelnde

Durch wen die Zuwiderhandlung begangen wird, ist unerheblich; einzig entscheidend ist die Handlung in Wahrnehmung der Verbandsangelegenheiten.¹⁵² Es ist nicht erforderlich, die Zuwiderhandlung einer bestimmten Person zuzuordnen, solange alle in Betracht kommenden verbandsbezogenen auftraten.¹⁵³ Problematisch könnte insoweit die Feststellung von Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit sein.¹⁵⁴

In diesem Zusammenhang wird erneut deutlich, dass es am sinnvollsten wäre, die Zuwiderhandlung rein objektiv zu bestimmen und dies durch eine limitierte Akzessorietät einzuschränken. Könnte dann aufgrund defizitärer Verbandsorganisation nicht festgestellt werden, ob jemand die Zuwiderhandlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat, wäre dies für die Verbandsstrafbarkeit unerheblich.

d) Zumutbare Aufsichtsmaßnahmen

Kern des durch § 2 II VerbStrG-E unter Strafe gestellten Unrechts ist das Unterlassen zumutbarer Aufsicht durch einen Entscheidungsträger.¹⁵⁵ Hieran wird kritisiert, dass für den Normadressaten nicht erkennbar sei, welche zumutbaren Überwachungspflichten er ergreifen soll, was dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) zuwiderlaufe.¹⁵⁶ Allerdings kennzeichnet sich der Bereich der Aufsicht und Leitung eines Unternehmens durch komplexe Strukturen und einen steten Wandel technischer und gesellschaftlicher Natur, sodass eine genaueste Umschreibung der Pflichten durch den Gesetzgeber nicht zu leisten wäre.¹⁵⁷

In § 2 II VerbStrG-E findet sich immerhin die (für § 130 OWiG schon länger geforderte¹⁵⁸) Präzisierung auf Maßnahmen „insbesondere technischer, organisatorischer oder perso-

¹³⁷ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 46; Römermann GmbHR 2014, 1, 7; Löffelmann JR 2014, 185, 192 [Fn 38].

¹³⁸ Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 28.

¹³⁹ Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 28 f.

¹⁴⁰ Formulierungsvorschlag bei Mansdörfer ZIS 2015, 23, 29.

¹⁴¹ S. hierzu nur Sch/Sch-StGB/Sternberg-Lieben/Hecker § 323a Rn 1; Roxin (Fn 13), § 23 Rn 8 ff.

¹⁴² Vgl. BeckOK-OWiG/Beck § 130 Rn 17; Helmrich wistra 2010, 331, 333; dahin deutet auch Entwurf (Fn 4), S. 43.

¹⁴³ Vgl. KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 18.

¹⁴⁴ KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 18.

¹⁴⁵ Vgl. Schmitt-Leonardy jM 2014, 257, 261.

¹⁴⁶ KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 19; vgl. Göhler-OWiG/Gürtler § 130 Rn 9.

¹⁴⁷ Entwurf (Fn 4), S. 24.

¹⁴⁸ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 11), Rn 208.

¹⁴⁹ Vgl. Satzger Jura 2006, 108, 111; Stree FS-Schmitt 1992, 215, 230.

¹⁵⁰ Satzger Jura 2006, 108, 111.

¹⁵¹ Vgl. Stree FS-Schmitt 1992, 215, 228.

¹⁵² Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 46; Mansdörfer ZIS 2015, 23, 29.

¹⁵³ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 46.

¹⁵⁴ Vgl. Zieschang GA 2014, 91, 102.

¹⁵⁵ Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 29.

¹⁵⁶ Vgl. Löffelmann JR 2014, 185, 192; Zieschang GA 2014, 91, 101.

¹⁵⁷ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 46 unter Verweis auf KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 41; s.a. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 29.

¹⁵⁸ S. nur Rogall ZStW 98 (1986), 573, 603.

neller Art“. Zur weiteren Konkretisierung kann schließlich auf die sich zu § 130 OWiG in Literatur¹⁵⁹ und Rechtsprechung¹⁶⁰ gebildeten Grundprinzipien zurückgegriffen werden.¹⁶¹ Gegen eine solche Anknüpfung spricht nicht, dass diese Grundsätze im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts entwickelt wurden.¹⁶² Denn hier wie dort geht es um Aufsichtsmaßnahmen, durch die Zuwiderhandlungen verhindert werden sollen. Die Anforderungen hieran dürften demnach nicht davon abhängen, wer am Ende wie sanktioniert wird.

Da bei § 130 OWiG aus dem Begriff „gehörige Aufsicht“ ein Zumutbarkeitserfordernis hergeleitet wird,¹⁶³ lassen sich auch die hierzu entstandenen Grundsätze für eine Bestimmung der Zumutbarkeit im Rahmen des § 2 II VerbStrG-E fruchtbar machen.¹⁶⁴

Insgesamt liegt somit kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot vor. Dennoch wäre es – auch mit Blick auf § 5 I VerbStrG-E – v.a. für kleinere Unternehmen hilfreich, wenn der Gesetzgeber wenigstens Mindeststandards für Compliance-Maßnahmen aufstellte.¹⁶⁵

e) Aufsicht in Konzernen

Im Kontext der Aufsicht stellt sich die bei § 130 OWiG kontrovers diskutierte Frage, ob und wenn ja, in welchen Fällen die Obergesellschaft eines Konzerns zur Aufsicht über die rechtlich selbständigen Tochtergesellschaften verpflichtet ist.

Eine Ansicht knüpft daran an, dass ein Konzern unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens stehe (vgl. § 18 AktG), das auch ein faktisches Durchgriffsrecht auf die Vorstände der Tochterunternehmen habe und folgert hieraus, dass auch die Muttergesellschaft eine Aufsichtspflicht über die Tochtergesellschaft habe.¹⁶⁶ Hierdurch wäre es möglich, bei Pflichtverletzungen der Tochtergesellschaft die Konzernmutter zur Verantwortung zu ziehen.¹⁶⁷

Gegen ein solches Verständnis könnte allerdings die eigene Rechtspersönlichkeit der Tochtergesellschaft sprechen.¹⁶⁸

Der Entwurf scheint sich durch den Wortlaut des § 2 II VerbStrG-E („Entscheidungsträger *dieses* Verbandes“) der restriktiven Ansicht anschließen zu wollen.¹⁶⁹ Ein Durchgriff auf die Konzernmutter für Zuwiderhandlungen in ihren Tochtergesellschaften ist danach nicht vorgesehen, um „Zurechnungskaskaden auf rechtlich ungesicherter Basis“¹⁷⁰ zu verhindern.¹⁷¹

Allerdings statuiert der Entwurf eine „Aufsichtspflicht der Verantwortlichen der Konzernobergesellschaft für den Konzernbereich.“¹⁷² Hieraus folgt die Möglichkeit, die Muttergesellschaft selbständig nach § 2 I VerbStrG-E zu sanktionieren, wenn ihre Entscheidungsträger „durch entsprechende Pflichtverletzungen weitere – rechtlich selbständige – Zuwiderhandlungen begehen.“¹⁷³ Denkbar wäre eine Beihilfe durch Unterlassen, wenn ein Entscheidungsträger der Obergesellschaft bemerkt, dass im Tochterunternehmen Straftaten begangen werden, er aber nicht eingreift, obwohl ihn aufgrund eines zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft bestehenden Beherrschungsvertrages (vgl. §§ 291, 309 AktG) eine Garantenpflicht trifft.¹⁷⁴

In einem solchen Fall könnte einerseits das Tochterunternehmen nach § 2 II, andererseits aber auch die Muttergesellschaft nach § 2 I sanktioniert werden. Beide Verbandsgeldstrafen würden sich dann gem. § 6 V VerbStrG-E bzgl. der Ertragslage am weltweiten Umsatz des gesamten Konzerns, d.h. der wirtschaftlichen Einheit orientieren. Ein solches Verfahren ist jedoch mit Blick auf das Doppelbestrafungsverbot (Art. 103 III GG) äußerst zweifelhaft.¹⁷⁵

Insofern wird erwogen, ähnlich wie im europäischen Kartellrecht, den Verband wirtschaftlich zu definieren.¹⁷⁶ Verband wäre somit jede wirtschaftliche Einheit, auch wenn sie rechtlich aus verschiedenen juristischen Personen besteht.¹⁷⁷ Ein Durchgriff auf die Konzernmutter wäre immer dann möglich, wenn die Tochtergesellschaft „ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt.“¹⁷⁸

Eine solche Lösung erscheint ratsam: Sie wäre im Hinblick auf die Rechtsfolgenreise mit dem Doppelbestrafungsverbot vereinbar, würde der faktischen Abhängigkeit einer wirtschaftlich unselbständigen Tochtergesellschaft eher gerecht werden¹⁷⁹ und dem Befund entsprechen, dass gerade in Konzernverhältnissen oftmals ein einheitlicher Organisationsfehler vorliegen wird.¹⁸⁰

Kritisiert wird hieran jedoch mit Blick auf den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit das Auseinanderfallen von Normadressat (Unternehmen) und Sanktioniertem (jur. Person).¹⁸¹

Diese Kritik lässt allerdings außer Acht, dass ein Tatvorwurf an den jeweiligen Rechtsträger bereits nicht der Wirklichkeit gerecht wird, denn das zu sanktionierende Unrecht (Organisa-

¹⁵⁹ Übersicht bei KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 42; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht 2014, Rn 140 ff.

¹⁶⁰ U.a. OLG Zweibrücken NSiZ-RR 1998, 311 f.

¹⁶¹ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 46 f.; Hoven ZIS 2014, 19, 29; Mansdörfer ZIS 2015, 23, 29 f.

¹⁶² So aber Löffelmann JR 2014, 185, 192.

¹⁶³ Vgl. KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 51; Bock ZIS 2009, 68, 74.

¹⁶⁴ Vgl. Hoven ZIS 2014, 19, 29.

¹⁶⁵ Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 30; Hoven ZIS 2014, 19, 29.

¹⁶⁶ Vgl. KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 27; ähnl. Bock ZIS 2009, 68, 71.

¹⁶⁷ Vgl. KK-OWiG/Rogall § 130 Rn 27; Leipold ZRP 2013, 34, 35.

¹⁶⁸ Zweifelnd bereits BGH v. 1.12.1981 – KRB 3/79, juris Rn 39.

¹⁶⁹ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 47; Römermann GmbH 2014, 1, 6; Hein CCZ 2014, 75, 76.

¹⁷⁰ Göhler-OWiG/Gürtler § 130 Rn 5a.

¹⁷¹ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 47.

¹⁷² Entwurf (Fn 4), S. 47; diese „Aufweichung einer klaren Linie“ kritisierend Hein CCZ 2014, 75, 76; BDI/BDA-Stellungnahme S. 8, online abrufbar unter: http://www.bdi.eu/download_content/RechtUndOeffentlichesAuftragswesen/BDI-BDA-Stellungnahme_Gesetzesentwurf_Unternehmensstrafrecht.pdf (25.08.15; am 07.02.16 nicht mehr abrufbar); Grützner CCZ 2015, 56, 60.

¹⁷³ Entwurf (Fn 4), S. 47.

¹⁷⁴ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 47 f.

¹⁷⁵ So auch Götz WiJ 2014, 8, 12.

¹⁷⁶ Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 31.

¹⁷⁷ Vgl. EuGH v. 10.9.2009 – C-97/08 [Akzo Nobel] Rn 55; EuGH v. 18.7.2013 – C-501/11 P [Schindler] Rn 103.

¹⁷⁸ EuGH v. 10.9.2009 – C-97/08 [Akzo Nobel] Rn 58.

¹⁷⁹ Vgl. Hoven ZIS 2014, 19, 28.

¹⁸⁰ Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 31.

¹⁸¹ Vgl. Böse ZStW 126 (2014), 132, 150.

tionsdefizit) kann eben nicht durch den Rechtsträger, sondern nur durch die soziale Einheit „Verband“ bzw. „Unternehmen“ verwirklicht werden.¹⁸² Es wäre also erforderlich, ein Konzept zu entwickeln, das all diese Teile zu einem sinnvollen Ganzen vereinigt. Dies kann hier nicht geleistet werden.

f) Erschweren der Zuwiderhandlung

Um einen Verband nach § 2 II VerbStrG-E bestrafen zu können, ist zuletzt erforderlich, dass die Zuwiderhandlung durch zumutbare Aufsichtsmaßnahmen „verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.“ Wie bei § 130 OWiG bedarf es also nicht des Nachweises einer Quasi-Kausalität.¹⁸³

Beanstandet wird hieran, dass bloße Risikoerhöhung zwar eine Ordnungswidrigkeit, nicht jedoch eine Strafe begründen könne.¹⁸⁴ Konsequenz sei nämlich eine Beweislastumkehr zulasten des Verbands, die den *in dubio pro reo*-Grundsatz unterlaufe.¹⁸⁵ Insgesamt werde das Unterlassungsdelikt zum „bloße[n] Risikodelikt“¹⁸⁶.

Dem ist entgegenzuhalten, dass § 2 II VerbStrG-E nicht irgendein Risiko genügen lässt, sondern ein erhebliches Organisationsdefizit und daneben den Eintritt einer Zuwiderhandlung erfordert.¹⁸⁷ Ferner ist aus rechtspolitischer Perspektive zu konstatieren, dass der Nachweis einer Quasi-Kausalität – insbesondere in Fällen unterlassener Stichprobenkontrolle¹⁸⁸ – kaum möglich sein dürfte, was Unternehmen dazu verleiten könnte, die Überwachung nicht allzu genau zu nehmen.¹⁸⁹ Gerade dem will der Entwurf aber ja entgegenwirken.

Auch lässt sich auf die ähnlich gelagerte Beihilfe durch Unterlassen verweisen,¹⁹⁰ bei der jedenfalls die Rechtsprechung ausreichen lässt, dass die Tat durch ein Einschreiten des Gehilfen erschwert worden wäre.¹⁹¹

Hier kommt hinzu, dass der Erfolg, d.h. die Zuwiderhandlung eben nicht zugerechnet werden soll.¹⁹² Zudem bedarf es laut Entwurfsbegründung eines Schutzzweckzusammenhangs zwischen unterbliebener Aufsichtsmaßnahmen und eingetretener Zuwiderhandlung.¹⁹³

Hinsichtlich des unbestimmten Merkmals „wesentlich erschwert“ bliebe es wohl Aufgabe der Rechtsprechung und Literatur, dieses Erfordernis weiter zu präzisieren.¹⁹⁴

V. Rechtsnachfolger (§§ 2 IV, 1 IV VerbStrG-E)

Der Gesetzesentwurf will unter bestimmten Voraussetzungen die Verbandsstrafe gegen den Rechtsnachfolger verhängen.

1. Definition

Rechtsnachfolger sind nach § 1 IV VerbStrG-E nicht nur Gesamtrechtsnachfolger und partielle Gesamtrechtsnachfolger durch Aufspaltung (§ 123 UmwG), sondern auch Einzelrechtsnachfolger, „wenn der Erwerber alle wesentlichen Wirtschaftsgüter des Rechtsvorgängers übernimmt und die übernommenen Wirtschaftsgüter in im Wesentlichen gleicher Weise einsetzt.“ Hierdurch sollen – bei § 30 IIa OWiG bestehende – Umgehungsmöglichkeiten verhindert werden.¹⁹⁵

2. Haftungsvoraussetzungen

§ 2 IV VerbStrG-E normiert Folgendes: Für den Fall, dass sich ein Verband erst nach Verhängung einer Sanktion einer Umwandlung unterzieht,¹⁹⁶ normiert S. 2, dass die Sanktion auch gegen den Rechtsnachfolger wirkt.

S. 1 betrifft dagegen die Konstellation, dass bei Umwandlung des Verbands noch keine Sanktion verhängt wurde bzw. die Behörden noch gar keine Kenntnis von der Zuwiderhandlung haben.¹⁹⁷ In diesem Fall wird eine Verbandssanktion gegen den Rechtsnachfolger verhängt, „wenn diesem im Zeitpunkt des Rechtsübergangs die Zuwiderhandlung ganz oder zum Teil bekannt oder aus Leichtfertigkeit nicht bekannt war.“ Hierbei gibt es laut Entwurfsbegründung¹⁹⁸ wiederum zwei Anknüpfungspunkte¹⁹⁹:

Entweder führt der Übernahmeinteressent eine Due-Diligence-Prüfung bei dem zu übernehmenden Verband durch, wobei ihm eine mögliche verbandsbezogene Zuwiderhandlung (zum Teil) bekannt wird. Hierdurch muss er mit einer Sanktion rechnen, was diese gleichzeitig legitimiert.

Oder der Erwerbsinteressent unterlässt geflissentlich eine solche Prüfung, obwohl er den konkretisierten Verdacht einer Zuwiderhandlung hegt. Gerade dann müsste er sorgfältig prüfen, „ob die Strukturen und das Personal des Rechtsvorgängers eine Einhaltung der Gesetze ausreichend gewährleistet haben und auch in Zukunft gewährleisten werden.“²⁰⁰ Unterlässt er dies, übernimmt er den Verband leichtfertig – d.h. in Anlehnung an § 261 V StGB „aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit“²⁰¹ – in einer Verfassung, in der sich die Zuwiderhandlung als möglicherweise unerlaubtes Risiko realisiert hat. Dies begründet die Verhängung der Sanktion gegen ihn.

¹⁸² Vgl. Schmitt-Leonardy jM 2014, 257, 260.

¹⁸³ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 47; Zieschang GA 2014, 91, 99.

¹⁸⁴ Vgl. BRAK-Stellungnahme (Fn 130), S. 11; BDI/BDA-Stellungnahme (Fn 172), S. 8.

¹⁸⁵ Vgl. Zieschang GA 2014, 91, 99.

¹⁸⁶ Zieschang GA 2014, 91, 99.

¹⁸⁷ Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 30.

¹⁸⁸ Hier senkte bereits der BGH (St 25, 158, 163) seine Anforderungen: „der Gefahr [...] weitgehend vorgebeugt worden wäre“.

¹⁸⁹ Vgl. Roxin, Strafrecht AT II 2003, § 31 Rn 63; Schünemann (Fn 7), S. 124 f., 206 f.; Hoven ZIS 2014, 19, 30.

¹⁹⁰ So Hoven ZIS 2014, 19, 29.

¹⁹¹ S. nur BGHSt 43, 381, 397; aA Sch/Sch-StGB/Heine/Weißer § 27 Rn 19 m.w.N.

¹⁹² Vgl. Mansdörfer ZIS 2015, 23, 30.

¹⁹³ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 47.

¹⁹⁴ So auch Hoven ZIS 2014, 19, 30.

¹⁹⁵ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 42; Witte/Wagner BB 2014, 643, 644.

¹⁹⁶ Vgl. Entwurf (Fn 4), S. 51.

¹⁹⁷ Vgl. Hein CCZ 2014, 75, 76.

¹⁹⁸ Vgl. zu den folgenden Ausführungen Entwurf (Fn 4), S. 50 f.

¹⁹⁹ Zu einer anderen Auslegung der Begründung, wonach es „kein Entrinnen“ für den Rechtsnachfolger gebe, kommt Görtz WiJ 2014, 8, 12.

²⁰⁰ Entwurf (Fn 4), S. 51.

²⁰¹ BGHSt 43, 158, 168.

3. Kritik

Problematisch ist unter Bestimmtheitsaspekten, dass weder aus dem Wortlaut des § 2 IV 1 VerbStrG-E noch aus der Entwurfsbegründung hervorgeht, auf wessen Kenntnis abzustellen ist.²⁰² Insoweit müsste eine Präzisierung erfolgen.

Ferner wird mit Blick auf den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit kritisiert, dass Sanktionsadressat ein Verband werde, der an der Tat nicht beteiligt war.²⁰³ Dies sei dem Individualstrafrecht fremd: Nach dem Tod des Beschuldigten sei hier die Verhängung und Vollstreckung einer Strafe gegen den Erben ausgeschlossen (vgl. § 459c III StPO).²⁰⁴

Allerdings ist ein solcher Vergleich nicht zielführend. Bereits der Verweis auf den Tod eines Menschen wird der Sachlage bei der Unternehmensumwandlung nicht gerecht.

Eher noch ließe sich hiermit die Geschlechtsumwandlung eines Menschen mit anschließender Namensänderung vergleichen: In beiden Fällen bleibt das „Innenleben“ weitestgehend unverändert; die Unternehmensumwandlung führt ja nicht dazu, dass sich Personal, Betriebsstrukturen und Art der wirtschaftlichen Betätigung schlagartig ändern.

Hinzu kommt, dass der gegen einen Verband gerichtete Unrechtsvorwurf (Organisationsmangel) eine andere Prägung aufweist als der gegen eine Individualperson. Insofern ist eine Haftung des Rechtsnachfolgers konsequent, wäre aber einfacher begründbar, wenn man nicht auf den Rechtsträger, sondern die wirtschaftliche Einheit abstellt.

VI. § 3 I VerbStrG-E

Gem. § 3 I VerbStrG-E gelten für Verbandsstraftaten die AT-Vorschriften des StGB „sinngemäß, soweit sie nicht ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar sind und dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.“ Inwieweit ein solcher Verweis hinsichtlich des Strafanwendungsrechts²⁰⁵, Täterschaft und Teilnahme²⁰⁶, aber auch des sonstigen AT Probleme aufwirft, soll hier nicht zu behandeln sein.

Insgesamt wird der bloße Verweis wohl kaum den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots gerecht.²⁰⁷ An dieser Stelle ist der Gesetzgeber zu weiteren Konkretisierungen aufgerufen.

D. Fazit

Anhand der Darstellungen wird zunächst eines deutlich: Selbst wenn man es als grundsätzlich legitim erachtet, ist die Einführung eines in sich stringenten, durchdachten Verbandsstrafrechts in Anlehnung an das Individualstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht äußerst kompliziert.

Bereits die Frage, wer eigentlich bestraft werden soll – die soziale bzw. wirtschaftliche Einheit oder der Rechtsträger – scheint der Entwurf nicht zureichend zu klären. Möchte man „systemische Fehlentwicklungen“ und „Organisationsdefizite“ bestrafen, kann man es sich nicht so einfach machen und nur den jeweiligen Unternehmensträger verantwortlich machen. Denn dass die Ein-Mann-GmbH nicht defizitär organisiert oder systemisch fehlentwickelt sein kann, sehr wohl aber das 50-Mann-starke Unternehmen eines Einzelunternehmers ist offensichtlich.

Folgeprobleme treten dann unweigerlich bei der Behandlung von Rechtsnachfolgern und Konzernen auf, die der Entwurf zwar im Hinblick auf Umgehungsmöglichkeiten angemessen löst, dadurch jedoch mit Blick auf die Frage nach dem Subjekt der Bestrafung erhebliche Inkonsistenzen erzeugt. Dieser Teil müsste grundlegend überdacht werden.

Auch das „In-Normen-Gießen“ der originären Verbandschuld stellt sich als schwieriges Unterfangen dar und ist dem Entwurf nicht geglückt. Um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen, wären auch hier einige Konkretisierungen erforderlich. Zudem sollten die aufgezeigten „handwerklichen“ Mängel korrigiert werden, um keinen „Stilbruch“ zu erzeugen. Zur mangelnden Durchschlagskraft des Entwurfs trägt ferner bei, dass teilweise höchst umstrittene Rechtsinstitute ohne Problematisierung verwendet werden. Auch der generelle Verweis auf den Allgemeinen Teil ist bei einem solch strittigen Komplex alles andere als klug. Vielmehr bedürfte es eines eigenen „Allgemeinen Teils des Unternehmensstrafrechts“.

Manche der kritisierten Punkte sind zwar den europarechtlichen Vorgaben geschuldet; dies kann jedoch keineswegs über die insgesamt alles andere als stringente Systematik des Entwurfs hinwegtäuschen. Solange kein wirklich überzeugendes Konzept erarbeitet ist, sollte man sich darauf konzentrieren, die noch bestehenden Schwachstellen des bisherigen Rechts zu beheben. Es bleibt abzuwarten, ob hinsichtlich des Satzes *societas delinquere non potest* auch Deutschland bald mit seinem Latein am Ende ist.²⁰⁸

Der Autor studiert im achten Semester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Dieser Artikel beruht auf einer im Wintersemester 2015/16 im Rahmen eines Seminars („Kernbereiche des deutschen Wirtschaftsstrafrechts“) bei Prof. Dr. Perron verfassten Seminararbeit.

²⁰² So auch Zieschang GA 2014, 91, 101; BRAK-Stellungnahme (Fn 130), S. 11.

²⁰³ Vgl. DAI-Stellungnahme (Fn 56), S. 17; Zieschang GA 2014, 91, 98.

²⁰⁴ Vgl. Böse ZStW 126 (2014), 132, 152 f.; Stellungnahme Clearingstelle Mittelstand (Fn 126), S. 16; BDI/BDA-Stellungnahme (Fn 172), S. 8 f.

²⁰⁵ S. hierzu ausführlich Schneider ZIS 2013, 488, 492 ff.

²⁰⁶ Vgl. Mitsch NZWiSt 2014, 1, 4; Witte/Wagner BB 2014, 643, 645.

²⁰⁷ So auch Zieschang GA 2014, 91, 101; Schneider ZIS 2013, 488, 495; anders aber Entwurf (Fn 4), S. 33.

²⁰⁸ Angelehnt an Heile WiJ 2014, 228.

Bildgebende Verfahren, Beweisführung und Glaubwürdigkeit

Julian Busche*

A. Einleitung in die Thematik

„Einander kennen? Wir müssten uns die Schädeldecken aufbrechen und die Gedanken einander aus den Hirnfasern zerren.“

(Georg Büchner, Dantons Tod, 1. Akt)

Über das Ziel des deutschen Strafprozesses besteht Einigkeit: Es soll eine in materiell-rechtlicher Hinsicht richtige und damit gerechte Entscheidung über die Strafbarkeit des Beschuldigten gefunden werden¹. Vorrangiges Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist die Erforschung der Wahrheit². Doch wie erfolgt diese „Erforschung“? Welche Mittel sind zulässig, damit der Richter gerecht entscheiden kann? Basis der richterlichen Entscheidung sind zum großen Teil Zeugenaussagen. Beachtet man, dass die völlig fehlerfreie Aussage vor Gericht eher die Ausnahme als die Regel ist³, kommt der Frage nach der Wahrheitserforschung eine besondere Bedeutung zu.

Der Wahrheitssuche vor Gericht standen oft technische Errungenschaften oder Hilfsmittel der entsprechenden Zeit zur Seite, um eine möglichst objektive Forschung zu betreiben⁴. So gibt es Erzählungen aus dem alten China, wie man vor 3000 Jahren dem Verdächtigen eine Handvoll ungekochten Reis in den Mund legte, um auf den Wahrheitsgehalt seiner Aussage schließen zu können: Konnte er diesen aufgrund der Trockenheit seines Mundes und Halses nicht schlucken, galt er als schuldig⁵.

Gegen Ende des 18. Jahrhunderts wurde auf der Suche nach Verhalten und Verbrechen erstmals dem Gehirn und seiner Anatomie Bedeutung beigemessen. Die von seinem Begründer Joseph Gall als Phrenologie bezeichnete Lehre versuchte, geistige Fähigkeiten und psychische Eigenarten mit äußeren Merkmalen der Schädeloberfläche in Verbindung zu bringen⁶. Weitere Erkenntnisse auf dem Gebiet der Verknüpfung von kriminologischen Verhalten und biologischen Besonderheiten gelangen dem italienischen Forscher Cesare Lombroso und seinem Schüler Enrico Ferri Mitte des 19. Jahrhunderts⁷.

Im Jahre 1848 sorgte der Arbeitsunfall des zuverlässigen und beliebten Vorarbeiters einer Eisenbahngesellschaft

Phineas Gage für Aufsehen. Eine 3cm dicke Eisenstange durchbohrte seinen Kopf vom linken Kiefer bis zum linken Auge. Dabei wurde Gehirnmasse herausgeschleudert. Er überlebte den Vorfall, wurde jedoch in seiner Persönlichkeit radikal verändert: so berichtete man von einem launischen, unzuverlässigen und unberechenbaren Menschen nach dem Unfall. Dies zeigte erstmals in eindrucksvoller Weise, dass für Persönlichkeitszüge und Sozialverhalten bestimmte Hirnareale verantwortlich sind⁸.

Auf der Suche nach dem Wahrheitsgehalt von Aussagen entwickelte ein US-Amerikaner in den 1920er Jahren den sog. Polygraphen. Gestützt auf der Annahme, die Aussprache einer Lüge erhöhe den Blutdruck, misst der „Vielschreiber“ verschiedene physiologische Prozesse. Eine derartige Begeisterung wie in seinem Heimatland konnte der Polygraph in Deutschland nicht verzeichnen. So dauerte es bis in die 1950er Jahre bis eine Diskussion zum technischen „Gedankenlesen“ entstand⁹. Im Jahre 1998 sollte diese durch das zweite BGH-Urteil¹⁰ zum Polygraph endgültig beendet werden.

Anfang des 21. Jahrhunderts machten neurowissenschaftliche Studien zum Thema Messung von Gedanken und Empfindungen im Gehirn, vor allem aus den USA, auf sich aufmerksam. Hier wurde nun nicht mehr „mittelbar“ anhand des peripheren Nervensystems getestet, wie es beim Polygraphen der Fall war, sondern „unmittelbar“ im Gehirn des Probanden. Wie auch beim „Lügendetektor“ der 1930er Jahre herrschte in Deutschland erneut Skepsis und Ablehnung, ganz im Gegensatz zu den USA, wo eine breite Debatte zum Thema losbrach, die auch von Juristen geführt wurde¹¹. Zunächst beschränkten sich die Untersuchungen auf die Suche nach Korrelaten zwischen Verhaltensdeviation wie Pädophilie, Psychopathie, Änderungen in der Hirnmorphologie oder Hirnstoffwechsel, bis sich schließlich daraus eine Art „neue Generation von Lügendetektoren“¹² entwickelte¹³. Möglich ist dies durch sog. bildgebende Verfahren und Hirnscans. Doch kann man der Lüge einen genauen Ort im Gehirn zuschreiben?

Der vorliegende Artikel wird zunächst auf die medizinisch-technischen Grundzüge der bildgebenden Verfahren eingehen und diese anhand zweier verschiedener Methoden vorstellen

¹ Beulke, Strafprozessrecht, 2010 Rn. 3.

² Neuhaus/Artkämper, Kriminaltechnik und Beweisführung im Strafrecht, 2014, Rn. 1.

³ Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 2007, Rn. 2.

⁴ vgl. Langleben, Detection of deception with fMRI, Are we there yet?, Legal and Criminological Psychology 13 (2008), S. 1.

⁵ Odyne, Entlarvt – In der Lüge liegt die Wahrheit, in: Süddeutsche Zeitung, 19. Mai 2010.

⁶ Gall/Spurzheim, Untersuchungen über die Anatomie des Nervensystems überhaupt, und des Gehirns insbesondere, 2001, S. 427 f.

⁷ Meier, Kriminologie, 2010, § 2 Rn. 6.

⁸ Vgl. Markowitsch/Siefer, Tatort Gehirn, 2007, S. 126.

⁹ BGHSt 5, 322 ff.

¹⁰ BGHSt 44, 308 ff.

¹¹ Greely/Illes, Neuroscience-Based Lie Detection: The Urgent Need for Regulation, in: American Journal of Law and Medicine Vol. 33 (2007) No. 2 & 3: 377 - 431.

¹² Stallmach, Moderne Lügendetektoren schauen ins Gehirn, in: Neue Zürcher Zeitung, 17. 2. 2010.

¹³ Markowitsch/Merkel, Das Gehirn auf der Anklagebank, in: Zukunft Gehirn – Neue Erkenntnisse neue Herausforderungen – Ein Report der Max-Planck-Gesellschaft, 2011, S. 12.

und erfolgte Studien analysieren. Sodann werden die gewonnenen Erkenntnisse in den deutschen Strafprozess einbezogen, kritisch hinterfragt und anhand des Gesetzes bearbeitet. Schließlich soll ein Fazit gezogen werden, welches durch einen Ausblick auf Künftiges ergänzt wird.

B. Grundverständnis zu den medizinisch-technischen Verfahren

„Hab ich des Menschen Kern erst untersucht, so weiß ich auch sein Wollen und sein Handeln.“

(Friedrich Schiller, Wallenstein)

Die Hirnforschung stellt eine interdisziplinäre Wissenschaft aus Medizin, Psychologie und Biologie dar.

Um sich materiell-strafrechtlichen Diskussionen zum Thema bildgebende Verfahren stellen zu können, ist ein Grundverständnis der medizinisch-technischen Abläufe unerlässlich.

Zunächst soll in einem kurzen Rückblick der Polygraph vorgesellt werden, um schließlich auf die bildgebenden Verfahren einzugehen.

I. Der Polygraph – ein Rückblick

Anfang des 20. Jahrhunderts rückte die Wissenschaft der Psychophysiologie erstmals ins Blickfeld der Öffentlichkeit, als Überlegungen aufkamen, psychophysiologische Untersuchungen für juristische Zwecke einzusetzen¹⁴.

Zunächst ist der Begriff der Psychophysiologie zu definieren. Dabei handelt es sich um eine Wissenschaft, die die Untersuchung psychologischer Prozesse in einem intakten Organismus mittels Messung an sich unsichtbarer physiologischer Prozesse anstrebt¹⁵. Die wohl bekannteste Apparatur zur Messung von physiologischen Prozessen ist der sog. Polygraph. Seine Entwicklung geht auf den US-Amerikaner William M. Marston zurück, der unter der Grundidee, die Aussprache einer Lüge erzeuge eine Stresssituation mit der damit verbundenen Nervosität, die physiologischen Parameter Herzfrequenz, Atmung und Leitfähigkeit der Haut misst¹⁶. Da Störreize den Probanden ablenken und die Aufzeichnungen beeinflussen, werden die Tests in einem separaten Untersuchungsraum von einem Gutachter geführt und nicht etwa im Gerichtssaal¹⁷.

Grundsätzlich werden verschiedene Verfahren zur Lügendetektion eingesetzt. Besondere Bedeutung kommen jedoch zwei Methoden zu: dies sind der Kontrollfragentest (Control Question Test: CQT, dt. KWT), bei dem ein

Fragekatalog bestehend aus neutralen Fragen, relevanten Fragen zum Tatvorwurf und Kontrollfragen zum Einsatz kommt, und das Tatwissensverfahren (Guilty Knowledge Test GKT, dt. TWT), in dem der potentielle Täter konkret mit Ermittlungsdetails konfrontiert wird, die nur der Täter und die Ermittler wissen können¹⁸.

Obwohl einige Befürworter der Polygraphie mit sehr hohen Trefferquoten von z.T. mehr als 90% aufwarten, um die Vertrauenswürdigkeit dieses Testverfahrens zu belegen, ist die Aussagekraft von Untersuchungen der Glaubwürdigkeit mit Hilfe des Polygraphen stets von großer Skepsis begleitet worden¹⁹. Der Einsatz eines Polygraphen im Strafverfahren wird international unterschiedlich gehandhabt, so ist seine Verwendung in den meisten europäischen Ländern meist generell untersagt²⁰. In den USA genießt der Polygraph vor allem bei privaten Sicherheitsfirmen und dem Verteidigungsministerium hohes Ansehen und wurde Schätzungen zu Folge jährlich ca. 40.000 Mal als Test herangezogen²¹, unter anderem auch zur Terrorismusbekämpfung und im Auslandseinsatz als Instrument für Verhöre von Verdächtigen²².

II. Bildgebende Verfahren

Im Jahr 2000 schrieben die Neurowissenschaftler Kathleen O'Craven und Nancy Kanwisher: „Unsere Daten zeigen zum ersten Mal, dass der Inhalt eines einzelnen Gedanken allein durch seine Kernspin-Signatur erschlossen werden kann“²³.

Funktionale bildgebende Verfahren, deren Aufgabe die Messung der Gehirnaktivität ist, haben in der Hirnforschung eine große Zahl neuer Erkenntnisse über die physiologischen Funktion des Gehirn ermöglicht²⁴. Bildgebende Verfahren werden als eine Methode definiert, welche kein originäres Relatum in ein Bild übersetzt – abbildet –, vielmehr visualisiert sie einen Vorgang, den sie gleichzeitig als Phänomen erst erstellt. Die dabei aufwendig generierten Bilder sind Ergebnisse eines indirekten Verfahrens und nicht, wie die Fotografie, die Abbildung von etwas Bestehendem²⁵. Dabei nimmt die Neurowissenschaft mit Hilfe bildgebender Verfahren für sich in Anspruch, das Wesen des Menschen nunmehr endgültig zu klären²⁶.

Zu den bildgebenden Verfahren (Imaging-Techniken) zählen zahlreiche Anwendungen, wie zum Beispiel die

¹⁸ Schneider, ebenda, S. 17 ff.; Delvo, Der Lügendetektor im Strafprozess der USA, 1981, S.30, 42.

¹⁹ Stübinger, Lügendetektor ante portas, in: ZIS – Zeitschrift für internationale Rechtsdogmatik, 11/ 2008 S. 538, 542.

²⁰ Matz, ZaöRV 59 (1999), 1107, 1144 ff.

²¹ Baskin u.a., American Journal of Law & Bioethics 33 (2007), 265.

²² Vgl. Marks, American Journal of Law & Bioethics 33 (2007), 485 in Fn. 19.

²³ Stallmach, Moderne Lügendetektoren schauen ins Gehirn, in: Neue Zürcher Zeitung, 17.2.2010.

²⁴ Beck, Unterstützung der Strafermittlung durch Neurowissenschaften? JZ 2006, 146.

²⁵ Fitsch, ... dem Gehirn beim Denken zusehen? Sicht- und Sagbarkeiten in der funktionellen Magnetresonanztomographie, 2014, S. 16.

²⁶ Jäcke, Methoden der Bildgebung in der Psychologie und den kognitiven Neurowissenschaften, 2005, S. 219.

¹⁴ Schneider, Der Einsatz bildgebender Verfahren im Strafprozess, 2010, S. 14.

¹⁵ Furedy, Operational, analogical and genuine definitions of psychophysiology, in: International Journal of Psychophysiology, 1 (1983), S. 13 ff.

¹⁶ Schneider, ebenda, S. 15.

¹⁷ Vehrs, in: Willutzki/Salzgeber, Polygraphie – Möglichkeiten und Grenzen der psychophysiologischen Aussagebegutachtung, 2000, S. 21 ff.

Röntgenographie, die Computertomographie (CT) oder die optischen Bildgebungsverfahren (DOI, EROS)²⁷.

Im Folgenden sollen eine Methode vorgestellt werden, mit der zum größten Teil gearbeitet wird, die funktionelle Magnetresonanztomographie (fMRT). Aus Kosten-, Gesundheits- oder Technikgründen eignen sich andere Verfahren derzeit weniger. Die bildgebenden Verfahren erzeugen eine enorme Suggestivkraft und leisten eine im Vergleich zu rein schriftlichen Darstellungsweisen gesteigerte Überzeugungsarbeit in puncto Vertrauenswürdigkeit in die neurowissenschaftliche Forschungsdienste²⁸. So seien Tomographenbilder symbolische Bilder, die im Wesentlichen durch ihren Bilderkontext und ihre umgebende Kultur bestimmt und so unglücklicherweise einem weiten Interpretationsspielraum ausgeliefert sind²⁹.

Die funktionelle Magnetresonanztomographie³⁰ ist eine spezielle Form der Magnetresonanztomographie³¹. Im Unterschied zur MRT, die aufgrund ihrer hohen räumlichen Auflösung vor allem in der Diagnostik eingesetzt wird, ist die fMRT hauptsächlich in der Forschung vertreten. Die MRT erzeugt dabei Schnittbilder, während die fMRT auch die Funktionen der bestimmten Hirnareale anzeigt - daher auch der Begriff funktionelle Magnetresonanztomographie.

1. Erfolgte Studien und deren Erkenntnisse

Mit dem fMRT sind bereits zahlreiche Studien zum Thema Wahrheitssuche und Lügendetektion durchgeführt worden. Dabei schwanken die Aussagen über die Zuverlässigkeit der Methode zur Lügendetektion teilweise drastisch.

a. Daniel Langleben et al. (2002)³²

Im Jahr 2002 machte der Neurowissenschaftler Daniel Langleben von der University of Pennsylvania in Philadelphia auf sich aufmerksam, als er sich mit Hirnscans auf die Wahrheitssuche begab. Mittels fMRT, welches erstmalig zu diesem Zwecke eingesetzt wurde, untersuchte er in einem Gruppenexperiment Probanden, die den Besitz von bestimmten Spielkarten leugnen sollten. Durch eine Software, die die fMRT-Bilder der unterschiedlichen Aktivierungsmuster im Kopf der Studenten auswertete, konnte Langleben 7 von 10 Lügner überführen³³. Bei den gelogenen Aussagen kam es dabei laut Langleben zu einer signifikanten Signalzunahme im vorderen Teil des Gehirns (linker anteriorer singulärer Gyrus zum mittleren rechten superioren frontalen Gyrus (SFG))³⁴,

was dafür spreche, dass ein anderes Verhalten zugunsten eines tatsächlichen Verhaltens ausgeführt werde, sprich die wahre Aussage zugunsten der Lüge unterdrückt werde. Des Weiteren wurde das Hirnareal im Bereich der oberen Hirnseite in der vorderen Mitte (vom präfrontalen zum dorsalen prämotorischen Kortex) und in der Hirnmitte (intraparietalen Sulcus)³⁵ aktiviert, welches für vermeidendes Verhalten sowie negative Affekte stehe.

Die fMRT stelle durch die gewonnenen Erkenntnisse ein geeignetes Mittel zur „Lügendetektion“ dar³⁶.

b. Andrew Kozel et al. (2005)³⁷

In der von Andrew Kozel durchgeführten Studie aus dem Jahre 2005 wurden gesunde Probanden aus dem universitären Umfeld aufgefordert, ein „Scheinverbrechen“ zu begehen. Vor der Untersuchung sollten sie in einem abgetrennten Raum eine Uhr oder einen Ring stehlen und dies später leugnen. Die fMRT-Scans zeigten erneut eine signifikante Aktivität in den Hirnarealen, die auch in vorherigen Studien bei der „Lüge“ aktiviert waren (anteriorer Gyrus cinguli, orbitofrontalen Kortex und dorsolateraler präfrontaler Kortex).

Im Vergleich zu bisherigen Studien war neben der Erkenntnis, dass Wahrheit und Lüge andere Hirnareale aktivieren, auch von großer Bedeutung, dass sich Ergebnisse aus Gruppenstudien auf Einzelpersonen übertragen lassen³⁸.

c. John-Dylan Haynes et al. (2007)³⁹ und weitere Untersuchungen

John-Dylan Haynes vom Bernstein Center for Computational Neuroscience (BCCN) in Berlin veröffentlichte 2007 ein Experiment, in dem er mit 70-prozentiger Trefferquote durch fMRT sagen konnte, ob eine Person mit zwei präsentierten Zahlen eine Subtraktion oder Addition durchführen wolle⁴⁰. Zwar ging es in diesem Experiment nicht um die „Lügendetektion“ und Wahrheitsfindung als solche, sondern vielmehr um „das Lesen verdeckter Absichten im menschlichen Gehirn“. Dennoch zeigte die Untersuchung auf eindrucksvolle Weise, wie es bereits gelingt, in vermeintlich verborgene Bereiche des Menschen vorzudringen⁴¹.

Kürzlich ließ er verlauten, er könne mittels MRT mit 85-prozentiger Genauigkeit dem Scan entnehmen, ob Probanden einen Ort aus der virtuellen Realität kennen, denn „Orte

²⁷ Bliem, Biologische Psychologie, 2013, S. 63.

²⁸ Stübinger, Lügendetektor ante portas, in: ZIS – Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 11/2008, S. 538, 548.

²⁹ Grau, Gott, die Liebe und die Mohrrübe, in: Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung 41, 71, 2003.

³⁰ Im Folgenden als fMRT abgekürzt.

³¹ Im Folgenden als MRT abgekürzt.

³² Langleben et al., Brain Activity during simulated Deception: An Event-Related Functional Magnetic Resonance Study, in: Neuroimage 15 (2002), 727-732.

³³ Donner, Alles, was sie jetzt denken, in: Technology Review, 04.02.2013.

³⁴ Langleben et al., ebenda, S. 730.

³⁵ Langleben et al., ebenda, S. 730.

³⁶ Schneider, ebenda, S. 94.

³⁷ Kozel et al., Detecting Deception Using Directional Magnetic Resonance Imaging, in: Biological Psychiatry 58 (2005), 605 – 613.

³⁸ Schneider, ebenda, S. 97.

³⁹ Haynes et al., Reading Hidden Intentions in the Human Brain, in: Current Biology 17 (2007): 323 – 328.

⁴⁰ Stallmach, Moderne Lügendetektoren schauen ins Gehirn, in: Neue Zürcher Zeitung, 17.2.2010.

⁴¹ Schneider, ebenda, S. 98.

hinterlassen eine ähnlich unverkennbare Signatur im Gehirn wie Objekte⁴².

Ähnliches zeigten auch Untersuchungen von Wissenschaftlern der Stanford University. So unterscheiden sich laut Jesse Rissmann die Hirnaktivitätsmuster der Probanden bei Gesichtern, die sie als neu identifizierten von jenen Mustern, die auftraten, wenn Gesichter als bekannt wahrgenommen wurden⁴³.

2. Bereits erfolgter Einsatz im deutschen Strafprozess

Die Feststellung der Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage stand im Zentrum der psychologischen Begutachtung von Hans J. Markowitsch im Jahr 2000⁴⁴.

Einer jungen Frau wurde mit einem Baseballschläger (oder ähnlichem Gegenstand) der Schädel zertrümmert. Laut ihrer Aussage habe sie ihren damaligen Ex-Freund als Täter identifizieren können. Es sei ein Racheakt, habe sie sich doch erst kürzlich von ihm getrennt. Das Opfer war als Hausmädchen bei einem bettlägerigen, vermögenden Herrn angestellt. Dieser wurde nach der schweren Körperverletzung ebenfalls mit dem Gegenstand angegriffen und tödlich verletzt. Weitere Beweise als die Aussage der Frau waren nicht gegeben, sodass es wesentlich auf die Glaubwürdigkeit des Opfers ankam. Da die Anklage auf Mord bzw. Mordversuch angesetzt war, wurden zur Glaubwürdigkeitsuntersuchung psychologische Gutachter hinzugezogen. Einer von ihnen war der heutige Bielefelder Universitätsprofessor Hans J. Markowitsch. Durch die schweren Verletzungen am Kopf zweifelte das Gericht die Aussagen des Opfers an, war doch das Hirngebiet hinter dem Schädel geschädigt, was für Neurologen die Vermutung nahe legte, die Patientin könnte zu Konfabulationen neigen, also die Geschichte erfinden⁴⁵.

Nachdem die intellektuell-kognitiven Funktionen untersucht wurden, um eine Art Profilbildung zu machen, wurde auch eine fMRT durchgeführt⁴⁶.

Wenn die Frau angab, sich an bestimmte Dinge zu erinnern, wies das Gehirn genau die Aktivierungen auf, die für bewusste, selbst erlebte Episoden typisch sind (Erkenntnisse aus Untersuchungen von normalen Probanden), sodass die Frau im Stande war, die Wahrheit zu erzählen und das tat sie auch⁴⁷. Besonders im Bereich der rechten Amygdala, welcher im Teil des limbischen System als Verarbeiter emotionsgeladener Aspekte gesehen wird, wurde bei wahren autobiographischen

Erinnerungen signifikante Aktivität beobachtet⁴⁸. Der Täter wurde zu lebenslanger Haft verurteilt⁴⁹.

C. Einbeziehung in den Strafprozess

„In der nächsten Dekade wird ein Verfahren vorhanden sein, das reliable und valide Ergebnisse liefert und somit auch vom BGH nicht ignoriert werden kann.“

(Hans J. Markowitsch)⁵⁰

Gemäß § 244 II StPO hat das Gericht zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Dabei entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung, § 261 StPO.

Die gewonnenen Ergebnisse zum Thema Lügendetektion mittels bildgebender Verfahren aus Teil B müssen also für die gerichtliche Entscheidung von Bedeutung sein.

Eine wesentliche Rolle spielt zunächst, wie sich die deutschen Gerichte bisher zum „klassischen Lügendetektor“, dem Polygraphen, geäußert haben. Diese Ausführungen gilt es schließlich auf die bildgebende Verfahren zu adaptieren.

I. Rechtsprechung zum Polygraphen

Im Folgenden wird auf zwei BGH-Urteile⁵¹ und ein Urteil des BVerfG⁵² eingegangen. Sodann wird als aktuelle Rechtsprechung auf eine Entscheidung des OLG Dresden und auf Entscheidungen des AG Bautzen verwiesen.

1. BGHSt 5, 332 (1954)

Die erste Entscheidung des BGH zum Thema Zulässigkeit einer polygrafischen Untersuchung im Strafverfahren erging am 16. Februar 1954.

Die Staatsanwaltschaft beantragte in diesem Fall die Einholung eines Gutachtens auf Grundlage eines Polygraphentests. Der Angeklagte zeigte sich einverstanden. Da das erstellte Gutachten ihn belastete, wurde er schließlich vom LG Zweibrücken verurteilt.

Der BGH lehnte in seinem Urteil jedoch die Untersuchung mit dem Polygraphen sowohl für das Ermittlungs- als auch für das Hauptsacheverfahren ab, ohne dabei Rücksicht auf das Einverständnis des Beschuldigten zu nehmen.

⁴² Donner, Alles, was sie jetzt denken, in: Technology Review, 04.02.2013.

⁴³ Schulte von Drach, Zweifel am Lügendetektor, in: Süddeutsche Zeitung, 16.12.2010.

⁴⁴ Markowitsch et al., Right amygdalar and temporofrontal activiosn during autobiographic, but not during fictitious memory retrieval, in: Behaviourl Neurology 12 (2000), 181-190.

⁴⁵ Markowitsch/Sieffer, Tatort Gehirn, 2007, S.73.

⁴⁶ Markowitsch, Test und bildgebende Verfahren zur Wahrheitsfindung, Telepolis v. 28.08.2007.

⁴⁷ Markowitsch/Sieffer, Tatort Gehirn, 2007, S. 74.

⁴⁸ Schneider, ebenda, S. 91.

⁴⁹ Markowitsch, Tests und bildgebende Verfahren zur Wahrheitsfindung, Telepolis, v. 28.08.2007.

⁵⁰ Mündliche Mitteilung des Neuwissenschaftlers Markowitsch an Seiterle, in: Seiterle: Hirnbild und „Lügendetektion“, 2010, S. 99.

⁵¹ BGHSt 5, 332 ff., BGHSt 44, 308 ff.

⁵² BVerfG NStZ 1981, 446 ff (mit Anm. Amelung, in: NStZ 1982, 38 ff.).

Dabei stützte sich der BGH nicht auf wissenschaftliche Erwägungen zur Brauchbarkeit, sondern stellte allein auf rechtliche Grundsätze ab⁵³.

Der Beschuldigte sei Beteiligter und nicht Gegenstand des Verfahrens und nur in diesem Rahmen sei er bestimmten Untersuchungen und Beschränkungen unterworfen wie z.B. in §§ 81, 81a StPO festgelegt. Über die Menschenwürde aus Art. 1 I GG und § 136a StPO sei die Entschließungsfreiheit des Beschuldigten für seine Einlassung geschützt und würde in jeder Verfahrensphase unangetastet bleiben⁵⁴. Dementsprechend müsse dem Beschuldigten bei der Vernehmung das Ob und auch das Wie seiner Antwort überlassen werden, ohne dass dabei auftretende unbewusste Äußerungen, wie etwa ein Erröten oder Schwitzen, vom Gericht anders als im alltäglichen Umgang wahrgenommen werden könnten⁵⁵. Ein solcher Einblick in die Seele des Beschuldigten sei im Strafverfahren wegen eines Verstoßes gegen die Freiheit der Willensentschließung und –betätigung gem. § 136a StPO unzulässig.

Neben dem Verstoß gegen die Norm wurde ebenfalls erwähnt, dass für den Einsatz naturwissenschaftlicher Methoden im Strafverfahren entscheidend sei, ob im Hinblick auf ihre Voraussetzungen wissenschaftliche Erfahrungssätze unangefochten feststünden⁵⁶. Weiter lägen im vorliegenden Fall keine ausreichenden Ergebnisse über Auswertungsmethoden und -richtlinien vor.

2. BVerfG – Beschluss zum „Lügendetektor“ (1981)⁵⁷

Am 18. August 1981 befasste sich das BVerfG erstmalig mit dem „Lügendetektor“. Somit sind mehr als 25 Jahre seit dem ersten BGH Urteil ergangen, ehe die Gerichte erneut zur Zulässigkeit des Polygraphen Stellung bezogen.

Jedoch ging es nun um eine entgegengesetzte Fallkonstellation. So wehrte sich der Beschwerdeführer (im Folgenden mit Bf. abgekürzt) nicht gegen die Verwertung von mit Polygraphie erlangter Aussagen, sondern er stritt dafür, um seine Unschuld unter Beweis zu stellen⁵⁸.

Der Bf. war vom LG Mannheim (Urt. V. 2.6 1980 – 2 KLs 3/80) zu lebenslanger Freiheitsstrafe wegen Mordes in Tateinheit mit versuchter Vergewaltigung verurteilt worden.

Dieses Urteil beruhte auf Indizien, denn man fand zahlreiche Spuren des Angeklagten am Tatort. Belastende Zeugenaussagen existierten hingegen nicht. In dieser Lage sah der Bf. im Test mit dem Polygraphen die einzige Chance, einer lebenslangen Freiheitsstrafe zu entgehen.

Der Vorprüfungsausschuss des BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde mangels Erfolgsaussichten nicht zur Entscheidung an. Die „Durchleuchtung“ der Person, welche

die Aussage als deren ureigenste Leistung entwertet und den Untersuchten zu einem bloßen Anhängsel eines Apparates werden lasse, greife in unzulässiger Weise in das durch Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG geschützte Persönlichkeitsrecht des Betroffenen ein, das der Wahrheitsforschung im Strafverfahren Grenzen setze⁵⁹. Anders als in der BGH-Entscheidung von 1954 wurde nun nicht mehr auf die menschenunwürdige Behandlung abgestellt, sondern auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG.

Weiter fehlten überwiegende Interessen der Allgemeinheit oder des Bf., welche den Eingriff in den Kernbereich der Allgemeinen Persönlichkeitsrechte rechtfertigen würden. Auch lasse die Trefferquote des Polygraphen von 90% höchstens ein Wahrscheinlichkeitsurteil zu, was nicht ausschließe, dass der konkret Untersuchte bei negativem Testergebnis dennoch der Täter sein kann.

Auch ändere die Einwilligung des Bf. nichts an der Unzulässigkeit, denn eines Schutzes gegen staatliche Eingriffe bedarf nur derjenige nicht, der wählen könne. Diese Freiheit habe der von empfindlicher Freiheitsstrafe bedrohte Angeklagte tatsächlich nicht, sie sei daher nicht freiwillig und daher unwirksam⁶⁰.

Die Ausführungen stießen in der Literatur auf heftige Kritik. Die Erklärungen des BVerfG seien „eine so klägliche Begründung und fast schlechter als gar keine“⁶¹ bzw. „ein Beschluss von äußerster Dürrigkeit“⁶². Das Gericht sei der Komplexität des Falls nicht gerecht geworden⁶³. Inhaltlich habe sich der Vorprüfungsausschuss mit der Besonderheit, dass der Polygraph zur Entlastung eingesetzt werden sollte, nicht ausreichend auseinander gesetzt⁶⁴.

3. BGHSt 44, 308 (1998)

Rund 45 Jahre nach der ersten BGH-Entscheidung⁶⁵, musste sich der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes erneut mit der Frage der Zulässigkeit des Polygraphen im Strafverfahren befassen. Anlass war die Verfahrensrüge eines wegen sexuellen Kindesmissbrauchs vom LG Mannheim Verurteilten (im Folgenden mit V abgekürzt). V hatte in der Hauptverhandlung vor dem LG Mannheim zur Widerlegung der ihm zur Last gelegten Vorwürfe eine polygraphische Untersuchung beantragt, welche vom LG abgelehnt wurde.

Die Entscheidung des BGH distanziert sich in der Argumentation von der bisherigen Rspr., bleibt jedoch im Ergebnis gleich.

⁵³ BHGSt 5, 332, 333.

⁵⁴ BGHSt 5, 332, 334.

⁵⁵ *Schneider*, ebenda, S. 63.

⁵⁶ Dazu auch BGHSt 5, 34, 36.

⁵⁷ NJW 1982, 375.

⁵⁸ *Schneider*, ebenda, S. 63.

⁵⁹ NJW 1982, 375.

⁶⁰ NJW 1982, 375.

⁶¹ *Schwabe*, NJW 1982, 367.

⁶² *Schwabe*, NJW 1982, 367.

⁶³ *Amelung*, NSStZ 1982, 38.

⁶⁴ *Amelung*, JR 1999, 382, 383.

⁶⁵ BGHSt 5, 332 ff.

a. Kein Verstoß gegen die Menschenwürde aus Art. 1 I GG

Zunächst sei der Einsatz eines Polygraphen vor Gericht kein Verstoß gegen die Menschenwürde gemäß Art. 1 I GG, da dem Untersuchenden kein „Einblick in die Seele des Beschuldigten“ gewährt sei⁶⁶, wie der BGH früher noch angenommen hatte⁶⁷. Dies ergebe sich auch daraus, dass es dem Gericht erlaubt sei, nicht steuerbare Körperreaktionen (wie starke Schweißbildung oder Erröten) zu verwerten⁶⁸. Weiter bleibe die Subjektstellung des Beschuldigten unangetastet, auch wenn er an ein Messgerät angeschlossen sei, hierzu aber sein Einverständnis erklärt habe.

Nach einhelliger wissenschaftlicher Meinung gebe es schließlich keinen eindeutigen Zusammenhang zwischen kognitiven oder emotionalen Zuständen und spezifischen körperlichen Reaktionen, vor allem löse das Lügen keine bestimmte, eindeutige körperliche Reaktion aus („no specific lie response“)⁶⁹.

b. Kein Verstoß gegen § 136a StPO

Laut BGH liege auch kein Verstoß gegen die Willensentschließung und Willensbetätigung nach § 136a StPO vor. Eine direkte Anwendung der Norm scheide ohnehin aus, falle die Polygraphie doch nicht unter die in der Norm genannten verbotenen Vernehmungsmethoden⁷⁰. Auch eine analoge Anwendung scheide auf Grund der mangelnden Eingriffsintensität der Polygraphie aus, so sei der Schweregrad nicht erreicht (wie etwa bei Narkose oder Narkoanalyse) und die Vergleichbarkeit daher nicht gegeben⁷¹. Folglich sei auch die Einwilligung in die Durchführung nach § 136a III StPO unbeachtlich.

c. Ungeeignetheit des Beweismittels

Im Ergebnis sei die Polygraphie ein ungeeignetes Beweismittel nach § 244 III S. 2 Var. 4 StPO. Der BGH unterscheidet in seinen Ausführungen den Tatwissentest (TWT) und den Kontrollfragentest (KFT). Vor der Entscheidung wurden Gutachten von vier Experten eingeholt⁷².

Der TWT funktioniere nur, wenn die dem Beschuldigten als Antwort vorgeschlagenen Tatdetails nicht bekannt seien, weil andernfalls die ausschlaggebenden Orientierungen auch bei einem Nichttäter zu erwarten seien⁷³. Dies sei zumindest zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung nicht der Fall - z.B. durch Akteneinsicht des Strafverteidigers-, sodass eine Verwendung

des Tatwissensverfahrens in diesem Verfahrensstadium nach allgemeiner Ansicht ausscheiden müsse⁷⁴.

Den Umkehrschluss, dass ein solcher Test eventuell im Ermittlungsverfahren durchgeführt werden könnte, hat das Gericht offenbar bewusst nicht ausdrücklich zu ziehen gewagt⁷⁵.

Der KFT sei in den maßgebenden Fachkreisen nicht allgemein und zweifelsfrei als richtig und zuverlässig eingestuft worden, sodass ihm kein indizieller Beweiswert zukomme⁷⁶. Weiter verweist der BGH erneut auf den nicht existenten Zusammenhang von emotionalen Zuständen und entsprechenden Reaktionsmustern („no specific lie response“). Schließlich geht der BGH auf die Erstellung der Kontrollfragen ein, welche fehleranfällig sind, was dazu führen kann, dass auch für den Unschuldigen die tatbezogenen Fragen eine höhere Belastung darstellen als die Kontrollfragen selbst. Daher seien Kontrollfragen nicht standardisierbar⁷⁷.

Diese Auffassung wurde vom 3. Strafsenat des BGH in einem Anschlussurteil vom 10.02.1999 bekräftigt⁷⁸. Auch der Zivilsenat bezeichnete die polygraphische Untersuchung als völlig ungeeignetes Beweismittel⁷⁹.

4. Aktuelle Rechtsprechung zum Polygraphen

Im Jahr 2013 wurden in mehreren Verfahren die Zulässigkeit des Polygraphen vor Gericht bestätigt⁸⁰. So sei die polygraphische Untersuchung nunmehr zuverlässig. Daher stehe die Entscheidung auch nicht im Widerspruch zum BGH-Urteil⁸¹, da der Bundesgerichtshof seine Entscheidung von der Zuverlässigkeit der psychophysiologischen Methode abhängig gemacht habe⁸².

Als Voraussetzung für den Einsatz im Strafverfahren muss die polygraphische Untersuchung in einem geordneten gerichtlichen oder staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren nach erklärter Freiwilligkeit angeordnet worden sein. Dieser freiwillige Test muss unter Laborbedingungen mindestens vier Parameter messen und von einem zertifizierten Sachverständigen durchgeführt werden, sodass die Aufzeichnungen fachgerecht interpretiert werden können. Das Verfahren muss weiter die Tatfrage betreffen und das Befundergebnis darf lediglich zur Entlastung des Angeklagten verwendet werden⁸³.

⁷⁴ BGHSt 44, 308, 327f.

⁷⁵ Stübinger, Lügendetektor Ante Portas, in: ZIS - Zeitschrift für Strafrechtsdogmatik 11/2008, S. 538, 547.

⁷⁶ BGHSt 44, 308, 319.

⁷⁷ BGHSt 44, 308, 321.

⁷⁸ Schneider, ebenda, S. 66; BGH NSIZ-RR 20000, 35 ff.

⁷⁹ BGH NJW 2003, 2527.

⁸⁰ Vgl. OLG Dresden Beschluss v. 14.5.2013, 21 UF 787/12 (BeckRS 2013, 16540); AG Bautzen, Beschluss v. 28.1.2013 12, F 1032/12 (BeckRS 2013, 16541); AG Bautzen Urteil v. 26.3. 2010, 40 Ls 330 Js 6351/12 (BeckRS 2013, 08655)

⁸¹ BGHSt 44, 308 ff.

⁸² Hertle, „Freispruch dank Lügendetektor“, in: Sächsische Zeitung, 27.3.2013, S. 6

⁸³ Vgl. AG Bautzen Urteil v. 26.3. 2010, 40 Ls 330 Js 6351/12 (BeckRS 2013, 08655)

⁶⁶ BGHSt 44, 308, 315.

⁶⁷ BGHSt 5, 332, 335.

⁶⁸ BGHSt 44, 308, 316.

⁶⁹ BGHSt 44, 308, 316.

⁷⁰ BGHSt 44, 308, 317.

⁷¹ BGHSt 44, 308, 319.

⁷² Abgedruckt in PraxisRPpsych 9 (Sonderheft) 1999.

⁷³ BGHSt 44, 308, 327.

II. Bildgebende Verfahren im Strafprozess

Es soll nun versucht werden, die gewonnenen Erkenntnisse aus der Rechtsprechung zum Einsatz des Polygraphen auf die bildgebenden Verfahren anzuwenden. Dabei werden Probleme bei dem Versuch der Adaption zu konkretisieren sein. Zunächst muss geklärt werden, wie objektiv, valide und reliabel die Testergebnisse der bildgebenden Verfahren überhaupt sind.

1. Validität und weitere offene Fragen

Trotz der teilweise vielversprechenden Resultate in den Studien, räumen selbst die zuversichtlichsten Autoren der Studien Bedenken gegen die Verlässlichkeit ihrer Resultate ein⁸⁴.

a. Validität

So sei laut Langleben et al. eine Mehrdeutung von Testergebnissen möglich, denn bei Untersuchungen zum Arbeitsgedächtnis waren teilweise dieselben Areale im Hirn aktiv, wie bei täuschendem Verhalten, sodass Zweifel an der Validität der bisherigen Studien aufkommen. Bis heute ist kein sog. „Lügenzentrum“ im Hirn lokalisiert worden. Auch ist jedes Hirn und seine Aktivität eine Art persönlicher Fingerabdruck, also höchst individuell und einzigartig⁸⁵.

Weiter erfolgten bis heute kaum Studien, die die Aufdeckung einer Lüge in einer Einzelperson zum Ziel hatten; größtenteils wurden die Ergebnisse über mehrere Personen ermittelt und daraus ein Mittelwert erstellt⁸⁶. In der Forensik gehe es aber um jeden Einzelfall und nicht um den Durchschnitt einer Untersuchungsgruppe⁸⁷.

b. Falsche Erinnerungen

Ein grundsätzliches Problem jeder Art der Lügendetektion lag bisher in der Voraussetzung, dass die untersuchte Person überhaupt in der Lage ist, zwischen Wahrhaftigkeit und Lüge zu unterscheiden⁸⁸. Wenn der Proband nicht erkennen kann, dass seine falsche Vorstellung von der Wirklichkeit sich nicht mit der objektiven Wirklichkeit deckt, würde auch ein zuverlässiger Test eine objektive Lüge nicht als solche erkennen, sondern sie im Gegenteil als subjektive Wahrheit ausweisen⁸⁹. Das gleiche Problem ergibt sich dementsprechend

für den Beschuldigten, der sich für den Täter hält, obwohl er objektiv unschuldig ist. Er würde der Lüge überführt werden, sofern er die Tatbeteiligung leugnet, obwohl er objektiv die Wahrheit sagt. Neue Studien deuten nun zum ersten Mal auch auf experimenteller Basis darauf hin, dass es mit hirnbildgebenden Verfahren möglich sein könnte zu unterscheiden, ob sich eine Person fehlerinnert; was es bei einem möglichen Einsatz zu berücksichtigen gilt⁹⁰.

c. Manipulation

Über die Manipulierbarkeit der Hirnscans mittels fMRT ist bisher wenig bekannt⁹¹. Jedoch wollen manche Studien belegt haben, dass durch bildgebende Verfahren jene Areale des Hirns sichtbar gemacht werden können, die bei bewusst unterdrückten Gefühle angeblich aktiviert werden, sodass eine etwaige Manipulation deutlich erschwert werde⁹².

Zu einem anderen Ergebnis kam ein Forscherteam um Anthony Wagner von der Stanford University⁹³. Hier ging es zwar nicht um „Lügendetektion“ im eigentlichen Sinne, vielmehr wurde ein Gedächtnistest mittels fMRT durchgeführt. Dennoch zeigten die Ergebnisse, dass auch ein moderner MRT manipulierbar ist. Die Teilnehmer trugen mehrere Wochen digitale Kameras um den Hals, die ca. 45.000 Fotos aus dem Leben der Probanden schossen. Diese Bilder wurden mit Kontrollmaterial gemischt, also mit Bildern, die den Untersuchten fremd waren. Mit dem fMRT wurde nun untersucht, ob den Probanden ein jeweiliges Bild vertraut oder fremd war. Dabei wurde eine Trefferquote von erstaunlichen 91% erzielt. Dramatisch änderte sich jedoch das Ergebnis, als die Probanden aufgefordert wurden, bei einem vertrauten Gesicht an ein fremdes zu denken und umgekehrt. „Wir waren nicht mehr fähig festzustellen, ob jemand ein Gesicht erkennt oder nicht“, berichtete Anthony Wagner und führte weiter aus, es sei also noch zu früh, über einen möglichen Einsatz von Gedankenlesern im Gerichtssaal zu entscheiden⁹⁴.

Ebenfalls wirken sich Kopfbewegungen extrem störend auf die bildgebenden Verfahren mittels fMRT aus, sodass zwingend notwendig ist, dass sich der Proband kooperativ verhält.

2. Zwischenergebnis zu bildgebende Verfahren im Strafprozess

Trotz der vorgebrachten Probleme und offenen Fragen lohnt es sich, einen möglichen Einsatz bildgebender Verfahren genauer zu untersuchen und etwaige Kollisionspunkte mit dem Gesetz zu beleuchten.

⁸⁴ Schneider, ebenda, S. 99.

⁸⁵ Seiterle, Lügendetektor im Strafprozess: Weit entfernt vom "Einblick in die Seele". In: Legal Tribune ONLINE, 08.11.2010, http://www.lto.de/persistent/a_id/1879/ (abgerufen am 28.02.2015); Schneider, ebenda, S. 102.

⁸⁶ Langleben et al., Human Brain Mapping 26 (2005): 262 – 272 (263)

⁸⁷ Weber, „Die Gedanken sind noch frei“, in: Süddeutsche Zeitung SZ, 18. April 2013.

⁸⁸ Seiterle, ebenda, S. 97.

⁸⁹ Vgl. Langleben/Dattilio/Guthei, Journal of Psychiatry and the Law 34 (3), 2006, 351.

⁹⁰ Seiterle, ebenda, S. 98.

⁹¹ Vgl. Schneider, ebenda S. 10.

⁹² Markowitsch et al., Right amygdalar and temporofrontal activation during autobiographic, but not during fictitious memory retrieval, in: Behavioural Neurology 12 (2000): 181 – 190.

⁹³ Weber, Die Gedanken sind noch frei, in: Süddeutsche Zeitung SZ 18. April 2013.

⁹⁴ Weber, Die Gedanken sind noch frei, in: Süddeutsche Zeitung SZ 18. April 2013.

Im Folgenden wird dazu ein technisches Verfahren auf Basis der fMRT vorausgesetzt, welches vom BGH nicht mehr als „völlig ungeeignete“⁹⁵ Methode nach § 244 III S. 2 Var. 4 StPO zu beurteilen wäre und auch „in den maßgeblichen Fachkreisen“⁹⁶ zweifelsfrei als richtig und zuverlässig eingestuft werden würde⁹⁷. Auch sei, wie bereits ausgeführt, die Gefahr der Auswertung einer Fehlerinnerung nicht mehr gegeben⁹⁸.

3. Verstoß gegen Normen und rechtliche Bedenken

Es wird von einem einverständlich durchgeführten fMRT-Gutachten ausgegangen, welches im Hauptverfahren zur Entlastung des Beschuldigten durchgeführt wird.

a. Verstoß gegen § 244 III S. 1 StPO – rechtliche Unzulässigkeit der Beweiserhebung

Auf Grund des *numerus clausus* der Beweismittel wäre ein bildgebendes Verfahren kein eigenständiges Beweismittel im Sinne der Strafprozessordnung sondern ein Untersuchungsverfahren im Rahmen des Sachverständigenbeweises nach §§ 72 ff. StPO.

Die Fragen, ob der Angeklagte sich mittels eines bildgebenden Verfahrens entlasten kann, richtet sich somit nach § 244 III, IV StPO. Die völlige Ungeeignetheit des Beweismittels nach § 244 III S. 2 Var. 4 StPO wird vorliegend nicht untersucht, da die Geeignetheit unterstellt wird.

Die Ablehnung des Beweisantrags auf Vernehmung eines Sachverständigen nach § 244 IV S. 1 StPO wird im Folgenden ebenfalls nicht weiter untersucht, da hierfür kaum rationale Kriterien für eine ausgewogene Beurteilung zu finden sind und die Beurteilung mit dem Selbstbild der Tatrichter zusammenhängt⁹⁹.

Der Beweisantrag auf Untersuchung mittels bildgebender Verfahren könnte aber abzulehnen sein, sofern er unzulässig ist, § 244 III S. 1 StPO.

Eine Beweiserhebung ist unzulässig, wenn sie Rechtsvorschriften widerspricht¹⁰⁰. Ein Verstoß des einverständlich durchgeführten bildgebenden Verfahrens im Rahmen des Sachverständigenbeweises könnte sich zunächst gemäß § 136a StPO aus strafprozessualen Normen ergeben oder aber aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, in Form einer Grundrechtsverletzung des Angeklagten bzw. weil vorrangige Belange der Allgemeinheit oder überwiegende Interessen Dritter beeinträchtigt wären¹⁰¹.

b. Verstoß gegen § 136a StPO

Der aus dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 6 I 1 EMRK abzuleitende Grundsatz des „fair trial“, sowie das Gebot der Achtung der Menschenwürde verbieten es, die Wahrheit um jeden Preis zu ermitteln¹⁰².

Gemäß § 136a StPO darf die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten nicht beeinträchtigt werden, wobei die Aufzählung der verbotenen Vernehmungsmethoden in § 136a I StPO nicht abschließend ist¹⁰³.

aa. Anwendungsbereich

Außer für Strafverfolgungsorgane gilt § 136a StPO für Sachverständige, die zur Bearbeitung ihres Gutachtens Beschuldigte oder Zeugen untersuchen und dabei Befundtatsachen feststellen¹⁰⁴. Da sie von den Strafverfolgungsbehörden bestellt worden sind, um die Aufklärung des Sachverhalts zu fördern, dürfen sie sich ebenso wenig wie ihre Auftraggeber unerlaubter Mittel bedienen, um Beschuldigte oder Zeugen zum Reden zu bringen¹⁰⁵.

Anwendung findet § 136a StPO nur auf Vernehmungen¹⁰⁶. Vernehmungen sind amtliche Befragungen von Beschuldigten sowie von Zeugen und Sachverständigen in Bezug auf die Beschuldigung (§ 136a I S. 2 StPO) oder den Gegenstand der Untersuchung (§ 69 I S.2, § 72 StPO) im Rahmen eines Strafverfahrens¹⁰⁷.

Fraglich ist, ob eine „Lügendetektion“ mittels bildgebender Verfahren eine Befragung oder vielmehr eine körperliche Durchsuchung nach § 81a ff StPO darstellt. § 136a StPO kann aber nur auf die bildgebenden Verfahren angewandt werden, sofern diese eine Befragungsmodalität sind¹⁰⁸.

Peters sah in der Polygraphie keine Variante einer Vernehmung. So zeichne diese Methode physische Phänomene aus und sei daher eine körperliche Untersuchung, die auf Grund ihrer Eigenart aber auch nicht unter die § 81a ff. StPO falle¹⁰⁹.

Um die bildgebenden Verfahren als körperliche Untersuchung iSd § 81a StPO klassifizieren zu können, müsste diese Methode die Feststellung der Beschaffenheit des Körpers oder einzelner Körperteile bzw. die Suche innerhalb des Körpers nach etwas intendieren, sprich der Körper des Betroffenen müsste zum „Augenscheinobjekt“ gemacht werden¹¹⁰.

¹⁰² BGHSt 5, 332, 333; 38, 215, 219.

¹⁰³ Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 130.

¹⁰⁴ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2015, Rn. 629.

¹⁰⁵ Löwe-Rosenberg, StPO, § 136a Rn. 8 – *Gleß*.

¹⁰⁶ Löwe-Rosenberg, StPO, § 136a, Rn. 15 – *Gleß*.

¹⁰⁷ Löwe-Rosenberg, StPO, § 136a, Rn. 15 – *Gleß*.

¹⁰⁸ Schneider, ebenda, S. 154.

¹⁰⁹ Peters, Eine Antwort auf Undeutsch: Die Verwertbarkeit unwillkürlicher Ausdruckserscheinungen bei der Aussagewürdigung, in: ZStW 87 (1975), 663, 671, 674 f.

¹¹⁰ KK-StPO, § 81a Rn.1 – *Senge*.

⁹⁵ BGHSt 44, 308 ff.

⁹⁶ BGHSt 44, 308 ff.

⁹⁷ BGHSt 44, 308 ff.

⁹⁸ Vgl. Ausführungen unter C. II 1. b. „Falsche Erinnerungen“.

⁹⁹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2015, Rn. 255; Seitele, ebenda, S. 103.

¹⁰⁰ SK-StPO, § 244 Rn. 104 – *Frister*.

¹⁰¹ Vgl. Seitele, ebenda, S. 104.

Im Unterschied zur Polygraphie messen die bildgebenden Verfahren keine physiologischen Reaktionen, sondern versuchen die Motive einer Aussage sichtbar zu machen. Daher steht nicht die Feststellung körperlicher Reaktionen im Zentrum, sondern vielmehr die Aufzeichnung einer Aussage, sodass der Körper beim bildgebenden Verfahren nicht zum „Augenscheinobjekt“ gemacht wird. Ein neurowissenschaftlicher Lügendetektortest ist somit als Befragung zu qualifizieren, die durch Amtspersonen durchgeführt wird und daher eine Vernehmung im Sinne des § 136a StPO darstellt¹¹¹.

bb. Direkte Anwendung

Fraglich ist, ob bildgebende Verfahren mit fMRT einen körperlichen Eingriff darstellen bzw. ihnen eine Täuschung innewohnt, sodass § 136a I S. 1 StPO direkt anzuwenden wäre.

In seiner BGH-Entscheidung hat das Gericht bereits beim Polygraphen keine Ausführungen dazu gemacht, ob dieses Verfahren einen körperlichen Eingriff darstellen könnte¹¹². Somit scheidet dies auch für ein nicht invasives Verfahren mittels Magnetresonanztomographie aus, in dem lediglich Vorgänge im Gehirn beobachtet werden¹¹³. Teilweise wurde bei der Polygraphenuntersuchung mit dem Kontrollfragmentest dem Probanden eine höhere Zuverlässigkeit als die Tatsächliche vorgespielt. Welche Methode bei einem etwaigen fMRT angewandt wird, kann man noch nicht vorhersagen¹¹⁴, es ist aber im Unterschied zur Polygraphie nicht nötig, ein Spannungslevel über Zuverlässigkeit und Wirksamkeit zu erzeugen; es sei vielmehr möglich, den Probanden umfassend über die Modalität des Verfahrens aufzuklären¹¹⁵.

Das Merkmal der Täuschung aus § 136a I StPO ist nach Ansicht des BGH zudem restriktiv auszulegen¹¹⁶.

Somit ist weder das Merkmal der Täuschung noch ein körperlicher Eingriff iSd § 136a I S. 1 StPO gegeben. Eine direkte Anwendung scheidet daher aus.

cc. Analoge Anwendung

Möglich wäre es, den § 136a StPO analog auf die bildgebenden Verfahren anzuwenden. Für eine Analogie in diesem Falle bedarf es eines Fallkatalogs, der nicht abschließend ist; weiter müssten die nicht erwähnten Methoden mit den explizit genannten qualitativ vergleichbar sein und schließlich keine anderweitige Regelung im Gesetz erfahren haben (sog. planwidrige Regelungslücke)¹¹⁷.

Schon angeführt wurde, dass der Katalog des § 136a StPO nicht abschließend ist. Auch liegt eine Gesetzeslücke vor, so ist die „Lügendetektion“ in keiner Norm ausdrücklich geregelt.

Somit muss untersucht werden, ob diese mittels bildgebender Verfahren qualitativ mit den in § 136a StPO aufgeführten Methoden vergleichbar ist.

Wie bereits erwähnt, schützt § 136a StPO die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung. So wird die Hypnose explizit aufgeführt und auch die Narkoanalyse fällt einhellig unter die Norm der verbotenen Methoden¹¹⁸.

Hinsichtlich des Polygraphen nahm der BGH in seinem Urteil aus dem Jahre 1998¹¹⁹ keine analoge Anwendung des § 136a I StPO an, da eine Vergleichbarkeit zum Schweregrad der Hypnose nicht gegeben war, denn diese Methode schalte den Willen gerade zu aus, wovon bei der Polygraphie nicht die Rede sein kann.

Bezogen auf die bildgebenden Verfahren kann nichts anderes gelten, denn auch hier ist der Proband in vollem Umfang handlungs- und willensfähig. Es ist kein Kontrollentzug gegeben, vor dem § 136a I StPO zu schützen versucht.

Bereits erwähnt wurde auch die mögliche Manipulierbarkeit der bildgebenden Verfahren. Ein solches Verfahren ist nur mit einem kooperativen Probanden möglich. Weiter besteht kein Zwang, sich einem psychologischen Test oder einer neurowissenschaftlichen Untersuchung zu unterziehen, denn Zwang verfälscht die Zuverlässigkeit. Außerdem ist ein bildgebendes Verfahren nicht wesentlich verschieden zu anderen psychologischen Untersuchungen zur Glaubwürdigkeit, Konfabulationstendenzen oder Persönlichkeitszügen. Im Ergebnis kann auch der Sachverständige sein Urteil kurz fassen, so muss er prinzipiell nur eine Aussage über die allgemeine Glaubwürdigkeit verlieren, nicht aber über einzelne Fragen, die die Privatsphäre des Probanden betreffen¹²⁰.

Somit liegt bei den bildgebenden Verfahren zur Lügendetektion wie schon bei der Polygraphie nicht der vergleichbare Schweregrad zu den Methoden des § 136a I StPO vor, sodass bildgebende Verfahren nicht unter den Anwendungsbereich der Norm fallen.

dd. Ergebnis

Die bildgebenden Verfahren beeinträchtigen nicht die Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten. Im Ergebnis ist damit auch die mögliche Einwilligung des zu Untersuchenden nach § 136 a III StPO unbeachtlich.

c. Verletzung der Menschenwürde

Möglicherweise verletzt die Methode der bildgebenden Verfahren die Menschenwürde gemäß Art. 1 I GG. Einen allgemein akzeptierten, dogmatisch präzisen Rechtsbegriff der

¹¹¹ vgl. *Schneider*, ebenda, S. 155.

¹¹² Vgl. BGHSt 44, 308 ff.

¹¹³ *Seiterle*, ebenda, S. 117.

¹¹⁴ *Seiterle*, ebenda, S. 118.

¹¹⁵ *Schneider*, ebenda, S. 156.

¹¹⁶ BGHSt (GS) 42, S. 139, 149 m.w.N.

¹¹⁷ *Rüthers*, Rechtstheorie, 2008, Rn. 889 ff.

¹¹⁸ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2015, Rn. 649.

¹¹⁹ BGHSt 44, 308 ff.

¹²⁰ vgl. *Schneider*, ebenda, S. 156 ff.; *Seiterle*, ebenda, S. 118 ff.

Menschenwürde, der über die allgemeinen Aussagen zu Bedeutung, Rechtscharakter und Rang hinausginge, gibt es nicht¹²¹.

Im vorliegenden Fall der bildgebenden Verfahren sei angemerkt, dass als Ausdruck verfassungsstaatlicher Freiheit die Individualität, Identität sowie die physische, psychische und moralische Integrität des Menschen zu respektieren sind¹²².

aa. Erfolgte Rechtsprechung zur Polygraphie

Um eine Aussage über die mögliche Verletzung der Menschenwürde durch bildgebende Verfahren treffen zu können, muss erneut die höchststrichterliche Rechtsprechung zum Polygraphen angeführt werden.

In seinem ersten Urteil zur Polygraphie sah der BGH die Menschenwürde aus Art. 1 I GG verletzt, weil es die Freiheit der Willensentscheidung und –betätigung verletze¹²³. Die Einwilligung spiele keine Rolle, da die Menschenwürde nicht aus der individuellen Autonomie, sondern aus den Interessen des Kollektivsubjekts abgeleitet werde¹²⁴.

Diese Ansicht wurde vom BGH in der zweiten Grundsatzentscheidung selbst widerlegt. Dem Bürger gegenüber, sofern er zeitweise seine Rechte aufgabe, um dauerhaft seine Freiheit aus Art. 2 II GG zu sichern, sei der Staat sogar dazu verpflichtet, diesem Aufopferungsangebot Folge zu leisten, wenn dies das letzte Mittel dieser Sicherung darstelle¹²⁵.

bb. Anwendung der Argumente auf bildgebende Verfahren

Im Unterschied zur Polygraphie versuchen bildgebende Verfahren nicht mittels körperlichen Reaktionen auf die Qualität der Aussage zu schließen, sondern sie untersuchen, ob das Gehirn die Aktivität der Wahrheit oder Lüge aufweist¹²⁶. Es geht somit nicht um die Ermittlung des Inhalts, sondern um die Qualifikation des Gedankens, also um die statistische Relation zwischen dem Aussprechen der Unwahrheit und einer bestimmten Gehirnaktivität¹²⁷.

Daher liegt auch kein „Ausforschen des Innersten“ oder der Verlust der Kontrolle des Einzelnen über Art und Umfang seiner „Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit“ vor¹²⁸.

cc. Gegen den Willen

Laut Beck sei zu beachten, dass Staatsanwaltschaft und Gericht typischerweise gegen den Willen des Beschuldigten/Angeschuldigten ermitteln, sodass auch ein Test gegen den Willen des zu Untersuchenden nicht gegen die Menschenwürde verstoße¹²⁹. Dies komme aber auf Grund der möglichen Manipulierbarkeit wohl nicht in Betracht, da die fMRT wie gesehen zwingend einen kooperativen Probanden benötigt¹³⁰.

Spranger hingegen verneint die Untersuchung mit bildgebenden Verfahren, die durch Zwang vom Staat veranlasst werden¹³¹.

dd. Ergebnis

Vorliegend wurde eine einverständlich durchgeführte fMRT untersucht.

Diese „Lügendetektion“ mittels bildgebender Verfahren verletzt nicht die Menschenwürde aus Art. 1 I GG¹³².

d. Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

In der jüngsten BGH-Entscheidung¹³³ zur Polygraphie ging das Gericht nicht auf eine mögliche Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (im Folgenden als APR abgekürzt) gemäß Art. 2 I iVm. Art. 1 I GG ein, was zunächst verwundert, war das APR doch ein wichtiger Bestandteil des Vorprüfungsausschusses des BVerfG im Jahre 1981¹³⁴. Um eine mögliche Verletzung des APRs durch bildgebende Verfahren annehmen zu können, müsste zunächst der Schutzbereich des Grundrechts eröffnet sein.

aa. Schutzbereich

In den Schutzbereich des APRs fällt die Integrität der menschlichen Person in geistig-seelischer Beziehung¹³⁵. So ist auch die informationelle Selbstbestimmung und die Beobachtung und Interpretation der eigenen Gehirnaktivität erfasst¹³⁶. Die bildgebenden Verfahren als Ermittlung und Auswertung staatlicher Informationserhebung und deren Verarbeitung von Gehirnprozessen, fallen somit in den Schutzbereich des APRs gemäß Art. 2 I iVm. Art. 1 I GG¹³⁷.

¹²¹ Dreier, GG, Art. 1 I, Rn 52 - Dreier.

¹²² Dreier, GG, Art. 1 I, Rn. 62 - Dreier.

¹²³ BGHSt 5, 332, 334.

¹²⁴ Kargel/Kirsch, JUS 2000, 537, 539

¹²⁵ Amelung, NSTz, 1982, 38, 39.

¹²⁶ Beck, JR 2006, 146, 149

¹²⁷ Beckermann, in: Jahrbuch Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen 2002/2003, 25f.

¹²⁸ Schneider, ebenda, S. 133.

¹²⁹ Beck, JR 2006, 146, 149

¹³⁰ Vgl. Ausführungen Manipulation unter C. II. 1. c.

¹³¹ Spranger, JZ 2009, 1033, 1036.

¹³² Vgl. Beck, JR 2006, 146 ff.; Schneider, ebenda, S. 134; Seiterle, ebenda, S. 154 ff.; Spranger, JZ 2009, 1033, 1036.

¹³³ BGHSt 44, 308 ff.

¹³⁴ BVerfG (Vorprüfungsausschuss) NJW 1982, 375.

¹³⁵ v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 2 I Rn. 86 – Starck.

¹³⁶ Maunz/Dürig, Art. 2 I Rn. 173 ff – Di Fabio.

¹³⁷ Dreier, GG, Art 2 I Rn. 83 – Dreier.

bb. Einwilligung

Allgemeine Ansicht ist, dass das APR prinzipiell zur Disposition des Einzelnen steht¹³⁸. Diese Einwilligung muss aber „echt freiwillig“ erfolgen, d.h. der Betroffene dürfte nicht auch nur unter mittelbarem Zwang stehen. Dies wurde auch schon bei der Polygraphie angezweifelt, so lasse das Damoklesschwert einer strafrechtlichen Sanktion die echte Freiwilligkeit bei der Entscheidung für oder gegen einen solchen Test, nicht sehr wahrscheinlich erscheinen¹³⁹. Auch wenn der Beschuldigte objektiv nicht gezwungen ist, so kann er sich subjektiv dennoch so fühlen, da es für ihn auf die Überzeugung der Sinnhaftigkeit eines solchen Tests nicht mehr ankommt¹⁴⁰.

Dies stellt aber einen eklatanten Widerspruch dar, wenn gerade das Grundrecht, das dem Einzelnen nach allgemeiner Auffassung speziell die Möglichkeit autonomer Selbstentfaltung garantiert, der Verfügungsgewalt des Betroffenen entzogen wird¹⁴¹.

Somit ist eine Einwilligung in den Grundrechtsverzicht zur Glaubwürdigkeitsuntersuchung mittels bildgebender Verfahren zulässig und möglich.

cc. Reichweite des Eingriffs

Geht man von der Meinung aus, dass ein wirksamer Verzicht auf die Grundrechtsposition des APRs im Zusammenhang mit Lügendetektion ausgeschlossen ist, bleibt zu prüfen, ob ein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts durch einen Lügendetektortest vorliegt und ob dieser verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

Das APR unterliegt dem Schrankenvorbehalt des Art. 2 I GG, jedoch darf es nur soweit eingeschränkt werden, wie es den Menschenwürdekern unberührt lässt. Diese Kernbereichslehre, die aus Art 1 I GG im Zusammenhang mit den rechtsstaatlichen Garantien der Art. 19 II GG sowie Art. 79 III GG abgeleitet wird, besagt, dass das Grundgesetz einen Schutz für einen unantastbaren und damit jedem staatlichen Zugriff endgültig entzogenen Kernbereich der Persönlichkeitssphäre des Einzelnen für jedes Grundrecht intendiert¹⁴². Fraglich ist somit, ob die bildgebenden Verfahren diesen Kernbereich berühren. In seiner Entscheidung über den Gebrauch von Tagebuchaufzeichnungen verwendete das BVerfG den Begriff des „mittelbaren Gedankenlesens“¹⁴³. Dies meint lediglich die Bewertung der Qualität, also die Frage nach dem „Ob“, nicht jedoch nach Gefühlen, also nach dem „Wie“. Diese Unterscheidung lässt sich auch auf die bildgebenden Verfahren anwenden¹⁴⁴. Befasst man sich nur mit der Frage, ob Lüge oder Wahrheit bei einer Aussage vorliegt, ohne dabei die

Qualität des Gedankens, also das „Wie“ zu untersuchen, so berühren die bildgebenden Verfahren nicht den Kern des APRs¹⁴⁵.

dd. Ergebnis

Eine Glaubwürdigkeitsbetrachtung mittels bildgebender Verfahren verstößt daher nicht gegen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I iVm Art. 1 I GG des Angeklagten.

D. Fazit und Ausblick

„Die funktionelle Magnetresonanztomographie dürfte angesichts des aktuellen Forschungsstands auf absehbare Zeit keine Relevanz in Strafverfahren haben.“

(Antwort des Bundestages Petition 13841 vom 30.6. 2010)

Zweifelsohne ist die Neurowissenschaft eine faszinierende Reise zu unserem inneren Wesen. Erklärungen für unser Verhalten zu finden ist wohl seit Anbeginn der Zeit ein Wunsch aller Menschen. Durch die neuen Erkenntnisse der Hirnforschung haben sich scheinbar zahllose neue Wissenschaften erschlossen, so sprechen wir heute über Neuroethik, Neurobiologie oder Neurophilosophie. Die Jahre 1990 bis 2000 wurden als Dekade des Gehirns ausgerufen und auch heute bringen Regierungen Milliarden auf, um die Forschung auf diesem Gebiet voranzutreiben.

Das Gehirn und seine Prozesse betreffen uns alle und so war es nur eine Frage der Zeit, bis auch die Rechtswissenschaften mit der Neurologie aufeinandertrifften und scheinbar eine Art „Neurorecht“ aufkommt¹⁴⁶.

Kritische Stimmen äußern sich bereits zur auswuchernden Verbreitung von Neurowissenschaften¹⁴⁷. Interessanterweise sind es Neurologen, die versuchen, den Enthusiasmus zu bremsen. Die Neurologie stecke noch in Kinderschuhen, warnen sie.

Vorsichtig und voller Skepsis wagen sich Juristen zögerlich an die Hirnforschung. Immerhin stehen viele der Grundansichten des deutschen Strafrechts auf dem Prüfstand: Der Handlungsbegriff und der damit verbundene freie Wille oder der Schuldbegriff, der als wesentlicher Kern des deutschen Strafrechts anerkannt ist.

Auch diese Arbeit zeigt, wie schwierig es ist, die gewonnenen Erkenntnisse der Neurostudien in ein juristisches Korsett zu drängen. Stehen wir kurz vor der Verbannung des Richters aus dem Saal und ersetzen ihn durch eine Maschine? „Ich rufe den Zeugen in den Magnetresonanztomographen“,

¹³⁸ BVerfGE 27, 344, 352; BVerfGE 65, 1, 42

¹³⁹ Peters, ebenda, 666.

¹⁴⁰ Schneider, ebenda, S. 141.

¹⁴¹ Seiterle, ebenda, S. 157

¹⁴² Laber, Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren, Frankfurt a.M. 1995, S. 58

¹⁴³ BVerfG NJW 1990, 563, 564 f.

¹⁴⁴ Schneider, ebenda, S. 143.

¹⁴⁵ Schneider, ebenda, S. 143; Im Ergebnis auch: Seiterle, ebenda, S. 233f.

¹⁴⁶ Schleim/Spranger/Walter, Von der Neuroethik zum Neurorecht?, 2009, S. 7

¹⁴⁷ Ayan, „Mancher leidet am Gehirn-Übertreibungssyndrom“, bei: spektrum.de, 19.3.2012.

schrieb Susanne Donner und machte auf die Gefahr aufmerksam, die solche Methoden bringen könnten¹⁴⁸.

Derzeit gibt es keine Studien, die eine zuverlässige Aussage über die Glaubwürdigkeit von Aussagen mittels bildgebender Verfahren belegen. Auch sind die Trefferquoten von über 90% bei Cephos und NoLieMRI mit Vorsicht zu genießen, verfolgen diese Firmen doch einen kommerziellen, nicht wissenschaftlich-juristischen Zweck.

Selbst wenn in ferner Zukunft ein bildgebendes Verfahren entwickelt wird, welches eine absolute Sicherheit bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit liefern würde, wäre dieses im gerichtlichen Kontext zu betrachten. Die Beurteilung der getroffenen Aussage muss immer anhand des genauen Sachverhalts gesehen werden und an ihm bemessen werden. Diese Tätigkeit kann nur ein Richter vollziehen und darf auch nur von diesem als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips unternommen werden.

Nichtsdestoweniger schließen sich Neurowissenschaften und Rechtswissenschaften nicht als oxymorale Tätigkeiten aus. Vielmehr muss wie bisher der Konsens statt Dissens im Vordergrund stehen. Das fordert von den Juristen eine offene, aber kritische Haltung und von Neurowissenschaftlern geduldiges Verhalten mit zuverlässigen Erkenntnissen, die sich im Kontext der juristischen Felder homogen einfügen lassen.

Nach bisherigem Kenntnisstand verstoßen bildgebende Verfahren nicht gegen deutsches Recht oder die Verfassung. Dennoch birgt diese Methode Unstimmigkeiten. Man bedenke nur den Zwang, der einem Beschuldigten auferlegt wird, sofern er einer bildgebenden Untersuchung nicht zustimmt. Sein Recht auf Aussageverweigerung gebietet ihm das, doch würde es ihm zwangsläufig negativ ausgelegt werden.

Auch ist der Kostenfaktor bisher ungeklärt. Die Verfahren sind aufwendig und nicht überall durchführbar. Hier liegt eine weitere Schwierigkeit der realistischen Umsetzung vor.

Möglicherweise haben diese Bedenken auch zum allmählichen Verebben der Diskussion über bildgebende Verfahren im Strafprozess geführt, wurde diese doch im Zeitraum der letzten Dekade heftig geführt. Nachdem auch die USA, welche als Vaterland für Technik und Sicherheit gilt,

juristisches Bedenken geäußert haben, rudern auch Neurowissenschaftler zurück.

Die Hirnforschung steht noch am Anfang ihrer Tätigkeit und somit auch ihre Auswirkung auf das Rechtssystem. Diese Erkenntnis brachte auch der ablehnende Beschluss einer vom Bundestag eingereichten Petition zum Thema: Einsatz der Magnetresonanztomographie als Beweismittel vor Gericht. Dieser wurde lediglich von 776 Mitunterzeichnern unterstützt, was auf eher geringes Interesse schließen ließ. Der Bundestag verkündete, dass eine solche Petition gar nicht nötig sei, da eine gesetzliche Einzelzulassung wissenschaftlicher Methoden nicht erfolgreich ist.

Von größerer Bedeutung ist allerdings der Verweis des Petitionsausschusses, dass laut Bundesministerium für Justiz (BMJ) die Methode der fMRT wissenschaftlich umstritten sei, sie keine hinreichende Verlässlichkeit aufweise und von geringem kriminaltechnischen Nutzen sei. Des Weiteren bestehe eine berechtigte Gefahr von Fehltritten, sodass nach aktuellem Forschungsstand auf absehbare Zeit keine Relevanz im Strafverfahren gegeben ist. Dies zeigt, dass man der Methode der fMRT nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber steht, sondern vielmehr derzeit keinen Handlungsbedarf sieht.

Dies könnte sich aber bei weiterentwickelten Methoden ändern, sodass ein Einsatz bildgebender Verfahren im Strafprozess in Zukunft, wenn auch nicht sehr bald, nicht unwahrscheinlich ist.

** Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften im siebten Semester an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg. Die vorliegende Arbeit (in gekürzter und überarbeiteter Form) entstand im Rahmen des kriminologischen Seminars des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg mit dem Titel „Neurowissenschaften, Strafrecht und Kriminologie“ unter der Leitung von Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Jörg Albrecht im Sommersemester 2015. Derzeit befindet sich der Autor zum Auslandsstudium an der Universität Bergen in Norwegen.*

¹⁴⁸ Donner, Alles, was sie jetzt denken, in: Technology Review, 04.02.2013.

Solange die Verfassungsidentität...

Das neue Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl

Matthias Klatt*

I. Einleitung

Das Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl¹ erfordert erhöhte Aufmerksamkeit. Es wirft erneut Fragen nach dem Grundrechtsschutz innerhalb der Europäischen Union und dem Verhältnis der verschiedenen Rechtsordnungen im europäischen Mehrebenensystem auf, welche das Gericht seit Jahrzehnten intensiv beschäftigen. Auch hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen dem BVerfG und dem EuGH ergeben sich relevante Fragestellungen.

II. Der Europäische Haftbefehl

Das Instrument des Europäischen Haftbefehls wurde durch einen Rahmenbeschluss des Rates² im Jahr 2002 eingeführt und daraufhin von den Mitgliedsstaaten umgesetzt³. Es soll unter anderem ermöglichen, dass eine im Mitgliedsstaat getroffene Entscheidung zur strafrechtlichen Festnahme in einem anderen Mitgliedsstaat vollstreckt werden kann. Das System basiert auf der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen in Strafsachen aus Art. 82 Abs. 1 AEUV⁴. Es begrenzt das von Art. 16 Abs. 2 GG geschützte Auslieferungsverbot⁵, das erst im Jahr 2000 überhaupt eine Beschränkung erfuhr⁶.

Der Haftbefehl war bereits im Jahr 2005 Gegenstand eines Verfahrens vor dem BVerfG, in dem das damalige Umsetzungsgesetz⁶ vom Gericht wegen eines Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 20 Abs. 3, Artikel 16 Abs. 2 und Artikel 19 Abs. 4 GG für nichtig erklärt wurde⁷. Nach der Überarbeitung des Gesetzes war daher im jüngsten Urteil die generelle Umsetzung des Rahmenbeschlusses und dessen Vereinbarkeit mit der Verfassung kein Thema mehr.

III. Der perfekte Fall für ein Grundrechtsgericht

Der aktuelle Fall betrifft die Auslieferung eines US-Amerikaners nach Italien. Der amerikanische Staatsangehörige wurde vom Corte di Appello in Florenz bereits 1992 zu einer 30-jährigen Freiheitsstrafe verurteilt, ohne dass er im Prozess anwesend war. Auf der Grundlage eines Europäischen Haftbe-

fehls wurde er 2014 in Deutschland festgenommen, weshalb die Auslieferung nach Italien ausstand. Der Betroffene machte daraufhin gerichtlich geltend, dass er in einem italienischen Berufungsverfahren keine erneute Beweisaufnahme erwirken könne und dies gegen seine Grundrechte verstieße. Das OLG Düsseldorf erklärte die Auslieferung 2014 jedoch für zulässig⁸. Es hielt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im italienischen Prozess für möglich und sah damit die umfassende Prüfung der gegen den Betroffenen erhobenen Vorwürfe als garantiert an⁹. Um die Auslieferung zu verhindern, beantragte der US-Bürger erfolgreich eine einstweilige Anordnung beim BVerfG. Bis zur Entscheidung der Verfassungsbeschwerde wurde die Auslieferung - durch eine Verlängerung nach Art. 32 Abs. 6 BVerfGG - ausgesetzt¹⁰.

In seiner Verfassungsbeschwerde beruft sich der Kläger vor allem auf die Menschenwürde und das Recht auf ein faires Verfahren nach dem Grundgesetz (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3) und Art. 6 Abs. 3 EMRK¹¹.

Der Fall wirft elementare rechtsstaatliche Fragen auf, weshalb er eine perfekte Ausgangslage für die starke Positionierung eines Grundrechtsgerichts bietet.

IV. Die Entscheidung des BVerfG

Das Gericht sieht die Beschwerde als zulässig und begründet an (1.), was angesichts der Fallgestaltung wenig überrascht.

Die für das Europäische Mehrebenensystem relevanten Fragen betreffen den Weg und die Instrumente des BVerfG. Sie lassen tief in die Praxis der Integrationsschranken blicken (2.) und werfen die Frage nach dem Umfang des *Solange*-Vorbehalts neu auf (3.). Letztlich muss diskutiert werden, ob eine Vorlage zum EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV angemessen oder vielleicht sogar notwendig gewesen wäre (4.).

1. Die Rechtswidrigkeit des OLG-Beschlusses

Hinsichtlich der materiellen Rechtsfragen stützt das BVerfG seine Argumentation vor allem auf den Schuldgrundsatz, welchen das Gericht in der Menschenwürdegarantie und dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes verankert sieht. Damit

¹ BVerfG Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14.

² 2002/584/JI, ABl. L 190/1.

³ In Deutschland umgesetzt durch das Europäische Haftbefehlsgesetz (EuHbG) vom 20. Juli 2006, BGBl. I, 1721.

⁴ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 37, Rn. 9.

⁵ *Sachs*, JuS 2005, S. 931.

⁶ Gesetz v. 21. 7. 2004, BGBl. I, 1748.

⁷ BVerfG Urteil v. 18.07.2005 – 2 BvR 2236/04.

⁸ OLG Düsseldorf Beschluss v. 07.11.2014 – III-3 Ausl 108/14.

⁹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 21.

¹⁰ BVerfG (Fn. 1), Rn. 24.

¹¹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 25.

gehöre der Schuldgrundsatz auch zur unveränderlichen Verfassungsidentität aus Art. 79 Abs. 3 GG¹².

Dieser allgemeine Grundsatz sei gefährdet, wenn die Ermittlung des wahren Sachverhaltes in einem Strafverfahren nicht sichergestellt werden könne. Die Zumessung einer angemessenen Strafe setze die Auseinandersetzung mit der Persönlichkeit des Angeklagten und daher grundsätzlich dessen Anwesenheit voraus¹³. Dieser Grundsatz gelte aber nicht nur bei einem innerstaatlichen Strafprozess, sondern sei ebenso bei der Entscheidung über die Auslieferung zur Vollstreckung eines Strafurteils in einem anderen Staat zu beachten¹⁴.

Das BVerfG stellt hier hohe Anforderungen auf: Zunächst sei den anderen europäischen Staaten bezüglich der Auslieferung grundsätzlich besonderes Vertrauen entgegenzubringen¹⁵. Zudem müssten für die Gefahr menschenrechtswidriger Behandlung begründete Anhaltspunkte vorliegen¹⁶. Im Fall des verurteilten US-Bürgers rügt das BVerfG vor allem, dass die Ermittlungen des OLG „unzureichend“ gewesen seien¹⁷.

Das BVerfG versucht sich hier also durchaus in einem schonenden Ausgleich: Einerseits darf nicht bereits jeder Verdacht einer menschenunwürdigen Behandlung zu einer Ablehnung der Auslieferung führen – dies erfordert vor allem die diplomatische Rücksichtnahme auf die Rechtsstaatlichkeit der anderen EU-Mitglieder und den Grundsatz aus Art. 82 AEUV. Andererseits gilt dieses Vertrauen nicht grenzenlos, auch nicht in der auf Rechtsstaatlichkeit und Menschenwürde fußenden EU.

Es wird zudem klargestellt, dass Klagen auf dieser Grundlage erhöhten Begründungsaufwand des Klägers erfordern, aber bei Vorliegen nachhaltiger Anhaltspunkten auch nicht aussichtslos sind. Das BVerfG vollzieht hier insgesamt eine ansprechende und notwendige Abwägung zwischen Rechtsschutz des Bürgers im Strafverfahren und der (justiziellen) Souveränität der europäischen Mitgliedsstaaten.

2. Rüstzeug im Mehrebenensystem: Die Integrationsschranken

Das BVerfG sieht im vorliegenden Fall die Anforderungen der Identitätskontrolle erstmals als erfüllt an¹⁸. Bevor auf die speziellen Fragen der Zulässigkeit und Kompetenzen des Gerichts eingegangen wird, lohnt ein einordnender Rückblick auf die bisherige Rechtsprechung zur europäischen Integration.

Die Identitätskontrolle stellt seit dem Urteil zur deutschen Zustimmung zum Vertrag von Lissabon eine der Integrations-schranken dar, mit der im Wesentlichen der Kern der Verfassungsidentität aus Art. 79 Abs. 3 GG geschützt wird¹⁹. Dieses

Instrument erhält seinen Anwendungsfall vor allem im Zuge neuer europäischer Verträge: Mittels der Identitätskontrolle kann kontrolliert werden, ob sich Deutschland durch eine Zustimmung zu einem neuen Vertrag seiner Identität beraubt²⁰.

Daneben existiert seit dem *Maastricht*-Urteil die weitaus bekanntere Ultra-Vires-Kontrolle²¹. Der Einzelne kann mittels der Berufung auf Art. 38 GG geltend machen, dass europäische Organe durch Rechtssetzungsakte ihre Kompetenzen überschritten haben und damit die Aufgaben und Befugnisse des Bundestages zu entleeren drohen²². Wenn dies der Fall ist, entfaltet ein Rechtsakt in Deutschland aufgrund der fehlenden Tragfähigkeit des deutschen Zustimmungsgesetzes keine Anwendung²³. Diese Integrationsschranke wurde im Laufe der Zeit modifiziert²⁴ und im *OMT*-Beschluss erstmals konkret angewendet²⁵. Das BVerfG hat dem EuGH gleichzeitig zur Vorabentscheidung vorgelegt, worauf dieser letztes Jahr reagierte²⁶. Eine Antwort des BVerfG steht nach der erfolgten mündlichen Verhandlung noch aus.

Einen weiteren wichtigen Vorbehalt stellt die *Solange*-Doktrin des Gerichts dar: Seit *Solange II* hält sich das Gericht mit einer Kontrolle von europäischen Rechtsakten am Maßstab deutscher Grundrechte solange zurück, wie auf europäischer Ebene ein annähernd gleicher Grundrechtsschutz gewährleistet wird²⁷. Mit diesem Dogma hat das Gericht die Grundrechtsjurisdiktion des EuGH anerkannt. Über die Reichweite der europäischen Grundrechte besteht aber nach wie vor Uneinigkeit und großes Konfliktpotential²⁸.

3. Identitätskontrolle und *Solange*-Vorbehalt

Das Gericht bedient sich im aktuellen Urteil der Identitätskontrolle, um dem Betroffenen den Schutz seiner Menschenwürde über Art. 1 GG zu ermöglichen und wendet diese Integrations-schranke damit zum ersten Mal konkret an. Angesichts der oben dargestellten Rechtsprechung überrascht diese Konstruktion durchaus, verbindet sie doch in bisher nicht gekannter Weise die *Solange*-Doktrin mit der Identitätskontrolle.

Der Weg über die Identitätskontrolle erklärt sich zum einen daraus, dass der *Solange*-Vorbehalt sehr hohe Hürden für den Beschwerdeführer setzt. Der Kläger muss geltend machen, dass der „jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist“²⁹. Mit anderen Worten ist ein Totalversagen des europäischen Grundrechtsschutzes erforderlich.

²⁰ Vielfältig kritisiert, vgl.: *Schönberger*, Der Staat 2009, S. 536; *Schwarze*, EuR 2010, S. 108; *Jestaedt*, Der Staat 2009, S. 497.

²¹ BVerfGE 89, 155.

²² BVerfGE 89, 155 (155).

²³ BVerfGE 89, 155 (188).

²⁴ BVerfGE 126, 286.

²⁵ BVerfG Beschluss v. 14.01.2014 – 2 BvE 13/13, Rn. 36 ff.

²⁶ EuGH *Gauweiler u.a.*, Urteil v. 16.06.2015 – C-62/14.

²⁷ BVerfGE 73, 339 (340).

²⁸ Siehe aus letzter Zeit EuGH *Åkerberg Fransson*, NJW 2013, S. 1415, und die Reaktion des BVerfG in *Antiterrordatei*, NJW 2013, S. 1499, Rn. 91. Dazu Voßkuhle, JZ 2016, S. 161 (163); Ausführlich Masing, JZ 2015, S. 477.

²⁹ BVerfGE 102, 147.

¹² BVerfG (Fn. 1), Rn. 53.

¹³ BVerfG (Fn. 1), Rn. 56.

¹⁴ BVerfG (Fn. 1), Rn. 59.

¹⁵ BVerfG (Fn. 1), Rn. 67.

¹⁶ BVerfG (Fn. 1), Rn. 71.

¹⁷ BVerfG (Fn. 1), Rn. 119.

¹⁸ BVerfG (Fn. 1), Rn. 34.

¹⁹ BVerfGE 123, 267 (353).

Zudem wäre die Anwendung dieses Vorbehalts auch für den Grundrechtsschutz in der Europäischen Union insgesamt ein starkes Signal: Da er prinzipiell nur das Absinken eines generellen Schutzstandards zum Ausgangspunkt hat, würde bei seiner Anwendung dem EuGH demonstriert werden, dass die Karlsruher Richter seine Grundrechtsjudikatur für nicht ausreichend erachten und wieder eigene Prüfungen anstrengen werden. Mit diesem Instrument ist daher zurückhaltend umzugehen, um das sensible System der europäischen Höchstgerichte nicht aus dem Gleichgewicht zu bringen.

Für die Identitätskontrolle hat das BVerfG einen neuen Maßstab der Zulässigkeit entwickelt: „Wird die Verletzung der Menschenwürdegarantie geltend gemacht, so prüft das Bundesverfassungsgericht – ungeachtet der bisherigen Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von Verfassungsbeschwerden und Vorlagen, mit denen die Verletzung in Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschafts- beziehungsweise Unionsrecht gerügt wurde – einen solchen schwerwiegenden Grundrechtsverstoß im Rahmen der Identitätskontrolle.“³⁰

Diesem Zitat kann gar nicht genügend Bedeutung zugemessen werden. Es bedeutet zweierlei: Trotz des *Solange*-Vorbehalts und damit der grundsätzlichen Rücknahme einer Prüfkompetenz, ist eine Identitätskontrolle zum Schutz der Menschenwürdegarantie zulässig vor dem BVerfG. Die Identitätskontrolle wird also zu einer Ausnahme der *Solange*-Doktrin, wodurch diese nicht aufgelöst, aber relativiert wird: Solange die Verfassungsidentität im Hinblick auf den durch Art. 1 GG garantierten Grundrechtsschutz durch die europäische Rechtsordnung gewahrt ist, greift das BVerfG nicht in europäische Hoheitsakte am Maßstab dieses deutschen Grundrechts ein³¹. Zu beachten ist jedoch auch, dass dies für andere Grundrechte zunächst einmal nicht gilt. Das Gericht hat seine Kontrolle bewusst auf die Menschenwürde beschränkt, ansonsten wäre der *Solange*-Vorbehalt auch bedeutungslos geworden.

Das BVerfG bemüht sich intensiv³² darum, diesem Schritt seine Dramatik zu nehmen. Ein Abrücken oder eine große Gefahr für den Anwendungsvorrang des Europarechts sieht es nicht. Das Gericht wiederholt hierbei seine Auffassung, dass der Anwendungsvorrang ohnehin nur soweit reiche, wie das Grundgesetz und das Zustimmungsgesetz diesen vorsehen³³. Vor allem die Verfassungsidentität sei Grenze der supranationalen Ausrichtung des Grundgesetzes³⁴.

Ferner argumentiert das BVerfG, dass „die weitaus überwiegende Zahl der Verfassungs- und Obergerichte der anderen Mitgliedsstaaten“ die Auffassung des Gerichts bezüglich Zu-

ständigkeit und Grenzen des Anwendungsvorrangs teilen³⁵. Die Identitätskontrolle sei darüber hinaus in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV angelegt, also vom Europarecht selbst vorgesehen³⁶.

Diese Argumente sind alle nicht neu, was auch die zahlreichen Verweisungen auf die wichtigen Integrationsurteile *Maastricht* und *Lissabon* belegen. Sie können nicht über die verfassungs- und europarechtlichen Schwierigkeiten hinwegtäuschen, die ein Kompetenzanspruch des BVerfG unverändert darstellt.

Vor allem für Einheitlichkeit und den Vorrang des Unionsrechts ergeben sich durch nationale Kompetenzen immer Gefahren, denn diese Ausgestaltung der europäischen Rechtsordnung ist unerlässlich für ihre Funktionsfähigkeit³⁷. Die Konstruktion des Europäischen Haftbefehls wird durch die aktuelle Entscheidung durchaus infrage gestellt, was diesem Instrument seine Durchsetzbarkeit und damit der Funktionsfähigkeit insgesamt seine Grenzen aufzeigt. Für die einheitliche Durchsetzbarkeit des europäischen Rechts ist dies von elementarer Bedeutung.

Insgesamt wirft dies die Grundfragen des Mehrebenensystems auf: Ist die Europäische Union nun ein „Staatenverbund (...) souverän bleibender Staaten“³⁸ und die Mitgliedsstaaten die „Herren der Verträge“³⁹ oder handelt es sich um eine „neue Rechtsordnung des Völkerrechts (...), zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben“⁴⁰. Dies alles mündet in der Frage, ob der Vorrang aus den Verfassungen und den Zustimmungsgesetzen herrührt, oder aus der EU-Rechtsordnung selbst folgt. Daran bemisst sich, ob nationale Höchstgerichte eine Kompetenz zur Letztentscheidung haben und sogar Ausnahmen vom Anwendungsvorrang anordnen können oder nicht.

Dem Kompetenzproblem lässt sich noch von einer anderen Seite begegnen: Nach wie vor ergibt sich das Problem, dass eine Verletzung oder Gefahr für Grundrechte, mag sie noch so naheliegend und dramatisch sein, nicht automatisch zur Zuständigkeit eines Gerichts führt. Auch bei der vorliegenden Entscheidung liegt die Beobachtung nahe, dass in einem deutschen Verfassungsstaat mit einem hoch angesehenen und kompetenten Höchstgericht ein Grundsatz des „Man-müsste-doch“ vorherrscht. Man müsste doch letztlich überprüfen können, ob europäische Akte sich mit der Verfassung vertragen, zumindest hinsichtlich ihrer absoluten Grundsätze. Darf und soll die Judikatur über europäische Rechtsakte wirklich dem EuGH allein vorenthalten bleiben, wie sich dies aus Art. 19 AEUV auch ergibt?

Dem BVerfG wurden durch Gesetz begrenzte Kompetenzen eingeräumt. Dies hat auch wichtige Gründe: Zum einen entste-

³⁰ BVerfG (Fn. 1), Rn. 34.

³¹ veranlasste bereits die Einordnung des Urteils als *Solange III*, z.B. Hong, The *Solange-III*-Decision of the German Constitutional Court, Verfassungs-Blog, 18. Feb. 2016, unter: <http://verfassungsblog.de/human-dignity-and-constitutional-identity-the-solange-iii-decision-of-the-german-constitutional-court/> (abgerufen am 09.03.2016)

³² Immerhin 14 Randnummern (Rn. 36–50), während die Zulässigkeit sehr kurz festgestellt wird (Rn. 34).

³³ BVerfG (Fn. 1), Rn. 34; BVerfGE 89, 155 (190); E 123, 267 (348 ff.).

³⁴ BVerfG (Fn. 1), Rn. 40.

³⁵ BVerfG (Fn. 1), Rn. 47.

³⁶ BVerfG (Fn. 1), Rn. 44.

³⁷ EuGH Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1270) – *Costa/ENEL*. Ausführlich Haltern, Europarecht, 2. Auflage, Rn. 911 ff.

³⁸ BVerfGE 123, 267 (1. Leitsatz).

³⁹ BVerfGE 123, 267 (349).

⁴⁰ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 (25) – *van Gend & Loos*.

hen funktionale Konflikte mit anderen Hoheitsträgern, vor allem der Exekutive, die auf europäischer Ebene eine große Rolle spielen. Zum anderen stellt sich die Frage der demokratischen Legitimation einer immer fortschreitenden Kompetenz eines Höchstgerichts⁴¹.

Der Rekurs auf Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV ist schließlich wenig überzeugend. Im Rahmen der Wahrung der nationalen Identität ist anerkannt und richtig, dass den mitgliedstaatlichen Verfassungen und der Rechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte zu entnehmen ist, was diese Identität ausmacht⁴². Dies allein führt aber nicht dazu, dass mitgliedstaatliche Gerichte vom Unionsrecht ermächtigt werden, europäische Rechtsakte einer Kontrolle anhand der nationalen Identität zu vollziehen. Als „angelegt“ kann die Identitätskontrolle daher nicht bezeichnet werden.

Insgesamt ist der vorliegende Fall ein deutlich besserer Anknüpfungspunkt, sich zum europäischen Mehrebenensystem zu äußern, da hier ein Grundrechtsgericht einmal wieder in seiner Grund-Kompetenz betroffen ist. Es muss sich nicht an staatsorganisationsrechtlichen Fragen wie in *Lissabon* oder hochkomplizierten finanzpolitischen Problemen wie bei *OMT* abarbeiten – ob es das überhaupt *musste*, ist bei beiden Verfahren stark zu bezweifeln⁴³.

Daran zeigt sich in einem weiteren Aspekt die Stärke dieses Falles: Eine scharfer und konsequenter Schutz des Menschenwürdegehalts lässt sich deutlich besser „verkaufen“ als die Verteidigung von Staatsstrukturprinzipien und wird daher mehr Verständnis hervorrufen. Die Probleme bezüglich der Kompetenzen und Normenhierarchie im Mehrebenensystem kann und darf dies aber nicht kaschieren.

4. Die Vorlage an den EuGH – ein *acte claire*?

Einen weiteren wichtigen Aspekt in diesem Kontext stellt die Frage nach der Vorlagepflicht von Höchstgerichten nach Art. 267 Abs. 3 AEUV dar. Das BVerfG hat in *Honeywell* klargestellt, dass eine Vorlage zum EuGH vor Annahme eines Ultra-Vires-Aktes zwingend ist und sich im *OMT*-Beschluss auch daran gehalten⁴⁴.

Für die Identitätskontrolle bleibt eine solche Pflicht zunächst offen, denn das BVerfG äußert sich hierzu gar nicht grundsätzlich: Im letzten Abschnitt stellt das Gericht sehr kurz dar, dass es sich um einen *acte claire* handle, der eine Vorlage

nicht erfordere⁴⁵. Damit vermeidet das Gericht die grundsätzliche Frage, ob wie im Falle des Ultra-Vires eine Vorlagepflicht besteht.

Die Ausnahmen von der Vorlagepflicht wurden vom EuGH für drei Fälle entschieden: Diese bestehen, wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshof vorliegt oder die richtige Anwendung des Europarechts derart offenkundig ist, dass kein Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Richtigkeit der gestellten Fragen bleibt⁴⁶. Zudem entfällt die Vorlagepflicht, wenn der EuGH in einem gleich gelagerten Fall bereits Vorlagefragen beantwortet hat⁴⁷.

Das BVerfG stellt auf den Fall ab, dass hier keine vernünftigen Zweifel bei der Auslegung des Unionsrechts bestünden⁴⁸. Aber stimmt das? Der EuGH hat in *Melloni* bereits 2013 entschieden, dass die Vollstreckung eines Haftbefehls nicht von der Bedingung abhängig gemacht werden dürfe, dass die in Abwesenheit ausgesprochene Verurteilung im Mitgliedsstaat der Ausstellung des Haftbefehls überprüft werden könne⁴⁹. Der Gerichtshof legt in diesem Urteil Art. 53 der Charta der Grundrechte der EU dahingehend aus, dass ein Mitgliedsstaat die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nicht verhindern könne, um eine etwaige Verletzung von Verfahrensgrundrechten seiner Verfassung zu überprüfen⁵⁰.

Auf diese Grundsätze verweist auch das BVerfG im vorliegenden Urteil. Diese würden die deutschen Hoheitsträger jedoch nicht davon entbinden, die Mindestgarantien aus Art. 1 GG sicherzustellen⁵¹. Eine fundierte rechtliche Grundlage für diese Kompetenz der nationalen Organe bleibt das Gericht allerdings schuldig.

Angesichts dieses Befunds bestehen erhebliche Zweifel, ob der EuGH dem BVerfG im Sinne der *acte claire* ohne Bedenken bei seiner Auslegung zugestimmt hätte⁵². Dabei muss im Blick behalten werden, dass eine Vorabentscheidung zum EuGH den bereits dargestellten Zuständigkeits- und Hierarchieproblemen Abhilfe schaffen kann. Dieser Mechanismus bietet zweierlei Vorteile: *Erstens* wird durch ihn ein Gleichgewicht im Europäischen Gerichtsverbund überhaupt möglich und *zweitens* kann ein mitgliedstaatliches Höchstgericht auf diesem Weg durchaus auf den EuGH einwirken, indem es ihm Denkanstöße und Leitlinien mit auf den Weg gibt. Die Voraussetzung dafür ist die Bereitschaft der nationalen Gerichte zur Vorlage einerseits, sowie die Bereitwilligkeit des EuGH andererseits, die Erwägungen der Vorlagebeschlüsse ernst zu nehmen und richtige und zwingende Überlegungen auch zu übernehmen. Diese wechselseitige Rücksichtnahme würde das europäische Rechtssystem stärken und stabilisieren. Bis diese

⁴¹ Intensiv diskutiert in den USA unter dem Begriff „counter-majoritarian difficulty“, siehe nur *Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, 2. Auflage 1986, S. 16. Nach *Dieter Grimm* ist Amerika von diesem Problem „geradezu besessen“, Konservatismus als Treue zur Verfassung: ein Nachruf auf Antonin Scalia, Verfassungs-Blog, 17.02.2016, unter: <http://verfassungsblog.de/konservatismus-als-treue-zur-verfassung-ein-nachruf-auf-antonin-scalia/> (abgerufen am 10.03.2016).

⁴² *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, Art. 4 EUV, Rn. 22 ff.

⁴³ Zur Kritik an der intensiven Beschäftigung des Gerichts in *Lissabon* mit der Souveränität und einem Europäischen Bundesstaat vgl. *Dreier in Dreier-GG-Kommentar*, 3. Auflage 2015, Art. 79 Abs. 3, Rn. 55 ff. Zur Kritik am *OMT*-Verfahren siehe nur *Heun*, JZ 2014, S. 331.

⁴⁴ BVerfGE 126, 286 (303 f.); BVerfG Beschluss v. 14.01.2014 – 2 BvE 13/13, Rn. 24 ff.

⁴⁵ BVerfG (Fn. 1), Rn. 125.

⁴⁶ EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, S. 3415, Rn. 14 ff. – *CILFIT*.

⁴⁷ EuGH, Rs. 28/62 – 30/62, Slg. 1963, S. 63 – *Da Costa*.

⁴⁸ BVerfG (Fn. 1), Rn. 125.

⁴⁹ EuGH Urteil v. 26.02.2013, Rs. 399/11, Rn. 46.

⁵⁰ EuGH Urteil v. 26.02.2013, Rs. 399/11, Rn. 64.

⁵¹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 78, 82 ff.

⁵² Zur Notwendigkeit einer Vorlage siehe auch *Bilz*, Konfrontation statt Kooperation?, JuWissBlog 15.03.2016, unter: <http://www.juwiss.de/26-2016/> (abgerufen 24.03.2016).

Idealvorstellung erreicht ist bedarf es wohl noch einiger Zeit des Austarierens. Eine weitergehende Wahrnehmung dieser Aufgaben wäre daher ein großer Verdienst des BVerfG für das Rechtssystem der Europäischen Union.

In diesem Fall stellt sich nun aber für das OLG Düsseldorf, an das die Streitigkeit nun zurückverwiesen wurde, die äußerst schwierige Frage, wie es mit dieser unklaren Rechts-Situation umzugehen hat.

V. Fazit

Für das BVerfG stellt diese Rechtssache einen Glücks-Fall im wahrsten Sinne des Wortes dar: Die Verurteilung eines Angeklagten in Abwesenheit zu 30 Jahren Freiheitsstrafe muss angesichts der Grundsätze eines fairen und rechtsstaatlichen Verfahrens unangenehm aufstoßen. Von daher wird es von Beobachtern wohl kaum infrage gestellt werden, ob das BVerfG sich hier angemessen zu den materiell-rechtlichen Fragen äußert.

Dennoch bleibt die Kompetenzwahrnehmung durch das Gericht – so einleuchtend materiell-rechtlich auch argumentiert wird – im Hinblick auf die europäische Ebene problematisch: Der *Solange*-Vorbehalt ist in einem wesentlichen Aspekt eingeschränkt und das Gericht versagt dem EuGH die Möglichkeit im Wege der Vorabentscheidung Stellung zu nehmen. Angesichts des hier vertretenen Idealbilds – einem europäischen Verbund der Gerichte auf der Grundlage gegenseitiger Rücksichtnahme und Beachtung, ⁵³ wäre zumindest letzteres notwendig und zielführend gewesen⁵³. Nur diese Art der Kooperation kann die aufgezeigten Probleme entschärfen.

Matthias Klatt studiert im 8. Semester an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg Rechtswissenschaften mit dem Schwerpunkt „Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht“.

⁵³ Zum Gerichtsverbund finden sich aktuelle Äußerung von BVerfG-Präsident Voßkuhle in JZ 2016, S. 161 (163): „Dieses Verfahren (*Anm.*: Vorabentscheidungsverfahren) sichert die Verpflichtung der innerstaatlichen Gerichte, dem Unionsrecht Vorrang vor entgegenstehendem nationalem Recht einzuräumen, prozedural ab und ist Ausdruck der Verantwortungsteilung in einem Verbund, in dem die Ebenen des Unionsrechts und des nationalen Rechts zusammenhängen“. Und: „Auch das Zusammenspiel des BVerfG mit dem Gerichtshof vollzieht sich im Verbund“.

Der oberste Beamte in Russland und der Ministerpräsident in Deutschland

ein Vergleich der Exekutivspitzen auf der Ebene der Föderationssubjekte und der Bundesländer

*Aleksandr Kuvshinov**

Dieser Artikel ist dem Vergleich des obersten Beamten in Russland mit dem Ministerpräsidenten in Deutschland gewidmet. Analysiert werden die allgemeine Stellung im System der öffentlichen Gewalt, die Befugnisse, die Teilnahme an der Tätigkeit der föderalen Staatsorgane und das Wahl- und Abwahlverfahren. In einer Schlussfolgerung wird das Institut des obersten Beamten in Russland anhand von zwei Grundmodellen staatlicher Organisation (des Bundesstaates und des Zentralstaates) bewertet.

A. Einleitung

Russland ist genau wie Deutschland ein föderaler Staat. Deutschland ist unterteilt in den Bund und sechzehn Länder. Russland gliedert sich in die Föderation – das wäre in Deutschland der Bund – und 85 sog. Föderationssubjekte – vergleichbar mit den Ländern in Deutschland –, deren Liste Art. 65 der russischen Verfassung festlegt. Die Verfassung kennt verschiedene Bezeichnungen der Föderationssubjekte: Es gibt Oblasts (Gebiete), Krajs (Regionen), autonome Kreise, autonome Oblasts, Republiken und Städte mit Subjektstatus.

Die Rechtslage aller Föderationssubjekte ist bis auf kleine Besonderheiten (z.B. sind die Republiken gemäß Art. 68 der russischen Verfassung berechtigt, in ihren Verfassungen eine zweite offizielle Sprache neben Russisch festzulegen) identisch.

Art. 71 und 72 der russischen Verfassung bestimmen Bereiche der ausschließlichen Befugnisse der Föderation und Bereiche der gemeinsamen Regelung von Föderation und Föderationssubjekten. Gemäß Art. 73 der russischen Verfassung dürfen die Föderationssubjekte in allen Bereichen, die in Art. 71 und 72 nicht genannt werden, eigene Gesetze erlassen.

Gemäß Art. 77 der russischen Verfassung wird das System der Staatsorgane in jedem Föderationssubjekt von diesem Subjekt auf Grund der Verfassungsnormen und gemeinsamen Prinzipien des Aufbaus der gesetzgebenden (vertretenden) und vollziehenden Staatsorgane des Föderationssubjekts, die im gleichnamigen Gesetz festgelegt sind¹, bestimmt.

Es sei betont, dass es im russischen Rechtssystem zwei Gesetzesarten unterhalb der Verfassung gibt: das Föderalverfassungsgesetz und das Föderalgesetz. Die Föderalverfassungsgesetze werden nur in den in der Verfassung bestimmten Fällen verabschiedet. Dies sind insgesamt 12 Fälle, die die wichtigs-

ten Verfassungsinstitute umfassen: Referendum, Gerichtssystem, Geschäftsordnung der Regierung, Geschäftsordnung des Parlaments, Verfassungsversammlung, Kriegszustand und Sonderzustand, Ombudsmann, höchste Gerichtinstanzen, Bildungsverfahren des neuen Subjekts, Änderung des Status des Subjekts, staatliche Symbole. Daher gehört das Föderalgesetz vom 06.10.1999 Nr. 184 zu den einfachen Föderalgesetzen.

B. Der oberste Beamte und der Ministerpräsident als Spitze der Exekutive

An der Spitze des Föderationssubjekts steht der oberste Beamte – das Äquivalent zum deutschen Ministerpräsidenten, welchem fast die gleichen Befugnisse zustehen. In diesem Zusammenhang ist es interessant, eine Parallele mit dem Institut des Ministerpräsidenten in Deutschland zu ziehen, da dort die gleichen Prinzipien gelten.

Das Institut des obersten Beamten in Russland ist noch ziemlich jung und ein optimales Model der Institutsorganisation wird noch gesucht. Klar sind die allgemeinen Faktoren der Entwicklung des Instituts, die durch die Verfassungsprinzipien bestimmt sind. Art. 11 der russischen Verfassung legt die Prinzipien von Föderalismus, Demokratie, Rechtsstaat und Republik fest.

In der Russischen Föderation (im Folgenden RF) gehört die Bestimmung der allgemeinen Prinzipien des Aufbaus des Staatsorgans- und Kommunal selbstverwaltungssystems gemäß Art. 72 § 1 Abs. 14 der Verfassung zur gesamten Kompetenz der Föderation und der Föderationssubjekte.

Im Gegensatz zu Deutschland, wo der Status des Ministerpräsidenten in den Landesverfassungen festgelegt wird, sind die Grundlagen des Status des obersten Beamten des Föderationssubjekts in Art. 18 und 19 des Föderalgesetzes vom 06.10.1999 Nr. 184 ziemlich ausführlich geregelt und das Gesetz lässt den Föderationssubjekten wenig gesetzgeberische Freiheit.

In diesem Gesetz gibt es nur die generelle Bezeichnung: „der oberste Beamte des Föderationssubjekts – das Oberhaupt des höchsten exekutiven Organs des Föderationssubjekts“. Unter dem höchsten exekutiven Organ versteht man die Regierung des Föderationssubjekts, die aber auch anders als „Regierung“ bezeichnet werden kann. Art. 18 § 6 des Föderalgesetzes Nr. 184 berechtigt die Föderationssubjekte, andere Bezeich-

¹ Föderalgesetzes vom 06.10.1999 Nr. 184 „Über allgemeine Prinzipien des Aufbaus der gesetzgebenden (vertretenden) und vollziehenden Staatsorgane des Föderationssubjekts in der Russischen Föderation“.

nungen für den obersten Beamten festzulegen und viele Föderationssubjekte machen von diesem Recht auch Gebrauch.

Die Statuten der Föderationssubjekte (darunter auch die Verfassungen der Republiken) kennen andere Bezeichnungen für den obersten Beamten. In Oblasts, Krajs, autonomen Kreisen und autonomen Oblasts heißt der oberste Beamte normalerweise „Gouverneur“, in Republiken „Republikpräsident“ oder „Regierungsoberhaupt“. In Moskau, das eines von drei Stadtsubjekten ist, ist der Titel „Bürgermeister von Moskau“ festgelegt.

Eine ähnliche Situation findet man in Deutschland: Das Grundgesetz kennt nur die Bezeichnung „Ministerpräsident“ als Oberbegriff (Art. 115i Abs. 2), es gibt jedoch auch andere Bezeichnungen in den Landesverfassungen. So haben die Ministerpräsidenten in Berlin, Bremen und Hamburg spezielle Titel aufgrund des besonderen Status dieser Länder als Stadtstaaten: Regierender Bürgermeister in Berlin, Bürgermeister/Präsident des Senats in Bremen und Erster Bürgermeister / Präsident des Senats in Hamburg. Da die Bürgermeisterstelle normalerweise zur kommunalen Ebene gehört, wollen die Verfassungen dieser Bundesländer vermutlich ihren Doppelstatus unterstreichen.

Die Befugnisse des obersten Beamten in Russland sind denjenigen der Ministerpräsidenten in Deutschland ähnlich und umfassen gemäß Art. 18 § 7 des Föderalgesetzes Nr. 184 die Vertretung des Subjekts nach außen, Bildung der Regierung (Ernennung und Entlassung der Stellvertreter, die den Landesministern entsprechen), den Vorsitz der Regierung und die Leitung ihrer Geschäfte sowie die Ausfertigung von Gesetzen. Das Gnadenrecht, welches in Deutschland auch den Ministerpräsidenten in ihrem Zuständigkeitsbereich zukommt, hat in Russland gemäß Art. 89 Abs. 3 Verfassung der Russischen Föderation allerdings ausschließlich der russische Präsident.

Außerdem ist der oberste Beamte des Föderationssubjekts berechtigt, an der Sitzung des Parlaments mit beratender Stimme teilzunehmen und eine außerordentliche Sitzung des Parlaments herbeizuführen. Dies beweist seine dominierende Rolle im System der Staatsorgane im Föderationssubjekt.

Wie der Ministerpräsident in Deutschland, nimmt der oberste Beamte in Russland an der Tätigkeit auf föderaler Ebene teil. Institutionell ist diese Mitwirkung allerdings anders ausgestaltet als die des Ministerpräsidenten in Deutschland. In Deutschland ist der Ministerpräsident als Mitglied der Landesregierung Mitglied des Bundesrates. Der Bundesrat ist das Organ, durch welches die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mitwirken, vgl. Art. 50 GG. Die Mitwirkung der Länder in Russland ist hingegen als „Senatsmodell“ ausgestaltet durch den sog. „Rat der Föderation“. In ihm sitzen gewählte Abgeordnete aus den Föderationssubjekten. Die obersten Beamten sind keine Mitglieder dieses Rates. Sie bilden gem. Art. 7 der Verordnung über den Staatsrat der Russischen Föderation den sog. „Staatsrat“² ein Konsultationsorgan beim Präsidenten³,

welcher diesem auch vorsitzt. Wie Kasakov bemerkt⁴, ermöglicht das den obersten Beamten, die Ausarbeitung der Staatspolitik und wichtige politische Entscheidungen zu beeinflussen. In der RF erfolgt mithin im Unterschied zu Deutschland die Ländervertretung nicht durch die Landesregierung als solche, sondern durch den Obersten Beamten und die Senatoren.

Auch das Institut der Inkompatibilität ist in Russland und Deutschland ähnlich geregelt. Art. 18 § 6 des Föderalgesetzes Nr. 184 verbietet den obersten Beamten die Ausübung einer anderen besoldeten Tätigkeit – erlaubt ist lediglich eine Tätigkeit im schöpferischen oder akademischen Bereich. Es sei betont, dass dieses Institut in Russland zwecks Bekämpfung der Korruption strenger geregelt ist. Die Regierungen der Bundesländer können Ausnahmen zulassen, wenn es um Organe von Unternehmen mit Länderbeteiligung geht (z.B. Art. 34 der Verfassung des Landes Niedersachsen).

C. Die Wahl des obersten Beamten und des Ministerpräsidenten

Gemäß Art. 18 § 3.2 Abs. 2 des Föderalgesetzes Nr. 184 ist jeder russischer Bürger wählbar, der keine ausländische Staatsbürgerschaft und keinen ausländischen Wohnsitz hat und das 30. Lebensjahr vollendet hat.

In Deutschland enthalten nicht alle Landesverfassungen Auswahlkriterien bezüglich der Kandidaten für die Stelle des Ministerpräsidenten. Nur in den Verfassungen von Bremen, Hamburg, Bayern und Baden-Württemberg gibt es entsprechende Regelungen. Hierbei geht die bayerische Verfassung in Art. 44 einen eigenen Weg, um das Amt des Ministerpräsidenten zu normieren: wählbar ist jeder wahlberechtigte Bayer, der das 40. Lebensjahr vollendet hat. In den anderen drei Ländern wird auf das passive Wahlrecht für Landtagsabgeordnete verwiesen.

Fraglich ist, was in den Ländern gilt, die keine Regelungen des passiven Wahlrechts für den Ministerpräsidenten enthalten. Ein Blick ins GG zeigt, dass auch für die Bundeskanzlerwahl keine ausdrücklichen Voraussetzungen für die Wählbarkeit normiert sind. Für die Wahl des Bundeskanzlers soll nach *Pieroth* in Analogie zum passiven Wahlrecht der Bundestagsabgeordneten und des Bundespräsidenten jeder Deutsche, der das aktive und passive Wahlrecht besitzt (§ 12 und § 15 BWahlG), wählbar sein⁵: das heißt wählbar ist jeder Deutsche im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG, der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat und auch nicht vom Wahlrecht ausgeschlossen ist.

Sind in den Landesverfassungen oder Landeswahlgesetzen keine Kriterien festgelegt, so kann – parallel zur Bundesebene

² Dekret des Präsidenten der RF vom 01.01.2000 Nr. 1602 "Über den Staatsrat der Russischen Föderation".

³ Der Staatsrat ist keine Kammer des Parlaments, sondern ein spezielles, beratendes Organ für die wichtigsten Angelegenheiten des Staats.

⁴ Kasakov V.G. Das Institut des obersten Beamten des Föderationssubjekts bei der Reformierung der politischen Verwaltungsbeziehungen: Polit. Dr. Dissertation. – Moskau. – 2004. – S. 171.

⁵ Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., München, 2014, Art. 63 GG, Rn. 1.

– auch hier eine Analogie zu den Auswahlkriterien für die Landtagsabgeordneten gezogen werden.

Zieht man einen Vergleich vom passiven Wahlrecht der Ministerpräsidenten in Deutschland zu den Wählbarkeitsvoraussetzungen des obersten Beamten in den russischen Föderationssubjekten, kann man feststellen, dass das Mindestalter in Deutschland (außer in Bayern liegt dieses unter 30 Jahren) im Vergleich zu Russland niedriger ausfällt. Aus russischer Perspektive ist es merkwürdig, dass die Verfassungen von Bremen und Hamburg kein Ansässigkeitserfordernis festlegen, also auch jeder nicht einheimische Bürger zum Ministerpräsident gewählt werden kann.

Art. 18 § 3 des Föderalgesetzes Nr. 184 normiert zwei zulässige Wahlverfahren, von denen das Föderationssubjekt eines wählen muss. Im ersten Verfahren wird der oberste Beamte des Föderationssubjekts von den auf dem Territorium des entsprechenden Föderationssubjekts wohnenden Bürgern, die ein aktives Wahlrecht haben, gewählt. Das zweite Verfahren sieht vor, dass der oberste Beamte mit der Mehrheit der gesamten Zahl der Abgeordneten des Subjektparlaments gewählt wird und mehrere Wahlgänge zulässig sind. Bei diesem Verfahren werden aber die Wahlergebnisse durch ein Dekret des Präsidenten der RF bestätigt. Man kann mithin feststellen, dass die Legitimation des obersten Beamten regionaler Art ist.

Die Kandidaten für die Stelle des obersten Beamten des Föderationssubjekts werden gemäß Art. 18 § 3 Abs. 3 des Föderalgesetzes Nr. 184 grundsätzlich von den politischen Parteien vorgeschlagen. Jedes Föderationssubjekt kann darüber hinaus auch das Recht zur Selbstaufstellung einführen. In Deutschland kann jeder Abgeordnete eine Kandidatur für die Abstimmung vorschlagen.

Umstritten ist das in Art. 18 § 3 Abs. 4 des Föderalgesetzes Nr. 184 normierte Konsultationsrecht des Präsidenten der RF, welches im zweiten Wahlverfahren – der oberste Beamte wird vom Landesparlament gewählt – gilt. Die Vorschrift sieht vor, dass er die politischen Parteien bezüglich der von ihnen vorgeschlagenen Kandidaten konsultieren darf. Der Präsident der RF bestimmt nach der Prüfung aller Kandidaturen (von jeder Partei bis zu 3 Kandidaturen) drei endgültige Kandidaten. Zwischen diesen Kandidaten darf das Subjektparlament den obersten Beamten wählen – die Kandidaten, die vom Präsident abgelehnt wurden, dürfen bei diesen Wahlen nicht gewählt werden. Ein solches Institut stellt die Entscheidungselbständigkeit des Föderationssubjekts in Frage. Dies zeigt sich auch darin, dass die Verfahrensordnung solcher Konsultationen von den Präsidenten der RF selbst bestimmt wird. Wird der oberste Beamte nach Art des ersten Wahlverfahrens, also direkt von den Bürgern gewählt, hat der Präsident dieses Ablehnungsrecht nicht.

Für beide Wahlverfahren gilt aber: Der zum obersten Beamten gewählte Bürger kann vom Präsidenten der RF des Amtes enthoben werden, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Für die Wahl zum obersten Beamten ist diese Entscheidungsbefugnis aber auch relevant; und das ist bemerkenswert: Der von der Stelle des obersten Beamten vom Präsidenten der RF

enthobene Bürger, darf zwei Jahre lang in keinem Föderationssubjekt als Kandidat für den obersten Beamten aufgestellt werden. Diese Vorschrift ist wie noch gezeigt werden wird insbesondere wegen der unklaren und undeutlichen Amtsenthebungsvoraussetzungen sehr problematisch. Der Präsident kann damit letztlich auch auf zukünftige Wahlen starken Einfluss nehmen.

Bemerkenswert ist auch, dass normalerweise der vom Parlament gewählte Regionschef seine Vollmacht nur während der Legislaturperiode des Parlaments ausüben können sollte. In Russland ist aber kein Zusammenhang zwischen den Wahlperioden des Parlaments und denen des obersten Beamten normiert, weshalb neue Parlamentswahlen keinen Einfluss auf die Amtsperiode eines obersten Beamten haben, der von einem vorherigen Parlament gewählt wurde. Der oberste Beamte wird für max. 5 Jahre gewählt und darf nicht mehr als zwei Wahlperioden nacheinander amtierern. Die konkrete Periode wird im Statut des Föderationssubjektes festgelegt und könnte auch eine kürzere Zeitspanne umfassen, allerdings gibt es kein Föderationssubjekt, welches sich für weniger als 5 Jahre entschieden hat.

Kann kein Kandidat zum obersten Beamten gewählt werden oder wird die Wahl für ungültig erklärt, werden Nachwahlen gemäß Art. 18 § 5.2 des Föderalgesetzes Nr. 184 durchgeführt. Bis zur Wahl des neuen obersten Beamten werden seine Vollmachten von der Person ausgeübt, die der Präsident der RF ernennt (es gibt noch weitere Fälle für die Ernennung von provisorisch Berechtigten durch den Präsidenten).

In allen Bundesländern Deutschlands wird der Ministerpräsident vom Landesparlament gewählt. D. h. vor der Wahl des Ministerpräsidenten finden Landtagswahlen statt. Für die Wahl des Ministerpräsidenten gibt es in den Ländern unterschiedliche Regelungen hinsichtlich der erforderlichen Mehrheit und des Wahlverfahrens. Manche Verfassungen verlangen für die Wahl zum Ministerpräsidenten die Mehrheit der Stimmen der gesetzlichen Mitgliederzahl, in manchen Ländern reicht die Mehrheit der abgegebenen Stimmen aus. Manche Länder modifizieren die Anforderungen an die Wahl für weitere Wahlgänge, wenn eine Wahl im ersten Wahlgang erfolglos war, manche Länder nicht. Manche Verfassungen sehen Fristen vor, innerhalb derer der Ministerpräsident gewählt werden muss⁶, andere Verfassungen kennen solche Fristen nicht.

D. Die Rechtsstellung des obersten Beamten nach seiner Wahl. Wie kann er sein Amt verlieren? Was bedeutet das für dessen Zukunft?

Im Fall des Rücktritts oder im Rahmen des vom Parlament ausgesprochenen Misstrauensvotums darf der Bürger, der die Stelle des obersten Beamten besetzte, als Kandidat für die Wahlen, die kraft dieses Umstands angesetzt wurden, nicht

⁶ Verstreicht die Frist erfolglos, kommt es im Regelfall zur Auflösung des Landtages. In Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen ist der Landtag zwar verpflichtet über die Auflösung zu beschließen, die Abgeordneten können aber auch gegen eine Auflösung stimmen. In dem Fall findet eine neue Wahl des Ministerpräsidenten statt, in der nur noch die einfache Mehrheit erforderlich ist.

aufgestellt werden. Wenn er jedoch die Stelle mehr als ein Jahr besetzte, erhält er dieses Recht nach der Zustimmung des Präsidenten der RF.

Das und einige andere obengenannten Normen bestimmen den großen Grad der Präsidentenkontrolle über das Institut der Wahlen des obersten Beamten des Föderationssubjekts.

Die Vorschrift über die notwendige Unterstützung von 5-10% der Abgeordneten der Kommunalparlamente oder gewählten Gemeindebürgermeister (es geht nur um die Gemeindebürgermeister, die gemäß dem Statut der Gemeinde nicht ernannt, sondern gewählt werden, da beide Verfahren zulässig sind) weist wieder auf den Zusammenhang zwischen dem Amt des obersten Beamten und der Region hin und hebt die Möglichkeit der effektiven Zusammenarbeit mit der kommunalen Ebene hervor.

Art. 18 § 3.2 des Föderalgesetzes Nr. 184 setzt das Verfahren der Wahl des obersten Beamten durch das Parlament des Subjekts fest, wenn das Föderationssubjekt diese Art und Weise der Vollmachterteilung in seinem Statut bestimmt. Es sei betont, dass auch für ein derart demokratisches Institut der sogenannte „Präsidentenfilter“ vorgesehen ist: Die politischen Parteien, die Mandatsträger im Parlament des Subjektes haben, haben das Recht, dem Präsidenten der RF die Kandidaten vorzuschlagen; nach der Behandlung aller Vorschläge bringt der Präsident der RF drei Kandidaten ins Subjektparlament ein, von denen das Parlament einen wählt. Aber vor der Kandidatenaufstellung sollen alle parlamentarischen Parteien auch Konsultationen mit den Parteien, die keine parlamentarische Vertretung haben, durchführen.

Die vorzeitige Beendigung der Wahlperiode des obersten Beamten ist gemäß Art. 19 des Föderalgesetzes Nr. 184 vor allem unter allgemeinen rechtlichen Gründen möglich: Tod, Anerkennung als geschäftsunfähig, begrenzt geschäftsfähig, gestorben oder verschollen durch Gerichtsentscheidung, rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung, Annahme eines ständigen Wohnsitzes im Ausland.

Genau wie der Ministerpräsident in Deutschland endet die Amtszeit des obersten Beamten in Russland auch im Falle des Rücktritts oder des Misstrauensvotums des Parlaments.

Es sei betont, dass es in Russland kein sog. „konstruktives Misstrauensvotum“ wie in Deutschland gibt, d.h. im Rahmen des Misstrauensvotums wird nur der oberste Beamte abberufen. Die Wahl des Nachfolgers ist dann ein getrenntes Verfahren. Die Frage nach der Wahl eines Nachfolgers kann nur nach dem geglückten Misstrauensvotum in die Tagesordnung eingebracht werden. In Deutschland ist ein solches „destruktives“ Misstrauensvotum in keinem Land vorgesehen. Bis zur Wahl des neuen obersten Beamten wird sein Amt von der Person ausgeübt, die der Präsident der RF ernannt.

Russland kennt keine Vertrauensfrage. In Deutschland kann der Ministerpräsident den Antrag ihm das Vertrauen auszusprechen in acht Ländern stellen: Hamburg, Brandenburg, Hessen, Saarland, Sachsen-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein und Thüringen.

Außerdem kann der Präsident der RF gemäß Art. 19 § 1 Abs. 4 des Föderalgesetzes Nr. 184 den obersten Beamten seines Amt wegen des Verlustes des Präsidentenvertrauens oder aufgrund unangemessener Pflichtausübung entheben. Es sei betont, dass es keine Definitionen der Begriffe „Verlust des Präsidentenvertrauens“ und „unangemessene Pflichtausübung des obersten Beamten des Föderationssubjekts“ in der Gesetzgebung gibt. Auf solche Weise können sie von den Präsidenten frei ausgelegt werden.

Der Präsident der RF kann also den obersten Beamten aufgrund politischer Motive seines Amtes entheben. Die Freiheit des Subjektparlaments in der Misstrauensaussprache in Art. 19 §2 des Föderalgesetzes Nr. 184 ist jedoch begrenzt, weil es eine abschließende Regelung der Gründe gibt:

- Exekutivakte, die den geltenden Gesetzen widersprechen;
- Andere grobe Verletzung der geltenden Gesetze;
- unangemessene Pflichtausübung des obersten Beamten des Föderationssubjekts.

Gleichartig ist die Möglichkeit der Abwahl nach Art. 19 § 7 des Föderalgesetzes Nr. 184. Danach können die politischen Parteien, gesellschaftliche Verbände und Gruppen aus mindestens 100 Bürgern vor dem Gericht des Föderationssubjekts den Antrag auf Feststellung stellen, dass bestimmte Gründe vorliegen, die die Abwahl des obersten Beamten durch den Präsidenten der RF erfordern. Die Gründe, deren Vorliegen festgestellt werden kann, sind:

- Verletzung der Gesetze der Föderation oder des Subjekts durch den obersten Beamten oder
- Wiederholte grobe Unterlassung der Pflichten ohne triftige Gründe.

Es kann also festgestellt werden, dass weder das Parlament (anders als in Deutschland) noch die Bürger, noch gesellschaftliche Verbände im Gegensatz zum Präsidenten der RF das Recht haben, den obersten Beamten aus politischen Gründen abzuwählen, wenn sie mit seiner Politik unzufrieden sind. Bemerkenswert ist auch, dass selbst im Fall des möglichen Misstrauensvotums des Parlaments der Präsident der RF die Amtsenthebung verwirklicht. Es zeigt sich also eine starke Verantwortlichkeit des obersten Beamten gegenüber dem Präsidenten der RF und daraus resultierend eine starke Einflussmöglichkeit des Präsidenten der RF in die Tätigkeit des obersten Beamten.

Eine solche Regelung führt dazu, dass das Recht den obersten Beamten zu wählen und das Recht ihn abzuwählen auseinanderfallen. Sowohl aus Gründen der Legitimation, als auch der Zweckmäßigkeit ist aber mit Doktorova zu fordern⁷ dass

⁷ A.A. Doktorova Zur Frage der verfassungsrechtlichen Verantwortung des obersten Beamten des Föderationssubjekts/ К вопросу о конституционно-правовой ответственности высшего должностного лица субъекта Российской Федерации //Journal «Business, management und law». – №2. – 2011. http://www.bmpravo.ru/show_stat.php?stat=828 (31.3.2016).

beide Rechte beim Subjekt liegen sollten, das den obersten Beamten wählt.

E. Eine Bewertung

Zum Schluss soll das dargestellte Institut des obersten Beamten anhand von zwei Grundmodellen staatlicher Organisation bewertet und eingeordnet werden. Das eine Grundmodell soll das eines Bundesstaats sein. Das zweite das eines Zentralstaates.

Für den Bundesstaat typisch ist die Selbständigkeit des Föderationssubjekts und seine Absonderung von der föderalen Ebene. Dieses Idealmodell funktioniert auch in Deutschland. Der Zentralstaat orientiert sich typischerweise mehr auf ein föderales Zentrum und sieht die starke und breite Kontrolle des föderalistischen Zentrums über die Politik der Föderationssubjekte vor.

In Russland ist keines von diesen zwei Idealmodellen in Reinform gesetzlich festgelegt, sondern es wurde eine Art Mischmodell verwirklicht, das aus einzelnen Elementen der zwei Grundmodelle besteht.

Elemente eines typischen bundesstaatlichen Modells sind:

- Die Wahl des obersten Beamten von den Bürgern und das Institut der Wahl durch das Parlament;
- Die Vorschrift über die notwendige Unterstützung der 5-10% von Abgeordneten der Kommunalparlamente oder gewählten Gemeindebürgermeister;
- Die Abwahl durch die Bürger und Quasi-Abwahl durch das Parlament.

Diese Elemente weisen eine große Nähe zum deutschen Modell auf. Es gibt aber im Gegensatz zu Deutschland auch Widersprüche. Die Amtszeit des obersten Beamten, der vom Parlament gewählt wird, ist nicht an die Wahlperiode des ihn wählenden Organs gebunden. Die Möglichkeiten einer Abwahl oder eines Misstrauensvotums sind ziemlich begrenzt und schließen z.B. nicht die Abwahl aufgrund politischer Motive mit ein, obwohl das in den meisten demokratischen Ländern ein wichtiges Instrument des politischen Vertrauens ist. Diese Besonderheiten der aktuellen russischen Regelung weisen darauf hin, dass in Russland nicht das erste Modell in Reinform gewählt wurde.

Zentralstaatliche Elemente finden sich in den ziemlich breiten Befugnissen des Präsidenten der RF bezüglich des obersten

- Die Auswahl der Kandidaten durch den Präsidenten der RF;
- Das Recht des Präsidenten der RF zur Amtsenthebung des obersten Beamten aufgrund politischer Motive;
- Die besonderen Entscheidungsbefugnisse des Präsidenten der RF beim Misstrauensvotum des Subjektparlaments;
- Das Recht des Präsidenten der RF den provisorisch Berechtigten zu ernennen;
- Die Mitgliedschaft der obersten Beamten im Staatsrat.

Jedes von diesen Modellen hat seine Berechtigung und kann effektiv sein, jedoch ist die Herangehensweisen an die Organisation des Instituts des obersten Beamten des Föderationssubjekts der beiden Modelle diametral gegensätzlich. Eine normative Festlegung von beiden Modellen ist gleichzeitig nicht zweckmäßig, weil einige Elemente des einen Modells die Entwicklung des anderen begrenzen würden. Bei der Wahl des optimalen Modells sollten die Prioritäten der staatlichen und gesellschaftlichen Entwicklung sowie historische Erfahrung berücksichtigt werden.

Der Autor ist derzeit Doktorand am Lehrstuhl für Verfassungs- und Kommunalrecht, Institut für Staat und Recht, Staatliche Universität Tjumen, Russland. Der Aufsatz entstand im Rahmen eines Forschungsaufenthaltes am Institut für Öffentliches Recht, Abt. 3 (Staatsrecht), Lehrstuhl Prof. Dr. Dietrich Murswiek der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Beamten des Föderationssubjekts:

- Die Konsultationen des Präsidenten der RF mit den Kandidaten auf die Stelle des obersten Beamten;

Mediation: ein Interview mit Dr. Jan Malte von Bargaen

Sonja Bühler*

Mediation ist eine immer wichtiger werdende Form der Streitbeilegung, gleichzeitig können sich viele Jurastudentinnen und -studenten wenig darunter vorstellen. *Freilaw* hat mit einem praktizierenden Mediator gesprochen. Herr Oberregierungsrat Dr. Jan Malte von Bargaen, LL.M. (University of Michigan) hat seine Erfahrung mit der Mediation sowohl in den USA als auch in Deutschland gesammelt. Er ist zudem als Lehrbeauftragter Mitglied des Leitungsteams des Workshops Mediation, der im Rahmen des Ausbildungsprogrammes Freiburg Legal Clinics angeboten wird und 2012 den Fakultätslehrpreis erhielt. Daneben unterrichtet er im Sommersemester die Vorlesung „Verhandlungslehre und Mediation“.

Freilaw: Können Sie für den mediations-unerfahrenen Leser in kurzen Worten zusammenfassen, was Mediation ist und worin ihre Besonderheiten liegen?

von Bargaen:

Mediation ist ein konsensorientiertes Verfahren zur Konfliktlösung. Alle am Konflikt beteiligten Personen versuchen in der Mediation, eigenverantwortlich und durch Unterstützung des Mediators zu einer Lösung zu kommen, die von allen getragen wird.

Eine Besonderheit würde ich in dem Ansatz des *Harvard Negotiation Projects* sehen, der in dem Buch von Fisher/Ury und später Patton „Getting to yes: Negotiating an agreement without giving in“ beschrieben ist. Er beruht ganz grob gesprochen auf der Überlegung, sich von den unvereinbar gegenüberstehenden Positionen zu lösen und den Fokus auf die dahinter liegenden Interessen und Motivationen zu verschieben. Der Versuch einer Verlagerung des Konfliktes auf eine andere Ebene, die dann letztlich Einigungsräume öffnet, ist aus meiner Sicht bemerkenswert.

Das etwas simple, aber meines Erachtens immer noch beste Beispiel, um diesen Vorgang zu beschreiben, ist das mit den Orangen. Dabei streiten zwei Geschwister um eine Orange, also dem Eigentum daran. Einer gerichtlichen Entscheidung entspräche es, wenn ein Elternteil die Orange dem einen oder anderen Geschwisterkind nach dem Alles-oder-nichts-Prinzip zuspräche. Ein gerichtlicher Vergleich könnte so aussehen, dass der Richter, hier ein Elternteil, die Orange halbiert und jeder eine Hälfte bekäme. Die Mediation dagegen würde versuchen den Konflikt auf die Interessenebene zu verlagern und zu hinterfragen, warum die Geschwisterkinder die Orange überhaupt wollen. Dabei könnte rauskommen, dass ein Kind die Orange will, um Saft zu pressen. Das andere Kind will dagegen die Schale für das Aroma, um einen Kuchen zu backen. Öffnet man, trotz sich zunächst unvereinbar entgegenstehenden Positionen, diesen Lösungsraum, dann werden beide

Geschwisterkinder in ihrem Interesse vollumfänglich befriedigt; wenn ein Kind den ganzen Saft bekommt und das andere Kind die ganze Schale, hat man eine Win-Win-Lösung geschaffen. Das mag zunächst plump klingen, ein derartiger Ausgleich ist aber in vielen Fällen durch diesen Wechsel der Ebenen tatsächlich möglich.

Eine zweite Besonderheit würde ich in der Kreativität der Lösungsfindung sehen. Hat man den Prozess der verschiedenen Phasen der Mediation durchlaufen, dann beginnt im Idealfall sogar ein kreatives Zusammenwirken der beteiligten Konfliktparteien, die ja am besten in der Lage sind, die Situation zu beurteilen und praktikable Lösungen zu finden. Ein plakativer Fall hierfür wäre das Nussbeispiel, in dem es um Probleme mit Schalenresten bei der Technik des automatisierten Knackens von Walnüssen ging. Einer der Beteiligten äußerte den Wunsch, er hätte am liebsten einen Zwerg zur Hand, der die Nüsse einfach von innen „aufhämmern“ könne. So entstand in der weiteren Entwicklung die Idee, die Nüsse von innen mit Druckluft zu öffnen und so die Probleme der Verunreinigungen durch Schalenreste zu minimieren. Aus dieser „Spinnerei“ entstand also tatsächlich im gemeinsamen Weiterdenken eine Lösung. Diese zwei Besonderheiten, meine ich, sind schon sehr wesentlich für die Mediation.

Freilaw: Nach Ihrem Jurastudium in Freiburg haben Sie in Freiburg bei Prof. Dr. Dres. h.c. Stürner zur gerichtsinternen Mediation promoviert sowie einen LL.M. in Michigan absolviert. Was hat Sie bestärkt als Mediator zu arbeiten?

von Bargaen:

Den ersten Kontakt zur Mediation habe ich über den Modellversuch der gerichtsinternen Mediation am Verwaltungsgericht Freiburg bekommen, an dem auch mein Vater beteiligt war. Als ich im Jahr 2003 mit meiner Promotion zur gerichtsinternen Mediation begonnen habe war die Wiederentdeckung und praktische Erprobung der Mediation in einem breiteren Bereich gerade in vollem Gange. Die Frage mit der ich mich beschäftigt habe, war die, wie es gelingen könnte, den Gerichtsprozess und das Mediationsverfahren noch enger zu verknüpfen.

Es war zu beobachten, dass Mediation gemeinhin als gut empfunden wurde, dass es aber zu wenige Anreize zur Mediation gab und die Leute immer noch lieber gleich zu Gericht gingen. Ab 2001 gab es daher Bestrebungen und Modellversuche, die darauf zielten Konflikte, die schon vor Gericht gelandet waren, für die das Verfahren der Mediation aber viel besser geeignet schien, zunächst auf freiwilliger Basis in eine Mediation durch eine nicht zur Streitentscheidung befugte Richterin oder Richter umzuleiten. 2012 mündeten diese Bestrebungen in

der gesetzlichen Verankerung des Güterrichters durch das Mediationsförderungsgesetz.

Im Rahmen meiner Promotion beschäftigte ich mich fünf Jahre mit den rechtlichen Möglichkeiten und Schwierigkeiten dieser gerichtlichen Mediationsmodelle: Zunächst mit Fragen der Zulässigkeit nach der seinerzeit geltenden Gesetzeslage, was meines Erachtens im Wege eines zulässigen Analogieschlusses gelöst werden konnte, aber auch mit dem Vorschlag einer Gesetzesänderung, wie sie dann auch tatsächlich im Mediationsförderungsgesetz durch das Etablieren eines Güterrichters umgesetzt wurde. In der Zwischenzeit habe ich allerdings noch mein Referendariat absolviert. Ich war also zunächst reiner Theoretiker im Thema.

Auch im Workshop Mediation war ich damals schon als Hilfskraft und Theoretiker beteiligt. Irgendwann hatte ich das Gefühl, dass ich genug darüber gelesen, geschrieben und geredet hatte und der Vollständigkeit halber Mediation auch endlich praktisch lernen und selbst praktizieren sollte und wollte.

Da bot sich in Michigan die Möglichkeit. Aufgrund des amerikanischen Gastprofessorenprogramms der Fakultät, damals von Professor Stürmer ins Leben gerufen, das ich eine gewisse Zeit im Rahmen meiner Tätigkeit am Lehrstuhl auch mitorganisieren durfte, hatte ich Kontakte zu amerikanischen Professoren und Universitäten bekommen. Da ich schon immer gerne in die USA gehen wollte, war der LL.M. für mich die logische Konsequenz. Die Verknüpfung zur Mediation bekam ich durch das Clinical-Programm, das an amerikanischen Universitäten deutlich ausgeprägter ist als in Deutschland. An der University of Michigan in Ann Arbor gab es eine Mediation-Clinic, die einerseits eine praktische Ausbildung und Supervisionen anbot und andererseits im Großraum Detroit in Verbindung zu Gerichten und Centern stand, die Mediation praktizierten. In Deutschland gab es das große Problem, dass zwar bereits der Ausbildungsmarkt in Gang gekommen war, aber nur wenig Fälle zur Verfügung standen, schon gar nicht für Anfänger wie mich. Das war in den USA ganz anders. Dort gab es reichlich Mediationsgelegenheiten, so dass ich viele Möglichkeiten hatte, zu üben und zu lernen. Interessanterweise war die Sprachbarriere, die ich zunächst befürchtete hatte, überhaupt kein Problem.

Freilaw: Sehen Sie Unterschiede zur Mediation in den USA und in Deutschland?

von Bargaen:

Vom System her ist es das gleiche Verfahren. In Deutschland sehen wir jedoch in der Mediation eine Möglichkeit, manche Konflikte mit besseren Ergebnissen zu beenden, als das mit den konventionell angebotenen Verfahren, z.B. im Gerichtsverfahren der Fall wäre. Selbst bei Verfahren, die bereits bei Gericht anhängig sind, gibt es meiner Meinung nach eine zu große Anzahl, die besser in der Mediation aufgehoben wäre. Wir versuchen meines Erachtens also durch eine Diversifizierung des Angebotes eine Qualitätssteigerung auch im Bereich der rechtsprechenden Gewalt hinzubekommen, die bereits ein sehr hohes Niveau hat. In Deutschland haben wir eine hohe

Richterichte sowie in meinen Augen ein hohes Rechtsschutzniveau und gewährleisten durch die Prozesskostenhilfe auch den Zugang zu den Gerichten. Ich habe das Gefühl, dass es in den USA bei der Mediation, sei es aufgrund von Armut, Alphabetismus oder der Kosten, die ein gerichtliches Verfahren mit sich bringt, bei der Mediation viel mehr darum geht, überhaupt erst die Gewährung von staatlich begleiteter Konfliktlösung im weiteren Sinne zu gewährleisten. Die Mediation gibt vielen Leuten dort die einzige Chance, Zugang zu einer professionellen Konfliktlösung zu haben.

Diese Einschätzung ist jedoch geprägt dadurch, dass ich im Großraum Detroit meiner Mediationstätigkeit nachgegangen bin, wo aufgrund der großen Armut und der Landflucht eine ganz besondere Situation vorherrscht und man nicht immer das Gefühl hat, im hochentwickelten Amerika zu sein. Dort verweisen Gerichte häufig Fälle an Dispute Resolution Centers, die direkt im Gericht oder in komplizierteren Fällen in den Centern, durch geschulte Freiwillige oft unentgeltlich Mediation für diejenigen anbieten, die sich anderen Rechtsschutz nicht leisten können. Über die Universität war ich in verschiedenen Gerichten und Centern tätig. Diese Einrichtungen helfen dort durch das Mediationsangebot überhaupt erst eine Konfliktlösung auf die Beine zu stellen. Dort stellen sich dann auch ganz andere Fragen, als in einem anwaltlich begleiteten gerichtlichen Mediationsverfahren in Deutschland. Darin sehe ich schon einen erheblichen Unterschied in der Praxis zwischen Deutschland und den USA, obwohl das Mediationsverfahren, wie bereits gesagt, eigentlich das Gleiche ist.

Freilaw: Haben Sie sich auf ein Thema in der Mediation spezialisiert?

von Bargaen:

Aktuell bin ich als Beamter im öffentlich-rechtlichen Bereich insbesondere mit Inhouse-Mediationen beschäftigt. Derzeit mediere ich vor allem Konflikte, die sich innerhalb von Behörden abspielen. Nachdem ich bereits in meiner Zeit im Rechtsamt der Stadt Freiburg eine Mediation versucht hatte, war ich dann zunächst in der Finanzverwaltung tätig. Dort hat die Oberfinanzdirektion Karlsruhe ein sehr fortschrittliches Mediatoren-Programm im Bereich der Teamkonflikte auf die Beine gestellt. Auch bei der Landespolizei, bei der ich derzeit als Verwaltungsleiter und Leiter der Abteilung Recht und Datenschutz in einem Regionalpräsidium tätig bin, gibt es, neben den hauptamtlichen Konfliktberaterinnen und -beratern, ein in meinen Augen sehr vorausschauend konzipiertes Mediatorenteam, das landesweit für hoch eskalierte und hochrangig angesiedelte Konflikte zur Verfügung steht. Ich bin Mitglied dieses Teams, weshalb sich im Moment meine Mediationstätigkeit darauf konzentriert, Konflikte innerhalb der Polizei zu lösen. Diese Konflikte sind zumeist geprägt durch eine hohe, auch emotionale eskalierte Belastung, die Notwendigkeit der weiteren Zusammenarbeit und zahlreiche konfliktträchtige organisatorische Veränderungen. Die Leute müssen jedoch weiter miteinander auskommen. Dadurch entsteht eine gewisse

Sondersituation, die in anderen Konflikten nicht immer so gegeben ist.

Freilaw: Wie häufig sind die Mediationen erfolgreich?

von Bargaen:

Das ist insofern schwierig zu beurteilen, als die Mediation im Grundsatz vertraulich ist und man daher häufig nicht weiß, wo überall Mediationen laufen und ob diese erfolgreich sind. Es gibt jedoch belastbare Zahlen aus gerichtsinternen Mediationen. Dort werden circa 70 % der Fälle, die in die Mediation überwiesen werden, erfolgreich beendet. Das ist eine erstaunlich hohe Zahl. Natürlich ist die gerichtsinterne Mediation auch eine Sondersituation, aber es gelingt seit Jahren, diese 70 % der Fälle zu einem konsensualen Ergebnis zu führen. Freilich steht immer die Frage im Raum, ob man in einem Prozess nicht ein ähnliches Vergleichsergebnis hinbekommen hätte. Insofern ist also die Messbarkeit ein gewisses Problem. Aber die 70 % sind eine belastbare Zahl. Auch bei Mediationen in anderen Bereichen außerhalb der gerichtsinternen Mediation ist meines Wissens ein relativ hoher Anteil erfolgreich. Dabei muss man jedoch auch sehen, dass eine Mediation gar nicht erst angegangen wird, wenn nicht alle Konfliktbeteiligten einverstanden sind oder wenn sich in Vorgesprächen herausstellt, dass eine Mediation nicht funktionieren kann.

Freilaw: Wann wird eine Mediation gar nicht erst angegangen? Was sind Gründe hierfür?

von Bargaen:

Dafür gibt es viele Gründe. Zunächst muss eine Bereitschaft oder Notwendigkeit da sein, den Konflikt zu sehen und ihn eigenverantwortlich lösen zu wollen. Es gibt auch Kontrahenten und Konfliktbeteiligte, die einen Konflikt lieber an einen Anwalt delegieren und mit dem Ergebnis dann leben. Ein weiterer Grund im rechtlichen Bereich ist mit Sicherheit auch die Kostensteuerung. Die Attraktivität von Konfliktlösungssystemen kann man ja beeinflussen, z.B. indem man in den Prozessordnungen Anreize schafft, sie zu nutzen oder nicht. Da gibt es meiner Meinung nach für die Mediation noch Stellschrauben, an denen nachjustiert werden könnte. Manche Rechtsschutzversicherungen übernehmen bereits die Kosten für Mediationen. Diese Übernahme ist ja insoweit mit einem gewissen Risiko verbunden, als Mediationen scheitern können

und Kosten dann trotzdem anfallen. Bei Anwälten kann man mutmaßen, dass oftmals noch gewisse Ressentiments bestehen. Sie vertreten wohl ihren Mandanten lieber vor Gericht, wo sie klare Regeln und einen klaren Kostenrahmen haben, als eine Mediation zu empfehlen, in der sie eine gänzlich andere, mehr beratende Rolle haben als im Rahmen einer streitigen Auseinandersetzung vor Gericht. Auch hier ist sicher noch Optimierungspotential vorhanden.

Freilaw: Wie sehen sie die Zukunft Mediation in Deutschland? Glauben Sie, dass sie in Zukunft häufiger angewandt wird?

von Bargaen:

Auf jeden Fall. Man sieht an den gesetzlichen Entwicklungen, sei es das Mediationsförderungsgesetz, sei es das Umweltverwaltungsgesetz Baden-Württembergs – dort ist jetzt z.B. in § 4 eine Umweltmediation geregelt –, sei es die Richtlinie der EU über die alternative Streitbeilegung in Verbraucherstreitigkeiten – sie wird gerade in nationales Recht umgesetzt –, dass immer mehr auf diese Karte gesetzt wird. Die Ausbildungsstandards, die demnächst geregelt werden sollen, werden die Qualität der Mediation sicherlich zudem weiter verbessern. Auch an der Universität wird sich die Mediation weiter entwickeln. So hat etwa die Legal Clinic unserer Fakultät die Mediation bereits fest im Blick. Ich glaube auch, dass Studierende, die an der Universität schon die Chance genutzt haben mit Mediation in Kontakt zu kommen, etwa im Workshop Mediation, eine Vorstellung davon haben, welche Chancen das Verfahren bietet. Je mehr sich die guten Erfahrungen mit der Mediation herumsprechen, umso mehr wird sich das Verfahren durchsetzen.

Sonja Bühler studiert Rechtswissenschaften im 6. Fachsemester an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Examensklausur: „Schwierigkeiten bei der Flüchtlingsunterbringung“

Dr. Klaus Krebs*

Die Klausur behandelt vor allem aktuelle Fragen des Polizeirechts. Entsprechend ihrem hohen Schwierigkeitsgrad richtet sie sich vor allem an Examenskandidaten. Die Klausur war in leicht abgewandelter Form Gegenstand des Examensklausurenkurses an der Universität Freiburg im Wintersemester 2015/2016.

Sachverhalt:

Die Große Kreisstadt X liegt im baden-württembergischen Landkreis Y. Y ist nach dem Flüchtlingsaufnahmegesetz (FlüAG) zuständig für die vorläufige Unterbringung von Flüchtlingen.

Im Jahr 2015 stieg die Zahl der Asylsuchenden in Y rasant an. Der Landkreis Y steht nunmehr unter enormem Druck. Obwohl Y bereits zahlreiche Leichtbauhallen und große Zelte zur Unterbringung von Flüchtlingen aufstellen ließ, befürchtet der Kreis, dass den in sechs Tagen neu ankommenden Flüchtlingen und Asylbewerbern (ca. 60 Personen) kein Obdach gegeben werden kann. Wie sich die Situation in den darauffolgenden Wochen und Monaten darstellen wird, kann bisher kaum abgeschätzt werden.

In einem Gewerbegebiet von X befindet sich ein seit Monaten leer stehendes Gebäude mit ca. 1500 Quadratmetern Nutzfläche, das der Z-GmbH gehört. Der Landrat (L) von Y verhandelt bereits seit Wochen mit den Geschäftsführern der Z-GmbH über die Anmietung dieses Gebäudes, das sich aufgrund des neu geschaffenen § 246 Abs. 10 BauGB zur Unterbringung von Asylbegehrenden eignet. L ist nicht bereit, den von der Z-GmbH verlangten Mietzins zu bezahlen, da die Forderung mit 15 Euro pro Quadratmeter mehr als das Doppelte der örtlichen Vergleichsmiete (ca. sieben Euro pro Quadratmeter Gewerbenutzfläche) beträgt.

Nachdem die Geschäftsführer der Z-GmbH, die in der Flüchtlingskrise das große Geschäft wittern, auch nach wochenlangen Verhandlungen mit dem Landrat L nicht von ihrer Mietforderung abgerückt sind, verfügt der Landrat L mit Bescheid vom 18.02.2016 die Beschlagnahme des Grundstücks mit dem Gebäude der Z-GmbH für die Dauer von sechs Monaten gegen eine monatliche Entschädigung von sieben Euro pro Quadratmeter Gewerbenutzfläche. Damit das Gebäude bereits in sechs Tagen zur Unterbringung der neu ankommenden Flüchtlinge genutzt werden kann, wird die sofortige Vollziehung der Beschlagnahme angeordnet. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung wird ordnungsgemäß begründet.

Die Z-GmbH, die mit dieser Maßnahme aufgrund der Androhungen des Landrats L schon gerechnet hatte, legt am 19.02.2016 bei Y Widerspruch gegen den Bescheid ein und stellt am 20.02.2016 einen Eilantrag beim zuständigen Verwaltungsgericht. Dabei bringt die Z-GmbH - wie bereits in den

früheren Verhandlungen mit L - jeweils vor, dass eine Beschlagnahme von Grundstück einschließlich Gebäude grob rechtswidrig sei. Das schon deshalb, weil Y noch nicht alle kreiseigenen Turn- und Sporthallen zur Unterbringung von Flüchtlingen nutzt. Es könne auch nicht gleich für die Dauer von sechs Monaten beschlagnahmt werden, da sich die Unterbringungssituation in Y schon in den nächsten Wochen und Monaten wieder entspannen könnte. Der Kreis sei zudem gar nicht zuständig für eine solche Maßnahme, die das Eigentumsrecht der Z-GmbH massiv verletze.

Y erwidert, dass der Kreis als untere Verwaltungs- bzw. untere Aufnahmebehörde sehr wohl eine Beschlagnahme verfügen könne. Anders könne der Kreis die neu ankommenden Flüchtlinge nicht unterbringen. Die Vereine und Schulen des Kreises seien auf die betreffenden Hallen angewiesen. Im Übrigen habe der Landkreis alle zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Unterbringung vor der Beschlagnahme genutzt, selbst Hotelzimmer im Landkreis sind angemietet worden. Lediglich die Zimmer zweier Hotels in Y sind nicht angemietet worden. Das eine Hotel ist jedoch hoch luxuriös, weshalb schon aus Kostengründen von der Anmietung abgesehen wurde. Das andere Hotel ist zwar günstig, doch ist die Inanspruchnahme dieses Hotels für Y von vornherein nicht in Frage gekommen, weil der Betreiber dieses Hotels nicht bereit ist, Zimmer an Asylbewerber zu vergeben.

Bei der Besichtigung des leer stehenden Gebäudes der Z-GmbH in X fiel dem L auf, dass die Z-GmbH die Durchfahrt zu einem angrenzenden Grundstück, das der W-AG gehört, mit einem Blumenkübel versperrt hat. Auf dem Blumenkübel brachte die Z-GmbH, welche die Wegeverbindung zum Grundstück der W-AG fälschlich als Privatweg ansieht, ein Schild mit folgender Beschriftung an:

„Privatgrundstück. Durchfahrt verboten. Durchgang auf eigene Gefahr.“

Eine Nachfrage des L beim Leiter des Straßenverkehrsamtes von Y ergibt, dass dieser Blumenkübel in Wahrheit auf einer öffentlichen Straße steht und der Verkehr darauf durch den Blumenkübel erschwert und gefährdet werden kann. Auch weiß der Leiter des Straßenverkehrsamtes zu berichten, dass sich der Vorstand der W-AG bereits Ende 2015 bei Y über diesen die Durchfahrt versperrenden Blumenkübel beschwert und die Beseitigung des Blumenkübels durch Y begehrt hat. Der Leiter des Straßenverkehrsamtes hatte dieses Begehren mit dem Hinweis zurückgewiesen, dass eine entsprechende Beseitigungsanordnung wegen Verstoßes gegen § 32 Abs. 1 StVO nur durch X gegenüber der Z-GmbH verfügt werden könne; Y sei dafür nicht zuständig.

Aufgabe 1:

Prüfen Sie in einem Gutachten, das - ggf. hilfsgutachterlich - auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ob der Antrag der Z-GmbH Aussicht auf Erfolg hat.

Aufgabe 2:

Prüfen Sie gutachterlich, ob der Leiter des Straßenverkehrsamtes von Y mit seinem Hinweis auf die Zuständigkeit der X Recht hatte.

Bearbeitungshinweise:

In Aufgabe 1 ist nicht auf Vorschriften des Sozialhilferechts sowie des Asylverfahrens- und Asylbewerbergesetzes, in Aufgabe 2 ist weder auf Baurecht noch auf das Straßengesetz für Baden-Württemberg einzugehen.

§ 1 des Gesetzes über Zuständigkeiten nach der Straßenverkehrs-Ordnung (StVOZustG BW) lautet: „Straßenverkehrsbehörden im Sinne von § 44 Abs. 1 der Straßenverkehrs-Ordnung (StVO) vom 16. November 1970 (BGBl. I S. 1565) sind die unteren Verwaltungsbehörden, soweit nicht in diesem Gesetz oder durch Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt ist.“ Vorliegend ist davon auszugehen, dass nichts anderes bestimmt ist im Sinne des § 1 Halbsatz 2 StVOZustG BW.

Lösungsvorschlag:**Aufgabe 1:**

Der Antrag der Z-GmbH hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit des Antrags**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO)**

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Streitgegenstand ist eine Verfügung des Landratsamtes von Y. Diese beruht auf Normen des Polizei- und Ordnungsrechts, welche einseitig Hoheitsträger berechtigen und verpflichten. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt somit vor, die mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit auch nicht-verfassungsrechtlicher Art ist. Schließlich bestehen auch keine abdrängenden Sonderzuweisungen, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

II. Statthaftigkeit des Antrags

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren der Antragsstellerin (vgl. §§ 88 i.V.m. 122 VwGO). Die Antragsstellerin begehrt einstweiligen Rechtsschutz. Dabei läge ein nach § 123 Abs. 5 VwGO vorrangig zu prüfender Fall des § 80 Abs. 5 vor, wenn die angegriffene Maßnahme einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 Satz 1 LVwVfG darstellte und in der Hauptsache die Anfechtungsklage statthaft wäre.

Die Beschlagnahme von Y stellt einen Verwaltungsakt dar. Statthafter Rechtsbehelf hiergegen sind Widerspruch und in der Hauptsache Anfechtungsklage. Die Antragsstellerin begehrt

hier die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs, statthafter Rechtsbehelf ist mithin § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO.

III. Antragsbefugnis (analog § 42 Abs. 2 VwGO)

Die analog § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Antragsbefugnis ist gegeben, wenn die Z-GmbH in der Hauptsache klagebefugt ist. Als Adressatin eines belastenden Verwaltungsaktes kann die Z-GmbH geltend machen, möglicherweise in ihrem Grundrecht aus Art. 14 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG verletzt zu sein. Die Z-GmbH ist mithin antragsbefugt.

IV. Passive Prozessführungsbefugnis

Analog § 78 Abs. 1 VwGO ist der Antrag gegen den Träger der handelnden Behörde zu richten. Das Landratsamt ist einerseits kommunale Behörde, andererseits Staatsbehörde („Janusköpfigkeit der Landratsämter“). Für die Frage, gegen wen der Antrag zu richten ist, kommt es deshalb darauf an, ob das Landratsamt im konkreten Fall in ihrer Eigenschaft als kommunale Behörde oder Staatsbehörde tätig geworden ist (§ 1 Abs. 3 LKrO).

Hier wurde das Landratsamt nach eigenem Vortrag als untere Aufnahme- bzw. untere Verwaltungsbehörde (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 FlüAG) und damit als Staatsbehörde (§ 1 Abs. 3 S. 2 LKrO) tätig. Deshalb liegt die Prozessführungsbefugnis beim Land Baden-Württemberg.

V. Form und Antragsfrist

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist weder form- noch fristgebunden.

VI. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO)

Das Land Baden-Württemberg ist als Gebietskörperschaft ebenso wie die Z-GmbH juristische Person i.S.d. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO; somit sind beide beteiligtenfähig.

VII. Prozessfähigkeit (§ 62 Abs. 3 VwGO)

Für die Z-GmbH als Vereinigung i.S.d. § 62 Abs. 3 Alts. 1 VwGO handeln ihre Geschäftsführer als gesetzliche Vertreter (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Auch für das Land Baden-Württemberg handelt nach § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 1 VertrAnO LReg ein gesetzlicher Vertreter.

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

Ein vorheriger Antrag an die Behörde auf Aussetzung des Sofortvollzugs (§ 80 Abs. 4 VwGO) ist für die Zulässigkeit des Antrags nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 nicht erforderlich. Das ergibt sich aus § 80 Abs. 6 VwGO *e contrario*.

Der Streit, ob für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ein Widerspruch eingelegt sein muss, kann dahinstehen, da hier bereits rechtzeitig (§ 70 Abs. 1 VwGO) Widerspruch gegen die Beschlagnahme eingelegt worden ist.

IX. Zwischenergebnis

Der Antrag der Z-GmbH ist zulässig.

B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag der Z-GmbH auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist (dazu unter I.) und/oder das Vollziehungsinteresse der Verwaltung das Aussetzungsinteresse der Z-GmbH nicht überwiegt (dazu unter II.).

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung des Sofortvollzugs

1. Zuständigkeit (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO)

Zuständig für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist die Ausgangsbehörde und damit die Behörde, die den VA erlassen hat, mithin Y.¹

2. Verfahren (analog § 28 LVwVfG?)

Streitig ist, ob vor Erlass der sofortigen Vollziehung analog § 28 LVwVfG eine Anhörung erforderlich ist. Manche Stimmen² leiten dieses Erfordernis aus dem Rechtsstaatsprinzip ab, andere³ plädieren für eine analoge Anwendung des § 28 LVwVfG. Die wohl herrschende Meinung⁴ lehnt ein Anhörungserfordernis ab, da eine direkte Anwendung des § 28 VwVfG mangels VA-Qualität der Anordnung der sofortigen Vollziehung und eine analoge Anwendung des § 28 VwVfG aufgrund der abschließenden Regelungen in §§ 80, 80a VwGO ausscheidet. Der Streit dürfte hier aber letztlich dahinstehen können, da die Geschäftsführer der Z-GmbH in den langen Verhandlungen mit L ihre rechtliche Haltung zu der später erlassenen Beschlagnahme, mit der sie bereits gerechnet hatten, deutlich machen konnten. Damit ist auch dem Anhörungserfordernis in Bezug auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung Genüge getan (a.A. vertretbar).

3. Begründung (§ 80 Abs. 3 S. 1 VwGO)

Die sofortige Vollziehung wurde laut Sachverhalt ordnungsgemäß begründet. Das Begründungserfordernis des § 80 Abs. 3 VwGO ist somit gewahrt.

4. Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtmäßig (a.A. vertretbar).

¹ Ob die Ausgangsbehörde für den Erlass der Beschlagnahme zuständig war, ist hier nicht relevant. Hierauf kommt es vielmehr erst bei der Frage an, ob die Beschlagnahme formell rechtmäßig war, also erst im Rahmen der Interessenabwägung.

² Siehe etwa Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 20. Aufl. 2014, § 80 Rn. 42.

³ Siehe etwa Nds. OVG, NVwZ-RR 1993, 586.

⁴ Zum Ganzen mit Nachweisen *Funke-Kaiser*, in: Bader u.a., Kommentar zur VwGO, 6. Aufl. 2014, § 80 Rn. 53 f.

II. Interessenabwägung

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hat aus materiellen Gründen Erfolg, wenn das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das Aussetzungsinteresse der Antragsstellerin nicht überwiegt. Wesentlich für diese Interessenabwägung sind die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache. Die Interessenabwägung würde insbesondere dann zu Gunsten der Antragsstellerin ausfallen, wenn sich bei summarischer Prüfung der angefochtene Bescheid als offensichtlich rechtswidrig erweisen sollte.

1. Ermächtigungsgrundlage⁵

Im Flüchtlingsaufnahmegesetz (FlüAG) findet sich keine Spezialermächtigung für eine Beschlagnahme durch die Aufnahmebehörden. Es erscheint jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich die untere Aufnahmebehörde zur Bewältigung ihrer Aufgaben auch auf das Polizeirecht stützen kann. Einem Rückgriff auf das Polizeigesetz dürfte das FlüAG nicht entgegenstehen.

Als Ermächtigungsgrundlage für die Beschlagnahme⁶ von Immobilien kommt in Baden-Württemberg § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG in Frage.⁷

2. Formelle Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme

a) Zuständigkeit des Landratsamtes

Ob das Landratsamt für die Beschlagnahme sachlich zuständig ist, bedarf einer näheren Prüfung.

⁵ In Bremen und Hamburg wurden Ende 2015 spezielle Ermächtigungsgrundlagen für die Beschlagnahme von Immobilien zur Flüchtlingsunterbringung geschaffen (siehe § 26a BremPolG sowie § 14a HmbSOG - kritisch hierzu *Froese*, JZ 2016, 176, 178 ff.). Eine vergleichbare Regelung ist in Baden-Württemberg bislang nicht in Planung.

⁶ In anderen Bundesländern tritt an die Stelle der Beschlagnahme die Sicherstellung. In Baden-Württemberg wird dagegen zwischen Beschlagnahme und Sicherstellung differenziert. Letztere findet ihre Rechtsgrundlage in Baden-Württemberg in § 32 PolG. Diese Rechtsgrundlage kommt hier jedoch nicht in Betracht, da eine Sicherstellung dem Schutz der Sache vor Verlust oder Beschädigung dient; darum geht es vorliegend offensichtlich nicht. Dass auch mit der Beschlagnahme regelmäßig ein Verwahrungsverhältnis an (beweglichen) Sachen begründet wird, steht der Eignung des § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG als Ermächtigungsgrundlage zur Beschlagnahme von Immobilien nicht entgegen, siehe Stephan/Deger, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2014, § 33 Rn. 1 f. sowie Rn. 10 f.

⁷ In den meisten anderen Bundesländern, deren Polizeigesetze im Gegensatz zum PolG BW den Begriff der Beschlagnahme nicht kennen, ist fraglich, ob die Beschlagnahme einer Immobilie auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden kann oder ob die spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage der Sicherstellung heranzuziehen ist (näher hierzu *Fischer*, NVwZ 2015, 1644, 1645; *Froese*, JZ 2016, 176 m.w.N.). In Baden-Württemberg ist dagegen - soweit wie hier im Sachverhalt keine näheren Hinweise auf einen Katastrophenfall i.S.d. § 1 Abs. 2 LKatSG hindeuten (dann käme § 28 LKatSG als Ermächtigungsgrundlage in Betracht) - allein § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG als Ermächtigungsgrundlage heranzuziehen. Entgegen *Böckh*, Publicus 2016, 1, S. 7 ff., handelt es sich bei Art. 13. Abs. 7 GG nicht um eine mögliche Ermächtigungsgrundlage.

aa) Grundsatz ortspolizeilicher Zuständigkeit

Für die Wahrnehmung der polizeilichen Aufgaben sind die Polizeibehörden zuständig, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt (§ 60 Abs. 1 PolG). Allgemein richtet sich die sachliche Zuständigkeit für Gefahrenabwehrmaßnahmen, die auf Grundlage des Polizeigesetzes ergehen, nach § 66 PolG („Zuständigkeit folgt der Ermächtigungsgrundlage“). Gem. § 66 Abs. 2 sind die Gemeinden als Ortspolizeibehörden (§ 62 Abs. 4 S. 1 PolG) sachlich zuständig, soweit nichts anderes bestimmt ist. Nach diesem Grundsatz der ortspolizeilichen Zuständigkeit wäre hier also X für die verfügte Beschlagnahme zuständig.

bb) Ausnahme vom Grundsatz ortspolizeilicher Zuständigkeit?

Fraglich ist, ob hier vom Grundsatz der ortspolizeilichen Zuständigkeit abgewichen werden durfte.

(1) Y beruft sich darauf, dass sie als untere Aufnahmebehörde nach dem FlüAG auch eine Beschlagnahme verfügen könne. Es ist zu prüfen, ob sich eine andere Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit aus dem FlüAG ergibt.

Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 3 FlüAG sind die unteren Verwaltungsbehörden untere Aufnahmebehörden. Untere Verwaltungsbehörde in diesem Sinne ist der Landkreis Y gem. §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 19 Abs. 1 Nr. 1d LVG. Die der vorläufigen Unterbringung dienenden Liegenschaften werden gem. § 8 Abs. 3 S. 1 FlüAG von den unteren Aufnahmebehörden errichtet, verwaltet und betrieben. Das FlüAG sieht zwar nicht ausdrücklich eine andere Bestimmung i.S.d. § 66 Abs. 2 PolG vor, doch könnte durch § 8 Abs. 3 S. 1 FlüAG in der Sache etwas anderes bestimmt sein. Hierfür könnte der Aspekt einer effektiven Gefahrenabwehr sprechen. Da Y für die vorläufige Unterbringung der Asylbewerber zu sorgen hat, scheint es naheliegend, dass auch Y die dafür notfalls erforderlichen Maßnahmen treffen kann. Indessen verlangt § 66 Abs. 2 PolG eine ausdrücklich durch Gesetz oder Zuständigkeitsverordnung geregelte Abweichung vom Grundsatz der ortspolizeilichen Zuständigkeit.⁸ In Baden-Württemberg wurde eine solche bisher bewusst nicht statuiert. Damit besteht auch keine sachliche Zuständigkeit von Y unter dem Gesichtspunkt ihrer Eigenschaft als untere Aufnahmebehörde (a.A. mit näherer Argumentation vertretbar).

(2) Möglicherweise bestand für Y jedoch eine besondere sachliche Zuständigkeit nach § 67 PolG.

§ 67 Abs. 1 sieht eine besondere sachliche Zuständigkeit der zur Fachaufsicht zuständigen Behörde vor, wenn Gefahr im Verzug besteht.

Gefahr im Verzug liegt vor, wenn zur Verhinderung eines drohenden Schadens sofort eingeschritten werden muss, weil ein Abwarten bis zum Eingreifen der an sich zuständigen Behörde den Erfolg der notwendigen Maßnahmen erschweren

oder vereiteln würde. Eine solche Lage ist nach dem Sachverhalt kaum anzunehmen („erst“ in sechs Tagen kommen die neuen Asylbewerber in Y an). Unabhängig davon wäre Y aber auch gar nicht die zuständige Fachaufsichtsbehörde: Gem. § 64 Nr. 3 lit. a PolG führen die Fachaufsicht über die Großen Kreisstädte, zu denen X zählt, die Regierungspräsidien.

Schließlich kommt auch kein Abweichen vom Grundsatz ortspolizeilicher Zuständigkeit nach § 67 Abs. 2 PolG in Betracht, da die Vorschrift nur die Zuständigkeit einer nachgeordneten Polizeibehörde begründen kann; hier hat jedoch statt der an sich zuständigen Ortspolizeibehörde eine übergeordnete Behörde gehandelt.

cc) Zwischenergebnis: Zuständigkeit der X

Damit ist im Ergebnis festzuhalten, dass nicht Y für die Beschlagnahme sachlich zuständig ist, sondern X als Ortspolizeibehörde. Die Organzuständigkeit liegt gem. §§ 62 Abs. 4 S. 2 PolG i.V.m. § 44 Abs. 3 GemO beim (Ober-)Bürgermeister von X.

dd) Rechtsfolge der Unzuständigkeit von Y

(1) Die sachliche Unzuständigkeit von Y würde zur Nichtigkeit der Beschlagnahme führen, wenn die mit dem Verwaltungsakt geregelte Angelegenheit unter keinem sachlichen Gesichtspunkt Bezug zum Aufgabenbereich der handelnden Behörde hatte und dies zugleich offenkundig ist.⁹ Vorliegend ist die Bestimmung der Zuständigkeit aufgrund ihrer Komplexität jedenfalls nicht als offenkundig anzusehen.¹⁰

(2) Eine Unbeachtlichkeit des Mangels der sachlichen Zuständigkeit nach § 46 VwVfG kommt nicht in Frage, da § 46 LVwVfG eine fehlende sachliche Zuständigkeit nicht erfasst, was ein Gegenschluss aus der ausdrücklichen Erwähnung der örtlichen Zuständigkeit in § 46 LVwVfG deutlich macht.¹¹

(3) Die sachliche Unzuständigkeit des Y führt daher zur formellen Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 18.02.2016.

b) Verfahren und Form

Da die Geschäftsführer der Z-GmbH in den langen Verhandlungen mit L ihre rechtliche Haltung zu der später ergangenen Beschlagnahme, mit der sie bereits gerechnet hatten, deutlich machen konnten, dürfte von einer ordnungsgemäßen Anhörung auszugehen sein.

Ein Anhörungsfehler könnte im Übrigen noch im Widerspruchsverfahren nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 LVwVfG geheilt werden.

⁸ Vgl. Belz/Mußmann u.a., Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 8. Aufl. 2015, § 66 Rn. 6 ff.

⁹ Kopp/Ramsauer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, § 44 Rn. 15.

¹⁰ Vgl. hierzu Stephan/Deger, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2014, § 66 Rn. 2: „Maßnahmen einer sachlich unzuständigen Behörde sind in aller Regel nur rechtswidrig und nicht nach § 44 Abs. 1 LVwVfG nichtig, da angesichts der Komplexität des Behördenapparats der Verstoß gegen Zuständigkeitsvorschriften häufig nicht offenkundig ist (...).“

¹¹ Vgl. Kopp/Ramsauer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, § 46 Rn. 23.

3. Materielle Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Eine Sache kann gem. § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG beschlagnahmt werden, wenn dies zum Schutz eines Einzelnen gegen eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit (oder Ordnung) oder zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung erforderlich ist.

Gegenstand der Beschlagnahme können mit Blick auf den offenen Wortlaut sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen sein.¹²

Unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit fallen die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie der Bestand und das Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen.¹³

Die Störung der öffentlichen Sicherheit müsste unmittelbar bevorstehen, der Schadenseintritt muss also sofort oder in allernächster Zukunft nach der allgemeinen Lebenserfahrung als sicher angesehen werden, falls nicht eingeschritten wird.¹⁴ Je höherangiger dabei das gefährdete Rechtsgut und je höher der drohende Schaden ist, desto geringere Anforderungen sind im Rahmen der Prognoseentscheidung an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu stellen („Je-desto-Formel“).¹⁵ Es ist nicht erforderlich, dass diejenigen Personen, denen Obdachlosigkeit droht, bereits individualisierbar sind. Ausreichend ist vielmehr, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die konkret zu erwartenden Flüchtlinge von Obdachlosigkeit betroffen wären.¹⁶

Hier ist die öffentliche Sicherheit gefährdet, da den neu in Y ankommenden Asylbewerbern eine unfreiwillige Obdachlosigkeit droht, wodurch mit Leib und Leben eine Störung herausragende Schutzgüter (Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 1 Abs. 1) betroffen ist.¹⁷

Angesichts der großen Anzahl an Flüchtlingen (ca. 60 Personen), die in sechs Tagen Y erreichen werden, ist auch davon auszugehen, dass ihnen Obdachlosigkeit in allernächster Zeit droht. Es kann und muss von Y zur Abwendung der drohenden Obdachlosigkeit erwartet werden, dass sie rechtzeitig Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung dieser Gefahr ergreift. Da es nicht lediglich um die Unterbringung einzelner Personen geht, sind ggf. umfangreichere Maßnahmen zur Gefahrenabwehr notwendig. Daher dürfen in einer solchen Situation keine überhöhten Anforderungen an die zeitliche Komponente gestellt werden. Denn zur angemessenen Unterbringung einer Vielzahl an Flüchtlingen sind ggf. erhebliche Vorbereitungs- und Umbaumaßnahmen notwendig. Es genügt somit den

Anforderungen des § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG, wenn die Antragsgegnerin Maßnahmen zur Abwehr der Gefahr so rechtzeitig angeht, dass die Gefahr wirksam bekämpft werden kann. Sie muss nicht abwarten, bis Flüchtlinge ankommen, für die keine Unterkunft mehr zur Verfügung steht, und so das Risiko eingehen, dass Maßnahmen der Gefahrenabwehr zu diesem Zeitpunkt zu spät kämen. Es entspricht der Verantwortung der Antragsgegnerin gegenüber den Flüchtlingen, bereits vor Realisierung der Gefahr die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.¹⁸

b) Zeitliche Beschränkung der Beschlagnahme (§ 33 Abs. 4 PolG)

§ 33 Abs. 4 PolG könnte verletzt sein. Die Beschlagnahme wurde auf sechs Monate befristet. Dies entspricht der zeitlichen Obergrenze des § 33 Abs. 4 S. 2 PolG.

Die Z-GmbH hält die Dauer der Beschlagnahme jedoch deshalb für rechtswidrig, weil sich die Unterbringungssituation in Y schon in den nächsten Wochen wieder entspannen könnte

Die Polizeibehörde ist in der Regel jedoch nicht verpflichtet, eine kürzere als die in § 33 Abs. 4 S. 2 PolG vorgesehene Frist zu bestimmen, wenn sich ein etwaiger Wegfall der Beschlagnahmenvoraussetzungen im Zeitpunkt des Erlasses der Polizeiverfügung nicht absehen lässt.¹⁹ Das zeigt die Systematik des § 33 Abs. 4 PolG: Sollte sich später herausstellen, dass sich die Unterbringungssituation in Y tatsächlich entspannt, steht der Z-GmbH aus § 33 Abs. 4 S. 1 PolG ein Rechtsanspruch auf Aufhebung der Beschlagnahme zu. Soweit die Z-GmbH die Zulässigkeit einer Beschlagnahmedauer von sechs Monaten mit dem Argument in Zweifel zu ziehen versucht, dass sich die Unterbringungssituation in Y schon in den nächsten Wochen wieder entspannen könnte, vermag das daher nicht zu überzeugen.

§ 33 Abs. 4 PolG steht der Rechtmäßigkeit der Verfügung mithin nicht entgegen.

c) Inanspruchnahme der Z-GmbH als Nichtstörerin (§ 9 Abs. 1 PolG)

Da die Z-GmbH für die unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit nicht verantwortlich²⁰ ist, ist zu prüfen, ob die strengen Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes nach § 9 Abs. 1 PolG gegeben sind. Ein polizeilicher Notstand liegt immer dann vor, wenn die rechtzeitige Bekämpfung einer unmittelbar bevorstehenden oder bereits eingetretenen Störung der öffentlichen Sicherheit weder durch die Heranziehung eines Störers noch auf andere Weise, insbesondere durch den Einsatz eigener Mittel der zuständigen Behörde, möglich ist.

¹² Vgl. Zeitler/Trumit, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2013, Rn. 488 m.w.N.

¹³ Schoch, Jura 2006, 664, 667; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 53.

¹⁴ Zeitler/Trumit, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2013, Rn. 481 m.w.N.

¹⁵ Siehe allgemein hierzu Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005 (Neuaufgabe im Erscheinen), Rn. 417 sowie speziell zur Fallkonstellation Fischer, NVwZ 2016, 168, 169.

¹⁶ VG Lüneburg, Beschl. v. 9.10.2015, Az. 5 B 98/15, Rn. 15.

¹⁷ Vgl. Fischer, NVwZ 2015, 1644, 1645.

¹⁸ Siehe zum Ganzen VG Lüneburg, Beschl. v. 9.10.2015, Az. 5 B 98/15, Rn. 15; zustimmend Fischer, NVwZ 2015, 1644, 1646.

¹⁹ VGH BW, NVwZ-RR 1990, 476.

²⁰ Selbst wenn die Mietforderung der Z-GmbH als Mietwucher eingeordnet wird (siehe hierzu im Einzelnen Ellenberger, in: Palandt, 75. Aufl. 2016, § 138 Rn. 76), ist die Z-GmbH nicht Handlungsstörerin, da bei der angezeigten normativen Wertung des Begriffs der (unmittelbaren) Verursachung festzustellen bleibt, dass die Z-GmbH nicht für die Unterbringung der Flüchtlinge verantwortlich ist und damit auch nicht die drohende Obdachlosigkeit verursacht i.S.d. § 6 PolG.

Die Heranziehung des privaten Gebäudes der Z-GmbH zur Unterbringung von Obdachlosigkeit bedrohter Asylbewerber kann auch mit Blick auf Art. 14 Abs. 1 GG²¹, auf den sich die GmbH nach Art. 19 Abs. 3 GG berufen kann (das Eigentumsrecht ist auch für eine Kapitalgesellschaft wesenseigen),²² nur dann in Betracht kommen, wenn die Behörde alles ihr Mögliche und Zumutbare getan hat, um die Gefahr auf andere Weise zu beseitigen.²³ Was möglich und zumutbar in diesem Sinne erscheint, muss nach einer auf den konkreten Einzelfall bezogenen Prüfung entschieden werden. Hier kommen insoweit die vorrangige Anmietung der Immobilie der Z-GmbH und die des Luxushotels (aa) sowie die Inanspruchnahme aller Turn- und Sporthallen von Y (bb) in Betracht.

aa) Vorrangige Nutzung anderer privater Gebäude zu exorbitanten Kosten?

Sowohl das Luxushotel in Y als auch das Gebäude der Z-GmbH könnten prinzipiell angemietet werden, allerdings jeweils nur zu sehr hohen Kosten.

Vor diesem Hintergrund stellt sich vor allem die Frage, ob es rechtlich statthaft ist, privates Eigentum zur Unterbringung von Flüchtlingen zu beschlagnahmen, wenn der Eigentümer zum Abschluss eines Mietvertrages prinzipiell bereit ist.

Vor allem in der älteren Rechtsprechung ging man davon aus, dass fiskalische Erwägungen im polizeilichen Notstand unmaßgeblich bleiben müssten und damit nicht den Weg der Inanspruchnahme als Nichtstörer ebnen könnten.²⁴

Dies ließe jedoch unberücksichtigt, dass Y an das Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung gebunden ist (§ 77 Abs. 2 GemO i.V.m. § 48 LKRö). Auch wenn rein fiskalische Aspekte grundsätzlich nicht zur Inanspruchnahme unbeteiligter Dritter führen dürfen,²⁵ muss das Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsprinzip im Rahmen der Zumutbarkeit dergestalt Berücksichtigung finden, dass sich der Hoheitsträger auf Angebote zu außergewöhnlichen bzw. extrem hohen Kosten nicht verweisen lassen muss.²⁶

Dieses Verständnis lässt sich auch mit Art. 14 Abs. 1 und 2 GG vereinbaren. Im Rahmen der erforderlichen Abwägung zur Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 ist die in Art. 14 Abs. 2 geregelte Sozialpflichtigkeit des Eigentums zu beachten, und der Umstand, dass der Eigentümer

für den Notstandseingriff eine Entschädigung nach § 55 PolG erhält.

Nach diesem Maßstab wären sowohl die Kosten für die Anmietung eines Luxushotels als auch die Anmietung des Gebäudes der Z-GmbH zu den von ihr verlangten Konditionen, die über das Doppelte der ortsüblichen Vergleichsmiete hinausgehen, als außergewöhnlich bzw. extrem einzuordnen. Ein Eingehen auf diese Angebote ist Y nicht zumutbar. L hat auch bereits Wochen mit den Geschäftsführern der Z-GmbH verhandelt. Er hat damit für Y alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, um einen günstigeren Mietzins auszuhandeln. Die prinzipielle Möglichkeit der Anmietung des Luxushotels und des Gebäudes der Z-GmbH stehen der Inanspruchnahme der Z-GmbH als Nichtstörerin daher nicht entgegen (a.A. vertretbar).

bb) Vorrangige Nutzung kreiseigener Turn- und Sporthallen?

Fraglich ist, ob eine Inanspruchnahme der Z-GmbH als Notstandstörerin möglich erscheint, obwohl Y bisher nicht alle in seinem Eigentum stehende Turn- und Sporthallen zu Flüchtlingsunterkünften umgewidmet hat.

Ob öffentliche Gebäude, deren Zweckbestimmung nicht in der Unterbringung von Menschen liegt, eine Unterbringungsmöglichkeit „auf andere Weise“ i.S.d. polizeilichen Notstands (§ 9 Abs. 1 PolG) darstellt, ist umstritten.

Nach einer Ansicht²⁷ ist das regelmäßig zu verneinen. Es könne keine Rede davon sein, dass das Interesse von Schulkindern an der Erteilung von Sportunterricht oder das Interesse der Allgemeinheit daran, dass eine Verwaltung ihre Aufgaben ordnungsgemäß und zügig erledigt, von vornherein gegenüber den Interessen des Privateigentümers mit seiner Verfügungsgewalt über sein Eigentum zurückzutreten hat.²⁸

Danach wäre Y nicht verpflichtet, Turn- oder Sporthallen in kommunalem Eigentum, die unter anderem dem Schulsport gewidmet sind, zu Gemeinschaftsunterkünften umzuwidmen.

Die Gegenansicht²⁹ gesteht zwar zu, dass die Beherbergung von Flüchtlingen in einer Turn- oder Sporthalle gewichtige Nachteile mit sich bringt. Wenn durch die Inanspruchnahme von Sporthallen zur Unterbringung von Flüchtlingen Sportvereine und Schulen in ihren Aktivitäten eingeschränkt werden, sei dies jedoch unter Umständen kurzzeitig aus Gründen der Gefahrenabwehr hinzunehmen. Die Nutzung jeglicher angemessener Unterbringungsmöglichkeiten, die ohne Eingriff in das Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG verfügbar sind, seien der Beschlagnahme von Privateigentum vorzuziehen. Das gelte auch für die Nutzung von Sporthallen. Eine solche Nutzung sei für einen begrenzten Zeitraum hinzunehmen, da die zuständige Behörde zur Abwehr der Gefahr einer akuten

²¹ Die Polizeigesetze gehören zu den Gesetzen, die den Inhalt und die Schranken des Eigentums bestimmen (Art. 14 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GG). Auch die Beschlagnahme zur Flüchtlingsunterbringung ist verfassungsrechtlich als Inhalts- und Schrankenbestimmung zu verstehen, vgl. *Froese*, JZ 2016, 176, 177.

²² *Sodan*, in: *Sodan*, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 19 Rn. 20.

²³ OVG Niedersachsen, NVwZ 2016, 164, 166 mit krit. Anm. *Fischer*.

²⁴ Siehe beispielhaft OVG NRW, OVG 14, 265, 270 ff.; weitere Hinweise bei *Froese*, JZ 2016, 176, 182 f.

²⁵ Daher sind Beherbergungsbetriebe auch dann anzumieten, wenn diese Lösung im Verhältnis zur Beschlagnahme und zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung kostenintensiv sein mögen, siehe OVG Saarland, Beschl. v. 14.4.2014, Az. 1 B 213/14, Rn. 7 m.w.N. Die Grenze der Zumutbarkeit ist erst bei exorbitanten Mietpreisforderungen erreicht. Ob die Höhe exorbitant ist, lässt sich nur im Einzelfall entscheiden.

²⁶ Siehe hierzu mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur: *Fischer*, NVwZ 2015, 1644, 1647.

²⁷ OVG Schleswig-Holstein, NJW 1993, 413 f.

²⁸ OVG Schleswig-Holstein, NJW 1993, 413; zustimmend *Ruder/Schmitt*, Polizeirecht Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2011, Rn. 337a; *Stephan/Deger*, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2014, § 9 Rn. 7.

²⁹ OVG Niedersachsen, NVwZ 2016, 164 ff. sowie die Vorinstanz VG Lüneburg, Beschl. v. 9.10.2015, Az. 5 B 98/15, Rn. 33.

Obdachlosigkeit nicht eine wohnungsmäßige Vollversorgung zu gewährleisten hat, sondern die Maßnahme darauf gerichtet sein muss, den von Obdachlosigkeit bedrohten Personen vorübergehend eine den Mindestanforderungen an eine menschenwürdige Unterbringung genügende Unterkunft zu stellen.

Letztere Ansicht erscheint jedenfalls im vorliegenden Fall vorzugswürdig, weil auch die Immobilie der Z-GmbH nicht zur Unterbringung von Menschen bestimmt ist, sondern - genau wie die entsprechenden Turn- und Sporthallen von Y - erst zu einer menschenwürdigen Unterbringungsmöglichkeit umfunktioniert werden müsste. Sind das entsprechende öffentliche Gebäude und das Privatgebäude, das beschlagnahmt werden soll, in ihrer für die Unterbringung maßgeblichen Funktionalität vergleichbar geeignet, dürfte die Bekämpfung der unmittelbar bevorstehenden Störung der öffentlichen Sicherheit durch die vorrangige Heranziehung des öffentlichen Gebäudes abzuwehren sein. Demnach sind die Voraussetzungen zur Inanspruchnahme der Z-GmbH als Nichtstörerin gem. § 9 Abs. 1 PolG vorliegend nicht erfüllt.

Die Beschlagnahme erweist sich damit auch als materiell rechtswidrig.

c) Ermessensbetätigung von Y

Schließlich könnte die Beschlagnahme auch an einem Ermessensfehler leiden, da Y von seinem bei der Auswahl unter verschiedenen Nichtstörern eingeräumten Ermessen nicht fehlerfrei Gebrauch gemacht hat. Welcher von mehreren in Betracht kommenden Unbeteiligten heranzuziehen ist, hat die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen (vgl. § 40 LVwVfG) zu entscheiden. Als Ermessensfehler kommen grundsätzlich ein Ermessensnichtgebrauch, eine Ermessensüberschreitung und ein Ermessens Fehlgebrauch in Frage.

Ein Hotel ist für Y nicht als Alternative zur Inanspruchnahme der Räume der Z-GmbH in Frage gekommen, weil der Betreiber dieses Hotel nicht bereit ist, Zimmer an Asylbewerber zu vergeben. Hierin könnte ein Ermessens Fehlgebrauch liegen.

Die fehlende Bereitschaft zur Vermietung ist kein zulässiges Auswahlkriterium, denn auch die Z-GmbH ist als Nichtstörerin jedenfalls zu den von L verlangten Bedingungen nicht zur Vermietung bereit.³⁰ Auch eine Beschlagnahme dieses Hotels scheidet bei zutreffender Betrachtung nicht von vornherein aus. Indem Y die Inanspruchnahme des Hotels gleichwohl direkt ausgeschlossen hat, leidet der Bescheid vom 18.02.2016 auch an einem Ermessensfehler.³¹

d) Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist zwar formell rechtmäßig. Doch verletzt die formell (a.A. vertretbar) und materiell fehlerhafte Beschlagnahme die Z-GmbH in ihrem

Recht aus Art. 14 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG. Eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache ergeben damit, dass das Suspensivinteresse der Z-GmbH das Interesse von Y an der sofortigen Vollziehbarkeit überwiegt.

III. Gesamtergebnis

Der Antrag der Z-GmbH ist somit zulässig und begründet. Er wird daher Erfolg haben.

Aufgabe 2:

Der Leiter des Straßenverkehrsamtes von Y hat mit seinem Hinweis Recht, wenn X für eine Beseitigungsverfügung sachlich zuständig wäre.

Wegen des bereits oben erwähnten Grundsatzes, dass die Zuständigkeit der Ermächtigungsgrundlage folgt, ist diese zunächst zu klären.

I. Rechtsgrundlage für die Beseitigungsanordnung

1. § 32 StVO

Als solche kommt zunächst § 32 StVO in Betracht. Danach ist verboten, Gegenstände auf Straßen zu bringen oder dort liegen zu lassen, wenn dadurch der Verkehr gefährdet oder erschwert werden kann. Wer für solche verkehrswidrigen Zustände verantwortlich ist, hat diese unverzüglich zu beseitigen und diese bis dahin ausreichend kenntlich zu machen.

Wie dieses Ver- und Gebot durchzusetzen ist, sagt die StVO indes nicht. Zwar kann eine Verletzung des § 32 Abs. 1 StVO gem. § 24 Abs. 2 StVO mit einer Geldbuße geahndet werden, da das Bereiten von verkehrswidrigen Zuständen gem. § 47 Abs. 1 Nr. 27 StVO eine Ordnungswidrigkeit darstellt. Im Übrigen ermächtigt § 32 Abs. 1 StVO jedoch nicht zum Einschreiten der zuständigen Behörde gegen den Störer.³²

2. § 44 StVO

§ 44 Abs. 1 StVO scheidet als bloße Zuständigkeitsregelung von vornherein als Ermächtigungsgrundlage aus.³³

Nach § 44 Abs. 2 S. 1 StVO ist die Polizei befugt, den Verkehr durch Zeichen und Weisungen und durch Bedienung von Lichtzeichenanlagen zu regeln. Diese Vorschrift kommt jedoch nicht als Ermächtigungsgrundlage für die hier in Rede stehende Beseitigungsanordnung in Frage, bei der es sich nicht um eine bloße Verkehrsregelung durch Zeichen oder Weisungen handelt, sondern um eine gefahrenabwehrrechtliche Ordnungsmaßnahme.

Schließlich enthält der Sachverhalt auch keine Hinweise darauf, dass Gefahr im Verzug (siehe dazu näher bereits oben) besteht. Folglich scheidet auch § 44 Abs. 2 S. 2 StVO als Ermächtigungsgrundlage aus.

³⁰ Vgl. OVG Schleswig-Holstein, NJW 1993, 413 f.

³¹ Darüber hinaus konnte ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das eine eigene Ermessensgrenze darstellt (vgl. § 5 PolG), geprüft und bejaht werden. Diese Prüfung wurde in der Sache aber bereits im Rahmen des § 9 PolG vorgenommen.

³² Vgl. BVerwG, Urt. v. 20.10.2015, Rn. 14.

³³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 20.10.2015, Rn. 13.

3. §§ 1, 3 PolG i.V.m. § 32 Abs. 1 StVO

Die StVO enthält mithin eine Lücke hinsichtlich der Verfügungsermächtigung zur Beseitigung des nach § 32 Abs. 1 StVO verkehrswidrigen Zustandes. Diese Lücke kann durch einen Rückgriff auf das Polizeirecht geschlossen werden.³⁴ Hier kann die polizeiliche Generalklausel nach §§ 1, 3 PolG als Rechtsgrundlage für die Beseitigungsanordnung herangezogen werden.³⁵

II. Sachliche Zuständigkeit

Problematisch ist die Frage, nach welchen Vorschriften sich die Zuständigkeit einer Behörde richtet, wenn die Gebots- oder Verbotsnorm aus einem Spezialgesetz (hier: StVO) stammt, die Verfügung mangels spezialgesetzlicher Ermächtigungsgrundlage aber auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden muss.

1. Zuständigkeit nach Polizeigesetz

Folgt man abermals dem Grundsatz, dass die Zuständigkeit der Ermächtigungsgrundlage folgt, so wäre hier X wiederum als Ortspolizeibehörde gem. § 66 Abs. 2, § 62 Abs. 2, § 68 Abs. 1 PolG sachlich und örtlich zuständig.

2. Zuständigkeit nach Straßenverkehrsrecht

Doch fragt sich, ob dieser Grundsatz bei einem Verstoß gegen § 32 Abs. 1 StVO eine Ausnahme zu erfahren hat, da die StVO spezialgesetzliche Vorschriften zur Zuständigkeit der zur Ausführung der StVO zuständigen Straßenverkehrsbehörden enthält.

Diese Frage wurde in der Rechtsprechung des VGH BW bislang unterschiedlich beurteilt.

Während der 5. Senat des VGH BW³⁶ davon ausging, dass bei einem Verstoß gegen § 32 StVO die Zuständigkeit für eine Beseitigungsanordnung bei der Ortspolizeibehörde liege, ging der 1. Senat des VGH BW³⁷ von einer Zuständigkeit der Straßenverkehrsbehörde aus. Letzterer Ansicht schloss sich das Bundesverwaltungsgericht jüngst an.³⁸ Danach sei es Wille des Verordnungsgebers, dass im Anwendungsbereich der StVO stets nur die Straßenverkehrsbehörde tätig werden darf, auch wenn diese zur Durchsetzung des § 32 StVO auf die polizeiliche Generalklausel zurückgreift. Das ergibt sich vor allem aus der gesetzessystematischen Erwägung, dass die Straßenver-

kehrsbehörden auch für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten wegen Verstoßes gegen § 32 StVO sowie für die Erteilung von Ausnahmen gem. § 48 Abs. 1 Nr. 8 StVO i.V.m. § 32 StVO zuständig sind. Zur Wahrung des Gleichlaufs mit diesen Zuständigkeiten lässt § 44 Abs. 1 Satz 1 StVO, auch wenn die Ermächtigungsgrundlage für das behördliche Handeln der polizeilichen Generalklausel entnommen werden muss, keinen Raum für die Anwendung der Zuständigkeitsregelungen des Polizeigesetzes. Andernfalls käme es zu einer Zersplitterung der Zuständigkeiten. Auch der offen formulierte Wortlaut des § 44 Abs. 1 StVO („Zuständig zur Ausführung dieser Verordnung“) spricht dafür, von dem Grundsatz, dass die Zuständigkeit der Ermächtigungsgrundlage folgt, hier eine Ausnahme zu machen.

3. Streit kann offenbleiben

Für den vorliegenden Fall wirken sich die unterschiedlichen Ansichten im Ergebnis nicht aus, da X nicht nur als Ortspolizeibehörde gem. § 66 Abs. 2 PolG zuständig wäre, sondern auch als Straßenverkehrsbehörde: Die sachlich zuständigen Straßenverkehrsbehörden i.S.d. § 44 Abs. 1 StVO sind gem. § 1 des Gesetzes über die Zuständigkeit nach der Straßenverkehrs-Ordnung (StVOZustG BW) die unteren Verwaltungsbehörden; untere Verwaltungsbehörde ist gem. § 15 Abs. 1 Nr. 1 LVG die X als Große Kreisstadt, da sich insoweit kein Abschluss in § 19 LVG finden lässt.

III. Ergebnis

Der Hinweis des Leiters des Straßenverkehrsamtes ist korrekt. X ist für eine Beseitigungsanordnung zuständig; Y ist es nicht.

Der Autor ist Regierungsrat in der Innenverwaltung Baden-Württemberg und leitet derzeit das Kommunal- und Prüfungsamt des Landratsamtes Emmendingen.

³⁴ Siehe hierzu VBIBW 2010, 406, 407 m.w.N.

³⁵ Näher BVerwG, Urt. v. 20.10.2015, Az. 3 C 15.14, Rn. 15.

³⁶ VGH BW, Urt. v. 30.4.2008, Az. 5 S 2858/06.

³⁷ VGH BW, ESVGH 65, 191 f. = VBIBW 2015, 296 ff.; so auch bereits der 12. Senat mit ausführlicher Begründung zu einer vergleichbaren Konstellation, vgl. VGH BW, Urt. v. 5.10.1995, Az. 12 S 3282/94.

³⁸ BVerwG, Urt. v. 20.10.2015, Az.: 3 C 15.14.

Der Kampf von Recht gegen Macht

Michael Angelo Musmanno

Sarah Baukelmann*

Der amerikanische Jurist *Michael Angelo Musmanno* (1897-1968) engagierte sich zeitlebens mit Kampfgeist gegen politischen Extremismus. In Deutschland ist Michael A. Musmanno vor allem aufgrund seiner wichtigen Rolle während der Nürnberger Prozesse bekannt.

Bei den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen war Musmanno an insgesamt drei Fällen beteiligt: Fall II gegen Generalfeldmarschall Erhard Milch, dem Mittäterschaft an diversen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorgeworfen wurden. Er wurde zu lebenslanger Haft verurteilt, 1954 aber vorzeitig entlassen und verstarb 1972. Des weiteren war Musmanno an Fall IV beteiligt, dem Prozess gegen die Wirtschafts- und Verwaltungshauptämter der SS, in dem von 18 Angeklagten vier zum Tode verurteilt wurden. Hier nahm Musmanno als Beisitzer teil. Schließlich war er Vorsitzender Richter bei Fall IX von September 1947 bis April 1948 gegen die deutschen Einsatztruppen, in dem vierundzwanzig Angeklagten eine Million Morde zur Last gelegt wurden.¹

1947 beordnete Harry S. Truman, damaliger Präsident der Vereinigten Staaten, Musmanno zu Prozessbeginn als „official observer“ nach Nürnberg.²

Bevor Musmanno nach Deutschland kam, hatte er bereits eine sehr erfolgreiche Karriere als Jurist in den USA hinter sich. So bezeichnete Eleanor Roosevelt ihn als „leidenschaftlich engagiert um das Wohlergehen der sozialen Unterschicht“³ und einige seiner politischen sowie juristischen Kollegen stimmten überein, dass er der „Sieger der wahren Justiz“ gewesen sei.⁴

Groß wurde der damalige Strafverteidiger durch die Übernahme der Verteidigung des prominenten „Justizmordes“ der immigrierten Italiener Ferdinando Nicola Sacco und Bartolomeo Vanzetti, denen Aktivitäten in anarchistischen Gruppen der Arbeiterbewegung nachgesagt wurden. Bis heute ranken sich Gerüchte und Spekulationen um den Fall, in dem Zeugen ohne Haftbefehl festgehalten wurden und auch ums Leben kamen. Sacco und Vanzetti waren des gemeinsam doppelten Raubmordes in Massachusetts angeklagt und wurden in einem umstrittenen Prozess 1921 für schuldig erklärt. Musmanno schaltete sich ein, als das Urteil schon beschlossen war. Er setzte sich dafür ein, die beiden Verurteilten vor dem elektrischen

Stuhl zu bewahren und die unzulässige Behandlung, die ihnen zu Teil wurde, aufzugeben. Er kritisierte das Rechtssystem, das höhere Klassen bevorzuge und politische Traditionen über die Arbeiterklasse und deren Bewegung stelle, um diese unvoreilhaft zu verurteilen.⁵ Sacco und Vanzetti seien verurteilt worden, weil sie Immigranten waren und der Arbeiterbewegung angehörten, nicht weil sie schuldig waren. Musmanno gelang es nicht, Sacco und Vanzetti vor dem elektrischen Stuhl zu bewahren. Beide wurden am 23. August 1927 in Charlestown hingerichtet. Er nahm an beiden Hinrichtungen teil. Sacco und Vanzetti wurden postum nach ihrem Tod rehabilitiert.

Der berufliche Erfolg Musmannos ist umso bemerkenswerter, wenn man sich seine Biographie einmal näher anschaut. Dann wird deutlich, dass Musmanno kein einfaches Los gezogen hatte. Doch dies motivierte und prägte ihn umso mehr für sein späteres Berufsleben.

Geboren und aufgewachsen ist er im Industriegebiet Stowe Township am 07.04.1897 als siebtes von acht Kindern bei seinen Eltern, die aus Italien immigriert waren. Es war für Musmanno nicht leicht, sich eine juristische Karriere bis zum Obersten Gerichtshof des Staates Pennsylvanias zu erarbeiten. Um sein Studium zu finanzieren, arbeitete er mit seinem Vater Antonio in einem Kohlebergwerk. Seine Mutter Maddelna, eine streng katholische Italienerin, starb bei einem Autounfall durch einen betrunkenen Autofahrer.⁶

Auf Grund seiner sozialen Herkunft war Ehrgeiz für Musmanno in jungen Jahren der Weg zum Ziel. So erarbeitete er sich noch vor Erreichen des 30. Lebensjahres insgesamt sieben Abschlüsse von fünf verschiedenen Universitäten: Bachelor und Master of Arts an der George Washington University, Bachelor of Laws von der University of Georgetown, Master of Laws und Master of Patent Law beide von der National University, einen Doktor in Juristic Sciences von der American University und einen Doktor der Jurisprudenz an der Universität von Rom 1925. Einige bezeichneten sein ehrgeiziges Lernen als Passion.⁷

Sein erstes Gehalt in Höhe von 35 US-Dollar erhielt Musmanno für die Veröffentlichung eines Artikels in der New York Times über Möglichkeiten der Verbesserung der ameri-

¹ Hitlers letzte Zeugen *Michael A. Musmanno*, 1950 in München, S. 127.

² Nuremberg war crimes trials : collection, 1945-1969, *Michael A. Musmanno*

³ Eleanor Roosevelt zitiert in „Biographical Outline Pennsylvania Supreme Court, Justice Michael A. Musmanno“, undatiert.

⁴ The Nuremberg SS-Einsatztruppen Trial *Hilary Earl* 2009 in New York S. 221.

⁵ The Nuremberg SS-Einsatztruppen Trial *Hilary Earl* 2009 in New York S. 231.

⁶ The Nuremberg SS-Einsatztruppen Trial *Hilary Earl* 2009 in New York S. 223.

⁷ The Nuremberg SS-Einsatztruppen Trial *Hilary Earl* 2009 in New York S. 224.

kanischen Verfassung. Ab da war sein Interesse am Schreiben geweckt. Die erlernte Rechtswissenschaft und das Schreiben kombinierend, verfasste er insgesamt 15 Bücher zu diversen Themenbereichen.

Zu einem seiner bekannteren Büchern zählt „Ten Days to die“, welches 1955, vier Jahre nach seiner Veröffentlichung, als „Der letzte Akt“ verfilmt wurde. In dem Buch versucht Musmanno seine Erfahrungen aus seiner Zeit als Richter und Beisitzer in Nürnberg zu sammeln und ein Resümee zu ziehen.

Der ehemalige wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Zeitgeschichte in München, Dr. h.c. Graml, bezeichnet das siebzig Jahre alte Buch als „aktuell wichtig für die heutige Auseinandersetzung mit dem Dritten Reich“, aufgrund der „Lebendigkeit der Schilderungen“, sowie die „Genauigkeit der Erzählungen und berichteten Ereignisse, wie sie naturgemäß später nicht mehr erreicht werden können“.⁸

Musmanno hatte selbst als Marineoffizier der US Navy, zu der er sich während des zweiten Weltkrieges trotz Befreiung freiwillig meldete, den zweiten Weltkrieg hautnah erlebt. Auf der Suche nach einer Antwort auf die Schuldfrage, die es in den Nürnberger Prozessen zu beantworten galt, stellte er die Frage, wie es dazu kommen konnte, „dass Deutschland, die zivilisierte Nation eines zivilisierten Landes, widerstandslos die blutrote und zugegebene Schuld Hitlers hinnahm?“⁹ Zur Beantwortung dieser Frage und um etwaige Gerüchte und Spekulationen um ein Überleben Hitlers auszuschließen, verfasste Musmanno eine historische Darstellung der Ereignisse der letzten Kriegswochen im Führerbunker der Reichskanzlei. Die Untersuchungen, die Musmanno über drei Jahre lang durchführte, füllen zwanzig Bände mit beweiskräftigen Zeugnissen. Verstörend und gleichermaßen faszinierend war für die Amerikaner die diabolische Macht Hitlers¹⁰, mit der dieser nicht nur seine Anhänger, sondern ein ganzes Volk für sich gewinnen konnte und die Menschen zu Mördern machte. Wa-

rum ließen sich gebildete, religiöse und gut erzogene Männer zu Massenexekutionen hinreißen, wenn sie ohne Hitlers Einfluss ihren Mitmenschen wahrscheinlich kein größeres Leid zugefügt hätte, als sie um ihren irdischen Besitz zu betrügen?¹¹

Eine eindeutige Antwort konnte Musmanno auch nach rund 200 geführten Interviews mit den Tätern nicht finden. Alle Befragten alle hatten nur eine Antwort: „Hitler hatte es befohlen“.

Musmannos Fazit war, dass es in der ganzen Geschichte niemals ein mit dem Holocaust vergleichbares Drama gegeben habe, das mit solch einer Totalität, Raserei und Brutalität abgelaufen sei, wie unter dem Regime des Nationalsozialismus. Mit Bestimmtheit hielt Musmanno fest, dass es nie eine Wiederholung eines so furchtbaren Unglücks und dieser ungeheuerlichen Kriminalität gegenüber Menschen und ihren Rechten geben darf. Denn inmitten der zurückgebliebenen Trümmer von vier Kontinenten, inmitten der zerbrochenen Herzen einer Welt und angesichts der Leiden, verlangt die Menschheit nach Verständigung¹² und der daraus hervorgehenden heiligen Verpflichtung, sodass alles getan werden muss, eine Wiederholung dieses Albtraumes zu verhindern.

Die Autorin studiert im vierten Semester Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

⁸ Vorwort von Hermann Graml in Hitlers letzte Zeugen Michael A. Musmanno, 1950 in München, S.8

⁹ Hitlers letzte Zeugen Michael A. Musmanno 1950 in München, S. 307

¹⁰ Hitlers letzte Zeugen Michael A. Musmanno 1950 in München, S. 127

¹¹ Hitlers letzte Zeugen Michael A. Musmanno 1950 in München, S. 128

¹² Hitlers letzte Zeugen Michael A. Musmanno 1950 in München, S. 315.

Rezension zu Gerrit Manssen: Staatsrecht II, Grundrechte, C. H. Beck Verlag München 2015

Frederik Orlowski*

Der Wettbewerb um die Gunst der Studierenden bei dem Erwerb von Literatur ist hart umkämpft. Zahlreiche Lehrbücher tummeln sich auf dem Markt. Das Feld der Grundrechtsdogmatik bildet hierbei keine Ausnahme. Umso bemerkenswerter ist die Tatsache, dass Gerrit Manssen, ordentlicher Professor an der Universität Regensburg und Inhaber des dort angehörigen Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, sein im Jahre 2000 etabliertes Lehrbuch „Staatsrecht II, Grundrechte“ nur fünfzehn Jahre später bereits in der 12. Auflage präsentieren kann. Worin begründet sich dieser außerordentliche Erfolg? Eine Spurensuche.

Wiegt man das kompakte Büchlein in den Händen, wird man aufgrund des überschaubaren Umfangs förmlich dazu verleitet, einfach drauflos zu lesen. Vom Anfang bis zum Ende reihen sich 277 Seiten aneinander – die Lektüre ist somit keine unlösbare Aufgabe. Kritische Stimmen bringen sich hier bereits in Position: kann dieser überschaubare Umfang an Seiten überhaupt ausreichen, um einer adäquaten Abhandlung der Grundrechte gerecht zu werden? Um es vorwegzunehmen: Die Antwort fällt positiv aus und hierin ist zugleich auch der große Vorteil dieses Buches zu finden. Aber der Reihe nach.

Wer den tollkühnen Versuch unternimmt und sich unter Zuhilfenahme des benannten Buches mit der Ausarbeitung einer Haus- oder gar Seminararbeit befasst, wird wohl bitter enttäuscht. Im Gegensatz zu manch umfassenderem Lehrbuch sind die Literaturangaben eher spärlich gesät. Verweise auf Monographien, Kommentare oder Festschriftbeiträge wird man vergeblich suchen. Der tiefere Grund dafür findet sich bei genauerer Betrachtung aber bereits auf dem Einband des Buches; handelt es sich doch um ein „Lernbuch“ und kein „Lehrbuch“. Einher mit dieser Bezeichnung geht die markanteste Eigenschaft des zu rezensierenden Werkes: Die Übersichtlichkeit. Diese wird nicht zuletzt auch durch die Beschränkung auf die wichtigsten Literaturhinweise begünstigt – zumeist die großen Fach- und Ausbildungszeitschriften, die für den Studierenden gut zu recherchieren sind. Der Autor selber hält im Vorwort zur 12. Auflage seines Werkes „eine Konzentration auf das Wesentliche im Bereich der Pflichtfachprüfung“ als „unabdingbar“, und liefert ein diesem Anspruch gerecht werdendes Buch. Kapitel für Kapitel werden die Leser jeden Semesters an die Hand genommen, um Grundrecht für Grundrecht in verständlicher Sprache durchzuarbeiten. Hat man mal in der Vorlesung ein paar Minuten versäumt und nur ein einzelnes Wort in den Mitschriften zu Papier gebracht, ist auch dies kein Problem. Ein umfassendes Stichwortverzeichnis sowie ein detailreiches Inhaltsverzeichnis bringen einen schnell wieder auf Kurs. Bezogen auf den inhaltlichen Gehalt des

Buches dürfen die wichtigsten Fälle, gemeinhin als „Klassiker“ der Karlsruher Rechtsprechung bekannt, natürlich nicht fehlen. Mehr noch: zum Teil werden diese über ihre schlichte Nennung hinaus auch geschickt in die Ausführungen eingearbeitet. Ein Beispiel dazu. Auf der Seite 115 f. nimmt sich der Autor der Wechselwirkungslehre an, macht dazu ein paar knappe Ausführungen und knüpft dazu in Randnummer 403 den „Lüth-Fall“ an – inklusive aufbereiteter Lösung, gegliedert in Zulässigkeit und einer Begründetheit im Dreischritt-Muster. Ergo: Eine studentenfreundlichere Darstellung ist nur schwer möglich.

Kommen wir zu der nun wichtigsten Frage, dem Knackpunkt einer jeden Rezension: „Soll ich mir dieses Buch kaufen?“ Und die Antwort ist, wie so häufig im Jurastudium: Es kommt darauf an. Wer ein Büchlein sucht, um sich schnell den Stoff für die unmittelbar bevorstehende Zwischenprüfungsklausur anzulernen oder begleitend zur Vorlesung eine kompakte Arbeit lesen möchte, um noch einmal das eine oder andere zu wiederholen, ist hier bestens aufgehoben und kann die fälligen 19,80€ als gelungene Investition in das Studium erachten. Wer allerdings das Ziel verfolgt, richtig tief in die Materie einzudringen und auch offen ist für Dinge, die man zuweilen nicht in der Vorlesung zu hören bekommt, ist hier an der falschen Adresse; handelt es sich bei dem „Lernbuch“ doch um ein Genre, welches irgendwo zwischen einem umfangreichen Skript und einem straffen Lehrbuch anzusiedeln ist. Vielmehr sei hier auf eines der zahlreichen „Lehrbücher“ – die Betonung liegt explizit auf dem „h“ – der Konkurrenz verwiesen, die in der Regel nur ein wenig mehr kosten - dafür dann aber auch eine ganze Fülle an Stoff bereithalten.

Um ein abschließendes Fazit der Spurensuche zu ziehen: Manssens Werk zeichnet sich in der aktuellsten Auflage durch eine klare Struktur, die gute Aufarbeitung der Materie für Studierende und nicht zuletzt den knappen Umfang aus. All das sind gewichtige Kaufargumente und zugleich auch ein gutes Rezept, wenn nicht das Geheimrezept dafür, um in 15 Jahren auf 12 Auflagen zu kommen.

Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Zur Zeit macht er ein Auslandsstudium an der Uniwersytet Gdański, Polen.

Rezension zu „Kaiser/Kaiser/Kaiser, Die Zivilgerichtsklausur im Assessorexamen – Band I“

aus der „Assessorexamen – Lernbücher für die Praxisausbildung“-Reihe des Vahlen Verlags

*Friederike Düppers**

Beginnt man mit dem Rechtsreferendariat so sieht man sich zunächst wieder völlig neuen Aufgaben gegenüber gestellt. Nachdem im Referendarsexamen die Aufgabenstellung im Wesentlichen die Erstellung eines Rechtsgutachtens war, wird nun im Zivilrecht auch die Abfassung eines Urteils mit all seinen entsprechenden Formvorschriften verlangt. Zu dieser Klausurfragestellung soll das Kaiser-Skript „Die Zivilgerichtsklausur im Assessorenexamen – Band I“ eine Hilfestellung geben.

Das 198 Seiten starke Skript (6. Auflage 2014, 22,90 €) von Horst Kaiser, Jan Kaiser und Torsten Kaiser ist eines von zwei Skripten, die sich der Zivilgerichtsklausur im Assessorexamen widmen. Band I enthält dabei Klausurtechnik, Taktik und Formulierungshilfen, wobei in Band II die Wiederholung und Vertiefung im Fokus stehen.

Das Vorwort widmen die Autoren vorwiegend den Schwierigkeiten, die den Studierenden bereits aus den Klausuren des ersten Staatsexamens bekannt sind und den Herausforderungen, denen man sich nun als Rechtsreferendar gegenübergestellt sieht. Dabei wird schonungslos darauf hingewiesen, dass es Referendaren trotz guter Noten im ersten Staatsexamen „selten gelingt, diese [ihre Kenntnisse] im zweiten so umzusetzen, dass sie das Ergebnis wiederholen oder gar verbessern können“¹. Zudem weisen sie darauf hin, dass für die Lektüre des Buchs in Grundzügen ein zivilprozessuales Basiswissen unumgänglich sei. Das Vorwort enthält aber auch den guten Rat, alle im Text genannten Vorschriften der ZPO nachzuschlagen und vertieft in Kommentaren nachzulesen. Es endet nicht ohne den Hinweis auf das Repetitorium der Autoren, die Kaiserseminare.

Insgesamt ist das Skript in sieben große Kapitel aufgeteilt, die wiederum in sich gut gegliedert sind. Das Skript ist übersichtlich gestaltet und an den Rändern ist ausreichend Platz für eigene Notizen zu den jeweiligen Absätzen. Besonders wichtige Hinweise, Merksätze und das Ergebnisse sind in grauen Kästen hervorgehoben. Vereinzelt finden sich auch Aufbauschemata, die das zuvor Dargestellte noch einmal übersichtlich wiedergeben.² Besonders hilfreich sind aber Aufzählungen der relevanten Inhalte, die in den jeweiligen

Urteilsabschnitten unterzubringen sind. Wenn man die Liste beim Abfassen des Urteils beherzigt, vergisst man keine wichtigen Aspekte. Am Anfang fällt die Differenzierung zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem noch sehr schwer. Das Skript fördert jedoch auch in sofern diese Unterscheidung, als dass es erklärt, warum in bestimmten Fällen Punkte berücksichtigt werden müssen, die in anderen Fällen getrost beiseite gelassen werden können.

Wie der Untertitel „Klausurtechnik, Taktik und Formulierungshilfen“ es bereits andeutet, enthält das Skript einige Formulierungsbeispiele. Diese finden sich meistens als Beispiele in den jeweiligen Themenabschnitten. Beim Abfassen eines Urteils bereitet das abstrakte Verstehen der Arbeitsschritte oft keine Schwierigkeiten. Die Formulierung im Einzelfall kann jedoch alles andere als leicht sein. Allerdings sollte man nicht denken, dass das Buch ein komplettes Muster für alle Eventualitäten liefern kann. Es bietet aber eine gute Übersicht, sodass man sich aus den verschiedenen, angebotenen Formulierungen seine eigene, passende Formulierung erschließen kann.

Das Buch beginnt mit grundlegenden, allgemeinen Ratschlägen zur Herangehensweise an eine Klausur. Die dortigen Ratschläge kommen einem vom ersten Examen durchaus bekannt vor. So wird einem beispielsweise geraten, man solle den Stoff frühzeitig durcharbeiten, private Lerngruppen bilden und natürlich Probeklausuren schreiben. Lediglich der Rat, auf jeden Fall ein Repetitorium zu besuchen – natürlich nicht ohne Werbung für die Kaiserseminare – hat für mich einen schalen Beigeschmack.

Die Einteilung des Skriptes orientiert sich des Weiteren an der Abfassung eines Urteils. Dies finde ich sehr gut, da es übersichtlich darstellt, an welchen Punkten Probleme auftauchen können und man selbst Problemkreise gut verorten kann. So widmet sich der umfangreichste Teil des Skriptes auch dem Kernstück des Urteils, den Entscheidungsgründen. Der Text ist in einfach verständlicher Sprache geschrieben, sodass ein einmaliges Lesen der Textpassage in der Regel ausreicht. Zudem ist es so formatiert, dass man Beispiele sofort als solche erkennt und sich schnell im Text orientieren kann. Leider ist mir bei der Lektüre aber auch aufgefallen, dass bei einer Überarbeitung des Skriptes wohl vergessen wurde, das Inhaltsverzeichnis vollkommen an den neuen Text

¹ Kaiser/Kaiser/Kaiser, Die Zivilgerichtsklausur im Assessorexamen – Band I, S. V.

² So beispielsweise die Darstellung eines Tatbestands auf S. 28 oder der Entscheidungsgründe auf S. 78 mit Pfeilmarkierungen die anzeigen, welchen Inhalt man an welchen Stellen platzieren kann.

anzugleichen.³ Vielleicht kann dies in einer Neuauflage Berücksichtigung finden.

Das Skript schließt mit einer Auflistung der häufigsten Fehler und einem Notfallplan, falls in der Klausur letztlich alles schief gehen sollte. Die Liste der häufigsten Fehlerquellen hilft mir persönlich sehr weiter. Ich neige selbst dazu, in Klausuren aus Hektik das ein oder andere zu übersehen und so ist es nützlich, sich in Gedanken zu rufen, wo die Stolpersteine liegen. Die Notfall-Lösung am Ende halte ich hingegen weniger für eine Notfall-Lösung, als für die fünfseitige Version von: „Lassen Sie sich nicht aus der Ruhe bringen und wenden Sie die Ratschläge an, die Sie in diesem Skript bekommen haben.“

Insgesamt hat das Skript einen guten Überblick vermittelt, welche Arbeitsweise in der Klausur erwartet wird. Das Skript ist besonders gut für die Einführung in den Aufbau eines

Urteils geeignet und bietet eine solide Grundlage für den Beginn der Zivilstation des Rechtsreferendariats. Die Formulierungshilfen sind gerade bei den ersten Versuchen der Erstellung eines Urteils sehr hilfreich. Allerdings darf man das Skript nicht als Ultimativlösung zum Bestehen von Klausuren sehen. Hier hilft tatsächlich nur das wiederholte Schreiben von Klausuren und das Lernen aus den eigenen Fehlern. Allerdings kann das Skript auch hier wiederum helfen zu erkennen, wie man es das nächste Mal besser machen kann.

** Ref. iur. Friederike Düppers hat an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg studiert und ist Rechtsreferendarin am Landgericht Baden-Baden.*

³ So stehen die Randnummern 99-138 noch im Inhaltsverzeichnis, obwohl im Text vermerkt ist, dass diese bereits weggefallen sind.