

AUSGABE 11/2017

S. 662 - 722

12. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Angriff der zivilen Drohnen – ist das Strafrecht gewappnet?**
Von Dr. Kristina Peters, Düsseldorf 662

- Ärzte und Sanitäter in bewaffneten Konflikten – Grenzen der Strafbarkeit am Beispiel der „Medizinergruppe“ des sog. Islamischen Staats**
Von Dr. Christina Globke, Mag. iur., Mainz 670

- Die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU) – Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nach dem neu gefassten Geldwäschegesetz**
Von Regierungsrat Dr. Mathias Hütwohl, Münster 680

Europäisches Strafrecht

- Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick**
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (Univ. Pennsylvania), Frankfurt a.M. 688

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

- Dörr, Dogmatische Aspekte der Rechtfertigung bei Binnenkollision von Rechtsgütern, 2016**
(Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Frankfurt a.M.) 704

Internationales Strafrecht

- Salleck, Strafverteidigung in den Nürnberger Prozessen, 2016**
(Dr. Anna Oehmichen, Mainz) 710

- Roger, Grund und Grenzen transnationaler Strafrechtspflege, 2016**
(Ass. iur. Annika Maleen Poschadel, MLE., Freiburg) 713

Medizinstrafrecht

- Hilgendorf, Einführung in das Medizinstrafrecht, 2016**
(Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht Torsten Nölling, Leipzig) 715

Nebenstrafrecht

- Dorschfeldt, Strafbarkeit von Facilitation Payments, 2016**
(Dr. Ricarda Christine Schelzke, Frankfurt a.M.) 718

VARIA

Internationales Strafrecht

- Philosophical Foundations of International Criminal Law Konferenz zu philosophischen Grundlagen des internationalen Strafrechts**
Von Wiss. Mitarbeiterin Ophelia Lindemann, Frankfurt a.M. 720

Herausgeber

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse
Prof. Dr. Janique Brüning
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Hans Theile
Prof. Dr. Bettina Weißer
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

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

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiterin Diana Karakaplan
Wiss. Mitarbeiter Kevin Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Angriff der zivilen Drohnen – ist das Strafrecht gewappnet?

Von Dr. Kristina Peters, Düsseldorf

Während die militärische und polizeiliche Nutzung von Drohnen bereits vielerorts Gegenstand wissenschaftlicher Diskussionen ist, wurde ihr Einsatz zu privaten oder gewerblichen Zwecken bisher nur vereinzelt untersucht. Der Beitrag beleuchtet die luftverkehrsrechtlichen Pflichten und prüft die Reaktionsmöglichkeiten bei der Begehung von Straftaten. Betrachtet werden die Straftatbestände zum Schutze des Luftverkehrs, der Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) sowie Fahrlässigkeitsdelikte. Im Ergebnis besteht zwar derzeit kein Handlungsbedarf für den Strafgesetzgeber, jedoch ist das luftverkehrsrechtliche Pflichtenprogramm hochgradig unbestimmt, weshalb insbesondere im Rahmen von Fahrlässigkeitsvorwürfen nur unzureichende Sorgfaltspflichten bestehen. Insoweit wären gesetzliche Präzisierungen wünschenswert.

I. Einleitung

Bei einer Drohne handelt es sich um ein unbemanntes Luftfahrzeug, welches ohne einen an Bord befindlichen Piloten geflogen wird und entweder ferngesteuert ist und vollständig von einem anderen Ort aus kontrolliert wird oder programmiert wurde und vollständig autonom fliegt.¹ Inzwischen sind Drohnen in vielen Bereichen des täglichen Lebens im Einsatz und sollen künftig etwa von DHL und Amazon zur Paketzustellung verwendet werden.² Während im Jahre 2012 bereits 217 zivile Drohnenmodelle auf dem Markt erhältlich waren, hat sich diese Zahl bis zum Jahre 2016 mit 559 Modellen mehr als verdoppelt.³ Die EU-Kommission schätzt, dass in den nächsten zehn Jahren 10 % des kommerziellen Luftverkehrsmarkts mit einem Wert von jährlich 15 Mrd. € auf Drohnen entfallen könnten.⁴ Der Bundesregierung „erscheint es in naher Zukunft nicht mehr ausgeschlossen, dass bemannte und unbemannte Luftfahrtgeräte gleichberechtigt am Luftverkehr teilnehmen“⁵ und die EU-Verkehrsminister haben

bereits 2014 angekündigt, dass Drohnen Teil des normalen Luftverkehrs werden sollen.⁶

II. Problemaufriss

Drohnen sind klein, vom Boden aus kaum zu sehen und bewegen sich je nach Flughöhe nahezu lautlos. Immer leistungsstärkere Kameras ermöglichen ein unbemerktes Ausspionieren von Privatpersonen und Unternehmen. Abstürze können insbesondere im Straßenverkehr zu Unfällen führen.⁷ Auch berichten Anwohner zunehmend von Drohnen, die Wohngebiete überfliegen und einer verbreiteten Befürchtung nach zur Einbruchsvorbereitung eingesetzt werden.⁸ Bereits mehrfach wurde von Drohnen berichtet, die Drogen und andere verbotene Gegenstände in Justizvollzugsanstalten liefern sollten.⁹ Erhebungen zu der Häufigkeit und Intensität von Rechtsgutsverletzungen sind schwer möglich, da keine zugeschnittenen Verbotsnormen existieren, und werden – soweit ersichtlich – bisher auch nicht durchgeführt. Schon mit Blick auf die immer erschwinglicheren Preise ist jedoch mit einer zunehmenden Verletzung von Rechtsgütern zu rechnen.

Bezogen auf die strafrechtliche Dimension stellt sich die Frage, ob der Einzelne und seine Rechtsgüter ausreichend gegen Angriffe aus der Luft geschützt werden. Problematisch erscheinen die besondere Intensität der Eingriffe, da die Abwehrbereitschaft der Betroffenen durch die häufig unbemerkt agierenden Drohnen vereitelt wird, sowie die absolute Anonymität der Drohnensteuerer. Aus diesem Grund sollen die luftverkehrsrechtlichen Rahmenbedingungen einer zivilen Nutzung von Drohnen umrissen (dazu sogleich III.) und die strafrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten nach dem geltenden Recht untersucht werden (dazu IV.), um sodann die Frage nach der Notwendigkeit ergänzender gesetzlicher Regelungen zu beantworten (dazu V. und VI.).

III. Luftverkehrsrechtliche Rahmenbedingungen der zivilen Nutzung von Drohnen

Die luftverkehrsrechtlichen Regeln stellen gewissermaßen die „Straßenverkehrsordnung“ für Drohnen dar und begründen daher den Sorgfaltsmaßstab, welcher dem Drohnenutzer im Rahmen eines strafrechtlichen Vorwurfs entgegengehalten

¹ Übersetzung der Definition der Internationalen Zivilluftfahrtorganisation (ICAO), http://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%2028_en.pdf (3.11.2017).

² DHL Pressemitteilung v. 9.5.2016, http://www.dpdhl.com/de/presse/pressemitteilungen/2016/einbindung_dhl_paketkopter_logistikkette_erfolgreich_getestet.html (3.11.2017); Zeit Online v. 28.07.2015, <http://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2015-07/amazon-drohnen-luftkorridor> (3.11.2017).

³ Unmanned Vehicle Systems Association (Hrsg.), Remotely piloted aircraft systems (RPAS), Yearbook, 12. Aufl. 2012/2013, S. 155; dies. (Hrsg.), Remotely piloted aircraft systems (RPAS), Yearbook, 16. Aufl. 2016/2017, S. 150, abrufbar unter: <https://rps-info.com/publications> (3.11.2017).

⁴ ZD-Aktuell 2014, 04009.

⁵ BT-Drs. 17/8098, S. 1.

⁶ ZD-Aktuell 2014, 04364.

⁷ Beispielhaft RP Online v. 21.5.2015, <http://www.rp-online.de/nrw/panorama/drohne-knallt-auf-der-a40-in-windschutzscheibe-eines-autos-aid-1.5106689> (3.11.2017).

⁸ Beispielhaft Rhein-Neckar-Zeitung Online v. 9.9.2016, http://www.rnz.de/nachrichten/heidelberg_artikel,-Drohnen-im-Vorgarten-Flugobjekte-in-Handschuhsheim-gesichtet-arid.220374.html (3.11.2017).

⁹ Beispielhaft Berliner Morgenpost Online v. 20.3.2016, <http://www.morgenpost.de/berlin/article207232587/Die-Drogen-kommen-per-Helikopter-Drohne-in-die-Haftanstalt.html> (3.11.2017).

werden kann. Mit Blick auf die zunehmende Verbreitung von Drohnen wurden 2012 das Luftverkehrsgesetz (LuftVG)¹⁰ und 2015 sowie 2017 die Luftverkehrsordnung (LuftVO) erweitert.¹¹

1. Der Begriff des „unbemannten Luftfahrtsystems“ nach dem LuftVG

Die Regelungen des LuftVG und der LuftVO gelten nur für „Luftfahrzeuge“, die in § 1 Abs. 2 LuftVG abschließend aufgezählt werden. In § 1 Abs. 2 S. 3 LuftVG wurde 2012 der Begriff des „unbemannten Luftfahrtsystems“ aufgenommen, das nunmehr als Luftfahrzeug gilt. Damit sind „unbemannte Fluggeräte einschließlich ihrer Kontrollstation, die nicht zu Zwecken des Sportes oder der Freizeitgestaltung betrieben werden“, gemeint. Gemäß den Gesetzesmaterialien stellt der Nutzungszweck das „entscheidende Abgrenzungskriterium“ dar.¹² Erfasst wird insbesondere die kommerzielle Nutzung.¹³

Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur,¹⁴ das überschaubare Schrifttum¹⁵ sowie Haftpflichtversicherer¹⁶ sind sich jedoch einig, dass die Regeln des Luftverkehrsrechts darüber hinaus auch auf privat genutzte Drohnen anwendbar sind.¹⁷ Diese seien „Flugmodelle“ gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 LuftVG. Diese Auffassung überrascht bereits mit Blick auf den allgemeinen Sprachgebrauch, der auf den Nachbau herkömmlicher Luftfahrzeuge abstellt. Dem entspricht die Definition im luftverkehrsrechtlichen Schrifttum, wonach ein „Flugmodell“ ein Modell eines der übrigen in § 1 Abs. 2 LuftVG genannten Luftfahrzeuge sei.¹⁸ Die privat genutzte Drohne ist jedoch kein solcher Nachbau des „unbemannten Luftfahrzeuges“ im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 3 LuftVG, da identische Drohnenmodelle zu privaten wie zu gewerblichen Zwecken genutzt werden. In systematischer Hinsicht ist zu beachten, dass der Begriff des Flugmodells neben dem des „unbemannten Luftfahrtsystems“ verwendet wird. Der Rechtsanwender könnte meinen, die Nutzung von

Drohnen zu Freizeit- und Sportzwecken sei im Zuge der gesetzgeberischen Reaktion auf das vermehrte Auftreten dieser unbemannten Fluggeräte gerade nicht reglementiert worden. Zudem werden „unbemannte Luftfahrtsysteme“ lediglich den Luftfahrzeugen gleichgestellt, ohne selbst Luftfahrzeuge zu sein („gelten“).¹⁹ Dies unterstreicht ihre Sonderrolle gegenüber herkömmlichen Luftfahrzeugen und widerspricht der Annahme, dass dieselbe Drohne je nach Nutzungszweck entweder ein Luftfahrzeug in Gestalt des Flugmodells ist oder einem solchen lediglich gleichgestellt wird.

Trotz der dogmatischen Bauchschmerzen, welche die herrschende Differenzierung aus den aufgezeigten Gründen auslösen muss, soll für die weitere Untersuchung zu Gunsten der Sicherheit des Luftverkehrs und mit Blick auf die verbreitete und auch für Laien leicht recherchierbare Auffassung davon ausgegangen werden, dass privat genutzte Drohnen „Flugmodelle“ im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 LuftVG sind. Damit wird auch für diese Nutzungsart das Pflichtenprogramm des Luftverkehrsrechts eröffnet. Der Umgang des Luftverkehrsrechts mit Drohnen gibt sich jedoch bereits an dieser Stelle als misslungen zu erkennen.

2. Die Pflichten für Drohnensteuerer

Für Luftfahrzeuge bestehen verschiedene einheitliche Einschränkungen der Nutzung des Luftraums wie etwa ein Verbot des Abwerfens von Gegenständen (§ 13 Abs. 1 S. 1 LuftVO).

Die Unterscheidung zwischen privat und gewerblich genutzten Drohnen hatte bis Anfang 2017 weitreichende Konsequenzen, da etwa nach § 20 LuftVO a.F. die Nutzung von Drohnen als „unbemannte Luftfahrtsysteme“ stets der Erlaubnis bedurfte, wohingegen „Flugmodelle“ regelmäßig ohne Erlaubnis aufsteigen durften. Diese unterschiedliche Behandlung gehört nun der Vergangenheit an, da die Pflichten hinsichtlich der „Flugmodelle“ und „unbemannten Luftfahrtsysteme“ in dem neuen Abschnitt 5a der LuftVO, welcher nunmehr Regeln für den „Betrieb von unbemannten Luftfahrtsystemen und Flugmodellen“ enthält, weitgehend einander angenähert wurden. Nach § 21a Abs. 1 LuftVO besteht jetzt einheitlich eine Erlaubnispflicht dann, wenn das Gerät mehr als 5 kg wiegt, besondere Antriebsformen besitzt, in der Nähe von Flugplätzen betrieben oder bei Nacht geflogen wird. Die meisten frei im Handel erwerblichen Drohnen erfüllen die dort genannten technischen Merkmale nicht und können daher tagsüber ohne Erlaubnis betrieben werden.

Daneben wurden weitreichende neue Pflichten etabliert. So dürfen Drohnen mit einer Startmasse von 5 kg und weniger nicht außerhalb der Sichtweite des Steuerers geflogen werden (§ 21b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LuftVO). Eine Ausnahme wird für den Betrieb von Drohnen in Höhen unterhalb von 30 Metern gemacht, wenn dieser mithilfe eines visuellen Ausgabegeräts erfolgt (§ 21b Abs. 1 S. 2 LuftVO) und die Drohne entweder eine Startmasse von nicht mehr als 0,25 kg besitzt (§ 21b Abs. 1 S. 3 Nr. 1 LuftVO) oder der Steuerer von einer anderen Person, die das Fluggerät ständig in Sichtweite hat

¹⁰ BGBl. I 2012, S. 1032; letzte Änderung durch BGBl. I 2017, S. 2421.

¹¹ BGBl. I 2015, S. 1894; BGBl. I 2017, S. 683.

¹² BT-Drs. 17/8098, S. 12.

¹³ BT-Drs. 17/8098, S. 14.

¹⁴ Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Hrsg.), Kurzinformation über die Nutzung von unbemannten Luftfahrtsystemen, 2016, S. 1, https://www.baf.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen_Andere/BMVI_KurzinformationUAV.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (3.11.2017).

¹⁵ Solmecke/Nowak, MMR 2014, 431 (432); Uschkereit/Zdanowewski, NJW 2016, 444 (445); Dust, NZV 2016, 353.

¹⁶ Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) v. 7.1.2016, <https://www.dieversicherer.de/versicherer/beruf---freizeit/news/warum-hobbypiloten-ihre-drohne-versichern-muessen-974> (3.11.2017).

¹⁷ Vgl. auch § 1 Abs. 1 Nr. 8 LuftVZO.

¹⁸ Giemulla, in: Giemulla/Schmid/Müller-Rostin (Hrsg.), Luftverkehrsgesetz und Luftverkehrsverordnungen, Bd. 1 Luftverkehrsgesetz, 75. Lfg., Stand: 2017, § 1 Rn. 41.

¹⁹ Schwenk/Giemulla (Hrsg.), Handbuch des Luftverkehrsrechts, 4. Aufl. 2013, S. 212 Rn. 7.

und die den Luftraum beobachtet, unmittelbar auf auftretende Gefahren hingewiesen werden kann (§ 21b Abs. 1 S. 3 Nr. 2 LuftVO). Für besonders sensible Bereiche wie Menschenansammlungen und Bundesfernstraßen wurden Überflugverbote geschaffen (§ 21b Abs. 1 S. 1 Nr. 2-6, 9, 11 LuftVO). Wohngebiete dürfen nicht überflogen werden, wenn die Startmasse des Geräts mehr als 0,25 kg beträgt oder das Gerät oder seine Ausrüstung in der Lage sind optische, akustische oder Funksignale zu empfangen, zu übertragen oder aufzuzeichnen, es sei denn, der durch den Betrieb über dem jeweiligen Wohngrundstück in seinen Rechten betroffene Eigentümer oder sonstige Nutzungsberechtigte hat dem Überflug ausdrücklich zugestimmt (§ 21b Abs. 1 S. 1 Nr. 7 LuftVO). Grundsätzlich ist auch ein Betrieb in einer Höhe von mehr als 100 m nunmehr verboten (§ 21b Abs. 1 S. 1 Nr. 8 LuftVO).²⁰ Schließlich ist ab einem Gewicht von 2 kg seit dem 1.10.2017 auf Verlangen ein Kenntnissnachweis erforderlich (§ 21a Abs. 4 LuftVO).

Dieses neue Pflichtenprogramm ist weitaus intensiver als das der Vorgängerregelungen. Insbesondere wird das Bedrohungspotential von Drohnen hinsichtlich des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts jedenfalls mit Blick auf den Überflug von Wohngrundstücken erstmals besonders reguliert.²¹ Die vielfältigen neuen Regeln verleihen der Sorge der Akteure angesichts der zunehmenden Verbreitung und der besonderen Möglichkeiten von Drohnen Ausdruck, wenn gleich fraglich erscheint, inwieweit sich diese Pflichten durchsetzen lassen werden und überhaupt angemessen sind.

IV. Strafrechtliche Reaktionsmöglichkeiten

Die besonderen Möglichkeiten eines Einsatzes von Drohnen führen zu der Frage, inwieweit das Strafrecht auf eine Nutzung dieser Fluggeräte zur Begehung herkömmlicher Straftaten vorbereitet ist. Im Folgenden werden einzelne problematische Einsatzmöglichkeiten herausgegriffen, die voraussichtlich besonders relevant werden dürften.

1. Beeinträchtigung der Sicherheit des Luftverkehrs

In der Tagespresse war bereits mehrfach von Fällen zu lesen, in denen es beinahe zu Zusammenstößen von Drohnen mit Passagiermaschinen kam.²² Derartige Vorfälle zeigen, dass Drohnen die Sicherheit des Luftverkehrs empfindlich beeinträchtigen können.

a) Straftatbestände des Luftverkehrsgesetzes

Die §§ 59, 60, 62 LuftVG enthalten spezielle Straftatbestände beispielsweise betreffend die Verletzung von Anordnungen über Luftsperrgebiete und Gebiete mit Flugbeschränkungen. Der erwähnte Überflug eines Flughafens ist gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 2, 5 LuftVO grundsätzlich nur mit einer Flugver-

kehrskontrollfreigabe zulässig, ein Verstoß hiergegen ist jedoch nicht unter Strafe gestellt.

Ob die Straftatbestände des LuftVG allerdings überhaupt auf Drohnen anwendbar sind, ist dort schwer zu beantworten, wo diese Tatbestände als Täter einen „Luftfahrzeugführer“ voraussetzen. Dieser Begriff ist im LuftVG nicht legaldefiniert. Das Schrifttum verweist auf die Auslegung im Rahmen des § 4 Abs. 1 S. 1 LuftVG.²³ Hiernach ist ein „Luftfahrer“ jemand, der ein Luftfahrzeug führt oder bedient. Nach dem Begriffsverständnis im Luftverkehrsrecht „führt“ derjenige ein Luftfahrzeug, der dieses unter Verwendung seiner Triebkräfte in Bewegung setzt und mittels der Steuereinrichtungen lenkt.²⁴ Ein Luftfahrzeug wird demgegenüber „bedient“, wenn in untergeordneter Weise tatsächlich beim Betrieb mitgewirkt wird.²⁵ Als Beispiel wird häufig das fliegende technische Personal genannt. Dem Wortlaut nach könnte der Steuerer einer Drohne demnach ein Luftfahrzeugführer im Sinne des LuftVG sein.

Demgegenüber stellt jedenfalls das Steuern einer Drohne zu privaten Zwecken nach dem Regelungskonzept des Luftverkehrsrechts weder ein Führen noch ein Bedienen im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 1 LuftVG dar. Steuerer von Flugmodellen zählen vielmehr lediglich zum erlaubnispflichtigen „sonstigen Luftfahrtpersonal“ gemäß § 4 Abs. 2 LuftVG i.V.m. § 1 Nr. 6 LuftPersV, § 1 Abs. 1 Nr. 8 LuftVZO, sofern das Flugmodell ein Gewicht von über 25 kg besitzt. Demnach ist derjenige, der ein Flugmodell lenkt, gerade kein „Luftfahrzeugführer“. Das Luftverkehrsrecht kennt hier stattdessen den Begriff des „Steuerers von Flugmodellen“, der etwa in § 21f LuftVO und § 1 Nr. 6 LuftPersV verwendet wird. Letzterer nennt den „Steuerer von Flugmodellen“ ausdrücklich neben den „Luftfahrzeugführern“ in § 1 Nr. 1 LuftPersV. Der Betreiber eines „unbemannten Luftfahrtsystems“ wird gemäß § 21f LuftVO ebenfalls als „Steuerer“ bezeichnet. Gegen eine unterschiedliche Behandlung von Drohnen, die Flugmodelle sind, und den unbemannten Luftfahrtsystemen würde zudem sprechen, dass der Steuerungsvorgang jeweils derselbe ist und die Begrifflichkeiten des Führens und Bedienens allein auf die technischen Vorgänge abstellen.

Eine Strafbarkeit des Drohnensteuerers kann daher nur dort in Betracht kommen, wo die Straftatbestände des LuftVG als tauglichen Täter neben dem Luftfahrzeugführer den „sonst für die Sicherheit Verantwortlichen“ nennen. Dieser Begriff erfasst jeden, der nach seiner Stellung oder nach den tatsächlichen Umständen für die Sicherheit einzustehen hat²⁶ und dürfte ohne weiteres sowohl auf den Halter einer Drohne als auch auf den konkreten Steuerer anwendbar sein.

²³ van Schyndel, in: Giemulla/Schmid/Müller-Rostin (Fn. 18), § 59, Rn. 18.; Grabherr, in: Hofmann/Grabherr (Hrsg.), Luftverkehrsgesetz, Kommentar, 19. Lfg., Stand: 2017, § 59 Rn. 3.

²⁴ Schmid, in: Giemulla/Schmid/Müller-Rostin (Fn. 18), § 4 Rn. 11; Sennhenn, in: Hofmann/Grabherr (Fn. 23), § 4 Rn. 5.

²⁵ Schmid (Fn. 24), § 4 Rn. 14; Sennhenn (Fn. 24), § 4 Rn. 11.

²⁶ van Schyndel (Fn. 23), § 59 Rn. 19; Grabherr (Fn. 23) § 59 Rn. 4.

²⁰ Ausnahmen in § 21b Abs. 1 S. 1 Nr. 8 lit. a und b LuftVO.

²¹ Vgl. demgegenüber noch BT-Drs. 17/8098, S. 14.

²² Beispielhaft Spiegel Online v. 17.11.2016, <http://www.spiegel.de/panorama/london-passagierflugzeug-entging-knapp-zusammenstoß-mit-drohne-a-1121754.html> (3.11.2017).

b) Straftatbestände des Strafgesetzbuches

aa) Gefährlicher Eingriff in den Luftverkehr, § 315 Abs. 1 StGB

Der erwähnte Fall eines Zusammenstoßes einer Drohne mit einer Passagiermaschine erfüllt den Straftatbestand des Hindernisbereitens gemäß § 315 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn hierdurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet werden.²⁷ Anders als im Rahmen des § 315b StGB erfasst ein Hindernisbereiten hier auch verkehrsinernes Fehlverhalten wie insbesondere den Fall eines regelwidrigen Navigierens.²⁸

bb) Verstoß gegen Rechtsvorschriften, § 315a Abs. 1 Nr. 2 StGB

Bei einem „grob pflichtwidrigen Verhalten gegen Rechtsvorschriften zur Sicherung des Luftverkehrs“ macht sich der Drohnensteuerer im Falle einer hierdurch hervorgerufenen entsprechenden Gefährdung zudem gemäß § 315a Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar. Parallel zu den Tatbeständen des LuftVG ist tauglicher Täter neben dem Luftfahrzeugführer auch der „sonst für die Sicherheit Verantwortliche“.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Blanketttatbestände wie § 315a Abs. 1 Nr. 2 StGB jedoch nur dort zulässig, wo die in Bezug genommenen Rechtsvorschriften Art. 103 Abs. 2 GG genügen,²⁹ was hier mit Blick auf die aufgezeigten Unsicherheiten hinsichtlich der Anwendbarkeit der luftverkehrsrechtlichen Regelungen auf eine private Nutzung von Drohnen fraglich ist. Das gesetzgeberische Argument, wonach die mit § 315a Abs. 1 Nr. 2 StGB konfrontierten Normadressaten aufgrund ihres Fachwissens regelmäßig mit den einschlägigen Rechtsvorschriften vertraut seien,³⁰ vermag insbesondere bezogen auf den privat agierenden Drohnensteuerer nicht zu überzeugen.³¹ Zudem ist ein „Vertrautsein“ mit den einschlägigen Regelungen vorliegend nicht ausreichend, da darüber hinaus die Kenntnis der herrschenden, den Wortlaut und die Systematik des § 1 LuftVG außer Acht lassenden Auslegung erforderlich ist.

Dies führt zu einer folgeschweren Differenzierung: Während der Betrieb von Drohnen zu gewerblichen Zwecken ohne Zweifel den luftverkehrsrechtlichen Regelungen unterfällt und zur Heranziehung etwa der Sichtflugregel und Überflugverbote führt,³² kann dies für eine private Nutzung nicht gelten. Neben dieser kaum nachvollziehbaren Ungleichbehandlung resultieren hieraus für Fälle, in denen die Zuordnung zu einer privaten oder gewerblichen Nutzung fraglich

ist (dazu sogleich unter 3. c), gravierende Rechtsunsicherheiten.

cc) Untüchtigkeit des Luftfahrzeugführers, §§ 315a Abs. 1 Nr. 1, 316 StGB

Schließlich knüpfen die §§ 315a Abs. 1 Nr. 1, 316 StGB die Strafbarkeit an die Untüchtigkeit des Luftfahrzeugführers in Folge des Genusses berauschender Mittel. Ein Teil der Literatur betrachtete auch das Fernsteuern eines Flugzeugs als Tätigkeit eines Luftfahrzeugführers,³³ weshalb vertreten wird, auch das Steuern einer Drohne unter den Tatbestand zu subsumieren.³⁴

Die Überzeugungskraft dieser Auffassung ist fraglich. Zum einen stellt der Wortlaut auf ein eigenhändiges „Führen“ ab, welches den Normadressaten in Abgrenzung zu einem „Bedienen“ oder „Steuern“ und parallel zu dem Führen etwa eines Kraftfahrzeuges an einen Piloten denken lässt, der ein Luftfahrzeug eigenhändig fliegt. Auch die Systematik scheint gegen eine Subsumtion zu sprechen, da das Luftfahrzeug neben dem Schienenbahn- und Schwebefahrfahrzeug sowie dem Schiff genannt wird, was den bereits durch den Wortlaut des „Führens“ indizierten Hinweis verdichtet, dass ein schweres, eigenhändig gelenktes Gerät mit Verantwortung für Personen oder Güter vorliegen muss. Nur dann ist ein Verkehrsvorgang gegeben, welcher den übrigen Verkehrsvorgängen gleichwertig ist.³⁵ Anders als im Rahmen des § 315a Abs. 1 Nr. 2 StGB ist hier zudem der „sonst für die Sicherheit Verantwortliche“ gerade kein tauglicher Täter. Es dürfte einige Verwirrung für die Normadressaten bedeuten, sollte der Begriff des Führens eines Luftfahrzeugs im Strafrecht weiter reichen als im Luftverkehrsrecht. Die durch den Gesetzgeber etablierte augenscheinliche Parallelität der Begrifflichkeiten von StGB und LuftVG steht einer divergierenden Auslegung des Begriffs entgegen, zumal zur Auslegung der Tatbestände des StGB häufig auf das luftverkehrsrechtliche Schrifttum Bezug genommen wird.³⁶

Darüber hinaus wäre es auch teleologisch nicht nachvollziehbar, Drohnensteuerer ebenso strengen Regeln zu unterwerfen wie einen Piloten. Für Luftfahrzeugführer wird im Zusammenhang mit den §§ 315a, 316 StGB ein absolutes Alkoholverbot diskutiert.³⁷ Auch wenn dies der Systematik des Luftverkehrsrechts widerspräche, welches das Führen eines Luftfahrzeuges unter Alkoholeinfluss lediglich als Ord-

²⁷ Ebenso *Dust*, NZV 2016, 353 (354).

²⁸ Statt aller *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 315 Rn. 11.

²⁹ BVerfG NJW 1987, 3175 (3175); NJW 2010, 754 (754).

³⁰ BT-Drs. IV/651, S. 26.

³¹ Kritisch auch *Dust*, NZV 2016, 353 (354).

³² Wenngleich freilich stets sorgfältig zu prüfen ist, ob eine etwaige Gefährdung „dadurch“ hervorgerufen wird, dass gegen die Pflicht verstoßen wird.

³³ *König*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 315a Rn. 6; *Zieschang*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 315a Rn. 9.

³⁴ *Dust*, NZV 2016, 353 (354).

³⁵ So auch im Rahmen des § 315 StGB *König* (Fn. 33), § 315 Rn. 16 f.

³⁶ Vgl. etwa *Zieschang* (Fn. 33), § 315a Rn. 9, Fn. 8.

³⁷ Dafür etwa *Pegel*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 315a Rn. 15; *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 28), § 315a Rn. 3.

nungswidrigkeit einordnet,³⁸ besteht jedenfalls an vielen Stellen Einigkeit, dass die Grenze niedriger anzusetzen sei als im Straßenverkehr.³⁹ Dieser Ansatz wird auch durch die im Jahre 2016 erfolgte Aufnahme eines absoluten Alkoholverbots für Luftfahrzeugführer in § 4a Abs. 1 S. 1 LuftVG gestützt.⁴⁰ Eine sehr niedrige Schwelle erscheint bezogen auf die besonderen Anforderungen an die Aufmerksamkeit eines Piloten⁴¹ und die besondere Gefährdung einer Vielzahl von Personen und Sachen auch am Boden nachvollziehbar. Demgegenüber fehlt diese Nachvollziehbarkeit, wenn mit einer niedrigen Blutalkoholkonzentration zwar noch ein Kraftfahrzeug geführt, aber keine frei erhältliche, im Durchschnitt weniger als 2 kg wiegende Drohne mehr gesteuert werden darf. Im Übrigen gilt das Alkoholverbot des Luftverkehrsrechts lediglich für „Luftfahrzeugführer“ im Sinne des LuftVG und damit nicht für Drohnensteuerer. Die Etablierung eines – durch eine sehr niedrige Schwelle zumindest faktischen – strafrechtlichen Alkoholverbots durch eine dem Luftverkehrsrecht widersprechende Gleichbehandlung von Drohnensteuerern mit herkömmlichen Luftfahrzeugführern ist daher weder nachvollziehbar noch geboten.

2. Ausspähen von Gebäuden mit Blick auf einen Hausfriedensbruch

Das Ausspähen von Privatpersonen und Unternehmen wird aufgrund vieler erst in jüngerer Vergangenheit geschaffener Tatbestände wie etwa § 201a StGB und § 17 Abs. 2 Nr. 1a UWG, die bereits den Einsatz technischer Hilfsmittel berücksichtigen, auch bei einer Verwendung von Drohnen meist strafrechtlich verfolgbare sein.⁴² Demgegenüber sieht sich die Subsumtion eines Ausspähens von Gebäuden etwa zur Einbruchsvorbereitung unter den Tatbestand des Hausfriedensbruchs in § 123 StGB mit Schwierigkeiten konfrontiert.

Der Eigentümer hat gemäß § 905 S. 1 BGB auch das Herrschaftsrecht an der sogenannten „Luftsäule“ über seinem Grundstück.⁴³ Zum einen ist das Überfliegen des Grundstücks jedoch grundsätzlich gemäß § 905 S. 2 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 1 LuftVG hinzunehmen, da die Benutzung des Luftraums unter Beachtung der Regeln des LuftVG frei ist.⁴⁴ Und auch wenn es naheliegt, im Rahmen einer gezielten Ausspähung nicht mehr von einem durch das LuftVG privilegierten ordnungsgemäßen Betrieb auszugehen,⁴⁵ so ist

fraglich, ob ein solches Verhalten als Eindringen in ein befriedetes Besitztum von § 123 StGB erfasst ist.

Ein „befriedetes Besitztum“ setzt voraus, dass ein Bereich von dem Berechtigten in äußerlich erkennbarer Weise mittels zusammenhängender Schutzwehren gegen das beliebige Betreten durch andere gesichert ist.⁴⁶ § 123 StGB ist anwendbar, wenn „der Wille, jede Friedensstörung abzuwehren, kenntlich gemacht“ wurde⁴⁷ und setzt keine vollständige Abschießung voraus.⁴⁸ Es wurde diskutiert bezogen auf Drohnen die tatsächliche Begrenzung zu den Seiten für eine Einfriedung auch in die Höhe heranzuziehen und auf die Höhe eben jener Begrenzung oder der höchsten Gegenstände auf dem Grundstück – etwa ein Gebäude – abzustellen.⁴⁹ Eine solche Lösung dürfte jedoch mit Blick auf die gemäß Art. 103 Abs. 2 GG erforderliche Bestimmtheit Bedenken hervorrufen, da der Anknüpfungspunkt für die Höhe gerade nicht eindeutig bestimmt werden kann.⁵⁰ Überdies ist eine solche Lösung wenig hilfreich, wenn die Drohne in größerer Höhe geflogen wird und ohne weiteres dennoch gestochen scharfe Bilder liefert.

Noch bedenklicher ist eine Subsumtion unter das Merkmal des „Eindringens“. Ein Eindringen setzt ein Betreten des geschützten Raumes ohne oder gegen den Willen des Berechtigten voraus und erfordert eine körperliche Überschreitung.⁵¹ Es wurde argumentiert, der Überflug mittels einer Drohne könne unter den Begriff des „Eindringens“ gefasst werden, da auch bei dem Überfliegen von fremdem Staatsgebiet von einem „Eindringen“ die Rede sei und der Täter die Drohne gezielt steuere und somit den Schutzzweck der Norm tangiere.⁵² Auch wenn dieser Ansatz von Kreativität zeugt und auf den ersten Blick einiges für sich hat, so sind die Grenzen zu beachten, welche in einer Strafrechtsordnung, die ultima ratio sein möchte, das Rechtsgut dem Tatbestand zieht. Dieses Rechtsgut ist im Rahmen des § 123 StGB das Hausrecht.⁵³ Eine Minderansicht sieht daneben den Freiraum zur individuellen Entfaltung und Entspannung jedenfalls bezogen auf einzelne Tatobjekte geschützt.⁵⁴ Jedoch stellt der Tatbestand von seinem Wortlaut her nicht auf eine Beeinträchtigung einer solchen sozialen Funktion ab⁵⁵ und jedenfalls dem befriedeten Besitztum lässt sich keine bestimmte Funktion

³⁸ Nunmehr seit dem 21.4.2017 in § 58 Abs. 1 Nr. 1a LuftVG, BGBl. I 2016, S. 1548.

³⁹ Statt aller *König* (Fn. 33), § 315a Rn. 19; *Ernemann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 315a Rn. 7.

⁴⁰ BGBl. I 2016, S. 1548; BT-Drs. 18/8102, S. 22.

⁴¹ *Schmid*, NZV 1988, 125 (128).

⁴² Vgl. hierzu bereits *Esser*, JA 2010, 323 (324 f.).

⁴³ Statt vieler *Brückner*, in: Sackler/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 7. Aufl. 2017, § 905 Rn. 2.

⁴⁴ *Esser*, JA 2010, 323 (326); *Uschkereit/Zdanowewski*, NJW 2016, 444 (446 f.).

⁴⁵ *Esser*, JA 2010, 323 (326); *Regenfus*, NZM 2011, 799 (800).

⁴⁶ Statt aller *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 123 Rn. 8.

⁴⁷ RGSt 36, 395 (398).

⁴⁸ *Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 123 Rn. 14; *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 123 Rn. 23.

⁴⁹ *Esser*, JA 2010, 323 (326).

⁵⁰ Vgl. auch die differenzierte Kritik dieser Idee bei *Esser*, JA 2010, 323 (327).

⁵¹ Statt aller *Fischer* (Fn. 46), § 123 Rn. 14 f.

⁵² *Esser*, JA 2010, 323 (327).

⁵³ *Fischer* (Fn. 46), § 123 Rn. 2; *Sternberg-Lieben*, in: Schönte/Schröder (Fn. 28), § 123 Rn. 1.

⁵⁴ So etwa *Ostendorf* (Fn. 48), § 123 Rn. 4 f. m.w.N.

⁵⁵ *Sternberg-Lieben* (Fn. 53), § 123 Rn. 2.

zuordnen.⁵⁶ Wird richtigerweise ausschließlich auf das Hausrecht als formale Rechtsposition abgestellt, so fehlt es bei der bloßen Ausspähung mittels einer Drohne an der erforderlichen Störung im Besitz, die einem Betreten gleichkommt.

Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick wenig befriedigend erscheinen, jedoch sei daran erinnert, dass auch der Dieb, der ein Haus unter Zuhilfenahme herkömmlicher Hilfsmittel wie etwa eines Fernglases beobachtet und so ein Betreten vermeidet, nicht gemäß § 123 StGB strafbar ist. Das Strafbedürfnis zielt bei genauer Betrachtung allein auf den Aspekt der Ausspähung ab. Während Tatbestände wie die §§ 109g, 201a StGB eine solche gezielt bestrafen, ist ein Ausspähen von der Stoßrichtung des § 123 StGB zwar mitunter reflexartig erfasst, vermag für sich genommen jedoch insoweit keine Strafbarkeit zu begründen.

3. Abstürze von Drohnen

Fälle einer gezielten Beeinträchtigung des Straßenverkehrs können parallel zu den bereits bekannten „Brückenwürfen“ behandelt werden.⁵⁷ Demgegenüber erscheint zweifelhaft, inwieweit den Drohnensteuerern etwa mit Blick auf eine fahrlässige Körperverletzung, Tötung oder auch im Rahmen der §§ 315 Abs. 5, Abs. 6, 315a Abs. 3 StGB Fahrlässigkeitsvorwürfe gemacht werden können.

a) Private Nutzung („Flugmodelle“)

Man stelle sich vor, jemand setzt seine kürzlich zu privaten Zwecken erworbene Drohne ein, um aus der Luft Filmaufnahmen zu fertigen, bemerkt aber zu spät, dass sich der Akku zügig entleert, und tritt den Rückflug nicht rechtzeitig an. Die Steuerung fällt aus und die Drohne stürzt aus ca. 100 Metern Höhe ab. Sie trifft eine Passantin am Kopf, die daraufhin verstirbt.

Wurzel des Problems einer strafrechtlichen Reaktion ist die Frage, ob im Falle einer Verletzung der dargestellten Verkehrspflichten des Luftverkehrsrechts eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt. So hat der BGH für das Straßenverkehrsrecht festgehalten, dass die bestehenden Vorschriften „das Ergebnis einer auf Erfahrung und Überlegung beruhenden umfassenden Voraussicht möglicher Gefahren“ seien und „schon durch ihr Dasein [besagen], dass durch ihre Übertretung die Gefahr eines Unfalls im Bereiche des Möglichen liegt“.⁵⁸ Schon weil Sondernormen stets unter dem „Vorbehalt des Regelfalles“⁵⁹ stehen, erwächst die Legitimation einer strafrechtlichen Sanktion jedoch nicht etwa unmittelbar aus ihrem bloßen Vorhandensein.⁶⁰ Vorliegend ist zudem zu beachten, dass den meisten Drohnensteuerern die Pflichten

des Luftverkehrsrechts nicht bekannt sein werden, da sie infolge des Kaufs einer Drohne zu privaten (Vergnügungs-) Zwecken das erworbene Gerät kaum als „Luftfahrzeug“ und sich selbst nicht als Normadressaten des Luftverkehrsrechts erleben dürften. Überdies würde aufgrund der eingangs skizzierten unklaren Rechtslage selbst der Blick in die einschlägigen Vorschriften durch einen überdurchschnittlich gewissenhaften Nutzer kaum weiterhelfen, da bereits die Subsumtion unter den Begriff des Flugmodells fraglich ist. Unabhängig von der dogmatischen Relevanz einer Verletzung gesetzlicher Sondernormen für den Fahrlässigkeitsvorwurf im Einzelnen⁶¹ und der Frage nach der Bedeutung des Bestimmtheitsgebots⁶² können diese jedenfalls dort keinerlei Relevanz für einen strafrechtlichen Vorwurf entfalten, wo sie den Normadressaten nicht erreichen können.

Außerhalb gesetzlicher Sorgfaltsregeln ist darauf abzustellen, was ein besonnener und gewissenhafter Mensch in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden beachtet hätte.⁶³ Eine Gefahrschaffung ist unerlaubt, „wenn die Indizien und Kausalfaktoren, aus denen sie sich zusammensetzt, derart starke Hinweise auf die Möglichkeit eines missbilligten Erfolges und eines missbilligten Kausalverlaufs [...] gestatten, dass der Täter nach Sorgfaltsregeln verpflichtet ist, sich diese Möglichkeit bewusst zu machen und Strategien zur Vermeidung ihrer Realisierung anzuwenden“.⁶⁴ Die Mindeststandards können hier etwa darin gesehen werden, dass kein Flug bei schlechten Wetterbedingungen, mit unzureichend gesicherter Ladung oder bei niedrigem Akkustand angetreten und notfalls eine rechtzeitige Notlandung eingeleitet wird. Anderenfalls ist das Verhalten „inakzeptabel riskant“⁶⁵ und rechtfertigt eine strafrechtliche Reaktion. Je nach Einzelfall ist dann auch eine Strafbarkeit aus mit Eventualvorsatz begangenen Delikt möglich. Jedoch muss insbesondere eine Sichtflugregel nicht ohne Weiteres einleuchten, soll doch bei Drohnen ein sicheres Fliegen außerhalb der Sichtweite mittels Kamera und GPS gerade ermöglicht werden. Insoweit dürfte im Übrigen auch bei einer sich gegen die obige Argumentation richtenden Anwendung der Regelungen des LuftVG als konkrete Sorgfaltspflichten eine Strafbarkeit regelmäßig jedenfalls an der Vorhersehbarkeit des Erfolges scheitern.

b) Gewerbliche Nutzung („Unbemannte Luftfahrtsysteme“)

Fraglich ist, inwieweit die strafrechtliche Bewertung vergleichbarer Konstellationen divergiert, wenn es sich bei der Drohne um ein „unbemanntes Luftfahrtsystem“ handelt – etwa, wenn ein Immobilienbüro eine Drohne einsetzt und es zu einem Absturz kommt. Auch gewerblich handelnde Per-

⁵⁶ Sternberg-Lieben (Fn. 53), § 123 Rn. 2; zur Kritik siehe auch OLG Hamm NJW 1982, 1824; Wagner, GA 1976, 156; Schröder, JZ 1977, 39; Hirsch, ZStW 88 (1976), 752.

⁵⁷ Vgl. BGH NStZ 2010, 572; NStZ-RR 2010, 373.

⁵⁸ BGH NJW 1954, 121 m.w.N.

⁵⁹ Schünemann, JA 1975, 575 (577).

⁶⁰ Duttge, in: Hirsch/Wolter/Brauns (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S. 13 (30 f.); zur Indizwirkung vgl. etwa Roxin (Fn. 58), § 24 Rn. 15 f.

⁶¹ Vgl. Kudlich, in: Dannecker/Langer/Ranft (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 373.

⁶² Dazu Duttge (Fn. 61), S. 13.; Herzberg, NStZ 2004, 593 (599 f.).

⁶³ BGH NJW 2000, 2754 (2758); NStZ 2003, 657 (658) Rn. 8.

⁶⁴ Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 29.

⁶⁵ Duttge (Fn. 61), S. 32.

sonen dürften sich im Zweifel nicht als Normadressaten des Luftverkehrsrechts erleben, da sie frei erhältliche und üblicherweise privat genutzte Geräte erwerben. Andererseits erfassen die Regelungen des Luftverkehrsrechts unmissverständlich eine solche Nutzung. Die Vertreter einer strengen Anwendung gesetzlicher Sondernormen dürften daher konsequenterweise das strenge Pflichtenprogramm der LuftVO heranziehen.

c) Offene Kategorie

Schließlich ist problematisch, welcher Sorgfaltsmaßstab gilt, wenn eine Drohne nicht ersichtlich Flugmodell oder unbemanntes Luftfahrtsystem ist. Können, bezogen auf den Einsatz einer Drohne zu strafbaren Zwecken, die Regeln für unbemannte Luftfahrtsysteme mit dem Hinweis herangezogen werden, dass es sich infolge des strafbaren Nutzungszwecks nicht mehr um eine Freizeitgestaltung handle? Mit Blick etwa auf den Drogenhandel oder die kommerzielle Spionage, die zumindest in einem allgemeinsprachlichen Sinne „gewerbsmäßig“ sind und daher weder der Freizeit noch dem Sport dienen, ließe sich dies wohl vertreten. Schwieriger ist der Bereich privat geprägter Straftaten wie etwa des privaten Drogentransports oder einer Ausspähung i.S.d. § 201a StGB zu beurteilen. Zu beachten ist auch, dass es durchaus nach dem Start einer Drohne zu einem Wechsel in der Nutzungsabsicht kommen kann. Sollten an unbemannte Luftfahrtsysteme i.S.d. Luftverkehrsrechts strengere Sorgfaltsanforderungen gestellt werden, so entstünde hier eine Fallgruppe von noch gesteigerter Rechtsunsicherheit.

V. Handlungspflicht des Strafgesetzgebers?

Abschließend ist bezogen auf die an dieser Stelle behandelten Problemkreise ein Handlungsbedarf des Strafgesetzgebers weitgehend zu verneinen. Eingriffe in die Sicherheit des Luftverkehrs etwa durch das verbotswidrige Überfliegen von Flughäfen können im Falle einer konkreten Gefährdungslage bestraft werden und trotz der neuen technischen Möglichkeiten ist eine Ausweitung des Tatbestands des Hausfriedensbruchs für einen effektiven Rechtsgüterschutz nicht geboten. Mit Blick auf das hier vertretene Ergebnis, wonach ein Steuern von Drohnen nicht als „Führen eines Luftfahrzeuges“ den Tatbeständen der §§ 315a Abs. 1 Nr. 1, 316 StGB unterfällt, könnte eine entsprechende Erweiterung erwogen werden. In diesem Fall müssten jedoch neue Grenzwerte eines zulässigen Alkoholkonsums ermittelt werden, da eine Übertragung der Grenzwerte für die übrigen Luftfahrzeuge oder etwa für Kraftfahrzeuge nicht angemessen erscheint. Es ist nicht auszuschließen, dass mit der zunehmenden Verbreitung von Drohnen eine solche Reform notwendig werden wird, jedoch sollte der Strafgesetzgeber zunächst abwarten, ob es wirklich dazu kommt.

VI. Änderung des Luftverkehrsrechts

Im Rahmen des Luftverkehrsrechts sind Änderungen hingegen dringend angezeigt. Parallel zu der Teilnahme am Straßenverkehr müssen klare Regeln bestehen, an deren Verletzung strafrechtliche Folgen geknüpft werden können. Diese

Regeln müssen den Betroffenen gegenüber bekannt gemacht werden.

In einem ersten Schritt muss für sämtliche Drohnen eine gemeinsame Bezeichnung etabliert werden. Während die Definition des „unbemannten Luftfahrtsystems“ bei der Lektüre des LuftVG Verwunderung auslösen mag, muss sich diese Verwunderung im Rahmen des Tatbestands des § 315a Abs. 1 Nr. 2 StGB sowie von Fahrlässigkeitstatbeständen zu einer ernsthaften Sorge potenzieren. Die Definition erhält über die Begründung von besonderen Sorgfaltspflichten eine strafrechtliche Dimension. Daher sieht sie sich nicht nur mit der Kritik der Lebensfremdheit, sondern auch mit dem Vorwurf der Unbestimmtheit konfrontiert, der über Art. 103 Abs. 2 GG besonderes Gewicht erhält. Wer demgegenüber einwenden möchte, die Regelungen im Luftverkehrsgesetz würden nicht mit Blick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot geschaffen, dem sei entgegnet, dass das Aufstellen von Verhaltenspflichten für jedes Verkehrswesen aufgrund der besonderen Gefahren für Leib, Leben und Eigentum stets strafrechtliche Bedeutung erlangen wird. Wo aufgrund der Unbestimmtheit dieser luftverkehrsrechtlichen Verhaltenspflichten ihre Anwendung auf private Drohnensteuerer abgelehnt wird, sind das Ergebnis divergierende Sorgfaltsmaßstäbe je nach der Art der Nutzung und unabhängig von der konkreten, aus den technischen Merkmalen der Drohne erwachsenden Gefährlichkeit.

Im Zuge der jüngsten Änderungen der LuftVO erkannte man mit Blick auf Drohnen an, dass von Flugmodellen und unbemannten Luftfahrtsystemen eine „vergleichbare Betriebsgefahr“ ausgeht.⁶⁶ Aufgrund der Verortung der begrifflichen Unterscheidung im LuftVG behalt sich der Verordnungsgeber gleichwohl damit, die Pflichten für beide Gerätearten – und damit bedenkenswerter Weise auch für solche Flugmodelle, die keine Drohnen sind – weitgehend einander anzugleichen. Es bleibt zu hoffen, dass sich der Gesetzgeber in naher Zukunft von der widersprüchlichen luftverkehrsrechtlichen Einordnung der Drohnen verabschiedet und die Kategorie des „unbemannten Luftfahrtsystems“ für privat genutzte Drohnen öffnet. Die LuftVO kennt hier nunmehr den Oberbegriff des „unbemannten Fluggeräts“,⁶⁷ wobei eine Einbeziehung der weit weniger gefährlichen herkömmlichen Flugmodelle nicht sachgerecht erscheint. Wünschenswert wäre eine gemeinsame Kategorie für Drohnen, welche diese unabhängig von der Art ihrer Nutzung in Anerkennung ihres vorrangig durch technische Merkmale bestimmten Gefährdungspotentials erfasst.

Zu begrüßen ist, dass mit der jüngsten Änderung der LuftVO Pflichten formuliert wurden, welche in ihrer Intensität auf das jeweilige Gefährdungspotential der Drohne und insbesondere auf ihr Gewicht abstellen. Zum einen droht hier jedoch eine unangemessene und kaum durchsetzbare Überregulierung, zum anderen mangelt es an einer ausreichenden Bekanntmachung dieser Regeln gegenüber ihren Adressaten.

Während der Überflug von Bundesfernstraßen, deren Verkehr aufgrund der erhöhten Geschwindigkeit durch Droh-

⁶⁶ BR-Drs. 39/17, S. 2.

⁶⁷ So etwa §§ 21a Abs. 4, 21b Abs. 1 S. 2 LuftVO.

nenabstürze besonders gefährdet ist, und ein „Drohnen-Führerschein“ jedenfalls für größere Modelle mit entsprechend hohem Gefährdungspotential überzeugen und auch den Normadressaten in ihrer Notwendigkeit einleuchten dürften, werden sich ein generelles Überflugverbot von Wohngrundstücken sowie die strengen Sichtflugregeln kaum durchsetzen lassen und zudem kaum jemandem nachvollziehbar erscheinen. Die besonderen technischen Merkmale einer Drohne – die Steuerung über Tablets und Smartphones sowie die Ausstattung mit GPS und Kamera – sollen den sicheren Flug außerhalb der Sichtweite gerade ermöglichen. Für viele Käufer dürfte genau diese Möglichkeit der Grund für den Erwerb sein. Zudem ist dieses Verbot kaum umsetzbar: Sollen Grundstückseigentümer oder die Polizei die Drohne einfangen oder anders „vom Himmel holen“? Hier ist der Verordnungsgeber über das Ziel hinausgeschossen. Das erklärte Ziel der eingangs zitierten Autoritäten, die Drohnen in den Luftverkehr zu integrieren, scheint man aus den Augen verloren zu haben. Ein Vordringen der Drohnen in den Luftraum kann jedoch angesichts ihrer großen Zahl unmöglich unterdrückt werden. Eine Etablierung unrealistischer und nicht nachvollziehbarer Regelwerke führt im Zweifel zu einer verbreiteten Ignoranz der aufgestellten Pflichten und in der Folge zu einer unregulierten Teilnahme am Luftverkehr. Ein Weniger an Pflichten bringt hier im Zweifel ein Mehr an Sicherheit.

Ein weiteres gravierendes Problem, welches Hand in Hand mit der angesprochenen missverständlichen Kategorisierung von „unbemannten Luftfahrtsystemen“ und „Flugmodellen“ geht, jedoch allein durch ihre Aufhebung wohl nicht behoben werden könnte, ist die mangelnde Kenntnis der Normadressaten von dem bestehenden Pflichtenprogramm. Der Nutzer darf nicht darauf verwiesen sein, die ihn treffenden Pflichten in mühevoller Auslegungsarbeit aus dem LuftVG, der LuftVO und anderen Verordnungen zusammenzutragen. Hier wäre eine gesetzlich vorgeschriebene Belehrung in der Bedienungsanleitung des jeweiligen Modells angezeigt.⁶⁸ Zudem sollten von öffentlicher Seite einfache Recherchemöglichkeiten geschaffen werden. Ziel muss es sein, dass die Regeln für die Nutzung von Drohnen gleichsam der Regeln der Straßenverkehrsordnung jedenfalls in ihren Grundzügen Teil des Allgemeinwissens werden.

Mit Blick auf eine weitere Herausforderung im Umgang mit Drohnen konnte hingegen ein Fortschritt erzielt werden. Die Drohne tritt bei der Begehung herkömmlicher Straftaten als ein neues technisches Hilfsmittel hinzu, welches die Anzahl der Rechtsgutsverletzungen schon wegen der gesteigerten Anonymität ansteigen lassen dürfte. Um den Strafverfolgungsbehörden eine tatsächliche Reaktion auf Straftaten zu erleichtern, ist eine Aufhebung der Anonymität der Drohnensteuerer dringend geboten.⁶⁹ Seit dem 1.10.2017 müssen Eigentümer von Drohnen mit einem Gewicht ab 0,25 kg gemäß dem – bußgeldbewehrten – § 19 Abs. 3 LuftVZO ihren Namen und Anschrift „in dauerhafter und feuerfester Beschriftung an dem Fluggerät anbringen“. Jedenfalls bei Abstürzen wird eine Identifizierung mithin künftig möglich

sein, wenngleich mit Blick auf den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts freilich wenig gewonnen ist. Es bleibt indes abzuwarten, inwieweit die Durchsetzung dieser Regelung gelingt sowie wie sich mit Blick hierauf das Angebot unterhalb dieser Gewichtsgrenze entwickeln wird.

VI. Fazit

Zivile Drohnen schaffen eine neue Dimension im Verkehrswesen, die dem Aufkommen motorisierter Fahrzeuge vergleichbar ist. In Zukunft wird es aller Voraussicht nach einen Luftverkehr geben, an dem die Allgemeinheit sowohl gewerblich wie auch privat partizipiert. Für den Strafgesetzgeber besteht derzeit kein Handlungsbedarf, jedoch benötigt das Strafrecht mit Blick auf § 315a Abs. 1 Nr. 2 StGB sowie die Fahrlässigkeitstatbestände dringend die Unterstützung durch außerstrafrechtlich aufzustellende klare Sorgfaltsmaßstäbe für Drohnensteuerer. Das Strafrecht ist grundsätzlich „gewappnet“, jedoch muss sein Schwert durch eine Reformierung des Luftverkehrsrechts geschärft werden. Aktuell bestehen vielfach Tendenzen, die Schaffung immer neuer Straftatbestände zu fordern. Der Strafgesetzgeber sollte jedoch hinsichtlich der zunehmenden Nutzung von Drohnen Besonnenheit wahren. Er kann sich an bereits bekannten Verkehrsformen orientieren und schrittweise die speziellen verkehrsrechtlichen Tatbestände der §§ 315 f. StGB anpassen, während im außerstrafrechtlichen Bereich klare Verhaltensnormen aufgestellt und an die Bürger kommuniziert werden.

⁶⁸ *Dust*, NZV 2016, 353 (354).

⁶⁹ Hierfür auch *Dust*, ZRP 2016, 198 (200).

Ärzte und Sanitäter in bewaffneten Konflikten – Grenzen der Strafbarkeit am Beispiel der „Medizinergruppe“ des sog. Islamischen Staats*

Von Dr. Christina Globke, Mag. iur., Mainz

I. Einführung

Mit Urteil vom 7.12.2015 verurteilte das OLG Celle Mitglieder der sog. „Wolfsburger Gruppe“ wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung gem. §§ 129a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 129b Abs. 1 S. 1, 2 StGB.¹ Verurteilt wurden die Angeklagten wegen ihres Verhaltens im syrischen Bürgerkrieg. Nach einer Radikalisierung in Deutschland waren die Angeklagten zum sog. Islamischen Staat aufgebrochen, hatten sich an der Waffe ausbilden lassen² und später an Kämpfen teilgenommen.³ Der insoweit als typisch zu beschreibende Verlauf von Radikalisierung und Ausreise nach Syrien weist allerdings in den Feststellungen eine Besonderheit auf: Einer der Angeklagten ist vom sog. Islamischen Staat während der Kämpfe gegen andere bewaffnete Gruppen als Fahrer von Krankentransporten eingesetzt worden. Er sollte verwundete Kämpfer von der Front in Krankenhäuser der Umgebung fahren.⁴ Auch wenn diese Feststellungen am Ende aus tatsächlichen Gründen⁵ nicht zu einer Verurteilung geführt haben, bieten sie Anlass, sich mit den dem Verfahren zu Grunde liegenden Annahmen über eine grundsätzlich mögliche Strafbarkeit solchen Verhaltens auseinanderzusetzen.

Das Vorbringen, sich aus humanitären Erwägungen in die Kampfgebiete nach Syrien begeben zu haben, ist nicht unüblich.⁶ Angesichts der breiten medialen Aufarbeitung und Nachrichtenlage über den syrischen Bürgerkrieg und die in ihm kämpfenden Gruppen wird ein solches Vorbringen aber regelmäßig als unglaubwürdige Schutzbehauptung eingestuft,

wenn die in Frage stehenden Gruppen der sog. Islamische Staat, die Al-Nusra-Front oder Al-Qaida-nahe Gruppen sind.

Es ist nicht zu verkennen, dass mit dem sog. Islamischen Staat ein Akteur auf die Weltbühne getreten ist, dem es gelungen ist, Personen mit den unterschiedlichsten Biographien dafür zu begeistern, in das Bürgerkriegsgebiet zu kommen. Die Verheißung, als Muslim in einem Kalifat⁷ leben zu können,⁸ ist – neben einer Neigung zu Gewalt⁹ – ein wichtiges Motiv,¹⁰ um sich vor Ort an den Kämpfen und an der Konsolidierung der Herrschaftsgewalt des sog. Islamischen Staates zu beteiligen.

Vom BKA werden diese Personen unter anderem als „Dschihad-Reisende“¹¹ bezeichnet. Die Bezeichnung klingt zunächst süffisant und euphemistisch, bringt aber bei genauerer Betrachtung die groteske und paradoxe Verbindung zwischen einer Kriegsteilnahme und der nahezu pauschal-touristisch organisierten Ausreise nach Syrien auf den Punkt.

Zu den Personen, die sich von der Ideologie des sog. Islamischen Staates angesprochen fühlen, zählen dann eben auch Mediziner, Medizinstudenten oder Angehörige anderer Pflegeberufe,¹² die – neben dem nicht geflohenen einheimi-

* Der Beitrag ist die erweiterte Fassung eines Vortrags, den die Verf. im April 2017 in der Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz gehalten hat.

¹ OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15 (juris) – nicht rechtskräftig.

² OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 136, 146 ff. (juris).

³ OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 165 ff. (juris).

⁴ OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 180 ff. (juris); ein weiterer Angeklagter, der eine Ausbildung als Massagetherapeut genossen hatte, wurde nicht in dieser Funktion eingesetzt, vgl. OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 136, 374 f. (juris).

⁵ Der Kausalzusammenhang für §§ 211, 27 StGB war nicht nachweisbar, OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 815 ff., 858 ff. (juris).

⁶ Vgl. nur BGHSt 61, 36, Rn. 3; auch thematisiert in OLG München, Urt. v. 15.7.2015 – 7 St 7/14 (4), Rn. 661 ff. (juris); für eine Entscheidung zum Entzug des Passes vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2014 – 24 K 133/14, Rn. 36 (juris). Als Vortrag für einen Verbotsirrtum aber angenommen bei einer Zahlung aus humanitären Gründen in BGH, Beschl. v. 23.8.2006 – 5 StR 105/06, Rn. 6 (juris).

⁷ *Salazar* bezeichnet das Kalifat in Anlehnung an den aus dem Leninismus bekannten Sprachgebrauch als „revolutionäre Avantgarde“, *Salazar*, Die Sprache des Terrors, 2016, S. 155.

⁸ Dazu vgl. BKA, BfV, HKE (Hrsg.), Analyse der Radikalisierungshintergründe und -verläufe der Personen, die aus islamistischer Motivation aus Deutschland in Richtung Syrien oder Irak ausgereist sind, Fortschreibung 2015, S. 31.

⁹ Zur Teilnahme an Kampfhandlungen als Motivation vgl. BKA, BfV, HKE (Hrsg.), Analyse der Radikalisierungshintergründe und -verläufe der Personen, die aus islamistischer Motivation aus Deutschland in Richtung Syrien oder Irak ausgereist sind, Fortschreibung 2016, S. 41. Zur Motivation auch *Reuter*, Die schwarze Macht, 2016, S. 249, 313. Zu einer psychologischen Perspektive vgl. *Benslama*, in: *Benslama*, L'idéal et la cruauté, 2015, S. 11 ff.; zu einer politikwissenschaftlichen Perspektive ausführlich *Neumann*, Der Terror ist unter uns, 2016.

¹⁰ Zum islamistischen Populismus vgl. *Salazar* (Fn. 7), S. 155 ff. Zur Motivation von Männern und Frauen, sich dem Islamischen Staat anzuschließen, vgl. unter Hinweis auf verschiedene Forschungsansätze *Neumann* (Fn. 9), S. 31 ff.

¹¹ Siehe z.B. den Beitrag des Präsidenten des BKA: *Münch*, Spiegel v. 11.2.2017, abrufbar unter <https://www.bka.de/SharedDocs/Reden/DE/muenchGastbeitragSPIEGEL.html> (3.11.2017). Daneben werden die Bezeichnungen „Syrien- und Irakreisende“, „Jihad-Rückkehrer“, „Syrien-Rückkehrer“ und vergleichbare Varianten verwendet.
¹² Beispielhaft die Berichte aus den britischen Medien, <http://www.bbc.com/news/uk-32006445> (3.11.2017) und <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/02/young-uk-doctors-urged-not-to-join-isis> (3.11.2017); das gilt auch für

schen medizinischen Personal – in dem Gebiet, das von der Gruppe des sog. Islamischen Staates beherrscht wird, in der „Medizinergruppe“¹³ ihren Beitrag zur medizinischen Versorgung in den Kampfgebieten leisten wollen.

II. Strafbares Verhalten nach deutschem Recht: §§ 129a i.V.m. 129b StGB bzw. §§ 211, 27 StGB

Das OLG Celle ist in seinem hier zum Anlass genommenen Urteil von einer möglichen Strafbarkeit gemäß §§ 129a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 129b Abs. 1 S. 1, 2 StGB bzw. §§ 211, 27 Abs. 1 StGB ausgegangen. Eine Verurteilung nach §§ 211, 27 Abs. 1 StGB erfordert dabei den Nachweis einer konkreten Tat, während die Strafbarkeit nach §§ 129a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 129b Abs. 1 S. 1, 2 StGB als abstraktes Gefährdungs- und Organisationsdelikt Verhalten im Vorfeld der konkreten Tat erfassen kann.¹⁴ Soweit beides nachweisbar wäre, bestünde zwischen den Taten Tateinheit.¹⁵

Die §§ 129a und 129b StGB sehen eine Strafbarkeit für die Beteiligung an terroristischen Vereinigungen im In- und Ausland vor.¹⁶ Im Tatbestand selbst wird dabei der Begriff „terroristisch“ nicht verwendet.¹⁷ Stattdessen wählt der Gesetzgeber eine Systematik, in der sich die terroristische Eigenschaft der Vereinigung entweder bereits aus den angestrebten Katalogtaten (Abs. 1) oder in Verbindung mit dem Bemühen, die Bevölkerung einzuschüchtern, staatliche Gewalt zu nötigen oder zu beseitigen (Abs. 2), ergibt. Die Abs. 1 und 2 konkretisieren insoweit die Vorstellung des deutschen Gesetzgebers, was unter terroristischem Verhalten zu verstehen ist.

Die medizinische Versorgung von verwundeten Kämpfern des sog. Islamischen Staates bietet unter zwei Gesichtspunkten einen Ansatz, um über eine Strafbarkeit nachzudenken: Zum einen kann man erwägen, dass die Kampfmoral der Kämpfer gestärkt wird, wenn sie die Aussicht haben, nach einer Verwundung von der Front in Sicherheit gebracht und

versorgt zu werden.¹⁸ Zum anderen könnten verletzte Kämpfer auf Grund der medizinischen Versorgung in den Kampf zurückkehren.¹⁹ Beides soll letztlich der Kampfkraft der Gruppe des sog. Islamischen Staates zu Gute kommen.

In Krankentransporten und der Versorgung von Verwundeten könnten daher entweder eine Beteiligung als Mitglied der Vereinigung (§ 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2 StGB), eine Unterstützung der Vereinigung (§ 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1 Abs. 1, 2, 5 StGB), oder, falls ein konkretes Geschehen ausreichend identifiziert werden kann, eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Mord (§§ 211 Abs. 2, 27 Abs. 1 StGB) zu sehen sein. Da es Zweck der (ausländischen terroristischen) Vereinigung sein muss, Taten aus dem Katalog des § 129a StGB zu begehen,²⁰ kann die Strafbarkeit einer einzelnen Person gem. §§ 129a, 129b StGB allerdings nicht nur auf ein Verhalten gestützt werden, das als solches nicht strafbar wäre.

Eine Einschränkung soll allerdings gemacht werden: Im Folgenden wird es ausschließlich um die Frage der Strafbarkeit medizinischer Versorgung von an der Front verwundeten Kämpfern gehen. In der Praxis nehmen Personen, die nach Syrien zum sog. Islamischen Staat gereist sind, in der Regel nicht nur eine Rolle wahr,²¹ und machen sich deshalb bereits aus anderen Gründen regelmäßig strafbar. Ferner sind Personen, die medizinische Aufgaben wahrnehmen jedenfalls an das humanitäre Völkerrecht gebunden,²² so dass bei Verstößen Völkerstraftaten vorliegen können.²³ Konzentriert man sich auf die Frage, wie wahrgenommene medizinische Aufgaben oder das Vorhaben, solche Aufgaben wahrzunehmen, zu bewerten sind, erlaubt das, die spezifisch an dieser Aufgabe hängenden Probleme zu verdeutlichen.

1. Der sog. Islamische Staat als ausländische terroristische Vereinigung im Sinne des §§ 129b i.V.m. 129a StGB

Der sog. Islamische Staat ist eine ausländische²⁴ terroristische Vereinigung²⁵ im Sinne des §§ 129b i.V.m. 129a StGB.²⁶ Als

einen der Angeklagten im Celler Verfahren, der als Massagetherapeut ausgebildet war, OLG Celle, Urte. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 136, 374 f. (juris).

¹³ Z.B. OLG Celle, Urte. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 181 (juris).

¹⁴ Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 129a Rn. 4 f. Zum Rechtsgut des § 129b StGB vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 129b Rn. 3.

¹⁵ Fischer (Fn. 14), § 129 Rn. 50.

¹⁶ § 129b StGB trat 2002 in Kraft, nachdem das Gesetzgebungsverfahren auf Grund der Anschläge auf das World Trade Center zügig durchgeführt wurde, vgl. dazu Schäfer (Fn. 14), § 129b Rn. 5. Er wurde nötig, da der BGH zuvor eine Zuständigkeit deutscher Gerichte in entsprechenden Konstellationen abgelehnt hatte, vgl. kritisch dazu Krefß, JA 2005, 220 (226 f.).

¹⁷ Zu einer sprachphilosophischen Kritik an dieser Verwendung des Begriffs „Terror“ vgl. Salazar (Fn. 7), S. 35 ff.

¹⁸ Vgl. OLG Celle, Urte. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 823, 863 (juris). Inwieweit das eine realistische Erwartung ist, ist aber zweifelhaft, vgl. dazu die Aussagen in der Dokumentation auf Arte von 2016 „Inside Rakka: IS-Deserteure packen aus“, Regisseure Dandois/Trégan. Danach werden Verwundete auch oft zurückgelassen.

¹⁹ Zu solchen Überlegungen vgl. OLG Celle, Urte. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 822, 862 (juris).

²⁰ Vgl. Fischer (Fn. 14), § 129a Rn. 7, § 129 Rn. 11.

²¹ Der sog. Islamische Staat kann auf diese Weise die Kämpfer an die eigene Sache binden, und macht ihnen eine Rückkehr praktisch unmöglich, da die meisten in ihren Heimatländern mit langen Haftstrafen rechnen müssten.

²² Vorgaben für die medizinische Versorgung enthalten z.B. Art. 33 GK IV, Art. 7 Abs. 2 ZP II.

²³ Für Deutschland z.B. § 8 Abs. 1 Nr. 8 VStGB.

²⁴ Zu dem Verhältnis zu deutschen Ablegern vgl. BGHSt 56, 28 (32 ff.), Rn. 28 ff.; Kuhli, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 129 Rn. 9; Fischer (Fn. 14), § 129 Rn. 7.

Organisation ist er in der jetzigen Form und Bezeichnung Nachfolger verschiedener, bis ins Jahr 2004 zurückzufolgender Gruppen.²⁷ Ihm liegt eine fundamentalistische islamische Ideologie zu Grunde, deren Ziel die Errichtung eines auf diesem Verständnis des Islam beruhenden Gottesstaates, eines Kalifats, ist. Zu diesem Zweck bedienen sich die Mitglieder²⁸ des sog. Islamischen Staates verschiedener Mittel, zu denen vor allem massive Gewaltanwendungen gegen andere bewaffnete Gruppen und die Bevölkerung der eroberten Gebiete gehören. Die Gewalttaten erfüllen regelmäßig die in den § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1 und 2 StGB aufgezählten Delikte, zu denen unter anderem die hier interessierenden Kapitaldelikte (Mord, Totschlag) und die Völkerstraftaten (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen) zählen.²⁹ Das politische Ziel, ein Kalifat zu errichten, rechtfertigt nicht, dieses Ziel durch die Begehung von Straftaten im Sinne des § 129a StGB zu verfolgen.³⁰

2. *Strafbarkeit: Mitglied* – § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2 StGB; *Unterstützung* – § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2, 5 StGB; §§ 211 Abs. 2, 27 Abs. 1 StGB

Als Ansatzpunkt für eine Strafbarkeit der medizinischen Versorgung von Verwundeten in den Kampfgebieten kommen sowohl die Mitgliedschaft gemäß § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2 StGB als auch die Unterstützung gem. § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2, 5 StGB in Betracht. Die beiden Varianten unterscheiden sich in der Sache im Wesentlichen durch den Grad der Verbundenheit mit der Vereinigung. Rechtstechnisch ist die Strafbarkeit der Unterstützung gem. § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2, 5 StGB eine zur Täterschaft hochgestufte Beihilfehandlung.³¹

Eine Mitgliedschaft in der Vereinigung ist dann anzunehmen, wenn der Einzelne dauerhaft an den Tätigkeiten der Vereinigung teilnimmt, in der Vereinigung als Mitglied aner-

kannt ist und er als solches handelt,³² sich also in eine von der Vereinigung vorgegebene Rollenverteilung und Arbeitsteilung einfügt.³³ Rein passive Mitgliedschaft genügt aber nicht.³⁴ Denkbar sind z.B. logistische Tätigkeiten, die die Begehung von Straftaten erleichtern oder ermöglichen.³⁵ Als Unterstützung wären dagegen solche Handlungen erfasst, die – ohne dass der Täter Mitglied ist – in irgendeiner Weise geeignet sind, das Gefährdungspotential der Vereinigung zu stützen.³⁶ Entscheidend ist, dass die Handlungen letztlich der Vereinigung als solcher dienen,³⁷ unabhängig davon, ob die konkrete Handlung einer Einzelperson oder der Vereinigung zugutekommt.³⁸

In beiden Varianten hängt die Strafbarkeit letztlich davon ab, ob die medizinische Versorgung von Verletzten und Verwundeten eine Unterstützungshandlung für die Organisation und ihre Ziele sein kann: Die Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung setzt voraus, dass sich das Mitglied mit den Zielen der Organisation identifiziert, und zumindest plant, zukünftig Taten zu begehen, die der Verwirklichung dieser Ziele dienen. Das reine Einverständnis mit den Zielen der Vereinigung reicht ebenso wenig aus wie eine formale, aber passive Mitgliedschaft in der Vereinigung. Insofern hängt auch eine Strafbarkeit wegen Beteiligung als Mitglied in der ausländischen terroristischen Vereinigung letztlich davon ab, ob die Tätigkeit, die zu den Aufgaben der betreffenden Person zählt oder zählen soll, d.h. also hier die medizinische Versorgung von Mitgliedern der Vereinigung, als eine Tätigkeit qualifiziert werden kann, die die Ziele der Vereinigung fördert. Nichts Anderes gilt, wenn jemand diese Tätigkeit ausübt oder ausüben will, ohne Mitglied zu sein.

Auch die Strafbarkeit des Verhaltens als Einzeltat hängt davon ab, ob es als Beihilfe zu einer der Katalogtaten qualifiziert werden könnte, wenn die Versorgung von Verwundeten letztlich die Kampfkraft des sog. Islamischen Staates fördern würde, und von den wieder genesenen Kämpfern während Kampfhandlungen weitere Katalogtaten zu erwarten sind.

3. Exkurs: Besonderer Status medizinischer Versorgung?

Trotz der anzunehmenden fortdauernden Gefährlichkeit von medizinisch versorgten Kämpfern, die zumindest auch auf diese Behandlung zurückzuführen ist, sind Bedenken an einer an die medizinische Versorgung anknüpfenden Strafbarkeit von Personen nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen.

Medizinische Versorgung von Kranken und Verletzten wird unter normalen Umständen als so selbstverständlich angesehen, dass Diskussion über die Versorgung von Patienten sich in der Regel nur um das „Wie“, nicht aber um das

²⁵ Zum Vereinigungsbegriff in Anlehnung an § 2 Abs. 1 VereinsG vgl. *Krauß*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 129 Rn. 18; *Schäfer* (Fn. 14), § 129 Rn. 14. Zu den Unterschieden zur Bande vgl. *Ostendorf*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 129 Rn. 11 f.

²⁶ Ständige Rspr., vgl. nur BGH, Beschl. v. 18.6.2015 – AK 15/15, 15/16, Rn. 52 ff. m.w.N. (juris).

²⁷ Vgl. *Reuter* (Fn. 9), S. 55 ff.

²⁸ Zur Unterordnung der Einzelnen unter gemeinsame Zwecke in einem einheitlichen Verband vgl. *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 7 m.w.N.; *Schäfer* (Fn. 14), § 129 Rn. 14 m.w.N.

²⁹ Vgl. beispielhaft die Fälle in BGH, Beschl. v. 18.6.2015 – AK 15/15, 15/16, Rn. 52 m.w.N. (juris); BGH NJW 2016, 3604.

³⁰ Zur Entwicklung der politischen Delikte in Deutschland vgl. *Blasius*, *Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland*, 1983, S. 12 ff.

³¹ *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 30 m.w.N.

³² *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 24.

³³ *Ostendorf* (Fn. 25), § 129 Rn. 18.

³⁴ *Ostendorf* (Fn. 25), § 129 Rn. 18; *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 24.

³⁵ *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 24.

³⁶ *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 30.

³⁷ *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 30.

³⁸ *Krauß* (Fn. 25), § 129 Rn. 134; vgl. auch *Schäfer* (Fn. 14), § 129 Rn. 111 zu den Unterschieden zwischen § 129 StGB und §§ 129, 27 StGB.

das „Ob“ drehen. Dem ethischen Selbstverständnis medizinischer Berufe, die Versorgung von Patienten zu gewährleisten, korrespondieren je nach Rechtsordnung verschieden ausgestaltete Rechte auf medizinische Versorgung. Beispielfestgehalten findet sich die Beschreibung des Verhältnisses zum Patienten in einer modernisierten Version des hippokratischen Eides des Weltärztebundes³⁹ und der Deklaration von Lissabon⁴⁰ zu den Rechten des Patienten. Kernaussage aller dieser (rechtlich nicht verbindlichen⁴¹) Regeln ist, dass Patienten bestmöglich und unterschiedslos medizinisch versorgt werden sollen.⁴² Wird von staatlicher Seite interveniert, um eine solche Behandlung von Patienten zu unterbinden, führt dies normalerweise zu internationaler Kritik.⁴³ Offensichtlich wird in solchen Fällen ein zivilisatorisches Mindestmaß unterschritten, das kulturelle Grenzen überschreitet. Strafbarkeit an die medizinische Versorgung von Verwundeten zu knüpfen, sollte daher zumindest eine genaue Untersuchung der rechtlichen Rahmenbedingungen voraussetzen.⁴⁴

4. Teleologische Reduktion im Rahmen des Topos der neutralen oder sozialadäquaten Handlung

Geht man für die Zwecke der Untersuchung davon aus, dass eine medizinische Versorgung von Verwundeten tatsächlich weitere Kampfhandlungen ermöglicht, kann die rechtstechnische Frage darauf konzentriert werden, ob die Tatbestandsmerkmale „beteiligen als Mitglied“, „unterstützen“ in §§ 129b i.V.m. 129a StGB oder „Hilfe leisten“ in § 27 Abs. 1 StGB teleologisch reduziert werden können, oder ob es rechtliche Regelungen gibt, deren Regelungsgehalt vorrangig ist, so dass letztlich die medizinische Versorgung von Verwundeten nicht strafbar ist. Da die ersten zwei Varianten von der Strafbarkeit der letzten abhängen, soll im Folgenden die Beihilfedogmatik betrachtet werden.

Zu denken ist hier vor allem an die aus der allgemeinen Teilnahmedogmatik bekannten Topoi des „sozialadäquaten“,

„berufstypischen“ oder „neutralen“ Verhaltens,⁴⁵ das – trotz einer tatsächlich fördernden Wirkung – nicht strafbar ist.

Wann eine Handlung „neutral“, „berufstypisch“ oder „sozialadäquat“ ist, lässt sich letztlich nur an Hand einiger typischer Kriterien für den Einzelfall entscheiden. Die Rechtsprechung stellt grundsätzlich darauf ab, ob erkennbar ist, dass die unterstützte Tätigkeit ausschließlich darauf gerichtet ist, eine Straftat zu begehen, und welcher Art und Umfang das Wissen von den Plänen des anderen ist.⁴⁶ Hat die Unterstützungshandlung dagegen eine eigenständige Bedeutung, so dass sie auch ohne eine anschließende Straftat sinnvoll bleibt, soll sie nicht strafbar sein.⁴⁷ Dazu zählen in der Regel alltägliche oder berufstypische Handlungen, sofern dabei nicht wenigstens billigend in Kauf genommen wird, auf diese Weise eine Straftat zu fördern.⁴⁸ Positives Wissen von der Straftat ist allerdings grundsätzlich ausreichend, um die Strafbarkeit zu begründen.⁴⁹ Ob man dieses Verhalten dann als „neutral“, „berufstypisch“ oder „sozialadäquat“ bezeichnet, ist unerheblich.⁵⁰ In allen Fällen handelt es sich um den Versuch, den Anwendungsbereich der Norm teleologisch zu reduzieren, so dass nicht strafwürdiges Verhalten aus der Strafbarkeit ausgeschlossen wird. Im Folgenden wird hier mit dem Begriff „sozialadäquat“ gearbeitet.

a) Begriff der „sozialadäquaten“ Handlung

Bereits die Frage, was hier „sozialadäquat“ ist, wirft Probleme auf. Der Topos wird in innerstaatlichen Konstellationen verwendet, in denen typischerweise – selbst in den Fällen der §§ 129, 129a StGB – eine funktionierende gesellschaftliche und staatliche Infrastruktur besteht. Die geplanten oder begangenen Straftaten stehen neben der sonstigen Rechtsordnung, konstituieren oder prägen sie aber nicht.⁵¹ Niemand muss daher in seinem Gegenüber vorrangig und zuerst damit rechnen, einem Straftäter gegenüberzustehen und diesem gegebenenfalls zu helfen. Umgekehrt kann ein Straftäter auf diese Infrastruktur zurückgreifen, muss sie aber nicht selbst zur Verfügung stellen. Für die Situation eines bewaffneten Konflikts und in besetzten Gebieten lässt sich das aber nicht ohne Weiteres sagen.⁵² So ist es durchaus üblich, medizini-

³⁹ Vgl. Hilgendorf, Einführung in das Medizinrecht, 2016, Kap. 1 Rn. 15 ff.

⁴⁰ <http://www.bundesärztekammer.de/patienten/patientenrechte/deklaration-von-lissabon/> (3.11.2017).

⁴¹ Zu der fragmentarischen Regelung des Medizinstrafrechts vgl. Hilgendorf (Fn. 39), Kap. 1 Rn. 18.

⁴² Vgl. dazu Hilgendorf (Fn. 39), Kap. 1 Rn. 14.

⁴³ Vgl. z.B. die Reaktion der UN auf das Vorgehen von Bahrain nach den Unruhen im Frühjahr 2011, abrufbar unter <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39894&Kw1=Bahrain&Kw2=&Kw3=#.WOFK1Bj5xBw> (3.11.2017), <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=38279&Kw1=Bahrain&Kw2=medic&Kw3=#.WOFK1Bj5xBw> (3.11.2017); ferner Katari, JGH 3 (2013), 33 (34).

⁴⁴ Das gilt nicht zuletzt auch deshalb, weil die Überlegungen zur Strafbarkeit auf viele – wenn auch nicht auf alle – der zivilen Ärzte zutreffen dürften, die im Konfliktgebiet verblieben sind. Unmittelbare Bedrohungssituationen, die diese rechtfertigen oder entschuldigen könnten, werden nicht immer anzunehmen sein.

⁴⁵ Dazu vgl. Fischer (Fn. 14), § 27 Rn. 16 ff. m.w.N.

⁴⁶ Zu den Kriterien der Rspr. vgl. Haas, in: Matt/Renzikowski (Fn. 24), § 27 Rn. 12; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 27 Rn. 10.

⁴⁷ Haas (Fn. 46), § 27 Rn. 12; BGH NSTZ 2001, 364 (365).

⁴⁸ So Fischer (Fn. 14), § 27 Rn. 19c.

⁴⁹ So z.B. BGH NSTZ 2000, 34; NSTZ 2004, 41 (43).

⁵⁰ Allgemein kritisch zu einer Argumentation über diese Topoi Haas (Fn. 46), § 27 Rn. 16 ff.

⁵¹ Zum geringen Einfluss auch politisch motivierter Gewalttaten auf eine Gesellschaft vgl. Blasius (Fn. 30), S. 10.

⁵² Zur Hoheitsgewalt in besetzten Gebieten und den Aufgaben einer Besatzungsmacht vgl. ausführlich ICRC (Hrsg.), International Review of the Red Cross, Bd. 885, 2012. Ob und welche Regeln des internationalen Rechts für eine Besatzung eines Territoriums durch eine nichtstaatliche Gruppe

sches Personal bei den Kampfeinheiten vorzuhalten. Ferner werden dort eingesetzte Personen wissen, dass sie Kämpfer versorgen, die danach – wenn möglich – wieder in den Kampf zurückkehren werden.

Was „sozialadäquat“ ist und welche Bedeutung dem Wissen um die Umstände zukommt, lässt sich daher angemessen nur sagen, wenn man die besonderen Herausforderungen, denen Personen in bewaffneten Konflikten ausgesetzt sind, berücksichtigt.⁵³ Rechtlich ist die Besonderheit des bewaffneten Konflikts im humanitären Völkerrecht angesprochen, das neben das in Friedenszeiten geltende Recht tritt.⁵⁴

b) „Sozialadäquates“ Verhalten in einem bewaffneten Konflikt

aa) Relevanz des Rechtsrahmens des humanitären Völkerrechts

Das humanitäre Völkerrecht regelt die Rechtsstellung der an bewaffneten Konflikten beteiligten Personen und der Zivilisten, die sich in den Gebieten aufhalten, in denen bewaffnete Konflikte ausgetragen werden. Es trennt den Schutz von Personen⁵⁵ während des Krieges von der Frage danach, welche Konfliktpartei die Gerechtigkeit auf ihrer Seite zu haben meint.⁵⁶

gelten, ist unklar. Dazu vgl. *Sivakumaran*, *The Law of Non-International Armed Conflict*, S. 529 ff.

⁵³ Zu denken ist auch an Art. 3 Abs. 1 GG. Eine gleichmäßige Anwendung auf eine Friedensordnung und den bewaffneten Konflikt begegnet zumindest deshalb Zweifeln, weil – trotz aller Überlappungen der Rechtsregime – unterschiedliche Regeln für den Frieden und den bewaffneten Konflikt gelten. Vergleichsgruppen wären dann das medizinische Personal im Frieden und im bewaffneten Konflikt.

⁵⁴ Zum allgemeinen Verhältnis von ius ad bellum und ius in bello vgl. *Ipsen*, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, § 60 Rn. 9; *Vitzthum/Proelß/Bothe*, *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2016, 8. Abschn. Rn. 56 ff. Zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht vgl. u.a. *Kleffner*, in: *Gill/Fleck* (Hrsg.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2011, S. 51 ff.

⁵⁵ Zu diesem „Leitmotiv“ des humanitären Völkerrechts ICRC (Hrsg.), *Commentary Geneva Convention*, Bd. 1, 2016, Art. 3 Rn. 550.

⁵⁶ Durch die Trennung von ius ad bellum und ius in bello stellt das humanitäre Völkerrecht eine Gleichheit zwischen den Akteuren her. Praktisch zeigen sich hier aber die Schwächen eines Regelungsregimes, das auf Symmetrie zwischen den Konfliktparteien aufbaut, vgl. dazu *Münkler*, *Kriegssplitter*, 2015, S. 316 f. Andererseits hat es rechtlich nach wie vor eine Existenzberechtigung, so auch *Vitzthum/Proelß/Bothe* (Fn. 54), 8. Abschn. Rn. 27. Zwar verbietet Art. 2 Nr. 4 UN-Charta grundsätzlich Angriffe auf andere Mitgliedstaaten. Eine Feststellung und Sanktionen der internationalen Gemeinschaft setzen aber eine Resolution des Sicherheitsrats (Art. 39 UN-Charta) voraus und sind damit zumindest davon abhängig, dass die Ständigen Mitglieder kein Veto einlegen.

Abhängig davon, um welche Art von Konflikt es sich handelt, sind in der Haager Landkriegsordnung, aber insbesondere in den Genfer Konventionen, deren Zusatzprotokollen und dem daraus entstandenen Völkergewohnheitsrecht, Rechte und Pflichten verschiedener Personengruppen niedergelegt, die neben das jeweilige in Friedenszeiten geltende Rechtsregime treten.⁵⁷ Auch unter der Geltung des humanitären Völkerrechts ist eine individuelle Strafbarkeit von Personen zwar nicht ausgeschlossen; insbesondere die Strafbarkeit für Völkerstraftaten besteht unabhängig vom Status einer Person.⁵⁸ Durch das humanitäre Völkerrecht können aber die Verhaltensnormen für den Einzelnen modifiziert sein.

bb) Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auf Kämpfer des sog. Islamischen Staats

Findet in einer Region ein (internationaler oder nichtinternationaler) bewaffneter Konflikt statt, ist humanitäres Völkerrecht mit den Regeln anwendbar, die für den jeweiligen Konflikt gelten. Da die Kämpfe in Syrien und dem Irak überwiegend⁵⁹ nicht zwischen zwei Staaten stattfinden,⁶⁰ stellt sich insoweit dann die Frage nach dem Vorliegen eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts.

Ein nichtinternationaler bewaffneter Konflikt liegt dann vor, wenn Feindseligkeiten entweder zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Kräften oder zwischen mehreren nichtstaatlichen Kräften ein gewisses Mindestmaß überschreiten.⁶¹ Indiz dafür ist z.B., wenn die Regierungspartei mit militärischen Mitteln gegen die Aufständischen vorgehen muss, weil der Einsatz von Polizei nicht mehr ausreichend wäre.⁶² Nichtstaatliche Kräfte müssen darüber hinaus als Konfliktpartei eingeordnet werden können. Das setzt voraus, dass ihre Kämpfer über ein Mindestmaß an militärischer Organisation verfügen,⁶³ d.h. in verantwortliche⁶⁴ Befehlshierarchien ge-

⁵⁷ Zum Verhältnis von humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten vgl. *Greenwood*, in: *Fleck* (Hrsg.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2. Aufl. 2008, Rn. 254 ff.

⁵⁸ Vgl. zur Bindung an das humanitäre Völkerrecht auch für die nichtstaatlichen Akteure *Fleck*, in: *Fleck* (Fn. 57), Rn. 1207, 1218.

⁵⁹ Soweit die Türkei oder die USA gegen syrische Regierungstruppen kämpfen, liegt ein internationaler bewaffneter Konflikt vor. Vgl. dazu die Einschätzung des IRK, <http://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-syria-redcross-idUSKBN17924T> (3.11.2017).

⁶⁰ Zum internationalen bewaffneten Konflikt *Greenwood* (Fn. 57), Rn. 202.

⁶¹ Vgl. UK Ministry of Defence (Hrsg.), *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Rn. 15.3 ff.; *David*, in: *Clapham/Gaeta* (Hrsg.), *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, 2014, S. 356 ff.; *Fleck* (Fn. 58), Rn. 1205.

⁶² Als Beispiel bei <https://casebook.icrc.org/glossary/non-international-armed-conflict> (3.11.2017) genannt.

⁶³ In Art. 1 Abs. 1 ZP II als „dissident armed forces“ oder „other organized armed group“ bezeichnet, dazu vgl. *David* (Fn. 61), S. 359; *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 184 f.; vgl.

gliedert sind, die es der Gruppe erlauben, dauerhaft und strategisch Angriffe auf militärische Ziele zu planen.⁶⁵ Ferner müssen die Kämpfer äußerlich von der Zivilbevölkerung unterschieden werden können.⁶⁶ Eine Anerkennung durch die, i.d.R. staatliche, Gegenseite ist nicht erforderlich. Die Einordnung als Konfliktpartei beruht auf einer faktischen Beteiligung an Kämpfen,⁶⁷ die eine gewisse Intensität erreichen. Nur so lässt sich das Regelungsziel der Genfer Konvention, das *ius in bello* unabhängig von dem *ius ad bellum* zu regeln, erreichen.⁶⁸ Diese faktische Anerkennung als Konfliktpartei hat allerdings keine Auswirkungen auf die Legitimität oder den rechtlichen Status der nichtstaatlichen Konfliktpartei oder ihrer Kämpfer.⁶⁹

Die frei verfügbaren Informationen legen nahe, dass der sog. Islamische Staat die Voraussetzung einer Konfliktpartei eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts erfüllt.⁷⁰ Davon geht letztlich auch die Rechtsprechung aus, wenn sie feststellt, dass sich der sog. Islamische Staat als (revolutionäre⁷¹) Ordnungsmacht in der Region etabliert habe.⁷² Der sog. Islamische Staat strebt in einem Gebiet, das sich über den gesamten Nahen Osten erstreckt, die Errichtung eines islamischen Staates, des Kalifats, an. Zu diesem Zweck führt der sog. Islamische Staat seit einigen Jahren einen bewaffneten Kampf mit verschiedenen Parteien im Irak und in Syrien.

<https://casebook.icrc.org/glossary/non-international-armed-conflict> (3.11.2017).

⁶⁴ Dazu vgl. David (Fn. 61), S. 360.

⁶⁵ Vgl. ICRC (Hrsg.), *Commentary Additional Protocol*, Bd. 2, Rn. 4463; David (Fn. 61), S. 359. Zu den auch im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt geltenden Regeln für militärische Angriffe vgl. Fleck (Fn. 58), Rn. 1203, 1212.

⁶⁶ Zu den Anforderungen, die an nichtstaatliche Gruppen gestellt werden, vgl. Cassese, in: Clapham/Gaeta (Fn. 61), S. 9; zum Unterscheidungsgebot in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten vgl. David, in: Clapham/Gaeta (Fn. 61), S. 353.

⁶⁷ Vgl. David (Fn. 61), S. 353.

⁶⁸ Auf diese Weise stellt das humanitäre Völkerrecht eine Gleichheit zwischen den Akteuren her, vgl. dazu mit Blick auf neue Überlegungen zum Recht im Bürgerkrieg v. Kielmansegg, JZ 2014, 373 (381). Praktisch zeigen sich hier aber die Schwächen eines Regelungsregimes, das auf Symmetrie zwischen den Konfliktparteien aufbaut, vgl. dazu Münkler (Fn. 56), S. 316 f.

⁶⁹ Vgl. Sivakumaran (Fn. 52), S. 205 ff.; Fleck (Fn. 58), Rn. 1213 ff.

⁷⁰ Sehr zurückhaltend, wegen des Neutralitätsgebots aber verständlich, das ICRC, abrufbar unter <https://www.icrc.org/en/document/applicability-ihl-terrorism-and-counterterrorism> (3.11.2017), das sich im Wesentlichen mit einem Vergleich mit Al Qaida begnügt.

⁷¹ Dazu Salazar (Fn. 7), S. 170 ff. Zum Urteilen über eine (politische, ideologische) Überzeugung auch Trévidic, *Au coeur de l'antiterrorisme*, 2011, S. 55.

⁷² Ständige Rspr., vgl. nur BGH, Beschl. v. 2.7.2014 – AK 13-14/14, Rn. 13; BGH, Beschl. v. 18.6.2015 – AK 15/15, 15/16, Rn. 20.

Trotz einiger militärischer Rückschläge im letzten Jahr beherrscht, bzw. beherrschte er beträchtliche Gebiete in Syrien und im Irak, in denen er beachtliche Herrschafts- und Verwaltungsstrukturen aufgebaut hat.⁷³ Der sog. Islamische Staat hat die komplette Infrastruktur der von ihm beherrschten Gebiete in ein hierarchisches System eingebunden. Das selbsterklärte Ziel ist eine organisierte Herrschaftsgewalt, die – auch wenn sie sich ausdrücklich von westlichen oder sonstigen modernen Staatsstrukturen distanzieren möchte – alle Funktionen von Staatlichkeit übernehmen will. Der sog. Islamische Staat rekrutiert seine Kämpfer aus einheimischen wie ausländischen Freiwilligen, die eine intensive Kampfausbildung durchlaufen. Die Schlagkraft dieser Truppe hat sich in zahlreichen Kämpfen mit syrischen, irakischen, kurdischen und sonstigen Gruppen gezeigt. Der insgesamt transnationale Konflikt, an dem der sog. Islamische Staat beteiligt ist, zerfällt dabei letztlich in zwei nichtinternationale bewaffnete Konflikte in Syrien und im Irak.⁷⁴

cc) Strafbarkeit von IS-Kämpfern unter Geltung des humanitären Völkerrechts

Das schließt selbstverständlich nicht aus, dass sich die Kämpfer des sog. Islamischen Staates strafbar machen können.⁷⁵ Auch wenn für einen nichtinternationalen bewaffneten Konflikt das humanitäre Völkerrecht gilt, ist damit kein Freibrief für jedwede Tat verbunden. Eroberte und besetzte Gebiete werden einer Herrschaft unterworfen, die auf der Interpretation des Korans und der Scharia durch den Islamischen Staat beruht. Daher kommt es in diesen Gebieten im Zug der Eroberungen und Besetzungen regelmäßig zu Massentötungen, Vertreibungen, Verbrechen gegen die sexuelle Selbstbestimmung und sonstigen Völkerstraftaten, die sich vor allem gegen die Zivilbevölkerung in diesen Gebieten richten. Diese Art von Taten wird gelegentlich auch für das humanitäre Völkerrecht als terroristisch bezeichnet, da und soweit sich die Taten primär gegen die Zivilbevölkerung richten.⁷⁶ Ein zielgerichtetes Vorgehen gegen die Zivilbevölkerung verstößt gegen das für das humanitäre Völkerrecht grundlegende Unterscheidungsgebot zwischen militärischen Zielen und der Zivilbevölkerung.⁷⁷ In der Sache unterscheidet sich die Rechtslage aber hier nicht von derjenigen, die auch für Angehörige regulärer Streitkräfte in einem – internationalen oder nichtinternationalen – bewaffneten Konflikt gilt.

⁷³ Zur Kontrolle über Territorium als Voraussetzung der Anwendung des ZP II vgl. Sivakumaran (Fn. 52), S. 185 ff.

⁷⁴ In ihnen kämpft die gleiche Gruppe jeweils gegen einen anderen staatlichen Akteur. Zu dieser Einordnung von „transnationalen“ Konflikten Sivakumaran (Fn. 52), S. 229.

⁷⁵ Die Entscheidung über Strafbarkeiten für die Beteiligung an nichtinternationalen bewaffneten Konflikten ist grundsätzlich eine innerstaatliche, souveräne Angelegenheit, vgl. UK Ministry of Defence (Fn. 61), Rn. 15.6.2.

⁷⁶ So zusammenfassend das IRK, abrufbar unter <https://www.icrc.org/en/document/what-does-ihl-say-about-terrorism> (3.11.2017).

⁷⁷ Zum Verbot unterschiedsloser Angriffe vgl. Sivakumaran (Fn. 52), S. 347 f.

Unterschiede ergeben sich allerdings insoweit, als sich Angriffe gegen militärische Ziele richten. Der sog. Islamische Staat greift unbestritten in gegnerischen Kampfverbänden, deren Infrastruktur und Material auch militärische Ziele⁷⁸ an. Neuere Untersuchung zeigen z.B., dass selbst die Selbstmordattentate inzwischen überwiegend von einheimischen Kämpfern gegen militärische Ziele eingesetzt werden.⁷⁹ Als Teilnehmer an einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt wählen die Kämpfer des sog. Islamischen Staates damit zwar legitime, weil militärische Ziele aus. Da sie aber keine staatlichen, regulären Streitkräfte sind, fehlt ihnen das sog. Kombattantenprivileg, d.h. sie dürfen sich (rechtlich) nicht an Kämpfen beteiligen und insbesondere nicht töten.⁸⁰ Diese Ambivalenz ihres Rechtsstatus hat zur Folge, dass sie zwar keine Kriegsverbrechen begehen, wenn sie nach humanitärem Völkerrecht erlaubte, d.h. militärische Ziele angreifen.⁸¹ Nach dem Maßstab des nationalen Rechts, das für das umkämpfte Territorium nach wie vor gilt, sind sie aber Zivilisten, die zu den Waffen greifen und an Kämpfen teilnehmen.⁸² Für diese Handlungen gilt dann das in Friedenszeiten geltende Recht, inklusive des Strafrechts, so dass sich die Kämpfer nach dem lokalen Strafrecht insbes. wegen Tötungsdelikten strafbar machen können, wenn sie an bewaffneten Auseinandersetzungen teilnehmen.⁸³ Auch das humanitäre Völkerrecht

⁷⁸ Unter „militärischem Ziel“ ist im internationalen und im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt das gleiche zu verstehen, vgl. dazu UK Ministry of Defence (Fn. 61), Rn. 15.9.1.

⁷⁹ Vgl. dazu die Studie bei Winter, War by Suicide: A Statistical Analysis of the Islamic State's Martyrdom Industry, The International Centre for Counter-Terrorism – The Hague, 2017, S. 17 ff. Er sieht Ähnlichkeiten zu den Kamikaze-Fliegern (S. 3, 24), und auch die Verwandtschaft zu „Himmelfahrtskommandos“ wird deutlich (S. 4 f.). Zum Verhältnis zu diesen vgl. Freudenberg, Theorie des Irregulären, 2008, S. 222 f.

⁸⁰ Dazu und zu der rechtlich unglücklichen Formulierung als „unlawful combatants“ vgl. Dörmann, in: Clapham/Gaeta (Fn. 61), S. 606 f.; ausführlich zu der Diskussion um einen Kombattantenstatus auch für nichtstaatliche Gruppen Kreß, JZ 2014, 365 (370 ff.), der darauf hinweist, dass die beiden Seiten für ihre Ansichten letztlich humanitäre Gründe vorbringen.

⁸¹ Vgl. ICRC (Hrsg.), Report on International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts, 2015, S. 14.

⁸² Vgl. zum Verhältnis von Kombattant und Zivilist in Bezug auf Kampfhandlungen Dörmann (Fn. 80), S. 618.

⁸³ Zu Überlegungen, den Status von bewaffneten Gruppen im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt zu stärken, sofern sich die Kämpfer an das humanitäre Völkerrecht halten, vgl. Clapham, in: Clapham/Gaeta (Fn. 61), S. 768. Er geht zudem davon aus, dass die Bindung an das humanitäre Völkerrecht vergleichbar der Bindung an das Völkerstrafrecht durch die Staaten auch für Personen auf ihrem Territorium begründet werden kann (S. 778). So auch Sivakumaran (Fn. 52), S. 236 ff.; auch insoweit wird dadurch die Völkerrechtssub-

geht davon aus, dass für die Teilnehmer an bewaffneten Auseinandersetzungen in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten grundsätzlich eine Strafbarkeit nach nationalem Recht begründet werden kann. Art. 6 Abs. 5 Zusatzprotokoll II zu den Genfer Konventionen über den Schutz von Opfern nicht-internationaler bewaffneter Konflikte (ZP II) erkennt das selbst vertragsrechtlich für den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt an, auch wenn er der staatlichen Konfliktpartei nahelegt, nach Abschluss der Kampfhandlungen Amnestien für die Teilnahme an Kampfhandlungen in Erwägung zu ziehen.⁸⁴ Die Reichweite der Strafbarkeit liegt daher grundsätzlich in der Regelungshoheit der Staaten.

dd) Sozialadäquanz der Versorgung wegen Art. 3 GK; ZP II

Für medizinische Tätigkeiten sieht Art. 10 Abs. 1 ZP II allerdings ausdrücklich vor, dass Personen nicht bestraft werden dürfen, wenn sie medizinische Aufgaben wahrnehmen.⁸⁵ Anders als Art. 10 Abs. 3 und 4 ZP II enthält Abs. 1 auch keinen Vorbehalt für die Anwendung des nationalen Rechts. Art. 9 Abs. 1 ZP II legt fest, dass Sanitätspersonal bei seiner Arbeit unterstützt werden soll. Nun handelt es sich bei dem ZP II allerdings um Zusatzabkommen zu den Genfer Konventionen, die weder von Syrien noch vom Irak ratifiziert wurden.⁸⁶ Deutschland, das Vertragspartei des ZP II ist, ist wiederum nicht Konfliktpartei. Das ZP II gilt deshalb als Vertragsrecht nicht auf den Territorien Syriens und Iraks und ist daher für den vorliegenden Konflikt nicht anwendbar.⁸⁷ Letztlich kommt es für die hier interessierende Frage aber auf

jektivität des Individuums, hier dann der Kämpfer einer nichtstaatlichen Gruppe, bestätigt, vgl. allgemein zusammenfassend zu den Voraussetzungen der Völkerrechtssubjektivität Peters, Jenseits der Menschenrechte, 2014, S. 50 f.

⁸⁴ Dazu Fleck (Fn. 58), Rn. 1220. Zu entsprechenden Regelungen im Islamischen Recht vgl. Tabassum, in: ICRC (Hrsg.), International Review of the Red Cross, Bd. 881, 2011, S. 128.

⁸⁵ Diese Regelung entspricht Art. 16 Abs. 1 ZP I. Der Kommentar zum ZP II (Rn. 4714) betont ausdrücklich, dass bereits der Schutz und die Schonung des Sanitätspersonals sogar die Pflicht beinhalten, deren Arbeit zu fördern, und verweist auf Art. 19 GK I,

<https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=EDB39A930FD78699C12563CD0043A86D> (3.11.2017).

⁸⁶ Jeweiliger Ratifikationsstand abrufbar unter <https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountry.xsp> (3.11.2017).

⁸⁷ Der BGH hält das ZP I allerdings grundsätzlich für anwendbar, auch wenn er im konkreten Fall die Tatbestandsvoraussetzungen für Junud al-Sham nicht erfüllt sieht, vgl. BGH, Beschl. v. 16.10.2014 – AK 32/14, Rn. 24 (juris), wo eine (im Ergebnis nicht vorliegende) Rechtfertigung für die Mitglieder der Gruppe aufgrund des Kombattantenprivilegs erwogen wird. In der Entscheidung BGH NStZ-RR 2014, 274 (275) lehnt der BGH dagegen die Anwendbarkeit des ZP I auch deshalb ab, weil weder die Türkei noch die PKK Vertragspartei sind.

die vertragliche Geltung des ZP II nicht an.⁸⁸ Es besteht Einigkeit, dass die besondere Stellung des medizinischen Personals sowohl gewohnheitsrechtlich⁸⁹ als auch über den gemeinsamen Art. 3 Genfer Konventionen (GK) im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt gilt.⁹⁰ Soweit verpflichten die Regelungen auch den nichtstaatlichen Akteur,⁹¹ hier also den sog. Islamischen Staat.

Art. 3 GK enthält einen Mindeststandard eines Rechtsregimes, das den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt (Bürgerkrieg) und dabei insbesondere die Behandlung von Gefangenen und Zivilpersonen regelt. Er sieht in Art. 3 Abs. 2 GK ausdrücklich vor, dass Verwundete und Kranke geborgen und gepflegt werden sollen. Art. 3 GK gilt als „Mini-Konvention“⁹² und verpflichtet die Vertragsstaaten (und inzwischen als Völkergewohnheitsrecht die gesamte Staaten-gemeinschaft inklusive der nichtstaatlichen Konfliktparteien⁹³) auf ein Mindestmaß an Humanität⁹⁴ auch in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten. Ziel von Art. 3 GK war es gerade auch, die am Konflikt beteiligten (staatlichen) Parteien auf eine von humanitären Gesichtspunkten geleitete Behandlung der Gegner zu verpflichten, und sich davon zu lösen, die Gegner als „gewöhnliche Kriminelle“ zu behandeln.⁹⁵

Nach humanitärem Völkerrecht ist die Versorgung von Verwundeten und Kranken nicht verboten. Im Gegenteil ist sie die Kernaufgabe,⁹⁶ die das humanitäre Völkerrecht ermöglichen soll, und in Art. 3 Abs. 2 GK als Aufgabe und Gebot formuliert. Art. 3 Abs. 2 GK sieht sie für alle Konflikte verbindlich vor, und gilt, da es sich auch um Völkergewohnheitsrecht handelt,⁹⁷ nach Art. 25 GG unmittelbar mit Vorrang vor den Bundesgesetzen. Art. 3 Abs. 2 GK knüpft unmittelbar an eine Handlung an, die Versorgung von Ver-

wundeten und Kranken, ohne dass eine spezifische organisatorische Einbindung erforderlich wäre. Daher ist Art. 3 Abs. 2 GK auch unmittelbar anwendbar.⁹⁸ Da die medizinische Versorgung von Kranken und Verwundeten damit nach geltendem Recht auch für den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt vorgesehen ist, sind entsprechende Handlungen im Kontext eines bewaffneten Konflikts sozialadäquat.

Unabhängig von der Frage, ob man auch dem Verbot, für die Ausübung einer medizinischen Tätigkeit eine Strafe zu verhängen, eine gewohnheitsrechtliche Geltung zusprechen kann, ist die Nichtstrafbarkeit dieses Verhaltens jedenfalls konsequent.

Personen, die als Teil einer kämpfenden Gruppe medizinische Aufgaben wahrnehmen, sind im humanitären Völkerrecht als Regelfall vorgesehen. Die Versorgung von Kranken und Verwundeten steht nicht unter dem Vorbehalt, dass kämpfende Truppen keine Straftaten begehen.⁹⁹ Besteht eine Pflicht der Konfliktparteien, Kranke und Verwundete zu versorgen, braucht man Personen, die diese Pflicht erfüllen können, dann aber auch ein dieser Pflicht entsprechendes Recht haben, die Aufgabe zu erfüllen.¹⁰⁰ In der deutschen Rechtsordnung sollte dies umso mehr berücksichtigt werden, als Deutschland als Vertragsstaat des ZP II sich zu dem in Art. 10 Abs. 1 ZP II geregelten Grundsatz bekannt hat. Dieser bringt letztlich ein allgemeines humanitäres Prinzip zum Ausdruck, dessen Gültigkeit für die deutsche Rechtsordnung nicht davon abhängt, ob auch andere dieses Prinzip vertraglich anerkannt haben.

ee) Wissen von den Straftaten

Vor diesem Hintergrund schadet dann auch positive Kenntnis von Straftaten, die durch die an den Kämpfen beteiligten Personen begangen werden, nicht. Zwar begehen die Kämpfer des sog. Islamischen Staates Straftaten. Dabei handelt es sich sowohl um Völkerstraftaten, als auch um „gewöhnliche“ Tötungs- und Körperverletzungsdelikte.¹⁰¹ Da die Kämpfer des sog. Islamischen Staates jedenfalls nicht als reguläre

⁸⁸ Zu denken ist auch daran, dass für eine Tat immer das jeweils mildeste Gesetz anwendbar ist (§ 2 Abs. 3 StGB), und nach § 7 StGB eine Strafverfolgung voraussetzt, dass die Tat in beiden Rechtsordnungen mit Strafe bedroht ist.

⁸⁹ Zu einer völkergewohnheitsrechtlichen Geltung vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 277 f. und S. 374.

⁹⁰ Vgl. Rule 28 ICRC IHL Database, https://ihldatabases.icrc.org/customaryihl/eng/docs/v1_rul_rule28 (3.11.2017); ablehnend *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 277.

⁹¹ ICRC (Fn. 55), Art. 3 Rn. 504.

⁹² <https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=466097D7A301F8C4C12563CD00424E2B> (3.11.2017); Vgl. auch UK Ministry of Defence (Fn. 61), Rn. 15.4.

⁹³ *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 105, 236.

⁹⁴ Zur Humanität als grundlegendem Prinzip vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 254 ff.; ICRC (Fn. 55), Art. 3 Rn. 550 ff.

⁹⁵ <https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=466097D7A301F8C4C12563CD00424E2B> (3.11.2017); zu dieser Tendenz auch *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 204.

⁹⁶ ICRC (Fn. 55), Art. 3 Rn. 550 ff.; zu den Anforderungen an medizinische Einheiten vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 373 f.

⁹⁷ Für völkerrechtliche Verträge gilt Art. 59 Abs. 2 GG.

⁹⁸ Zur Voraussetzung der innerstaatlichen Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht vgl. *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 25 Rn. 27.

⁹⁹ Das humanitäre Völkerrecht kennt – anders als sonstiges Völkervertragsrecht – keine Gegenseitigkeitserwägungen für geschützte Personen. Die Verpflichtungen sind insoweit einseitige Bindungserklärungen, vgl. dazu nur ICRC (Fn. 55), Art. 21 Rn. 1854.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. *Vitzthum/Proelß/Bothe* (Fn. 54), 8. Abschn. Rn. 79. Einschränkend allerdings für die nichtstaatlichen Akteure *Lewis/Modirzadeh/Blum*, *Medical Care in Armed Conflict: International Humanitarian Law and State Responses to Terrorism* (Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict [HLS PILAC]), 2015, S. 82 f., <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:22508590> (3.11.2017), die nur auf den jeweiligen Wortlaut von Art. 3 GK und Art. 10 ZP II abstellen.

¹⁰¹ Die dann auch nach syrischem oder irakischem Strafrecht strafbar sind.

Kampfeinheiten eines Staates an einem internationalen bewaffneten Konflikt teilnehmen, haben sie deshalb keinen Kombattantenstatus und können sich nicht auf das Kombattantenprivileg¹⁰² berufen.¹⁰³ Jedenfalls mit jeder „typischen“ Beteiligung an einem bewaffneten Konflikt machen sie sich daher strafbar.

Ferner ist ohne Weiteres anzunehmen, dass Personen, die sich – aus welchem Grund auch immer – zur Zeit der Kämpfe im Gebiet Syriens oder des Iraks aufhalten, von diesen Kämpfen Kenntnis haben.¹⁰⁴ Sind sie als medizinisches Personal den Kampfverbänden zugewiesen, gilt das erst recht. Da das humanitäre Völkerrecht die Eingliederung des medizinischen Personals in die jeweiligen kämpfenden Verbände aber auch in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten vorsieht, und sie auch unter diesen Umständen zu den zu schützenden Personen zählt,¹⁰⁵ kann es nicht darauf ankommen, dass die von ihnen zu versorgenden Personen Straftaten nach nationalem Recht begehen.

ff) Sonstige Überlegungen auf Grund staatlicher Schutzpflichten

Die Strafbarkeit von medizinischem Personal erscheint aber noch aus einem weiteren Gesichtspunkt zweifelhaft. Mit der Sanktion als ein strafwürdiges Verhalten ist umgekehrt das Gebot verknüpft, die entsprechende Handlung zu unterlassen. Hielte sich das medizinische Personal an dieses Gebot, hätte das in der Regel zur Folge, dass die verwundeten Kämpfer sterben würden. Die Rechtsordnung würde damit ausdrücken, dass sie es vorzieht, die Kämpfer sterben zu sehen, als ihnen medizinische Hilfe zukommen zu lassen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre mit einer Sanktionierung aber der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG berührt. Nun ist es zwar unter bestimmten Umständen durchaus denkbar, dass der Staat die Tötung von Personen in Kauf nimmt, insbesondere wenn diese eine Gefahr für andere sind.¹⁰⁶ So ist insbe-

sondere ein bewaffneter Konflikt eine solche Situation, in der der Staat mittels seiner regulären Streitkräfte sogar gezielt darauf hinarbeiten darf, Personen zu töten. Das setzt aber voraus, dass es sich dabei (noch) um militärische Ziele handelt.¹⁰⁷ Genau das sind die Kämpfer aber ab dem Moment nicht mehr, in dem sie verletzt sind. Sie sind dann hors de combat und damit geschützte Personen im Sinne des humanitären Völkerrechts.¹⁰⁸ Die Voraussetzungen für eine gezielte Tötung liegen damit nicht mehr vor. Dann greift aber wiederum die auf Grund von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ebenfalls bestehende Schutzpflicht für das Leben,¹⁰⁹ die den Staat verpflichtet zu gewährleisten, dass das Recht auf Leben nicht durch andere beeinträchtigt wird. Genau diese (abschreckende) Folge sollte aber eine Sanktionierung der Versorgung von Verwundeten als Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung haben.

Soweit Art. 3 GK bzw. das entsprechende Völkergewohnheitsrecht daher anwendbar sind, stellen sie im Verhältnis zum weiterhin geltenden nationalen Recht eine Sonderregelung da, um die Staaten auch im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt auf ein Mindestmaß an Humanität zu verpflichten.¹¹⁰

5. Zusammenfassung

Die Versorgung von Verwundeten und – allgemeiner – die Wahrnehmung medizinischer Aufgaben in einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt ist ein Verhalten, das – als solches¹¹¹ – durch das geltende humanitäre Völkerrecht in besonderer Weise privilegiert ist. Es führt für sich genommen daher nicht zu einer Strafbarkeit nach deutschem Recht.

sind. Zu dieser kontroversen Diskussion vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 370 ff.

¹⁰⁷ Zu den Voraussetzungen, wann eine nichtstaatliche Gruppe ein militärisches Ziel im Sinne des humanitären Völkerrechts darstellt und ihre Mitglieder dann keine Zivilpersonen mehr sind, vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 365 ff.

¹⁰⁸ Vgl. UK Ministry of Defence (Fn. 61), Rn. 15.10.1; *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 273 ff.

¹⁰⁹ Dazu *Kunig* (Fn. 106), Art. 2 Rn. 55. Man könnte hier auch an eine Lösung über die strafrechtliche Sanktionierung der unterlassenen Hilfe denken. Eine (für die Zwecke des Arguments angenommene) Strafbarkeit nach § 323c StGB dürfte zwar spätestens daran scheitern, dass die Hilfeleistung in einer Konfliktsituation nicht zumutbar wäre. Akzeptiert man aber die besondere Bedeutung des humanitären Völkerrechts in diesen Konstellationen, d.h. insbesondere die Sonderstellung des medizinischen Personals, dann käme bei einer nicht durchgeführten Versorgung auch eine Strafbarkeit wegen Unterlassens in Betracht (§ 13 StGB). Zur Strafbarkeit des Arztes bei Verweigerung der Behandlung allgemein *Frister/Lindemann/Peters*, *Arztstrafrecht*, 2011, Kap. 1 Rn. 154 ff.

¹¹⁰ Vgl. dazu *Dörmann* (Fn. 80), S. 617 f.

¹¹¹ Verstößt medizinisches Personal gegen die Regeln des humanitären Völkerrechts, kann es sich selbstverständlich strafbar machen.

¹⁰² Zum Kombattantenprivileg vgl. nur BMVg (Hrsg.), *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten*, Handbuch, ZDv 15/2, 2013, Rn. 319 ff.; *Kreß*, JZ 2014, 365 (367 ff.); *Vitzthum/Proelß/Bothe* (Fn. 54), 8. Abschn. Rn. 66.

¹⁰³ Zu einer vergleichbaren Konstellation bei der Vereinigung Junud al-Sham vgl. BGH, Beschl. v. 16.10.2014 – AK 32/14, Rn. 24 (juris).

¹⁰⁴ Ob ein einzelner Verwundeter, der versorgt werden soll, an Kämpfen beteiligt war und gegebenenfalls wieder sein wird, lässt sich dagegen nicht zwingend erkennen. Insbesondere für Ärzte in zivilen Krankenhäusern weitab von der Front muss dies nicht auf der Hand liegen.

¹⁰⁵ *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 373. Das gilt selbst dann, wenn sie die äußerlichen Voraussetzungen nicht erfüllen, (S. 278 f.), speziell für den Anwendungsbereich des ZP II (Art. 9 Abs. 1 ZP II).

¹⁰⁶ Zum polizeilichen Todesschuss vgl. *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 98), Art. 2 Rn. 53. Auch im Zusammenhang mit geltenden Menschenrechten wird diskutiert, ob es mit dem dort enthaltenen Recht, nicht willkürlich getötet zu werden, vereinbar ist, wenn in einem bewaffneten Konflikt nicht Möglichkeiten der Gefangennahme zuerst ausgelotet worden

III. Fazit – Einordnung in die historische Entwicklung

„Sie sind meine Feinde, sind alle Verbrecher nach meinen Begriffen. [...] Man muss sie hinrichten. Wenn sie meine Feinde sind, dann können sie keine Freunde sein [...]“. ¹¹² – so lässt *Tolstoi* Fürst Andrei vor der Schlacht von Borodino seine Auffassung von Kriegsführung zusammenfassen. Würden keine Gefangenen gemacht, so fährt er fort, nähme man den Krieg ernst, und er wäre weniger grausam. ¹¹³ Für Fürst Andrej liegt die Humanität im Krieg in seinem schnellen Ende. Den Vorteil für die Gesellschaft zieht er dem Vorteil für den Einzelnen vor.

Die Staatengemeinschaft hat dieser, keineswegs vereinzelt gebliebenen, Haltung zum Krieg eine Absage erteilt. Die Diskussion um die Humanität im Krieg, die mit dem Krimkrieg und der Arbeit Florence Nightingales beginnt, mündet – angestoßen von den Beschreibungen *Henry Dunants* über das Leid der Verwundeten auf den Schlachtfeldern von Solferino – in die Gründung des Internationalen Roten Kreuzes. ¹¹⁴ Mit der Zeit wurden die Regelungen des humanitären Völkerrechts ausgedehnt und weitgehend als Völkergewohnheitsrechts anerkannt. ¹¹⁵

Die Fragen, die sich heute für den bewaffneten Konflikt stellen, sind also nicht neu. Es ist daher ratsam, die hinter den Regelungen stehenden Überlegungen nicht aus dem Blick zu verlieren. Das humanitäre Völkerrecht stärkt den Schutz des Einzelnen im bewaffneten Konflikt. Es entideologisiert den Konflikt aber auch, indem es politische und militärische Erwägung im Angesicht des Leids der Opfer für unerheblich erklärt. Es mahnt die Beteiligten daher zum einen an ihre eigene Menschlichkeit, zum anderen soll es den Weg in eine gemeinsame zukünftige Friedensordnung öffnen. ¹¹⁶

Die Entscheidung für die Humanität als Leitgedanken des Rechts im Krieg ist eine normative Entscheidung, die dem geltenden Recht der bewaffneten Konflikte nach wie vor zugrunde liegt. ¹¹⁷ Damit nimmt das geltende Recht der bewaffneten Konflikte aber eben auch ausdrücklich in Kauf, dass die Kriegsführung weniger effektiv wird, weil Verwundete unter Umständen wieder gesunden und an die Front zurückkehren werden. Die (potentielle) Stärkung des Gegners durch medizinische Versorgung ist Teil der inneren Logik

des humanitären Völkerrechts. Eine Strafbarkeit für die medizinische Versorgung von Verwundeten anzunehmen, widerspricht damit dem Grundgedanken des humanitären Völkerrechts.

¹¹² *Tolstoi*, Krieg und Frieden, 2010, Drittes Buch, Teil II, Kap. XXV, S. 309.

¹¹³ *Tolstoi* (Fn. 112), S. 310.

¹¹⁴ *Dunant*, Eine Erinnerung an Solferino, 1862. Dazu auch *Kreß*, JZ 2014, 365.

¹¹⁵ Zur historischen Entwicklung des humanitären Völkerrechts nur *Kreß*, JZ 2014, 365.

¹¹⁶ So auch *Vitzthum/Proelß/Bothe* (Fn. 54), 8. Abschn. Rn. 58.

¹¹⁷ Die Vermischung verschiedener Rechtsregime wirkt sich u.a. auch auf die Fragen der Finanzierung von humanitären Organisationen, insbesondere auch des IRK, in Abgrenzung von der Finanzierung des Terrorismus aus, vgl. dazu nur die Stellung des IRK, abrufbar unter

<https://www.icrc.org/en/document/terrorism-counter-terrorism-and-international-humanitarian-law> (3.11.2017).

Die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU) – Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nach dem neu gefassten Geldwäschegesetz

Von Regierungsrat Dr. Mathias Hütwohl, Münster*

Mit der nationalgesetzlichen Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie zum 26.6.2017 wird die für die Entgegennahme geldwäscherechtlicher (Verdachts-)Meldungen zuständige Zentralstelle fachlich und strukturell neu ausgerichtet und zur Generalzolldirektion in das Zollkriminalamt überführt. Der Beitrag gibt im Lichte der Neufassung des Geldwäschegesetzes einen ersten Überblick über die wesentlichen Aufgaben, Strukturen und geschaffenen Befugnisse der neuen Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU) als zentrale nationale Akteurin im Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung im neuen rechtlichen Gewand.

I. Einführung

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) legte am 15.12.2016 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vor. Mit dem sodann als Entwurf der Bundesregierung vom 22.2.2017 vorgelegten Gesetz ist – neben der Ausführung der EU-Geldtransferverordnung – die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates¹ beabsichtigt worden, wobei das Geldwäschegesetz (GwG) neu zu fassen und weitere Gesetze anzupassen waren. Das entsprechend eingebrachte und angepasste GwG ist als Hauptbestandteil des Änderungspakets vom Bundestag am 18.5.2017 zügig beschlossen worden und nach Zustimmung des Bundesrates am 2.6.2017 bereits am 26.6.2017 in Kraft getreten.

Im Zuge dieser Neufassung ist insbesondere die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU) bei der Generalzolldirektion (GZD) eingerichtet und unter Berücksichtigung der Vorgaben der 4. EU-Geldwäscherichtlinie ein entsprechender rechtlicher Rahmen für deren Aufgaben und Kompetenzen geschaffen worden. Dies ist insoweit von erheblicher praktischer Relevanz, als es diverse Änderungen für den Kreis der Verpflichteten nach dem GwG und deren Umgang mit der FIU, für die geldwäschegesetzlichen Aufsichtsbehörden sowie letztlich für die Praxis der Bekämpfung

von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung gerade in Gestalt der Strafverfolgungsbehörden mit sich bringt.²

II. Allgemeines

Das Gesetz zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen gliedert sich in seiner Gesamtheit in 23 Artikel. Schwerpunkt bildet Art. 1, der die Neufassung des Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG) beinhaltet, welches das maßgebende gesetzliche Fundament der Neuausrichtung der FIU bildet. Dieses neue GwG unterteilt sich seinerseits in sieben Abschnitte. Abschnitt 5 (§§ 27-42) trägt die Überschrift „Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen“ und beinhaltet die wesentlichen FIU-relevanten Regelungen.

Auch das neugefasste GwG möchte unverändert die Wirksamkeit des § 261 StGB erhöhen und verfolgt hierbei einen präventiven Ansatz: Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung soll durch (Finanz-)Marktregulierung und -kontrolle entgegengetreten werden.³ Daneben lässt schon die offizielle Gesetzesbezeichnung („Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten“) auf das Selbstverständnis des GwG als Informationslieferant zur Gewährleistung effizienter Strafverfolgung in Folge seiner Anwendung schließen.

III. Die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU)

1. Bisherige Rechtslage nach dem GwG a.F.

Als Resultat der 40 (+8 bzw. 9) Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF) wurde im Jahre 2002 die „Zentralstelle für Verdachtsmeldungen“ (FIU, Financial Intelligence Unit Deutschland) beim Bundeskriminalamt (BKA) in Wiesbaden geschaffen.⁴ Als solche arbeitete sie mit den gemeinsamen Finanzausschussgruppen von Zoll und Polizei zusammen und unterstützte die Polizeien des Bundes und der Länder bei der Verhütung und Verfolgung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. Insofern war die „Zentralstelle

* Der Verf. ist als Lehrender bei der Generalzolldirektion (Direktion IX – Bildungs- und Wissenschaftszentrum der Bundesfinanzverwaltung) bzw. der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung – Fachbereich Finanzen (Münster) tätig. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

¹ Richtlinie 2015/849/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl. EU 2015 Nr. L 141, S. 73.

² Zu weiteren Änderungen auf Basis des Referentenentwurfs vom 15.12.2016 etwa Zentes/Glaab, BB 2017, 67. Siehe z.B. auch Klugmann, NJW 2017, 2888; Müller, NZWiSt 2017, 87 und 121, jew. m.w.N.

³ Vgl. auch Herzog, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 13. Teil (Geldwäsche), Rn. 22.

⁴ Siehe BT-Drs. 14/8739; Quedenfeld, Handbuch Bekämpfung der Geldwäsche und Wirtschaftskriminalität, 4. Aufl. 2017, Rn. 15 ff. m.w.N. Die FATF ist der OECD angegliedert und als „Standardsetter“ das wichtigste internationale Gremium zur Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.

für Verdachtsmeldungen“ polizeilich ausgerichtet und im Geschäftsbereich des Bundesministeriums des Innern (BMI) angesiedelt.⁵ § 10 Abs. 1 S. 2 GwG a.F. regelte ihre Aufgaben und Befugnisse. Ferner arbeitete die „Zentralstelle für Verdachtsmeldungen“ nach § 10 Abs. 2 GwG a.F. mit den für die Verhütung und Verfolgung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung zuständigen Zentralstellen anderer Staaten zusammen. Nach § 10 Abs. 3 und 4 GwG a.F. durfte sie weiter in einem bestimmten Rechtsrahmen personenbezogene Daten erheben, verarbeiten und nutzen.

2. Zentrale Maßgaben der 4. EU-Geldwäscherichtlinie

Die 4. EU-Geldwäscherichtlinie hob die 3. EU-Geldwäscherichtlinie (2005/60/EG) auf und übernahm ihrerseits die Standards der überarbeiteten Empfehlungen der FATF aus dem Jahre 2012.⁶ In Kapitel IV (Meldepflichten) Abschnitt 1 (Allgemeine Bestimmungen) regelt der zentrale Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie, dass jeder Mitgliedstaat eine „zentrale Meldestelle“ zur Verhinderung, Aufdeckung und wirksamen Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung einzurichten hat bzw. über eine solche verfügen sollte. Die insgesamt acht Absätze des Art. 32 beschreiben im Wesentlichen Ausgestaltung, Aufgaben und Kompetenzen der in den Mitgliedstaaten einzurichtenden zentralen Meldestellen, wobei die Richtlinie vereinzelt weitere diesbezügliche Regelungen enthält (siehe im Folgenden). Hinzuweisen ist zudem auf Erwägungsgrund 37, der die notwendige Unabhängigkeit und Eigenständigkeit dieser als Zentralstelle auszugestaltenden Meldestelle betont.

3. Zweck, Gestaltung und Struktur der FIU

Die zentrale Meldestelle für geldwäscherechtliche Meldungen wurde im Rahmen der Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie umbenannt: Die „Zentralstelle für Verdachtsmeldungen“ weicht der „Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen“. In letztgenannter Namensgebung sind die Buchstaben für das gängige Kürzel „FIU“ zu identifizieren. Im internationalen Sprachgebrauch wird indes gleichbedeutend auch von der „Financial Intelligence Unit – FIU“ gesprochen.

Der Zweck der neu eingerichteten FIU ist § 27 Abs. 1 GwG zu entnehmen. Während die Zweckbestimmung der bisherigen beim BKA verorteten Zentralstelle „Verhütung und Verfolgung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung“ lautete (vgl. § 10 Abs. 1 S. 1 GwG a.F.), entspricht der Wortlaut der neuen Vorschrift weitgehend der Formulierung des Art. 32 Abs. 1 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie.⁷ Danach soll die FIU nunmehr die „Verhinderung, Aufdeckung und Unterstützung bei der Bekämpfung der Geldwäsche und

Terrorismusfinanzierung“ gewährleisten, womit eine Änderung in der Sache jedoch nicht intendiert sein soll.⁸

Das strafrechtlich geprägte Verständnis des GwG der Begriffe „Geldwäsche“ und „Terrorismusfinanzierung“ ist seinem § 1 Abs. 1 und 2 zu entnehmen.⁹

Eine weitere zentrale Änderung ist die Einrichtung der bislang polizeilich ausgerichteten zentralen Meldestelle als eine administrative, präventiv und nicht repressiv handelnde, Behörde.¹⁰ Allgemein sind die Financial Intelligence Units (FIUs) weltweit unterschiedlich in den Staatsapparat integriert, wobei zwischen administrativen, justiziellen und polizeilichen FIUs differenziert wird.¹¹ Die administrativen FIUs werden außerhalb von Polizei- und Justizstrukturen errichtet und bilden einen „Puffer“ zwischen meldepflichtigen Berufsgruppen und den Strafverfolgungsbehörden, was aufgrund ihrer einem Ermittlungsverfahren vorgelagerten Analysetätigkeit eine Entlastung beteiligter Strafverfolgungsbehörden bedingen soll.¹²

Nunmehr ist die FIU in den Geschäftsbereich des BMF überführt und bei der GZD eingegliedert worden.¹³ Die GZD wurde zum 1.1.2016 als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des BMF eingerichtet und ist für die operative Steuerung der Zollverwaltung zuständig.¹⁴ Sie gliedert sich in neun Direktionen – zwei Zentraldirektionen, in denen Aufgaben der Bereiche Organisation, Personal und Haushalt wahrgenommen werden sowie sieben Fachdirektionen, zuständig für die zentrale Steuerung der vielfältigen Aufgabenbereiche des Zolls.¹⁵ Gem. § 5a Abs. 2 S. 2 Finanzverwaltungsgesetz¹⁶ (FVG) ist hierbei eine für den Zollfahndungsdienst zuständige Direktion, das Zollkriminalamt (ZKA) installiert worden.

Aus dem neu belegten § 5a Abs. 2 S. 3 FVG ergibt sich, dass die FIU „innerhalb des Zollkriminalamts“ errichtet wurde. Gleichwohl bezeichnet § 27 Abs. 2 GwG sie in Anlehnung an Art. 32 Abs. 3 S. 1 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie als organisatorisch eigenständig und im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse fachlich unabhängig arbeitend. Vor diesem Hintergrund spricht die Gesetzesbegründung auch von der „Behörde in der Behörde“, da die FIU innerhalb der GZD unabhängig sein soll.¹⁷ Indes wird sogar von der „Behörde in

⁸ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁹ Siehe daneben *Diergarten/Barreto da Rosa*, Praxiswissen Geldwäscheprävention, 2015, Kap. 1, sowie Kap. 7 Rn. 88 ff.; *Herzog/Achtelik* (Fn. 6), Einl.; jew. m.w.N.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

¹¹ Vgl. *Diergarten/Barreto da Rosa* (Fn. 9), Kap. 1 Rn. 222, Fn. 373; *Ehlscheid/Pfeiffer*, Handbuch Geldwäscheprävention, 2012, S. 208 m.w.N.

¹² *Ehlscheid/Pfeiffer* (Fn. 11), S. 208 f.

¹³ Siehe BT-Drs. 18/11555.

¹⁴ Siehe auch §§ 1 Nr. 2, 4, 5a FVG.

¹⁵ Weitere Informationen abrufbar unter <http://www.zoll.de/> (9.11.2017).

¹⁶ Gesetz über die Finanzverwaltung in der Fassung der Bekanntmachung vom 4.4.2006 (BGBl. I 2006, S. 846, berichtigt S. 1202), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 14.8.2017 (BGBl. I 2017, S. 3122).

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁵ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁶ Siehe Erwägungsgrund (4) der 4. EU-Geldwäscherichtlinie. Zu den Empfehlungen der FATF: FATF (Hrsg.), *The FATF Recommendations*, 2012 (updated October 2016); *Herzog/Achtelik*, in: *Herzog* (Hrsg.), *Geldwäschegesetz, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, Einl. Rn. 62 ff.

⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

der Behörde in der Behörde“ auszugehen sein, da die FIU als funktionale Behörde die Abteilung D innerhalb des ZKA bildet und das ZKA wiederum als funktionale Einheit die Direktion VIII unter dem Dach der funktionalen Bundesoberbehörde GZD verkörpert.

Die jedenfalls unbestreitbare Sonderstellung der FIU wird ferner durch eine weitere Änderung des § 5a Abs. 3 FVG deutlich. Die Vorschrift stellte in ihrer bisherigen Fassung klar, dass die Zuständigkeiten und Aufgaben der Direktionen der GZD und der anderen Organisationseinheiten durch das BMF bestimmt, Aufgaben des Zollfahndungsdienstes durch das ZKA wahrgenommen werden. Nunmehr wird § 5a Abs. 3 S. 2 FVG dergestalt ergänzt, dass die FIU von vorstehenden Regelung ausgenommen ist, da sie ausschließlich Aufgaben nach dem GwG wahrnehmen soll. Diese exponierte Stellung der FIU kommt überdies zum Ausdruck in der Änderung der Sicherheitsüberprüfungsfeststellungsverordnung (SÜFV) mit Blick auf die Aufnahme der FIU in den Katalog der Behörden vergleichbarer Sicherheitsempfindlichkeit wie die der Nachrichtendienste des Bundes.

Nach § 28 Abs. 2 GwG ist die FIU jedoch der Aufsicht des BMF unterstellt, die sich je nach Aufgabenbereich auf die Rechtsaufsicht beschränkt oder Rechts- und Fachaufsicht umfasst, womit die angesprochene Unabhängigkeit der FIU konturiert wird.¹⁸

4. Aufgaben der FIU

Die FIU nimmt für die Bundesrepublik Deutschland die Aufgaben der zentralen Meldestelle i.S.d. 4. EU-Geldwäscherichtlinie wahr.¹⁹ In Anlehnung an die in § 27 Abs. 1 GwG festgehaltene Zweckbestimmung der Behörde fasst § 28 Abs. 1 S. 1 GwG einleitend die wesentliche Aufgabe der FIU zusammen.²⁰ Dies ist die Erhebung und Analyse von Informationen im Zusammenhang mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung und Weitergabe dieser Informationen an die zuständigen inländischen öffentlichen Stellen zum Zwecke der Aufklärung, Verhinderung oder Verfolgung solcher Taten.

Nach der enumerativen Aufzählung des § 28 Abs. 1 S. 2 GwG sind deren Aufgaben aufgeschlüsselt im Detail indes:

- Entgegennahme und Sammlung von Meldungen nach dem GwG (Nr. 1),
- Durchführung von operativen Analysen einschließlich der Bewertung von Meldungen und sonstigen Informationen (Nr. 2),
- Informationsaustausch und die Koordinierung mit inländischen Aufsichtsbehörden (Nr. 3),
- Zusammenarbeit und Informationsaustausch mit zentralen Meldestellen anderer Staaten (Nr. 4),
- Untersagung von Transaktionen und die Anordnung sonstiger Sofortmaßnahmen (Nr. 5),
- Übermittlung der sie betreffenden Ergebnisse der operativen Analyse nach Nr. 2 und zusätzlicher relevanter In-

formationen an die zuständigen inländischen öffentlichen Stellen (Nr. 6),

- Rückmeldung an den Verpflichteten, der eine Meldung nach § 43 Abs. 1 GwG abgegeben hat (Nr. 7),
- Durchführung strategischer Analysen und Erstellung von Berichten aufgrund dieser Analysen (Nr. 8),
- Austausch mit den Verpflichteten sowie mit inländischen Aufsichtsbehörden und für die Aufklärung, Verhinderung oder Verfolgung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung zuständigen inländischen öffentlichen Stellen insbesondere über entsprechende Typologien und Methoden (Nr. 9),
- Erstellung von Statistiken zu den in Art. 44 Abs. 2 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie genannten Zahlen und Angaben (Nr. 10),
- Veröffentlichung eines Jahresberichts über die erfolgten operativen Analysen (Nr. 11),
- Teilnahme an Treffen nationaler und internationaler Arbeitsgruppen (Nr. 12),
- Wahrnehmung der Aufgaben, die ihr darüber hinaus nach anderen Bestimmungen übertragen worden sind (Nr. 13).

Die Zentralaufgabe der FIU ist mit Blick auf den vorstehenden Katalog gem. § 30 Abs. 1 Nr. 1 GwG die Entgegennahme, Anreicherung und Verarbeitung von Sachverhalten, die durch Verpflichtete (nach § 43 GwG) und durch Aufsichtsbehörden (nach § 44 GwG) gemeldet wurden. Zudem ist sie gem. § 30 Abs. 1 Nr. 2 GwG auch Empfängerin von Mitteilungen der Finanzbehörden nach (dem ebenfalls angepassten) § 31b Abgabenordnung (AO) und Barmittelmeldungen in dem in § 30 Abs. 1 Nr. 3 GwG bestimmten Umfang. Ferner verarbeitet die FIU gem. § 30 Abs. 1 Nr. 4 GwG auch sonstige Informationen, die ihr bekannt werden.

Der FIU kommt hierbei eine neue wichtige Filterfunktion zu.²¹ Sie allein nimmt gem. § 30 GwG Meldungen nach dem GwG entgegen, analysiert diese und leitet sie bei einem Verdacht auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung an die zuständigen öffentlichen Stellen weiter. Mögliche Anhaltspunkte für Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung sollen im Rahmen der Analyse angereichert, verdichtet oder auch entkräftet werden.²² Bislang war die „Zentralstelle für Verdachtsmeldungen“ gem. § 11 Abs. 1 S. 1 GwG a.F. nicht ausschließlicher Adressat von Verdachtsmeldungen, welche auch der zuständigen Strafverfolgungsbehörde zu übermitteln waren. Nunmehr werden nur noch „werthaltige“ Verdachtsmeldungen von der FIU an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet, um so die Strafverfolgungsbehörden zu entlasten.²³ Auf diese Weise entfallen durch die Etablierung der FIU als „echte Zentralstelle“ einerseits doppelte Meldewege, die in der Vergangenheit zu einer gleichzeitigen Befassung der „Zentralstelle für Verdachtsmeldung“ und den Strafver-

²¹ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

²² Siehe http://www.zoll.de/DE/Der-Zoll/FIU/Fragen-Antworten/fragen-antworten_node.html (9.11.2017) und im Übrigen die gesamte Internetpräsenz der FIU, erreichbar unter <http://www.fiu.bund.de>.

²³ Siehe BT-Drs. 18/11555; 18/12405; 18/11928.

¹⁸ BT-Drs. 18/11555.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

²⁰ So BT-Drs. 18/11555.

folgungsbehörden mit identischen Sachverhalten führten.²⁴ Andererseits werden insbesondere Ressourcen freigegeben, was wiederum eine ausschließliche Fokussierung der Strafverfolgungsbehörden auf Kernaufgaben ermöglicht.²⁵ Durch die Abschaffung doppelter Meldewege werden zwangsläufig aber auch die Verpflichteten entlastet.

Im Rahmen der operativen Analyse durch die FIU gem. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GwG erfolgt nicht nur die einzelfallbezogene Bewertung, ob der Sachverhalt tatsächlich im Zusammenhang mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung steht. Die FIU bewertet auch, ob ein Zusammenhang auch mit anderen Straftaten hergestellt werden kann.²⁶

§ 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GwG a.F. führte bereits die Pflicht der „Zentralstelle für Verdachtsmeldungen“ ein, die Strafverfolgungsbehörden über die sie betreffenden Informationen und die in Erfahrung gebrachten Zusammenhänge von Straftaten zu unterrichten. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 GwG greift diese – nunmehr aufgrund der neuen Filterfunktion ungleich bedeutsamer gewordene – Aufgabe auf und erweitert diese punktuell: Um die Analyseergebnisse der FIU insgesamt besser nutzen zu können, sollen die Ergebnisse der operativen Analyse (vgl. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GwG) nunmehr nicht nur den zuständigen Strafverfolgungsbehörden, sondern im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeit auch anderen inländischen öffentlichen Stellen übermittelt werden; in Betracht kommen soll hier zum Beispiel die Information der Finanzbehörden zur Durchführung eines Besteuerungs- oder Steuerstrafverfahrens.²⁷

Die in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 GwG genannte Übermittlung relevanter Informationen dient gerade der Umsetzung des Art. 32 Abs. 3 S. 3 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie. Danach soll die FIU „[...] bei begründetem Verdacht auf Geldwäsche, damit zusammenhängende Vortaten oder Terrorismusfinanzierung die Ergebnisse ihrer Analysen und alle zusätzlichen relevanten Informationen an die zuständigen Behörden weitergeben.“

§ 43 GwG korrespondiert mit den Aufgaben der FIU und befasst sich mit der Meldepflicht der Verpflichteten. Die Vorschrift entspricht in Abs. 1 im Grundsatz dem bisherigen § 11 Abs. 1 GwG a.F., hat aber redaktionelle Änderungen erfahren.²⁸ Die Auslegungshinweise des BMF zur Handhabung des Verdachtsmeldewesens (§ 11 GwG a.F.) vom 6.11.2014 sollen weiter aktuell sein, womit auch die darin enthaltenen Ausführungen zu der für die Verpflichteten wesentlichen „Verdachtsmeldeschwelle“ weiterhin Geltung beanspruchen.²⁹

§ 45 GwG (Form der Meldung, Verordnungsermächtigung) bestimmt die für Verpflichtete und meldende Behörden

einheitliche Form einer Meldung an die FIU und mögliche Ausnahmen von Formvorgaben. Nach Abs. 1 S. 1 dieser Vorschrift hat die Meldung der Verpflichteten bzw. der zur Meldung verpflichteten Behörde im Regelfall elektronisch, über eine von der FIU im Internet zur Verfügung gestellte Benutzeroberfläche, zu erfolgen.³⁰ Insoweit soll dies durch die Software goAML im Web-Portal erfolgen, wobei diese FIU-spezifische IT-Anwendung von der FIU überdies zur Bewertung und Analyse der Verdachtsmeldungen genutzt wird.³¹ Lediglich im Ausnahmefall soll gem. § 45 Abs. 1 S. 2 GwG bei einer Störung der elektronischen Datenübermittlung die Übermittlung auf dem Postweg zulässig sein. Zur Vermeidung unbilliger Härten wird (nur) Verpflichteten über § 45 Abs. 2 GwG auf Antrag die Möglichkeit eröffnet, von der elektronischen Übermittlung befreit zu werden und auf den Postweg auszuweichen. Wird – aus welchem Grunde auch immer – eine Meldung auf dem Postweg erstattet, verlangt § 45 Abs. 3 GwG die Verwendung eines amtlich vorgeschriebenen Vordrucks der FIU, welcher auf der Internetpräsenz der FIU zum Herunterladen bereitgestellt werden soll.³²

Die Einführung der elektronischen Meldung als Regelfall stellt insoweit eine wichtige Neuerung hinsichtlich des vorgegebenen Übermittlungsweges dar, als nach dem bisherigen § 11 Abs. 1 S. 1 GwG a.F. eine Verdachtsmeldung mündlich, telefonisch, fernschriftlich oder durch elektronische Datenübermittlung dem BKA – Zentralstelle für Verdachtsmeldungen – und der zuständigen Strafverfolgungsbehörde zu melden war.³³

Hinzuweisen ist in diesem Kontext zudem auf § 45 Abs. 4 GwG: Nach dieser Vorschrift kann das BMF durch Rechtsverordnung nähere Bestimmungen über die Form der Meldung und über mögliche weitere zulässige Übertragungswege erlassen. Insofern „wird die Möglichkeit geschaffen, auf etwaigen Anpassungsbedarf, der sich aus den Erfahrungen der Praxis oder mit Blick auf technische Entwicklungen ergeben könnte, flexibel reagieren zu können“. ³⁴ Da gem. § 44 GwG zur Meldung verpflichtete Behörden auch Landesbehörden sein können, soll mit der Pflicht zur elektronischen Meldung das Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit auch für die Länder geschaffen werden, um durch bundesgesetzliche Normierung der elektronischen Form ein einheitliches Vollzugsniveau zu gewährleisten.³⁵

5. Wesentliche Befugnisse der FIU nach dem GwG

a) Sofortmaßnahmen gem. § 40 GwG und deren Grenzen

§ 40 Abs. 1 S. 1 GwG ermächtigt die FIU zum Anhalten von Transaktionen, bei denen sie Indizien für Geldwäsche oder

²⁴ Vgl. auch BT-Drs. 18/11928.

²⁵ Vgl. auch BT-Drs. 18/11928.

²⁶ Vgl. BT-Drs. 18/11555. Siehe auch das „Eckpunktepapier: Übernahme und Neuausrichtung der Financial Intelligence Unit (FIU) durch die Generalzolldirektion“ der GZD (April 2017), abrufbar unter <http://www.fiu.bund.de> (9.11.2017).

²⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

²⁸ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

²⁹ So BT-Drs. 18/11555.

³⁰ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

³¹ Vgl. http://www.zoll.de/DE/Der-Zoll/FIU/Software-goAML/software-goaml_node.html (9.11.2017).

³² Vgl. BT-Drs. 18/11555.

³³ Vgl. aber Zentes/Glaab, BB 2017, 67 (71 f.).

³⁴ BT-Drs. 18/11555.

³⁵ Siehe neben § 45 Abs. 4 S. 2 GwG auch BT-Drs. 18/11555.

Terrorismusfinanzierung erkennt.³⁶ Insoweit handelt es sich um eine Sofortmaßnahme, bei der die FIU aufgrund der ihr vorliegenden Anhaltspunkte zügig, d.h. aufgrund der Eile schon mittels einer ersten Bewertung der bekannten Tatsachen und nicht im Rahmen einer eingehenden Analyse nach § 30 Abs. 2 GwG eine Entscheidung treffen muss und darf.³⁷

Die Möglichkeit des Anhaltens verdächtiger Transaktionen ist laut der Gesetzesbegründung vom UN-Sicherheitsrat, von der FATF sowie der Europäischen Kommission als ein wichtiges Instrument bewertet worden, um Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung effektiv bekämpfen zu können und wird überdies von Art. 32 Abs. 7 S. 1 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie gefordert.³⁸

In diesem Lichte wird die FIU auch die in § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-3 GwG aufgeführten Maßnahmen treffen können, demnach

- gem. Nr. 1 an einen Verpflichteten (nach § 2 Abs. 1 Nr. 1-3 GwG) herantreten und Konto- oder Depotverfügungen oder anderweitige Transaktionen untersagen (z.B. Vornahme einer Überweisung nach Bareinzahlung durch den Betroffenen),
- gem. Nr. 2 ein Kreditinstitut (nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 GwG) anweisen, den Zugang zu einem Schließfach und dessen Öffnung zu verwehren,
- gem. Nr. 3 sonstige Weisungen in Bezug auf eine Transaktion gegenüber Verpflichteten erteilen (z.B. einen Gegenstand – etwa ein Auto – nicht zu übertragen oder die Auszahlung einer Lebensversicherung durch das Versicherungsunternehmen zu untersagen).³⁹

Auch in diesem Zusammenhang ist § 56 Abs. 1 Nr. 58 GwG zu sehen, nach welchem ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 40 Abs. 1 S. 1 oder 2 GwG einer Anordnung oder Weisung der FIU nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig nachkommt. Im Vergleich zu § 17 Abs. 2 GwG a.F. werden die Bußgeldrahmen in § 56 Abs. 2 und 3 GwG deutlich angehoben und es wird ein dreistufiges System etabliert, das auf der dritten Stufe in dem dort bezeichneten Umfang Geldbußen bis zu fünf Millionen Euro bzw. zehn Prozent des Gesamtumsatzes bei juristischen Personen und Personenvereinigungen bzw. Geldbußen bis zu einer Millionen Euro bei natürlichen Personen vorsieht.

Bei Erlass der Maßnahmen nach § 40 Abs. 1 GwG soll bei grundsätzlicher Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) von der FIU grundsätzlich auch das Anhörungserfordernis gem. § 28 Abs. 1 VwVfG zu beachten sein.⁴⁰ Insoweit soll sie jedoch zu prüfen haben, ob von einer Anhörung gem. § 28 Abs. 2 VwVfG abgesehen werden kann oder eine solche gem. § 28 Abs. 3 VwVfG zu unterbleiben hat, wenn andernfalls der Erfolg der Maßnahme gefährdet werden könnte, z.B. in der Konstellation, in welcher der

Betroffene während der Anhörungsfrist sämtliche Gelder von seinem Konto abhebt oder das Schließfach leert.⁴¹

§ 40 Abs. 2 GwG setzt hingegen Art. 32 Abs. 7 S. 2 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie um. Der Absatz erweitert den Anwendungsbereich der Sofortmaßnahmen des § 40 Abs. 1 GwG auf die internationale Zusammenarbeit zentraler Meldestellen, um grenzüberschreitend schnelles Handeln mit Blick auf das Anhalten inkriminierter Vermögensgegenstände zu ermöglichen.⁴² Eine Pflicht der FIU, einem entsprechenden Ersuchen einer zentralen Meldestelle eines anderen Staates – das sich an den Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 GwG messen lassen muss – nachzukommen, soll indes nicht bestehen.⁴³

Im Übrigen bestimmt § 40 Abs. 3 GwG, dass Sofortmaßnahmen nach § 40 Abs. 1 GwG aufzuheben sind, wenn und soweit diese nicht mehr durch den Anordnungszweck gedeckt sind, was insbesondere dann der Fall sein soll, wenn die Analyse durch die FIU erfolgt ist und aufgrund dessen ein Nexus zu Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung nicht mehr gesehen wird.⁴⁴

Weiter enden Maßnahmen nach § 40 Abs. 1 GwG gem. § 40 Abs. 4 GwG in zeitlicher Hinsicht spätestens mit Ablauf eines Monats nach Anordnung der Maßnahme durch die FIU oder mit Ablauf des fünften Werktages nach Abgabe des Sachverhalts an die zuständige Strafverfolgungsbehörde oder zu einem früheren Zeitpunkt, wenn die FIU einen solchen festgelegt hat.

§ 40 Abs. 5 GwG sieht des Weiteren die Möglichkeit der Freigabe bestimmter durch die Sofortmaßnahme nach Abs. 1 S. 2 betroffener Vermögensgegenstände durch die FIU vor. Dies soll aber nur gelten, soweit die Vermögensgegenstände zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts der betroffenen Person oder ihrer Familienmitglieder, zur Bezahlung von Versorgungsleistungen, Unterhaltsleistungen oder vergleichbaren Zwecken erforderlich sind.

Die nach § 40 Abs. 1 GwG angeordneten Maßnahmen können von den betroffenen Verpflichteten oder sonst Beschwerten mit dem Rechtsbehelf des Widerspruchs angegriffen werden (§§ 68 ff. VwGO), vgl. § 40 Abs. 6 S. 1 GwG. Die grundsätzliche aufschiebende Wirkung des Widerspruchs (§ 80 Abs. 1 VwGO) soll indes gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 40 Abs. 6 S. 2 GwG entfallen.

b) Sonstige Befugnisse

Nach § 30 Abs. 3 GwG wird die FIU zudem unabhängig vom Vorliegen einer Meldung Informationen von Verpflichteten einholen – soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist – und hierbei dem Verpflichteten zur Beantwortung des Auskunftsverlangens eine angemessene Frist gewähren können. Diese Befugnis der FIU soll deren eigener Aufgabenerfüllung dienen und sie befähigen, weitere Informationen sowohl von meldenden als auch von nicht meldenden Ver-

³⁶ BT-Drs. 18/11555.

³⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

³⁸ So BT-Drs. 18/11555.

³⁹ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁴¹ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁴² Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁴³ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

pflichteten zu gewinnen.⁴⁵ Die damit einhergehende Auskunftspflicht von Verpflichteten bezweckt die Umsetzung von Art. 32 Abs. 3 S. 4 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie.⁴⁶ In diesem Kontext ist ebenfalls eine Sanktionsbewehrung insoweit geregelt, als gem. § 56 Abs. 1 Nr. 57 GwG ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 30 Abs. 3 GwG einem solchen Auskunftsverlangen der FIU nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkommt. Zum entsprechenden erweiterten Bußgeldrahmen siehe bereits die obigen Ausführungen.

Ein diesbezügliches – auf den Vorgaben von Art. 34 Abs. 2 i.V.m. Art. 33 Abs. 1 lit. b der 4. EU-Geldwäscherichtlinie beruhendes – Auskunftsverweigerungsrecht beinhaltet aber § 30 Abs. 3 S. 3 GwG: Zum Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen bestimmten Berufsgeheimnisträgern und Personen, die ihre Hilfe und Sachkunde in Anspruch nehmen, werden Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und andere Verpflichtete nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 und 12 GwG aber von der Verpflichtung befreit, der FIU Auskünfte nach § 30 Abs. 3 S. 1 zu übermitteln.⁴⁷ In seinem Umfang soll das Auskunftsverweigerungsrecht aber auf die im Rahmen der Berufsausübung anvertrauten oder bekanntgewordenen Tatsachen begrenzt sein, soweit die zuvor genannten Verpflichteten diese im Rahmen der Rechtsberatung oder der Prozessvertretung des Vertragspartners erhalten haben.⁴⁸ Die Verpflichtung zur Auskunft nach § 30 Abs. 1 S. 1 GwG soll allerdings wieder aufleben, wenn der Verpflichtete weiß, dass der Vertragspartner seine Rechtsberatung zu dem Zweck der Geldwäsche, der Terrorismusfinanzierung oder der Begehung einer anderen Straftat in Anspruch genommen hat oder nimmt.

Ferner sieht – der weitestgehend § 11 Abs. 1a GwG a.F. entsprechende und der Umsetzung des Art. 35 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie dienende – § 46 Abs. 1 GwG vor, dass der Verpflichtete, wenn er eine Meldung nach § 43 GwG abgegeben hat, erst dann eine mit der Meldung zusammenhängende Transaktion durchführen soll, wenn er entweder die Zustimmung der FIU bzw. der zuständigen Staatsanwaltschaft erhalten hat oder der dritte Werktag nach dem Abgangstag der Meldung verstrichen ist, ohne dass die Durchführung der Transaktion von der FIU oder der zuständigen Staatsanwaltschaft untersagt wurde. Dies stellt insofern eine Neuerung dar, als § 11 Abs. 1a GwG a.F. diese Stillhaltefrist bei dem Verstreichen des zweiten Werktages ansetzte.⁴⁹

6. Befugnisse und Vorgaben bzgl. der Verwendung von Daten

Weiter normiert § 31 GwG zur Umsetzung von Art. 32 Abs. 4 S. 1 der 4. Geldwäscherichtlinie ein Datenzugriffs- und Auskunftsrecht der FIU gegenüber anderen inländischen öffentlichen Stellen.⁵⁰ § 32 GwG befasst sich mit den Vo-

raussetzungen und der Art der Datenübermittlung von der FIU an inländische öffentliche Stellen.

Die Regelung des § 33 GwG dient der Umsetzung der Art. 52, 53, 54, 55, 56 und 57 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie und betrifft den privilegierten Datenaustausch der FIU mit zentralen Meldestellen anderer Mitgliedstaaten der EU, der unabhängig von der Geldwäschevortat gewährleistet werden soll.⁵¹ Hingegen regelt § 34 GwG die internationale Zusammenarbeit (insbes. Informationsersuchen) mit jeweiligen (internationalen) zentralen Meldestellen, wobei er vorbehaltlich der Bestimmungen in § 33 und § 35 GwG auch für die Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten der EU gelten soll.⁵²

Diese Verpflichtung zur Zusammenarbeit der FIU mit zentralen Meldestellen anderer Staaten beruht auf dem Umstand, dass Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nicht allein national bekämpft werden können, es sich vielmehr um grenzüberschreitende Phänomene handelt, die der gegenseitigen Unterstützung der zentralen Meldestellen bedürfen.⁵³ Vor diesem Hintergrund beschreibt § 35 GwG den rechtlichen Rahmen für die Datenübermittlung der FIU an eine (ersuchende) ausländische zentrale Meldestelle.

Mit § 36 GwG (Automatisierter Datenabgleich im europäischen Verbund) wird Art. 56 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie umgesetzt. Nach letztgenannter Vorschrift sollen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass die zentralen Meldestellen untereinander gesicherte Kommunikationskanäle für den (anonymisierten) Informationsaustausch nutzen können. Insoweit empfiehlt die Gesetzesbegründung die Verwendung von „fiu.net“ oder Folgenetzwerken.⁵⁴ Bei „fiu.net“ handelt es sich um ein dezentralisiertes Computernetzwerk, das die teilnehmenden FIUs der Europäischen Union in ihrem Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung unterstützt.⁵⁵

§ 37 GwG und § 38 GwG beinhalten Regelungen hinsichtlich der Berichtigung, Einschränkung der Verarbeitung und Löschung bzw. Vernichtung personenbezogener Daten aus automatisierter Verarbeitung und bei Speicherung in automatisierten Dateien bzw. Daten, die weder automatisiert verarbeitet werden noch in einer automatisierten Datei gespeichert sind.

§ 39 GwG normiert die der internen und externen Datenschutzkontrolle dienende Errichtungsanordnung, durch welche schon bei Errichtung jeder automatisierten Datei insbesondere Zweck, Rechtsgrundlage und weitere wichtige datenschutzrechtliche Kriterien festgelegt werden müssen.⁵⁶

⁵¹ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁵² Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁵³ Vgl. BT-Drs. 18/11555. Eine Liste der weltweit eingerichteten FIUs ist abrufbar unter <http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/links.html> (9.11.2017).

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁵⁵ Weitere Informationen unter <https://www.europol.europa.eu/about-europol/financial-intelligence-units-fiu-net> (9.11.2017).

⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁴⁸ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁴⁹ Hierzu bereits kritisch Herzog/Achtelik (Fn. 6), § 11 Rn. 26 ff.

⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

Das Gesetz zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen sieht daneben die Änderung weiterer Gesetze und Verordnungen vor, insbesondere mit Bezug zu Datenabgleich, -abruf, -übermittlung und Auskünften an und durch die FIU.

Zu nennen sind namentlich Änderungen des Kreditwesengesetzes (KWG), des Gesetzes über das Ausländerzentralregister (AZRG), des Gesetzes über das Zentralregister und das Erziehungsregister (Bundeszentralregistergesetz – BZRG), des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG), des Gesetzes über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter (Zollfahndungsdienstgesetz – ZFdG), der Abgabenordnung (AO), des Zollverwaltungsgesetzes (ZollVG), des Zehnten Buchs Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X), der Gewerbeordnung (GewO) und Änderungen des Straßenverkehrsgesetzes (StVG).

Zu den gesamten und weiteren Änderungen sei auf die Artikel 2 bis 23 des Gesetzes zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen und die entsprechende Gesetzesbegründung verwiesen.

7. Sonstige Regelungen

Nach § 41 GwG gibt die FIU dem Verpflichteten, der eine Meldung gem. § 43 Abs. 1 GwG durch elektronische Datenübermittlung abgegeben hat, in Anlehnung an Art. 46 Abs. 3 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie ferner Rückmeldungen bzgl. Eingang und Relevanz der Meldung. Eine solche Rückkopplung soll einerseits der Sensibilisierung der Verpflichteten für Geldwäscheprävention und Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung und andererseits der Vermittlung wichtiger Informationen dienen, um somit den Verpflichteten die Möglichkeit zu geben, das eigene Meldeverhalten kritisch prüfen und gegebenenfalls Anpassungen an internen Abläufen vornehmen zu können.⁵⁷ Da es aber nicht praktikabel sein kann, die FIU zu einem qualitativen Feedback zu jeder einzelnen Meldung zu verpflichten, steht ihr ein Beurteilungsspielraum dahingehend zu, ob und inwieweit eine Rückmeldung im konkreten Einzelfall zur Erreichung der oben beschriebenen Ziele sinnvoll ist.⁵⁸

§ 42 GwG sieht im Lichte des Art. 32 Abs. 6 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie eine Benachrichtigung der FIU durch inländische öffentliche Stellen vor, wobei Abs. 1 der Vorschrift eine Benachrichtigungspflicht der Staatsanwaltschaften hinsichtlich Anklageerhebung und Ausgang des Verfahrens bei entsprechender Vorbefassung der FIU normiert.⁵⁹ Leitet die FIU den Sachverhalt indes nicht an die zuständige Strafverfolgungsbehörde, sondern an eine andere staatliche

Stelle weiter, so soll auch diese Stelle die FIU gem. § 42 Abs. 2 GwG über die abschließende Verwendung der bereitgestellten Informationen und über die Ergebnisse der auf Grundlage der bereitgestellten Informationen durchgeführten Maßnahmen benachrichtigen. Mögliche zur Benachrichtigung verpflichtete Empfänger können, soweit kein spezialgesetzliches Übermittlungsverbot (z.B. § 23 BVerfSchG) entgegensteht, demnach etwa Polizeibehörden, Finanzbehörden oder die für den Schutz der sozialen Sicherungssysteme zuständigen Behörden sein.⁶⁰

Weiter steht § 49 GwG im Dienste der Umsetzung des Art. 38 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie – unter Berücksichtigung deren Erwägungsgrund 41 – und normiert in den ersten drei Absätzen den Informationszugang des „Betroffenen“ in unterschiedlichen Verfahrensstadien der Analyse der FIU, in Absatz 4 hingegen den Schutz der meldenden Beschäftigten, die in einem Beschäftigungsverhältnis zum Verpflichteten stehen.

Ferner enthält Abschnitt 7 des neugefassten GwG Regelungen über Aufsicht, Zusammenarbeit, Bußgeldvorschriften und Datenschutz. Der inhaltlich weitestgehend § 16 Abs. 2 GwG a.F. entsprechende § 50 GwG benennt die zuständigen Aufsichtsbehörden, die gem. § 51 Abs. 1 GwG die Aufsicht über die nach dem GwG Verpflichteten ausüben.⁶¹ Nach § 55 Abs. 1 GwG i.V.m. § 54 Abs. 3 Nr. 3 GwG sollen die Aufsichtsbehörden zur Verhinderung und zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben mit der FIU zusammenarbeiten. Beschäftigten der Aufsichtsbehörden, welchen gem. § 54 Abs. 1 GwG im Zusammenhang mit der Erfüllung der Aufgaben der Aufsicht grundsätzlich eine Verschwiegenheitspflicht auferlegt ist, soll darüber hinaus gem. § 54 Abs. 3 Nr. 3 GwG in den dort bezeichneten Fällen kein unbefugtes Offenbaren oder Verwerten vorzuwerfen sein, wenn sie die Tatsachen an die FIU weitergeben.

Des Weiteren finden sich in Abschnitt 4 (§§ 18-26) des GwG Regelungen zum neu eingerichteten Transparenzregister, das der Erfassung und dem Zugänglichmachen von Angaben über wirtschaftlich Berechtigte dient, vgl. § 18 Abs. 1 GwG. Gem. § 23 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GwG soll auch der FIU die Einsichtnahme in das Transparenzregister in dem dort genannten Umfang gestattet sein, soweit es zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist, da sie – wie auch die übrigen dort aufgezählten Behörden – im Zusammenhang mit der Prävention und Bekämpfung von Geldwäsche, deren Vortaten, Steuervermeidung und Terrorismusfinanzierung tätig ist, wobei es sich um Gemeinwohlbelange von erheblicher Bedeutung handelt.⁶² Die auf Antrag des wirtschaftlich Berechtigten grundsätzlich gem. § 23 Abs. 2 S. 1 GwG mögliche Beschränkung der Einsichtnahme soll gem. § 23 Abs. 2 S. 4 GwG u.a. für Behörden i.S.d. Abs. 1 S. 1 Nr. 1 nicht gelten. Folglich kann die Einsichtnahme in das Transparenzregister durch die FIU nicht beschränkt werden.⁶³

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 18/11555. Siehe zur Pflicht der Staatsanwaltschaft schon § 11 Abs. 8 GwG a.F.

⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁶² Vgl. BT-Drs. 18/11555.

⁶³ Vgl. BT-Drs. 18/11555.

IV. Zusammenfassung

Durch das GwG ist der rechtliche Rahmen für die Aufgaben und Kompetenzen der neuen „Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen“ (auch „Financial Intelligence Unit“) geschaffen worden. Bislang war die FIU als „Zentralstelle für Verdachtsmeldungen“ beim BKA, im Geschäftsbereich des BMI, angesiedelt und polizeilich ausgerichtet. Nunmehr wurde die mit neuem Namen versehene „Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen“ in die GZD zum ZKA und mithin als „Behörde in der Behörde in der Behörde“ in den Geschäftsbereich des BMF überführt, wobei sie – im Lichte ihrer behördlichen Ausrichtung – einen deutlich erweiterten Aufgaben- und Kompetenzkreis erhalten hat. Diese neue „echte Zentralstelle“ soll, administrativ und nicht repressiv wirkend, eine Filterfunktion zur Entlastung der Strafverfolgungsbehörden erfüllen, wobei sie Meldungen nach dem GwG als alleinige Adressatin entgegennehmen, nach Anreicherung durch weitere Daten analysieren und ggf. an die zuständigen Behörden weiterleiten soll. Entsprechend werden ihre Befugnisse erstmals durch detaillierte Bestimmungen im GwG geregelt. Weiter soll die FIU neben der operativen und strategischen Analyse als Schwerpunkttätigkeit stärker in die Kommunikation mit den unterschiedlichen Gruppen der Verpflichteten nach dem GwG treten und diese insbesondere für neue Trends und Vorgehensweise der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung sensibilisieren. Im Zentrum ihrer Tätigkeit soll künftig daneben die nationale und internationale Zusammenarbeit stehen.

Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Dominik Brodowski**, LL.M. (Univ. Pennsylvania), Frankfurt a.M.

Eine Gruppe von 20 Mitgliedstaaten hat sich kürzlich auf eine Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (EPPO) geeinigt; auch eine materiell-rechtliche Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug steht vor der Finalisierung. Neben diesem Schutz spezifischer supranationaler Interessen sind aktuelle Legislativmaßnahmen im Bereich der Geldwäsche und zur gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen ebenso zu verzeichnen wie beachtliche Entscheidungen des EuGH zu ne bis in idem, zu Verfahrensrechten in Strafverfahren und zur Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten. Diese und zahlreiche weitere Entwicklungen im Bereich der Europäisierung der Strafrechtspflege von Oktober 2016 bis Juni 2017 werden hier im Anschluss an ZIS 2017, 11 im Überblick vorgestellt und einer ersten Analyse unterzogen.

20 member states have agreed on a Regulation on the Establishment of a European Public Prosecutor's Office (EPPO), which will be complemented by a Directive on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law. Besides this protection of specific supranational interests, current legislative measures address money laundering and the mutual recognition of confiscation measures. The ECJ recently issued notable judgments on topics ranging from ne bis in idem, procedural rights and data retention. These and several further developments in EU Criminal Justice between October 2016 and June 2017 are presented in this overview, which follows up on ZIS 2017, 11.

I. Strafverfassungsrecht

1. Europäische Sicherheitsunion¹

Im nahezu monatlichen Turnus legte die Kommission Fortschrittsberichte zur Europäischen Sicherheitsunion vor.² Sie berichtet u.a. davon, dass sie Vertragsverletzungsverfahren gegen mehrere Mitgliedstaaten eingeleitet habe, welche die sog. Prümer Beschlüsse³ noch nicht umgesetzt haben.⁴ Von

der Kommission wird zudem eine Vorratsdatenspeicherung aller Grenzübertritte an den EU-Außengrenzen, auch von EU-Bürgern, und deren Erforderlichkeit sowie Verhältnismäßigkeit diskutiert, derzeit aber nicht forciert.⁵ Ein „zusätzliches Verwaltungssystem für die Sicherstellung der Vermögenswerte von Terroristen in der EU“ (administrative forfeiture) auf Grundlage von Art. 75 AEUV lehnt sie derzeit ab.⁶ Es soll aber nach Möglichkeiten gesucht werden, effektiver die verschiedenen strafverfolungsrelevanten Datenbanken⁷ zu durchsuchen und miteinander zu vernetzen.⁸ Schließlich erörtert die Kommission die Frage des Zugriffs auf digitale Spuren.⁹

2. Datenschutz¹⁰

Da sich sowohl die Datenschutz-Grundverordnung¹¹ als auch die Datenschutz-Richtlinie (EU) 2016/680¹² nicht auf den Umgang mit personenbezogenen Daten auf supranationaler Ebene beziehen, legte die Kommission im Januar 2017 einen auf diesen Bereich bezogenen Legislativvorschlag vor.¹³ Dieser orientiert sich im Regelungsinhalt an den vorgenann-

⁴ KOM (2017) 203 endg. v. 2.3.2017, S. 6.

⁵ KOM (2017) 261 endg. v. 16.5.2017, S. 6.

⁶ KOM (2016) 831 endg. v. 21.12.2016, S. 7 f.

⁷ Instrukтив hierzu die Übersicht in Ratsdok. 6253/17.

⁸ KOM (2017) 41 endg. v. 25.1.2017, S. 3 f.; KOM (2017) 261 endg. v. 16.5.2017, S. 7 ff.

⁹ KOM (2017) 41 endg. v. 25.1.2017, S. 8 ff.; siehe näher unten IV. 7.

¹⁰ Zum europäischen Rechtsrahmen und seinen Auswirkungen auf die Strafrechtspflege siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2017, 11 (13) m.w.N.; sowie ferner Schwichtenberg, DuD 2016, 605; Stief, StV 2017, 470; Weinhold/Johannes, DVBl. 2016, 1501.

¹¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. EU 2016 Nr. L 119, S. 1.

¹² Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des RB 2008/977/JI des Rates, ABl. EU 2016 Nr. L 119, S. 89.

¹³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 und des Beschl. Nr. 1247/2002/EG, KOM (2017) 8 endg. v. 10.1.2017.

* Fortsetzung von ZIS 2010, 376; ZIS 2010, 749; ZIS 2011, 940; ZIS 2012, 940; ZIS 2013, 455; ZIS 2015, 79; ZIS 2016, 106; ZIS 2017, 11. Alle in diesem Bericht aufgeführten EU-Rechtsakte und EU-Rechtssetzungsvorgänge sind in der Datenbank <https://db.eurocrim.org/> (3.11.2017) verfügbar.

¹ KOM (2016) 230 endg. v. 20.4.2016. Zur Europäischen Sicherheitsagenda siehe zuvor EUCO 22/15, Nr. 10; KOM (2015) 185 endg. v. 28.4.2015; Ratsdok. 15670/14, P8_TA-PROV (2015) 0269. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2017, 11 m.w.N.

² KOM (2016) 670 endg. v. 12.10.2016; KOM (2016) 732 endg. v. 16.11.2016; KOM (2016) 831 endg. v. 21.12.2016; KOM (2017) 41 endg. v. 25.1.2017; KOM (2017) 203 endg. v. 2.3.2017; KOM (2017) 213 endg. v. 12.4.2017 sowie KOM (2017) 261 endg. v. 16.5.2017.

³ Zu diesen siehe unten V. 10.

ten Rechtsakten, so dass im Rat binnen kurzer Zeit eine allgemeine Ausrichtung erzielt werden konnte.¹⁴

3. *Ne bis in idem* (Art. 50 GRC, Art. 54 SDÜ)¹⁵

Nachdem gegen zwei juristische Personen bereits wegen einer Hinterziehung von Mehrwertsteuer ein Bußgeld verhängt worden war, wurden deren Geschäftsführer vor italienischen Gerichten wegen derselben Hinterziehungstaten angeklagt. Die vierte Kammer des EuGH entschied im April 2017, dass die Strafverfolgung der natürlichen Personen – hier des Geschäftsführers – nicht wegen der vorherigen Verhängung eines Bußgeldes gegen juristische Personen wegen derselben Sache gesperrt ist, also kein Verstoß gegen *ne bis in idem* vorliegt. Zwar sei Art. 50 GRC auf derartige Strafverfahren anwendbar,¹⁶ jedoch beziehe sich das Doppelverfolgungs- und Doppelbestrafungsverbot aus Art. 50 GRC immer nur auf ein- und dieselbe (juristische oder natürliche) Person.¹⁷ Damit schließt sich der EuGH der formalen Sichtweise des EGMR an.¹⁸

II. Institutionen

1. *Europäischer Gerichtshof*

Der EuGH hat seine Empfehlungen an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen aktualisiert.¹⁹

2. *Europäische Staatsanwaltschaft*²⁰

Da eine Einstimmigkeit unter den 25 betroffenen Mitgliedstaaten auch auf Ebene der Staats- und Regierungschefs nicht erzielt werden konnte, wurde nunmehr die Möglichkeit einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 86 Abs. 1 UAbs. 2 und 3 AEUV ergriffen: Am 8.6.2017 nahmen die an der Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung einer Europäischen

Staatsanwaltschaft teilnehmenden Mitgliedstaaten²¹ eine allgemeine Ausrichtung zum Verordnungsvorschlag an.²²

Diese allgemeine Ausrichtung weist neben sprachlichen Verfeinerungen und formalen Anpassungen angesichts der nunmehr vorliegenden Verstärkten Zusammenarbeit folgende berichtenswerte Neuerungen auf (im Folgenden: VO-E i.d.F. Ratsdok. 9545/2/17 REV 2):

a) *Sachliche Zuständigkeit und deren Ausübung*

In Art. 17 Abs. 1 S. 2 VO-E wurde die materielle Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft für die Verfolgung von Umsatzsteuerbetrügereien in Anlehnung an den zur PIF-Richtlinie gefundenen Kompromiss²³ verankert. Gleichermassen machte dies eine Änderung der Vorschrift über die Ausübung der Zuständigkeit notwendig: Diese sah bislang vor, dass die Europäische Staatsanwaltschaft nur zuständig ist, wenn der relativ größte Schaden für die EU eingetreten ist (Art. 20 Abs. 3 S. 1 lit. b VO-E). Diese Restriktion findet allerdings nunmehr keine Anwendung bei Umsatzsteuerbetrügereien (dort ließe sie sich niemals erfüllen²⁴), bei der Untreue bzw. missbräuchlichen Verwendung von EU-Geldern sowie bei der betrügerischen Erlangung von EU-Haushaltsmitteln (Art. 20 Abs. 3 S. 2 VO-E). Mitgliedstaatliche Strafverfolgungsbehörden sollen die Europäische Staatsanwaltschaft über jegliche Einleitung eines Strafverfahrens unterrichten, das in deren Zuständigkeit fällt, selbst wenn sie diese gemäß Art. 20 VO-E nicht ausüben darf (Art. 19 Abs. 1aa VO-E).

b) *Ermittlungsmaßnahmen und Richtervorbehalt*

Bei Ermittlungsmaßnahmen, die in einem anderen als dem verfahrensführenden Mitgliedstaat durchgeführt werden sollen, sieht Art. 26 Abs. 3 VO-E vor, dass Richtervorbehalten primär in demjenigen Mitgliedstaat zu entsprechen ist, in dem die Ermittlungsmaßnahme vorgenommen wird. Dies führt aber, wie die Ratspräsidentschaft erneut hervorgehoben hat, zu Friktionen zur Europäischen Ermittlungsanordnung und kann zur Notwendigkeit führen, umfangreiche Aktenbestandteile zu übersetzen, um diese dem Richter vorzulegen. Keine Mehrheit fand aber ein Vorschlag der Ratspräsidentschaft, einen Erwägungsgrund einzufügen, dem zufolge in der Regel eine (übersetzte) Zusammenfassung der Akte als Grundlage der richterlichen Entscheidung ausreichen soll.²⁵

¹⁴ Ratsdok. 9091/17.

¹⁵ Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (12) m.w.N.; sowie ferner *Duesberg*, ZIS 2017, 66; *Kottek*, wistra 2016, 355; *Zimmermann*, ZIS 2017, 220.

¹⁶ Im Anschluss an EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 24 ff.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 5.4.2017 – C-217/15 und C-350/15 (*Orsi und Baldetti*).

¹⁸ Siehe EGMR, Urt. v. 20.5.2014 – Nr. 35232/11 (*Pirttimäki v. Finnland*), Rn. 51. Zu diesem Problem siehe vertiefend *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2012, S. 458 f.; *Brodowski*, in: *Brodowski/Espinoza de los Monteros de la Parra/Tiedemann/Vogel* (Hrsg.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, S. 211 (223).

¹⁹ ABl. EU 2016 Nr. C 439, S. 1; siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2014, 79 (83).

²⁰ Siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (14 f.) m.w.N.; sowie ferner *Böse*, JZ 2017, 82; *Faletti*, eucrim 2017, 25; *Wehnert*, StV-Editorial 2/2017. Zusammenfassend zur Europäischen Staatsanwaltschaft und zur im Oktober 2017 beschlossenen VO (EU) 2017/1939 (ABl. EU 2017 Nr. L 283, S. 1) siehe *Brodowski*, StV 2017, 684; *Rackow*, KriPoZ 2017, 295.

²¹ Es nehmen teil Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik, Zypern, nicht hingegen Dänemark, Irland, Malta, die Niederlande, Polen, Schweden, Ungarn und das Vereinigte Königreich.

²² Entwurf einer Verordnung zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft i.d.F. Ratsdok. 9545/2/17 REV 2.

²³ Siehe hierzu unten III. 1. a).

²⁴ Vgl. hierzu Ratsdok. 12344/16, S. 3 f.

²⁵ Ratsdok. 12344/16, S. 5 f.

c) Gerichtliche Kontrolle (Art. 36 VO-E)

Während es unbestritten ist, dass Fragen der Amtshaftung und der Beschäftigungsverhältnisse einschließlich der Amtsenthebung des Europäischen Generalstaatsanwalts der gerichtlichen Kontrolle durch europäische Gerichte unterliegen (Art. 36 Abs. 4 bis Abs. 7 VO-E), wird die gerichtliche Kontrolle gegenüber den Beschuldigten und Drittbetroffenen einer weitaus diffizileren – und eventuell mit primären Unionsrecht unvereinbaren – Regelung unterliegen: Rechtsschutz sei hiergegen primär vor den einzelstaatlichen Gerichten „im Einklang mit den Anforderungen und Verfahren des nationalen Rechts“ zu gewähren (Art. 36 Abs. 1 VO-E). Über die in Art. 36 Abs. 2 VO-E genannten Aspekte („Gültigkeit eines Verfahrensakts“ auf Basis des Unionsrechts, Auslegung und Gültigkeit der Bestimmungen des Unionsrechts, Zuständigkeitsfragen) soll jedoch der EuGH im Wege der Vorabentscheidung auf Vorlage des nationalen Gerichts befinden. Verfahrenseinstellungen, die „direkt auf der Grundlage des Unionsrechts angefochten werden“, sollen abweichend vom Vorgenannten unmittelbar der Kontrolle durch den EuGH unterliegen (Art. 36 Abs. 3 VO-E).

d) Beziehungen zu nicht an der Europäischen Staatsanwaltschaft teilnehmenden Mitgliedstaaten (Art. 59a VO-E)

Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit denjenigen Mitgliedstaaten, die nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmen, wird zum einen durch „Arbeitsvereinbarungen“, Kontaktstellen und die Entsendung von Verbindungsbeamten ermöglicht (Art. 59a Abs. 1 und 2 VO-E). Im Übrigen soll sie – bis zu einer spezifischen Regelung²⁶ – dergestalt erfolgen, dass die teilnehmenden Mitgliedstaaten die Europäische Staatsanwaltschaft und die für diese tätigen Staatsanwälte als zum Erlass von Europäischen Haftbefehlen, Europäischen Ermittlungsanordnungen usw. zuständige Stelle benennen (Art. 59a Abs. 3 VO-E).

e) Stärkung der Delegierten Europäischen Staatsanwälte; Sitz der Europäischen Staatsanwaltschaft

Die Rolle der Delegierten Europäischen Staatsanwälte wurde gestärkt: Über deren Entscheidung, Anklage zu erheben, darf sich die Ständige Kammer nicht hinwegsetzen und das Verfahren dennoch einstellen (Art. 30 Abs. 1 S. 2 VO-E). Schließlich wurde vereinbart, dass die Europäische Staatsanwaltschaft ihren Sitz in Luxemburg haben wird (Art. 62 VO-E).

f) Ausblick

Eine zügige Zustimmung des Europäischen Parlaments vorausgesetzt, wird die Verordnung nach formeller Annahme im Rat noch 2017 in Kraft treten können. Ihre Arbeit aufnehmen wird die Europäische Staatsanwaltschaft somit frühestens 2020 (vgl. Art. 75 Abs. 3 VO-E). Am Kompromisstext kritisierte die Kommission, dass die Zulässigkeit

von Beweismitteln durch Art. 31 VO-E nicht allumfassend gewährleistet sei sowie dass zum Zugang zu Dokumenten der Europäischen Staatsanwaltschaft und zum Datenschutzregime Sonderregelungen geschaffen worden seien, anstatt auf die diesbezüglichen allgemeinen Rechtsakte der EU zurückzugreifen.²⁷

3. Eurojust²⁸

Infolge der Fortschritte hinsichtlich der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft wurden nunmehr die Arbeiten im Rat und seinen Gremien wieder aufgenommen, den Rechtsrahmen für Eurojust neu zu fassen. Für die übrigen Bereiche einer Eurojust-Verordnung liegt bereits eine allgemeine Ausrichtung vor.²⁹

III. Materielles Strafrecht

1. Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union (PIF)

a) Vorschlag für eine Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug³⁰

Im Trilog konnte eine politische Einigung über den Vorschlag für eine Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug erzielt werden, der am 25.4.2017 durch den Rat gegen die Stimmen u.a. Deutschlands förmlich angenommen wurde.³¹ Der Anwendungsbereich der Richtlinie soll sich demnach auch auf Verhaltensweisen erstrecken, die nur über eine Verkürzung der Umsatzsteuer Auswirkungen auf die finanziellen Interessen der Europäischen Union haben, sofern diese „mit dem Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten der Union verbunden sind und einen Gesamtschaden von mindestens 10.000.000 EUR umfassen“ (Art. 2 Abs. 2 RL-E i.d.F. Standpunkt [EU] Nr. 4/2017). Hinsichtlich der Pönalisierungsverpflichtung für „Bestechlichkeit“ und „Bestechung“ mit Auswirkungen auf den EU-Haushalt wurde das Erfordernis einer Dienstpflichtverletzung gestrichen (Art. 4 Abs. 2 RL-E i.d.F. Standpunkt [EU] Nr. 4/2017). Hervorzuheben sind schließlich die Mindestvorgaben hinsichtlich nationaler Verjährungsvorschriften (Art. 12 RL-E i.d.F. Standpunkt [EU] Nr. 4/2017). Folgt auch das Parlament dem im Trilog erzielten Verhandlungsergebnis, kann die Richtlinie kurzfristig in Kraft treten und sodann der zweijährige

²⁷ Ratsdok. 10081/17.

²⁸ Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2016, 106 (111 f.) m.w.N.

²⁹ Ratsdok. 6643/15; zuvor Ratsdok. 5142/15. Der Kommissionsvorschlag ist zu finden in KOM (2013) 535 endg. v. 17.7.2013.

³⁰ Siehe zuvor Brodowski, ZIS 2017, 11 (16) m.w.N.

³¹ Standpunkt (EU) Nr. 4/2017 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. EU 2017 Nr. C 184, S. 1; allgemeine Ausrichtung des Rates in Ratsdok. 10729/13; Kommissionsvorschlag in KOM (2012) 363 endg. v. 11.7.2012.

²⁶ Siehe hierzu die Aufforderung des Rats an die Kommission, über die Unterbreitung eines Regelungsvorschlags nachzudenken, Ratsdok. 9896/17 ADD 1 COR 1.

Umsetzungszeitraum (Art. 17 Abs. 1 RL-E i.d.F. Standpunkt [EU] Nr. 4/2017) beginnen. Die Kommission erklärte öffentlich, dass sie zwar „keine Einwände gegen die wesentlichen Bestimmungen der Richtlinie“ habe, dass sie „jedoch der Auffassung [sei], dass sie auf Artikel 325 AEUV hätte gegründet werden müssen, und behält sich das Recht vor, bezüglich der Rechtsgrundlage ein Verfahren beim Gerichtshof einzuleiten“.³²

b) Art. 325 AEUV und nationale Verjährungsvorschriften

Im aufsehenerregenden „Taricco I“-Urteil hielt der EuGH nationale italienische Verjährungsvorschriften für unanwendbar, soweit diese de facto „in einer beträchtlichen Anzahl“ von Strafverfahren dazu führen, dass Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union ungeahndet bleiben.³³ Das italienische Verfassungsgericht sieht in der Rechtsfolge – Unanwendbarkeit nationaler Verjährungsvorschriften – jedoch einen Konflikt zu seiner Verfassungsrechtsprechung, der zufolge auch Verjährungsvorschriften dem Schutz des Gesetzlichkeitsprinzips unterliegen und nicht zu Lasten des Angeklagten (de facto rückwirkend) außer Betracht bleiben dürfen. Auf dem Boden des italienischen Äquivalents zur Identitätskontrolle droht daher ein handfester Konflikt mit dem EuGH, den das italienische Verfassungsgericht durch ein erneutes Vorabentscheidungsverfahren zu lösen sucht. Darin legt es dem EuGH die Frage vor, ob im Strafrecht dem Gesetzlichkeitsprinzip Vorrang vor einer strafschärfenden Rückwirkung (wie hier qua Ausschluss von Verjährungsvorschriften) einzuräumen sei.³⁴

2. Terrorismus (RL [EU] 2017/541)³⁵

Nach Abschluss des förmlichen Legislativverfahrens trat eine Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung gemäß deren Art. 30 am 20.4.2017 in Kraft und ist gemäß deren Art. 28 Abs. 1 bis zum 8.9.2018 umzusetzen. Im Vergleich zum zuvor referierten Kommissionsvorschlag und zur allgemeinen Ausrichtung

des Rates ist aus strafrechtlicher Sicht vor allem bemerkenswert, dass die Strafvorschrift betreffend Auslandsreisen zu Zwecken des Terrorismus (Art. 9 Abs. 1 RL [EU] 2017/541) auch Reisen in andere EU-Mitgliedstaaten (und nicht nur in Drittstaaten) erfassen soll. Die Mitgliedstaaten sollen Art. 9 Abs. 2 RL (EU) 2017/541 zufolge allerdings auch spiegelbildlich die Einreise in ihr Territorium unter denselben Voraussetzungen unter Strafe stellen (lit. a) bzw. alternativ die Vornahme von Vorbereitungshandlungen zur Begehung einer der in Art. 3 der Richtlinie genannten terroristischen Straftaten pönalisieren (lit. b). Soweit die Rekrutierung oder Ausbildung zum Terrorismus gegenüber Kindern begangen wird, soll dies strafschärfend gewichtet werden (Art. 15 Abs. 4 RL [EU] 2017/541); die aus RL 2014/42/EU bekannten Möglichkeiten der Vermögensabschöpfung sind auch im Kontext der Terrorismusbekämpfung zu nutzen. Eine im Internet erfolgende, öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat soll nach dem Prinzip „notice and take down“ unverzüglich gelöscht werden; nur daneben sollen die Mitgliedstaaten fakultativ auch Möglichkeiten zur Zugangserschwerung nutzen dürfen (Art. 21 RL [EU] 2017/541).³⁶ Ebenfalls neu aufgenommen wurde eine Anpassung des Beschlusses 2005/671/JI,³⁷ welcher den Informationsaustausch zwischen Mitgliedstaaten und mit europäischen Institutionen betrifft (Art. 22 RL [EU] 2017/541).

3. Geldwäsche³⁸

Unter dem Deckmantel der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung legte die Kommission im Dezember 2016 einen weitreichenden Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche vor,³⁹ der aufgrund seines weiten Anwendungsbereichs de facto auch die Hehlerei weitgehend mit erfassen würde. Hierzu erzielte der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 3.546. Tagung am 8. und 9.6.2017 in Luxemburg eine allgemeine Ausrichtung,⁴⁰ in der die gem. Art. 2 Abs. 1 RL-E zu erfassenden Anknüpfungstaten wenigstens geringfügig eingeschränkt werden: Diese erstrecken sich (trotz ungeschickter deutscher Übersetzung⁴¹) in Systemen wie dem deutschen mindestens

³² KOM (2017) 246 endg. v. 16.5.2017, S. 3 f.; siehe hierzu auch die Begründung des Rates zu seinem Standpunkt, ABl. EU 2017 Nr. C 184, S. 14 (14).

³³ EuGH, Urt. v. 8.9.2015 – C-105/14 (Taricco u.a.); siehe hierzu *Brodowski*, ZIS 2016, 106 (113); sowie ferner die Anm. u. Bspr. von *Gaede*, wistra 2016, 86; *Hochmayr*, HRRS 2016, 239; *Kubiciel*, StV 2017, 69; *Reiß*, UR 2016, 342; *Weidemann*, wistra 2016, 49.

³⁴ Siehe hierzu *Bassini/Pollicino*, VerfBlog v. 28.1.2017, online unter: <http://verfassungsblog.de/the-taricco-decision-a-last-attempt-to-avoid-a-clash-between-eu-law-and-the-italian-constitution/> (3.11.2017).

³⁵ Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2017 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des RB 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschl. 2005/671/JI des Rates, ABl. EU 2017 Nr. L 88, S. 6; allgemeine Ausrichtung in Ratsdok. 6655/16; Kommissionsvorschlag in KOM (2015) 625 endg. v. 1.12.2015. Siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (16 f.) m.w.N.

³⁶ Zur Evaluation derartiger Mechanismen im Bereich der Kinderpornografie siehe unten III. 6.

³⁷ Beschl. 2005/671/JI des Rates v. 20.9.2005 über den Informationsaustausch und die Zusammenarbeit betreffend terroristische Straftaten, ABl. EU 2005 Nr. L 253, S. 22.

³⁸ Siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (17).

³⁹ KOM (2016) 826 endg. v. 21.12.2016.

⁴⁰ Ratsdok. 9718/17.

⁴¹ Die deutsche Sprachfassung ließe sich auch dahingehend interpretieren, dass alle Straftaten mit einer Höchststrafe von mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe Anknüpfungstaten sein sollen: „alle Straftaten, [...] die mit einer Freiheitsstrafe oder einer die Freiheit beschränkenden Maßregel der Sicherung und Besserung von mindestens mehr als sechs Monaten belegt werden können“. Eindeutig ist hingegen die englische Sprachfassung: „all offences punishable by deprivation of

auf *alle* Straftaten mit einer Mindeststrafdrohung von sechs Monaten Freiheitsstrafe. Darüber hinausgehend sollen im Einklang mit Erwägungsgrund 5 RL-E i.d.F. Ratsdok. 9718/17 auch weitere, mildere Vergehen als Anknüpfungsstraftaten gelten, die dem im Art. 2 Abs. 1 RL-E i.d.F. Ratsdok. 9718/17 genannten Deliktskatalog unterfallen, und zu dem unter anderem auch (nicht weiter qualifizierter) Betrug und Diebstahl, Urkundenfälschung und Computerstraftaten zählen.

Nach der Konzeption des Kommissionsvorschlags und der allgemeinen Ausrichtung sind (mindestens) folgende Verhaltensweisen als Geldwäsche unter Strafe zu stellen:

- „der Umtausch oder Transfer von Vermögensgegenständen [...] zum Zwecke der Verheimlichung oder Verschleierung des illegalen Ursprungs der Vermögensgegenstände oder der Unterstützung von Personen, die an einer solchen Tätigkeit beteiligt sind, damit diese den Rechtsfolgen ihrer Tat entgehen;“
- „die Verheimlichung oder Verschleierung der wahren Natur, Herkunft, Lage, Verfügung oder Bewegung von Vermögensgegenständen oder von Rechten oder Eigentum an Vermögensgegenständen“; sowie
- „der Erwerb, der Besitz oder die Verwendung von Vermögensgegenständen“;

soweit der Täter subjektiv vorsätzlich gehandelt und zugleich zum Zeitpunkt der Tathandlung bzw. der Besitzerlangung Kenntnis von der Tatsache hat, „dass diese Gegenstände aus einer kriminellen Tätigkeit stammen“ (Art. 3 Abs. 1 RL-E i.d.F. Ratsdok. 9718/17). Die Vortat, der Vortäter und die näheren Umstände der Vortat selbst müssen nicht bewiesen werden (Art. 3 Abs. 2 lit. a und b RL-E i.d.F. Ratsdok. 9718/17). Die Selbstgeldwäsche ist – mit Ausnahme des bloßen Erwerbs, des Besitzes und der Verwendung – ebenfalls unter Strafe zu stellen, gleichermaßen Anstiftung und Beihilfe zur sowie Versuch der Geldwäsche (Art. 3 Abs. 3, Art. 4 RL-E i.d.F. Ratsdok. 9718/17). Das Höchstmaß der Strafe muss bei schweren Fällen zumindest drei Jahre Freiheitsstrafe lauten können (Art. 5 RL-E i.d.F. Ratsdok. 9718/17). Erschwerend soll (so die Kommission) bzw. kann (so der Rat) die Tatbegehung durch einen Verpflichteten nach Art. 2 RL 2015/849/EU (d.h. insb. Wirtschaftsprüfer, Notare, Immobilienmakler, Kredit- und Finanzinstitute bzw. für diese beruflich Tätige) oder im Rahmen einer kriminellen Vereinigung i.S.d. RB 2008/841/JI zu berücksichtigen sein (Art. 6 RL-E i.d.F. bzw. Ratsdok. 9718/17). Geldwäsche soll auch nach dem aktiven Personalitätsprinzip unter Strafe zu stellen sein (Art. 9 Abs. 1 lit. b RL-E i.d.F. Ratsdok. 9718/17). Zur Strafverfolgung sollen schließlich „wirksame Ermittlungsinstrumente, wie sie beispielsweise zur Bekämpfung organisierter Kriminalität oder anderer schwerer Straftaten verwendet werden, zur Verfügung stehen“ (Art. 10 RL-E i.d.F. Ratsdok. 9718/17).

liberty or a detention order for a minimum of more than six months“.

4. Betäubungsmittelstrafrecht⁴²

Im Trilog zwischen Parlament, Rat und Kommission konnte ein Kompromiss dahingehend erreicht werden, wie der Umgang mit sogenannten „neuen psychoaktiven Substanzen“ möglichst rasch einer unionsweiten Pönalisierungsverpflichtung unterworfen werden kann. Hierzu soll der bestehende Rahmenbeschluss (RB) zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels hinsichtlich der Definition von Drogen⁴³ um einen Annex mit derartigen „neuen psychoaktiven Substanzen“ ergänzt werden. Binnen zwölf Monaten nach Annahme der Änderungsrichtlinie⁴⁴ sind die Mitgliedstaaten dann verpflichtet, ihr jeweiliges Betäubungsmittelstrafrecht auch auf die im Annex genannten Substanzen zu erstrecken. Weitere Substanzen können von der Kommission durch einen delegierten Rechtsakt in diesen Annex aufgenommen werden (Art. 1a Abs. 1 RB-E i.d.F. Ratsdok. 9567/17). Dieser tritt vorbehaltlich eines Widerspruchs durch Rat oder Parlament frühestens nach zwei Monaten in Kraft.⁴⁵ Sodann ist auch diese Substanz binnen der kurzen Frist von sechs Monaten einem Umgangsverbot nach nationalem Betäubungsmittelstrafrecht zu unterwerfen (Art. 1a Abs. 5 RB-E i.d.F. Ratsdok. 9567/17). Diese Delegation an die Kommission gilt zunächst für einen Zeitraum von fünf Jahren, die sich aber fortlaufend um denselben Zeitraum verlängert, wenn nicht Rat oder Parlament widersprechen (Art. 8a Abs. 2 RB-E i.d.F. Ratsdok. 9567/17). Die Ausweitung der Pönalisierungsverpflichtungen auf Grundlage des Art. 83 Abs. 1 AEUV stieß auf den dezidierten Widerstand Österreichs.⁴⁶

5. Menschenhandel (RL 2011/36/EU)⁴⁷

Zur Evaluation der Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels legte die Kommission im Dezember 2016 zwei Berichte vor. Ein erster Bericht bewertet die Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten.⁴⁸ Wegen einer verspäteten Meldung konnte die Umsetzungsgesetzgebung in Deutschland dabei nicht berücksichtigt werden. Trotz

⁴² Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2015, 106 (113) m.w.N.

⁴³ ABl. EU 2004 Nr. L 335, S. 8.

⁴⁴ Ergebnis des Trilogs in Ratsdok. 9567/17; siehe ferner Ratsdok. 9955/17; Ratsdok. 9957/17; allgemeine Ausrichtung in Ratsdok. 14810/16; Kommissionsvorschlag in KOM (2013) 618 endg. v. 17.9.2013.

⁴⁵ Es sei denn, diese anderen Organe der EU verzichten im Einzelfall auf ihr Widerspruchsrecht.

⁴⁶ Vgl. Ratsdok. 15378/16 ADD 1, S. 3.

⁴⁷ Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des RB 2002/629/JI des Rates, ABl. EU 2011 Nr. L 101, S. 1. Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (17) m.w.N.; sowie ferner *Bürger*, ZIS 2017, 169; *Schroeder*, NStZ 2017, 320; *Symeonidou-Kastanidou*, NJECL 7 (2016), 465.

⁴⁸ KOM (2016) 722 endg. v. 2.12.2016.

der „umfangreiche[n] Anstrengungen“ der Mitgliedstaaten gibt die Kommission ausdrücklich zu erkennen, dass sie vor ggf. erforderlichen Vertragsverletzungsverfahren nicht zurückschrecken wird.⁴⁹ Der zweite von der Kommission vorgelegte Bericht betrifft die Frage, inwieweit sich die Inkriminierung der „Inanspruchnahme von Diensten, die Gegenstand einer Ausbeutung durch Menschenhandel sind, [...] auf die Verhütung des Menschenhandels auswirk[t]“. ⁵⁰ Nur ein Teil der Mitgliedstaaten kennt bislang derartige Strafvorschriften. Besonderes Augenmerk richtet die Kommission in ihrer Bewertung – die sie ausschließlich auf Berichte der Mitgliedstaaten stützt – auf das regelmäßig geforderte subjektive Unrechtselement, dass „der Nutzer der Dienste zuvor davon Kenntnis erlangt haben muss, dass die Person, deren Dienste genutzt werden, Opfer des Menschenhandels ist.“ Hierzu heißt es mit bedenklichem Unterton, „[d]er Verdächtige/Beklagte profitier[e] von der Unschuldsvermutung und ha[be] keinerlei Verpflichtung, seine Unschuld zu beweisen“; lobend erwähnt wird hingegen die irische Rechtslage, nach der die Beweislast auf den Angeklagten verschoben werde.⁵¹ Daran anknüpfend regt die Kommission an, die subjektiven Anforderungen an derartige Tatbestände zu reduzieren.⁵² Von allen Mitgliedstaaten fordert die Kommission eine Intensivierung der Anstrengungen, die Nachfrageseite zu schwächen.⁵³

6. Sexueller Missbrauch von Kindern (RL 2011/93/EU)⁵⁴

Im Dezember 2016 legte die Kommission zudem zwei Berichte zur Evaluation der Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern vor. Eine allgemeine Evaluation bewertet überblicksartig die Umsetzungsgesetzgebung in den Mitgliedstaaten.⁵⁵ Weitere europäische Legislativmaßnahmen werden in diesem Bereich derzeit nicht erwogen. Dezielter Nachbesserungsbedarf Deutschlands wurde nicht hervorgehoben, wenn auch hinsichtlich der Unterstützung und des Schutzes der Opfer (Art. 18 ff. RL 2011/93/EU) „keine aufschlussreichen Informationen“ dem Bericht zugrunde gelegt werden konnten.

Zur Frage der Zugangerschwerung oder -verhinderung auf kinderpornografische Inhalte im Internet legte die Kommission einen gesonderten Bericht vor.⁵⁶ Art. 25 Abs. 1 RL

2011/93/EU legt dabei den Schwerpunkt darauf, entsprechende Inhalte unverzüglich serverseitig zu entfernen („notice and take down“); dieses Verfahren sei in über 90 % der verzeichneten Fälle binnen 72 Stunden erfolgreich.⁵⁷ Nur fakultativ ist den Mitgliedstaaten zudem in Art. 25 Abs. 2 RL 2011/93/EU die Möglichkeit eingeräumt, die Übertragung derartiger Inhalte durch Internet-Diensteanbieter unterbinden zu lassen; dabei sind indes mehrere Kautelen zu beachten (u.a. transparentes Verfahren, Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsbehelfs). Deutschland hat, wie in etwa die Hälfte der Mitgliedstaaten, von dieser Öffnungsklausel keinen Gebrauch gemacht. Die Kommission sieht insgesamt „in allen Mitgliedstaaten noch Spielraum“, Art. 25 RL 2011/93/EU wirkungsvoller umzusetzen, plant jedoch derzeit keine weitere europäische Legislativmaßnahme.⁵⁸

7. Schutz von Whistleblowern

Ende Januar 2017 veröffentlichte die Kommission eine Roadmap,⁵⁹ der zufolge sie beabsichtigt, im 4. Quartal 2017 eine legislative oder nicht-legislative Maßnahme zum horizontalen oder sektoralen Schutz von Whistleblowern zu beschließen. Unter Verweis darauf, dass Whistleblowing zum „Kampf“ gegen Korruption beitrage und auf Irregularitäten und Missmanagement hinweisen könne, erwägt die Kommission, die Mitgliedstaaten zu verpflichten oder jedenfalls zu ermutigen, Regeln zu erlassen, nach denen innerbetrieblich sowie extern Informationen über Fehlverhalten gemeldet werden kann, wie mit den derart erlangten Informationen umzugehen ist und wie die Whistleblower vor Vergeltungsmaßnahmen, aber auch vor zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Verfahren geschützt werden können.

8. Organisierte Kriminalität⁶⁰

Auf seiner 3.539. Tagung am 18.5.2017 in Luxemburg nahm der Rat Schlussfolgerungen zur Festlegung der EU-Prioritäten für die Bekämpfung der organisierten und schweren internationalen Kriminalität in den Jahren 2018-2021 an,⁶¹ die sich im Wesentlichen auf operative Aktionspläne – etwa zur Bekämpfung der Cyberkriminalität, des Drogenhandels und der Schleuserkriminalität sowie des Umsatzsteuerbetrugs – konzentrieren. Neue Legislativmaßnahmen sehen diese Schlussfolgerungen nicht vor.

⁴⁹ KOM (2016) 722 endg. v. 2.12.2016, S. 19 f.

⁵⁰ KOM (2016) 719 endg. v. 2.12.2016.

⁵¹ KOM (2016) 719 endg. v. 2.12.2016, S. 8.

⁵² KOM (2016) 719 endg. v. 2.12.2016, S. 9.

⁵³ KOM (2016) 719 endg. v. 2.12.2016, S. 12.

⁵⁴ Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des RB 2004/68/JI des Rates, ABl. EU 2011 Nr. L 335, S. 1. Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (563) m.w.N.; sowie ferner *Gercke*, CR 2012, 520.

⁵⁵ KOM (2016) 871 endg. v. 16.12.2016.

⁵⁶ KOM (2016) 872 endg. v. 16.12.2016; siehe zu diesem Aspekt ferner *Litzenburger*, Zugang zu illegalen Inhalten im Internet – Regulierungsmöglichkeiten in Deutschland, 2015;

sowie zuvor *Sieber/Nolde*, Sperrverfügungen im Internet, 2008.

⁵⁷ KOM (2016) 872 endg. v. 16.12.2016, S. 11.

⁵⁸ KOM (2016) 872 endg. v. 16.12.2016, S. 15.

⁵⁹ Online unter:

http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/plan_2016_241_whistleblower_protection_en.pdf (3.11.2017).

⁶⁰ Siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (18) m.w.N. Zu RB 2008/841/JI und dessen Umsetzung in Deutschland siehe *Zöller*, KriPoZ 2017, 26.

⁶¹ Ratsdok. 9450/17.

IV. Strafverfahrensrecht

1. Neuer Fahrplan für Beschuldigtenrechte?

Die European Criminal Bar Association (ECBA) fordert einen neuen⁶² Fahrplan für Beschuldigtenrechte, zu dessen Umsetzung bis 2020 zu folgenden Themenbereichen auf europäischer Ebene Legislativmaßnahmen ergriffen werden sollen: Untersuchungshaft (einschließlich Haftbedingungen); Beschuldigtenrechte im Hauptverfahren; Zeugenrechte; Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote; parallele Strafverfolgung und ne bis in idem⁶³; Rechtsbehelfe sowie Kompensation (StrEG; Erstattung von Anwaltskosten und dergleichen).⁶⁴

2. Prozesskostenhilfe (RL [EU] 2016/1919)⁶⁵

Die Richtlinie über Prozesskostenhilfe in Strafverfahren, die auch in Deutschland signifikanten legislativen und praktischen Umsetzungsbedarf verursacht,⁶⁶ wurde im Amtsblatt veröffentlicht und ist gemäß deren Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 bis zum 25.5.2019 in nationales Recht umzusetzen.

3. Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen (RL 2010/64/EU); Recht auf Belehrung und Unterrichtung (RL 2012/13/EU)⁶⁷

⁶² Der „erste“ Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABl. EU Nr. C 295 v. 4.12.2009, S. 1, wurde 2009 vom Rat beschlossen.

⁶³ Siehe hierzu *Eisele*, ZStW 125 (2013), 1; *Kaiafa-Gbandi*, EuCLR 7 (2017), 30; *Lagodny*, Empfiehlt es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen? Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2001; *Rekate*, Die Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten, 2015; Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität, 2012; *Zimmermann*, Strafgewaltskonflikte in der Europäischen Union, 2014 sowie BRAK-Stellungnahme Nr. 33/2016.

⁶⁴ Die „Agenda 2020“ ist zu finden unter:

<http://www.ecba.org/extdocserv/conferences/prague2017/ECBAAgenda2020NewRoadmap.pdf> (3.11.2017); siehe ferner *Matt*, eucrim 2017, 1.

⁶⁵ Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, ABl. EU 2016 Nr. L 297, S. 1. Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (19) m.w.N.; *Cras*, eucrim 2017, 35.

⁶⁶ Siehe hierzu *Brodowski*, StV-Editorial 8/2017.

⁶⁷ Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABl. EU 2010 Nr. L 280, S. 1; Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABl. EU 2012 L 142, S. 1. Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (19) f.) m.w.N.; sowie ferner *Gietl*, StV 2017, 263.

Auf Vorlage des AG bzw. LG München konkretisierte der EuGH im März 2017 seine Rechtsprechung zum Strafbefehlsverfahren gegen ausländische Beschuldigte ohne festen Wohnsitz.⁶⁸ Er akzeptierte dabei den bereits im Covaci-Verfahren⁶⁹ von Generalanwalt Bot vorgeschlagenen Lösungsweg, dass die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit eines Strafbefehls wie bisher auch durch Zustellung an einen Zustellungsbevollmächtigten herbeigeführt werden kann. Erlangt aber der Beschuldigte später als der Zustellungsbevollmächtigte von diesem Strafbefehl Kenntnis, so muss ihm auf einen binnen zweier Wochen eingelegten⁷⁰ Einspruch hin – ggf. von Amts wegen – Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden.

Zur vom LG Aachen dem EuGH⁷¹ vorgelegten Streitfrage,⁷² ob auch Strafbefehle „Urteile“ i.S.d. § 37 Abs. 3 StPO sind und daher bei ihrer Übersetzungsbedürftigkeit nur dann als wirksam zugestellt gelten, wenn auch die Übersetzung ebenfalls zugestellt wurde, führte Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen vom 11.5.2017 unter Verweis auf den Wortlaut und der Systematik des Art. 3 RL 2010/64/EU aus, dass es sich bei Strafbefehlen um zwingend übersetzungsbedürftige „wesentliche Unterlagen“ im Sinne dieser Bestimmung handelt (Schlussanträge, Tz. 24 ff.). Auch im Lichte der Covaci-Rechtsprechung spreche viel für die Lösung, die Zustellungsvoraussetzung des § 37 Abs. 3 StPO daher auch auf Strafbefehle anzuwenden (Schlussanträge, Tz. 43 ff.). Daneben wies Wahl darauf hin, dass gleichwohl der Strafbefehl nur auszugsweise zu übersetzen sein kann (Schlussanträge, Tz. 41) und dass die Übersetzung nicht zwingend in die Muttersprache des Beschuldigten erfolgen müsse, sondern hierfür auch eine andere, von ihm hinreichend verstandene Sprache gewählt werden könne (Schlussanträge, Tz. 40).

4. Unschuldsvermutung (RL [EU] 2016/343)⁷³

Der EuGH vermied in einem Ende Oktober 2016 ergangenen Urteil, zum Regelungsgehalt der Richtlinie über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung inhaltlich Stellung zu beziehen.⁷⁴ Zwar entfalte auch diese Richtlinie ein

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 22.3.2017 – C-124/16, C-188/16 und C-213/16 (Tranca, Reiter und Opria) m. Anm. *Brodowski*, StV 2018 (im Druck).

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-216/14 (Covaci) m. Anm. *Böhm*, NJW 2016, 306; *Brodowski*, StV 2016, 210; *Kuhlhanek*, JR 2016, 208, *Ziendorf*, NSTZ 2017, 38.

⁷⁰ *Ziendorf*, NSTZ 2017, 38 (43); *Brodowski*, StV 2016, 205 (211); siehe auch *Kuhlhanek*, JR 2016, 207 (211).

⁷¹ Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rs. C-278/16 (Sleutjes) geführt.

⁷² Bejahend LG Stuttgart StV 2014, 539; LG Gießen StraFo 2015, 243; verneinend LG Ravensburg NSTZ-RR 2015, 219.

⁷³ Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, ABl. EU 2016 Nr. L 65, S. 1. Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (18) m.w.N.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-439/16 PPU (Milev).

Frustrationsverbot,⁷⁵ so der EuGH, doch werde dies durch die zu Beginn der Umsetzungsfrist erlassenen „Hinweise“ des Obersten Kassationsgerichtshofs Bulgariens nicht tangiert: Diesen „Hinweisen“ zufolge sei jeder bulgarische Spruchkörper bis zu einer Lösung durch den Gesetzgeber selbst dazu berufen, „zu beurteilen, ob er der EMRK oder dem nationalen Recht Vorrang einräumt“⁷⁶ hinsichtlich der Frage, ob ein Richter bei einer Haftprüfung den Tatverdacht nachprüfen muss – wie von Art. 5 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 5 Abs. 4 EMRK verlangt – oder ob er sich hierdurch – im Widerspruch zur Umsetzung des Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK im bulgarischen Strafverfahrensrecht – seiner Unvoreingenommenheit für das Hauptverfahren beraubt. Für die Auflösung dieses Konflikts nach Ablauf der Umsetzungsfrist am 1.4.2018 enthält dieses Urteil kein Präjudiz. Beachtenswert sind aber die Hilfsüberlegungen des Generalanwalts Bobek in seinen Schlussanträgen vom 11.10.2016: Der Anwendungsbereich der RL (EU) 2016/343 sei auch bei Haftprüfungen eröffnet (Schlussanträge, Tz. 59 ff.). Im Gegensatz zur Kommission schließt er aus Art. 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 10 RL (EU) 2016/343 auch eine positive Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine wirksame und auch die Prüfung des Tatverdachts einschließende Haftprüfung vorzusehen. Denn es sei, so Bobek, den Mitgliedstaaten wegen Art. 4 Abs. 1 RL (EU) 2016/343 verwehrt, auf eine Person „Bezug [zu nehmen], als sei sie schuldig“, es sei denn dies beruhe [u.a.] auf einer „Entscheidung[...] verfahrensrechtlicher Art, die [...] auf Verdachtsmomenten oder belastendem Beweismaterial beruh[t]“ (Schlussanträge, Tz. 80 ff.).

5. Recht auf Rechtsbeistand und Kontaktaufnahme (RL 2013/48/EU)⁷⁷

Zum Ablauf der Umsetzungsfrist hatten nur 12 Mitgliedstaaten ihre Umsetzungsgesetzgebung zur Richtlinie über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand bei der Kommission notifiziert; drei dieser Staaten haben die Richtlinie nach eigenen Angaben bislang nur teilweise umgesetzt. Die Kommission betonte daher die Wichtigkeit dieser Richtlinie und verwies auf ihr Instrumentarium, gegen untätige Mitgliedstaaten vorzugehen.⁷⁸

⁷⁵ Grundlegend zum Frustrationsgebot EuGH, Urt. v. 18.12.1997 – C-129/96 (Inter-Environment), Ls. 2 = Slg. 1997, I-7435 (7452); bestätigt u.a. in EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold v. Helm), Rn. 66 = Slg. 2005, I-10013 (10038 f.).

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-439/16 PPU (Milev), Rn. 20.

⁷⁷ Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl. EU 2013 Nr. L 294, S. 1. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2015, 79 (89); sowie ferner Soo, NJECL 8 (2017), 64.

⁷⁸ Ratsdok. 15714/16, S. 5.

6. Entschädigung der Opfer von Straftaten (RL 2004/80/EG)⁷⁹

Der EuGH hat – den Schlussanträgen des Generalanwalts Bot vom 12.4.2016 folgend – in einem Vertragsverletzungsverfahren die italienische Rechtslage zur Entschädigung der Opfer von Straftaten als unionsrechtswidrig erklärt, da nur die Opfer einiger weniger, besonders qualifizierter (insb. terroristischer) Straftaten eine derartige Entschädigung erhalten können. Hingegen sehe Art. 12 Abs. 2 RL 2004/80/EG vor, dass derartige Entschädigungsleistungen für „in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet vorsätzlich begangenen Gewalttaten [vorzusehen sind], die eine gerechte und angemessene Entschädigung der Opfer gewährleistet“. Dies interpretiert der EuGH dahingehend, dass sich eine solche Regelung auf alle vorsätzlich begangenen Gewalttaten erstrecken müsse.⁸⁰

7. Digitale Spuren/Verfolgung von Cyberkriminalität⁸¹

Aufbauend auf den Schlussfolgerungen des Rates zur Verbesserung der Strafjustiz im Cyberspace⁸² werden auf europäischer Ebene derzeit zum einen praktische Fragen der verbesserten Verfolgung von Cyberkriminalität⁸³ und des Umgangs mit digitalen Spuren/e-Evidence diskutiert (u.a. elektronische Erstellung und Übermittlung von Europäischen Ermittlungsanordnungen⁸⁴; Sammlung von best practices). Zum anderen werden Legislativmaßnahmen hinsichtlich folgender Themenbereiche erwogen:

a) Direkte Kooperationen mit ausländischen Internetdienstleistern (Privatisierung der Rechtshilfe)

Eine weitergehende Privatisierung und Informalisierung der Rechtshilfe dergestalt, dass mit ausländischen Internet-Diensteanbietern unmittelbar und damit unter Umgehung des klassischen Rechtshilfewegs strafrechtliche „Zusammenarbeit“ betrieben werden kann, wird unter anderem in einem gemeinsamen Brief der Innenminister Frankreichs und Deutschlands, Bernard Cazeneuve und Thomas de Maizières, vom 26.10.2016 gefordert.⁸⁵ Als Vehikel hierfür solle dienen, dass jeder Betreiber von elektronischen Kommunikationsdiensten einen Ansprechpartner innerhalb der EU benennen solle, an den sich Strafverfolgungsbehörden direkt wenden können. Dieser Point of Contact solle autorisiert sein, Informationen zu Nutzern und zu Kommunikationsverbindungen mitzuteilen, erst recht, wenn es sich dabei um europäische Nutzer handele

⁷⁹ Richtlinie 2004/80/EG des Rates v. 29.4.2004 zur Entschädigung der Opfer von Straftaten, ABl. EU 2004 Nr. L 261, S. 15. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2017, 11 (22).

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 11.10.2016 – C-601/14 (Kommission v. Italien).

⁸¹ Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2017, 11 (20).

⁸² Ratsdok. 10007/16.

⁸³ Siehe hierzu ergänzend einen Bericht über die erste Tagung des European Judicial Cybercrime Network (Ratsdok. 8482/17) sowie eine Problembeschreibung aus Strafverfolgungsperspektive, namentlich seitens Europol und Eurojust, in Ratsdok. 7021/17.

⁸⁴ Siehe hierzu noch unten V. 5.

⁸⁵ Ratsdok. 14001/16.

(„data for European customers must be stored in a jurisdiction where direct cooperation with competent authorities of Member States is authorized“⁸⁶). Nach einer Diskussion im Rat auf seiner 3.546. Tagung am 8. und 9.6.2017 kündigte die Kommission an, Anfang 2018 eine Legislativmaßnahme hierzu zu unterbreiten.⁸⁷ Diese wird unter anderem auch zu diskutieren haben, inwieweit Nutzer von den Diensteanbietern über ein sie betreffendes Ermittlungsersuchen informiert werden dürfen.⁸⁸

b) Unmittelbarer, transnationaler Zugriff auf strafverfolungsrelevante Daten

Ebenso wurde im Rat und seinen Gremien erörtert, inwieweit die Möglichkeit zum transnationalen Zugriff auf strafverfolungsrelevante Daten unmittelbar durch die Strafverfolgungsbehörden selbst (im inländischen Kontext: § 110 Abs. 3 StPO) gestärkt werden können. Diese Frage, die insbesondere auch außereuropäische (Souveränitäts-)Interessen betrifft, dürfte ebenfalls (ab) 2018 Gegenstand einer Legislativmaßnahme der Kommission werden.⁸⁹

c) Umgang mit Verschlüsselung

Auf einem von Eurojust veranstalteten „Strategischen Seminar“ wurde hinsichtlich des Umgangs mit verschlüsselten Daten darauf verwiesen, dass in manchen Mitgliedstaaten Beschuldigte zur Herausgabe von Passwörtern oder jedenfalls zur Duldung der Abgabe eines Fingerabdrucks verpflichtet werden können, wobei letzteres – so die große Mehrzahl der Teilnehmer jenes Seminars – keinen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EGMR bedeuten sollte.⁹⁰ Der Rat schlug nunmehr vor, zunächst in einem „Reflexionsprozess unter der Leitinitiative der Kommission [...] die Herausforderungen, die der Einsatz der Verschlüsselung für die Strafverfolgung mit sich bringt,“ zu analysieren. Parallel hierzu sollen die technischen Fähigkeiten Europol und des dort angesiedelten EC3 zur Überwindung von Verschlüsselungsmechanismen gestärkt werden.⁹¹ Die Kommission wiederum kündigte an, dass sie bis Ende 2017 hierzu eine Position beziehen und Maßnahmen vorschlagen werde.⁹²

*8. Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten*⁹³

In einem Grundsatzurteil verhielt sich der EuGH zur Vorrats-

datenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten, welche – wie in Deutschland seit dem 1.7.2017 – auf einer nationalen Gesetzgebung beruht.⁹⁴ Unter Verweis auf seine Rechtsprechung zur Vorratsdatenspeicherung auf unionsrechtlich determinierter Grundlage⁹⁵ betont er die Schwere eines derartigen Grundrechtseingriffs, den allein „die Bekämpfung der schweren Kriminalität“ rechtfertigen könne.⁹⁶ Doch angesichts der angegriffenen, allgemeinen und weder personell noch situativ eingegrenzten Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten verneinte der EuGH deren Unionsrechtskonformität.⁹⁷ Zudem müsse selbst bei einer unionsrechtskonformen, d.h. personell, situativ und temporal eingegrenzten Vorratsdatenspeicherung ein Zugriff auf die gespeicherten Daten kraft Unionsrecht einer Vorabkontrolle durch ein Gericht oder durch eine unabhängige Stelle unterliegen.⁹⁸

V. Zusammenarbeit in Strafsachen

*1. Europäischer Haftbefehl (RB 2002/584/JI)*⁹⁹

a) Verkappter Ablehnungsgrund menschenrechtswidriger Haftbedingungen

Mit Beschl. v. 12.9.2016 legte das HansOLG Bremen Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vor, um den Maßstab bei

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15 und C-698/15 (Tele2, Watson) m. Anm. u. Bspr. Frenz, DVBl. 2017, 183; Kipker/Schefferski/Stelter, ZD 2017, 131; Priebe, EuZW 2017, 136; Roßnagel, NJW 2017, 696; Ziebarth, ZUM 2017, 398. Ein weiteres Vorabentscheidungsersuchen auf Vorlage eines griechischen Gerichts ist unter der Rs. C-475/16 anhängig.

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12.

⁹⁶ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15 und C-698/15 (Tele2, Watson), Rn. 102.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15 und C-698/15 (Tele2, Watson), Rn. 103 ff.

⁹⁸ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15 und C-698/15 (Tele2, Watson), Rn. 123 ff.

⁹⁹ RB des Rates v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten i.d.F. CONSLEG 2002F0584 v. 28.3.2009. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2017, 11 (22 f.) m.w.N.; sowie ferner Böhm, NStZ 2017, 77 (78 ff.); ECBA (Hrsg.), How to Defend a European Arrest Warrant Case, 2017, verfügbar unter: <http://handbook.ecba-eaw.org/> (3.11.2017). Das schwedische Vorabentscheidungsersuchen hinsichtlich der Auslieferung zur Strafvollstreckung nach Verurteilung zu einer (untrennbaren) Gesamtstrafe wegen mehrerer Taten, von denen nur hinsichtlich mancher Listendelikte bzw. beiderseitige Strafbarkeit gegeben ist, wurde zwischenzeitlich zurückgezogen (vgl. EuGH, Beschl. v. 6.12.2016 – C-148/16 [Akarsar]). Im Vorabentscheidungsersuchen Piotrowski (Rs. C-367/16) zur Frage der Auslieferung von Minderjährigen fand am 13.6.2017 die mündliche Verhandlung vor dem EuGH statt. Zu EuGH, Urt. v. 6.9.2016 – C-182/15 (Petrushin) siehe ergänzend die Bspr. Bock, ZWH 2017, 1; Zimmermann, ZIS 2017, 220.

⁸⁶ Ratsdok. 14001/16, S. 3.

⁸⁷ Eine nähere Diskussion der Handlungsoptionen findet sich in Arbeitspapieren der Kommission, Ratsdok. 9543/17, Ratsdok. 9554/17 sowie zuvor Ratsdok. 15072/1/16 REV 1, S. 4 ff.

⁸⁸ Ratsdok. 6056/17, S. 4.

⁸⁹ Zu den Handlungsoptionen siehe erneut die Arbeitspapiere der Kommission in Ratsdok. 9543/17 und Ratsdok. 9554/17.

⁹⁰ Ratsdok. 13982/16.

⁹¹ Ratsdok. 14711/16, S. 7 f.

⁹² Ratsdok. 6056/17, S. 5 f.

⁹³ Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2017, 11 (21) m.w.N.

dem verkappten Ablehnungsgrund menschenrechtswidriger Haftbedingungen im Ausstellungsmitgliedstaat zu konkretisieren.¹⁰⁰ Nach dem Grundsatzurteil der Großen Kammer des EuGH v. 5.4.2016, das in derselben Auslieferungssache ergangen war, ist bereits geklärt, dass der Vollstreckungsmitgliedstaat bei einer echten Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung des Verfolgten infolge der Haftbedingungen im Ausstellungsmitgliedstaat die Überstellung aufschieben, ggf. die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls aussetzen oder gar „beenden“ darf, wenn keine ausreichende Gewähr für die Einhaltung hinreichender Haftbedingungen gegeben ist oder wird.¹⁰¹ Nunmehr thematisiert das HansOLG Bremen, ob sich diese Prüfung allein auf die Haftbedingung in der ersten (Untersuchungs-)Haftanstalt beschränken darf, oder ob auch diejenigen Haftanstalten in den Blick zu nehmen sind, in die der Verfolgte im weiteren Verlauf des Verfahrens und auch im Falle einer anschließenden Strafvollstreckung verbracht werden könnte.

Mit den praktischen Auswirkungen des vorgenannten Grundsatzurteils des EuGH beschäftigte sich das Eurojust-College in einer Arbeitssitzung am 14.2.2017. Im Abschlussbericht¹⁰² wird dafür plädiert, statt pejorativ Zusicherungen ausreichender Haftbedingungen zu verlangen, lediglich „zusätzliche Informationen“ über die Haftbedingungen anzufordern. Ob der menschenrechtlich geforderte Mindeststandard an Haftbedingungen in einem Mitgliedstaat eingehalten werde, sei zudem nicht pauschal anhand einzelner Kriterien (z.B. Zellengröße) zu beurteilen, sondern es seien sämtliche Faktoren in eine Gesamtabwägung einzubeziehen. Ferner wurde diskutiert, inwieweit sich Möglichkeiten der Vollstreckungsübernahme anbieten und ob diese ggf. durch legislative Änderungen – etwa in Art. 4 Nr. 6 RB 2002/584/JI – zu stärken seien, um selbst bei drohenden menschenrechtswidrigen Haftbedingungen eine Strafflosigkeit zu vermeiden.

b) Ablehnungsgrund der Vollstreckungsübernahme (Art. 4 Nr. 6 RB 2002/584/JI)

Ist eine Freiheitsstrafe gegen einen Verurteilten zu vollstrecken, der sich in einem anderen EU-Mitgliedstaat als dem

¹⁰⁰ Das Verfahren wird unter der Rs. C-148/16 (Aranyosi) geführt.

¹⁰¹ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15 und C-669/16 PPU (Aranyosi und Căldăraru) m. Anm. u. Bspr. Böhm, NJW 2016, 1708; Brodowski, JR 2016, 415; Dietz, NVwZ 2016, 1383; Kromrey/Morgenstern, ZIS 2017, 106; Meyer, JZ 2016, 621; Oehmichen, StV 2017, 257; Reinbacher/Wendel, EuGRZ 2016, 333; Ruffert, JuS 2016, 853; Satzger, NStZ 2016, 514; Schwarz, EuR 2016, 421; van Ballegooij/Bard, NJECL 7 (2016), 439. Zur verfassungsrechtlichen Perspektive Deutschlands siehe BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 sowie ergänzend neben den vorgenannten Bspr. Burchardt, ZaöRV 76 (2016), 527; Classen, EuR 2016, 304; Finke, HRRS 2016, 327; Gärditz, JZ 2016, 1116; Kühne, StV 2016, 299; Meyer, HRRS 2016, 332; Nettesheim, JZ 2016, 424; Oehmichen, FD-StrafR 2016, 375738; Sachs, JuS 2016, 373; Sauer, NJW 2016, 1134; Schönberger, JZ 2016, 422.

¹⁰² Ratsdok. 9197/17.

Urteilsstaat befindet, so bestehen zwei Möglichkeiten: Der Urteilsstaat kann entweder mittels einer Europäischen Vollstreckungsanordnung¹⁰³ um Vollstreckungshilfe durch den Aufenthaltsstaat ersuchen, oder aber er kann einen Europäischen Haftbefehl zur Strafvollstreckung ausstellen und damit den Aufenthaltsstaat zur Überstellung des Verurteilten an den Urteilsstaat ersuchen. Bei zweitgenannter Möglichkeit kann jedoch der (fakultative) Ablehnungsgrund in Art. 4 Nr. 6 RB 2002/584/JI greifen, dem zufolge die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls verweigert werden kann, wenn „sich die gesuchte Person im Vollstreckungsmitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehöriger ist oder dort ihren Wohnsitz hat und dieser Staat sich verpflichtet, die Strafe oder die Maßregel der Sicherung nach seinem innerstaatlichen Recht zu vollstrecken“. In den Niederlanden ist dies, so die Rechtsbank Amsterdam, als zwingender Ablehnungsgrund ausgestaltet, der auf die bloß abstrakte Möglichkeit einer Vollstreckungshilfe verweist; ähnlich ist auch das in § 80 Abs. 3 S. 1 IRG hinsichtlich der Auslieferung Deutscher zur Strafvollstreckung gewählte Regelungsmodell. Auf Vorlage der Rechtsbank Amsterdam, die Zweifel an der Unionsrechtskonformität hat, steht die niederländische Regelung nun auf dem Prüfstand des EuGH. In seinen Schlussanträgen vom 15.2.2017 wandte sich Generalanwalt Bot gegen den Automatismus der niederländischen Regelung. Es sei vielmehr eine Einzelfallprüfung erforderlich, in welchem Land eine Resozialisierung des Verurteilten die besten Erfolgsaussichten habe. Auch sei eine auf Art. 4 Nr. 6 RB 2002/584/JI gestützte Ablehnung der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nur zulässig, wenn im konkreten Einzelfall eine wirksame Verpflichtung zur Vollstreckungsübernahme bestehe.¹⁰⁴

c) Aktivlegitimation (Art. 1 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 RB 2002/584/JI)

In drei Parallelentscheidungen urteilte der EuGH über die Aktivlegitimation des schwedischen Reichspolizeiamts,¹⁰⁵ des litauischen Justizministeriums¹⁰⁶ sowie eines ungarischen Staatsanwalts¹⁰⁷ zur Ausstellung europäischer Haftbefehle. Darin bekräftigte er, dass es eine Frage des autonom und einheitlich auszulegenden Unionsrechts sei, wer aktivlegitimiert sei.¹⁰⁸ Den Begriff der Justizbehörde grenzte der EuGH sodann negativ von der Exekutive/Gubernative – und damit sowohl vom litauischen Justizministerium als auch vom schwedischen Reichspolizeiamt – ab und verwies neben der Gewaltenteilung im Allgemeinen darauf, dass das System des Europäischen Haftbefehls darauf beruhe, dass im Ausstel-

¹⁰³ Siehe hierzu sogleich V. 2.

¹⁰⁴ EuGH, laufende Rs. C-579/15 (Popławski); die Urteilsverkündung ist auf den 29.6.2017 terminiert.

¹⁰⁵ EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-452/16 PPU (Poltrak).

¹⁰⁶ EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-477/16 PPU (Kovalkovas).

¹⁰⁷ EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-453/16 PPU (Özgelik).

¹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-452/16 PPU (Poltrak), Rn. 32; EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-477/16 PPU (Kovalkovas), Rn. 33.

lungsstaat bereits eine justizielle Kontrolle erfolgt sei.¹⁰⁹ Hingegen unterlägen die Bestätigung eines nationalen Haftbefehls durch einen ungarischen Staatsanwalt und der hierauf gründende Europäische Haftbefehl einer hinreichenden justiziellen Kontrolle, so dass dessen Aktivlegitimation nicht in Zweifel zu ziehen sei.¹¹⁰ Der EuGH lehnte eine zeitliche Begrenzung der Wirkung seiner Urteile in Bezug auf Schweden und Litauen ab. Daher reagierte Schweden umgehend; mit Wirkung zum 19.12.2016 ist dort nunmehr die Swedish Prosecution Authority zum Erlass Europäischer Haftbefehle zuständig.¹¹¹ Eine Korrektur der litauischen Rechtslage war bereits 2013 erfolgt,¹¹² so dass allenfalls Altfälle noch auf Basis dieser EuGH-Entscheidung angreifbar sind.

d) Verschiebungen des Übergabezeitpunkts (Art. 23 RB 2002/584/JI)

Die in Art. 23 RB 2002/584/JI genannten Fristen, binnen derer eine Übergabe der gesuchten Person zu erfolgen hat, und die Maßgabe des Art. 23 Abs. 5 RB 2002/584/JI, dass nach Ablauf dieser Fristen die gesuchte Person freizulassen ist, sind nach Auffassung des EuGH einschränkend auszulegen. Insbesondere in Fällen, in denen sich die zu überstellende Person unerwartet der Überstellung widersetzt, kann (ggf. wiederholt) ein neuer Übergabezeitpunkt festgesetzt werden, der von der Verpflichtung zur Freilassung nach Art. 23 Abs. 5 RB 2002/584/JI entbindet.¹¹³

e) Tätigkeitsbericht von Eurojust

Im Mai 2017 legte Eurojust einen zweiten Bericht über seine Tätigkeiten im Bereich des Europäischen Haftbefehls vor.¹¹⁴ Abgesehen von den darin berichteten praktischen Schwierigkeiten (u.a. Identitätsfeststellungen, fehlende Unterschriften, unklarer Verfahrensstand, Verzögerungen der Überstellung wegen Streiks) gibt es noch immer divergierende Auffassungen dahingehend, welche zusätzlichen Informationen (z.B. über Verdachtsgründe) vom Vollstreckungsstaat angefordert werden können; insoweit suchte Eurojust nach pragmatischen Lösungen. Der Ablehnungsgrund fehlender beiderseitiger Strafbarkeit sei vor allem bei Kindesentziehungen und der bloßen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung (ohne Beteiligung i.e.S. an einem von einer solchen Vereinigung begangenen Delikt) problematisch geworden; im Übrigen sei regelmäßig ein Listendelikt nach Art. 2 Abs. 2 RB 2002/584/JI gegeben gewesen, bei dem dieser Ablehnungsgrund nicht bestehe. Meinungsverschiedenheiten bestünden ferner dahingehend, ob der Ablehnungsgrund der Strafverfolgung im

Vollstreckungsstaat (Art. 4 Nr. 2 RB 2002/584/JI) auch greife, wenn erst infolge eines Europäischen Haftbefehls der Vollstreckungsstaat Ermittlungen aufnehme. Ferner berichtet Eurojust nach wie vor von Fällen, in denen der Europäische Haftbefehl nicht verhältnismäßig gewesen sei, weil er etwa nur zur Durchsetzung einer Belehrung des Beschuldigten erlassen wurde.

2. Europäische Vollstreckungsanordnung (RB 2008/909/JI)¹¹⁵

a) Normidentität als Voraussetzung beiderseitiger Strafbarkeit?

Der Ablehnungsgrund einer fehlenden beiderseitigen Strafbarkeit (Art. 7 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 lit. d RB 2008/909/JI) setzt dem EuGH zufolge voraus, dass die Feststellungen, die im Urteil des Ausstellungsstaats getroffen wurden, zugleich auch die Strafbarkeit nach dem Recht des Vollstreckungsstaats tragen können.¹¹⁶ Ggf. ist aber eine Umstellung des Sachverhalts auf einen (hypothetischen) Inlands Sachverhalt vorzunehmen.¹¹⁷ Trotz der vom EuGH gewählten Formulierung, dass bezüglich der beiderseitigen Strafbarkeit zu prüfen sei, ob im Vollstreckungsstaat „ein ähnliches, vom nationalen Recht dieses Staates geschütztes Interesse als verletzt gegolten hätte“, spricht diese Entscheidung somit eher gegen die These, dass zwischen den Straftatbeständen des Ausstellungs- und des Vollstreckungsstaats eine Normidentität bestehen muss.¹¹⁸

b) Anrechnung von in Haft geleisteter Arbeit

Mit Urteil vom 8.11.2016 schloss sich der EuGH der Argumentation des Generalanwalts Bot hinsichtlich der Frage an, dass bei einer Vollstreckungsübernahme die vor der Übernahme der Vollstreckung in Haft geleistete Arbeit ausschließlich nach dem Recht des Ausstellungsstaats anzurechnen ist.¹¹⁹ Zwar sei RB 2008/909/JI im Vollstreckungsstaat – hier: Bulgarien – noch nicht umgesetzt worden, und es sei auch „ständige Rechtsprechung“ des EuGH, „dass die Rahmenbeschlüsse gemäß Art. 34 Abs. 2 Buchst. b [EUV a.F.] zwar

¹⁰⁹ EuGH, Urte. v. 10.11.2016 – C-452/16 PPU (Poltrak), Rn. 34 ff.; EuGH, Urte. v. 10.11.2016 – C-477/16 PPU (Kovalkovas), Rn. 35 ff.

¹¹⁰ EuGH, Urte. v. 10.11.2016 – C-453/16 PPU (Özçelik), Rn. 21 ff.

¹¹¹ Ratsdok. 6122/17.

¹¹² Vgl. Ratsdok. 15714/16, S. 2.

¹¹³ EuGH, Urte. v. 25.1.2017 – C-640/15 (Vilkas).

¹¹⁴ Ratsdok. 9198/17. Zum ersten Bericht in Ratsdok. 10269/14 siehe Brodowski, ZIS 2015, 79 (97).

¹¹⁵ RB 2008/909/JI des Rates v. 27.11.2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union, ABl. EU 2008 Nr. L 327, S. 27 i.d.F. CONSLEG 2008F0909 v. 28.3.2009. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2016, 10 (23 f.) m.w.N.

¹¹⁶ EuGH, Urte. v. 11.1.2017 – C-289/15 (Grundza), Ls. 1 sowie Rn. 37.

¹¹⁷ EuGH, Urte. v. 11.1.2017 – C-289/15 (Grundza), Rn. 38.

¹¹⁸ Zur vergleichbaren Streitfrage bei § 3 IRG vgl. einerseits Vogel/Burchard, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 40. Lfg., Stand: Dezember 2016, § 3 IRG Rn. 29; andererseits Kubiciel, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilfe in Strafsachen, 2015, § 3 IRG Rn. 26.

¹¹⁹ EuGH, Urte. v. 8.11.2016 – C-554/14 (Ognyanov), Ls. 1 m. Anm. Böhm, NJW 2017, 461.

keine unmittelbare Wirkung haben“.¹²⁰ Auch das Gebot der rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts dürfe nicht zur Folge haben, „dass auf der Grundlage eines Rahmenbeschlusses unabhängig von einem zu seiner Durchführung erlassenen Gesetz die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften dieses Beschlusses verstoßen, festgelegt oder verschärft wird“.¹²¹ Dem steht jedoch nicht entgegen, dass Gerichte der Mitgliedstaaten nationale Vorschriften ggf. anders (und strenger) interpretieren müssen, um dem Gebot der rahmenbeschlusskonformen Auslegung Rechnung zu tragen, selbst wenn sich ein Gericht dadurch in Widerspruch zu einem höherrangigen mitgliedstaatlichen Gericht setzt.¹²²

c) Zur Stichtagsregelung bei Altfällen (Art. 28 Abs. 2 RB 2008/909/JI)

Art. 28 Abs. 2 RB 2008/909/JI gestattet es den Mitgliedstaaten, das vor dem 5.12.2011 geltende Recht auf Altfälle weiter anzuwenden. Der EuGH entschied auf Vorlage der Rechtsbank Amsterdam, dass dies sich nur auf vor diesem Datum rechtskräftig abgeurteilte Altfälle bezieht, nicht auf bloß erstinstanzliche Entscheidungen.¹²³

*3. Gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen*¹²⁴

Ende Dezember legte die Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen vor.¹²⁵ Hierdurch, so die Vorstellung der Kommission, solle ein in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares, einheitliches Regelwerk zur gegenseitigen Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen geschaffen werden, „die von einem anderen Mitgliedstaat im Rahmen eines Strafverfahrens erlassen wurden“ (Art. 1 Abs. 1 VO-E). Damit ist zugleich klargestellt, dass alternative Regime einer Vermögensabschöpfung (civil oder administrative forfeiture) nicht vom Regelungsbereich dieses VO-E erfasst werden sollen, wohl aber eine sogenannte non-conviction-based confiscation und andere Formen einer weiten strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. Auch in Strafverfahren gegen juristische Personen erlassene Entscheidungen sind anzuerkennen (Art. 26 Abs. 2 VO-E). Die Vollstreckung selbst erfolgt nach dem Recht des Vollstreckungsstaats (Art. 26 Abs. 1 VO-E). Auf Alternativen zur

Einziehung oder Sicherstellung darf jedoch nur in den von der Verordnung selbst vorgesehenen Fällen zurückgegriffen werden (Art. 26 Abs. 3 VO-E). Die Sachgründe, die zum Erlass einer Einziehungs- oder Sicherstellungsentscheidung geführt haben, können allein im Entscheidungsstaat angegriffen werden (Art. 33 Abs. 2 VO-E); im Übrigen (und zur Gewährleistung einer Einhaltung der Ablehnungs- und Aussetzungsgründe) hat ein Rechtsbehelf im Vollstreckungsstaat zur Verfügung zu stehen (Art. 33 Abs. 1 VO-E).

a) Einziehungsentscheidungen

Einziehungsentscheidungen beziehen sich auf die endgültige Vermögensabschöpfung und müssen, um europaweit vollstreckbar zu sein, von einem Gericht erlassen worden sein (vgl. Art. 2 Nr. 1, Nr. 8 lit. b VO-E). Eine solche Entscheidung kann durch die nach nationalem Recht des ersuchenden Staats (Entscheidungsstaat) zur Vollstreckung zuständigen Stelle (in der Terminologie des VO-E: Entscheidungsbehörde) in einer standardisierten Bescheinigung (Anhang I¹²⁶) dokumentiert und zertifiziert und hierdurch verkehrsfähig gemacht werden. Diese Bescheinigung ist grundsätzlich nur an einen einzigen (Art. 5 Abs. 1 VO-E) anderen Staat zu übermitteln, konkret an denjenigen Staat, hinsichtlich dem die Entscheidungsbehörde einen „berechtigten Grund zu der Annahme hat“, dass der abzuschöpfende Vermögenswert dort belegen ist, bzw. hilfsweise an den (Wohn-)Sitzstaat (Art. 4 VO-E). Weitreichende Ausnahmen ermöglichen die Übermittlung derselben Einziehungsentscheidung an mehrere andere Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 2 und 3 VO-E); ohnehin ist die Vollstreckung auch im ersuchenden Staat selbst nicht gesperrt (Art. 6 Abs. 1 VO-E). Eine Einziehungsentscheidung ist sodann von der Vollstreckungsbehörde des ersuchten Staats wie eine inländische Einziehungsentscheidung (Art. 8 Abs. 1 VO-E) unverzüglich und jedenfalls innerhalb von 30 Tagen anzuerkennen und nach spätestens 30 weiteren Tagen zu vollstrecken (Art. 10 VO-E), es sei denn, es liegt ein Versagungsgrund nach Art. 9 VO-E oder ein Aussetzungsgrund nach Art. 11 VO-E vor. Als Versagungsgründe sind vorgesehen:

- unvollständige oder offensichtlich unrichtige Bescheinigungen (Art. 9 lit. a VO-E);
- ne bis in idem (Art. 9 lit. b VO-E);
- Immunitäten und Vorrechte (Art. 9 lit. c VO-E);
- Primat des Territorialstaats (Art. 9 lit. d VO-E);
- Rechte gutgläubiger Dritter nach dem Recht des Vollstreckungsstaats (Art. 9 lit. e VO-E);
- (fakultativ nach dem Recht des Vollstreckungsstaats) beiderseitige Strafbarkeit, außer die der Entscheidung zugrundeliegende Straftat ist ein Listendelikt des Art. 3 Abs. 1 VO-E mit maximaler Strafandrohung von zumindest drei Jahren Freiheitsstrafe (Art. 9 lit. f i.V.m. Art. 3 VO-E); sowie
- rechtskräftige Abwesenheitsentscheidungen, es sei denn, die Anforderungen des RB 2009/299/JI wurden gewahrt (Art. 9 lit. g VO-E).

¹²⁰ EuGH, Urt. v. 8.11.2016 – C-554/14 (Ognyanov), Rn. 58.

¹²¹ EuGH, Urt. v. 8.11.2016 – C-554/14 (Ognyanov), Rn. 64.

¹²² EuGH, Urt. v. 8.11.2016 – C-554/14 (Ognyanov), Ls. 2.

¹²³ EuGH, Urt. v. 25.1.2017 – C-582/15 (van Vemde).

¹²⁴ Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2017, 11 (25) m.w.N. Zur materiell-rechtlichen Seite siehe Richtlinie 2014/42/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union, ABl. EU 2014 L 127, S. 39; sowie Brodowski, ZIS 2015, 79 (88 f.) m.w.N.

¹²⁵ KOM (2016) 819 endg. v. 21.12.2016.

¹²⁶ KOM (2016) 819 ANNEX 1 endg. v. 21.12.2016.

Ein allgemeiner Grundrechtsvorbehalt ist allein in Art. 1 Abs. 2 VO-E und somit nicht als enumerativ hervorgehobener Ablehnungsgrund vorgesehen. Eine Aussetzung der Vollstreckung kommt (nur) dann in Betracht, wenn diese noch laufende strafrechtliche Ermittlungen beeinträchtigen könnte, wenn zu befürchten ist, dass durch die gleichzeitige Vollstreckung in mehreren Staaten erheblich mehr als der festgesetzte Betrag eingezogen werden könnte, wenn die Gegenstände bereits im Vollstreckungsstaat eingezogen wurden oder werden, sowie wenn ein Rechtsbehelf nach Art. 33 VO-E eingelegt worden ist.

Mit den eingezogenen Vermögenswerten sind – nach Maßgabe des Rechts des Entscheidungsstaats und dort ergangener Entscheidungen – primär die geschädigten Personen zu entschädigen bzw. diesen der eingezogene Vermögenswert zurückzugeben (Art. 31 Abs. 3, Abs. 4 lit. e VO-E). Verbleibende Vermögenswerte abseits von Geldern können verkauft oder alternativ – mit Zustimmung des Entscheidungsstaats – „im Vollstreckungsstaat nach seinem nationalen Recht für im allgemeinen Interesse liegende oder soziale Zwecke verwendet werden“ (Art. 31 Abs. 4 lit. a und c VO-E). Geldbeträge unterhalb von 10.000 EUR fließen allein dem Vollstreckungsstaat zu, bei höheren Beträgen wird der Betrag hälftig auf Vollstreckungs- und Entscheidungsstaat aufgeteilt (Art. 31 Abs. 2 VO-E).

b) Sicherstellungsentscheidungen

Mit Sicherstellungsentscheidungen sind vorläufige Sicherungen zum Zweck der späteren Vermögensabschöpfung gemeint; diese unterliegen zumindest der Maßgabe, von einem Gericht oder einem Staatsanwalt validiert zu werden (vgl. Art. 2 Nr. 2, Nr. 8 lit. a VO-E). Soweit eine Sicherstellung „in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen angeordnet werden“ könnte und zugleich die Sicherstellung „unter Berücksichtigung der Rechte der betroffenen Person erforderlich und angemessen [ist], um die Vernichtung, Veränderung, Verbringung, Übertragung oder Veräußerung von Vermögensgegenständen im Hinblick auf eine etwaige spätere Sicherstellung einstweilig zu verhindern“ (Art. 13 Abs. 1 VO-E), kann eine europäische Sicherstellungsentscheidung gemäß des standardisierten Formblatts (Anhang II¹²⁷) erlassen werden. Der Vermögenswert verbleibt vorläufig bis zu einer anzuerkennenden Einziehungsentscheidung im Vollstreckungsstaat (arg. ex. Art. 14 Abs. 5 lit. b VO-E). Die Anerkennungspflicht (Art. 17 VO-E) und das Procedere ist ähnlich (Art. 15, 16 VO-E), die Fristen sind aber auf 24 Stunden verkürzt (Art. 19 VO-E). Die Aussetzungs- und Ablehnungsgründe (Art. 20, Art. 18 VO-E) sind – mit Ausnahme Rechte gutgläubiger Dritter – dieselben wie bei einer Einziehungsentscheidung. (Nur) Bei einer Sicherstellungsentscheidung ist ausdrücklich angeordnet, dass diese den betroffenen Personen mitsamt einer Rechtsbehelfsbelehrung mitzuteilen ist (Art. 21 VO-E), wenn nicht ausnahmsweise Vertraulichkeit geboten ist (Art. 22 VO-E).

¹²⁷ KOM (2016) 819 ANNEX 1 endg. v. 21.12.2016.

c) Erste Diskussionen im Rat

Seitens der Mitgliedstaaten wurde in ersten Diskussionen im Rat und seinen Gremien der vorgeschlagene sachliche Anwendungsbereich begrüßt, teils aber auch noch divergierend interpretiert. Die vorgesehenen Fristen werden gemeinhin als zu knapp bemessen erachtet.¹²⁸ Dass sich der Legislativvorschlag – im Bereich der Strafrechtspflege: erstmalig – auf eine unmittelbar anwendbare Verordnung und nicht, wie zuvor üblich, auf eine Richtlinie (bzw. zuvor auf einen Rahmenbeschluss) richtet, stieß auf Verwunderung und teils auf Vorbehalte.¹²⁹ Die Erwägungen, die die Kommission zu dieser Entscheidung bewogen haben – namentlich größere Effektivität dank einheitlicher und unmittelbarer Geltung – ließe sich indes auch auf andere Instrumente der gegenseitigen Anerkennung übertragen, so dass der vorliegende Verordnungsvorschlag durchaus als Testballon verstanden werden kann.

4. Gegenseitige Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (RB 2005/214/JI)¹³⁰

Eine Gruppe von Mitgliedstaaten schlägt vor, die praktische Anwendung des Rahmenbeschlusses über die gegenseitige Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen durch weitere einheitliche Formulare zu verbessern.¹³¹ Diese betreffen die Übersendung weiterer Informationen durch den Anordnungsstaat – etwa, dass der zu vollstreckende Betrag vollständig oder teilweise bereits beglichen wurde¹³² – oder durch den Vollstreckungsstaat hinsichtlich der vollständigen¹³³ bzw. teilweisen¹³⁴ Anerkennung und Vollstreckung bzw. der nur teilweisen Anerkennung und Vollstreckung. Auch soll eine Musterübereinkunft geschaffen werden, durch die geregelt werden kann, dass der vollstreckte Geldbetrag abweichend vom Grundsatz des Art. 13 RB 2005/214/JI ganz oder teilweise dem Anordnungsstaat zufließt.¹³⁵

¹²⁸ Ratsdok. 5359/17, S. 7.

¹²⁹ Ratsdok. 5359/17, S. 6.

¹³⁰ RB 2005/214/JI des Rates v. 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, ABl. EU 2005 Nr. L 76, S. 16 i.d.F. CONSLEG 2005F0214 v. 28.3.2009. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2017, 11 (24) m.w.N.; sowie ferner Johnson/Reiffs, DAR 2017, 242.

¹³¹ Ratsdok. 9610/17; zuvor Ratsdok. 14898/16 sowie Ratsdok. 6755/17; ergänzend Ratsdok. 15714/16, S. 1 f.

¹³² Ratsdok. 9610/17, Anhang 1.

¹³³ Ratsdok. 9610/17, Anhang 3 und Anhang 4.

¹³⁴ Ratsdok. 9610/17, Anhang 5.

¹³⁵ Ratsdok. 9610/17, Anhang 6.

5. Europäische Ermittlungsanordnung (RL 2014/41/EU)¹³⁶

Zum 15.5.2017 hatten erst drei Mitgliedstaaten – Deutschland, Frankreich und Rumänien – ihre Umsetzungsgesetzgebung der Europäischen Ermittlungsanordnung an die Kommission mitgeteilt;¹³⁷ bis Mitte Juni 2017 folgten nur Belgien, Lettland und Slowenien.¹³⁸

6. Berücksichtigung von in anderen EU-Mitgliedstaaten ergangenen Verurteilungen (RB 2008/675/JI), hier bei Gesamtstrafenbildung¹³⁹

Infolge der Schlussanträge von Generalanwalt Bot liegt nun größere Klarheit hinsichtlich der Vorlagefragen und des zugrunde liegenden Sachverhalts im Vorabentscheidungsverfahren Rs. C-171/16 (Beshkov) vor: Nach einer Verurteilung durch das LG Klagenfurt zu 18 Monaten Freiheitsstrafe, von denen 12 Monate zur Bewährung ausgesetzt wurden, beging der Verurteilte in Bulgarien während der noch laufenden Bewährungszeit eine weitere Straftat, für die er von einem Gericht in Sofia (Bulgarien) zu einer einjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Diese wurde bislang nicht vollstreckt. Der Verurteilte beruft sich nunmehr auf die Vorschriften zur (nachträglichen) Gesamtstrafenbildung nach bulgarischem Strafrecht, die keine dem deutschen Recht (dort: § 55 StGB) vergleichbare Zäsurwirkung des tatgerichtlichen Urteils kennen. Das Vollstreckungsgericht legte nun die Frage der richtigen Anwendung des RB 2008/675/JI dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

In seinen Schlussanträgen vom 17.5.2017 hielt Generalanwalt Bot den RB 2008/675/JI für anwendbar, obwohl Art. 1 Abs. 1 RB 2008/675/JI nur von „Strafverfahren“ spricht. Auch sind, so Bot, ausländische Verurteilungen ohne weiteres Anerkennungsverfahren zu berücksichtigen.¹⁴⁰ Al-

lerdings dürfe die „Berücksichtigung“ der früheren Verurteilung gemäß Art. 3 Abs. 3 RB 2008/675/JI nicht die Folge haben, die ausländische Verurteilung oder das Vollstreckungsverfahren betreffend dieser Verurteilung abzuändern, aufzuheben oder zu überprüfen. Jede Gesamtstrafenbildung o.ä. hätte aber genau dies zur Folge. Daher bleibt dem bulgarischen Vollstreckungsgericht allein die Möglichkeit, die bulgarische Strafe im Wege eines Härtefallausgleichs auf ein Maß zu reduzieren, das den Verurteilten nicht schlechter stellt als einen allein von inländischen Gerichten Verurteilten – ein Gebot aus Art. 3 Abs. 1, Erwägungsgrund 8 RB 2008/675/JI.¹⁴¹

Das hat aber letztlich folgende, über BGHSt 43, 79 hinausgehende Konsequenz auch für §§ 54, 55 StGB: Bei jeder ausländischen Verurteilung, die nur deswegen nicht gesamtstrafenfähig ist, weil sie von einem EU-ausländischen¹⁴² und nicht von einem inländischen Gericht getroffen wurde, ist eine hypothetische Gesamtstrafe zu bilden. Diese bildet sodann im Einklang mit Art. 3 Abs. 1, Abs. 5 UAbs. 2 RB 2008/675/JI das Höchstmaß des Gesamtstrafübels. Eine an sich zu verhängende höhere inländische (Einzel- oder Gesamt-)Strafe ist sodann entsprechend herabzusetzen¹⁴³ oder teilweise für vollstreckt¹⁴⁴ zu erklären. Nötigenfalls wäre diesem europarechtlichen Gebot sogar in einem Verfahren nach § 460 StPO zu entsprechen. Ob der EuGH sich diesen

¹⁴¹ Art. 3 Abs. 1 RB 2008/675/JI lautet auszugsweise: „Jeder Mitgliedstaat stellt sicher, dass nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts in einem Strafverfahren gegen eine Person frühere, in einem anderen Mitgliedstaat ergangene Verurteilungen derselben Person wegen einer anderen Tat [...] in dem Maße berücksichtigt werden wie im Inland ergangene frühere Verurteilungen und dass sie mit gleichwertigen Rechtswirkungen versehen werden wie im Inland ergangene frühere Verurteilungen“. Erwägungsgrund 8 RB 2008/675/JI lautet auszugsweise: „Liegen bei einem Strafverfahren [...] Informationen über eine in einem anderen Mitgliedstaat ergangene frühere Verurteilung vor, so sollte so weit wie möglich vermieden werden, dass die betreffende Person schlechter behandelt wird, als wenn die frühere Verurteilung im Inland ergangen wäre.“

¹⁴² Konkret: Ein Gericht derjenigen Mitgliedstaaten, die durch RB 2008/675/JI gebunden sind. Dazu zählen namentlich auch Dänemark, Irland und (noch) das Vereinigte Königreich.

¹⁴³ Diesen Weg beschritt der 5. *Strafsenat* (BGH JR 2010, 166 m. Anm. van Gemmeren) in feinsinniger Differenzierung zum 2. *Strafsenat* (BGH JR 2010, 132 m. Anm. van Gemmeren). Letztere Entscheidung hatte eine Anwendbarkeit des RB 2008/675/JI – entgegen BT-Drs. 16/13673, S. 5 – jedenfalls für Sachverhalte verneint, in denen deutsches Strafrecht auf den Sachverhalt, welcher der ausländischen Verurteilung zugrunde liegt, nicht anwendbar ist.

¹⁴⁴ Als Auffanglösung erwogen vom 5. *Strafsenat* (BGH JR 2010, 166 [168]); siehe zudem v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 35. Edition 1.8.2017 2017, § 55 Rn 12.

¹³⁶ Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl. EU 2014 Nr. L 130, S. 1. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2015, 79 (94 ff.) m.w.N.; sowie ferner – aus dezidiert europäischer Perspektive – Garcimartín Montero, eucrim 2017, 45; Ruggeri, ZIS 2015, 456; Zimmermann, ZStW 127 (2015), 143.

¹³⁷ Ratsdok. 9301/17.

¹³⁸ Siehe:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32014L0041> (3.11.2017); siehe ferner Ratsdok. 15007/1/16.

¹³⁹ RB 2008/675/JI des Rates v. 24.7.2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren, ABl. EU 2008 Nr. L 220, S. 32. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2017, 11 (24).

¹⁴⁰ So auch EuGH, Urt. v. 9.6.2016 – C-25/15 (Balogh) zu Beschl. 2005/876/JI des Rates v. 21.11.2005 über den Austausch von Informationen aus dem Strafregister, ABl. EU 2005 Nr. L 322, S. 33, sowie Beschl. 2009/316/JI des Rates v. 6.4.2009 zur Einrichtung des Europäischen Strafregisterinformationssystems (ECRIS), ABl. EU 2009 Nr. L 93, S. 33; siehe hierzu Brodowski, ZIS 2017, 11 (25).

Schlussanträgen im Lichte dieser weitreichenden Konsequenzen anschließen wird, bleibt abzuwarten.

7. Europäisches Strafregisterinformationssystem (ECRIS)¹⁴⁵

Noch für den Juni 2017 plant die Kommission, einen aktualisierten Legislativvorschlag im Hinblick auf den Austausch von Informationen über Drittstaatsangehörige im Europäischen Strafregisterinformationssystem (ECRIS) vorzulegen, der – einem Wunsch der Mitgliedstaaten folgend – eine zentralisierte Speicherung von Verurteilungen von Drittstaatsangehörigen und damit kein dezentrales System vorsieht.¹⁴⁶

8. Gemeinsame Ermittlungsgruppen (GEG); Joint Investigation Teams (JITs)¹⁴⁷

Auf seiner 3.513. Tagung am 16.1.2017 nahm der Rat der Europäischen Union – Auswärtige Angelegenheiten – eine Musterübereinkunft über die Errichtung einer Gemeinsamen Ermittlungsgruppe an.¹⁴⁸ Dies nahm das JITs Network Secretariat zum Anlass, das Handbuch über Gemeinsame Ermittlungsgruppen zu aktualisieren.¹⁴⁹

9. Schengener Informationssystem (SIS)

Ende Dezember 2016 legte die Kommission drei zusammenhängende Legislativmaßnahmen vor, die das Schengener Informationssystem (SIS) auf eine neue Rechtsgrundlage stellen sollen.¹⁵⁰ Der Vorschlag betreffend die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sieht eine Ausweitung der Suchmöglichkeiten (nunmehr auch anhand einer Bildersuche, allerdings nur an Grenzübertrittsstellen, Art. 42 Abs. 4 VO-E) und der gespeicherten Fingerabdruck- und DNA-Daten vor. Letztere dürfen aber dem Vorschlag zufolge nicht zu Zwecken der Überstellung oder Ausliefe-

rung, sondern nur zu Zwecken des Schutzes vor (Kindes-) Entführung gespeichert werden (Art. 22 Abs. 1 lit. b VO-E). Im Rat wird erwogen, das SIS zukünftig nicht nur für einen Europäischen Haftbefehl gleichstehende Ausschreibungsersuchen zu nutzen (Art. 9 Abs. 2 und 3 RB 2002/584/JI), sondern auch für andere Instrumente der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wie der Europäischen Vollstreckungsanordnung,¹⁵¹ der Europäischen Geldstrafe oder Geldbuße¹⁵² oder auch der Europäischen Ermittlungsanordnung^{153 154}.

10. Prümer Beschlüsse¹⁵⁵

Bevor auf Grundlage der Prümer Beschlüsse der automatisierte Datenaustausch zu einem weiteren Mitgliedstaat hinsichtlich Fahrzeugregister- und Fingerabdruckdaten aufgenommen werden darf, ist nach Art. 25 Abs. 2 Beschl. 2008/615 durch den Rat durch einstimmigen Beschluss festzustellen, dass die innerstaatliche Rechtslage und -praxis den Vorgaben des Beschlusses entspricht. Allerdings sah bereits das frühere Primärrecht vor, dass Durchführungsbeschlüsse mit qualifizierter Mehrheit zu treffen seien (Art. 34 Abs. 2 lit. c S. 2 Hs. 2 EUV a.F.). Das strengere Einstimmigkeitserfordernis in Art. 25 Abs. 2 Beschl. 2008/615 und die fehlende Anhörung des Europäischen Parlaments erachtete der EuGH auf Klage des Europäischen Parlaments daher als primärrechtswidrig, so dass die angegriffenen Beschlüsse hinsichtlich des Datenaustauschs mit Malta, Zypern, Estland und Lettland nichtig seien. Deren Wirkungen werden jedoch bis zu einer Neuregelung aufrechterhalten.¹⁵⁶ Eine solche Neuregelung – auch weiterer, dem gleichen Makel ausgesetzter Durchführungsbeschlüsse – nahm der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 3.539. Tagung am 18.5.2017 in Brüssel an.¹⁵⁷

¹⁴⁵ Beschl. 2005/876/JI des Rates v. 21.11.2005 über den Austausch von Informationen aus dem Strafregister, ABl. EU 2005 Nr. L 322, S. 33 sowie Beschl. 2009/316/JI des Rates v. 6.4.2009 zur Einrichtung des Europäischen Strafregisterinformationssystems (ECRIS), ABl. EU 2009 Nr. L 93, S. 33. Siehe zuvor Brodowski, ZIS 2017, 11 (24 f.).

¹⁴⁶ Vgl. KOM (2017) 261 endg. v. 16.5.2017, S. 3. Zuvor Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung des RB 2009/315/JI des Rates im Hinblick auf den Austausch von Informationen über Drittstaatsangehörige und das Europäische Strafregisterinformationssystem (ECRIS) und zur Ersetzung des Beschl. 2009/316/JI des Rates, KOM (2016) 7 endg. v. 19.1.2016 sowie Ratsdok. 9798/16.

¹⁴⁷ RB des Rates v. 13.6.2002 über gemeinsame Ermittlungsgruppen, ABl. EG 2002 Nr. L 162, S. 1. Siehe zuvor Brodowski, ZIS 2017, 11 (20).

¹⁴⁸ ABl. EU 2017 Nr. C 18, S. 1; zuvor Ratsdok. 14316/16.

¹⁴⁹ Ratsdok. 6128/1/17 REV 1.

¹⁵⁰ KOM (2016) 882 endg. (betreffend Grenzkontrollen), KOM (2016) 883 endg. (betreffend polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) sowie KOM (2016) 881 endg. (betreffend der Rückführung), jew. v. 21.12.2016.

¹⁵¹ Siehe oben V. 2.

¹⁵² Siehe oben V. 4.

¹⁵³ Siehe oben V. 5.

¹⁵⁴ Ratsdok. 9595/17, S. 6.

¹⁵⁵ Beschl. 2008/615/JI des Rates v. 23.6.2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, ABl. EU 2008 Nr. L 210, S. 1, sowie Beschl. 2008/616/JI des Rates v. 23.6.2008 zur Durchführung des Beschl. 2008/615/JI zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, ABl. EU 2008 Nr. L 210, S. 12. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2017, 11 (26) zur Beteiligung der Schweiz und Liechtenstein an diesem Regelwerk.

¹⁵⁶ EuGH, Urt. v. 22.9.2016 – C-14/15 und C-116/15 (Parlament v. Rat).

¹⁵⁷ Durchführungsbeschl. (EU) 2017/943 bis (EU) 2017/947, ABl. EU 2017 Nr. L 142, S. 84, 87, 89, 93, 97; siehe ferner zusammenfassend Ratsdok. 9014/17.

VI. Zusammenarbeit mit Drittstaaten und Internationalen Organisationen

1. Europarat – Sexualstrafrecht¹⁵⁸

Mit Beschluss vom 11.5.2017 genehmigte der Rat der Europäischen Union die Unterzeichnung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt.¹⁵⁹ Hiervon zu unterscheiden ist der (zukünftige) Abschluss dieses Übereinkommens durch die EU.¹⁶⁰

2. WHO-Protokoll zur Unterbindung des unerlaubten Handels mit Tabakerzeugnissen¹⁶¹

Auf Grundlage eines mit Zustimmung des Europäischen Parlaments ergangenen Ratsbeschlusses schloss die EU nunmehr das WHO-Protokoll zur Unterbindung des unerlaubten Handels mit Tabakerzeugnissen ab.¹⁶²

3. USA

a) Datenschutz („umbrella agreement“)¹⁶³

Das Europäische Parlament hat – trotz der zuvor vorgebrachten primärrechtlichen Bedenken¹⁶⁴ – dem Abschluss des Abkommens zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union über den Schutz personenbezogener Daten bei der Verhütung, Untersuchung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten zugestimmt.¹⁶⁵ Daher konnte es am 1.2.2017 in Kraft treten.¹⁶⁶

¹⁵⁸ Siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (26). Zum Europarats-Übereinkommen („Istanbul-Konvention“), SEV Nr. 210, und dem deutschen Sexualstrafrecht siehe, statt mehrerer, *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (213 ff.); *Fischer*, ZIS 2015, 312 (317); *Renzikowski*, NJW 2016, 3553 (3553).

¹⁵⁹ Bezogen auf strafrechtliche Aspekte: Beschl. (EU) 2017/865 des Rates v. 11.5.2017 über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt in Bezug auf Aspekte, die die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen betreffen, ABl. EU 2017 Nr. L 131, S. 11.

¹⁶⁰ Kommissionsvorschlag hierzu in KOM (2016) 109 endg. v. 4.3.2016.

¹⁶¹ Siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (26).

¹⁶² Bezogen auf strafrechtliche Aspekte: Beschl. (EU) 2016/1750 des Rates v. 17.6.2016 über den Abschluss des Protokolls zur Unterbindung des unerlaubten Handels mit Tabakerzeugnissen zum Rahmenübereinkommen der Weltgesundheitsorganisation zur Eindämmung des Tabakkonsums im Namen der Europäischen Union hinsichtlich seiner Bestimmungen über die Verpflichtungen in Bezug auf die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und die Festlegung von Straftaten, ABl. EU 2016 Nr. L 268, S. 6.

¹⁶³ Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (26 f.).

¹⁶⁴ SJ-0784/15; D(2015)57806 v. 14.1.2016.

¹⁶⁵ Vgl. Beschl. (EU) 2016/2220 des Rates, ABl. EU 2016 Nr. L 336, S. 1.

¹⁶⁶ Vgl. ABl. EU 2017 Nr. L 25, S. 1; siehe ergänzend eine Erklärung der Kommission, ABl. EU 2017 Nr. L 25, S. 2.

b) TFTP-Abkommen¹⁶⁷

In ihrem vierten Evaluationsbericht zum Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Zahlungsverkehrsdaten und deren Übermittlung aus der Europäischen Union an die Vereinigten Staaten für die Zwecke des Programms zum Aufspüren der Finanzierung des Terrorismus begrüßte die Kommission die „ordnungsgemäß[e]“ Umsetzung des Abkommens und seiner Garantien im Evaluationszeitraum.¹⁶⁸ Insbesondere sei eine größere Transparenz seitens der US-Behörden zu verzeichnen; auch habe „die EU besseren Nutzen aus dem TFTP ziehen können als in den von den früheren Überprüfungen erfassten Zeiträumen. In einigen Fällen haben die Informationen im Rahmen des Abkommens entscheidend dazu beigetragen, die Ermittlungen in Bezug auf Terroranschläge innerhalb der EU voranzubringen.“¹⁶⁹

c) PNR-Abkommen¹⁷⁰

Verhaltensweise ist hingegen der Evaluationsbericht der Kommission zur Umsetzung des Abkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen und deren Übermittlung an das United States Department of Homeland Security. So sei ein Anstieg der Zugriffe auf PNR-Daten zu verzeichnen, die sich nicht auf Flüge von oder in die USA beziehen. Auch sei vermehrt auf eigentlich bereits zu maskierende Daten zugegriffen worden. Zudem sei die Anzahl der Mitarbeiter, die zum Zugriff auf PNR-Daten legitimiert seien, angestiegen.¹⁷¹

4. Japan – Rechtshilfeübereinkommen¹⁷²

Ein informeller Bericht der Kommission über das Rechtshilfeübereinkommen zwischen der EU und Japan¹⁷³ spricht von einer überschaubaren Fallzahl der (sonstigen) Rechtshilfe zwischen der EU und Japan, allerdings mit ansteigender Tendenz.¹⁷⁴ Zur weiteren Effektivierung enthält der Bericht Hinweise für die praktische Durchführung der Rechtshilfe mit Japan samt Erläuterungen zur dortigen Strafprozessrechtslage und -praxis.

¹⁶⁷ Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2016, 106 (119).

¹⁶⁸ KOM (2017) 31 endg. v. 19.1.2017.

¹⁶⁹ KOM (2017) 31 endg. v. 19.1.2017, S. 4.

¹⁷⁰ Siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2015, 79 (100). Zum Abkommen siehe ABl. EU 2012 Nr. L 215, S. 5; ABl. EU 2012 Nr. L 174, S. 1.

¹⁷¹ KOM (2017) 29 endg. v. 19.1.2017, S. 4.

¹⁷² Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2011, 940 (954).

¹⁷³ ABl. EU 2010 Nr. L 37, S. 20; siehe hierzu *Brodowski*, NJECL 2 (2011), 21.

¹⁷⁴ Ratsdok. 15008/16, S. 4.

Buchrezension

Christina Dörr, Dogmatische Aspekte der Rechtfertigung bei Binnenkollision von Rechtsgütern, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, 368 S., € 99,90.

I. Ob der Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB auch dann zur Anwendung kommen kann, wenn „Rettungsgut“ und „Eingriffsgut“ demselben Rechtsgutsträger zustehen („intrapersonale Interessenkollision“), ist im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum bekanntlich höchst umstritten. Nach Ansicht der *Verf.* fehlt es aber bisher an einer hinreichend vertieften Erörterung des Problems, und sie unternimmt in ihrer Heidelberger Dissertation den Versuch, diese Lücke zu schließen (S. 20). Dies geschieht indes nicht ergebnisoffen, sondern fixiert auf das ihrer Ansicht nach dogmatisch und in Hinblick auf Art. 3 GG verfassungsrechtlich vorgegebene Resultat (S. 67 ff.), dass bei einer ausschließlich intrapersonalen Kollision von Rechtsgütern stets nur ein und derselbe Rechtfertigungsgrund herangezogen werden könne – also *entweder* die (tatsächliche oder mutmaßliche) Einwilligung *oder* der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB) *oder* ein bestimmter anderer Rechtfertigungsgrund (wie etwa die Geschäftsführung ohne Auftrag).

Dieses „Exklusivitätsdogma“ ist schon im Ansatz fragwürdig: Dass Art. 3 GG nicht nur eine Gleichstellung im Ergebnis (Rechtfertigung der Handlung), sondern auch hinsichtlich der Begründung dieses Ergebnisses gebiete, wird ebenso wenig befriedigend begründet wie die Behauptung, dass der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz nicht nur auf Akte staatlichen Handelns, sondern auch auf rechtsdogmatische Konstruktionen anwendbar sein soll. Vor allem aber begründet sie die Gefahr, dass die *Verf.* bei der Durchführung ihrer Untersuchung nicht die Gesichtspunkte, die für bzw. gegen einen bestimmten Lösungsvorschlag sprechen, unvoreingenommen abwägen kann, sondern sich gehalten sieht, alle Argumente so zu justieren, dass sie ihre vorgefasste Meinung bestätigen oder diese zumindest nicht ernstlich in Frage stellen. Dieser Gefahr ist die Arbeit, wie sich bei der Rekonstruktion des Gedankengangs zeigen wird, nicht entgangen. Im Einzelnen:

II. Im Anschluss an ein knappes Einleitungskapitel, in dem Problemstellung, Zielsetzung und Aufbau der Arbeit dargelegt werden, erläutert die *Verf.* im zweiten Kapitel die einzelnen begrifflichen Komponenten der zu thematisierenden „Binnenkollision von Rechtsgütern“, also die Bedeutung der Elemente „Binnen“ (S. 24 ff.), „Rechtsgut“ (S. 26 ff.) und „Kollision“ (S. 53 ff.). Hier wird zunächst deutlich, dass die *Verf.* den Begriff der „Binnen“kollision in einem sehr weiten Sinn verwendet: Eine „Binnen“kollision soll auch dann vorliegen, wenn an einer Kollisionslage neben Rechtsgütern desselben Rechtsgutsträgers auch Rechtsgüter Dritter beteiligt sind (S. 25). *Verf.* spricht in Bezug auf diese Konstellation von einer „partiellen“ Binnenkollision, während eine Kollision ausschließlich von Rechtsgütern desselben Rechtsgutsträgers als „reine“ Binnenkollision bezeichnet wird. Eine solche Begriffswahl steht der *Verf.* selbstverständlich frei. Eine andere Frage ist, ob es eine glückliche terminologische

Entscheidung ist, Fälle einer Kollision zwischen Rechtsgütern *unterschiedlicher* Personen, die typischerweise nach den Regeln des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) gelöst werden, bei Hinzutreten einer Kollision von Gütern *desselben* Rechtsgutsträgers als Unterfall einer Binnenkollision („partielle“ Binnenkollision) zu rubrizieren, deren Auflösung im Regelfall anhand der Präferenzen des Rechtsgutsträgers erfolgt. Die Gefahr, hier der Suggestivität der eigenen Begrifflichkeit zu erliegen und die Kollision mit Drittinteressen – zu Lasten des Anwendungsbereichs des § 34 StGB – weithin über den Leisten der intrapersonalen Güterkollision zu schlagen (und damit dem Bereich der rechtfertigenden Einwilligung zuzuweisen), ist nicht zu übersehen. Die *Verf.* ist dieser Gefahr nicht entgangen (siehe dazu unter VI.).

Eine zusätzliche Erweiterung erfährt der Begriff der „Binnenkollision“ dadurch, dass auch die Selbstbestimmung zu einem eigenständigen Rechtsgut erhoben wird (S. 39) und folglich „als vollwertiger Beteiligter an einer Binnenkollision“ in Betracht kommt (S. 40). Das hat zur Folge, dass auch im Falle einer autonomen Verfügung über ein eigenes Rechtsgut eine Kollisionslage vorliegen soll (S. 58 ff.). Aber das erscheint wenig plausibel. Soll bei der Erteilung eines Auftrags zum Abriss eines baufälligen Gebäudes seitens des Eigentümers tatsächlich eine „Kollision“ zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Auftraggebers und seinem Rechtsgut „Eigentum“ vorliegen? Immerhin erkennt die *Verf.*, dass hier wesentliche strukturelle Unterschiede zu der Konstellation einer Kollision zweier *substanzieller* Rechtsgüter derselben Person (etwa: Leben einerseits, Interesse an Befreiung von qualvollen Schmerzen andererseits) bestehen. Soweit lediglich die Selbstbestimmung einem anderen Rechtsgut des Betroffenen gegenübersteht, spricht sie deshalb von einer „Binnenkollision im weiteren Sinne“. Steht auf der Seite der Selbstbestimmung noch ein anderes Rechtsgut (derselben Person), gehe es um eine „Binnenkollision im engeren Sinne“ (S. 60). Eine Binnenkollision (im engeren Sinne) bejaht die *Verf.* zu Recht auch dort, wo die Befreiung von qualvollen Schmerzen nur durch die Beendigung des eigenen Lebens möglich ist. Sie wendet sich in diesem Zusammenhang überzeugend gegen die Argumentation, das Rechtsgut der körperlichen Integrität komme hier als kollidierendes Rechtsgut nicht in Betracht, weil es untrennbar mit dem Rechtsgut Leben verbunden sei. Entscheidend sei der Gesichtspunkt, dass der Betroffene durch die Beendigung seines Lebens von den Schmerzen befreit werde (S. 61 ff.).

Äußerst weit gefasst wird der Begriff des Rechtsguts, der in der Definition der *Verf.* alle Konturen zu verlieren droht. „Als Rechtsgut wird eine einer Person, dem Staat oder der Allgemeinheit zuordenbare konkretisierte oder konkretisierbare Größe verstanden, die im Sinne eines kleinsten abgrenzbaren Teils als potentielles, abstrakt zu bestimmendes Schutzobjekt des Rechts zu identifizieren ist“ (S. 31). Das ist eine nahezu inhaltsleere Bestimmung des Begriffs „Rechtsgut“, die es der *Verf.* aber jedenfalls vordergründig ermöglichen wird, ein Rechtsgut zu kreieren, das in ihrer Argumentation gegen die Möglichkeit, in bestimmten Fällen der Sterbehilfe zur Rechtfertigung der nach § 216 StGB tatbestandsmäßigen Handlung auf § 34 StGB zurückzugreifen, eine zentrale

Rolle spielen wird: das „Rechtsgut“ der „effektive[n] Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ (S. 280 ff.).

III. Im dritten Kapitel wird die schon eingangs dieser Rezension referierte Ausgangsthese, dass für „wesentlich gleiche“ Fallgruppen nur ein einheitlicher Rechtfertigungsgrund in Betracht komme, anhand einer Konturierung „wesentlich gleicher“ und „wesentlich ungleicher“ Fallkonstellationen einer Binnenkollision konkretisiert. Für „wesentlich gleich“ erachtet die *Verf.* alle Fälle einer reinen Binnenkollision. Das bedeutet insbesondere, dass nach dem puristischen Ansatz der *Verf.* eine Rechtfertigung einer Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) nach § 34 StGB unter allen Umständen ausgeschlossen ist, wenn sich (was absehbar ist) herausstellen sollte, dass jedenfalls für bestimmte Fälle der reinen Binnenkollision der Rechtfertigungsgrund der (tatsächlichen oder mutmaßlichen) Einwilligung herangezogen werden muss und die Fallkonstellation des § 216 StGB als die einer reinen Binnenkollision zu rubrizieren ist. Dass eine Norm mit einer Einwilligungssperre (wie § 216 StGB) kein Grund sein könne, hier ausnahmsweise auch im Falle einer reinen Binnenkollision auf den Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB zurückzugreifen, wird – in Form allgemeiner dogmatischer Erwägungen – schon an dieser Stelle festgeschrieben: Da es um eine „dogmatisch sinnvolle Systematisierung der Rechtfertigung bei reiner Binnenkollision“ gehe, sei auch bei einer Norm wie § 216 StGB ein „Zurückgreifen auf einen anderen [als den für diese Konstellation ansonsten angemessenen, Anmerkung d. *Verf.*] Rechtfertigungsgrund [...] aus dogmatischer Sicht folglich nicht haltbar“ (S. 78). Später wird sich allerdings herausstellen, dass § 216 StGB aus Sicht der *Verf.* keineswegs die Konstellation einer „reinen“ Binnenkollision repräsentiert, weil hier neben den Rechtsgütern „Selbstbestimmung“ und „Leben“ auch das von der *Verf.* konstruierte Rechtsgut der „effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ beteiligt sein soll. Gleichwohl wird es dabei bleiben, dass eine Rechtfertigung einer nach § 216 StGB tatbestandsmäßiger Handlungen über § 34 StGB nicht in Betracht kommen soll.

Hinsichtlich der Fälle einer partiellen Binnenkollision sei eine „wesentliche Gleichheit“ im Verhältnis zu denen einer reinen Binnenkollision ausgeschlossen. Auch innerhalb dieser Fallgruppe bestehe nicht durchweg eine „wesentliche Gleichheit“ (S. 89). Demgemäß ergibt sich für die Konstellation der reinen Binnenkollision ein „einheitlicher Rechtfertigungsansatz“, den die *Verf.* im anschließenden vierten Kapitel näher ausführt, während für die partielle Binnenkollision (im fünften Kapitel) unterschiedliche Rechtfertigungsansätze zu erörtern sein werden.

IV. Als mögliche Kandidaten für eine Rechtfertigung bei der Konstellation der „reinen“ Binnenkollision zieht die *Verf.* den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), die (tatsächliche bzw. mutmaßliche) Einwilligung sowie die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) in Betracht. Ausgangspunkte sind die Prämisse, dass im Kontext der reinen Binnenkollision „sämtliche erlaubten Rechtsgutsverletzungen zwingend von der Selbstbestimmung gedeckt sind“ (S. 92) und die Forderung, für die Konstellationen der Binnenkollision im engeren und

im weiteren Sinne einen gemeinsamen, einheitlichen Lösungsansatz zu finden (S. 94).

Was den rechtfertigenden Notstand betrifft, so kommt es, wie die *Verf.* richtig sieht, für die Struktur der durchzuführenden Prüfung und potentiell auch für deren Ergebnis darauf an, anhand welchen Prinzips man die Bestimmung des § 34 StGB interpretiert. Frau Dörr unterscheidet insofern vier mögliche Deutungen: § 34 StGB als Ausdruck 1. des formalen Abwägungsprinzips, 2. des utilitaristischen Prinzips des größtmöglichen Gesamtnutzens, 3. des Eintretens einer Person für die Erfüllung einer staatlichen Pflicht sowie 4. des Prinzips wechselseitiger Solidarität. Die Prüfung erfolgt hier jeweils zweistufig. In einem ersten Schritt wird untersucht, ob die Anwendung des § 34 StGB auf die Fallkonstellation der reinen Binnenkollision auf der Grundlage der jeweiligen Interpretation des rechtfertigenden Notstands konsistent ist oder nicht. Im zweiten Schritt geht es um die Überzeugungskraft dieser Interpretation selbst. In Bezug auf die Interpretationen 1.-3. ist das Ergebnis in beiden Punkten negativ. Diese Ansätze könnten eine Anwendung des § 34 StGB auf die Fälle einer reinen Binnenkollision nicht rechtfertigen, erweisen sich aber selbst als nicht überzeugend begründbar (zusammenfassend S. 154).

Überzeugend ist nach Ansicht von Frau Dörr allein die Interpretation der Institution des rechtfertigenden Notstands auf der Grundlage des Solidaritätsprinzips. Allerdings ergäben sich auch unter Rekurs auf dieses Prinzip „tiefgreifende Zweifel an einer Kompatibilität des rechtfertigenden Notstands mit Fällen reiner Binnenkollision“ (S. 124). Gleichwohl schließt die *Verf.* an diese Feststellung noch eine umfangreiche Prüfung an, ob sich auf der Basis dieses Prinzips (S. 137) weitere Argumente für bzw. gegen die Kompatibilität des § 34 StGB mit den Fällen reiner Binnenkollision gewinnen lassen (S. 137 ff.). Als Gegenargumente werden etwa (überzeugend) die gesetzliche Voraussetzung eines „wesentlichen“ Überwiegens des Rettungsinteresses (S. 139 ff.) und (nicht überzeugend) eine Spannung zwischen dem Solidaritäts- und dem Autonomieprinzip (zusammenfassend S. 155) angeführt.

Letzteres ist deshalb nicht überzeugend, weil diejenigen Autoren, die bei Binnenkollisionen in Fällen einer Einwilligungssperre (insb. § 216 StGB) auf § 34 StGB zurückgreifen, dies mit dem Ziel und dem Ergebnis einer Erweiterung des Bereichs autonomen Entscheidens des Rechtsgutsinhabers tun. Dagegen einzuwenden, es sei „systemwidrig gerade eine autonomiefernere Norm zur Gewährleistung des absoluten Autonomievorzugs“ einzusetzen (S. 157), halte ich für verfehlt. „Autonomieferne“ ist (ebenso wie „Autonomieähe“) keine ontologische Qualität, sondern eine argumentative Funktion einer Norm. Maßgeblich ist deshalb nicht eine „eigentliche“ Funktion des rechtfertigenden Notstands (so aber die *Verf.* auf S. 157), sondern die Frage, in welchen Kontexten diese Institution die Autonomie beschränkt oder aber befördert. Im Ergebnis wird man der *Verf.* immerhin darin zustimmen müssen, dass § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund bei der Lösung von reinen Binnenkonflikten jedenfalls nicht die „erste Adresse“ ist. Ihr „Exklusivitätsdogma“ allerdings

hat durch die Ausführungen zu § 34 StGB nicht an Plausibilität gewonnen.

V. Die anschließende Prüfung der Einwilligungsregeln (S. 157-226) ergibt, dass diese (wirkliche und mutmaßliche Einwilligung) den sachlich angemessenen und zugleich allgemeingültigen Lösungsansatz für die Konstellation der reinen Binnenkollision darstellen. Die Einwilligung wird durchgängig (ohne Unterscheidung von einem tatbestandsausschließenden „Einverständnis“) als Rechtfertigungsgrund eingeordnet. Frau Dörr wendet sich ausdrücklich gegen die Auffassung, die Einwilligung sei stets als tatbestandsausschließend anzusehen (S. 159 ff.). Diese Auffassung basiere auf einem „individuell basierte[n] Rechtsgutsbegriff“ (S. 161), dem eine mangelnde Überzeugungskraft attestiert wird (S. 222). Außerdem lasse sich bei gegebener Einwilligung „weder ein Unwerturteil noch die Verwirklichung des Deliktstypus verneinen“ (S. 222, vgl. auch schon S. 165). Aber das ist wohl nicht haltbar. Wenn ein auffälliges Haus im Auftrag des Eigentümers zum Zwecke der Errichtung eines Neubaus abgerissen wird, dann ist nicht zu sehen, worauf sich hier ein „Unwerturteil“ gründen sollte. Soweit die Verf. hier ein „abstrakt verbotenes Verhalten“ sieht, ist daran zu erinnern, dass es ein abstrakt verbotenes (und deshalb mit einem Unwerturteil zu ver sehendes) konkretes Verhalten nicht gibt. Das abstrakte Verbot bezieht sich stets auf einen Verhaltenstypus; soweit der Einwilligung eine rechtfertigende Wirkung zuerkannt wird, entfällt mit ihr – entgegen der Argumentation der Verf. (S. 165) – auch das Unwerturteil über die konkrete Handlung. Die Frage schließlich, ob durch die konsentierende Handlung der jeweilige Deliktstypus verwirklicht wird, ist gerade die, um die sich „Tatbestandslösung“ und „Rechtfertigungslösung“ streiten. In diesem letzteren Punkt ist die Argumentation der Verf. offenkundig zirkulär. Auch das Argument, die Einwilligung stelle sich im Vergleich zu anderen Rechtfertigungsgründen nicht als „derart wesensverschieden [!] dar, dass dies zwingend [!] eine anderweitige Einordnung bedingen würde“ (S. 222), vermag nicht zu überzeugen.

Auch bei „willensbasierten“ Delikten sei von der rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung keine Ausnahme zu machen. Zwar schließe in diesem Fall die Zustimmung des Berechtigten schon den Tatbestand aus; gleichwohl bleibe die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund „einschlägig“ (S. 222). Hinter dieser überraschenden These steht wiederum das Bedürfnis der Verf., (angeblich) Gleiches auch bei der dogmatischen Kategorisierung gleich zu behandeln. Weil sich der „reine Akt der Zustimmung, das ‚Ja-Sagen‘ [...] sowohl bei willensbasierten als auch bei sonstigen Delikten als identisch“ erweise, müsse nach dogmatischen Grundsätzen „ein solch wesentlich gleiches Verhalten hinsichtlich der dogmatischen Einordnung prinzipiell gleich behandelt werden“ (S. 168). Aber das ist im Ergebnis ebenso wenig überzeugend wie im Ansatz. Denn die Einwilligung ist als Rechtfertigungsgrund funktional auf eine tatbestandsmäßige Handlung bezogen. Dort, wo die Zustimmung schon den Tatbestand entfallen lässt, ist sie nicht nur praktisch nicht mehr relevant (so aber die Verf. auf S. 222), sondern als Institution aufgrund der strafrechtlichen Systematik ausgeschlossen.

Bei der Frage, welches „Rechtfertigungsprinzip“ der Einwilligung zugrunde liegt, argumentiert die Verf. überzeugend gegen einen objektiven „abwägungsorientierten“ Erklärungsansatz und für eine autonomieorientierte Konzeption, die (mit Differenzierungen im Einzelnen) auf den Gedanken des mangelnden Interesses, der Interessenpreisgabe und/oder des Rechtsschutzverzichts zurückgreift. In dieser Interpretation sei der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung, so die zutreffende Schlussfolgerung der Verf., zur Lösung der Fälle einer reinen Binnenkollision geeignet (S. 182). Auch die mutmaßliche Einwilligung müsse anhand eines „autonomen willensbezogenen“ Ansatzes (und nicht des „objektiv-abwägungsbasierten“ Gegenmodells) interpretiert werden und erweise sich bei dieser Interpretation gleichfalls als tauglich für eine Anwendung auf die Konstellation der reinen Binnenkollision. Das bei einer autonom-willensbezogenen Erklärung des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung verbleibende Problem, dass die gerechtfertigte Handlung den tatsächlichen Willen des Rechtsgutsinhabers möglicherweise verfehlt, bewältigt die Verf. mit dem originellen Gedanken einer Erlaubnis des Rechtsgutsinhabers, das entsprechende Risiko einzugehen (S. 206, 225). Im Ergebnis erweisen sich, so die folgerichtige Bilanz der Verf., die Einwilligungsregeln (tatsächliche und mutmaßliche Einwilligung) „umfassend als allgemeingültiger Ansatz im Kontext der reinen Binnenkollision“ (S. 226). Aufgrund dieses Resultats haben die das vierte Kapitel abschließenden Überlegungen zur Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) und weiterer Rechtfertigungsgründe (S. 226-245) nur noch eine ergänzende Funktion.

VI. Das deutlich knappere fünfte Kapitel (S. 246-277) ist der Suche nach dem bei partieller Binnenkollision angemessenen Rechtfertigungsansatz gewidmet. Nach Ansicht der Verf. kommen hier – je nach Konstellation – teils die Regeln der (tatsächlichen oder mutmaßlichen) Einwilligung, teils die des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) zur Anwendung. Auch hier bleibt die Verf. ihrem „Exklusivitätsdogma“ treu: In jeder Fallkonstellation soll nur *entweder* der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung *oder* der des rechtfertigenden Notstands greifen. In Verbindung mit dem Programm der Verf., den „autonomiefernen“ Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB soweit wie möglich zugunsten der „autonomiefreundlichen“ Einwilligung zurückzudrängen, führt das zu gravierenden Wertungswidersprüchen, die die Verf. selbst sieht, ohne daraus die gebotene Konsequenz (Aufgabe des Exklusivitätsdogmas) zu ziehen. Am Beispiel eines von der Verf. selbst gebildeten Falles:

„Der Wasserfluss der schadhafte Wasserleitung bedroht das Inventar des Binnenbetroffenen [also desjenigen, der Inhaber sowohl eines Rettungsguts als auch eines Eingriffsguts ist, Anmerkung d. Verf.] und eines Dritten, wobei beide eine Rettung ihres Inventars erstreben. Erforderlich ist dafür allein die Beschädigung einer Tür des Binnenbetroffenen. Wenn nun ein Nachbar die Tür eintritt, ohne sich bei dem Binnenbetroffenen rückversichert zu haben, ob dieser einverstanden ist, eine telefonische Kontaktaufnahme aber ohne weiteres möglich und erfolversprechend gewesen wäre, scheidet aufgrund eines Verstoßes gegen den Subsidia-

ritätsgrundsatz eine Rechtfertigung mittels der mutmaßlichen Einwilligung aus. Unterstellt, der Binnenbetroffene wäre aber mit dem Eingriff nicht einverstanden, sondern wollte lieber seine Tür unbeschädigt belassen, wäre eine Rechtfertigung des Eingriffs zugunsten des Inventars des Dritten und dessen Selbstbestimmung über § 34 StGB theoretisch möglich. Ein solches Ergebnis ist jedoch schwer zu akzeptieren“ (S. 271).

Tatsächlich ist dieses Ergebnis nicht nur „schwer“ zu akzeptieren, es ist schlechthin inakzeptabel und damit eine Falsifikation der Prämisse, aus der es folgt. Der Fehler liegt in der These der *Verf.*, dass § 34 StGB nur dann anwendbar sei, wenn der Rettungseingriff dem Willen des Inhabers des Eingriffsguts widerstreite, weil ansonsten „exklusiv“ die Einwilligungsregeln herangezogen werden müssten. Indes ist es schon problematisch, die Anwendbarkeit der Einwilligungsregeln davon abhängig zu machen, dass tatsächlich die Voraussetzungen einer Einwilligung vorliegen. Vollends verfehlt aber ist es, die Anwendbarkeit des § 34 StGB mit der Begründung zu sperren, dass der Rettungseingriff schon durch die (tatsächlich vorliegende oder mutmaßliche) Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt werde. Es spricht für die *Verf.*, dass sie dieses Problem erkennt und offen thematisiert. Ihre „Lösung“, hier auf Irrtumsregeln auszuweichen (S. 272 ff.), ist aber (von allen anderen Problemen abgesehen) schon deshalb nicht diskutabel, weil dieser Weg zwar zur Straflosigkeit des Eingreifenden, nicht aber zur Rechtfertigung des Eingriffs führen kann. Spätestens an diesem Punkt hätte die *Verf.* ihr „Exklusivitätsdogma“ nachdrücklich in Frage stellen müssen.

VII. Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen zu den Fallgruppen der „reinen“ und der „partiellen“ Binnenkollision könnte man erwarten, dass die *Verf.* zum Tatbestand der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), mit dem sie sich im sechsten Kapitel schwerpunktmäßig befasst, eine autonomiefreundliche Position vertreten werde. Denn entweder ist das in § 216 StGB geschützte Rechtsgut ausschließlich das individuelle Rechtsgut Leben; dann wäre die Bestimmung dogmatisch inkonsistent, weil bei einer erbetenen Tötung eine reine Binnenkollision vorläge, bei der der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung greifen müsste. Zumindest de lege ferenda würde sich hier ein erhebliches Kritikpotential ergeben. Oder aber es wird durch § 216 StGB darüber hinaus ein weiteres Rechtsgut geschützt, das dem Selbstbestimmungsrecht widerstreitet; dann wäre eine partielle Binnenkollision in der Variante gegeben, in der nach der *Verf.* grundsätzlich § 34 StGB zur Anwendung kommen soll. In diesem Fall müsste der Wunsch des Sterbewilligen dann ohne Verstoß gegen die Rechtsordnung erfüllbar sein, wenn die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands vorliegen, wenn also etwa im konkreten Fall das Interesse an der Beendigung qualvollen Leidens das an einer Fortführung der von diesem Leiden gekennzeichneten Existenz wesentlich überwiegt.

Aber der Leser ist vorgewarnt. Denn die *Verf.* hatte bereits im dritten Kapitel (dazu schon oben unter III.) angedeutet, dass es bei § 216 StGB nicht um eine reine Binnenkollision gehe, sondern ein autonomiefeindliches Drittrechtsgut beteiligt sei (S. 76 f.), dass aber auch eine Anwendung des § 34 StGB hier nicht in Betracht komme (S. 78). Um beides

zu begründen, erfindet die *Verf.* ein Rechtsgut namens „effektive Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ (S. 284 ff.), dem ausdrücklich die Aufgabe zuerkannt wird, einen „Gegenpol zur Selbstbestimmung“ zu markieren (S. 339). Dass dieses Rechtsgut im Regelfall des § 216 StGB (zu den Ausnahmen später) beteiligt sein soll, hat zur Folge, dass es bei § 216 StGB (wiederum: im Regelfall) nicht um eine „reine“ Binnenkollision gehe. Die Anwendbarkeit des § 34 StGB sei ausgeschlossen, weil die staatliche Schutzpflicht gegenüber sämtlichen individuellen Rechtsgütern überwiege (prägnant S. 291 m. Fn. 41). Aber dieses angebliche Rechtsgut der „effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ ist weder in der Konstruktion (1.) noch in der ihm zugedachten Funktion, sämtliche individuellen Rechtsgüter zu toppen (2.), haltbar.

1. Konstruktiv ist dieses Rechtsgut ein Monstrum – auch wenn man davon absieht, dass es schon auf der sprachlichen Ebene Defizite aufweist, weil der Begriff „Lebensbezug“ nicht nur in sich außerordentlich vage, sondern semantisch auf ein Bezugsobjekt angewiesen ist, das indes nicht benannt wird. Denn die staatliche Schutzpflicht gegenüber einem bestimmten Gut ist eine (mögliche) Folge von dessen Bewertung als „Rechtsgut“; sie selbst oder ihre „effektive Erfüllung“ als eigenständiges Rechtsgut zu bewerten, basiert auf einer Verwechslung unterschiedlicher logischer Ebenen und stellt sich damit als Kategorienfehler dar. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es bei dieser Pflicht ausdrücklich nicht um den Schutz des individuellen Rechtsguts „Leben“ dritter Personen gehen soll (wie bei dem geläufigen Argument des Schutzes des „Tötungstabus“ durch § 216 StGB), sondern darum, einen „überindividuell wirkenden Raum der Sicherheit“ zu gewährleisten (S. 341). Aber wenn es in diesem „Raum der Sicherheit“ nicht letztlich um den Schutz des (zwangsläufig: individuellen) Rechtsguts „Leben“ gehen soll, bliebe allenfalls der Schutz eines Gefühls der Sicherheit.

2. Unhaltbar ist die Begründung, mit der die *Verf.* die Möglichkeit ablehnt, eine Verletzung des (angeblichen) Rechtsguts der „effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ nach § 34 StGB zu rechtfertigen (S. 291). „Die gesteigerte Schutzpflicht existiert [...] gerade (!) in denjenigen Fällen, in denen ein vom Willen des Individuums unabhängiges überindividuelles Schutzbedürfnis besteht“ (S. 291). Aber daraus folgt natürlich nicht die Unanwendbarkeit des § 34 StGB. Denn dieser schützt nicht die Selbstbestimmung der Person, die sich einer Notlage befindet, sondern ein spezifisches Interesse, dem typischerweise ein Individualrechtsgut korrespondiert. In den hier in Betracht kommenden Fällen ist das regelmäßig das Interesse an der Beendigung eines Zustands qualvollen Leidens (Rechtsgut der körperlichen Integrität). Warum dieses Interesse nicht im Rahmen des § 34 StGB in eine Abwägung mit dem (angeblichen) Rechtsgut der „effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ eingestellt werden können sollte, ist nicht ersichtlich.

Allerdings behauptet die *Verf.*, über die zitierte Argumentation hinausgehend, dass die staatliche Schutzpflicht gegenüber *sämtlichen* individuellen Rechtsgütern, auch gegenüber denen potentiell betroffener Dritter, überwiege (S. 291 f. mit

Fn. 41). Die dafür gegebene Begründung („Schließlich wird damit [mit dem Rechtsgut der effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht, Anmerkung d. *Verf.*] gerade ein überindividuelles Schutzbedürfnis zum Ausdruck gebracht“) ist allerdings höchst problematisch. Denn sie besagt nicht weniger, als dass jedes *kollektive* Rechtsgut (das als solches konstitutionell ein überindividuelles Schutzbedürfnis zum Ausdruck bringt) jedes *individuelle* Rechtsgut überwiege. Mit dem Rechtsverständnis eines am Vorrang des Individuums orientierten Staates, der das Bekenntnis zur Menschenwürde an die Spitze seiner Verfassung stellt, hat das nichts mehr zu tun.

VIII. Nachdem die Anwendbarkeit des § 34 StGB und anderer Rechtfertigungsgründe auf das Delikt der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) abgelehnt wurde, lassen sich Freiräume für eine nicht strafbare Sterbehilfe nur noch auf der Tatbestandsebene eröffnen. Die *Verf.* will eine Strafflosigkeit in den Fällen, in denen nach dem Wortlaut des § 216 StGB, nicht aber nach herrschender und von ihr geteilter Meinung eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tötung auf Verlangen vorliegen würde, über eine teleologische Reduktion des Tatbestands des § 216 StGB erreichen (S. 293 f.). Aber die dafür gegebene Begründung (auf wenig mehr als einer halben Seite) ist unzureichend. Die *Verf.* behauptet schlicht, dass der Grund für die in § 216 StGB festgeschriebene (bzw. vorausgesetzte) Einwilligungssperre die „Beteiligung des Rechtsguts der effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ sei, und dass deshalb dort, wo (nach ihrer Ansicht) dieses (von ihr kreierte) Rechtsgut nicht beteiligt ist, eine teleologische Reduktion des Tatbestands erforderlich sei (S. 293 f.).

Aber derart formelhaft lässt sich die Überspielung des Wortlauts des § 216 StGB nicht rechtfertigen. Um eine teleologische Reduktion seriös zu begründen, müssen, wie das im Schrifttum verschiedentlich geschieht, Sachargumente herangezogen werden, die plausibel machen, dass das Ziel, das der Gesetzgeber mit dem Tatbestand des § 216 StGB verfolgt, in bestimmten Fallkonstellationen von vornherein nicht zu erreichen ist. So kann man etwa argumentieren, dass ein Schutz vor einer übereilten Entscheidung zur Beendigung des eigenen Lebens dann nicht mehr möglich ist, wenn diese lediglich einen palliativmedizinisch nicht beherrschbaren Zustand qualvollen Leidens verkürzt. Mit dem Verweis auf ein selbst konstruiertes und höchst nebulöses Rechtsgut ist es nicht getan. Wie manipulierbar das Kriterium der Schutzpflicht ist, erkennt man daran, dass die *Verf.* erwägt, in bestimmten Fällen (Tötungsverlangen einer Mutter, die mit einer postmortalen Organspende ihrer Tochter das Leben retten will) „die gesteigerte Schutzpflicht ausnahmsweise nicht als aktiviert anzusehen“ (S. 291 f. m. Fn. 41). Offenbar handelt es sich bei der „effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ um einen Joker, den man weithin nach Belieben einsetzen (oder eben nicht einsetzen) kann.

IX. Fernliegend ist die Interpretation, die *Verf.* der Norm des § 228 StGB zuteilwerden lässt. Ebenso wie bei § 216 StGB wird auch hier die Einwilligungssperre auf die Beteiligung eines Drittrechtsguts, und wiederum eines Rechtsguts der „effektiven Erfüllung einer gesteigerten staatlichen

Schutzpflicht“, zurückgeführt (S. 294). Und ebenso wie bei § 216 StGB soll es bei der staatlichen Schutzpflicht „nicht um den Schutz von einzelnen Individualrechtsgütern“ gehen (S. 295). Vielmehr solle durch § 228 StGB „überindividuell ein Raum der Sicherheit gewährleistet werden, von der prinzipiellen Möglichkeit fataler körperlicher Verletzungen und den damit zusammenhängenden Gefahren bzw. diesbezüglichen Erwartungshaltungen unbehelligt zu bleiben“ (S. 295). Indes ist nicht zu sehen, weshalb ohne die Existenz des § 228 StGB Bürgerinnen und Bürger einer „Erwartungshaltung“ ausgesetzt sein sollten, sich schwerste Verletzungen zufügen zu lassen. Im Übrigen ist es wenig folgerichtig, dass die Beeinträchtigung des Individualrechtsguts der körperlichen Unversehrtheit auch im Falle (konsentierter) schwerster körperlicher Verletzungen – trotz § 228 StGB! – durch die Selbstbestimmung des Betroffenen legitimiert sein soll (S. 297) und die Strafbarkeit in diesen Fällen allein über eine staatliche Schutzpflicht und deren „Höherrangigkeit gegenüber Individualrechtsgütern“ begründet wird (S. 297). Ähnlich wie bei § 216 StGB (dazu oben) gilt: Soll der „Raum der Sicherheit“, den diese Schutzpflicht schaffen soll, etwas anderes sein als eine kollektive Illusion, kann es letztlich nur um die tatsächliche Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger gehen – bei einer Norm im Bereich der Körperverletzungsdelikte also um die Sicherheit des Individualrechtsguts „körperliche Integrität“.

X. In den letzten beiden Abschnitten des sechsten Kapitels befasst sich die *Verf.* in scharfsinnigen und eigenständigen Ausführungen mit der Konstellation der Einwilligung in eine Gefährdung (S. 301 ff.) sowie mit der Frage der Anwendbarkeit der Einwilligungsregeln in den Fällen der Einwilligungsunfähigkeit (S. 310 ff.). Zum ersten Problemkreis verneint die *Verf.* die Berechtigung der Unterscheidung zwischen der Einwilligung in eine Verletzung und der Einwilligung in eine Gefährdung (zusammenfassend S. 325). Dies hat zur Folge, dass § 216 StGB eine Sperrwirkung auch gegenüber den (im Schrifttum als solche behandelten) Fällen einer Einwilligung in eine bloße Lebensgefährdung entfalten soll (S. 309 f.). Hinsichtlich der Konstellation der Einwilligungsunfähigkeit lehnt die *Verf.* den Rückgriff auf eine stellvertretende Einwilligung zur Rechtfertigung eines Eingriffs ab; auch hier sei allein der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung einschlägig. Bei dem Versuch, dies zu begründen, kann die *Verf.* allerdings einen logischen Sprung vom Sollen zum Sein nicht vermeiden: „Wenn jedem Menschen unabhängig von dessen Einwilligungsfähigkeit das Rechtsgut Selbstbestimmung zusteht, ist in der Konsequenz auch bei Einwilligungsunfähigkeit stets ein mutmaßlicher Wille zu erkennen“ (S. 318). Aber das ist Palmström-Logik, wissenschaftstheoretisch formuliert: ein normativistischer Fehlschluss – kennzeichnend für die Bereitschaft der *Verf.*, zur Verteidigung ihrer oft eigenwilligen Positionen auch hohe Risiken hinsichtlich der Konsistenz ihrer Argumentation einzugehen.

Im siebten Kapitel befasst sich Frau Dörr zunächst, ergänzend zu ihren Ausführungen zu § 216 StGB, noch kurzorisch mit einzelnen Konstellationen, deren Lösung in Hinblick auf die Einwilligungssperre des § 216 StGB problema-

tisch sein könnte. Dabei geht es vor allem um den Nachweis, dass der im Schrifttum für diese Konstellationen teilweise befürwortete Rückgriff auf § 34 StGB „nicht nur als undogmatisch, sondern auch als praktisch überflüssig abgelehnt werden muss“ (S. 326). In jeder dieser Konstellationen (lebensgefährliche Rettungsmaßnahmen; Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung; indirekte Sterbehilfe) argumentiert die *Verf.* stereotyp mit dem Gesichtspunkt des (angeblichen) Fehlens des (angeblichen) Rechtsguts der „effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“. Die teilweise durchaus plausiblen sachlichen Erwägungen, mit denen dies jeweils begründet wird, werden damit nicht in ein differenziertes strafrechtsdogmatisches Prüfungsprogramm eingebunden, wie es etwa die Zurechnungslehre für die Fälle lebensgefährdender Rettungsmaßnahmen und § 34 StGB für die Konstellation der indirekten Sterbehilfe zur Verfügung stellen, sondern mit einem wenig konturierten Kriterium „kurzgeschlossen“. Dass sie auf die Frage, ob nicht jedenfalls in Extremfällen auch eine aktive Sterbehilfe gerechtfertigt sein könnte, mit der Begründung nicht eingeht, diese Form der Sterbehilfe sei „in Einklang mit der herrschenden Ansicht ohne weitere Diskussion als unzulässig anzusehen“ (S. 330), spricht eher für eine ideologisch beschränkte als für eine wissenschaftlich offene Sichtweise auf die Probleme.

Es überrascht nicht, dass die *Verf.*, die das von ihr kreierte Rechtsgut der „effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ ausdrücklich als „Gegenpol zur Selbstbestimmung“ einführt (S. 339), diesen Topos auch dazu nutzt, den Bürgerinnen und Bürgern die Freiheit zu einem freiverantwortlichen (!) Suizid abzusprechen. § 34 StGB, der in der Arbeit durchweg ausgeschlossen wird, wo er zur Erweiterung des Freiheitsraumes des Einzelnen herangezogen werden könnte, soll jetzt dazu dienen, das „Rechtsgut“ der „effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ gegenüber der autonomen Entscheidung des Suizidwilligen durchzusetzen (S. 338 ff.). Ebenso wenig überrascht es, dass der neu geschaffene (damals noch im Stadium des Gesetzesentwurfs befindliche) Tatbestand des § 217 StGB weithin den Beifall der *Verf.* findet. Kritisch vermerkt wird lediglich, dass der Tatbestand nicht weit genug gehe, weil er nur die geschäftsmäßige Förderung der Suizidhilfe [nach der *Verf.*: „Suizidbeihilfe“] kriminalisiere; zudem scheine er lediglich den Schutz von Individualrechtsgütern zu bezwecken (S. 343 m. Fn. 69). Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.

XI. Nach alledem hat sich die Befürchtung, die zu Beginn dieser Besprechung geäußert wurde, bestätigt. Das von der *Verf.* verfochtene „Exklusivitätsdogma“ und ihr Programm, die Autonomie des Einzelnen durch ein von ihr erfundenes Rechtsgut der „effektiven Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht bei Lebensbezug“ weitgehend einzuschränken, führen über weite Strecken zu argumentativen Verwerfungen und Inkonsistenzen, die den Wert der durchaus scharfsinnigen, gedankenreichen und fleißigen Arbeit als weiterführender Beitrag zur strafrechtswissenschaftlichen Diskussion nachhaltig in Frage stellen.

Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Frankfurt am Main

Buchrezension

Benedikt Salleck, Strafverteidigung in den Nürnberger Prozessen, Prozessabläufe und Verteidigungsstrategien dargestellt am Wirken des Verteidigers Dr. Friedrich Bergold, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, 383 S., € 89,90.

Die unter der Betreuung von *Christoph Safferling* an der Philipps-Universität Marburg im Sommersemester 2015 angenommene Dissertation gibt einen ganz besonderen Einblick in ein bislang in der rechtsgeschichtlichen Forschung wenig¹ beachtetes Thema: die Strafverteidigung bei den Nürnberger Prozessen. Dabei zielt die Studie darauf ab, sich rechtshistorisch mit der Verteidigungsarbeit in den Nürnberger Prozessen auseinanderzusetzen und dabei insbesondere die konkreten Prozesssituationen zu analysieren (S. 18). Zentral soll dabei Aufschluss gewährt werden, in welchem Maße die Verteidigung tatsächlich Einfluss auf den Prozessablauf und -ausgang nehmen konnte, „wobei sich auch Fragen der Rechtsstaatlichkeit bzw. Fairness des Verfahrens stellen“ (S. 19). Dabei soll die Beurteilung „einordnend und nicht wertend“ erfolgen (S. 20). Methodisch wird dies umgesetzt, indem der *Autor* die Verteidigungsarbeit des Strafverteidigers Dr. Bergold anhand von vier Fällen, die dieser in Nürnberg verteidigt hat, im Wesentlichen² mittels Auswertung der archivierten Prozessprotokolle analysiert. Dabei werden die Prozesse von vier Angeklagten, und zwar dem (einzigen in Abwesenheit verurteilten) Martin Bormann (Hauptprozess) sowie den drei in den Nachfolgeprozessen Angeklagten Erhard Milch, Horst Klein und Ernst Biberstein dargestellt.

Das Buch besteht aus sechs Kapiteln. Im ersten Kapitel werden die Grundlagen, also neben dem Ziel der Studie und der Aktenlage und Auswertung insbesondere die Nürnberger Prozesse, die Person von Bergold und die Verfahren vor dem internationalen Militärtribunal (IMT) einerseits und den Nachfolgeprozessen (NMT) andererseits aus dem Blickwinkel der Verteidigerarbeit kurz vorgestellt. Anschließend folgen in den Kapiteln 2-5 weitgehend deskriptive Darstellungen der Prozesse der vier Angeklagten. Das Buch schließt mit einer abschließenden Betrachtung (Kapitel 6), in der die aus Autorensicht wesentlichen Aspekte und Abläufe für die Arbeit und Strategie der Verteidigung zusammengefasst werden. Im Anhang werden die Rechtsgrundlagen von IMT und

NMT aufgenommen. Außerdem enthält der Anhang zwei Protokolle eines Zeitzeugengesprächs mit der ehemaligen Sekretärin von Friedrich Bergold sowie zwei wesentliche Beweismittel aus den Prozessen.

Im Grundlagenkapitel (52 Seiten im Umfang) wird auf die wesentlichen Aspekte der Verteidigerarbeit vor den internationalen Tribunalen bereits eingestimmt. So wird bspw. klar, dass es sich bei den Nachfolgeprozessen im Unterschied zu dem Hauptkriegsverbrecherprozess nicht um internationale, sondern nationale amerikanische Prozesse handelte, da diese von den US-Amerikanern als Besatzungsmacht geplant und durchgeführt wurden; allein Amerikaner saßen auf der Richterbank (S. 33). Weiter wird auf die Problematik des Angriffskrieges verwiesen, der dem deutschen Strafrecht fremd sei (vgl. aber mittlerweile das auch ins deutsche Strafrecht mittels § 13 VStGB in Umsetzung des Romstatuts eingeführte Verbrechen der Aggression, welches mit Gesetz zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches vom 22.12.2016³ am 1.1.2017 in Kraft getreten ist, aber zur Zeit der Veröffentlichung natürlich noch nicht vorlag) und damit die deutschen Verteidiger vor besonders große Herausforderungen stellte. Weiter wird auf die Einschränkung der Selbstbelastungsfreiheit gem. Art. 24 lit. g IMT-Statut hingewiesen, wonach sich der Angeklagte dem Verhör des Verteidigers und dem anschließenden Kreuzverhör zu stellen hat, auf die fehlenden Vorgaben hinsichtlich des Strafmaßes nach Art. 27 IMT-Statut, das zwischen Todesstrafe und Freiheitsstrafe alle Spielräume lässt, und die fehlenden Rechtsmittel der Urteile nach Art. 26 IMT-Statut, die lediglich eine Strafmaßänderung durch den Kontrollrat erlauben (S. 37).

Die nachfolgenden Kapitel über die einzelnen Prozesse folgen alle einem ähnlichen Aufbau: Nach Vorstellung der Person des Angeklagten wird der Prozess (Gang des Verfahrens, Vorbringen der Anklagebehörde, Prozessführung der Verteidigung, Schlussvorträge) und das Urteil dargestellt und es werden die Verteidigungshandlungen nach dem Urteil erläutert. Jedes dieser Kapitel schließt mit einem Fazit zu Fall und Verteidigung. Von diesen Kapiteln ist besonders Kapitel 2 über den Prozess des abwesenden und – wie sich ex post herausstellte – bereits verstorbenen Martin Bormann von besonderer Bedeutung, da dies der historisch erste internationale Prozess gegen einen Abwesenden war. Mit Ausnahme eines Verfahrens vor dem vielfach kritisierten Sondergerichtshof für den Libanon (STL)⁴ hat es im Völkerstrafrecht seither keine Abwesenheitsverfahren mehr gegeben. Sowohl der ständige Strafgerichtshof in Den Haag⁵ als auch die UN-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und Ruanda (ICTR) sowie der Sondergerichtshof für Sierra Leone

¹ Die ebenfalls 2016 erschienene überarbeitete Dissertation des Augsburger Historikers *Hubert Seliger*, „Politische Anwälte?, Die Verteidiger der Nürnberger Prozesse“, beleuchtet die Biographien und den gesellschaftlichen Umgang der 264 Verteidiger in den Nürnberger Prozessen systematisch, allerdings aus (rein) historischer Perspektive. Im Buch selbst wird auf *Krösche*, in: Priemel/Stiller (Hrsg.), NMT, Die Nürnberger Militärtribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtsschöpfung, 2013, S. 605-609, und *Safferling/Graebke*, ZStW 123 (2011), 47-81, verwiesen.

² Daneben werden auch Prozessberichte einzelner Beteiligter und Zeitzeugen sowie Veröffentlichungen der damaligen Verteidiger sowie nachprozessuale Sekundärliteratur berücksichtigt.

³ BGBl. I 2016, S. 3150.

⁴ Vgl. hierzu *Oehmichen*, in: Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos/Öztürk (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, 2013, S. 613-629.

⁵ Lediglich gem. Art. 63 des Rom-Statuts wird die Abwesenheit des Angeklagten nur für den engen Ausnahme-Fall zugelassen, dass der Angeklagte das Verfahren behindert.

(SCSL)⁶ und für Kambodscha (ECCC)⁷ verbieten die Durchführung von Verfahren in vollständiger Abwesenheit des Angeklagten.⁸ Gleiches gilt für die Gerichte in Osttimor.⁹ Gegen die Einführung solcher Verfahren wird insbesondere ins Feld geführt, dass dies der Glaubwürdigkeit der Tribunale schaden würde.¹⁰ In einigen westlichen, meist kontinentaleuropäisch geprägten Ländern sind Abwesenheitsverfahren möglich.¹¹ Sowohl beim STL als auch in den meisten dieser nationalen Rechtsordnungen wird aber eine – wenn auch bisweilen eingeschränkte¹² – Wiederaufnahme des Verfahrens in Anwesenheit des in Abwesenheit Verurteilten zugestanden, sobald dieser ergriffen wurde. Dies entspricht auch der Rspr. des EGMR, wonach ein in seiner Abwesenheit Verurteilter, sobald er von dem Verfahren gegen ihn Kenntnis erlangt, die Möglichkeit haben soll, von einem Gericht eine Neubewertung des materiellen Vorwurfs gegen ihn zu bekommen (a fresh determination of the merits of the charge).¹³ Auch trifft ihn nicht die Beweislast dafür, dass er sich nicht der Strafverfolgung entziehen wollte oder dass seine

Abwesenheit die Folge höherer Gewalt war.¹⁴ Vielmehr besteht für den Staat eine positive Pflicht, dem Angeklagten die Möglichkeit zu eröffnen, dass sein Fall in seiner Anwesenheit neu verhandelt wird (right to re-trial).¹⁵ Vor diesem Hintergrund erstaunt es zu lesen, dass vor dem IMT ein solches Recht auf Wiederaufnahme nicht bestand. Vielmehr gab das Nürnberger Gericht bekannt, dass im Falle der Verurteilung das Urteil nach Ergreifen Bormanns sofort zu vollstrecken sei (S. 58 f.). Entsprechend richtete sich das Verteidigerbemühen im Wesentlichen auf Aussetzung des Verfahrens, auf den Nachweis des Todes Bormanns sowie, nach Urteilsverkündung, auf die Aufhebung des Letzteren. Alle drei Bemühungen waren nicht von Erfolg gekrönt. Interessant und teilweise zielführend waren allerdings die Bemühungen Bergolds, unter Verweis auf § 160 StPO die Anklagebehörde zur Ermittlung auch entlastender Tatsachen anzuhalten. Dies wurde zwar mit der dem angelsächsischen Recht entsprechenden Bemerkung „I do not, in any instance, serve two masters“ von Mr. Justice Jackson gekontert; das Gericht gewährte im Anschluss aber immerhin Bergold Einsicht in die Dokumente der Ankläger oder sichergestelltes Material (S. 59); aus deutscher heutiger Sicht selbstverständlich – zum damaligen Zeitpunkt aber offenbar eine revolutionäre Errungenschaft der Verteidigung!

Beim Prozess gegen den Angeklagten Milch (Kapitel 3) setzt sich der Autor u.a. mit dem Problem der Verteidigung auseinander, die gegen eine „unfertige Anklage“ verteidigen musste, da die angebliche Beteiligungsform des Angeklagten in der Anklage noch in keiner Form konkretisiert war (S. 106). Weiter wird auf ein auch heute vor den internationalen Tribunalen bestehendes Problem verwiesen, nämlich, dass den Verteidigern nicht hinreichend Zeit zur Auseinandersetzung mit den umfangreichen Dokumenten gewährt wird. Der entsprechende Antrag Bergolds auf Vertagung des Prozesses, da noch nicht alles Beweismaterial ausgewertet und eine zusammenhängende Präsentation nicht möglich sei, wurde mit der Begründung abgewiesen, das Gericht sei in der Lage, unzusammenhängendes Beweisangebot richtig einzuordnen (S. 118). Allerdings gelang es Bergold im Zuge dieses Prozesses immerhin zu erreichen, dass die Anklage bei der Präsentation eines Beweismittels das Dokument vollständig (und nicht nur die den Angeklagten belastenden Passagen) vorlegen musste (S. 120).

Beim Prozess gegen Horst Klein (Kapitel 4) besteht eine vom Autor herausgearbeitete Besonderheit in den sog. Closing Briefs, die nach dem Schlusswort des Angeklagten von der Anklagebehörde eingebracht wurden, dank des heftigen Protestes der Verteidiger aber vom Gericht unberücksichtigt blieben (S. 219). Im Prozess gegen Biberstein schließlich fokussiert sich die Verteidigung, wie oft bei internationalen Strafprozessen, auf die Rolle des Angeklagten, der keine Kenntnis vom Führerbefehl zu haben angab und bei dem

⁶ Beim Sondergerichtshof für Sierra Leone ist eine Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten nur möglich, wenn dieser zu Beginn des Verfahrens vor Gericht erschienen ist (Regel 60 der Verfahrens- und Beweisregeln des SCSL).

⁷ Regel 80 der Internen Verfahrensregeln (internal rules).

⁸ Vgl. Art. 20 ICTR-Statuts, Art. 21 ICTY-Statut, Art. 17 (4) (d) SCSL-Statut und Regel 60 der Verfahrens- und Beweisregeln des SCSL sowie Regel 81 der ECCC Internal Rules. Nach den beiden letzten (hybriden) Tribunalen kann – ähnlich der deutschen Regelung – das Verfahren in Abwesenheit fortgesetzt werden, wenn der Angeklagte zu Beginn des Verfahrens erschienen ist und sich danach weigert, dem Verfahren beizuwohnen, vgl. Regel 81 Abs. 4 der ECCC Internal Rules, bzw. aus Krankheitsgründen verhandlungsunfähig ist, Regel 81 Abs. 5 der ECCC Internal Rules.

⁹ Art. 5, 30 der Transitional Rules of Criminal Procedures for East Timor, adopted by the UN Transitional Administration in East Timor by Regulation No. 2000/30.

¹⁰ Siehe bspw. *Meron*, Foreign Affairs 76 (1997), 4 (betr. ICTY's Entscheidung gegen In-Absentia-Verfahren); Human Rights Watch report of 17.11.2006 on „Secretariat of the Rules and Procedure Committee Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia“, S. 1 (betr. ECCC); *Mundis*, AJIL 94 (2000), 759 (762).

¹¹ Z.B. in Frankreich, Italien, Rumänien, Albanien, Spanien und Belgien. Vgl. *Paul*, Das Abwesenheitsverfahren als rechtsstaatliches Problem, 2007.

¹² Zu Italien vgl. die Entscheidung des BVerfG vom 15.12.2015 (BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 = NJW 2016, 1149), in welcher die Auslieferung nach Italien gegen die Menschenwürde und das im Rechtsstaatsprinzip verankerten Schuldprinzip verstieß, da dem in Abwesenheit verurteilten Amerikaner kein gleichwertiges neues Verfahren in Anwesenheit garantiert war.

¹³ EGMR, Urte. v. 12.2.1985 – 9024/80 (Colozza gegen Italien), Rn. 29.

¹⁴ EGMR, Urte. v. 12.2.1985 – 9024/80 (Colozza gegen Italien), Rn. 30.

¹⁵ EGMR, Urte. v. 13.2.2001 – 29731/96 (Krombach gegen Frankreich), Rn. 87.

daher keine Verbindung zu den angeklagten Verbrechen bestand (S. 282).

Das Buch liest sich sehr gut (und schnell); es bringt insbesondere für den Strafverteidiger interessante Erkenntnisgewinne. Die besondere Herausforderung für den *Autor* war sicher die Auswertung der umfangreichen Unterlagen (allein für den Angeklagten Biberstein im Rahmen des Ohlendorfprozesses waren dies bspw. 7.129 Seiten, vgl. S. 238). Besonders verdienstvoll ist, dass nicht nur die online frei zugänglichen¹⁶ Prozessunterlagen des Hauptkriegsverbrecherprozesses in Nürnberg, sondern darüber hinaus auch die umfangreichen Protokolle und Prozessunterlagen der Nachfolgeprozesse unter dem Kontrollratsgesetz Nr. 10, die (nur) im Bayrischen Staatsarchiv in Nürnberg eingesehen werden können, ausgewertet wurden. Von den fünf Angeklagten, die Bergold bei den Nürnberger Prozessen vertrat, wertet der *Autor* die Prozessunterlagen der Angeklagten Bormann (Hauptkriegsverbrecherprozess), Milch (zweiter Nachfolgeprozess), Klein (vierter Nachfolgeprozess) und Biberstein (neunter Nachfolgeprozess) aus. Leider wird der Prozess des fünften von Bergold verteidigten Angeklagten, Otto Dietrichs, der im sog. Wilhelmstraßen-Prozess angeklagt und zu sieben Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurde, ohne nähere Begründung ausgeklammert. Dies ist vermutlich auf den Umfang dieses letzten Prozesses (der *Autor* spricht von 25.000 Seiten Prozessunterlagen, vgl. S. 24), in dem Dietrichs nur einer von 21 Angeklagten war, zurückzuführen. Zudem war aber der 11. Nachfolgeprozess aus wissenschaftlicher Sicht sicher weniger interessant als die ersten Prozesse, in denen erste Präjudizien (wie z.B. Einsicht in die Akten der Anklagebehörde) erst noch geschaffen werden mussten. Vor diesem Hintergrund ist der Erkenntnisgewinn aus den ersten vier von Bergold geführten Prozessen ohnehin mehr als ausreichend. Problematisch erscheint an einigen Stellen die eigene Würdigung des Sachverhalts, der sich der *Autor*, obgleich er eingangs lediglich „einordnend und nicht wertend“ beurteilen wollte (s.o.), offenbar nicht immer entziehen kann, wenn er bspw. zu Bormann schreibt: „Dass Dr. Bergold kaum Entlastungszeugen finden konnte, ist auf zwei wesentliche Gründe zurückzuführen. Einerseits war Bormann tatsächlich an den wesentlichen Verbrechen beteiligt [...]“ (S. 88) oder „An der Schuld Bormanns ändert dies freilich nichts.“ (S. 323). Oder, in solcher Pauschalität sicher angreifbar: „Schließlich waren die Angeklagten tatsächlich überwiegend schuldig“ (S. 327). Diese Würdigungen erscheinen nicht nur deplatziert, sie sind auch für die eingangs vorgestellte Forschungsfrage, in welchem Maße die Verteidigung tatsächlich Einfluss auf den Prozessablauf und -ausgang nehmen konnte, „wobei sich auch Fragen der Rechtsstaatlichkeit bzw. Fairness des Verfahrens stellen“, vollständig entbehrlich. Dem-

gegenüber wäre eine klarere Stellungnahme zu Fragen der Rechtsstaatlichkeit und Fairness des Verfahrens durchaus wünschenswert und auch – jedenfalls aus heutiger Sicht – angemessen gewesen; nicht nur anhand der offenkundig rechtsstaatswidrigen Verurteilung des in Abwesenheit Verurteilten Bormanns, sondern auch bei den erheblichen Einschränkungen des fairen Verfahrens, die im Rahmen des Buches zwar erwähnt werden (z.B. Vernehmung der Angeklagten ohne Verteidiger [S. 315] und ohne Belehrung über Selbstbelastungsfreiheit [S. 265]; Ladung des Strafverteidigers Bergold persönlich als Zeugen durch die Anklagebehörde, um über Zustandekommen einer eidesstattlichen Versicherung Auskunft zu erhalten [S. 206]; Einschränkungen der Unschuldsvermutung [S. 263], sowie die oben bereits ausgeführten erheblichen Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts), aber vergleichsweise selektiv und oberflächlich im abschließenden Kapitel 6 auf insgesamt zwölf Seiten angerissen werden. Allein die umfangreiche Auseinandersetzung mit den Prozessunterlagen und die in diesem Zusammenhang in den Kapiteln 2-5 zusammengetragenen Erkenntnisse und Fakten machen diese Schwäche aber wett, weswegen das Buch jedem Juristen, der sich auch mit internationalen Verfahren befasst, uneingeschränkt zu empfehlen ist.

Dr. Anna Oehmichen, Mainz

¹⁶ Sämtliche Protokolle des Hauptkriegsverbrecherprozesses werden durch das Marburger Forschungs- und Dokumentationszentrum für Kriegsverbrecherprozesse online zur Verfügung gestellt, vgl. <https://www.uni-marburg.de/icwc/forschung/2weltkrieg/nuernberg/nuernbergeprprozessehauptkriegsverbrecher> (3.11.2017).

Buchrezension

Benjamin Roger, Grund und Grenzen transnationaler Strafrechtspflege, Eine strafprozessuale Untersuchung der Rechtshilfe unter besonderer Berücksichtigung des Prinzips gegenseitiger Anerkennung in der EU, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, 323 S., € 79,90.

Benjamin Roger hat sich mit seiner von *Bernd Schünemann* betreuten Doktorarbeit ein Thema von höchster Relevanz und Aktualität ausgesucht. Die Stellung des Beschuldigten in transnationalen Strafverfahren erlangt nicht zuletzt im Hinblick auf die von einigen Mitgliedstaaten nun jüngst geschaffene Europäische Staatsanwaltschaft¹ und der nun kürzlich in Kraft getretenen Umsetzung der Europäischen Ermittlungsanordnung² neue Relevanz.

Roger macht aber bereits mit den auf das Jahr 1883 bzw. 1887 datierten Eingangszitaten von *Geyer* und *Lammasch* deutlich, dass die Problematik zwar aktuell, aber gleichsam zeitlos ist. Zeitlosigkeit und Aktualität begleiten den Leser dann das gesamte Buch über. Der Grundlegendes versprechende Titel wird von einem Untertitel begleitet, der andeutet, dass sich das Werk nahtlos in die bisherige Forschung zum europäischen Strafrecht einreihen kann. Die Dualität wird aber auch in Struktur und Aufbau konsequent durchgehalten. Neben der obligatorischen Einleitung und der ebenso zwingenden abschließenden Zusammenfassung besteht das Werk aus zwei Teilen, wobei sich der erste unter dem Titel „Das Modell einer internationalen arbeitsteiligen Strafrechtspflege“ mit der theoretischen Fundierung der Rechtsstellung des Beschuldigten in grenzüberschreitenden Strafverfahren beschäftigt (S. 26 ff.), während der zweite Teil „Das Prinzip gegenseitiger Anerkennung im Gefüge der transnationalen Strafrechtspflege“ in den Blick nimmt (S. 217 ff.).

Dem im Titel versprochenen „Grund“ entsprechend beginnt *Roger* nach einem kurzen Problemaufriss mit einer Darstellung der gängigen Theorien zur rechtlichen Qualifizierung von Rechtshilfe (S. 28 ff.). *Lammaschs* Rechtspflege-theorie, die die Rechtshilfe der Rechtspflege zuordnet, wird ebenso thematisiert, wie das Gegenkonzept *Voglers*, der in seiner Vertragstheorie allein Völkerrecht als Grenze rechtshilferechtlicher Pflichten akzeptieren will. Die insofern historische Einführung in die Thematik betont wiederum die Zeitlosigkeit des Themas und bietet für den interessierten Leser eine gute Möglichkeit, sich die Ausgangspunkte moderner polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit vor Augen zu führen. Für die relevanten Sachfragen scheint der Mehrwert einer vorherigen Theorisierung, die teilweise zeitlich vor Inkrafttreten des Grundgesetzes angesiedelt ist, aber begrenzt zu sein.³ So neigt auch *Roger* im Ergebnis einer als modifiziert zu bezeichnenden Rechtspflegetheorie zu, indem er anerkennt, „dass jeder Akt der Rechtshilfe letztlich einem

Strafverfahren dient“ (S. 43). Damit nähert sich *Roger* bereits hier dem Leitbild eines international-arbeitsteiligen Strafverfahrens, das er aber erst später eingehend auf seine Tauglichkeit hin untersucht. Zuvor wird die Rechtsstellung des Beschuldigten im Rechtshilfeverfahren in den Blick genommen (S. 44 ff.). Auch hier untersucht *Roger* ausgehend von der Rechtshilfe- und Rechtspflegetheorie, wobei er selbst einräumen muss, dass beispielsweise *Lammaschs* Ansatz auf anderen Annahmen beruht als heutige Untersuchungen. Vor allem musste er noch von einer Auslieferungspflicht und einer fehlenden Rechtsstellung des Individuums insbesondere im Völkerrecht ausgehen. Bereits deshalb können Rechtspflege- und Rechtshilfetheorie lediglich als historische Ideenvorbilder verstanden werden, die auch *Roger* im Ergebnis nicht überzeugen.

Nach diesem historischen Vorspann wendet sich *Roger* dem Heute zu und leitet aus grund- und menschenrechtlichen Grundlagen in der EU Leitlinien für die Rechtsstellung des Beschuldigten her, die letztendlich in einem Benachteiligungsverbot bzw. Gleichbehandlungsgebot nach dem Leitbild eines international-arbeitsteiligen Strafverfahrens münden (S. 69 ff.). *Roger* knüpft insofern an dem insbesondere von *Schomburg* und *Lagodny* geprägten Bild⁴ an, entwickelt es dann aber für die Beweisrechtshilfe in der EU deutlich weiter. Dazu differenziert er zwischen von ihm als innerprozessual bzw. prozessunabhängig bezeichneten Gefahren (S. 124 ff.). Zu ersteren gehören diejenigen Maßnahmen, die erst durch das (spätere) Strafverfahren die Rechtsstellung der Beschuldigten belasten; zu letzteren solche, die unabhängig vom Verfahren und seinem weiteren Fortgang in die Beschuldigtenrechte eingreifen. Beispiele für innerprozessuale Gefahren sind insbesondere solche, die sich aus der späteren Beweisverwertung ergeben. Prozessunabhängige Gefahren sind beispielsweise Eingriffe durch Wohnungsdurchsuchungen oder Inhaftierungen. Die genaue Abgrenzung erfolgt über eine von ihm „Drittbezogenheits-Test“ genannte Prüfung, ob die Beschränkungen einer Maßnahme auch zugunsten beliebiger Dritter bestehen (S. 133 ff.). Dann handele es sich um prozessunabhängige Schranken, die prozessunabhängige Gefahren verhüten sollen. Anhand dieser Differenzierung der Beeinträchtigungen löst *Roger* überzeugend das mit dem Ansatz eines Gleichbehandlungsgebots automatisch einhergehende Problem „Gleichbehandlung wozu?“. Von den beiden möglichen Referenzrechtsordnungen, der des ersuchenden und der des ersuchten Staates, wählt er für die innerprozessualen Gefahren diejenige des Forums als Schranke aus. Für die prozessunabhängigen Gefahren habe sich der ersuchte Staat hingegen für rein nationale Strafverfahren selbst Grenzen gesetzt, die auch dann gelten müssten, wenn das Strafverfahren ein ausländisches sei. Daraus folge, dass für die Vornahme einer Rechtshilfebehandlung die Eingriffsvoraussetzungen auch nach dem Recht des ersuchten Staates vorliegen

¹ Siehe VO (EU) 2017/1939, ABl. EU 2017 L 283, S. 1 ff.

² Siehe §§ 91a ff. IRG.

³ Vgl. bereits ebenso *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 53. Lfg., Stand: November 2001, Vor § 1 Rn. 6 f.

⁴ *Schomburg/Lagodny*, NJW 2012, 348; *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, Einleitung Rn. 112 ff.; *Schomburg/Lagodny/Schallmoser*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2013, § 13 Rn. 76 ff.

müssten (S. 143 ff.). Bei der Intensität der gerichtlichen Überprüfung lässt er aber Abstriche zu, die auf dem Vertrauen in die Einschätzung des ersuchenden Staates beruhen.

Daneben bestünden auch Maßnahmen, die „doppelfunktional“ seien. Beispiel sei hier eine Vernehmung unter Gabe eines „Wahrheitsserums“. In diesen Fällen dürfe der ersuchende Staat nicht über die eigens gesetzten Grenzen hinaus im Ausland Beweise erheben lassen.

Für eine Anwendung der *lex fori* auf die innerprozessualen Gefahren spricht bereits, dass nur so die Verfahrensfairness als Grundlage einer Akzeptanzfunktion des Strafurteils im Forumsstaat gewährleistet werden kann.⁵ Daher habe der ersuchende Staat bereits bei der Stellung des Ersuchens für eine spätere Verwertbarkeit Sorge zu tragen. Offen bleibt dabei freilich, wie es sich mit Beweisen verhält, die bereits vor Stellung eines Ersuchens erhoben wurden oder die für mehrere Strafverfahren in unterschiedlichen Rechtsordnungen benötigt werden. Dieses Problem des „Beweistransfers“ löst Roger, indem er auch hier die *lex fori* konsequent anwendet und anhand der Beweisverwertungsregeln entscheidet, die auch bei „offenem“ Verstoß gegen nationales Recht im Inland gelten würden (S. 175 ff.). Die Überprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit der durchgeführten Maßnahme durch den ersuchenden Staat dürfe aber wiederum eingeschränkt werden, sofern es geeigneten Rechtsschutz im ersuchten Staat gebe.

Die Differenzierung Rogers überzeugt und enthält das Potential einer praktikablen Operationalisierung des Gleichbehandlungsgebots.

Neben diesen aus den nationalen Strafverfahrensrechten erwachsenden Grenzen der Rechtshilfe thematisiert Roger als „äußerste Grenzen“ dem Rechtshilferecht selbst immanente Schranken wie die Spezialitätsbindung sowie den *ordre public*.

Nach der Beschreibung der Rechte des Beschuldigten muss zwangsläufig die Erörterung ihrer Durchsetzung erfolgen. Roger behandelt diesen Punkt unter der Überschrift „Wirksame Verteidigung und Rechtswege“ (S. 182 ff.), wobei man sich fragen kann, inwieweit ein „Recht auf Verteidigung“ nicht auch eine innerprozessuale Schranke ist. Was die Durchsetzung angeht, leitet er aus dem Leitbild eines international-arbeitsteiligen Strafverfahrens folgerichtig eine Gesamtverantwortung der Staaten und das damit einhergehende Verbot von durch die Grenzüberschreitung bedingten Rechtsschutzlücken ab.

Nach diesen dogmatischen Überlegungen folgt deren Übertragung auf das in der EU wesentliche Element neuerer Rechtshilfeinstrumente: das Prinzip gegenseitiger Anerkennung. Auch hier erfolgt der Einstieg historisch mit einer Erläuterung des Ursprungs im Binnenmarkt und der anschließenden Übertragung auf die Strafrechtspflege (S. 217 ff.). Letztere wird erwartungsgemäß kritisch gesehen. Zutreffend weist Roger darauf hin, dass die gegenseitige Anerkennung ebenso wie das darin ausgedrückte Vertrauen der Mitgliedstaaten untereinander an sich kein Wert sei, eine Legitimation

also auf andere Weise erfolgen müsse. Das Prinzip gegenseitiger Anerkennung sei daher nicht anders zu legitimieren als „klassische“ Rechtshilfe. Dies führt Roger zu einer Untersuchung der konkreten Umsetzung der gegenseitigen Anerkennung durch die EU. Diese beginnt zunächst mit einem Überblick über das Verhältnis von europäischem und nationalem Recht im Allgemeinen (S. 249 ff.) und einer Darstellung der bisherigen auf dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung beruhender Rechtsakte, die sich aufbauend auf den im ersten Teil erarbeiteten Erkenntnissen an den Punkten „prozessuales Gleichgewicht“ und „Gesamtverantwortung der beteiligten Hoheitsträger“ orientiert (S. 253 ff.). Sehr erfreulich ist es, dass nicht jeder Rechtsakt einzeln analysiert wird, sondern Gemeinsamkeiten jeweils zusammengefasst werden. Das vermeidet Redundanzen und sorgt für einen umfassenden Überblick. Roger verdeutlicht dabei sein umfassendes Wissen über das europäische Strafrecht. Die Analyse der bestehenden Rechtsakte mündet in einen Ausblick auf die Europäische Staatsanwaltschaft (S. 284 ff.). Auch wenn die jüngsten Änderungen des Verordnungsvorschlags⁶ freilich nicht berücksichtigt werden, bietet Roger dennoch einen profunden Überblick über den generellen Mechanismus. Die Untersuchung wird durch eine differenzierte und im Einzelnen überzeugende Gesamtbetrachtung des Prinzips gegenseitiger Anerkennung abgerundet (S. 287 ff.), bevor die Untersuchungsergebnisse noch einmal thesenartig zusammengefasst werden (S. 297 ff.).

Insgesamt liefert Roger damit einen gelungenen Beitrag zu einer höchst aktuellen Debatte und entwickelt die bestehenden Ansätze zur Wahrung der Beschuldigtenrechte, insbesondere bei der Beweisrechtshilfe, konsequent fort. Damit ist dieses Werk ein *must read* für jeden, der sich mit Beweisrechtshilfe in der Europäischen Union wissenschaftlich auseinandersetzt.

Ass. iur. Annika Maleen Poschadel, MLE., Freiburg

⁵ Vgl. z.B. auch Gleß, ZStW 125 (2013), 573 (575): „Rechtskonnotation“.

⁶ Siehe insbesondere Rats-Dok. 10081/17.

Buchrezension

Eric Hilgendorf, Einführung in das Medizinstrafrecht, C.H. Beck, München, 2016, 133 S., € 24,90.

Das Medizinstrafrecht zählt nicht erst seit dem In-Kraft-Treten des neuen Sterbehilfeparagraphen (§ 217 StGB) und des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen (§§ 299a ff. StGB) zu einem der neuen, „heißen“ Gebiete der Jurisprudenz. Mediziner und medizinische Einrichtungen stehen schon länger im Fokus der Ermittlungsbehörden. Erinnert sei hier nur an den Transplantationsskandal von Göttingen, der in diesen Tagen mit einem Freispruch des Hauptangeklagten vor dem Leipziger Senat des BGH¹ sein Ende fand. Ob dieser Eindruck darauf zurückzuführen ist, dass die Mitglieder des Berufsstandes, die vor nicht allzu langer Zeit noch als Halbgötter in Weiß bezeichneten wurden, nunmehr in den Niederungen des Irdischen angekommen sind, ob durch den Verlust dieses Nimbus² (auch) bei Ärzten heutzutage genauer hingesehen wird (Stichwort: Schließung von Strafbarkeitslücken durch § 299a ff. StGB) oder ob es sich bei alldem nur um ein Schattengefecht gegen vermuteten, faktisch aber gar nicht bestehenden Wildwuchs handelt, ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden. Die Tatsache jedoch, dass man Bücher wie das vorliegende oder auch auf das Thema fokussierte Fachzeitschriften publiziert, zeigt, dass dem strafrechtlich relevanten Verhalten dieser Berufsgruppe offenbar große Bedeutung zugemessen wird.

Das Buch richtet sich zuvorderst an Studierende der Rechtswissenschaft. Daneben soll es auch Mediziner und andere Heilberufler und darüber hinaus die interessierte Öffentlichkeit ansprechen. Durch eine „klare und verständliche Darstellungsweise“ soll diese Zielgruppe an das Thema herangeführt und ein Problembewusstsein geschaffen werden. Es sei schon an dieser Stelle betont, dass das Werk dieses Ziel ohne Abstriche erreicht. Hervorzuheben ist, dass der *Autor* zur Schaffung dieses Problembewusstseins nicht nur zu der in Lehrbüchern bewährten Methode des Beispielfalls greift, um die Anwendung des jeweiligen Tatbestandes zu verdeutlichen, besonders aufgefallen ist die Gabe des *Autors*, die komplexen und vielschichtigen medizinethischen Probleme bei Sterbehilfe (§ 217 StGB), Schwangerschaftsabbruch (§ 218 StGB), dem Embryonenschutzgesetz (ESchG) oder auch den strafrechtlichen Aspekten des bereits erwähnten Transplantationsskandals verständlich zusammenzufassen. Der erwünschten Annäherung an das Gebiet dienen auch die im gesamten Buch zu findenden knappen, dennoch informativen historischen Ausführungen. Sie helfen, die aktuellen rechtlichen Regelungen nachvollziehen und verstehen zu können (insbesondere das gelungene Kapitel 3 „Zur Geschichte der Euthanasie“). Das bei dem Umfang des Werks mit 130 Seiten eine vertiefende Darstellung der dogmatischen Hintergründe nicht geleistet werden kann versteht sich von selbst und ist auch nicht Aufgabe einer „Einführung“. Weniger geeignet ist das Buch für den Praktiker. Dies liegt zum

einen an dem Umfang des Werks, der eine tiefergehende Befassung mit den Details verbietet, zum anderen aber auch daran, dass die durchaus vorhandenen Verweise im Fußnotenapparat eher für eine weitergehende dogmatische Befassung mit der Materie geeignet sind, als zur Auffindung der für die Praxis so bedeutenden Rechtsprechung. Auch die im gesamten Medizinrecht so wichtige Querverbindung zu den übrigen Normen, sei es aus dem Sozialversicherungs-, dem Berufs-, oder dem Zivilrecht gelingt nicht immer und schränkt die Nutzbarkeit für den Praktiker ein. Es sei erwähnt, dass diese Querverbindungen für die Zielgruppe der Studierenden, die einen ersten Überblick erhalten sollen, wohl weniger interessant sind. Für die explizit genannte Zielgruppe der Mediziner und anderen Heilberufler gilt dies jedoch umso mehr.

Inhaltlich orientiert sich das Buch nach einer knappen und gelungenen Einführung, die insbesondere einen historischen Überblick bietet, in seinen zehn Kapiteln an den klassischen arzt spezifischen und -typischen Straftatbeständen. Dabei fällt auf, dass der *Autor* den Tatbestand der Ausstellung unrichtiger Gesundheitszeugnisse (§ 278 StGB), eines echten Sonderdelikts, nicht darstellt. Ob dieser schlicht übersehen wurde oder aus Sicht des *Autors* keine relevanten Besonderheiten aufweist, die Studierenden nicht aus den übrigen Urkunden delikten bekannt sind, bleibt unklar. Für die Zielgruppe der Mediziner und Heilberufler stellt das Fehlen hingegen ein Manko dar. Der Tatbestand des § 278 StGB ist gerade in Bezug auf vermeintliche „Gefälligkeitsbescheinigung“ immer wieder Gegenstand von Ermittlungsverfahren gegen Ärzte, wie der Rezensent aus eigener Praxis berichten kann.

Den größten Raum nimmt das 2. Kapitel, „Der ärztliche Heileingriff“ ein. Die Darstellung ist insgesamt gelungen. Gerade die Ausführungen zu den dogmatischen Grundlagen überzeugen und dürften geeignet sein, auch Medizinern verständlich zu machen, warum aus herrschender strafrechtsdogmatischer Sicht ein Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Hilfreich ist in diesem Zusammenhang der Verweis auf S. 11 Rn. 9 und den Umstand, dass nicht nur Ärzte, sondern auch Richter berufsbedingt objektive (Straf-) tatbestände erfüllen: jene den des § 223 StGB, diese den des § 239 StGB bei einer Verurteilung des Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe. Hervorzuheben ist die Darstellung der Beschneidung von Säuglingen und Kleinkindern. *Hilgendorf* verweist zu Recht auf den auch verfassungsrechtlich unhaltbaren Wertungswiderspruch zwischen § 226a StGB, der die Beschneidung von Mädchen und Frauen als „Verstümmelung weiblicher Genitalien“ in den Rang eines Verbrechens hebt und § 1631d BGB, der die „Beschneidung des männlichen Kindes“ sogar durch Nicht-Ärzte billigt. Während der Rezensent dem *Autor* ohne Einschränkungen darin folgt, dass eine geschlechtsneutrale Formulierung des § 226a StGB geboten ist, kann er dies bei der Forderung nach einer analogen Anwendung der Regelung des § 1631d BGB auch auf weibliche Kinder nicht. Wenn § 226a StGB geschlechtsneutral gefasst wird und zugleich § 1631d BGB analog auf weibliche Kinder angewendet werden soll, so würde die Beschneidung der äußeren Genitalien bei einem Kind gleich welchen Ge-

¹ BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 (noch nicht veröffentlicht).

schlechts durch die Eltern einwilligungsfähig sein, und damit in diesem Fall für den Operateur straffrei.

Dieses „Lösung“ mag zwar die aktuell bestehende Ungleichbehandlung von Jungen und Mädchen beseitigen, stellt aber doch eine sehr technische Betrachtung dieses Rechtsproblems dar und kann aus grundlegenden verfassungsrechtlichen (Art. 1 und 2 GG) und ethisch-moralischen Gesichtspunkten nicht geteilt werden.

In der nächsten Ausgabe korrigiert werden sollte im Rahmen der Ausführungen zur ärztlichen Aufklärung (S. 20 Rn. 51) die Behauptung, dass eine bestimmte Form der Aufklärung nicht vorgeschrieben sei. Diese Darstellung ist zumindest missverständlich. Seit Jahrzehnten unumstritten und auch Inhalt der gesetzlichen Regelung in § 630e Abs. 2 BGB geworden, ist die Anforderung, dass die Aufklärung mündlich zu erfolgen hat. Eine rein schriftliche Aufklärung reicht regelmäßig nicht. Auch wenn zivilrechtsdogmatisch diskutiert werden kann, ob es sich bei der mündlichen Form um eine „Form“ im Sinne des BGB handelt, ist ein Hinweis auf die zwingend vorgeschriebene Mündlichkeit wichtig. Wenn der *Autor* auf S. 21 Rn. 53 ausführt, dass die Aufklärung auch durch einen Arzt eines anderen Fachgebietes durchgeführt werden kann und in diesem Fall die Grundsätze der horizontalen Arbeitsteilung Anwendung finden, fehlt der Hinweis auf § 630e Abs. 2 BGB, wonach „die Aufklärung [...] mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen [muss], die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt“. Damit scheidet ein fachgebietsfremder Facharzt als aufklärender Arzt regelmäßig aus.

Verkürzt ist schließlich die Darstellung, nach der die Möglichkeit einer „hypothetischen Einwilligung“ in der „jüngeren Literatur“ diskutiert werde. Auch wenn diese Diskussion stattfindet, so ist doch die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung ein schon länger etablierter ständiger Begleiter der Arzthaftungsrechtsprechung. Verwiesen sei nur auf die Rechtsprechung des BGH.² Nicht zuletzt sieht auch das Patientenrechtegesetz eine solche hypothetische Einwilligung vor. So lautet § 630h Abs. 2 S. 2 BGB: „Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.“

Ausführlich und gut verständlich dargestellt wird das Kapitel 4 „Sterbehilfe“. Besonders die in Form eines Exkurses vorliegende knappe Darstellung der Geschichte der Euthanasie (S. 29-36) sei dem Leser zur Lektüre empfohlen. Die sich anschließenden Kapitel 4 „Recht der Sterbehilfe“ und Kapitel 5 „Sterbehilfegesellschaften“ stehen unter dem Eindruck des neuen § 217 StGB. *Hilgendorf* führt überzeugend die Argumente gegen die vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Intention und die gewählte Fassung des § 217 StGB aus. Nicht nur stellt sich die Frage des Erfordernisses dieses Straftatbestandes als solcher, auch die Diskrepanz zwischen Wortlaut der Norm und der aus der Gesetzesbegründung sich ergebenden

Intention des Gesetzgebers betreffend die Tätigkeit der stationären und insbesondere ambulanten Palliativversorgung wird prägnant und verständlich dargestellt. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass nach hiesiger Kenntnis das Bundesverfassungsgericht beabsichtigt, noch im Verlauf dieses Jahres die anhängigen Verfassungsbeschwerden gegen die Norm zu entscheiden, auch soll eine mündliche Verhandlung geplant sein.³

Auch das sich anschließende Kapitel 6 „Der Schwangerschaftsabbruch“ ist dem *Autor* gelungen. Besonders ist die graphische Aufarbeitung zum Schutz des ungeborenen Lebens in den verschiedenen Entwicklungsstadien aus dem juristischen Blickwinkel hervorzuheben, der sich von der medizinischen Betrachtung unterscheidet.

Das 7. Kapitel „Embryonenschutz und Stammzellenforschung“ weist einmal mehr den für das Buch typischen Zugschnitt auf. Der Schwerpunkt liegt weniger in den einzelnen Straftatbeständen der Spezialgesetze, als vielmehr in dem gelungenen Unterfangen, dem Leser einen Überblick über die Regelungsmaterie und das darin begründete religiös-ethisch-moralische, aber auch medizinische und juristische Konfliktpotential aufzuzeigen. Gerade bei diesem Thema macht sich die Neigung *Hilgendorfs* zu historischen Ausführungen bezahlt. Trotz der Kürze der Erläuterungen spart der *Autor* nicht daran, die im geltenden Recht bestehenden Widersprüche und Unstimmigkeiten aufzuzeigen.

Der aktuellen Entwicklung entsprechend umfangreich widmet sich das Werk im Kapitel 8 der Organtransplantation. Nach einer knappen Einführung mit einer Darstellung der verschiedenen denkbaren und in der öffentlichen Debatte vertretenen Regelungsmodelle zur Zustimmung des Spenders in die Spende post mortem (insb. Widerspruchs- vs. Zustimmungslösung mit ihren Unterarten) widmet sich der *Autor* einer recht detaillierten Darstellung des Ablaufs einer Organspende nach geltendem Recht und der Rolle der beteiligten Akteure. Der „Organspendeskandal“ von 2012/2013 wird mit einem eigenen Kapitel gewürdigt. *Hilgendorf* stellt die Hintergründe des zum Zeitpunkt der Drucklegung allein verfügbaren, den angeklagten leitenden Arzt freisprechenden Urteils des LG Göttingen dar, ohne sich selbst zu positionieren. Mangels einschlägiger Bestimmungen des Transplantationsgesetzes in der damals geltenden Fassung erfolgte die Anklage allein auf Basis des Strafgesetzbuchs. Wie bereits eingangs dargestellt, kann aus heutiger Sicht ergänzt werden, dass der BGH⁴ die von der Staatsanwaltschaft eingelegte Revision zurückgewiesen und den Arzt endgültig vom zuletzt noch erhobenen Vorwurf des versuchten Totschlags in acht Fällen freigesprochen hat. Das Handeln des Arztes, nämlich die Manipulation der Patientenakten mit dem Ziel, diese auf der Warteliste bei der zentralen Vermittlungsstelle für Organe auf eine aussichtsreiche Position zu heben, wäre jedoch nach der zwischenzeitlich geänderten Gesetzeslage als Verstoß

² BGH, Beschl. v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03 = MedR 2005, 159; BGH, Urt. v. 20.3.2013 – 1 StR 320/12 = NSTZ-RR 2013, 270.

³ DÄBl. 2017; 114(9): A-398/B-344/C-336; <http://rsw.beck.de/aktuell/meldung/bverfg-gibt-bundestag-mehr-zeit-fuer-stellungnahme-zum-sterbehilfe-verbot> (3.11.2017).

⁴ BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 = NJW 2017, 3249.

gegen die neuen Straftatbestände des Transplantationsgesetzes als Vergehen strafbar.

Als klassische Prüfungsmaterie in der juristischen Ausbildung widmet sich der *Autor* im folgenden Kapitel 9 „Die ärztliche Schweigepflicht“ dem § 203 StGB recht detailliert und aus einem klassisch-dogmatischen Lehrbuchblickwinkel. Auch das Prüfungsschema fehlt nicht (S. 105). Die Darstellung ist jedoch durchaus gelungen, auch wenn sie aufgrund der Orientierung am Prüfungsaufbau für den nichtjuristischen Leser ungewohnt sein dürfte. Nicht berücksichtigen konnte der *Autor* die zwischenzeitliche Änderung⁵ des § 203 StGB, die es unter anderem Ärzten ermöglicht, externen Dienstleistern, wie z.B. IT-Fachkräften, gegenüber unter vertraglicher Verpflichtung zur Verschwiegenheit geschützte Geheimnisse straffrei zu offenbaren, sofern dies für deren Mitwirkung erforderlich ist.

Den Abschluss in der Darstellung der bestehenden Straftatbestände bietet das 10. Kapitel „Korruption und Abrechnungsbetrug“. Bedauerlicherweise lag die Drucklegung des Werks vor der finalen Fassung des „Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“, sodass der *Autor* die letztlich Gesetz gewordene Fassung nicht berücksichtigen konnte. Er widmet dem damals bekannten Entwurf ein eigenes Unterkapitel. Die übrigen Straftatbestände (§§ 263, 299, 331, 332 StGB) werden knapp dargestellt. Letztlich handelt es sich bei diesen nicht um arzt- oder medizinspezifische Regelungen, sodass ohne eine vertiefte Kenntnis der flankierenden sozial-, berufs- und zivilrechtlichen Regelungen die Brisanz dieser Straftatbestände im medizinischen Bereich kaum erkennbar ist. Die Darstellung dieser Hintergründe unterbleibt indes fast vollständig, sodass dem Leser dieses Kapitels letztlich kaum ein Mehrwert bleibt. Denn gerade das Dilemma der Ärzteschaft, sozialrechtlich zur Kooperation angehalten zu werden und strafrechtlich bei einer solchen dem Verdacht der Korruption ausgesetzt zu sein, begründet die Brisanz der Vermögensdelikte im Medizinstrafrecht. Vollständig verzichtet wird auf die Darstellung des Untreuetatbestandes (§ 266 StGB), der nach aktueller Rechtsprechung des BGH⁶ auf niedergelassene Vertragsärzte anwendbar sein soll. Bei der Darstellung des Abrechnungsbetruges kritisiert *Hilgendorf* mit Recht die Übertragung des sogenannten formalen Schadensbegriffs aus dem Sozialrecht in das Strafrecht und stellt die Hintergründe, nämlich das Fehlen eines eigentlich für § 263 StGB zwingend erforderlichen wirtschaftlichen Schadens, dar. Leider fehlt ein Hinweis, dass der BGH diesen formalen Schadensbegriff nunmehr nicht nur – wie dargestellt – bei Verstößen gegen vertragsärztliche und somit sozialrechtliche Formvorschriften anwendet, sondern auch bei Verstößen gegen rein formale

Abrechnungsvorschriften der privatärztlichen Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), einer amtlichen Taxe.

Das Buch schließt mit einem Ausblick auf die „Neuen Herausforderungen“. *Hilgendorf* benennt die Selbst-Optimierung des Menschen mit seinen Ausprägungen Schönheitsoperationen, Doping, IVF und PID. Auch die Prädiktive Gendiagnostik wird angeführt und das damit zusammenhängende Problem des Rechts auf Nichtwissen erläutert. Nach kurzen Ausführungen zu neuen Bildgebenden Verfahren und dem Potential der Medizinrobotik benennt der *Autor* schließlich zutreffend die Abgrenzung zwischen Heilung und Verbesserung als (Zukunfts-)Problem der Medizin, Ethik und wohl auch des Medizin(straf-)rechts. *Hilgendorf* benennt cursorisch die Diskussionsgebiete, die sich insbesondere an den nicht trennscharfen Begrifflichkeiten und der fehlenden einheitlichen Definition von „Krank“, „Gesund“ und auch der eines „Normalzustandes“ entfalten. Dies ist ein Thema, das im Hinblick auf eine alternde Gesellschaft nicht nur medizinischen und juristischen, sondern gesamtgesellschaftlichen Diskussionsbedarf weckt.

Zusammengefasst handelt es sich bei dem Werk von *Hilgendorf* um eine echte Bereicherung. Der schwierige Spagat zwischen Kürze und Vollständigkeit ist dem *Autor* weitestgehend gelungen, die Lesbarkeit ist hervorragend. Die erhobene Kritik kann in der dem *Autor* und Werk zu wünschenden Folgeauflage berücksichtigt werden, wie auch eine Einarbeitung der zwischenzeitlichen Rechtsentwicklung.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht Torsten Nölling, Leipzig

⁵ Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen (AnwDienstlG) v. 30.10.2017, BGBl. I 2017, S. 3618, in Kraft getreten am 9.11.2017.

⁶ BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16, Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber der Krankenkasse bei der Verordnung von Heilmitteln.

Buchrezension

Dorian Dorschfeldt, Strafbarkeit von Facilitation Payments, Betrachtung der Strafbarkeit korruptiver Beschleunigungs- und Sicherungszahlungen, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2016, 360 S., € 69,-.

Der *Autor* widmet sich dankenswerterweise den immer wieder diskutierten „Facilitation Payments“ – das sind geringe Zahlungen an einen (ausländischen) Amtsträger, die dessen routinemäßige Amtshandlung sichern oder beschleunigen sollen. Strafverfolgungsbehörden dürften bei Zahlungen an ausländische Amtsträger nicht nur einmal gehört haben, dass solche Zahlungen nicht strafbar seien, weil sich der Zahlende aufgrund der Sitten des ausländischen Staates gezwungen gesehen habe, eine solche Zahlung zu leisten.

Dass überhaupt diskutiert wird, dass solche „Facilitation Payments“ nicht strafbar sind, folgt aus der OECD-Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (S. 31, 41). Es heißt in den Erläuterungen hierzu: „Kleinere Zahlungen zur Erleichterung sind keine Zahlungen im Sinne von Absatz 1, die geleistet werden, um einen Auftrag zu erlangen oder zu behalten, und somit ebenfalls nicht strafbar. Derartige Zahlungen, die in manchen Ländern geleistet werden, um Amtsträger zu veranlassen, ihre Aufgaben wahrzunehmen, wie zum Beispiel Genehmigungen oder Erlaubnisse zu erteilen, sind in dem betreffenden anderen Staat im allgemeinen rechtswidrig.“¹

Die Arbeit untersucht schwerpunktmäßig, ob „Facilitation Payments“ nach deutschem Recht strafbar sind.² Der *Autor* hat seine Arbeit im Sommersemester 2015 eingereicht, so dass sie durch die Reform der Korruptionsdelikte im November 2015 teilweise überholt ist. Die neue Rechtslage wird am Ende der Untersuchung jedoch knapp dargestellt (S. 321–323).

Die Zahlung von „Facilitation Payments“ an deutsche Amtsträger führe ohne weiteres zu einer Strafbarkeit nach §§ 331, 333 StGB (S. 191 ff.). Jedenfalls in Deutschland seien „Facilitation Payments“ nicht üblich, sodass eine Korrektur dieses Ergebnisses über „Sozialadäquanz“ (als ungeschriebenes Tatbestandskorrektiv) nicht in Betracht komme (S. 193 f.). In Fällen, in denen die Zahlung der Sicherung der Amtshandlung dienen solle, weil der Amtsträger ansonsten die Amtshandlung verweigere, komme jedoch eine Rechtfertigung nach §§ 32 oder 34 StGB in Betracht (S. 195 ff.).

Wenn die Zahlung von „Facilitation Payments“ an deutsche Amtsträger der Sicherung der Amtshandlung diene, scheide eine Strafbarkeit nach §§ 332, 334 StGB in der Regel

aus, da die Dienstpflichtverletzung nicht die Gegenleistung für den erlangten Vorteil sei (S. 205 ff.).

In Fällen, in denen die Zahlung zur Beschleunigung der Amtshandlung erfolge, komme eine Strafbarkeit nach §§ 332, 334 StGB in Betracht, wenn die Bearbeitungsreihenfolge ohne Rechtsgrund geändert worden sei (S. 203 f.). Nach Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu §§ 332, 334 StGB ist eine bevorzugte oder schnellere Erledigung einer dienstlichen Handlung nur dann pflichtwidrig und führt zu einer Strafbarkeit gemäß §§ 332, 334 StGB, wenn im Einzelfall ein anderer Antragsteller benachteiligt oder gegen eine materielle Pflicht zur Bearbeitung in einer bestimmten Reihenfolge verstoßen wurde (S. 172 ff.).³ Der *Autor* folgt dieser Rechtsprechung aber nicht, da verwaltungsrechtliche Vorgaben zur Bearbeitungsreihenfolge (auch außerhalb einer materiellen Pflicht zur Bearbeitungsreihenfolge) bestünden. Bei Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher oder untergesetzlicher Vorgaben ergebe sich die Bearbeitungsreihenfolge jedenfalls aus dem sogenannten Prioritätsprinzip. Auch eine Verletzung des Prioritätsprinzips begründet daher nach Ansicht des *Autors* eine pflichtwidrige Dienstpflichtverletzung im Sinne der §§ 332, 334 StGB (S. 180 ff.).⁴

Da Art. 2 § 1 IntBestG a.F. auf § 334 StGB⁵ Bezug nehmen, würden hinsichtlich der Strafbarkeit von „Facilitation Payments“ für ausländische Amtsträger die Ausführungen zu § 334 StGB grundsätzlich gelten. Bei der Frage, ob eine Dienstpflichtverletzung bei Beschleunigungszahlungen vorliege, müsse man jedoch das ausländische Recht betrachten. Nur wenn dieses eine Bearbeitungsreihenfolge vorgebe, gegen die verstoßen wurde, könne eine Dienstpflichtverletzung vorliegen (S. 277 ff.).

Ob bei „Facilitation Payments“ ausnahmsweise eine Strafbarkeit nach Art. 2 § 1 IntBestG a.F. ausscheiden könne, untersucht *Dorschfeldt* näher (S. 286 ff.): Eine Einschränkung über das Kriterium der Sozialadäquanz komme nicht in Betracht, da durch Bezugnahme auf § 334 StGB eine pflichtwidrige Diensthandlung vorliegen müsse und eine solche außerhalb des normalen Lebens liege. Zur Bestimmung der Sozialadäquanz könne nicht auf die Bräuche und Sitten des jeweiligen Auslands abgestellt werden, da Nr. 7 der Erläuterungen zur OECD-Konvention dies verbiete. Auch eine Ausnahme aufgrund der Nennung der „Facilitation Payments“ in den Erläuterungen zu der OECD-Konvention – (wohl) durch eine teleologische Reduktion oder im Wege der

¹ Nr. 9 der offiziellen Erläuterungen zur Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr der OECD vom 17.12.1997.

² Zudem finden sich in der Arbeit insbesondere Ausführungen dazu, wie es zu der OECD-Konvention kam (S. 48 ff.), wie andere Rechtsordnungen „Facilitation Payments“ behandeln (S. 80 ff.) und ob „Facilitation Payments“ moralisch verwerflich sind (S. 148 ff.).

³ Nachweise des *Autors* (S. 173 ff.): BGH, Urt. v. 5.10.1960 – 2 StR 427/60; BGH, Urt. v. 16.2.1961 – 1 StR 611/60; OLG Frankfurt, Urt. v. 9.3.1990 – 1 Ss 505/89; BGH, Urt. v. 13.11.1997 – 4 StR 426/97.

⁴ Etwas anderes gelte nur im Falle von §§ 332 Abs. 3 Nr. 2, 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB, da danach nur eine Beeinflussung des Ermessens hinsichtlich der Sachentscheidung unter Strafe gestellt ist, die Beschleunigungszahlung aber auf die Beeinflussung des Verfahrens ziele (S. 190, 327).

⁵ Art. 2 § 1 IntBestG a.F., der das Delikt der Bestechung eines ausländischen Amtsträgers enthielt, wurde durch die Reform der Korruptionsdelikte im November 2015 in § 335a StGB überführt.

völkerrechtsfreundlichen Auslegung – lehnt der *Autor* ab. Die Erläuterungen zur OECD-Konvention seien lediglich Auslegungshilfen und entfalteten keine Bindungswirkung (S. 291 ff.).

Der *Autor* weist aber darauf hin, dass die besondere Situation, die bei „Facilitation Payments“ vorliege, jedenfalls bei der Strafzumessung berücksichtigt werden könne. Zudem biete es sich im Einzelfall an, die Tat gemäß § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO (Absehen von der Verfolgung bei Auslandstaten) einzustellen (S. 298 ff.).

Unter Geltung des neuen § 335a Abs. 1 StGB würden diese Ausführungen weiterhin gelten (S. 322). §§ 331, 333 StGB fänden bei ausländischen Amtsträgern immer noch keine Anwendung. Das sieht der *Autor* kritisch, da man nicht von anderen Staaten effektive Korruptionsbekämpfung fordern könne, aber selbst bei Auslandssachverhalten ein anderes Maß als bei Inlandssachverhalten anlegen dürfe (S. 330).

In Fällen, in denen ein Vorteil im geschäftlichen Verkehr geleistet wurde, um eine Beschleunigung zu erreichen, sei der Vorteilsleistende gegenüber anderen Wettbewerbern bevorzugt worden, sodass eine Strafbarkeit in Betracht gekommen sei (S. 318 f.). In Fällen, in denen gezahlt wurde, um lediglich eine Geschäftshandlung zu sichern, habe keine Bevorzugung vorgelegen, sondern nur eine Gleichstellung. Daher sei eine solche Zahlung nicht strafbar gewesen (S. 319 f.).

Dass sich durch die Neufassung des § 299 StGB an der Strafbarkeit von „Facilitation Payments“ nichts geändert habe – wie der *Autor* ausführt (S. 323) –, erscheint nach Einführung des sogenannten Geschäftsherrenmodells fraglich: Nach § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für diesen anbietet, verspricht oder gewährt, dass er beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze. Spiegelbildlich gilt dies gemäß § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB für den Angestellten oder Beauftragten des Unternehmens. Eine Bevorzugung gegenüber einem anderen ist danach – anders als bei § 299 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB – nicht erforderlich. Bei „Facilitation Payments“ ohne Einwilligung des Unternehmens und bei entsprechender Pflichtverletzung gegenüber dem Unternehmen ist eine Strafbarkeit nach § 299 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 StGB somit (wenn deutsches Strafrecht Anwendung findet⁶) denkbar.

⁶ Denkbar dürfte eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei Auslandssachverhalten insbesondere nach § 7 Abs. 2 StGB bei solchen ausländischen Staaten sein, die auch das Europarats-Übereinkommen über die Korruption und den Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor umgesetzt haben, worauf die Einführung des Geschäftsherrenmodells zurückgeht: *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 299 Rn. 33. Vgl. zur Anwendbarkeit des § 299 StGB bei Auslandssachverhalten auch: *Kappel/Juckers*, NZWiSt 2016, 382 (384).

Der *Autor* setzt sich ausführlich mit den vielfältigen Aspekten der Thematik „Facilitation Payments“ auseinander. Auch wenn er zum Ergebnis kommt, dass „Facilitation Payments“ nach deutschem Recht strafbar sein können, so bietet die Untersuchung durchaus Anhaltspunkte, die in der strafrechtlichen Praxis zur Verteidigung genutzt werden können, z.B. dass bei Sicherungszahlungen eine Rechtfertigung nach §§ 32, 34 StGB in Betracht kommt oder im Einzelfall eine Einstellung nach § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO (Absehen von der Verfolgung von Auslandstaten) geboten sein könnte.

Dass im Falle von „Facilitation Payments“ – jedenfalls wenn ausländische Amtsträger bestochen werden – Ausnahmen von der Strafbarkeit diskutiert werden können, gilt auch nach dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015.⁷ Denn die Gesetzesmaterialien zu § 335a Abs. 1 StGB führen – zur Erläuterung, warum bei § 335a StGB ein Zusammenhang der Bestechung mit dem internationalen geschäftlichen Verkehr künftig nicht mehr erforderlich sei – aus: „Extremsituationen, die durch diese sehr weitgehende Pönalisierung von Bestechungstaten im Ausland möglicherweise entstehen, kann im Rahmen der Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafzumessung sowie auf prozessualer Ebene (§ 153c Absatz 1 Nummer 1 der Strafprozessordnung) Rechnung getragen werden.“⁸

Dr. Ricarda Christine Schelzke, Frankfurt a.M.

⁷ BGBl. I 2015, S. 2025.

⁸ BT-Drs. 18/4350, S. 24; BR-Drs. 25/15, S. 25.

Philosophical Foundations of International Criminal Law

Konferenz zu philosophischen Grundlagen des internationalen Strafrechts

Von Wiss. Mitarbeiterin **Ophelia Lindemann**, Frankfurt a.M.

Am 24. und 25.3.2017 fand im Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Goethe-Universität Frankfurt am Main die internationale Konferenz „Philosophical Foundations of International Criminal Law“ statt. Mit Blick auch auf konkrete Beispiele internationaler Strafgerichtsbarkeit diskutierten die Teilnehmer die philosophischen Grundlagen des internationalen Strafrechts – dies zum einen bezugnehmend auf die Strafrechtstheorie und zum anderen auf die politische Theorie.

Die Konferenz nahm Legitimationen von internationalem Strafrecht und Übergangsjustiz („Transitional Justice“) in den Blick, wobei der Anspruch erhoben wurde, deskriptiv-analytische Fragen („Wie wird und wurde der Sinn und Zweck internationalen Strafrechts bestimmt?“) zusammenzuführen mit normativen Fragen („Wie kann und sollte eine internationale Strafrechtsordnung gerechtfertigt werden?“). Eröffnet wurde so ein Diskussionsraum, der transparent machte, dass die Suche nach der einen umfassenden Legitimation eines internationalen Strafrechtssystems aufzulösen ist zugunsten des Erfassens von Dynamiken der Veränderung, in denen vermeintlich stabile Rechtfertigungsmuster immer wieder sowohl von faktischen Machtkonstellationen unterlaufen als auch von einer, die Versprechen tradierter Legitimationen beim Wort nehmenden Kritik herausgefordert werden.¹

Einen solchen Ansatz explizit machte *Frédéric Mégret* (Montreal) in der fünften Sektion „An International Ius Puniendi or a Joint Exercise of Delegated State Powers?“. *Mégret* schlug vor, die Debatte zu historisieren: Er skizzierte eine bei den Nürnberger Prozessen beginnende Geschichte der Doktrinen, die genutzt wurden, um eine internationale Jurisdiktion zu rechtfertigen und stellte fest, dass es keineswegs die eine, übergreifende Theorie gibt, sondern dass vielmehr jede Generation ihre eigene, die internationale Gerichtsbarkeit legitimierende Diskussion hatte. So unterschied er ein Paradigma der Kooperation, bei dem die Alliierten in Nürnberg bestimmte erwartete Frustrationen, die es bedeutet hätte, wenn die Prozesse von einem der Staaten (und den anderen eben nicht) geführt worden wären, durch Zusammenarbeit zu vermeiden suchten; ein Paradigma des Universalismus, das internationale Strafgerichte als Verkörperung Staaten transzendierender Werte fasst und das Tribunale im Namen der Menschheit sprechen lässt und ein korrekatives Paradigma, das internationale Strafgerichte in einer Art Garantiefunktion sieht, die insbesondere dann greift, wenn die Verfolgung gravierender Taten durch einzelne Staaten versagt.

¹ Zu normativen Ordnungen als Rechtfertigungsordnungen vgl. *Forst/Günther*, Normative Orders Working Paper 01/2010, abrufbar unter http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/volltexte/2010/8073/pdf/ForstGuentherDie_Herausbildung_normativer_Ordnungen_Zur_Idee_eines_interdisziplinaren_Forschungsprogramms.pdf (3.11.2017).

Transitional Justice, die konkrete Ausgestaltung einer rechtsförmigen Verarbeitung eines tatsächlichen Konfliktgeschehens – weniger also Legitimationen als historisch geronnene Institutionen – wurde am Beispiel der Bemühungen um den Friedensprozess in Kolumbien thematisch. Mit dem Vortrag „Present application of International Criminal Law in Colombia“ von *Jorge Perdomo* schloss der erste Tag und ein Referat *Eduardo Montealegre*s eröffnete den zweiten Tag der Konferenz. Mit diesen beiden Sprechern konnten Praktiker gewonnen werden, die an zentraler Position die juristische Bewältigung des bewaffneten Konfliktes in Kolumbien vorangetrieben haben: *Eduardo Montealegre* war von 2012 bis 2016 Oberster Staatsanwalt Kolumbiens, *Jorge Perdomo* war zur selben Zeit sein Vize und fungierte dann von März bis August 2016 seinerseits als Oberster Staatsanwalt. *Montealegre* zeichnete sich verantwortlich, eine Strategie zur Ahndung der gravierenden Taten, die während des kolumbianischen Bürgerkriegs begangen wurden, zu entwickeln. Beide Referenten erörterten das System der gerichtlichen Verfolgung der von den Paramilitärs begangenen Straftaten; dabei legte *Jorge Perdomo* seinen Schwerpunkt auf die Darstellung der Sondergerichtsbarkeit (z.B. das Konzept der Priorisierung schwerer Straftaten und das System der Alternativstrafen), während *Eduardo Montealegre* auf die grundlegenden Strukturen abstellte, die benutzt wurden, um die massiven Menschenrechtsverletzungen einer strafrechtlichen Aufarbeitung zuzuführen (z.B. Fragen der Zurechnung).

In durchaus produktiver Spannung zu der skizzierten empirisch-historischen Herangehensweise an die Fragestellung stand die Auseinandersetzung mit rechtswissenschaftlichen Strafzwecktheorien und deren Leistungsfähigkeit für das internationale Strafrecht. *Andreas von Hirsch* (Frankfurt am Main) warf in der ersten Sektion „Penal Aims and Justification for Existence of International Criminal Law“ die grundlegende Frage auf, ob überhaupt valide normative Gründe existieren, ein internationales Strafrecht zu begründen. Diese Frage bejahend suchte er eine Theorie des Tadels, in der Strafe verstanden wird über ihre das Fehlverhalten missbilligende, tadelnde Funktion, in Bezug auf das internationale Strafrecht weiterzuentwickeln. *Kurt Seelmann* (Basel) fokusierte den Diskurs auf Strafzwecke und Straflegitimation im internationalen Strafrecht und skizzierte dabei die Limitationen tradierter, auf den Nationalstaat hin entwickelter Strafzwecktheorien im internationalen Kontext. Mit ähnlicher Stoßrichtung problematisierte *Ulfrid Neumann* in der dritten Sektion „International Criminal Law and Norm-Stabilisation“ die Applikation von Theorien der Normstabilisierung für das Völkerstrafrecht. Diese Theorien sehen Strafe aufgrund ihrer vermuteten normstabilisierenden Wirkung als legitimiert an, haben aber das Problem, dass sie einen gesellschaftlichen Konsens über die durch eine Tat verletzten Normen voraussetzen – eine Bedingung, die mangels des einen weltweiten Sozialraums, der normativ zu integrieren wäre, für das Völkerstrafrecht als unerfüllbar erscheint.

Straftheorien können gefasst werden als Argumentationen, über die der Zweck von Strafe bestimmt und eine, hier: die internationale Strafrechtsordnung normativ gerechtfertigt wird. Die in den Referaten von *von Hirsch*, *Seelmann* und *Neumann* diskutierten Strafzwecktheorien und die innerhalb der Theorien artikulierten Legitimationen wurden im Verlauf der Konferenz mit großen In-Frage-Stellungen konfrontiert. Dies erfolgte zunächst aus zwei Richtungen: Zum einen kann die angenommene Legitimität eines internationalen Strafrechts wahrgenommen werden als Drohung für andere geronnene Ordnungen, konkret: für eine (national-)staatliche Souveränität. Zum anderen können die für ein Völkerstrafrecht gegebenen Legitimationen auch als Versprechen verstanden werden, deren Enttäuschung als Kritik auf die gegebenen Rechtfertigungen zurückschlägt, konkret widerspricht die Selektivität des internationalen Strafrechts, die Tatsache, dass Staaten sich gezielt und auch explizit der Völkerstrafgerichtsbarkeit verweigern, dem Universalitätsanspruch, aber auch Ansprüchen von Gleichheit und Gerechtigkeit. Ebenso erscheint das große Versprechen von Frieden als unerfüllt und letztlich auch als (über das Strafrecht) unerfüllbar.

Die Friktionslinien zwischen den straftheoretischen Rechtfertigungen und anderer als legitim anerkannter Ordnungen standen im Fokus der sechsten Sektion „Legitimacy of International Criminal Law vis-à-vis State Sovereignty“. *Matt Matravers* (York) fragte hier, ob nicht das Konzept staatlicher Souveränität im Widerspruch zur Legitimität internationaler Strafgerichtsbarkeit steht. Er argumentierte, dass sich die Legitimität eines internationalen Strafrechts letztlich auf einer anderen Ebene ergibt, nämlich auf der, dass bei Genozid und Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Namen der Menschheit eine Antwort auf das begangene moralische Unrecht gegeben werden muss und dass so im Ergebnis die Frage der Vereinbarkeit mit nationalstaatlicher Souveränität übersprungen wird.

Die Arbeit des Internationalen Strafgerichtshofes in Den Haag wird oft in einen Kontext der Befriedung kriegsgerichtlicher Konflikte gestellt. Das Versprechen, dass durch eine internationale Strafverfolgung Frieden geschaffen werden könne, dass sich mithin hieraus ein Strafzweck ergebe, bezweifelte *Florian Jeßberger* (Hamburg) in der vierten Sektion „International Criminal Law and its Effect on Peacemaking“. Da über die internationale Strafverfolgung – im Gegensatz etwa zu den Nürnberger Prozessen – in laufende Konflikte eingegriffen werde, werde dieses Ziel in der Regel verfehlt, so dass hieraus auch keine rechtfertigende Legitimation für ein internationales Strafrecht abgeleitet werden könne. Überall für alle gleich – auch der Universalitätsanspruch bleibt ein unerfülltes Versprechen eines internationalen Strafrechts. In diesem Sinne problematisierte *Antje du Bois-Pédain* (Cambridge) die Selektivität der Durchsetzung internationalen Strafrechts (siebte Sektion der Konferenz: „The Ideal of Genuine Universality and the Selectiveness in Application of International Criminal Law“).

Ein kurzes Zwischenresümee ergäbe so für die Frage der Legitimation eines internationalen Strafrechts ein recht ernüchterndes Bild: Nicht nur werden normative Rechtfertigungsansprüche einer internationalen Strafgerichtsbarkeit

nicht eingelöst. Auch können – siehe oben – über die Applikation tradierter Strafzwecktheorien auf die internationale Ebene offenbar nicht ohne weiteres Legitimationsressourcen mobilisiert werden. Gleichwohl wurden auf der Frankfurter Konferenz Vorschläge diskutiert, aus welchen Perspektiven solche Ressourcen möglicherweise zu eröffnen wären. So hielt der Kommentator *Cornelius Prittwitz* (Frankfurt) die Frage nach der Möglichkeit eines humaneren Umgangs der Menschen untereinander hoch. Im Anschluss an *Winfried Hassemer* machte er eine in den strafprozessualen Normen zu verortende positiv generalpräventive Legitimation des Völkerstrafrechts stark: In Strafprozessen finde eine exemplarische Vorführung eines humaneren und rationaleren Umgangs mit Konflikten statt.

In diesem Sinne können auch zwei Konferenzbeiträge verstanden werden, die eine Stärkung von Positionen, die in Situationen gewalthafter Konfliktregulierung besonders gefährdet sind, im Blick hatten: zum einen die Position der Opfer und zum anderen Positionen von Kritik und Widerstand gegen die Menschenrechte verletzende (nationale) Gesetzgebungen. Ausgangspunkt beider Referate der zweiten Sektion der Konferenz „Victim-Related Expressivism“ war eine expressive, d.h. das Bestrafungsverfahren als kommunikativen Akt verstehende Theorie der Strafe. Im Widerspruch zu herkömmlichen Strafzwecktheorien votierte *Tatjana Hörnle* (Berlin) dafür, die Position des Verbrechensofners in Strafzwecktheorien und Überlegungen zur Legitimation von Strafe und auch eines internationalen Strafrechts einzustellen. Sie argumentierte für ein Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters und schlug dabei eine intersubjektive, auf der Täter-Opfer-Dyade beruhende Begründung der Strafe vor. *Klaus Günther* (Frankfurt) verortete die kommunikative Funktion eines internationalen Strafrechts nicht nur in Bezug auf Täter und Opfer, sondern stellte auch und gerade auf die Zivilgesellschaft ab. Gefragt sei eine kritisch reflexive Haltung der Bürger in Bezug auf das Verhältnis ihres nationalen Rechts zu den Menschenrechten. Die kommunikative Funktion eines internationalen Strafrechts komme insbesondere im Konfliktfall, also dann, wenn nationales Recht Menschenrechte verletzt und Widerstand gefragt ist, zum Tragen: Es bestätige zum einen das Vertrauen in die Gültigkeit der Menschenrechte und die legitime Erwartung, dass die Menschenrechte gewahrt bleiben und weise zum anderen Narrative, die Menschenrechtsverletzungen rechtfertigen und die die Legitimität von den Menschenrechten widersprechenden Ordnungen behaupten, öffentlich zurück.

Die Konferenz „Philosophical Foundations of International Criminal Law“ spannte einen großen Bogen von normativen und deskriptiv-historischen Fragen des internationalen Strafrechts: von der Analyse eines konkreten Beispiels der Transitional Justice und einer Geschichte der Rechtfertigungsnarrative internationaler Strafgerichtshöfe über die kritische Überprüfung tradierter Legitimationen, dies sowohl im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit der Theorien im internationalen Kontext als auch hinsichtlich der faktischen Einlösung der erhobenen Rechtfertigungsansprüche, bis hin zur doch zu stellenden Frage, an welchen Versprechen wider alle Einwände gleichwohl festzuhalten sei. Außer den Referentin-

nen und Referenten trugen die Kommentare von *John Tasioulas* (London) und *Jakob Holtermann* (Kopenhagen), *Elisa Hoven* (Köln), *Frank Meyer* (Zürich), *Claus Kreß* (Köln), *Christoph Burchard* (Frankfurt), *Katrin Gierhake* (Regensburg) und *Andreas Werkmeister* (München) sowie *Paul Roberts* (Nottingham) und *Christos Mylonopoulos* (Athen) zu den angeregten Debatten bei.

Die Konferenz ist aus einer Kooperation der „Forschungsstelle für Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik“ der Goethe-Universität Frankfurt am Main mit dem Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Goethe-Universität entstanden. Sie wurde organisiert von *Klaus Günther* (Professor für Rechtslehre, Strafrecht und Strafprozessrecht an der Goethe-Universität sowie Co-Sprecher des Exzellenzclusters), *Andreas von Hirsch* (Direktor der Forschungsstelle für Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik an der Goethe-Universität), *Claus Kreß* (Professor für deutsches und internationales Strafrecht der Universität zu Köln) und *Ulfrid Neumann* (Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Goethe-Universität). Die von den Teilnehmern angestellten Überlegungen zu philosophischen Grundlagen eines internationalen Strafrechts sollen in einem Sammelband der Schriftenreihe der „Forschungsstelle für Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik“ veröffentlicht werden.