

AUSGABE 11/2019

S. 509 - 551

14. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Nothilfe bei Tierquälerei?

Von Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Würzburg 509

Subventionsbetrug und Verletzung von Cross-Compliance-Vorgaben

Von Dr. Davina Bruhn, Hamburg, Prof. Dr. Jens Bülte, Mannheim 517

Europäisches Strafrecht

Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick (Teil 1)

Teil 1: Strafverfassungsrecht; Institutionen; Materielles Strafrecht; Strafverfahrensrecht

Von Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (Pennsylvania), Saarbrücken 527

Strafverfahrensrecht

Endlich das Zeugnisverweigerungsrecht für Lebensgefährten?

Von Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Dr. Dawid Ligocki, LL.M. (Frankfurt [Oder]), Frankfurt (Oder) 540

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Benno Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik. Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerechtigkeit, 2018

(Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Göttingen/Den Haag) 548

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

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

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Nothilfe bei Tierquälerei?*

Von Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Würzburg

Der nachfolgende Beitrag geht der Frage nach, ob ein Mensch, der einem gequälten Tier zur Hilfe eilt und dabei einen Straftatbestand erfüllt, durch Notwehr in der Form der Nothilfe gemäß § 32 StGB gerechtfertigt sein kann. Dabei handelt es sich um ein aktuelles, dogmatisches Problem aus dem Bereich des Allgemeinen Teils des Strafrechts. Daneben stellen sich aber auch ethische Fragen nach dem grundsätzlichen Verhältnis von Mensch und Tier, die als Ausgangspunkt für rechtspolitische Erwägungen dienen.

I. Fallbeispiele

Stellen wir uns folgenden Fall vor. Sie gehen in den Morgenstunden am Bodensee spazieren und sehen, wie ein Mann einen Hund schlägt und quält. Die Polizei ist zu dieser Zeit gerade nicht in der Nähe. Müssen Sie diesen Vorgang akzeptieren oder dürfen Sie einschreiten? Was dürfen Sie tun?

Besondere Aktualität erlangen diese Fragen durch einen Fall, den das OLG Naumburg im Februar 2018 entschieden hat.¹ Hier sind Tierschützer in eine Tierzuchtanlage eingedrungen, um die dort herrschenden gesetzeswidrigen und für die dort gehaltenen Schweine quälenden Zustände auf Fotos festzuhalten, um die Verstöße gegen das TierSchG zu dokumentieren. Die zuständige Behörde hatte ihnen zuvor mitgeteilt, dass sie ohne Beweise nicht einschreiten könne. Diese Beweise haben die Tierschützer auf die genannte Weise besorgt und vier Monate später der Behörde übergeben. Dafür erhielten sie selbst eine Anzeige wegen Hausfriedensbruchs. Kommt hier eine Rechtfertigung der Tat wegen Notwehr für die gequälten Tiere in Betracht?

II. Mögliche Lösungsansätze

Eine Durchsicht der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung zeigt, dass die Frage der Notwehr zu Gunsten von Tieren bislang selten diskutiert wurde.² Vertreten werden dabei folgende Lösungsansätze:

1. Lösungswege in der Literatur

Manche nehmen erstens bei einem Einschreiten gegen Tierquälerei Notwehr an, weil der Betroffene sein eigenes, sich im Mitgefühl mit dem Tier äußerndes, Empfinden verteidigt.

* Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verf. am 16.5.2018 an der Universität Konstanz gehalten hat. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten, der Beitrag dabei aber durch Fußnoten ergänzt und aktualisiert. Stand der Bearbeitung: Juni 2019.

¹ OLG Naumburg NStZ 2018, 472 mit Anm. Hotz, NJW 2018, 2066; Scheuerl/Glock, NStZ 2018, 448.

² Seitdem sind allerdings einige Anmerkungen und Beiträge zu dieser Frage erschienen; vgl. etwa Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205; Greco, JZ 2019, 390; Hecker, JuS 2018, 83; Hotz, NJW 2018, 2064; Ritz, JuS 2018, 333; Scheuerl/Glock, NStZ 2018, 448. Zuvor hatte sich Herzog, JZ 2016, 190, bereits ausführlicher mit der Frage beschäftigt.

ge.³ Wer also dem Hund in meinem ersten Beispiel zu Hilfe eilt, verteidigt sich selbst. Dieser Ansatz hat allerdings nur wenige Anhänger gefunden.⁴ Zweitens wird eine Nothilfe für das bedrohte Tier selbst nur von wenigen Stimmen mit Verweis auf das TierSchG bejaht.⁵ Ganz überwiegend wird dieser Weg aber abgelehnt, meist mit dem Hinweis darauf, dass Tiere keine Träger von Individualrechten seien.⁶ Der Tierschutz sei vielmehr lediglich ein Allgemeininteresse.⁷ Die Vertreter dieser Ansicht verweisen die Tierschützer stattdessen überwiegend auf § 34 StGB. Als dritte Möglichkeit bleibt also der Rekurs auf den rechtfertigenden Notstand im Sinne einer Verteidigung des Tierschutzes als Allgemeinrechtsgut, was die inzwischen herrschende Ansicht darstellt.⁸ Es soll

³ So noch Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 8; Spindel, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 189; in der Tendenz zustimmend Keller/Zetsche, StV 2018, 337 (zumindest vertretbar); vgl. auch Hotz, NJW 2018, 2066, allerdings aus der Perspektive des § 34 StGB.

⁴ Ablehnend etwa Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (208); Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 32 StGB Rn. 8; Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 32 Rn. 11; Hecker, JuS 2018, 83 (84); Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2018, § 4 Rn. 132; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 8; Ritz, JuS 2018, 333 (334 f.); Rönnau/Hohn, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 82.

⁵ Herzog, JZ 2016, 190 (195); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 34; jetzt auch Greco, JZ 2019, 390; Keller/Zetsche, StV 2018, 337 (338); Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 32 Rn. 12; Scheuerl/Glock, NStZ 2018, 448 (449).

⁶ Engländer (Fn. 4), § 32 Rn. 11; Hecker, JuS 2018, 83 (84); Mitsch, JURA 2017, 1388 (1393); Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 18 Rn. 9a; Rönnau/Hohn (Fn. 4), § 32 Rn. 82; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 32 Rn. 8; eine Nothilfe für Tiere ablehnend auch Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (207 f.); Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 100; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 32 Rn. 15; Jäger (Fn. 4), § 4 Rn. 132; Ritz, JuS 2018, 333.

⁷ Erb (Fn. 6), § 32 Rn. 100; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 9a; Rönnau/Hohn (Fn. 4), § 32 Rn. 82; Scheuerl/Glock, NStZ 2018, 448 (449).

⁸ Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (211 ff.); Duttge (Fn. 4), § 32 Rn. 8; Erb (Fn. 6), § 32 Rn. 100; Hecker, JuS 2018, 83 (84); Ort/Reckewell, in: Kluge (Hrsg.), Tierschutz-

allerdings nicht verschwiegen werden, dass neben diesen drei Ansätzen einer Rechtfertigung des zu Gunsten des Tieres einschreitenden Retters auch noch die Möglichkeit bliebe, selbst einen rechtfertigenden Notstand im Sinne einer Notstandshilfe für das Tierwohl als Allgemeingut abzulehnen.⁹ Dabei ist natürlich wie stets zu trennen zwischen der hier interessierenden Grundsatzfrage, ob eine Nothilfe zu Gunsten eines Tieres überhaupt möglich ist, und der Rechtfertigung im jeweiligen Einzelfall, die insbesondere auch eine rechtmäßige Ausübung des Nothilferechts voraussetzt.

2. Lösung in der Rechtsprechung

Das LG Magdeburg hat in der Berufungsentscheidung zum eingangs geschilderten Fall alle drei Ansätze für einschlägig erachtet, also Notwehr, Nothilfe und Notstand, und die Tierschützer freigesprochen.¹⁰ Das OLG Naumburg nahm hingegen nur einen rechtfertigenden Notstand an.¹¹ Nothilfe für die gequälten Schweine lehnte es ab, weil die Tierschützer vier Monate gebraucht hatten, um der Behörde die Aufnahmen zuzuspielen.¹² Dies zeige, dass es ihnen nicht um eine Verteidigung der konkreten Schweine gegangen sei, sondern um eine Verbesserung der Zustände in der Zukunft.¹³ Denn zum Zeitpunkt der Übermittlung der Aufnahmen an die Behörde waren die konkreten Schweine bereits geschlachtet.¹⁴ Dies impliziert, dass das Gericht eine Nothilfe für Tiere nicht grundsätzlich für ausgeschlossen hält. Leider haben beide Gerichte keine ausführliche Begründung dafür geliefert, warum Nothilfe zu Gunsten der Tiere anzunehmen ist. Ich möchte versuchen, eine solche zu liefern und nehme insofern schon einmal meine These vorweg: Wer einem Tier in Not beisteht, kann sich auf § 32 StGB in Form der Nothilfe berufen.

Dazu werde ich folgendermaßen vorgehen: Es folgen zunächst einige allgemeine Bemerkungen zu Notwehr und Notstand, die für unser Thema relevant sind. Sodann werden die beiden soeben vorgestellten Lösungsansätze zur Notwehr näher untersucht, um dann abschließend auf die Konsequenzen meiner Lösung und auf mögliche Einschränkungen einzugehen. Ein Fall wird jedoch ausgeklammert: Die Nothilfe zu Gunsten des Eigentümers des Tieres, weil dieser Fall gar nicht umstritten ist. Es steht fest, dass Tiere unabhängig von ihrer sonstigen Einordnung im Eigentum eines Menschen stehen können. Das zeigen die § 90a und § 903 BGB. Droht

ihre Verletzung oder Tötung durch Dritte, so kann ihrem Eigentümer unproblematisch Nothilfe geleistet werden, um sein Eigentum zu verteidigen.¹⁵ Interessant sind dagegen die Konstellationen, in denen es sich entweder um ein herrenloses Tier handelt oder das Tier von seinem Eigentümer selbst gequält wird. Denn dann stellt sich die Frage, ob auch gegen den Eigentümer selbst vorgegangen werden darf. Im Fokus wird die Frage nach der Rechtfertigung gemäß § 32 StGB stehen.

III. Notwehr und Notstand – grundsätzliche Anmerkungen

Ob die Hilfe für ein gequältes Tier Notwehr oder Notstand ist, ist keine rein akademische Frage, sondern mit Konsequenzen für das Tier, aber auch für den Tierquäler, verbunden.

1. Wesentliche Unterschiede der Notrechte

Die wesentlichen Unterschiede zwischen Notstand und Notwehr lassen sich kurz dahingehend zusammenfassen, dass es beim Notstand um die Abwehr einer Gefahr, bei der Notwehr um die Verteidigung gegen einen Angriff geht. Einer Gefahr muss grundsätzlich zunächst ausgewichen werden, wenn dies möglich ist.¹⁶ Im Hinblick auf die Abwehrbefugnisse ist der Notstand von einer Interessenabwägung und der Prüfung der Angemessenheit der Notstandshandlung geprägt, da er auf den Gedanken zurückzuführen ist, dass das Recht den Eingriff in Rechtsgüter dann zulassen muss, wenn dies zum Schutz eines gefährdeten überwiegenden Interesses erforderlich und angemessen ist.¹⁷ Bei der Notwehr darf der Verteidiger zwar auch nur das erforderliche Mittel ergreifen, also dasjenige, das den Angreifer bei gleicher Wirksamkeit am wenigsten schädigt.¹⁸ Flucht oder Ausweichen werden vom Verteidiger in einer Notwehrlage vom Grundsatz her jedoch nicht verlangt.¹⁹ Zudem lassen die Notwehr bzw. die Nothilfe eine Verteidigung der eigenen Rechtsgüter oder derjenigen „eines anderen“ dem Grunde nach ohne jede Güterabwägung zu.²⁰ Ist das Verteidigungsmittel erforderlich, so gestattet § 32 StGB sogar die Verletzung oder Tötung des Angreifers, auch wenn es um den Schutz geringer bewerteter Rechtsgüter geht.²¹ Auch ist hier keine Angemessenheitsprüfung vorzunehmen. Lediglich das Merkmal der Gebotenheit erlaubt

gesetz, Kommentar, 2002, § 17 Rn. 12; Perron/Eisele (Fn. 4), § 32 Rn. 8; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 9a; Ritz, JuS 2018, 333 (336); Rönnau/Hohn (Fn. 4), § 32 Rn. 82; vgl. dazu auch Stam, in Stam/Werkmeister (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung, 2019, S. 171; vgl. ferner Kubiciel, jurisPR-StrafR 10/2018 Anm. 1.

⁹ Kritisch im besagten Tierschützerfall etwa Scheuerl/Glock, NSTZ 2018, 448 (449).

¹⁰ LG Magdeburg StV 2018, 335 mit Anm. Hecker, JuS 2018, 83; Keller/Zetsche, StV 2018, 337.

¹¹ OLG Naumburg NSTZ 2018, 473.

¹² OLG Naumburg NSTZ 2018, 473 (474).

¹³ OLG Naumburg NSTZ 2018, 473 (474).

¹⁴ OLG Naumburg NSTZ 2018, 473 (474).

¹⁵ Mitsch, JURA 2017, 1388 (1393).

¹⁶ Vgl. etwa Perron (Fn. 3), § 34 Rn. 1; Rönnau/Hohn (Fn. 4), § 32 Rn. 2; Rosenau (Fn. 6), § 34 Rn. 13.

¹⁷ Vgl. Perron (Fn. 3), § 34 Rn. 1; Rosenau (Fn. 6), § 34 Rn. 1.

¹⁸ Erb (Fn. 6) § 32 Rn. 129; Hoyer (Fn. 6), § 32 Rn. 58; Rönnau/Hohn (Fn. 4), § 32 Rn. 166, 175; Rosenau (Fn. 6), § 32 Rn. 21.

¹⁹ Erb (Fn. 6), § 32 Rn. 1; Rönnau/Hohn (Fn. 4), § 32 Rn. 62, 157, 225; Rosenau (Fn. 6), § 32 Rn. 25.

²⁰ Hoyer (Fn. 6), § 32 Rn. 4; Rönnau/Hohn (Fn. 4), § 32 Rn. 62, 179; vgl. auch BT-Drucks. IV/650, S. 156.

²¹ Vgl. Kaspar, JuS 2014, 769; Rosenau (Fn. 6), § 32 Rn. 21.

gewisse sozialetische Einschränkungen der weitreichenden Notwehrbefugnisse.²²

Auf unser Problem übertragen bedeutet dies: Handelt es sich bei der Verteidigungshandlung nur um einen Hausfriedensbruch, so wird es vielleicht gar nicht so viel Widerspruch provozieren, wenn dieser zum Schutz der Tiere gerechtfertigt sein soll. Geht es aber um Körperverletzungen gegenüber dem Peiniger des Tieres, so kommt es zum Schwur: Bejaht man die Möglichkeit einer Nothilfe, so hat das auch für den Angreifer weitgehende Konsequenzen. Unter Umständen wäre dann nämlich auch eine gewaltsame Gegenwehr gerechtfertigt. Möglicherweise liegt hier ein unausgesprochener Grund dafür, dass überwiegend eine Nothilfe für ein Tier abgelehnt wird: Soll die Verletzung eines Menschen möglich sein, um ein Tier zu retten? Wie weit darf man in meinem Ausgangsbeispiel gehen? In der Tat werden auch bei einer Bejahung der Möglichkeit einer Nothilfe zu Gunsten des Tieres Erwägungen anzustellen sein, wie eine gerechte Lösung aussehen könnte.

2. Der Hintergrund der Notwehr

Gerade die Abwesenheit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne sowie die Tatsache, dass der sich in einer Notwehrlage befindende Verteidiger nicht das Mittel der Flucht ergreifen muss, sind begründungsbedürftig. Die tragenden kriminalpolitischen Ideen sind für die gesamte Auslegung des § 32 StGB maßgeblich und daher auch bei der Frage zu beachten, ob man Tieren Nothilfe leisten kann. Während (eher²³) monistische Theorien die Notwehr entweder nur mit dem Schutz von Individualrechten²⁴ oder nur mit dem Aspekt der Verteidigung der Rechtsordnung²⁵ gegen einen Angreifer erklären, kommen nach der meines Erachtens zutreffenden herrschenden Ansicht²⁶ beide Aspekte zum Tragen, also Schutzprinzip und Rechtsbewährungsprinzip. Schon der Wortlaut des § 32 Abs. 2 StGB legt es nahe, dass es zunächst einmal vom Ausgangspunkt her um den Schutz des

Angegriffenen geht. Der Gesetzgeber führte zum E 1962 zur Reform des StGB aus, die Notwehr sei ein „schneidiges und seit alters her in der Rechtsüberzeugung des Volkes verwurzeltes Schutzrecht“.²⁷ Nach *Hoyer* greift das Gewaltmonopol des Staates hier nicht, weil der Angegriffene sich einem gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff gegenüberstellt, gegen den er sich selbst verteidigen muss, weil der Staat es in dieser Situation nicht kann.²⁸

Auf der anderen Seite muss aber erklärt werden, warum bei der Notwehrhandlung vom Grundsatz her keine Proportionalität zu wahren ist und dem Verteidiger weder Ausweichen noch Flucht zugemutet werden sollen. Dies lässt sich überzeugend damit begründen, dass er zugleich die Rechtsordnung verteidigt. § 32 StGB enthält insofern sowohl spezialpräventive als auch generalpräventive Elemente.²⁹ Die Notwehr ist in ihrer Individualschutzkomponente spezialpräventiv, weil sie einen aktuellen Angreifer idealerweise an der Verletzung eines Rechtsguts hindert, und generalpräventiv, weil sie potenziellen Rechtsbrechern zeigt, dass die Rechtsordnung schneidig verteidigt werden darf.³⁰ Dies schreckt ab und stabilisiert die Rechtstreue. Auch diesen Hintergrund hat der E 1962 explizit zu Grunde gelegt.³¹

Konkret lässt sich der Unterschied zwischen Notwehr und Notstand auf den „gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff“ zurückführen. Hierin ist der Grund zu sehen, dass der Angreifer als weniger schützenswert erscheint als derjenige, von dem „nur“ eine Gefahr im Sinne des Notstands ausgeht. Der Angreifer verlässt den Boden des Rechts und hat es selbst in der Hand, von seinem Angriff abzusehen. Dieser Angriff wird ganz allgemein definiert als jede Bedrohung eines rechtlich geschützten Interesses, in der Regel ergänzt durch den Zusatz „durch menschliches Verhalten“.³²

Angriffe durch ein Tier scheiden also aus.³³ Dies wird insbesondere damit begründet, dass Tiere nicht rechtswidrig handeln können³⁴ und es gegenüber Tieren auch keine Rechtsbewährung im Sinne einer Generalprävention geben kann.³⁵ Ferner können z.B. juristische Personen nicht im

²² Vgl. statt Vieler *Kühl* (Fn. 5), § 32 Rn. 13 ff.; *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 225 ff.; *Rosenau*, in: SSW-StGB (Fn. 7), § 32 Rn. 30 ff.

²³ Kritisch zu dieser Einordnung *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 64.

²⁴ So etwa *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 38 ff.; *ders.* (Fn. 4), § 32 Rn. 4; *Erb* (Fn. 6), § 32 Rn. 18; *Hoyer* (Fn. 6), § 32 Rn. 6.

²⁵ So etwa *Schmidhäuser*, GA 1991, 97 (124 f.).

²⁶ BGHSt 24, 356 (359); BGH NJW 2013, 2133 (2135); *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 337; *Herzog*, JZ 2016, 190 (194); *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 5 Rn. 19; *Kühl* (Fn. 5), § 32 Rn. 1; *Perron/Eisele* (Fn. 5), § 32 Rn. 1 f.; *Rengier* (Fn. 6), § 18 Rn. 1; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 1; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 1999, 444 (446); vgl. auch *Kaspar*, JuS 2014, 769 (772), der sich für einen „asymmetrisch dualistischen Ansatz“ ausspricht, bei dem der Rechtsbewährungsfunktion als generalpräventives Element nur eine ergänzende Bedeutung zum Individualschutz zukommen soll.

²⁷ BT-Drucks. IV/650, S. 157.

²⁸ *Hoyer* (Fn. 6), § 32 Rn. 2, 6; vgl. auch *Erb* (Fn. 6), § 32 Rn. 18; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 2.

²⁹ *Roxin*, ZStW 93 (1981), 68 (73 f.).

³⁰ *Roxin*, ZStW 93 (1981), 68 (73 f.).

³¹ BT-Drucks. IV/650, S. 157.

³² *Engländer* (Fn. 5), § 32 Rn. 8; *Heinrich* (Fn. 26), Rn. 341; *Rengier* (Fn. 6), § 18 Rn. 6; *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 99; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 6; *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2017, Rn. 202.

³³ *Engländer* (Fn. 4), § 32 Rn. 9; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 26), § 5 Rn. 23; *Hoyer* (Fn. 6), § 32 Rn. 9; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 32; *Perron/Eisele* (Fn. 4), § 32 Rn. 3; *Rengier* (Fn. 6), § 18 Rn. 7; *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 99; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 6; *Zieschang* (Fn. 32), Rn. 202 – a.A. noch *Spendel* (Fn. 3), § 32 Rn. 38 ff.

³⁴ *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 99.

³⁵ *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 6.

Sinne des § 32 StGB angreifen, weil sie nicht im strafrechtlichen Sinne handeln können.³⁶ Sollen bei einer Tierquälerei Notwehr bzw. Nothilfe für das Tier möglich sein, so setzt dies aber voraus, dass überhaupt ein notwehrfähiges Rechtsgut bzw. rechtlich geschütztes Interesse durch ein menschliches Verhalten bedroht wird. Darunter werden grundsätzlich nur Individualrechtsgüter verstanden.³⁷

IV. Das Einschreiten gegen Tierquälerei als Verteidigung des eigenen Empfindens (Notwehr)

Zunächst zum Ansatz, dass das Einschreiten gegen Tierquälerei zur Verteidigung des eigenen Empfindens geschieht. Dieser Weg besteht darin, den Verteidiger selbst als angegriffen zu betrachten.³⁸ Die Konsequenz einer solchen Sichtweise ist, dass es dogmatisch gar nicht um eine Nothilfe für das Tier geht, sondern um die Selbstverteidigung eines Menschen. Dies hat zur Folge, dass man sich die Frage, inwieweit Tiere Rechtsgutsträger sein können, gar nicht stellen muss. Hierfür wird insbesondere auf das TierSchG Rekurs genommen, das dieser Ansicht nach das im Mitgefühl für das Tier sich äuernde menschliche Empfinden schützt.³⁹

1. Gefühlsschutz und Rechtsgutslehre

Die Frage nach dem bei Tierquälerei durch die Notwehr zu schützenden Rechtsgut ist damit eng verbunden mit der Frage nach dem Rechtsgut des TierSchG und insofern letztlich auch der strafrechtlichen Rechtsgutslehre insgesamt. Die entsprechenden Diskussionen verlaufen weitgehend parallel. Wer einen allgemeinen strafrechtlichen Schutz von Gefühlen ablehnt, verneint wenig überraschend auch die These, dass die Verteidigung von Tieren eine Verteidigung des menschlichen Empfindens sei.⁴⁰

Die (freilich umstrittene⁴¹) liberale systemkritische Rechtsgutslehre reduziert ein kriminalpolitisch legitimes Strafrecht auf den Schutz der freien Entfaltung des Individuums und des Funktionierens des Gemeinwesens insgesamt, letztlich auf die Bewahrung einer friedlichen Koexistenz.⁴² Mit dem

Schutz von Gefühlen durch das Strafrecht hat sie daher seit jeher ein Problem.⁴³ Hierbei geht es z.B. um Tatbestände wie die Störung der Totenruhe, § 168 StGB, oder die Erregung öffentlichen Ärgernisses, § 183a StGB.⁴⁴ Der Schutz bloßer Gefühle durch das Strafrecht ist auch sehr problematisch, da er eng mit dem Schutz von Moral verbunden ist, was wiederum nicht nur aus der Sicht der Rechtsgutslehre,⁴⁵ sondern auch aus der Perspektive der Verfassung, insbesondere der allgemeinen Handlungsfreiheit, sehr problematisch ist.⁴⁶ Zudem sind Gefühle eben sehr persönlich, und eine Vielzahl von Ereignissen des täglichen Lebens löst in uns negative Gefühle aus.⁴⁷ Es kann nicht die Aufgabe des Strafrechts als ultima ratio sein, vor negativen Gefühlen zu schützen.

Inwieweit ein strafrechtlicher Gefühlsschutz möglich ist, muss hier aber gar nicht entschieden werden, denn es geht jedenfalls beim TierSchG sowohl insgesamt als auch in seiner Strafvorschrift des § 17 nicht um den Schutz menschlicher Gefühle.⁴⁸ Dies folgt aus § 1 S. 1 TierSchG, in dem es heißt „Zweck dieses Gesetzes ist es, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen“. Klarer könnte der Wortlaut nicht zum Ausdruck bringen, dass es im Sinne eines ethischen Tierschutzes dem Schutz des Tieres selbst dient.⁴⁹ Dafür spricht neben dem Wortlaut auch die Tatsache, dass ansonsten das geheime Quälen eines Tieres, das die Gefühle eines anderen Menschen nicht verletzt, nicht erfasst wäre bzw. § 17 TierSchG nur ein öffentliches Quälen unter Strafe stellen dürfte,⁵⁰ was – anders als etwa noch in § 360 Nr. 13 RStGB 1871⁵¹ – aber nicht der Fall ist. Inwieweit dieses Schutzgut aus der Sicht der liberalen Rechtsgutslehre⁵² legitim ist, steht wiederum auf einem anderen Blatt. Denn auch der Tierschutz überschreitet die traditionellen Grenzen des (personalen) Rechtsgutskonzepts,⁵³ insbesondere soweit es mit der Tradition der Aufklärung und dem Gesellschaftsvertrag begründet

³⁶ Engländer (Fn. 4), § 32 Rn. 9; Erb (Fn. 6), § 32 Rn. 58; Hoyer (Fn. 6), § 32 Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 33), § 32 Rn. 31; Rönnau/Hohn (Fn. 4), § 32 Rn. 99; Roxin (Fn. 5), § 15 Rn. 7.

³⁷ Engländer (Fn. 23), S. 267; Heinrich (Fn. 26), Rn. 344; Hilgendorf/Valerius (Fn. 26), § 5 Rn. 21; Hoyer (Fn. 6), § 32 Rn. 14; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 8; Rönnau/Hohn (Fn. 4), § 32 Rn. 78; Rosenau (Fn. 6), § 32 Rn. 7 ff.

³⁸ So noch Perron (Fn. 3), § 32 Rn. 8.

³⁹ So noch Perron (Fn. 3), § 32 Rn. 8.

⁴⁰ So etwa Roxin (Fn. 5), § 2 Rn. 26 ff., § 15 Rn. 34.

⁴¹ Vgl. zur Gegenüberstellung mit der rein methodischen Rechtsgutslehre Roxin (Fn. 5), § 2 Rn. 4 ff.; Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (28 ff.); vgl. zur allgemeinen Kritik an der Rechtsgutslehre auch Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 11 ff.; Swoboda, ZStW 122, (2010), 24 (35 ff.).

⁴² Roxin (Fn. 5), § 2 Rn. 7 ff.; ders., GA 2013, 433 (435 f.). Es gibt natürlich eine riesige Fülle an Theorien, die hier nicht wiedergegeben werden kann; vgl. auch dazu ausführlich Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (33 ff.).

⁴³ Vgl. Roxin (Fn. 5), § 2 Rn. 26 ff. (nur bei Bedrohungsgefühlen).

⁴⁴ Vgl. dazu Hörnle (Fn. 41), S. 357 ff., 457 ff.

⁴⁵ Roxin (Fn. 5), § 2 Rn. 17 ff.

⁴⁶ Hörnle (Fn. 41), S. 52 ff.; Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (39).

⁴⁷ Hörnle, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2017, § 183 Rn. 1.

⁴⁸ Greco, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 3 (9 ff.); Roxin (Fn. 5), § 15 Rn. 34.

⁴⁹ Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 1 TierSchG Rn. 2.

⁵⁰ Greco (Fn. 48), S. 6 f.

⁵¹ Hiernach wurde mit Geldstrafe bis zu fünfzig Thalern oder mit Haft bestraft, „wer öffentlich oder in Aergerniß erregender Weise Thiere boshaft quält oder roh mißhandelt“.

⁵² Vgl. Hotz, NJW 2018, 2066.

⁵³ Roxin (Fn. 5), § 2 Rn. 55 f.; Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (34); kritisch zur Anerkennung eines Rechtsguts im Bereich des Tierschutzes Hefendehl, GA 2007, 1 (8).

wird, und hat zu dem Versuch geführt, ihn mit dem Schutz des Menschen, d.h. seiner Gefühle, zu begründen.⁵⁴

Lösungen bieten indessen *Roxin* und *Greco* an. Nach *Roxin* sind Tiere als schützenswerte Bestandteile unserer Lebenswelt anzuerkennen, für welche die Menschen als „Herren der Schöpfung“ Verantwortung zu tragen haben.⁵⁵ Eine entsprechende Erweiterung des Rechtsgutskonzepts sei verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG abgesichert.⁵⁶ Nach *Greco* ist es die (eingeschränkte) Fähigkeit der Tiere zur Selbstbestimmung, die es rechtfertigt, sie gegen Beeinträchtigungen derselben zu schützen.⁵⁷ Halten wir aber noch einmal kurz fest: Das TierSchG schützt in seiner Strafnorm, aber auch insgesamt, nicht das Gefühl der Menschen, sondern die Tiere als empfindungsfähige Lebewesen.

2. Schutz des Empfindens als Notwehr gemäß § 32 StGB

Damit ist aber auch der Grundstein gelegt für eine Ablehnung der These vom Schutz des eigenen Empfindens durch Notwehr bei Tierquälerei. Denn beim Schutz eines Tieres durch das TierSchG geht es, wie aufgezeigt, nicht um den Schutz des Menschen. Dies schließt zwar nicht aus, dass das Empfinden anderweitig geschützt ist. Schließlich sind ja auch nicht nur strafrechtlich geschützte Güter notwehrfähig.⁵⁸ Aber es gibt zwei ganz grundsätzliche Einwände gegen die Verteidigung des eigenen Empfindens für die Tiere als Notwehr. Erstens würden sich sensitive Menschen in einer Notwehrlage befinden, weil sie mit einem Tier Mitleid empfinden, andere hingegen nicht, was als zu starke Subjektivierung erscheint. Zweitens würde die im Gesetz vorgesehene Nothilfe im Grunde obsolet, weil sich immer anführen ließe, es werde nicht das angegriffene (menschliche) Opfer verteidigt, sondern die eigene Emotion. Das widerspräche aber nicht nur dem Wortlaut, sondern würde auch eine „aufgedrängte Nothilfe“ gegen den Willen des Rechtsgutsträgers ohne weiteres möglich machen.

V. Einschreiten gegen Tierquälerei als Verteidigung des Tieres (Nothilfe) – das Tier als „ein anderer“ i.S.v. § 32 Abs. 2 StGB

Dies führt uns zu der zentralen Frage, ob Tieren Individualrechtsgüter zukommen und daher das Einschreiten gegen Tierquälerei im Wege der Nothilfe für das Tier abgewehrt werden darf, mit anderen Worten: ob das Tier „ein anderer“ i.S.v. § 32 Abs. 2 StGB sein kann. Überwiegend wird dieser Ansatz unter Anführung von Wortlaut, Telos und Systematik abgelehnt. Diese Argumente sollen folgend näher betrachtet werden.

⁵⁴ Vgl. *Greco* (Fn. 48), S. 6.

⁵⁵ *Roxin* (Fn. 5), § 2 Rn. 55.

⁵⁶ *Roxin* (Fn. 5), § 2 Rn. 56.

⁵⁷ *Greco* (Fn. 48), S. 14 f.

⁵⁸ *Engländer* (Fn. 4), § 32 Rn. 11; *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 78; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 30.

1. Wortlaut des § 32 Abs. 2 StGB

Insbesondere *Ritz* führt an, der Wortlaut des § 32 Abs. 2 StGB verbiete es, eine Nothilfe für Tiere anzunehmen.⁵⁹ Zwar sei die grammatikalische Form „einem anderen“ nicht nur der Dativ des Maskulinums, sondern auch des Neutrums, sodass man die Wendung auch auf Tiere beziehen könne.⁶⁰ Dann laute die Vorschrift aber gedanklich „von sich oder einem anderen Tier“, was impliziere, dass auch die erste Alternative „sich“ sich auf ein Tier beziehen müsse, was klar nicht gewollt sei.⁶¹ Dieser Schluss ist meines Erachtens jedoch nicht zwingend. Aus der Wendung „einem anderen“ lässt sich grammatikalisch nichts Ausreichendes herauslesen, denn weder die sich verteidigende noch die verteidigte Person muss männlich sein. Vielmehr verstehe ich den Wortlaut so, dass Mann oder Frau sich selbst verteidigen darf oder eben einen anderen Träger eines Individualrechtsguts. Geht man nämlich mit der h.M. davon aus, dass z.B. auch ein Embryo⁶² oder eine juristische Person⁶³ verteidigt werden dürfen, so lässt sich aus dem Wortlaut nichts entnehmen, das gegen die Einbeziehung des Tieres spräche. Denn man wird ja auch nicht sagen können, die Wendung „sich“ müsse sich dann immer auf einen Embryo oder eine juristische Person beziehen.

2. Systematik, Telos und Historie

Schlagkräftiger sind Hinweise auf Systematik und Telos der Notwehr. So wird vorgebracht, die Notwehr sei, wie unser Rechtssystem insgesamt, anthropozentrisch konzipiert; es gehe eben nur um die Verteidigung von Individualrechtsgütern.⁶⁴ Diese stünden Tieren aber nicht zu, weil sie auch nicht Träger subjektiver Rechte sein könnten.⁶⁵ Der Tierschutz sei vielmehr ein Allgemeinrechtsgut, das nicht über § 32 StGB verteidigt werden kann.⁶⁶ Tiere können in der Tat nicht auf eine bessere Behandlung klagen und sind bislang auch nicht als Subjekte im Rechtsverkehr aufgetreten.⁶⁷ Unser Rechtsverkehr kennt Menschen als Subjekte – und Sachen (und

⁵⁹ *Ritz*, JuS 2018, 333 (335 f.); so auch *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (208 f.); zweifelnd im Hinblick auf den Wortlaut auch *Jäger* (Fn. 4), § 4 Rn. 132.

⁶⁰ *Ritz*, JuS 2018, 333 (335).

⁶¹ *Ritz*, JuS 2018, 333 (335 f.).

⁶² *Kindhäuser* (Fn. 33), § 32 Rn. 36; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 33; ferner *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 83, die allerdings bei einem zulässigen Schwangerschaftsabbruch Einschränkungen vornehmen.

⁶³ *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 78; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 34.

⁶⁴ *Hecker*, JuS 2018, 83 (84); *Ritz*, JuS 2018, 333 (336).

⁶⁵ *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 82.

⁶⁶ *Erb* (Fn. 6), § 32 Rn. 100; *Rengier* (Fn. 6), § 18 Rn. 9a; *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 82.

⁶⁷ Vgl. *Stresemann*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 90a Rn. 3; Zuordnung zu den Rechtssubjekten sei nicht gewollt.

Forderungen) als Objekte.⁶⁸ Diese Zweiteilung erscheint bei Tieren aber nicht angemessen.⁶⁹ Sie bilden eher eine eigene Kategorie.⁷⁰

Hier liegt der Kern des Problems. Inwieweit lässt sich ein Individualrechtsgut der Tiere begründen? Dies ist eine Frage, die in der Philosophie unter dem Stichwort Tierrechte, Tierwürde und ethischer Tierschutz schon seit längerem diskutiert wird.⁷¹ Während etwa *Kant* noch davon ausging, der Tierquäler müsse bestraft werden, „weil dadurch das Mitgefühl an ihrem Leiden im Menschen abgestumpft und dadurch eine der Moralität, im Verhältnisse zu anderen Menschen, sehr diensame natürliche Anlage geschwächt und nach und nach ausgetilgt wird“,⁷² wird heute zu Recht im Sinne eines pathozentrischen Ansatzes in den Vordergrund des Bewusstseins gerückt, dass Tiere schmerzempfindende und leidensfähige Wesen sind und demzufolge auch entsprechende (basale) Rechte (jedenfalls auf Schutz vor Schmerzen und Leiden) haben sollten.⁷³ Der philosophische Hintergrund kann hier nicht vertieft werden. Es genügt festzuhalten, dass die lange populäre anthropozentrische Sichtweise, dass es beim Tierschutz einzig um den Schutz des Menschen geht, abzulehnen ist.⁷⁴ Ethischer Tierschutz ist ein Schutz des Tieres um seiner selbst willen.⁷⁵ Entscheidend für die rechtliche Frage eines Nothilferechts ist ohnehin vielmehr, dass der ethische Tierschutz im Recht bereits verankert ist.

So lässt sich nämlich auch im Recht ein Wechsel zum ethischen Tierschutz beobachten, insbesondere durch das TierSchG, welches das Tier „als Mitgeschöpf“ schützt.⁷⁶ Er ist verfassungsrechtlich abgesichert durch Art. 20a GG, der als Staatszielbestimmung zum Ausdruck bringen soll, dass

nicht nur die Tiergattung insgesamt, sondern auch das einzelne Tier zu schützen ist, und dem ethischen Tierschutz Verfassungsrang verleihen sollte.⁷⁷ Das GG geht indes nicht so weit, wie es andere Verfassungstexte tun. So heißt es etwa in Art. 3a der Verfassung von Baden-Württemberg, dass Tiere als Lebewesen und Mitgeschöpfe geschützt sind. Die Schweizer Bundesverfassung erkennt in Art. 120 Abs. 2 sogar eine „Würde der Kreatur“ an. Darin kommt insgesamt das gewandelte Verständnis vom anthropozentrischen zum ethischen Tierschutz zum Ausdruck, der das einzelne Tier als fühlendes Wesen im Blick hat. Auch § 90a BGB ist explizit zu entnehmen, dass Tiere keine Sachen sind. Schließlich gibt Art. 13 AEUV vor, dass „den Erfordernissen des Wohlergehens der Tiere als fühlende Wesen in vollem Umfang Rechnung zu tragen“ ist.

Entscheidend ist aber das TierSchG. Auch der Gesetzgeber führte aus, dass er das Tier im Sinne eines ethischen Tierschutzes um seiner selbst willen schützen wollte,⁷⁸ Rechtsgut ist das Leben und Wohlergehen des Tieres.⁷⁹ Auch das BVerfG brachte dies vor nicht langer Zeit zum Ausdruck, als es mit der Frage konfrontiert war, ob das Verbot der Sodomie, die nach § 18 TierSchG eine Ordnungswidrigkeit darstellt, verfassungskonform ist. Es führte aus, der „Schutz des Wohlbefindens von Tieren“ sei ein legitimes Ziel des TierSchG.⁸⁰ Das ist also kein rein moralischer, sondern auch ein rechtlicher Schutz. Dadurch kommt zum Ausdruck, dass das Tier zumindest insofern Träger eigener Rechte ist.⁸¹

Nothilfe scheint mir dann zulässig zu sein, wenn es um die Verteidigung rechtlich geschützter Interessen geht, die die Rechtsordnung einem Individuum zuweist, unabhängig davon, ob dies echte subjektive Rechte im Rechtsverkehr sind⁸² oder ob die Inhaber im Rechtsverkehr einer Vertretung bedürfen.⁸³ Dafür spricht auch, dass Embryonen und juristische Personen nothilfefähig sind und selbst der Staat dann „ein anderer“ ist,⁸⁴ wenn er als Träger von Individualrechtsgütern auftritt.⁸⁵ Mit anderen Worten ist der Schutz nicht auf natürl-

⁶⁸ *Stresemann* (Fn. 67), § 90a Rn. 3.

⁶⁹ *Herzog*, JZ 2016, 190 (191).

⁷⁰ *Mössner*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), *beck-online, Großkommentar, Zivilrecht*, Stand: 1.8.2018, § 90a Rn. 2; *Stresemann* (Fn. 67), § 90a Rn. 3.

⁷¹ Vgl. zur philosophischen Diskussion *Greco*, JZ 2019, 390 (392) mit Fn. 13, und vielen weiteren Nachweisen; *Herzog*, JZ 2016, 190 (191 f.); *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 49), Einführung Rn. 18 ff.; *Lorz/Metzger*, *Tierschutzgesetz, Kommentar*, 6. Aufl. 2008, Einführung Rn. 20 ff.; vgl. ferner *Huang*, *Haben Tiere Rechte?*, 2013.

⁷² *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, Zweiter Teil, 1797, § 17, S. 578.

⁷³ Vgl. insbesondere *Herzog*, JZ 2016, 190 (192); v. *Loeper/Reyer*, ZRP 1984, 205 (208 f.). Schon *Bentham*, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, A New Edition, 1823, Kap. XVII, § 1 IV Fn. 122, betonte – aus der Perspektive des Utilitarismus – die Leidensfähigkeit der Tiere; vgl. dazu auch v. *Loeper*, in: *Kluge* (Fn. 8), Einführung Rn. 31.

⁷⁴ Kritisch auch *Herzog*, JZ 2016, 190 (192).

⁷⁵ *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 49), Einführung Rn. 24; v. *Loeper* (Fn. 73), Einführung Rn. 48; *Obergfell*, NJW 2002, 2296 (2297).

⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 11/5463, S. 5; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 49), Einführung Rn. 24; v. *Loeper* (Fn. 73), Einführung Rn. 60; *Lorz/Metzger* (Fn. 71), Einführung Rn. 60.

⁷⁷ BT-Drs. 14/8860, S. 3; vgl. dazu auch v. *Loeper* (Fn. 73), Einführung Rn. 104c.

⁷⁸ Vgl. BT-Drs. 11/5463, S. 5.

⁷⁹ Vgl. *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 49), Einführung Rn. 25.

⁸⁰ BVerfG NJW 2016, 1229 (1230).

⁸¹ Vgl. *Greco*, JZ 2019, 390 (392): „Träger eines intrinsischen, eigenen, originären, und nicht bloß extrinsischen, instrumentellen, abgeleiteten Werts“; *Herzog*, JZ 2016, 190 (194): „para-subjektive Rechte“.

⁸² Vgl. auch *Kohler*, *GerS* 47 (1892), 32, der zwischen dem subjektiven Recht, das Tieren nicht zukomme, und dem rechtlich geschützten Interesse der Tiere, das er für nothilfefähig hält, unterscheidet.

⁸³ Begriff und Inhalt der subjektiven Rechte werden wiederum nicht einheitlich beurteilt, wobei insbesondere auch die Fragen der Funktion, Begründung und Durchsetzung vermischt werden; vgl. *Engländer* (Fn. 24), S. 68 ff.

⁸⁴ *Rönnau/Hohn* (Fn. 4), § 32 Rn. 81.

⁸⁵ *Greco*, JZ 2019, 390 (393); *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 34. A.A. *Ort/Reckewell* (Fn. 8), § 17 Rn. 9, die darauf verweisen, dass Tiere nicht unter Art. 2 Abs. 2 GG fielen. Das ist aber

che Personen beschränkt, die selbst im Rechtsverkehr auftreten können.⁸⁶ Geht es insbesondere darum, Allgemeinrechtsgüter aus der Notwehr auszuschließen, so hindert dies nicht daran, den Schutz des einzelnen Tieres als Individuum anzuerkennen. Weist das Recht den Tieren in bestimmtem Rahmen einen Schutz um ihrer selbst willen zu, so kann man das ein Individualrechtsgut nennen.⁸⁷ Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass Tiere im Eigentum eines Menschen stehen können. § 903 S. 2 BGB beschränkt die Befugnisse des Eigentümers und verpflichtet ihn zum Tierschutz, und auch § 90a S. 3 BGB erklärt die für Sachen geltenden Vorschriften nur für entsprechend anwendbar. Dies belegt den rechtlichen Sonderstatus der Tiere.

Schließlich wird vorgebracht, Tiere würden gegenüber Menschen unzulässigerweise privilegiert, wenn ein Nothilfe-recht zu ihren Gunsten, bei Tierangriffen aber keine Notwehr, sondern nur Notstand nach § 228 BGB, anzunehmen sei.⁸⁸ Tatsächlich liegt dies aber daran, dass Tierangriffe nicht zu den notwehrfähigen Angriffen gezählt werden, sodass Tiere bereits jetzt in diesem Sinne privilegiert sind, woran sich heute niemand mehr stört. Zudem können auch juristische Personen oder Embryonen wie gesagt nicht angreifen, sind aber gleichwohl nothilfefähig.

Historisch mag es so gewesen sein, dass § 32 StGB, ebenso wie das deutsche Rechtssystem insgesamt,⁸⁹ anthropozentrisch konzipiert war.⁹⁰ Auf die individualrechtliche Begründung der Notwehr wurde schon hingewiesen. Art. 20a GG und das TierSchG sollten aber schon für sich genommen dafür sprechen, dem gewandelten Verständnis des ethischen Tierschutzes auch bei der Auslegung des § 32 Abs. 2 StGB Rechnung zu tragen und den Tieren zumindest gewisse Individualrechtsgüter zuzusprechen. Es ist auch nicht so, als hätte es nicht schon früher Stimmen gegeben, die eine Nothilfe für Tiere für möglich gehalten haben. So ging beispielsweise *Josef Kohler* in einem Aufsatz aus dem Jahr 1892 ganz selbstverständlich davon aus, dass ein Tierfreund in das Haus eines Tierhalters eindringen dürfe, um diesen vom Quälen

eines Tieres abzuhalten.⁹¹ Dies sei Notwehr, weil ein vom Gesetz geschütztes Interesse verteidigt werde.⁹²

VI. Konsequenzen und Beschränkungsansätze

Akzeptieren wir die Möglichkeit einer Rechtfertigung wegen Nothilfe, so ist es angezeigt, zum Abschluss kurz auf die Konsequenzen dieser Ansicht einzugehen. Wie eingangs gesehen, ist die unmittelbare Folge der Annahme von Nothilfe, dass weitergehende Beeinträchtigungen der Rechtsgüter des Angreifers möglich werden. Möglicherweise liegt hierin das Unbehagen, das viele dazu bewegt, Nothilfe für Tiere abzulehnen und den rechtfertigenden Notstand wegen seiner Abwägungsmöglichkeiten für passender zu erachten.⁹³ In der Tat widerspräche es dem Rechtsgefühl, eine völlige Gleichsetzung der menschlichen mit den tierlichen Gütern zu fordern. Das muss aber nicht so sein. Es sind durchaus Stellschrauben vorhanden, mittels derer eine Feinjustierung erfolgen kann.

1. Der rechtswidrige Angriff

Zunächst ist festzuhalten, dass viele Angriffe auf Tiere schon gar nicht rechtswidrig sind. So erlauben etwa die §§ 4, 4a TierSchG die Tötung von Tieren.⁹⁴ Und auch Massentierhaltung und Tierversuche sind nicht per se verboten.⁹⁵ Zu bedenken ist ferner, dass der in den §§ 1 und 17 TierSchG genannte „vernünftige Grund“ zur Tötung eine Abwägung gestattet.⁹⁶ Diese hat bereits Einfluss auf die Notwehrlage. Denn bei Vorliegen eines „vernünftigen Grundes“ ist der entsprechende Angriff auf das Tier wiederum nicht rechtswidrig.⁹⁷ Es ließe sich weiter überlegen, welche Rechtsgüter der Tiere überhaupt als notwehrfähig angesehen werden sollen. Zwar schützt das TierSchG alle Tiere, jedoch in unterschiedlichem Maße. Durch die Strafnorm des § 17 TierSchG sind etwa nur Wirbeltiere geschützt. Stellt man – pathozentrisch – auf die Schmerz- und Leidensfähigkeit ab, so erscheint ein Fokus auf solche Tiere sinnvoll, die zu solchen Empfindungen fähig sind. Die Verteidigung eines Tieres gegen Schmerzen kann schließlich nur dann zulässig sein, wenn das Tier auch Schmerzen empfinden kann.

2. Erforderlichkeit und Gebotenheit der Verteidigung

Die entscheidenden Unterschiede der Notwehr zum Notstand liegen wie ausgeführt in den Anforderungen an die Erforder-

auch bei juristischen Personen nicht der Fall; vgl. *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 87. Lfg., Stand: März 2019, Art. 19 Rn. 101. A.A. aber auch hier *Ort/Reckewell* (Fn. 8), § 17 Rn. 9, unter Verweis auf Art. 19 Abs. 3 GG.

⁸⁶ *Greco*, JZ 2019, 390 (393).

⁸⁷ Vgl. auch *Greco*, JZ 2019, 390 (393), der Tiere als Träger subjektiver Rechte bzw. als Rechtssubjekte einordnet.

⁸⁸ *Ritz*, JuS 2018, 333 (336).

⁸⁹ Vgl. *Herzog*, JZ 2016, 190; *Kohler*, GerS 47 (1892), 32, die daraus beide aber gerade nicht den Schluss ziehen, dass eine Nothilfe für Tiere nicht möglich ist.

⁹⁰ Vgl. zur Geschichte des Notwehrrechts *Kindhäuser* (Fn. 33), § 32 Rn. 5, der das Notwehrrecht auf das Gedankengut der Aufklärung zurückführt, „in dem die Freiheit des Bürgers ins Zentrum der Rechtsvorstellung rückte und folgerichtig die Bewahrung der eigenen Güter zu unveräußerlichen Rechten des Einzelnen gehörte“.

⁹¹ *Kohler*, GerS 47 (1892), 32 (55).

⁹² *Kohler*, GerS 47 (1892), 32 (54).

⁹³ Vgl. nur *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (209).

⁹⁴ Daneben finden sich Erlaubnissätze in einer Vielzahl anderer Vorschriften, wie etwa im Bereich der Jagd, der Fischerei oder der Seuchen- oder Schädlingsbekämpfung; vgl. dazu ausführlich *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 49), § 17 TierSchG Rn. 14 ff.

⁹⁵ Vgl. dazu aber auch *Bülte*, GA 2018, 35 (41 f.).

⁹⁶ *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 49), § 17 TierSchG Rn. 9 ff.

⁹⁷ Vgl. *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 49), § 17 TierSchG Rn. 9: vernünftiger Grund als Rechtfertigungsgrund bei der Tat nach § 17 TierSchG; vgl. dazu auch *Bülte*, GA 2018, 35 (48 ff.).

lichkeit sowie im Fehlen einer Güterabwägung und Angemessenheitsprüfung. Um im Rahmen des Tierschutzes zu große Diskrepanzen auszugleichen, sind verschiedene Möglichkeiten denkbar, um eine zu starke Trutzwehr zu verhindern. So wird eine sofortige Körperverletzung (oder gar Tötung) des Angreifers zur Abwehr von Angriffen auf ein Tier wohl selten erforderlich sein.⁹⁸ Zudem ist zu bedenken, dass etwa das Freilassen von Tieren – unter der Prämisse, dass die Massentierhaltung in der konkreten Form überhaupt einen entsprechenden rechtswidrigen Angriff darstellt – nur dann ein erforderliches, milderes Mittel sein kann, wenn diese dadurch nicht dem sicheren Tod zugeführt werden. Ferner wird das Einschalten der Behörde in der Regel das effektivere, wenn nicht gar das einzig effektive Mittel sein. Zumindest in Fällen, in denen hoheitliche Hilfe präsent oder ohne weiteres erreichbar ist, scheidet unmittelbare private Nothilfe aus.⁹⁹ Auch im hier angesprochenen Fall ging es den Angeklagten ja nur darum, Beweise zu besorgen, um dann die Behörde in den Stand zu versetzen, für Abhilfe zu sorgen. Das Leiden einer Vielzahl an Tieren hätten sie selbst gar nicht abstellen können.

Mir erscheint aber vor allem die Ebene der Gebotenheit als geeigneter Ort der Beschränkung.¹⁰⁰ So käme als sozial-ethische Einschränkung insbesondere das krasse Missverhältnis in Betracht, welches zwischen verteidigtem Tier und angreifendem Menschen eher angenommen werden kann, zumal Angriffe auf Tiere nur Vergehen oder Ordnungswidrigkeiten darstellen.¹⁰¹ Dann dürfte man in meinem Eingangsbeispiel dem gequälten Hund Hilfe leisten, aber den Angreifer z.B. nicht töten oder erheblich verletzen.

VII. Fazit

Auch in den oben angeführten Tierschützer-Fällen ist Nothilfe damit jedenfalls grundsätzlich möglich. Hier kann aber die Erforderlichkeit insbesondere wegen der effektiveren und erreichbaren staatlichen Hilfe zweifelhaft sein. Im Fall des OLG Naumburg bestand die Besonderheit, dass die Behörde

diese explizit abgelehnt hatte, sodass ihre (vorrangige) Einschaltung gar nicht möglich war.¹⁰² Mit dem vom Gericht vorgebrachten Argument der langen Dauer bis zur Übermittlung der Aufnahmen hätte es eher an der Geeignetheit des Hausfriedensbruchs zur Verteidigung der konkreten Schweine zweifeln können¹⁰³ und nicht unbedingt erst am Verteidigungswillen, wie ich seine Ausführungen verstehe. Bei Fehlen lediglich des subjektiven Rechtfertigungselements bliebe es indes bei einer objektiven Rechtfertigung der Tat. Der Versuch des Hausfriedensbruchs ist aber straflos.

Die hier erörterte Frage wurde aber in allgemeiner Form gestellt und reicht daher über den konkreten Fall hinaus. Festzuhalten bleibt, dass sowohl die Gleichsetzung mit dem Menschen als auch die Gleichsetzung mit den Sachen bei Tieren nicht befriedigt. Eigentlich bedürften sie einer Sonderregelung. Hier könnte eine Klarstellung erfolgen, dass Nothilfe für Tiere möglich ist, diese aber auf Angriffe im Sinne des § 17 TierSchG beschränkt sind und z.B. die Tötung und erhebliche Verletzung des Angreifers ausgeschlossen werden. Art. 20a GG und § 90a BGB traten erst nachträglich und nach heißen Diskussionen in Kraft.¹⁰⁴ Vielleicht sollten wir anfangen, über einen § 32a StGB nachzudenken, der speziell auf Tiere zugeschnitten ist, und die diesbezügliche Diskussion beginnen.

⁹⁸ *Greco*, JZ 2019, 390 (393 ff.), ist der interessanten Frage näher nachgegangen, ob im Rahmen der Nothilfe für Tiere Ausweichen oder Flucht als mildere Mittel zu wählen sind. Er lehnt dies aus einer „modern-individualistischen“ Perspektive ab, da er das Recht, nicht fliehen zu müssen, als Bestandteil des angegriffenen Rechtsguts begreift. Dies lässt sich aber auch auf der Grundlage der hier befürworteten dualistischen Theorie mit dem Rechtsbewährungsprinzip gut begründen.

⁹⁹ *Kühl* (Fn. 5), § 32 Rn. 11a; *Perron/Eisele* (Fn. 4), § 32 Rn. 41; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 50; restriktiver (auf der Basis einer individualistischen Begründung der Notwehr) *Engländer* (Fn. 24), S. 174 ff.: nur wenn staatliche Hilfe unmittelbar, ohne Risiken und ohne größere Beeinträchtigung der rechtlich geschützten Freiheiten des Angegriffenen herbeigeholt werden kann. A.A. *Erb* (Fn. 5), § 32 Rn. 41.

¹⁰⁰ So auch *Greco*, JZ 2019, 390 (395 ff.).

¹⁰¹ Bei Körperverletzungen ablehnend *Greco*, JZ 2019, 390 (397), der aber die Tötung eines Menschen nicht akzeptieren will.

¹⁰² Vgl. auch OLG Naumburg NStZ 2018, 472 (474), bzgl. § 34 StGB.

¹⁰³ So im Ergebnis auch *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 (450).

¹⁰⁴ Vgl. zur Debatte zur Einführung des Art. 20a GG *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 49), Art. 20a GG Rn. 2.

Subventionsbetrug und Verletzung von Cross-Compliance-Vorgaben

Von Dr. Davina Bruhn, Hamburg, Prof. Dr. Jens Bülte, Mannheim*

Agrarbetriebe stehen aufgrund der hohen Anforderungen, die sich aus den berechtigten Interessen der Allgemeinheit an einer umweltschonenden Landwirtschaft unter Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier sowie anderer ökologischer und kultureller Belange ergeben, unter starkem wirtschaftlichem Druck. Daher ist die Forderung nach einer Subventionierung des Agrarsektors durch die Gesellschaft, die eben diese Rücksichtnahme von der Landwirtschaft verlangt, durchaus berechtigt. Doch steht und fällt dieses Recht auf Gewährung von Subventionen mit der Erfüllung dieser Nachhaltigkeitskriterien für Mindestbedingungen der Tierhaltung, Verwendung von Düngemitteln oder Erhaltung von Landschaftsmerkmalen. Wer Subventionen beantragt, obwohl er seinen Betrieb nicht im Einklang mit den sog. „Grundanforderungen an die Betriebsführung“ führt und damit die diese als „anderweitige Verpflichtungen“ oder Cross-Compliance-Pflichten bezeichneten Vorgaben missachtet, verletzt den Grundkonsens der EU-Agrarförderung. Er verliert (zumindest teilweise) seinen Anspruch auf Unterstützung und kann sich zudem wegen Subventionsbetrugs gem. § 264 StGB strafbar machen.

I. Agrarsubventionen in der Europäischen Union

Im Haushalt der Europäischen Union sind für das Jahr 2019 für Agrarsubventionen unter dem Haushaltstitel „Nachhaltiges Wachstum: natürliche Ressourcen“ Zahlungen in Höhe von 58,4 Mrd. Euro – das sind 36,1 % der Gesamtmittel der EU – vorgesehen.¹ Damit stellt die Gemeinsame Agrarpolitik (GAP) den vom Finanzvolumen her zweitwichtigsten Bereich der Politik in der Europäischen Union dar.² Die Agrarförderung erfolgt über zwei Säulen, zum ersten über den europäischen Garantiefonds für Landwirtschaft (EGFL), der marktbezogene Ausgaben und Direktzahlungen an Landwirte beinhaltet, und zum zweiten über den europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER).³ Der Haushaltsansatz für die erste Säule belief sich im Jahr 2019 auf 40,5 Mrd. Euro.⁴ Für diese Direktzahlungen an Agrarunternehmer erhält Deutschland zwischen 2014 und

2020 jährlich rund 4,85 Mrd. Euro von der Europäischen Union.⁵ Allein in Nordrhein-Westfalen wickelt die zuständige Landwirtschaftskammer jährlich Fördermittel in Höhe von ca. 600 Millionen Euro ab, die zu 90 % aus dem Haushalt der EU stammen.⁶ Für den hier darzustellenden Zusammenhang ist ausschließlich die Unterstützung von Betrieben durch diese Direktzahlungen relevant.

Seit Ende der 1970er Jahre hatte sich gezeigt, dass staatlich garantierte Annahmepreise für landwirtschaftliche Produkte zu einer unkontrollierten Überproduktion führten, die später als Butterberg und Milchsee bekannt wurden. Daher ging man in den 1990er Jahren dazu über, Stützpreise abzubauen und produktbezogene durch betriebsbezogene Subventionen zu ersetzen. Mit der Agrarreform 2003 begann eine Entkoppelung der Subventionen von den konkreten Produkten, um den Agrarunternehmern mehr unternehmerische Freiräume zu eröffnen und Wettbewerbsverzerrungen abzubauen.⁷ Das führte dazu, dass heute mehr als 98 % der Direktzahlungen an Betriebsinhaber in Deutschland in Form der Betriebsprämie und damit unabhängig von Art und Umfang der landwirtschaftlichen Produktion gewährt werden.⁸ Auf diese Weise sollen Anreize für Überschussproduktionen beseitigt und den Betriebsinhabern die Möglichkeit gegeben werden, sich flexibel und an den betrieblichen Vermarktungsmöglichkeiten orientiert auszurichten. Ferner sollen damit handelsverzerrende Einflüsse auf Preise und die Produktion in außereuropäische Staaten vermieden werden. Seit dem Antragsjahr 2012 und ab dem Haushaltsjahr 2013 wurde ausschließlich die Betriebsprämie gewährt.

Im Jahr 2013 wurden die Agrarsubventionen dahingehend reformiert, dass die bis einschließlich 2014 gewährten Betriebsprämien durch ein differenzierteres System von Direktzahlungen abgelöst wurden. Nunmehr werden ab 2015 flächenabhängige Basisprämien, Umverteilungsprämien und ab 2016 Greeningprämien und gegebenenfalls Junglandwirterprämien ausgezahlt. Insbesondere die Umverteilungsprämie sollte der effektiven Förderung kleiner und mittlerer Betriebe dienen.⁹

Diese Direktzahlungen sind zum einen von der bewirtschafteten Fläche des Betriebs abhängig, zum anderen davon,

* Dr. Davina Bruhn ist Rechtsanwältin (Hamburg); Prof. Dr. Jens Bülte ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Universität Mannheim. Die Autoren danken Frau ref. iur. Anna-Lena Dihlmann für sehr wertvolle Anregungen und die kritische Durchsicht des Textes.

¹ <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/106/die-finanzierung-der-gemeinsamen-agrarpolitik> (4.11.2019).

² Zu den Zielen der GAP Art. 38 bis 44a AEUV; ferner Groteloth, in: Dombert/Witt (Hrsg.), Münchner Anwalts-handbuch, Agrarrecht, 2. Aufl. 2016 § 27 Rn. 16.

³ Hierzu und zur historischen Entwicklung der EU-Agrarsubventionen eingehend Booth, in: Dombert/Witt (Fn. 2), § 27 Rn. 61 ff.

⁴ <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/106/die-finanzierung-der-gemeinsamen-agrarpolitik> (4.11.2019).

⁵ Vgl. hierzu Informationen des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft „Grundzüge der gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) und ihre Umsetzung in Deutschland“, abrufbar unter

<https://www.bmel.de/DE/Landwirtschaft/Agrarpolitik/Texte/GAP-NationaleUmsetzung.html> (4.11.2019).

⁶ Angabe der Landesregierung NRW, Landtag NRW Drs. 17/3350, S. 2.

⁷ Vgl. zum Begriff der Entkopplung Booth (Fn. 3), Rn. 78.

⁸ Vgl. hierzu Informationen der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung „Gemeinsame Agrarpolitik und EU-Agrarausgaben“, abrufbar unter

https://www.agrar-fischerei-zahlungen.de/agrar_foerderung.html (4.11.2019).

⁹ Vgl. Booth (Fn. 3), Rn. 96 ff.

dass der Unternehmer die unionsrechtlichen Vorgaben des Natur-, Umwelt-, Tier- und Verbraucherschutzes sowie zur Erhaltung der Flächen in gutem landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand, etwa zur Erosionsvermeidung oder zum Schutz von Grund- und Oberflächengewässern, einhält. Weil diese Vorgaben zur Nachhaltigkeit nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Produktion selbst stehen müssen, spricht man insofern von Cross-Compliance-Vorgaben (CC-Vorgaben).¹⁰ Die Direktzahlungen sollen also nicht nur die wirtschaftliche Existenz der Agrarunternehmen und die Ernährung der Bevölkerung sichern, sondern auch einen Beitrag zum Erhalt landeskultureller Werte, nachhaltiger Landwirtschaft und verantwortungsvoller Tierhaltung sowie zum Verbraucherschutz leisten.¹¹

II. Regeln der Cross Compliance und Sanktionsfolgen bei Verstößen

Da die Europäische Union im internationalen Vergleich hohe Standards bei dem Betrieb der Landwirtschaft setzt und dadurch Wettbewerbsnachteile entstehen können, sollen die Direktzahlungen aus dem EU-Agrarhaushalt unter anderem dem Ausgleich der höheren Produktionskosten dienen. Der Verbindung zwischen den Subventionen und den damit ausgeglichenen Nachteilen durch besondere Schutzstandards soll durch die Auflagenbindung, die als CC bezeichnet wird, rechtliche Verbindlichkeit und praktische Effektivität erlangen. In der Konsequenz dieses Systems dürfen EU-Agrarsubventionen nur gewährt und belassen werden, wenn die entsprechenden Standards eingehalten werden.

1. Bedeutung und Wirkung der Cross-Compliance-Vorgaben

Den CC-Verpflichtungen unterliegen grundsätzlich alle Betriebe – mit Ausnahme von Kleinerzeugern –, die Direktzahlungen aus der ersten Säule erhalten, aber auch solche, denen Zahlungen für flächen- und tierbezogene Maßnahmen der zweiten Säule oder Umstrukturierungsbeihilfen im Weinbereich zugutekommen. Die Einzelheiten der Vorgaben aus der CC regelt zunächst die Verordnung (EU) Nr. 1306/2013¹², die auf weitere Rechtsakte der Europäischen Union wie die Delegierte Verordnung (EU) Nr. 640/2014¹³ und ergänzende Vorschriften der Mitgliedstaaten zurückgreift. Für Deutsch-

land gelten das Agrarzahlungen-Verpflichtungsgesetz und die Agrarzahlungen-Verpflichtungenverordnung.¹⁴

Zu den Voraussetzungen aus der CC-Pflicht, die ein Betriebsinhaber erfüllen muss, wenn er Direktzahlungen erhält, gehören zunächst die sog. Grundanforderungen an die Betriebsführung (GAB). Sie umfassen die wichtigsten Regeln aus den Bereichen Umweltschutz, Lebens- und Futtermittelsicherheit, Tierkennzeichnung und -registrierung, Tierseuchenbekämpfung, Pflanzenschutzmitteleinsatz und Tiererschutz. Sie ergeben sich aus insgesamt 13 europäischen Rechtsakten, gegebenenfalls den Umsetzungsakten der Mitgliedstaaten und gelten grundsätzlich auch unabhängig von der Subventionsgewährung. Ferner sind die Standards zur Erhaltung landwirtschaftlicher Flächen in „gutem landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand“ (GLÖZ)¹⁵ einzuhalten. Sie betreffen insbesondere die Verminderung von Bodenerosion, die Verhinderung der Beseitigung von Landschaftselementen, der Begrünung von nicht zur Erzeugung genutzten Flächen sowie den Gewässerschutz. Die Vorgaben der GAB und der GLÖZ sind im Anhang II zur VO (EU) Nr. 1306/2013 aufgeführt.¹⁶ Dabei legt das Unionsrecht einen gesamtbetrieblichen Ansatz zugrunde, so dass die CC-Pflichten nicht nur für die landwirtschaftlichen Flächen einzuhalten sind, für die konkret Beihilfen beantragt wurden, sondern im gesamten landwirtschaftlichen Betrieb.¹⁷

In der VO (EU) Nr. 1307/2013¹⁸ und der Delegierten VO (EU) Nr. 639/2014¹⁹ finden sich Regelungen über die Direktzahlungen an Agrarunternehmer. Art. 21 ff. VO (EU) 1307/2013 legt fest, unter welchen Bedingungen der Betriebsinhaber die Basisprämienregelung – also die flächenabhängige Direktzahlung – in Anspruch nehmen darf. Voraussetzung dafür ist, dass einem aktiven Betriebsinhaber (vgl. Art. 9 VO [EU] Nr. 1307/2013; Art. 10 ff. VO [EU] Nr. 639/2014)²⁰ für förderfähige Betriebsflächen sog. Zahlungsansprüche zugewiesen worden sind (vgl. insb. Art. 14 ff. VO [EU] Nr. 639/2014).²¹ Ferner gelten das Direktzahlungendurchführungsgesetz²² und die Direktzahlungendurchführungsverordnung.²³

2. Verwaltungssanktionen bei Verletzung der Cross-Compliance-Vorschriften

Verletzt ein Betriebsinhaber, der Direktzahlungen erhält, seine Pflicht zur Einhaltung der CC-Vorgaben, weil er etwa

¹⁰ Vgl. *Booth* (Fn. 3), Rn. 79, 163 ff.

¹¹ Vgl. hierzu Informationen der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung: „Gemeinsame Agrarpolitik und EU-Agrarausgaben“, abrufbar unter https://www.agrar-fischerei-zahlungen.de/agrar_foerderung.html (4.11.2019).

¹² VO (EU) des europäischen Parlaments und des Rates vom 17.12.2013 über die Finanzierung, die Verwaltung und das Kontrollsystem der Gemeinsamen Agrarpolitik, ABl. EU v. 20.12.2013, Nr. L 307 40/549.

¹³ Delegierte Verordnung (EU) Nr. 640/2014 der Kommission vom 11.3.2014 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 1306/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU v. 20.6.2014, Nr. L181/48.

¹⁴ Vgl. weiterhin *Booth* (Fn. 3), Rn. 88 ff.

¹⁵ Vgl. *Booth* (Fn. 3), Rn. 182.

¹⁶ Vgl. hierzu *Booth* (Fn. 3), Rn. 173.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 7.8.2018 – C-435/17.

¹⁸ VO (EU) Nr. 1307/2013 v. 17.12.2013, ABl. EU v. 20.12.2013, Nr. L 347/608.

¹⁹ Delegierte VO (EU) Nr. 639/2014 v. 11.3.2014, ABl. EU v. 20.6.2014, Nr. L 181/1.

²⁰ Vgl. *Booth* (Fn. 3), Rn. 105 ff.

²¹ Zum Antrags- und Zuweisungsverfahren von Zahlungsansprüchen *Booth* (Fn. 3), Rn. 109 ff.

²² Gesetz v. 9.7.2014 (BGBl. I, S. 897), i.d.F. v. 21.10.2016 (BGBl. I, S. 2370).

²³ VO v. 3.11.2014 (BGBl. I, S. 1690), i.d.F. v. 22.2.2019 (BGBl. I S. 170).

gegen Vorschriften zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen durch ablaufenden Silagesickersaft²⁴ (GLÖZ 3) oder mit Tierarzneimitteln verstößt (Art. 17 Abs. 1 der BasisVO (VO [EU] Nr. 178/2002; GAB 4),²⁵ so ordnen Art. 91 ff. VO (EU) Nr. 1306/2013 die Kürzung der Subvention im Wege einer „Verwaltungssanktion“ an. Diese Verwaltungssanktionen haben anspruchvernichtende Wirkung. Eine bereits bewilligte Subvention darf nicht mehr ausgezahlt werden, soweit sie gekürzt wurde.²⁶

Art. 91 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1306/2013 bestimmt insofern zunächst, dass gegen einen Empfänger von Direktzahlungen (Begünstigter), der die CC-Vorschriften gemäß Art. 93 VO (EU) Nr. 1306/2013 nicht einhält, eine Verwaltungssanktion zu verhängen ist. Voraussetzung dieser zwingenden Rechtsfolge ist nach Art. 91 Abs. 2 VO (EU) Nr. 1306/2013, dass der Verstoß dem Begünstigten als Ergebnis seiner Handlung oder Unterlassung anzulasten ist²⁷ und seine landwirtschaftliche Tätigkeit oder die Fläche seines Betriebs betrifft. Die sanktionsbewehrten CC-Pflichten sind durch Art. 93 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1306/2013 bestimmt, der auf Anhang II der Verordnung verweist. Dort wird auf bestimmte EU-Verordnungen sowie auf Richtlinien verwiesen. Art. 93 Abs. 2 VO (EU) Nr. 1306/2013 bestimmt, dass im Falle von Mindestvorgaben, die in Richtlinien festgelegt sind, die jeweiligen nationalen Umsetzungsakte (z.B. für GAB 11–13 die deutsche TierSchNutzV) maßgeblich sind.

Die Anwendung und Berechnung der Verwaltungssanktionen regeln Art. 97 ff. VO (EU) Nr. 1306/2013. Zunächst bestimmt Art. 97 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1306/2013, dass die Nichterfüllung der CC-Vorgaben zu *irgendeinem* Zeitpunkt im Kalenderjahr, für das die Direktzahlungen gewährt werden, die Sanktion zur Folge hat. Nach Art. 99 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1306/2013 erfolgt die Sanktionierung durch die Kürzung oder Streichung des Gesamtbetrags der Direktzahlungen für das Jahr, in dem der Verstoß festgestellt wurde. Bei der Berechnung der Kürzungen sind nach Art. 99 UAbs. 1 VO (EU) Nr. 1306/2013 die Schwere, das Ausmaß, die Dauer und ggf. eine wiederholte Begehung des Verstoßes zu berücksichtigen. Hierzu finden sich in Art. 38 Delegierte VO (EU) Nr. 640/2014 nähere Regelungen.

Nach Art. 99 Abs. 2 VO (EU) Nr. 1306/2013 beträgt die Kürzung – für jeden Verstoß – bei Fahrlässigkeit höchstens 5 % des Gesamtbetrages, im Wiederholungsfall 15 %. Art. 39 Abs. 1 Delegierte VO (EU) Nr. 640/2014 gibt als regelmäßigen Kürzungssatz 3 % an. Art. 39 Abs. 4 Delegierte VO (EU) Nr. 640/2014 bestimmt ferner, dass der Kürzungssatz in jedem Wiederholungsfall jeweils zu verdreifachen ist. Bei Erreichen des Höchstsatzes von 15 % weist die Behörde zudem darauf hin, dass bei jedem weiteren Verstoß dieser Art von einer vorsätzlichen Begehung ausgegangen wird. Bei

vorsätzlichen Verstößen sieht Art. 99 Abs. 3 VO (EU) Nr. 1306/2013 eine Kürzung von mindestens 20 % bis zum völligen Ausschluss von Direktzahlungen, auch für mehrere Jahre vor. Art. 40 Delegierte VO (EU) Nr. 640/2014 regelt die Details der Sanktionsverhängung.

Mit Blick auf die Verwaltungssanktion muss berücksichtigt werden, dass der Vorsatzbegriff der VO (EU) Nr. 1306/2013 unionsrechtlich autonom auszulegen ist. Dennoch hat die Vierte Kammer des EuGH den Vorsatzbegriff von Art. 67 Abs. 1 VO (EG) 796/2004 – der Vorgängernorm zu Art. 99 VO (EU) Nr. 1306/2013 – ähnlich wie im deutschen Strafrecht ausgelegt.²⁸ Das Haftungssystem der Subventionskürzung habe keinen (rein) objektiven Charakter. Der „Begriff des ‚vorsätzlichen Verstoßes‘ [sei] dahin auszulegen, dass es hierfür erforderlich ist, dass der durch die Beihilfe Begünstigte gegen die Vorschriften über die anderweitigen Verpflichtungen verstößt und diesen Verstoß entweder bewusst herbeiführt oder – ohne dass er ein solches Ziel verfolgt – die Möglichkeit eines derartigen Verstoßes billigend in Kauf nimmt.“ Die Anordnung widerlegbarer Beweisvermutungen im Recht der Mitgliedstaaten zur Feststellung des Vorsatzes hat die Kammer allerdings ausdrücklich nicht ausgeschlossen.²⁹

3. Bewilligungs- und Sanktionspraxis

Aus der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und den Informationsbroschüren der Behörden lässt sich erahnen, wie die Behördenpraxis der Bewilligung und Sanktionierung aussieht: Die Behörde stellt aufgrund des Antrags des Unternehmers die grundsätzliche Förderungswürdigkeit fest und bewilligt die Direktzahlungen. Dabei wird grundsätzlich von der Richtigkeit der Angaben des Antragstellers und der vorgelegten Unterlagen ausgegangen. In einer statistisch und aufgrund von Risikoprofilen festgelegten Zahl von Betrieben findet dann vor der Auszahlung der Subvention zum Jahresende eine zufällige Routinekontrolle statt. Führt diese zur Feststellung von CC-Verstößen, so erfolgt eine Kürzung der bewilligten Subvention durch Bescheid und die Auszahlung am Jahresende wird verringert. Zudem kann es zu anlassbedingten Kontrollen aufgrund von Anzeigen (sog. Cross-Check) oder bei Fachkontrollen in anderem Zusammenhang kommen. Wird bei einer solchen Kontrolle ein CC-Verstoß festgestellt, kommt es ebenfalls zu einer Kürzung des auszahlenden Subventionsbetrages.

III. Strafrechtliche Einordnung als Subventionsbetrug

Wird ein begünstigter Agrarunternehmer mit einer Verwaltungssanktion belegt, so stellt sich die Frage, ob die Antragstellung trotz Verletzung der CC-Vorgaben zusätzlich zur Subventionskürzung strafrechtliche Folgen nach nationalem Recht haben kann. In Art. 3 Delegierte VO (EU) Nr. 640/2014 ist die Möglichkeit einer strafrechtlichen Sanktion ausdrücklich angelegt: „Die Anwendung der in dieser Verord-

²⁴ Vgl. VG Regensburg, Urt. v. 21.3.2019 – RN 5 K 17.1365.

²⁵ Vgl. VG München, Urt. v. 12.7.2018 – M 12 K 17.5704.

²⁶ Booth (Fn. 3), Rn. 168.

²⁷ Zur Zurechnung von Verstößen EuGH, Urt. v. 27.2.2014 – C-396/12 (Van der Ham), Rn. 48 ff. = AUR 2014, 147 (149); EuGH, Urt. v. 13.12.2012 – C-11/12 (Maatschap), Rn. 36 ff. = NVwZ 2013, 134 (135 f.).

²⁸ EuGH, Urt. v. 27.2.2014 – C-396/12 (Van der Ham), Rn. 27 ff. = AUR 2014, 147 (148).

²⁹ EuGH, Urt. v. 27.2.2014 – C-396/12 (Van der Ham), Rn. 41 = AUR 2014, 147 (148 f.).

nung vorgesehenen Verwaltungssanktionen und Ablehnung oder Rücknahme der Beihilfe erfolgen unbeschadet der Anwendung strafrechtlicher Sanktionen, soweit diese nach nationalem Recht vorgesehen sind.“

Damit ist natürlich noch nicht gesagt, dass dieses Verhalten auch deutschen Strafvorschriften unterfällt. In Betracht käme jedoch insbesondere eine Strafbarkeit nach § 264 StGB, wenn der Betriebsinhaber einen Antrag auf Gewährung der Direktzahlungen in Form der Basisprämie stellt, dabei zutreffende Angaben über seinen Betrieb macht, aber bei Antragstellung bereits weiß, dass er die CC-Vorgaben nicht eingehalten hat oder einhalten wird. Diese Fallgestaltung dürfte aufgrund der Besonderheiten des Antragsverfahrens nicht selten sein. Wird der Antrag im Mai des Jahres gestellt, für das die Subvention bewilligt werden soll, so ist im Antragszeitpunkt oftmals bereits bekannt, ob in den ersten Monaten des laufenden Jahres CC-Verstöße begangen worden sind.

Diese Ausgangssituation wirft eine Reihe von Detailfragen auf, weil zum einen § 264 StGB ein hochkomplexer Tatbestand ist, der eine Vielzahl von Rechtsproblemen bereitet. Zum anderen ist die Sanktionierung von Missbrauchshandlungen im Kontext von EU-Haushaltsmitteln stets im Lichte des Unionsrechts, insbesondere Art. 325 AEUV und der Richtlinie (EU) 2017/1371 vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug zu betrachten. Der effektive Schutz des EU-Haushalts ist eine Maxime, die bei der Auslegung von Strafvorschriften mit Blick auf den unionsrechtlichen Anwendungsvorrang – natürlich in den Grenzen der Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 49 EU-GRCh – stets zu beachten ist.³⁰

Macht sich also ein Unternehmer nach § 264 StGB strafbar, wenn er Direktzahlungen beantragt, obwohl er weiß, dass er z.B. die Vorgaben aus Art. 3 und 4 der Richtlinie 2008/120/EG des Rates über Mindestanforderungen für den Schutz von Schweinen nicht einhält bzw. nicht einhalten wird, weil die baulichen Verhältnisse der Haltungseinrichtungen, die Höchstlärmbelastung, die Mindestvorgaben für Licht oder den Toleranzrahmen für die Temperatur nicht hergeben etc.? Führt also jeder bei der Beantragung bekannte CC-Verstoß durch Verletzung der GAB bei Mängeln in der Tierhaltung, Düngemittelverwendung etc., zu einer Strafbarkeit nach § 264 StGB?

Die Annahme einer solchen Strafbarkeit liegt nahe, denn in einem solchen Fall verschweigt ein Betriebsinhaber bei der Geltendmachung eines Anspruchs auf eine Subvention einen Umstand, der zwangsläufig wegen des vorsätzlichen CC-Verstoßes zu einer Kürzung der Subvention in Höhe von mindestens 20 % führen würde. Doch ist die Strafbarkeit wegen § 264 StGB an strenge Voraussetzungen geknüpft, so dass die Vorschrift nur einen engen Bereich von Täuschungshandlungen im Vorfeld des § 263 StGB abdeckt.

1. Direktzahlungen als Subventionen im Sinne von § 264 StGB

Strafbar ist der Subventionsbetrug nach § 264 StGB naturgemäß nur dann, wenn sich die Tathandlung auf die Erlangung einer Subvention nach § 264 Abs. 8 StGB richtet und im Rahmen eines Subventionsverfahrens begangen wird. Beides ist hier gegeben, weil erstens die Direktzahlungen Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Union sind, die ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden. Damit handelt es sich um Subventionen nach § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB. Zweitens werden in der zugrundeliegenden Konstellation für die Gewährung der Direktzahlungen relevante Tatsachen im Rahmen des Subventionsverfahrens und nicht nur bei Gelegenheit von Vorkundigungen nicht offengelegt.

2. Subventionserhebliche Tatsache i.S.v. § 264 Abs. 9 StGB

Der Subventionsbetrug wird durch eine der spezifischen Tathandlungen begangen, die in § 264 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StGB umschrieben sind. Vorliegend kommt vornehmlich eine Tathandlung nach Nr. 1 in Betracht. Tatbestandlich handelt danach, wer gegenüber einer „für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde oder einer anderen in das Subventionsverfahren eingeschalteten Stelle oder Person (Subventionsgeber) über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind“. Der Täter muss also über eine subventionserhebliche Tatsache täuschen, um eine Tat nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu begehen.

Durch den Begriff der subventionserheblichen Tatsache werden die Tathandlungen des § 264 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 StGB auf Angaben über spezifische Umstände reduziert und die Vorverlagerung des strafrechtlichen Täuschungsschutzes auf das kriminalpolitisch Notwendigste begrenzt. Nur die Täuschung über subventionserhebliche Tatsachen ist nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar. Dabei ist der Tatsachenbegriff wie in § 263 StGB zu verstehen, als Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die objektiv bestimmt und dem Beweis zugänglich sind.³¹

Ob Tatsachen subventionserheblich sind, bestimmt § 264 Abs. 9 StGB. Aus seiner Legaldefinition wird deutlich, dass die Subventionserheblichkeit grundsätzlich nicht aus der sachlichen Bedeutung einer bestimmten Tatsache für die Subvention abgeleitet werden darf,³² sondern allein durch die konstitutive Erklärung des Gesetzes selbst oder durch den Subventionsgeber aufgrund Gesetzes entsteht.

³⁰ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 5.12.2017 – C-42/17 (MAS & MB), Rn. 39 ff. = NJW 2018, 217 (218) m.w.N.

³¹ Zu § 263 StGB vgl. BGH, Urt. v. 14.3.2019 – 4 StR 426/18 = NJW 2019, 1759; Dannecker, in Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 263 Rn. 14.

³² Vgl. nur BGH, Urt. v. 11.11.1998 – 3 StR 101/98 = BGHSt 44, 233 (239).

a) Formelle Subventionserheblichkeit aufgrund der Bestimmung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes

Daher sind Tatsachen „subventionserheblich“, wenn sie „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes von dem Subventionsgeber als subventionserheblich bezeichnet sind“ (§ 264 Abs. 9 Nr. 1).

Damit ist zum einen der Fall erfasst, in dem das materielle Gesetz – eine Rechtsverordnung ist also ausreichend, nicht aber Verwaltungsvorschriften, Verwaltungsrichtlinien o.ä.³³ – selbst die Subventionserheblichkeit feststellt (§ 264 Abs. 9 Nr. 1 Var. 1 StGB). Dabei muss nicht der Begriff „subventionserheblich“ verwendet, aber unmissverständlich festgestellt werden, dass das Gewähren oder Belassen der Subvention von diesem Umstand abhängt. Zum anderen ist eine Tatsache subventionserheblich, wenn sie von der Behörde als subventionserheblich bezeichnet wird und dies auf der Grundlage eines Gesetzes (z.B. des SubvG) erfolgt.

Danach hat die für die Vergabe zuständige Stelle (Subventionsgeber) dem Subventionsnehmer gegenüber die Tatsachen als „subventionserheblich im Sinne des § 264 Strafgesetzbuch zu bezeichnen, die 1. nach dem Subventionszweck, 2. den Rechtsvorschriften, Verwaltungsvorschriften und Richtlinien über die Subventionsvergabe sowie 3. den sonstigen Vergabevoraussetzungen für die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils erheblich sind“.

Der BGH³⁴ hat die verfassungsrechtliche Bedeutung dieser Pflicht des Subventionsgebers zur exakten Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen betont. Der Antragsteller müsse klar erkennen können, welche Umstände (strafrechtlich) relevante Vergabevoraussetzungen darstellen.³⁵ Die besondere Deutlichkeit sei geboten, weil die Strafbarkeit durch § 264 StGB erheblich vorverlagert sei, indem bereits die Täuschungshandlung ohne Schadenseintritt pönalisiert werde und auch Leichtfertigkeit strafbar sei. Es reiche nicht aus, den potenziellen Täter „generell darauf hinzuweisen, dass die Behörde an seinen Angaben interessiert ist“. Er soll vielmehr konkret auf bestimmte Tatsachen hingewiesen werden, „deren richtige und vollständige Beurteilung die zweckentsprechende Verwendung öffentlicher Mittel sicherstellen soll“. Zudem müssten auch der Subventionsgeber und ggf. die Strafverfolgungsbehörden in die Lage versetzt werden, rasch und eindeutig festzustellen, ob strafbare Täuschungen begangen wurden. Daher seien unmissverständliche und auf den konkreten Fall bezogene Angaben unabdingbar. Es reiche nicht aus, wenn sich die Subventionserheblichkeit „lediglich aus dem Zusammenhang ergibt“, „pauschal oder formellhaft bezeichnet“ oder sich die Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen in der Wiederholung der in § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB aufgeführten abstrakten Umstände erschöpft.³⁶

³³ BT-Drs. 7/3411, S. 28; BGH, Urt. v. 11.11.1998 – 3 StR 101/98 = BGHSt 44, 233 (237).

³⁴ BGH, Urt. v. 11.11.1998 – 3 StR 101/98 = BGHSt 44, 233 (238).

³⁵ Vgl. auch BT-Drs. 7/3441, S. 28.

³⁶ BGH, Urt. v. 11.11.1998 – 3 StR 101/98 = BGHSt 44, 233 (238).

Diese Anforderungen gelten sowohl für die Bestimmung der Subventionserheblichkeit durch das Gesetz, als auch aufgrund eines Gesetzes nach § 264 Abs. 9 Nr. 1 Var. 2 StGB. § 2 SubvG beinhaltet zwar eine solche Regelung, die den Subventionsgeber einerseits zur ausdrücklichen Bezeichnung von Subventionen als (strafrechtlich) erheblich verpflichtet,³⁷ andererseits aber auch die Rechtsgrundlage für die Bestimmung von Tatsachen als subventionserheblich i.S.v. § 264 Abs. 9 Nr. 1 Var. 2 StGB darstellt. Ob § 2 SubvG allerdings auf Subventionen anwendbar ist, die nach Unionsrecht vergeben werden oder nur auf Subventionen aus dem Haushalt des Bundes oder der Länder – soweit die jeweiligen Landesgesetze auf das SubvG verweisen (vgl. § 1 LSubvG NRW) – ist zweifelhaft.

Aus den Materialien zum Entwurf des 1. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität ergibt sich nur, dass das SubvG nicht anwendbar sein soll, soweit die Subventionen von Stellen der Europäischen Gemeinschaften unmittelbar verwaltet und vergeben werden. Direktzahlungen wie die Basisprämie und Greeningprämie sind Subventionen, deren Vergabe auf einem Haushaltsansatz der europäischen Union beruht und durch Verordnungen des Unionsrechts und Detailregelungen des nationalen Rechts geregelt ist. Daher könnte man hier annehmen, dass § 2 SubvG keine Anwendung findet.

In der Begründung zum Entwurf des § 1 SubvG vom 1.4.1975 heißt es zur Anwendung des damals neuen Gesetzes auf EG-Subventionen, der Bundesgesetzgeber sei „in der Lage, eine Leistung nach dem Gemeinschaftsrecht als Subventionen im Sinne des neuen § 264 StGB zu bezeichnen“.³⁸ Jedoch könne zweifelhaft sein, ob die §§ 4 bis 7 SubvG auch bei Leistungen nach dem Gemeinschaftsrecht greifen, weil Mitgliedstaaten nicht befugt seien, „in einem Bereich normative Regeln zu erlassen, in welchem die Rechtsetzungsbefugnis auf die Gemeinschaft übertragen ist“.

Das lässt den Umkehrschluss zu, §§ 1 bis 3 SubvG könnten auch für Subventionen gelten, die nach dem Unionsrecht vergeben werden, für deren Bewilligung, Gewährung etc. aber nationale Behörden zuständig sind. Davon gehen wohl auch die zuständigen Landesbehörden aus, wie sich etwa aus dem Mantelbogen des Sammelantrages der Landwirtschaftskammer NRW für das Jahr 2019 ergibt. Der Antragsteller hat in diesem Formular nach Ziffer 13.12 zu versichern, ihm sei bekannt, „dass, alle Angaben dieses Antrages, von denen die Bewilligung, Gewährung, Weitergewährung oder das Belassen der Zuwendung abhängig sind, subventionserheblich im Sinne des § 264 Strafgesetzbuch (Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität 1. WiKG) in Verbindung mit § 1 des Gesetzes über die Vergabe von Subventionen nach Landesrecht (Landessubventionsgesetz) vom 24.03.1977 sind und bei entsprechender Nichteinhaltung strafrechtlich verfolgt werden [...]“.

Dieser Hinweis dürfte aber wohl nicht ausreichen, um den Antragsteller mit der vom BGH postulierten Eindeutigkeit

³⁷ BGH, Urt. v. 11.11.1998 – 3 StR 101/98 = BGHSt 44, 233 (241).

³⁸ BT-Drs. 7/3441, S. 42.

darauf hinzuweisen, welche Angaben als spezifisch subventionserheblich anzusehen sind und welche nicht. Dies gilt auch, wenn der Antragsteller auf dem Antragsformular zum Abschluss erklärt, dass die Angaben und Erklärungen der einzelnen angekreuzten Anlagen Bestandteil des Antrages sind und er die Verpflichtungen zu den einzelnen Antragsunterlagen anerkennt.

Die „dritte Seite“ des o.g. Mantelbogens enthält ferner Verpflichtungserklärungen (Ziffer 11), Einverständnis- und Anerkenntniserklärungen (Ziffer 12) und Wissenserklärungen (Ziffer 13). Der Antragsteller erklärt sich u.a. bereit zur Bereitstellung von Unterlagen (Ziffer 11.2.), zur Bezeichnung von bewirtschafteten Flurstücken (sog. Schläge, Ziffer 11.3.), zur unverzüglichen Mitteilung von subventionserheblichen Abweichungen, Änderungen oder Wechsel und alle Tatsachen (Ziffer 11.4) und zur Aufbewahrung von Unterlagen (Ziffer 11.5).

Unter Ziffer 12 erklärt er u.a., dass er die geltenden Bedingungen für die Gewährung der beantragten Beihilfe zur Kenntnis genommen hat und anerkennt (Ziffer 12.1), dass er keine weiteren Direktzahlungen beantragt hat (Ziffer 12.2), keine Umgehungskonstruktionen geschaffen hat (Ziffer 12.3), die Angaben im Antrag zutreffend sind (Ziffer 12.6) und dass der Antragsteller die „Informationen über die anderweitigen Verpflichtungen (Cross Compliance-Broschüre) für 2019 von der EU-Zahlstelle [...] erhalten“ hat und ihm der Inhalt bekannt ist.

Schließlich werden unter Ziffer 13 weitere 17 Erklärungen darüber abgegeben, was dem Antragsteller ansonsten noch alles bekannt sei. Dazu gehört unter Ziffer 13.4 der Inhalt der für die Direktzahlungen relevanten Verordnungen des Europäischen Parlaments und des Rates (insbesondere Nr. 1035/2013, 1306/2013, 1307/2013) und die konkretisierenden Delegierten Verordnungen der Kommission (Nr. 639-641/2014 und 807-809/2014).

Diese Verweise auf eine Vielzahl nicht exakt genannter Tatsachen, die der Antragsteller erst noch aus den Rechtsgrundlagen herausuchen muss, dürften kaum ausreichen, um jede der Angaben im Antragsformular (z.B. auch im Formular angegebene Mobilfunk- oder Faxnummer o.ä.) als subventionserhebliche Tatsache im Sinne von § 264 Abs. 9 Nr. 1 Var. 2 StGB zu klassifizieren. Letztlich kann diese Frage aber ebenso dahinstehen wie die Anwendbarkeit von § 2 SubvG, da insoweit § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB zur Anwendung kommt.

b) Materielle Subventionserheblichkeit aufgrund gesetzlich bestimmter Relevanz

Nach dieser Vorschrift gelten „neben den formell als subventionserheblich bezeichneten Tatsachen“ auch solche Tatsachen „als subventionserheblich im Sinne des Absatzes 1, von denen die Subventionsvergabe und die Rückforderung gesetzlich abhängig ist. Gemeint sind damit die materiellen Voraussetzungen für die Vergabe und Rückforderung. Soweit das Gesetz diese näher bestimmt [...], ist damit bereits die zur Klarheit des Subventionsvergabeverfahrens notwendige Konkretisierung erreicht. Es wäre zu aufwendig und eher verwirrend, wenn zusätzlich zu einer solchen gesetzlichen

Regelung noch eine Bezeichnung der Tatsachen als ‚subventionserheblich‘ hinzutreten müsste“.³⁹

Damit hat der Gesetzgeber einen Schritt in Richtung eines materiellen Begriffs der subventionserheblichen Tatsache getan. Zwar wurde die Idee einer Bestimmung der Subventionserheblichkeit nach dem Zweck der Subvention nicht umgesetzt,⁴⁰ dennoch können auch solche Tatsachen subventionserheblich sein, hinsichtlich derer das Gesetz hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, dass die Gewährung, Rückforderung etc. von ihnen abhängig ist, ohne dies mit der ausdrücklichen Bezeichnung als „subventionserheblich“ zu verbinden.⁴¹ Diese Regelung wurde insbesondere für Fälle geschaffen, in denen § 2 SubvG nicht zur Anwendung kommt, also die Vergabe von Subventionen nach dem Gemeinschaftsrecht durch Stellen der EG erfolgt.

Daher sollte die „bereits in den EG-Nomen erfolgte Benennung von Vergabevoraussetzungen als Grundlage der Pönalisierung dahingehender Täuschungshandlungen genügen“.⁴² Auf diese Weise wird durch das Strafgesetz klargestellt, dass nur solche Täuschungshandlungen strafbar sind, die sich auf „gesetzlich klar ausgewiesene Vergabevoraussetzungen“ beziehen. Da sich die Vorschrift spezifisch an einen konkreten Kreis von Subventionsnehmern richtet, stellt die Strafvorschrift an den Normadressaten auch keine höheren Anforderungen als andere Strafvorschriften.

Nach dieser Regelung reicht es also für die strafatbestandliche Subventionserheblichkeit aus, wenn sich dem Gesetz unmittelbar – auch unter Zuhilfenahme der üblichen Auslegungsmethoden – entnehmen lässt, unter welchen Voraussetzungen die Subvention gewährt wird. Das setzt voraus, dass „das Gesetz selbst mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, dass die Subventionierung unter der im Gesetz genannten Voraussetzung erfolgt, ohne die entsprechende Tatsache“ ausdrücklich als subventionserheblich zu kennzeichnen.⁴³

Das ist nach der Rechtsprechung des BGH nicht der Fall, wenn das Gesetz der Verwaltung einen Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Subvention – hinsichtlich der konkreten Tatsache – gibt. Dann sei dem Gesetz nämlich für den konkreten Einzelfall nicht zu entnehmen, ob die Bewilligung der Subvention von der Voraussetzung abhängt. Es komme vielmehr eine an den konkreten Umständen des Einzelfalls orientierte Ermessensentscheidung hinzu. Allein die Kenntnis des Gesetzes reiche in diesen Fällen nicht aus, um

³⁹ BT-Drs. 7/3441, S. 28.

⁴⁰ Zu diesem Vorschlag BT-Drs. 7/3441, S. 4, 29; zur Kritik daran BT-Drs. 7/5291, S. 13.

⁴¹ So BT-Drs. 7/5291, S. 13.

⁴² BT-Drs. 7/5291, S. 13.

⁴³ BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – 5 StR 61/10 = wistra 2011, 67 (68); BGH, Urt. v. 11.11.1998 – 3 StR 101/98 = BGHSt 44, 233 (241); im Ergebnis auch BGH, Urt. v. 20.6.1986 – 1 StR 184/86 = BGHSt 34, 111 ff.

im Einzelfall zu beurteilen, ob die Subventionierung an die Erfüllung der Voraussetzung geknüpft ist.⁴⁴

Diese „gesetzliche Abhängigkeit“ der Subvention von einer Tatsache kann durch formelle Bundes- und Landesgesetze, durch normative Festlegungen im Haushaltsplan und durch das Haushaltsgesetz hergestellt werden, aber natürlich auch durch die Regelungen des Unionsrechts.

Das wirft die Frage auf, ob auch die Erfüllung von CC-Vorgaben als eine subventionserhebliche Tatsache anzusehen ist. Bei der Entwicklung einer Antwort sind zwei Aspekte zu trennen: zum einen die Abhängigkeit der Subvention von der Erfüllung der CC-Vorgaben und zum anderen die hinreichende Bestimmtheit der CC-Vorgaben selbst im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG. Denn es ist durchaus denkbar, dass die (vollständige) Gewährung einer Subvention zweifellos von der Erfüllung der Voraussetzungen einer bestimmten Vorschrift abhängig ist, die Sanktionsvorschrift selbst aber so unbestimmt ist, dass im Ergebnis keine hinreichend bestimmte Strafvorschrift vorliegt.

c) Subventionserheblichkeit von Cross-Compliance-Vorgaben

Die Vorschriften des Unionsrechts über die Einhaltung der „anderweitigen Verpflichtungen“ sind insofern subventionsrechtstypisch, als sie nicht ausdrückliche Voraussetzung für die Bewilligung oder Gewährung der Subvention sind. Es ist vielmehr geregelt, dass gegen den Subventionsnehmer, der die CC-Vorschriften gem. Art. 93 nicht erfüllt, eine sog. Verwaltungssanktion verhängt wird. Würde es sich hierbei um eine klassische Geldbuße handeln, so wäre die Nichterfüllung von CC-Auflagen zweifellos keine subventionserhebliche Tatsache, sondern eine im weitesten Sinne strafrechtliche Sanktion.

Hier ist die Situation allerdings anders, weil die angedrohte Verwaltungssanktion ausschließlich in einer Kürzung der Subvention um einen bestimmten Prozentsatz besteht, der anhand des Gesamtwerts der Direktzahlung zu ermitteln ist (Art. 99 VO [EU] Nr. 1306/2013). Die Sanktion ist damit unmittelbar mit der Gewährung der Subvention verbunden, die ihrerseits die Höhe der Sanktion begrenzt. Zudem wird in Erwägungsgrund 53 der VO (EU) Nr. 1306/2013 ausdrücklich betont, dass die „volle Zahlung einiger GAP-Fördermittel“ nur bei Erfüllung der CC-Vorgaben erfolgen soll. Daraus wird deutlich, dass die Einhaltung der CC-Verpflichtungen integraler Bestandteil des Subventionssystems⁴⁵ und damit Voraussetzung für die Belassung der Subvention ist. Einer strafrechtlichen Sanktionierung neben der Subventionskürzung steht also der *ne bis in idem*-Grundsatz nicht entgegen, weder aus Art. 103 Abs. 3 GG, noch aus Art. 50 EU-GRCh.

Denn das Unionsrecht versteht die Verwaltungssanktion – trotz ihres Abschreckungszwecks (vgl. u.a. Erwägungsgrund

19 zu VO [EU] Nr. 640/2014) – nicht als Strafe,⁴⁶ sondern lässt ausdrücklich die Verhängung zusätzlicher nationaler Strafmaßnahmen zu (Art. 3, Erwägungsgrund 4 zu VO [EU] Nr. 640/2014). Ablehnung, Rücknahme und Sanktion werden als einheitliches System von Steuerungsinstrumenten begriffen (vgl. Erwägungsgrund 31 zu VO [EU] Nr. 640/2014). Daher spricht nichts dagegen, auch solche Tatsachen, von denen die Verhängung der Sanktion abhängt, als subventionserheblich anzusehen. Die Verhängung der Sanktion ist damit eine Entscheidung über das Gewähren der Subvention im Sinne von § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB, weil damit unmittelbar eine Entscheidung über den Auszahlungsbetrag getroffen wird.

Voraussetzung für die Qualifizierung der Sanktionsvoraussetzungen als subventionserhebliche Tatsachen i.S.v. § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB ist ferner, dass die Sanktionierung nicht vornehmlich auf einer Ermessensentscheidung der Behörde beruht. Andernfalls könnte es nämlich an der gesetzlichen Abhängigkeit der Subventionsbelassung von der konkreten Tatsache (Nichterfüllung von GAB) fehlen. Insofern kommt es auf die hinreichende Bestimmtheit an, sowohl der tatbestandlichen Voraussetzungen der Sanktion, als auch der Rechtsfolge in Form der Kürzung der Subvention.

aa) Bestimmtheit des Sanktionstatbestandes

Hier ist eine Einzelfallbetrachtung geboten. Die jeweilige CC-Vorgabe muss erkennen lassen, in welchen konkreten Fällen eine Verwaltungssanktion zu verhängen ist und ob diese Vorgabe dem Bestimmtheitsgebot gerecht wird. Betrachtet man die GAB 11 bis 13, die sich mit dem Tierschutz befassen und ihre Umsetzungen durch die TierSchNutzV,⁴⁷ unter diesem Blickwinkel, so ist wird deutlich, dass zumindest diese Vorgaben hinreichend bestimmt sind und das „Ob“ der Sanktion gerade nicht in das Ermessen der Behörde stellen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in vielen Fällen, insbesondere bei Fragen der CC-Verstöße in der Tierhaltung, eine veterinärmedizinische oder ethologische Beurteilung des Sachverhalts erforderlich ist. Hierbei wird kein Ermessen ausgeübt, sondern der Sachverhalt unter den Tatbestand einer Rechtsvorschrift subsumiert.

Art. 3, 4 und der Anhang I der RL 2008/119/EG bzw. §§ 5 ff. TierSchNutzV enthalten unionsrechtlich verbindliche Mindestvorgaben für die Haltung von Kälbern. Mag auch mancher Begriff dieser Regelungen auslegungsbedürftig sein oder von einer veterinärmedizinischen oder ethologischen Bewertung abhängen, so sind die Vorschriften doch so eindeutig, dass der Unternehmer erkennen kann, welche Mindestbedingungen einzuhalten sind. Für die Vorgaben zur Haltung von Schweinen nach Art. 3 und 4 und Anhang I der RL Nr. 2008/120/EG bzw. §§ 21 ff. TierSchNutzV gilt dies gleichermaßen.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – 5 StR 61/10 = wistra 2011, 67 (68); Fischer, StGB, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 264 Rn. 17.

⁴⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.12.2012 – C-11/12 (Maatschap), Rn. 35 = NVwZ 2013, 134 (135).

⁴⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.6.2012 – C-489/10 (Bonda), Rn. 45 = EuZW 2012, 543 (545).

⁴⁷ Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.8.2006, BGBl. I, S. 2043, i.d.F. v. 30.6.2017, BGBl. I, S. 2147.

Missachtet ein Unternehmer in seinem Betrieb z.B. die Vorgaben aus Anhang I Kapitel 1 Allgemeine Bedingungen Ziffer 4, dass Schweine ständigen Zugang zu ausreichenden Mengen an gesundheitlich ungefährlichen Spielmaterialien haben müssen (§ 26 Abs. 1 Nr.1 TierSchNutztV), so begeht er nicht nur eine Ordnungswidrigkeit, sondern auch einen CC-Verstoß. Zwingende Rechtsfolge dieses Pflichtenverstoßes – soweit er fahrlässig oder vorsätzlich erfolgt – ist die Kürzung der Subventionen nach Art. 91 ff. VO (EU) Nr. 1306/2013.

Das gilt natürlich ebenso für jede andere Verletzung von Art. 3 und 4 RL 2008/120/EG und § 22 Abs. 3 TierSchNutztV, wenn also für die Schweine im Stall Verletzungsgefahr besteht, weil der Boden zu rutschig ist, sie nicht jeden Tag ausreichend gefüttert werden, nicht alle Tiere gleichzeitig Zugang zum Futter haben, die Schwänze routinemäßig kupiert werden, kein hinreichender Zugang zu Frischwasser oder Licht gegeben ist und vieles mehr.

Diese Verstöße haben nach Art. 91 VO (EU) Nr. 1306/2013 bei schuldhafter Begehung durch den Begünstigten eine Verwaltungssanktion zur Folge, weil es sich um Nichterfüllungen im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. c i.V.m. Anhang II VO (EU) Nr. 1306/2013 handelt. Der Tatbestand der Sanktion ist damit hinreichend klar bestimmt und auch diese Voraussetzung des § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB erfüllt.

bb) Bestimmtheit der Sanktionsfolge

Die Bestimmtheit des Sanktionstatbestandes allein reicht jedoch nicht aus, um die Eigenschaft des CC-Verstoßes als subventionserhebliche Tatsache im Sinne von § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB zu begründen. Die Subventionserheblichkeit des Umstandes – also einschließlich seiner Rechtsfolge der Nichtgewährung oder Rückforderung der Subvention – muss sich vielmehr unmittelbar aus dem Gesetz ergeben. Jedoch ist auch das vorliegend gegeben:

Bei der Verhängung der Verwaltungssanktion hat die Behörde zwar einen gewissen Entscheidungsspielraum, Entschließungsermessen kommt ihr aber nicht zu (gebundene Entscheidung),⁴⁸ weil nur ausnahmsweise von einer Kürzung der Subvention abgesehen werden darf (Art. 91 Abs. 2 UAbs. 1 VO [EU] Nr. 1306/2013) und die Grenzen, in denen sich die Sanktion zu bewegen hat, durch europäisches Verwaltungsrecht vorgegeben ist. Die unmittelbare Abhängigkeit der Subvention von der gesetzlichen Vorgabe wird durch die mögliche Spannweite der Sanktionshöhe und die Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung nicht in Frage gestellt. Art. 99 VO (EU) Nr. 1306/2013 enthält detaillierte Vorgaben für die Höhe der Kürzungen. Aus dem Unionsrecht ergibt sich damit unmittelbar, dass die Tatsache des CC-Verstoßes für die Höhe der Subvention relevant ist und in welchem Rahmen es zur Kürzung kommen würde.

Ist dem Unternehmer beispielsweise bei Antragstellung bekannt, dass er in seinem Betrieb die Vorgaben der GAB 11–13 zum Tierschutz, aus baulichen, wirtschaftlichen oder

sonstigen Gründen nicht erfüllt oder zu irgendeinem Zeitpunkt im Antragsjahr nicht wird erfüllen können, so handelt es sich um einen vorsätzlichen CC-Verstoß. Dieser ist nach Art. 99 Abs. 3 VO (EU) Nr. 1306/2013 mit einer Kürzung der Direktzahlung von mindestens 20 % zu ahnden. Mit Blick auf diese strikte Mindestsanktionsregelung ist zumindest in Vorsatzfällen von einer so hinreichend bestimmten Rechtsfolge auszugehen, dass sich die Subventionserheblichkeit eines Verstoßes unmittelbar aus dem Gesetz – hier den Unionsverordnungen – ergibt. Aufgrund dieser klaren Regelungen aus dem Unionsrecht, die die Berechnungen der Subventionen vorgeben, ist die Feststellung des konkreten Kürzungsbetrages in der Praxis auch automatisiert und erfolgt durch eine entsprechende Software, die die Berechnungen vornimmt. Auch die Rechtsfolge ist damit konkret vorhersehbar und der Antragsteller kann sich ohne weiteres darauf einstellen, welche Folgen unrichtige oder unvollständige Angaben haben werden.

cc) Unionsrechtskonforme Auslegung von § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB

Diese Interpretation von § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB ist auch mit Blick auf die Vorgaben des Unionsrechts geboten. Bereits die VO (EG/Euratom) Nr. 2988/95 vom 18.12.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der EG ließ in ihren Erwägungsgründen keinen Zweifel daran, dass zu den zu schützenden Finanzmitteln insbesondere die Mittel der gemeinsamen Agrarpolitik gehören.⁴⁹

Damit gilt für die Bekämpfung von Missbrauchshandlungen im Zusammenhang mit Agrarsubventionen, was der EuGH in seiner Rechtsprechung zum Mehrwertsteuerrecht stets hervorhebt: Die Mitgliedstaaten haben dafür zu sorgen, dass die Haushaltsmittel der EU vor Betrugshandlungen im weitesten Sinne zum einen durch effektive, abschreckende und angemessene Sanktionen geschützt werden. Zum anderen sind Betrugstaten zum Nachteil der Union ebenso effektiv zu verfolgen, wie Straftaten gegen die finanziellen Interessen des jeweiligen Mitgliedstaats.⁵⁰

Das führt dazu, dass Strafvorschriften, die im konkreten Fall den Schutz der finanziellen Interessen bezwecken, im Rahmen des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs und der Charta der Europäischen Grundrechte so auszulegen sind, dass sie einen effektiven und äquivalenten Schutz des europäischen Agrarhaushalts gewährleisten. Wollte man § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB so interpretieren, dass die Umstände, die zur Kürzung der Direktzahlungen führen können, keine subventionserhebliche Tatsache sind, so wäre die Effektivität des Schutzes der Agrarbeihilfen vor Betrugshandlungen – im weiten unionsrechtlichen Sinn – erheblich gemindert. Daher gebietet die unionsrechtskonforme Auslegung von § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB die Qualifizierung von CC-Verstößen als subventionserhebliche Tatsachen.

⁴⁸ OVG Greifswald, Beschl. v. 28.4.2009 – 2 L 171/07 = RdL (Recht der Landwirtschaft) 2009, 334 f.; ferner *Booth* (Fn. 3), Rn. 222.

⁴⁹ Vgl. auch EuGH, Urt. v. 5.6.2012 – C-489/10 (Bonda) = EuZW 2012, 543 ff.; BT-Drs. 19/7886, S. 8.

⁵⁰ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 5.12.2017 – C-42/17 (M.A.S & M.B.), Rn. 30.

3. Machen unrichtiger oder unvollständiger Angaben

Die Tatsachen, die zu einer Kürzung der Subvention im Sanktionswege führen, sind also subventionserheblich. Doch liegt auch eine taugliche Tathandlung vor, wenn der Unternehmer bei der Antragstellung Umstände verschweigt, deren Offenbarung zu einer zwingenden Kürzung führen würde?

Nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer in einem Subventionsverfahren gegenüber einer für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde oder Stelle über subventionserhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für ihn oder einen anderen vorteilhaft sind. Nach § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist strafbar, wer den Subventionsgeber entgegen den Rechtsvorschriften über die Subventionsvergabe über subventionserhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt.

Wenn der Unternehmer über die Nichterfüllung der CC-Vorgaben zum Tierschutz, Einsatz von Düngemitteln etc. schweigt, scheint zunächst nur pflichtwidriges Verschweigen von subventionserheblichen Tatsachen in Betracht zu kommen, weil über die relevanten Umstände keine Angaben gemacht werden. Eine solche Bewertung griffe allerdings dann zu kurz, wenn der Antragsteller wie in Ziffer 6 im „Sammelantrag 2019 Anlage A Auszahlungsantrag Basisprämie und Greeningprämie“ (NRW) erklärt, dass er sich verpflichtet, „die Bestimmungen der Verordnungen des Europäischen Parlaments und des Rates und der Kommission der Europäischen Union und des Bundes zu den EU-Prämien in den jeweils geltenden Fassungen einzuhalten [...]“. Es folgt eine Aufzählung der maßgeblichen EU-Verordnungen und Bundesgesetze.

Diese Erklärung ist nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen und daher nicht nur als Verpflichtungserklärung zu verstehen, sondern auch als Erklärung, dass dem Antragsteller keine Umstände bekannt sind, die einer Erfüllung dieser Verpflichtung zwingend entgegenstehen. Wer sich bereit erklärt eine Pflicht einzuhalten, versichert damit konkludent, dass ihm die Einhaltung dieser Pflicht (seines Wissens nach) auch möglich ist. Wer einen Antrag auf Bewilligung der Basisprämie stellt, obwohl er weiß, dass die Voraussetzungen für die Gewährung der Subvention in voller Höhe nicht gegeben sind, macht also zumindest unvollständige Angaben im Sinne von § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB, begeht mithin eine taugliche Subventionsbetrugshandlung.

Denn unvollständige Angaben i.S.v. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB macht, wer durch ausdrückliche oder konkludente Gedankenerklärungen⁵¹ über Tatsachen mit Blick auf die Bedingungen der Subventionserteilung ein unvollständiges oder unrichtiges und für ihn vorteilhaftes Gesamtbild vermittelt.⁵² Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

4. Vorsatz oder Leichtfertigkeit

Die Strafbarkeit der Tathandlung setzt beim abstrakten Gefährdungsdelikt des Subventionsbetrugs nicht den Eintritt

eines Vermögensschadens voraus, sondern neben der Tathandlung nur, dass der Täter die Tathandlung vorsätzlich (§§ 264, 15 StGB) oder leichtfertig (vgl. § 264 Abs. 5 StGB) begangen hat.

a) Vorsätzlicher Subventionsbetrug

Vorsatz bedeutet vorliegend, dass der Antragsteller zumindest ernsthaft für möglich hält, dass die Tierhaltung, Verwendung von Dünger oder Giftstoffen in seinem Betrieb nicht den CC-Vorgaben entspricht, sich aber damit abfindet, z.B. weil ihm die Einhaltung der Vorgaben zu aufwendig erscheint oder er damit überfordert ist.⁵³

Der Vorsatz muss sich dabei auch auf die Möglichkeit der Subventionskürzung beziehen, weil nur dann auch hinsichtlich der Subventionserheblichkeit vorsätzliches Handeln gegeben ist. Wer nicht weiß, dass sein Handeln zu einer Subventionskürzung führen kann, kennt die Subventionserheblichkeit der Tatsachen nicht, zu denen er Angaben macht. Daher muss der Unternehmer zum einen wissen, dass sein Handeln (möglicherweise) nicht den CC-Vorgaben entspricht und dass sich daraus die Kürzung der Subvention ergeben kann. Er muss jedoch nicht die konkreten Vorschriften kennen, gegen die er möglicherweise verstößt und aufgrund derer die Kürzung erfolgt. Erkennt er die Möglichkeit, aufgrund eines Fehlverhaltens mit einer Sanktion belegt zu werden, so handelt er mit Blick auf die Subventionserheblichkeit vorsätzlich.

Damit begeht der Unternehmer eine vorsätzliche Tathandlung, der die baulichen Gegebenheiten seines Betriebes kennt und weiß, dass die Spalten in den Betonböden der Schweineställe unzulässig breit sind⁵⁴ und sich bewusst ist, dass dies zu einer Kürzung der Subventionen führen könnte, aber aus wirtschaftlichen Gründen keine Änderungen vornimmt. Soweit es die mangelnde Kenntnis der relevanten Bestimmungen über die CC-Vorgaben angeht, wird dem Antragsteller eine Berufung auf mögliches Nichtwissen dadurch erschwert, dass er unter Ziffer 4 der Anlage A zum Sammelantrag 2019 (Basisprämie/Greeningprämie) versichern muss, dass ihm die maßgeblichen Vorschriften des Unionsrechts in den jeweiligen Fassungen bekannt sind.

b) Leichtfertiger Subventionsbetrug

Der Subventionsbetrug in den Fällen des § 264 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB ist nach § 264 Abs. 5 StGB auch bei leichtfertiger Begehung strafbar. Leichtfertigkeit ist eine besonders schwerwiegende Form der Fahrlässigkeit. Sie wird vom BGH als „vorsatznahe Schuldform“ angesehen und setzt eine be-

⁵¹ Vgl. nur *Straßer*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 31), § 264 Rn. 57 f.

⁵² Vgl. *Fischer* (Fn. 44), § 264 Rn. 22 ff.

⁵³ Grundlegend zu den Voraussetzungen des Eventualvorsatzes BGH, Urt. v. 22.4.1955 – 5 StR 35/55 = BGHSt 7, 363 (368 ff.).

⁵⁴ Art. 3 Abs. 2 lit. b RL 2008/120/EG schreibt zum Schutz von Schweinen vor Verletzungen vor, dass die Spalten in Betonspaltenböden, die insbesondere zu leichteren Reinigung der Ställe verwendet werden, nicht breiter sein dürfen als z.B. 14 mm bei Mastferkeln und 18 mm bei Mastschweinen.

sondere Gleichgültigkeit oder grobe Unachtsamkeit voraus.⁵⁵ Der Täter muss nach seinen individuellen Fähigkeiten⁵⁶ in der Lage gewesen sein, die Subventionserheblichkeit und die für ihn gebotene Handlungsweise – hier: die Offenlegung des CC-Verstoßes – ohne weiteres zu erkennen.⁵⁷ Leichtfertig handelt regelmäßig, wer sich um die Vergabevoraussetzungen nicht oder nur oberflächlich kümmert, sich über die Vollständigkeit oder Richtigkeit seiner Angaben keine Gedanken macht oder die Angaben eines unzuverlässigen oder unerprobten Mitarbeiters ungeprüft übernimmt.⁵⁸

Im vorliegenden Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass auch die Leichtfertigkeit sich auf die beiden oben bereits genannten Aspekte beziehen muss: Der Täter muss zum einen die Umstände grob verkennen, die einen CC-Verstoß begründen. Dies gilt etwa, wenn er nicht weiß, wie breit die Spalten in den Betonböden in seinem Betrieb sind oder ihm unbekannt ist, dass die tatsächliche Breite unzulässig ist. Denn in diesem Fall ist von einem besonders groben Verstoß gegen die Informationspflichten des Tierhalters auszugehen. Zum einen ergibt sich aus § 2 Nr. 3 TierSchG unmittelbar, dass sich jeder Tierhalter alle erforderlichen Informationen beschaffen muss, die er benötigt, um ein Tier artgerecht und legal zu halten. Zum anderen wird in den Antragsunterlagen ausdrücklich auf die Geltung der Vorgaben der RL 2008/120/EG hingewiesen. Der Antragsteller muss zudem versichern, dass ihm die relevanten Vorschriften bekannt sind. Gibt ein Unternehmer diese Erklärung ab, so dürfte er sich später kaum erfolgreich darauf berufen können, die Rechtslage nicht gekannt und daher nicht leichtfertig gehandelt zu haben. Dies gilt insbesondere deswegen, weil die für die Bewilligung zuständigen Behörden umfangreiche Beratungen zu allen relevanten Fragen anbieten.

IV. Strafrechtliche Relevanz von Cross-Compliance Verstößen

Der Blick auf die Gesamtsituation der Gewährung von Direktzahlungen aus dem Agrarhaushalt der Union und des Kürzungsregimes der Art. 91 ff. VO (EU) Nr. 1306/2013 macht deutlich, dass bei der Nichterfüllung von CC-Verpflichtungen neben die Kürzung von Subventionen im Sanktionswege die Strafbarkeit wegen Subventionsbetruges nach § 264 StGB treten kann.

Erklärt ein Antragsteller, er halte die „anderweitigen Verpflichtungen“ ein, obwohl er weiß oder damit rechnet, dass er

dazu nicht in der Lage ist oder sie bereits verletzt hat bzw. haben könnte, so liegt eine Strafbarkeit nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB nahe. Sichereres Wissen um den Verstoß ist hier ebenso wenig erforderlich, wie um die Sanktionsfolge. Die Nichterfüllung der CC-Vorgaben ist aufgrund der zwingenden Verhängung der Kürzungssanktion eine sich unmittelbar aus dem Unionsrecht ergebende subventionserhebliche Tatsache.

Selbst wenn der Agrarunternehmer nicht einmal die Möglichkeit erkannt hat, dass seine Angaben im Hinblick auf die Subventionserheblichkeit unvollständig oder unrichtig sind, kommt eine Strafbarkeit in Betracht, weil auch die leichtfertige Tatbegehung strafbar ist.

Das führt im Ergebnis dazu, dass die unterlassene Offenbarung von systematischen Verstößen gegen CC-Vorgaben im Antrag auf Bewilligung und Auszahlung von Direktzahlungen typischerweise auch eine Straftat nach § 264 Abs. 1 oder Abs. 5 StGB darstellt. Denn der Agrarunternehmer, der im Mai seinen Sammelantrag mit den entsprechenden Anlagen abgibt und die Einhaltung der CC-Vorgaben zu den GAB versichert, weiß in diesem Zeitpunkt regelmäßig, unter welchen Bedingungen er in dem betreffenden Jahr bislang seine Tiere gehalten, wie er Düngemittel verwendet und ob er Hecken oder Teiche beseitigt hat.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 17.7.1997 – 1 StR 791/96 = BGHSt 43, 158 (167); BGH, Beschl. v. 20.5.2010 – 5 StR 138/10 = NStZ-RR 2010, 311 (312); BGH, Urt. v. 13.12.2012 – 5 StR 542/12 = wistra 2013, 149; *Hellmann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 264 Rn. 153.

⁵⁶ Hierzu BGH, Urt. v. 24.1.2006 – 1 StR 357/05 = BGHSt 50, 347 (352).

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 13.12.2012 – 5 StR 542/12 = NStZ 2013, 406.

⁵⁸ *Fischer* (Fn. 44), § 264 Rn. 37; *Tiedemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 264 Rn. 145.

Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick (Teil 1)*

Teil 1: Strafverfassungsrecht; Institutionen; Materielles Strafrecht; Strafverfahrensrecht

Von Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (Pennsylvania), Saarbrücken

Der Europäische Rat verabschiedete eine neue, allerdings weder detailreiche noch ambitionierte „Strategische Agenda“ für den Zeitraum 2019–2024. In der vorangegangenen Legislaturperiode konnten allerdings noch einige weitreichende Legislativmaßnahmen abgeschlossen werden, so zur Geldwäschestrafbarkeit, zu unbaren Zahlungsmitteln und zur besseren Vernetzung von strafrechtsrelevanten Datenbanken der EU, nicht aber zu „e-evidence“. Der EuGH richtet vermehrt Augenmerk auf die Aktivlegitimation bei Instrumenten der gegenseitigen Anerkennung, aber auch auf die Verhältnismäßigkeit unionsrechtlich determinierter Sanktionierungen. Diese und zahlreiche weitere Entwicklungen im Bereich der Europäisierung der Strafrechtspflege von Juli 2018 bis Juni 2019 werden hier im Anschluss an ZIS 2018, 493, im Überblick vorgestellt und einer ersten Analyse unterzogen.

The European Council passed a new, though neither detailed nor ambitious „Strategic Agenda“ for the period 2019–2024. Still under the previous European Parliament, a number of far-reaching legislative measures were adopted, such as on money laundering, on non-cash means of payment and on the interoperability of EU databases on criminal justice, but not on „e-evidence“. The ECJ puts more attention on the competence to issue measures of mutual recognition, but also on the proportionality of union-based sanctioning regimes. These and several further developments in EU Criminal Justice between July 2018 and June 2019 are presented in this overview, which follows up on ZIS 2018, 493.

I. Strafverfassungsrecht

1. Strategische Agenda der EU für die Union für den Zeitraum 2019–2024

Der Europäische Rat verabschiedete am 20.6.2019 eine neue strategische Agenda der EU für den Zeitraum 2019–2024.¹ Diese Agenda ist deutlich weniger konkret gehalten als z.B. das Stockholmer Programm² oder auch die strategischen

Leitlinien der vergangenen Fünfjahresperiode³, soll aber unter Umständen im Oktober 2019 noch weiter konkretisiert werden.⁴ Neben der Selbstverpflichtung, dass die EU „ihre [...] Bürgerinnen und Bürger [...] vor bestehenden und neuen Bedrohungen schützen“ werde, und einem Bekenntnis zum Schengen-System wird aus strafrechtlicher Sicht in allgemeinen Tönen angekündigt, dass man den „Kampf gegen Terrorismus und grenzüberschreitende Kriminalität ausweiten und verstärken“ wolle, indem die „Zusammenarbeit und [der] Informationsaustausch besser[t] und unsere gemeinsamen Instrumente weiterentwickel[t]“ werden sollen. Als Bedrohungen werden „böswillige [...] Cyberaktivitäten, hybride [...] Bedrohungen und Desinformation“ hervorgehoben, „die von feindlich gesinnten staatlichen und nichtstaatlichen Akteuren ausgehen“ (S. 3).

Wesentliche lacunae der Agenda sind damit insbesondere der primärrechtlich verpflichtende Beitritt der EU zur EMRK (Art. 6 EUV), ein neuer Fahrplan für Beschuldigtenrechte, aber auch einige Punkte, welche die Kommission Ende 2019 vorgeschlagen hatte:⁵ Sie hatte eine Intensivierung der „Europäischen Sicherheitsunion“⁶ gefordert, insbesondere durch eine „Bündelung“ der Anstrengungen in der Verhütung und Verfolgung des Terrorismus (etwa durch eine Ausweitung der Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft, S. 70),⁷ der organisierten Kriminalität und der Cyberkriminalität, durch eine Interoperabilität von EU-Informationssystemen⁸ und durch eine Erleichterung des Zugangs zu e-evidence (S. 30, 73).⁹

* 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; ZIS 2017, 688; ZIS 2018, 493. Der zweite Teil dieses Beitrags wird in ZIS 12/2019 erscheinen. Alle in diesem Bericht aufgeführten EU-Rechtsakte und EU-Rechtsetzungsvorgänge sind in der Datenbank <https://db.eurocrim.org/> (4.11.2019) verfügbar.

¹ Europäischer Rat, Eine neue strategische Agenda, 2019–2024, 2019, abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/media/39963/a-new-strategic-agenda-2019-2024-de.pdf> (4.11.2019).

² ABl. EU 2010 Nr. C 115, S. 1; siehe hierzu Brodowski, ZIS 2010, 376 (377 f.).

³ ABl. EU 2014 Nr. C 240, S. 13; siehe hierzu Brodowski, ZIS 2015, 79 (79 f.).

⁴ Vgl. EUCO 9/19, S. 1, abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/media/39942/20-21-euco-final-conclusions-de.pdf> (4.11.2019).

⁵ Kommission, Europe in May 2019, Preparing for a more united, stronger and more democratic Union in an increasingly uncertain world, 2019, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/comm_sibiu_06-05_en.pdf (4.11.2019).

⁶ KOM (2016) 230 endg. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2018, 493 (493) m.w.N. Zur Europäischen Sicherheitsunion legte die Kommission im Berichtszeitraum drei weitere Fortschrittsberichte vor, die sich im Wesentlichen auf eine Bestandsaufnahme bereits abgeschlossener und noch laufender Legislativmaßnahmen beschränkten (KOM [2018] 690 endg.; KOM [2018] 845 endg.; KOM [2019] 145 endg.).

⁷ Siehe unten I. 3.

⁸ Siehe unten V. 11. b).

⁹ Siehe unten IV. 6. sowie VI. 1. b); VI. 2.

2. EU-Justizbarometer

Das EU-Justizbarometer für das Jahr 2019¹⁰ enthält mit Bezügen zur Strafrechtspflege vor allem eine qualitative Bewertung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften (S. 55 ff.), namentlich in Bezug auf die Verteilung von Rechten zwischen (General-)Staatsanwälten, Justizministerien und Parlamenten. Daneben liegt ein Schwerpunkt auf der Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen, auch in Strafsachen (S. 30 ff.), sowie auf der Dauer erstinstanzlicher Verfahren wegen des Vorwurfs der Geldwäsche (S. 22 f.).

3. Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 AEUV)

Als Beitrag zur informellen Tagung der EU-Staats- und Regierungschefs am 19. und 20.9.2018 in Salzburg unterbreitete die Kommission den Vorschlag, dass die Europäische Staatsanwaltschaft¹¹ zukünftig auch „zuständig für die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung“ in Bezug auf „terroristische Straftaten“ sein soll, „die mehr als einen Mitgliedstaat betreffen“ (Art. 86 Abs. 2 AEUV-E).¹² Die Kommission bedauert, dass derzeit „terroristische Straftaten in mehreren Mitgliedstaaten parallel und getrennt untersucht und verfolgt“ werden, wodurch „ihre Komplexität und/oder grenzüberschreitende Natur nicht immer angemessen berücksichtigt“ wird und was in ne bis in idem-Situationen münden könne. Zudem sei der Informations- und Beweismittelaustausch nicht hinreichend gewährleistet (S. 5 ff.). All dem könne entgegengewirkt werden, indem die Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft entsprechend erweitert werde. Über die Änderung des kompetenzrechtlichen Rahmens in Art. 86 AEUV hinausgehend erforderte dies aber nicht nur eine Erweiterung der sachlichen Zuständigkeitsregelung in Art. 22 Verordnung (EU) 2017/1939 (EPPO-VO), sondern auch anderer, derzeit spezifisch auf PIF-Delikte (= Delikte, die gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtet sind) ausgerichteter Regelungen dieser Verordnung (S. 9 ff.). Die Erfolgsaussichten dieser Initiative der Kommission erscheinen indes bereits deshalb zweifelhaft, weil auch für die vereinfachte Vertragsänderung nach Art. 86 Abs. 4 AEUV die Zustimmung aller Mitgliedstaaten erforderlich wäre und nicht nur von denjenigen, die sich an der Europäischen Staatsanwaltschaft beteiligen (S. 3). Die Zustimmung des deutschen Vertreters wäre von einem Gesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 GG abhängig (§ 7 Abs. 1 Alt. 2 IntVG).

¹⁰ KOM (2019) 198 endg.

¹¹ Siehe unten II. 1.

¹² KOM (2018) 641 endg. sowie 641 ANNEX; ergänzend zur Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 13 Rn. 26; *Jähnke/Schramm*, Europäisches Strafrecht, 2017, Kap. 12 Rn. 42 ff.

4. Datenschutz (VO [EU] 2018/1725)¹³

Europäisches Parlament und Rat verabschiedeten eine Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union. Die datenschutzrechtlichen Detailregelungen zu Eurojust, Europol und zur Europäischen Staatsanwaltschaft bleiben vorerst (jedenfalls weitgehend) als *lex specialis* bestehen (Erwägungsgründe 2 f. und 11 f.; Art. 70 VO [EU] 2018/1725). Die Kommission wird aber dazu aufgefordert, Vorschläge zur Vereinheitlichung vorzulegen (Erwägungsgrund 12 a.E. sowie 13, Art. 98 VO [EU] 2018/1725).

5. Brexit¹⁴

Der – im britischen Unterhaus bislang abgelehnte – Entwurf des Austrittsabkommens¹⁵ sieht wie der vorangegangene Kommissionsentwurf vor, dass Europäische Haftbefehle, Europäische Ermittlungsanordnungen und weitere Instrumente, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruhen, sowohl im Vereinigten Königreich als auch in allen Mitgliedstaaten gegenüber dem Vereinigten Königreich bis zum Ende der Übergangsperiode am 31.12.2020 grundsätzlich ebenso unverändert Anwendung finden (Art. 62 ff. Brexit-E) wie die GRCh sowie Art. 54 SDÜ (Art. 127 Abs. 1 Brexit-E). An der Stichtagsregelung (Verhaftungsdatum bei Europäischen Haftbefehlen; Eingang des Ersuchens bei sonstigen Maßnahmen) wurde festgehalten (Art. 62, ergänzend Art. 64 Brexit-E). Mitgliedstaaten können indes – so dies notifiziert wird – aus verfassungsrechtlichen Gründen die Auslieferung eigener Staatsangehöriger bereits während der Übergangsperiode verweigern; insoweit erhält das Vereinigte Königreich auch das Recht, reziprok die Auslieferung seiner Staatsangehörigen zu verweigern (Art. 185 UAbs. 2 Brexit-E).

6. Verhältnismäßigkeit einer unionsrechtlich determinierten Sanktionsandrohung¹⁶

Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1889/2005 verpflichtete¹⁷ Personen, die 10.000 € oder mehr in bar mit sich führen, bei Ein-

¹³ Verordnung (EU) 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2018 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 Beschlusses Nr. 1247/2002/EG, ABl. EU 2018 Nr. L 295, S. 39. Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2017, 688 (688 f.).

¹⁴ Siehe hierzu *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (495 f.), sowie *Ambos*, JZ 2017, 707; *Weyembergh*, New Journal of European Criminal Law 8 (2017), 284.

¹⁵ ABl. EU 2019 Nr. C 66I, S. 1.

¹⁶ Allgemein zum Verhältnismäßigkeitsprinzip im europäischen Bereich *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 41 ff., Rn. 65 f.; *Jähnke/Schramm* (Fn. 12), Kap. 9 Rn. 7.

oder Ausreise in die EU einer Anmeldepflicht nachzukommen. Wie etliches anderes europäisches Sekundärrecht auch ist diese Verhaltensnorm flankiert durch die an die Mitgliedstaaten gerichtete Verpflichtung, im Falle einer „Verletzung der Anmeldepflicht nach Artikel 3“ „wirksam[e], verhältnismäßig[e] und abschreckend[e]“ Sanktionen vorzusehen (Art. 9 Verordnung [EG] Nr. 1889/2005).¹⁸ Bereits im Juli 2015 hatte der EuGH in einem ungarischen Vorabentscheidungsersuchen geurteilt, dass mit dieser „Sanktion nicht mögliche betrügerische oder widerrechtliche Handlungen geahndet werden sollen, sondern allein eine Verletzung der Anmeldepflicht“.¹⁹ Mit dem in Art. 9 Verordnung (EG) Nr. 1889/2005 aufgegriffenen Verhältnismäßigkeitsprinzip sei eine Regelung unvereinbar, „die zur Ahndung einer Verletzung der Anmeldepflicht [...] die Zahlung einer verwaltungsrechtlichen Geldbuße in Höhe von 60 % der nicht angemeldeten Barmittel vorsieht, wenn deren Betrag 50 000 Euro übersteigt“ (Rn. 35).

In zwei aktuellen Vorabentscheidungsersuchen verknüpfte der EuGH dieses Übermaßverbot ausdrücklich mit Grundprinzipien des Unionsrechts und der Charta der Grundrechte. Repressive Maßnahmen dürften nicht die Grenzen des zur Zweckerreichung Notwendigen überschreiten; die Höhe der Sanktion müsse adäquat zur Schwere der Rechtsverletzung sein.²⁰ Hiermit sei es unvereinbar, dass das bulgarische Recht zusätzlich zur Abschöpfung der nicht angemeldeten Barmittel eine bis zu sechsjährige Freiheitsstrafe androhe.²¹

Wenn auch diese Entscheidungen nicht überbewertet werden sollten, so festigt der EuGH doch nicht nur ein unionsverfassungsrechtliches Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzip. Er gibt auch allgemein zu erkennen, dass er in Fragen der Sanktionierung der (nationalen) Legislative keine unbegrenzte Entscheidungsmacht zugesteht, sondern – jedenfalls in Evidenzfällen – einer exzessiven Sanktionierung mittels einer Verhältnismäßigkeitskontrolle entgegenzutreten bereit ist.

7. Freizügigkeit und Entziehung Minderjähriger ins Ausland (§ 235 Abs. 2 StGB)

Nach § 235 Abs. 2 StGB kann auch ein Elternteil bestraft werden, das ein Kind gegen den Willen desjenigen, dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht, ins Ausland verbringt

¹⁷ Nunmehr folgt eine entsprechende Verpflichtung aus Art. 3 Verordnung (EU) 2018/1672 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. Oktober 2018 über die Überwachung von Barmitteln, die in die Union oder aus der Union verbracht werden, und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1889/2005, ABl. EU 2018 Nr. L 284, S. 6.

¹⁸ Nunmehr Art. 40 VO (EU) 2018/1672.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-255/14 (Chmielewski), Rn. 31 = NVwZ 2015, 1279 = EuGRZ 2015, 497.

²⁰ EuGH, Beschl. v. 12.7.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu) – C-707/17, Rn. 26 ff., 33.

²¹ EuGH, Beschl. v. 12.7.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu) – C-707/17, Rn. 35, sowie EuGH, Beschl. v. 30.1.2019 – C-335/18 und C-336/18 (AK) = ECLI:EU:C:2019:92, insbesondere Rn. 33.

oder im Ausland vorenthält.²² Das AG Heilbronn legte in einem Strafverfahren wegen eines solchen Tatvorwurfs dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob dies mit der unionsrechtlich garantierten Personenfreizügigkeit (Art. 21 AEUV und insbesondere der RL 2004/38/EG²³) vereinbar sei. Schließlich seien die entsprechenden Tathandlungen (verbringen oder vorenthalten) innerhalb Deutschlands (von § 235 Abs. 1 StGB abgesehen) straffrei; eine Mitnahme des Kindes in einen anderen EU-Mitgliedstaat (z.B. das Heimatland eines Elternteils) jedoch strafbewehrt. Für eine Erfassung des EU-Auslandes fehle es aber an einem sachlichen Grund, weil die Rückführung auf Grundlage von Art. 11 Brüssel IIa-Verordnung²⁴ erleichtert möglich sei.²⁵

8. Rechtsstaatlichkeit und Unabhängigkeit der Gerichte

Ein polnisches Vorabentscheidungsersuchen betrifft unmittelbar die Frage, ob die Möglichkeit politischer Einflussnahme auf Disziplinarmaßnahmen gegen Richter gegen Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV verstößt, und mittelbar die Frage, welche Konsequenzen dies für ein Strafverfahren hat.²⁶

9. Verzahnung von nationalem Strafverfahrensrecht und europäischem Grundrechtsschutz

Eine analoge Anwendung des § 363a öStPO (vergleichbar zu § 359 Nr. 6 StPO), wenn ein Verurteilter unter Verweis auf eine Verletzung der GRCh (und insbesondere auf eine in einem vergleichbaren Verfahren ergangene Entscheidung des EuGH) eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens beantragt, ist dem EuGH zufolge nicht europarechtlich geboten. Die Verfahrensweise und die Zuständigkeit des EGMR sei mit der des EuGH nicht vergleichbar (Rn. 31 ff.); auch verlange es das Unionsrecht nicht, „dass ein Rechtsprechungsorgan

²² Exemplarisch BGHSt 44, 355.

²³ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. EU 2004 Nr. L 158, S. 77 i.d.F. CONSLEG 2004L0038 v. 16.6.2011.

²⁴ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates v. 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. EU 2003 Nr. L 338, S. 1 i.d.F. CONSLEG 2003R2201 v. 1.3.2005.

²⁵ AG Heilbronn, Beschl. v. 11.6.2019 – 31 Cs 36 Js 22275/18 = ECLI:DE:AGHN:2019:0611.31CS36JS22275. 18.00. Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtsache C-454/19 (Staatsanwaltschaft Heilbronn) geführt. Aus familienrechtlicher Sicht siehe ergänzend OLG Koblenz NJW 2008, 238 mit Anm. *Stöber*, FamRBint 2008, 5.

²⁶ Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtsache C-563/18 (VX, WW, XV) geführt.

eine in Rechtskraft erwachsene Entscheidung grundsätzlich rückgängig machen muss, um einer späteren Auslegung einer einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmung durch den Gerichtshof Rechnung zu tragen“ (Rn. 54).²⁷

10. Verstärkter Auslieferungsschutz für eigene Staatsangehörige und unionsrechtliches Diskriminierungsverbot²⁸

Das finnische Auslieferungsrecht untersagt die Auslieferung von finnischen Staatsangehörigen an Drittstaaten, nicht jedoch von sonstigen Unionsbürgern. Ein finnisches Vorabentscheidungsersuchen betraf die Frage, ob die Petruhhin-Rechtsprechung des EuGH²⁹ auch dann anzuwenden sei, wenn die gesuchte Person (hier ein Litauer) zugleich die Staatsangehörigkeit desjenigen Drittstaats habe, der ein Auslieferungsersuchen zur Strafvollstreckung gestellt hat (hier Russland). Die Große Kammer des EuGH urteilte,³⁰ dass die Tatsache, dass die gesuchte Person zusätzlich Staatsangehöriger des ersuchenden Drittstaats ist, ohne Relevanz ist, denn diese könne „dem Betroffenen nämlich nicht die Freiheiten nehmen, die er als Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats aus dem Unionsrecht herleitet“ (Rn. 29). Der EuGH interpretierte das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot bei Auslieferungsersuchen zur Strafvollstreckung weiter als in der Petruhhin-Rechtsprechung (die Auslieferungsersuchen zur Strafverfolgung betrifft) und auch weiter als Generalanwalt Bot, der einer innereuropäischen Strafvollstreckung bloße Präferenz zukommen lassen wollte.³¹ Ein Verbot der Auslieferung eigener Staatsangehöriger müsse auch „den Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten zugutekommen [...], die ihren ständigen Wohnsitz“ im betreffenden Staat haben „und somit ein bestimmtes Maß an Integration in der Gesellschaft dieses Mitgliedstaats aufweisen“ (Rn. 46 f.). Diese müssen ihre Strafe „unter denselben Bedingungen wie Inländer [im Inland] verbüßen können“ (Rn. 47).

Zu den Folgen der Petruhhin-Rechtsprechung legte Deutschland ein Diskussionspapier mit der Frage vor, ob der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger von einem Drittstaat mit Auslieferungsersuchen zur Strafverfolgung gesucht wer-

de, auch gegen den Willen des Verfolgten informiert werden muss, damit dieser erforderlichenfalls selbst die Strafverfolgung übernehmen und einen (prioritär zu bescheidenden) Europäischen Haftbefehl ausstellen könne. Deutschland hegt Bedenken gegen eine unbedingte Informationspflicht, weil dies zu *nemo tenetur* und datenschutzrechtlichen Grundsätzen im Widerspruch stehen könne.³²

Ein kritisches Vorabentscheidungsersuchen des Kammergerichts setzt sich mit weiteren Folgeproblemen auseinander:³³ Ein ukrainisches Auslieferungsersuchen betrifft einen Verfolgten, der nach der Tat seinen Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlagert hatte. Ein Jahr später erhielt er zusätzlich zur ukrainischen auch die rumänische Staatsangehörigkeit. Sollte der EuGH trotz der erst nachträglichen Verleihung der Unionsbürgerschaft die Petruhhin-Rechtsprechung für anwendbar halten, ergebe sich das Folgeproblem, dass im Rahmen des ukrainischen Auslieferungsersuchens nur „eine Darstellung der Handlung“ (Art. 12 Abs. 2 lit. b EuAIÜbK) übermittelt wurde, rumänische Behörden aber für den Erlass eines konkurrierenden Europäischen Haftbefehls hingegen tragfähige Beweismittel benötigten. Daher fragt das Kammergericht kritisch nach, ob Deutschland in solch einer Situation trotz der damit verbundenen Verzögerungen verpflichtet sei, die Ukraine um Übermittlung der Akten an Rumänien zur Prüfung einer Verfolgungsübernahme zu ersuchen. Schließlich weist es auf § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB hin und fragt, ob Deutschland zur Umsetzung der Petruhhin-Rechtsprechung verpflichtet sei, die Strafverfolgung zu übernehmen – obwohl auch innerstaatlich bis zur Übermittlung der Akten wohl keine tragfähige Grundlage für einen Haftbefehl gegeben sei.

II. Institutionen

1. Europäische Staatsanwaltschaft (EPPO)³⁴

Im August 2018 bestätigte die Kommission in zwei Beschlüssen die Beteiligung der Niederlande und Maltas an der Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft.³⁵ Trotz Schwierigkeiten in der

²⁷ EuGH, Urt. v. 24.10.2018 – C-234/17 (XC u.a.) = ECLI:EU:C:2018:853 mit Anm. und Bspr. *Buckler*, EuZW 2019, 87; *Streinz*, JuS 2019, 502; siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (493), sowie ergänzend *S. Schumann*, ÖJZ 2018, 850.

²⁸ Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (495) m.w.N.; ergänzend *Ambos* (Fn. 12), § 12 Rn. 66; *Jähnke/Schramm* (Fn. 12), Kap. 6 Rn. 14 ff.

²⁹ EuGH, Urt. v. 6.9.2016 – C-182/15 (Petruhhin) = ECLI:EU:C:2016:63 mit Anm. und Bspr. *Bock*, ZWH 2017, 1; *Costa*, *New Journal of European Criminal Law* 8 (2017), 192; *Ruffert*, JuS 2017, 475; siehe auch *Jähnke/Schramm* (Fn. 12), Kap. 5 Rn. 53; siehe ergänzend EuGH, Urt. v. 10.4.2018 – C-191/16 (Piscotti) = ECLI:EU:C:2018:222.

³⁰ EuGH, Urt. v. 13.11.2018 – C-247/17 (Raugevicius) = ECLI:EU:C:2018:898. Siehe hierzu ergänzend Ratsdokument 14744/18.

³¹ EuGH, Schlussanträge v. 25.7.2018 – C-247/17 (Raugevicius) = ECLI:EU:C:2018:616, Rn. 55 ff. mit Anm. *Böhm*, *NSStZ* 2019, 256 (261 f.).

³² Ratsdokument 14745/18.

³³ KG Berlin, Beschl. v. 14.5.2019 – 4 AusLA 151/16 = ECLI:DE:KG:2019:0514.4AUSLA151.16.00. Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-398/19 geführt.

³⁴ Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates v. 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), ABl. EU 2018 Nr. L 283, S. 1. Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (496) m.w.N., sowie *Bachmaier Winter* (Hrsg.), *The European Public Prosecutor's Office*, 2018; *Geelhoed/Erkelens/Meij* (Hrsg.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, 2018; *Jour-Schröder*, ZIS 2018, 438 (438 ff.).

³⁵ Beschl. (EU) 2018/1094 der Kommission v. 1.8.2018 zur Bestätigung der Beteiligung der Niederlande an der Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, ABl. EU 2018 Nr. L 196, S. 1, sowie Beschl. (EU) 2018/1103 der Kommission v. 7.8.2018 zur Bestätigung der Beteiligung Maltas an der Verstärkten Zusammenarbeit

Auswahl des Europäischen Generalstaatsanwalts³⁶ und teils auch der Europäischen Staatsanwälte³⁷ hält die Kommission an ihrem ambitionierten Zeitplan fest, dass die Europäische Staatsanwaltschaft bereits Ende 2020 operativ werden soll.³⁸

Das Europäische Parlament positionierte sich im April 2019 zur Änderung der OLAF-Verordnung³⁹ im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit der Europäischen Staatsanwaltschaft;⁴⁰ der Rat hat allerdings noch keine allgemeine Ausrichtung erzielt.

2. Eurojust⁴¹

a) Verordnung (EU) 2018/1727

Ab dem 12.12.2019 wird mit der Verordnung (EU) 2018/1727 ein neuer Rechtsrahmen für die Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Eurojust) gelten. Abweichend von der partiellen allge-

zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, ABl. EU 2018 Nr. L 201, S. 2.

³⁶ Zum Rechtsrahmen siehe Durchführungsbeschluss (EU) 2018/1696 des Rates v. 13.7.2018 über die Regeln für die Tätigkeit des Auswahlausschusses nach Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2017/1939 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), ABl. EU 2018 L 282, S. 8, sowie Beschl. (EU) 2018/1275 des Rates v. 18.9.2018 zur Ernennung der Mitglieder des in Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2017/1939 vorgesehenen Auswahlausschusses, ABl. EU 2018 L 238, S. 92.

³⁷ Zum Rechtsrahmen siehe Durchführungsbeschluss (EU) 2019/598 des Rates v. 9.4.2019 über die Übergangsvorschriften für die Ernennung der Europäischen Staatsanwälte für die erste Amtszeit und während der ersten Amtszeit gemäß Artikel 16 Absatz 4 der Verordnung (EU) 2017/1939, ABl. EU 2019 Nr. L 102, S. 29; zum Stand siehe Ratsdokument 9548/19.

³⁸ Vgl. Ratsdokument 9390/19, S. 4.

³⁹ Verordnung (EU, Euratom) Nr. 883/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.9.2013 über die Untersuchungen des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1073/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (Euratom) Nr. 1074/1999 des Rates, ABl. EU 2013 Nr. L 248, S. 1. Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (496 f.) m.w.N.

⁴⁰ Ratsdokument 8570/19; Kommissionsvorschlag in KOM (2018) 338 endg.; siehe hierzu auch *Weyembergh/Brière*, *New Journal of European Criminal Law* 9 (2018), 62.

⁴¹ Verordnung (EU) 2018/1727 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.11.2018 betreffend die Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Eurojust) und zur Ersetzung und Aufhebung des Beschlusses 2002/187/JI des Rates, ABl. EU 2018 Nr. L 295, S. 138. Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (497) m.w.N., sowie ergänzend *Meyer-Cabri*, DRiZ 2019, 122.

meinen Ausrichtung des Rates⁴² sollen die nationalen Mitglieder von Eurojust für fünf Jahre ernannt werden (Art. 7 Abs. 5 VO [EU] 2018/1727); diese müssen „den Status eines Staatsanwalts, Richters oder Vertreters einer Justizbehörde mit den gleichwertigen Befugnissen eines Staatsanwalts oder Richters nach Maßgabe ihres nationalen Rechts“ haben (Art. 7 Abs. 4 VO [EU] 2018/1727). In Bezug auf die Zusammenarbeit mit der Europäischen Staatsanwaltschaft sieht Art. 3 VO (EU) 2018/1727 vor, dass Eurojust für in deren Zuständigkeit fallende Delikte nur dann tätig wird, wenn es sich um Fälle handelt, in denen die Europäische Staatsanwaltschaft ihre Zuständigkeit nicht ausübt, oder in denen nicht an der Europäischen Staatsanwaltschaft teilnehmende Mitgliedstaaten betroffen sind und diese oder die Europäische Staatsanwaltschaft die Beteiligung von Eurojust beantragen.

b) Synergien mit EJM und weiteren Strafverfolgungsnetzen

Auf seiner 3697. Tagung am 6. und 7.6.2019 nahm der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – Schlussfolgerungen an zu den Synergien zwischen Eurojust und den vom Rat im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen errichteten Netzen;⁴³ das sind das Europäische Justizielle Netz für Strafsachen (EJN),⁴⁴ das Genozid-Netz, das Gemeinsame Ermittlungsgruppen (GEG)-Netz und das Europäische Justizielle Netz gegen Cyberkriminalität (EJCN). Diese Schlussfolgerungen betreffen vor allem die Ressourcenausstattung und die Unterstützung der speziellen Netze durch Eurojust.

c) Vermögensabschöpfung

Ein Bericht über die Beteiligung von Eurojust im Bereich der Vermögensabschöpfung im Zeitraum 2014–2018⁴⁵ verweist vor allem auf bei den Strafverfolgungsbehörden bestehende Informationsdefizite, aber z.B. auch darauf, dass die Vollstreckung durch eine bessere Verfügbarkeit von Kontenstammdaten erleichtert werden könnte.⁴⁶

3. Europäische Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (eu-LISA)⁴⁷

Nach formeller Annahme im Europäischen Parlament und Rat trat die neue Rechtsgrundlage für die Europäische Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (eu-LISA)

⁴² Ratsdokument 6643/15; zuvor Ratsdokument 5142/15 zu Kommissionsvorschlag KOM (2013) 535 endg. v. 17.7.2013; siehe hierzu *Brodowski*, ZIS 2016, 106 (111 f.).

⁴³ ABl. EU 2019 Nr. C 207, S. 1.

⁴⁴ Siehe hierzu auch dessen Tätigkeitsbericht in Ratsdokument 10017/19 sowie ferner unten V. 1. b) und V. 6. d).

⁴⁵ Ratsdokument 8719/19; Kurzfassung in Ratsdokument 8722/19.

⁴⁶ Siehe unten IV. 7.

⁴⁷ Verordnung (EU) 2018/1726 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.11.2018 über die Agentur der Europäischen Union für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen

in Kraft. An dieser beteiligen sich auch Norwegen, Island, die Schweiz und Liechtenstein.⁴⁸

III. Materielles Strafrecht

1. Zukunft der Strafrechtsharmonisierung

Auf seiner 3697. Tagung am 6. und 7.6.2019 nahm der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – einen Bericht der rumänischen Ratspräsidentschaft zur Kenntnis, in dem Überlegungen verschiedener Delegationen zur Zukunft der Strafrechtsharmonisierung in der EU zusammengefasst wurden.⁴⁹ Unter Wahrung des – nicht näher ausgeführten⁵⁰ – ultima ratio-Prinzips, der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität (S. 8 Nr. 1) solle zwar behutsam das EU-Strafrecht vorrangig auf Basis des Art. 83 Abs. 2 (und nicht Abs. 1) AEUV (S. 10 Nr. 6) ausgedehnt werden, wobei man sich ausreichend Zeit für die Gesetzgebung auf europäischer Ebene und auch für die Umsetzung auf nationaler Ebene (mindestens 24 Monate) nehmen wolle (S. 10 Nr. 8 f.). Als mögliche Gebiete einer Harmonisierung wurden Umweltstraftaten, Kulturgüterschutz, Fälschung von Medizinprodukten, non conviction based confiscation,⁵¹ Organhandel, Wahlmanipulationen, Identitätsdiebstahl, illegale Migration und Straftaten mit Bezug zu sogenannter „künstlicher Intelligenz“ genannt,⁵² wobei diesbezüglich auch möglicher Nutzen solcher Technik für Verhütung und Verfolgung von Straftaten Erwähnung fand (S. 9 Nr. 5). Im Vergleich zu diesen möglichen Hand-

men im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (eu-LISA), zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 und des Beschlusses 2007/533/JI des Rates sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011, ABl. EU 2018 L 295, S. 99. Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (497). Zur Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (VO [EU] 2019/818) siehe unten V. 11. b); zum bei eu-LISA einzurichtenden ECRIS-TCN siehe V. 10.

⁴⁸ Beschl. (EU) 2019/837 des Rates v. 14.5.2019 über den Abschluss – im Namen der Union – der Vereinbarung zwischen der Europäischen Union einerseits sowie dem Königreich Norwegen, der Republik Island, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein andererseits zur Beteiligung dieser Länder an der Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EU 2019 Nr. L 138, S. 9; Vereinbarung in ABl. EU 2019 Nr. L 138, S. 11; zur vorangegangenen Unterzeichnung der Vereinbarung siehe Beschl. (EU) 2018/1549, ABl. EU 2018 Nr. L 260, S. 1.

⁴⁹ Ratsdokument 9726/19.

⁵⁰ Allerdings findet sich ein Verweis auf die Schlussfolgerungen des Rates über Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Verhandlungen des Rates im Bereich des Strafrechts, Ratsdokument 16542/2/19; siehe hierzu zuletzt *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (16).

⁵¹ Siehe hierzu unten III. 7.

⁵² Ergänzend hierzu Ratsdokument 9069/19, S. 4: Probleme verursache dies wohl im Wesentlichen in Bezug auf Identitätstauschungen.

lungsfeldern liege der größere Fokus aber auf der wirksamen Umsetzung des bereits bestehenden Rechtsrahmens⁵³ (S. 8 Nr. 4).

2. Schutz der finanziellen Interessen der EU (Art. 325 Abs. 1 AEUV)⁵⁴

Der EuGH schloss sich der Auffassung des Generalanwalts Bobek⁵⁵ an, dass der Schutz der finanziellen Interessen der EU (Art. 325 Abs. 1 AEUV) nicht als Rechtfertigung dafür herangezogen werden kann, die Achtung von europäischen Grundrechten und Verfahrensrechten in Strafverfahren zu reduzieren:⁵⁶ „Die Verpflichtung, eine wirksame Erhebung der Unionsmittel zu garantieren, entbindet die nationalen Gerichte jedoch nicht von der gebotenen Achtung der in der Charta garantierten Grundrechte und der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, da die wegen Mehrwertsteuerstraftaten eingeleiteten Strafverfahren eine Durchführung des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta darstellen [...]. Die Verpflichtung, eine wirksame Erhebung der Unionsmittel zu garantieren, entbindet die nationalen Gerichte somit nicht von der gebotenen Achtung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit und der Rechtsstaatlichkeit, der, wie sich aus Art. 2 EUV ergibt, einer der grundlegenden Werte ist, auf denen die Union beruht“ (Rn. 33 f.). Damit können auch bei Strafverfahren, die dem Schutz der finanziellen Interessen der EU dienen, Beweisverwertungsverbote wie in vergleichbaren nationalen Strafverfahren Anwendung finden. Die generelle Wirksamkeit der Strafverfolgung zum Schutz der finanziellen Interessen der EU sei vielmehr durch die Mitgliedstaaten insbesondere durch legislative Maßnahmen zu gewährleisten (Rn. 28 ff.). Allerdings will der EuGH dieses konziliante Urteil nicht als Kurskorrektur zu *Taricco I* verstanden wissen (Rn. 32).⁵⁷

⁵³ Siehe hierzu den – nicht nur das materielle Strafrecht betreffenden – Überblick in Ratsdokument 5640/19.

⁵⁴ Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (497 f.), sowie umfassend *Staffler*, ZfRV 2018, 52.

⁵⁵ EuGH, Schlussanträge v. 25.7.2018 – C-310/16 (Dzivev u.a.) = ECLI:EU:C:2018:623.

⁵⁶ EuGH, Urte. v. 17.1.2019 – C-310/16 (Dzivev u.a.) = ECLI:EU:C:2019:30.

⁵⁷ Konkret verwiesen wird hier bemerkenswerterweise nur auf die zurückhaltendere „*Taricco II*-Entscheidung“, EuGH, Urte. v. 5.12.2017 – C-42/17 (M.A.S. und M.B.) = ECLI:EU:C:2017:936 mit Anm. und Bspr. *Burchardt*, Verfassungsblog 2017/12/7, abrufbar unter

<https://verfassungsblog.de/belittling-the-primacy-of-eu-law-in-taricco-ii/> (4.11.2019); *Burchardt*, EuR 2018, 248; *Giuffrida*, New Journal of European Criminal Law 9 (2018), 31; *Manes*, New Journal of European Criminal Law 9 (2018), 12; *Meyer*, JZ 2018, 304; *Mitsilegas*, New Journal of European Criminal Law 9 (2018), 38; *Peristeridou/Ouwerkerk*, Verfassungsblog 2017/12/12, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/a-bridge-over-troubled-water-a-criminal-lawyers-response-to-taricco-ii/> (4.11.2019); *Pilz*, NJW 2018, 221; *Sicurella*, New Journal of European Criminal Law 9 (2018), 24; *Viganó*, New Journal of European

3. Geldwäsche (RL [EU] 2018/1673)⁵⁸

Die Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche wurde im Herbst 2019 formell verabschiedet. Bei der Abstimmung im Rat gab eine Gruppe von Mitgliedstaaten (darunter Deutschland) zu Protokoll, dass es unverhältnismäßig und daher mit Art. 49 Grundrechte-Charta unvereinbar ist, dass der Richtlinie zufolge Geldwäsche bei „Vortaten“ im Ausland auch dann strafbar sein soll, wenn diese „Vortat“ dort straflos ist.⁵⁹ Die Richtlinie ist bis zum 3.12.2020 in nationales Recht umzusetzen.

4. Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln (RL [EU] 2019/713)⁶⁰

Die bis zum 31.5.2021 in nationales Recht umzusetzende (Art. 20 Abs. 1 RL [EU] 2019/713) Richtlinie zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln sieht abweichend zur allgemeinen Ausrichtung des Rates Mindesthöchststrafen für Betrug im Zusammenhang mit Informationssystemen (Art. 6 RL [EU] 2019/713) und für den Umgang mit Tatwerkzeugen (Art. 7 RL [EU] 2019/713) vor. Auch wurde eine Vorschrift ergänzt, der zufolge Verletzten spezifische Informationen über Präventionsmöglichkeiten und über deren Rechte im Strafverfahren mitzuteilen sind (Art. 16 RL [EU] 2019/713).

5. Menschenhandel (RL [EU] 2011/36/EU)⁶¹

Anfang Dezember legte die Kommission einen Zweiten Bericht über die Fortschritte bei der Bekämpfung des Menschenhandels (2018) gem. Art. 20 RL 2011/36/EU vor.⁶² Darin teilt sie statistische Daten mit und fordert erneut eine Kriminalisierung der bewussten Inanspruchnahme von Dienstleistungen von Opfern des Menschenhandels (S. 7 f.).

6. Antisemitismus, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (RB 2008/913/JI)⁶³

Ein Diskussionspapier für ein Arbeitsmittagessen der Justizminister am 7.12.2018 erörtert die teils unzureichende Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, die zwischen den Mitgliedstaaten divergierende Kriminalisierung der Holocaust-Leugnung sowie von sogenannter „hate speech“ und wirft die Frage nach Handlungsbedarf auf europäischer Ebene auf.

7. Sicherstellung und Einziehung von Vermögen (RL 2014/42/EU)⁶⁴

Einer gemeinsamen Erklärung der Legislativorgane bei der Annahme der RL 2014/42/EU folgend veröffentlichte die Kommission im April 2019 eine Analyse von non-conviction

Criminal Law 9 (2018), 18; *Wegner*, *wistra* 2018, 107; zum weiteren Verfahren in Italien siehe *Amalfitano/Pollicino*, *Verfassungsblog* 2018/6/5, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/two-courts-two-languages-the-taricco-saga-ends-on-a-worrying-note/> (4.11.2019); *Staffler*, *European Criminal Law Review* 9 (2019), 59.

⁵⁸ Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABl. EU 2018 L 284, S. 22; Kommissionsvorschlag in KOM (2016) 826 endg. v. 21.12.2016; allgemeine Ausrichtung des Rates in Ratsdokument 9718/17; Position des europäischen Parlaments in PE 609.515v02-00 – A8-0405/2017; Synopse in Ratsdokument 5800/17, Ratsdokument 5800/17 ADD 1. Zum weitreichenden Umsetzungsbedarf in Deutschland siehe bereits *Brodowski*, *ZIS* 2018, 493 (499). Siehe ergänzend *Schröder/Blaue*, *NZWiSt* 2019, 161.

⁵⁹ Ratsdokument 12230/1/18 REV 1 ADD 1.

⁶⁰ Richtlinie (EU) 2019/713 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2019 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/413/JI des Rates, ABl. EU 2019 Nr. L 123, S. 18; zuvor Ratsdokument 15403/18; Kommissionsvorschlag in KOM (2017) 489 endg. v. 13.9.2017; allgemeine Ausrichtung des Rates in Ratsdokument 6472/1/18 REV 1; Protokollerklärung Deutschlands in Ratsdokument 6996/18, S. 8. Siehe zuvor *Brodowski*, *ZIS* 2018, 493 (499).

⁶¹ 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. Die erste Evaluation ist zu finden in KOM (2016) 722 endg. v. 2.12.2016, sowie KOM (2016) 719 endg. v. 2.12.2016; siehe hierzu *Brodowski*, *ZIS* 2017, 688 (692 f.) m.w.N.; ergänzend zur Richtlinie *Hecker* (Fn. 16), Kap. 11 Rn. 25 ff.; *Jähne/Schramm* (Fn. 12), Kap. 11 Rn. 24.

⁶² KOM (2018) 777 endg. v. 3.12.2018.

⁶³ Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates v. 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABl. EU 2008 L 328, S. 55; hierzu *Bock*, *ZRP* 2011, 46; *Hellmann/Gärtner*, *NJW* 2011, 961; *F. Zimmermann*, *ZIS* 2009, 1; *Weber*, *ZRP* 2008, 21; *Hecker* (Fn. 16), Kap. 11 Rn. 116 ff. Zur Evaluation durch die Kommission in KOM (2014) 27 endg. v. 26.1.2014 siehe *Brodowski*, *ZIS* 2015, 79 (88).

⁶⁴ 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 Nr. L 127, S. 39; ABl. EU 2014 Nr. L 138, S. 114. Zu dieser Richtlinie siehe zuletzt *Brodowski*, *ZIS* 2015, 79 (88 f.) m.w.N.; ergänzend *Mansdörfer*, *jM* 2017, 122; *Hecker* (Fn. 16), Kap. 11 Rn. 57 ff., sowie ferner oben II. 1. c) zu einem Bericht über die Tätigkeit von Eurojust im Bereich der Vermögensabschöpfung.

based confiscation measures in der EU.⁶⁵ Sie differenziert dabei vier Grundmodelle: 1. Einziehung bei Unmöglichkeit einer Verurteilung wegen Flucht, Tod oder Verhandlungsunfähigkeit des Beschuldigten; 2. Erweiterte Einziehung; 3. Verfahren in rem; 4. Verfahren auf Grundlage nicht erklärlchen Reichtums (S. 3). Auf Basis einer (in sich nicht gänzlich widerspruchsfreien) Analyse der divergierenden nationalen Regelungen (S. 5 ff., S. 11 ff.) skizziert die Kommission knapp Forderungen nach weiteren Legislativmaßnahmen auf europäischer Ebene und bemängelt, dass der Vermögensabschöpfung auf nationaler Ebene noch immer zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt werde (S. 9 f.).

Ein bulgarisches Vorabentscheidungsersuchen zur RL 2014/42/EU betrifft die Frage, ob diese Richtlinie Sperrwirkung im Hinblick auf zivilrechtliche Maßnahmen der Vermögensabschöpfung entfaltet. Zudem fragt das vorliegende Gericht an, welchen Beweiswert im Hinblick auf die erweiterte Einziehung (Art. 5 Abs. 1 RL 2014/42/EU) allein eine „Diskrepanz zwischen den Vermögenswerten und den legalen Einkünften der Person“ hat, ob die Dritteinziehung (Art. 6 RL 2014/42/EU) alternativ oder kumulativ angeordnet werden kann, und ob die Generalklausel über „Garantien“ (Art. 8 Abs. 1 RL 2014/42/EU) „die Anwendung der Unschuldsvormutung sicherstellt und eine Einziehung, die nicht auf eine Verurteilung gestützt ist, verbietet“.⁶⁶ Es ist jedenfalls anzunehmen, dass der EuGH der Richtlinie, die nur „Mindestvorschriften“ (Art. 1 Abs. 1 RL 2014/42/EU) enthält, keine Sperrwirkung für eine solche non-conviction based confiscation entnimmt.

8. Schutz von Whistleblowern⁶⁷

Rat und (bisheriges) Parlament einigten sich im März 2019 auf einen Kompromiss zum Vorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden;⁶⁸ da aber der beschlossene Rechtstext noch ein Berichtigungsverfahren durchlaufen muss, kann er erst nach Billigung durch das neu gewählte EU-Parlament im Amtsblatt veröffentlicht werden und in Kraft treten.⁶⁹ Im Vergleich zur vorherigen allgemeinen Ausrichtung des Rates wurde der Schutz von Mittlern (Art. 2 Abs. 2a RL-E) ergänzt; auch wird den Hinweisgebern größere Freiheit gegeben, vermutete Verstöße gegen Unionsrecht sogleich extern zu melden (Art. 3bis Abs. 2, Art. 5bis, Art. 12bis Abs. 1 RL-E).

⁶⁵ SWD (2019) 1050 endg. v. 12.4.2019. Zu non-conviction based confiscation siehe zuletzt S. Schumann, NZWiSt 2018, 441; Schilling/Hübner, StV 2018, 49.

⁶⁶ Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-234/18 (AGRO IN) geführt.

⁶⁷ Siehe zuvor Brodowski, ZIS 2018, 493 (500 f.) m.w.N., sowie Garden/Hieramente, BB 2019, 963; Gerdemann, RdA 2019, 16; Wiedmann/Seyfert, CCZ 2019, 12; ergänzend Ullrich, NZWiSt 2019, 65.

⁶⁸ I.d.F. Ratsdokument 7242/19; allgemeine Ausrichtung des Rates in Ratsdokument 5747/19; Kommissionsvorschlag in KOM (2018) 218 endg. v. 23.4.2018.

⁶⁹ Vgl. Ratsdokument 8507/19.

IV. Strafverfahrensrecht

1. Verfahrensrechte für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren – Anwendbarkeit bei Sicherungs- und Unterbringungsverfahren

Ein bulgarisches Vorabentscheidungsersuchen wirft die Frage auf, ob die Richtlinien zur Stärkung der Verfahrensrechte für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren auch in Sicherungsverfahren betreffend Maßregeln der Besserung sowie in rein präventiven Unterbringungsverfahren Anwendung finden. Konkret betrifft dies die (Mindest-) Rechte auf Information (RL 2012/13/EU)⁷⁰, auf Zugang zu einem Rechtsbeistand (RL 2013/48/EU)⁷¹ sowie betreffend die Unschuldsvormutung (RL [EU] 2016/343)^{72, 73} Für eine Auslegung, die auch Betroffene derartiger Verfahren in den Anwendungsbereich einbezieht, spricht zwar deren besondere Schutzbedürftigkeit und die Nähe zum Strafrecht; dagegen aber, dass Anlass für diese Richtlinien war, das gegenseitige Vertrauen im Hinblick auf die Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung zu stärken, und dass sich diese Maßnahmen – wie auch das klassische Rechtshilferecht – tendenziell nicht auf Maßregeln der Besserung und Sicherung beziehen.

2. Dolmetschleistungen und Übersetzungen (RL 2010/64/EU)⁷⁴

Die Kommission legte im Dezember 2018 einen Evaluationsbericht über die Umsetzung der Richtlinie über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren vor.⁷⁵ Da im Oktober 2013, zum Ablauf der Umsetzungsfrist, 16 (!) Mitgliedstaaten die Richtlinie noch nicht umgesetzt hatten, waren Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet worden, die indes bis Januar 2018 wegen zwischenzeitlicher Umsetzung eingestellt werden konnten (S. 3 f.). Die Kommission konstatiert, dass „in mehreren Mitgliedstaaten gewisse Probleme mit der Umsetzung bestehen, insbesondere was die Verständigung zwischen verdächtigen oder beschuldigten Personen und ihrem Rechtsbeistand, die Übersetzung wesentlicher Unterlagen und die Kosten für Dolmetschleistungen und Übersetzungen betrifft“ (S. 4).

⁷⁰ Unten IV. 3.

⁷¹ Unten IV. 4.

⁷² Unten IV. 5.

⁷³ Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-467/18 (EP) geführt.

⁷⁴ 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. Siehe zuvor Brodowski, ZIS 2018, 493 (501) m.w.N.; ergänzend Ambos (Fn. 12), § 10 Rn. 146, 149; Esser, Europäisches und Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2018, § 5 Rn. 42; Jähnke/Schramm (Fn. 12), Kap. 11 Rn. 11; Klip, European Criminal Law, 3. Aufl. 2016, Kap. 6, 3.10.; Der BGH lehnte kürzlich eine Übersetzungspflicht für seine rechtskräftigen Entscheidungen ab, BGHSt 63, 192 mit Anm. Oğlakcioğlu, NJW 2018, 3794.

⁷⁵ KOM (2018) 857 endg. v. 18.12.2018.

3. *Recht auf Belehrung und Unterrichtung*
(RL 2012/13/EU)⁷⁶

a) *Evaluation*

Gleichzeitig legte die Kommission einen Evaluationsbericht über die Umsetzung der Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren vor.⁷⁷ Auch hier zeigte sich in sieben Mitgliedstaaten eine verzögerte Umsetzung, die erst bis Januar 2018 korrigiert wurde (S. 3). Zusammenfassend bewertet die Kommission die Richtlinie und deren Umsetzung positiv, wenngleich „im Zusammenhang mit wesentlichen Bestimmungen der Richtlinie in einigen Mitgliedstaaten weiterhin Schwierigkeiten bestehen“ (S. 21). Umsetzungsdefizite bestehen indes etwa bei der Belehrung nicht inhaftierter Verdächtiger, bei der Belehrung über den Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung (vgl. in Deutschland § 136 Abs. 1 S. 5 Hs. 2 StPO) und den Voraussetzungen für diese Rechtsberatung, bei Sprache und Verständlichkeit der Belehrungen sowie bei Umfang und Ausgestaltung des Akteneinsichtsrechts (S. 5 ff.).

b) *Strafbefehlsverfahren gegen ausländische Beschuldigte ohne inländischen Wohnsitz*

Mit Billigung des EuGH können Strafbefehle gegen ausländische Beschuldigte ohne inländischen Wohnsitz nach wie vor rechtskräftig und vollstreckbar werden, wenn diese (nur) an einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten (§§ 116a Abs. 3, 132 Abs. 1 Nr. 2 StPO) zugestellt wurden und die Einspruchsfrist nach dieser Zustellung berechnet wird, dem Beschuldigten aber nötigenfalls – bei Einspruchseinlegung binnen zwei Wochen, nachdem er tatsächlich vom Strafbefehl Kenntnis erlangt hat – Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 44 ff. StPO) gewährt wird.⁷⁸ Eine Vorlage des AG

Kehl an den EuGH weist auf ein Folgeproblem dieser Rechtsprechung hin: Mit einem derartig rechtskräftig und vollstreckbar gewordenen Strafbefehl wurde u.a. ein Fahrverbot (§ 44 StGB) von drei Monaten ausgesprochen. Am letzten Tag des Fahrverbots wurde der Verurteilte durch die Polizei kontrolliert, als er mit einem LKW fuhr. Dass er – etwa infolge des mit einfachem Brief weitergeleiteten Strafbefehls – Kenntnis des Strafbefehls hatte, ist nicht erwiesen, doch § 21 Abs. 2 Nr. 1 StVG lässt Fahrlässigkeit für eine Strafbarkeit wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis genügen.

Das AG Kehl hegt nun unter Hinweis auf die RL 2012/13/EU und auf europäische Grundfreiheiten Bedenken gegen den Eintritt der Rechtskraft des Strafbefehls. Zwar könne die „Tatbestandswirkung“ des Strafbefehls und damit die Strafbarkeit des nunmehr wegen § 21 Abs. 2 Nr. 1 StVG Beschuldigten rückwirkend entfallen, wenn er Einspruch einlege und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantrage. Doch die „strenge[n] Anforderungen an Form und Begründetheit“ führten zu einer Benachteiligung im Vergleich zu einer „Zustellung mittels Zustellungsauftrags im Inland“. Zudem müsse der Beschuldigte – mit nachteiligen Kostenfolgen – Einspruch einlegen und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dann beantragen, wenn er den Strafbefehl eigentlich akzeptiere, er aber dessen „Tatbestandswirkung“ rückwirkend beseitigen wolle.⁷⁹

c) *Anwendbarkeit in rein nationalen Sachverhalten; „patteggiamento“*

In seinem Urteil zu einem italienischen Vorabentscheidungsersuchen stellte der EuGH zunächst klar,⁸⁰ dass die RL 2012/13/EU „zur Schaffung einer Mindestharmonisierung der Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union bei[trägt]“ und daher „die Anwendung der von dieser Richtlinie vorgesehenen Regelungen in einem Mitgliedstaat im Rahmen eines in diesem Mitgliedstaat anhängigen Rechtsstreits vom Vorliegen einer grenzüberschreitenden Konstellation unabhängig“ ist (Rn. 36.). Zur eigentlichen Vorlagefrage: Das italienische Schuldanerkenntnisverfahren („patteggiamento“) kann an sich nur vor der gerichtlichen Hauptverhandlung genutzt werden, nach Beginn der mündlichen Verhandlung nur bei einer Änderung des der Anklage zugrunde liegenden Sachverhalts (Rn. 25), nicht aber bei einer bloßen Änderung der rechtlichen Würdigung. Wie bereits der Generalanwalt Bobek in seinen Schlussanträgen⁸¹ vertritt der EuGH die Auffassung, dass man aus den Informationspflichten des Art. 6 Abs. 4 RL 2012/13/EU nicht schließen könne, dass in beiden Konstellationen (Änderung des Anklagevorwurfs in tatsächlicher oder in rechtlicher Hinsicht) dieselben prozessualen Möglichkeiten zur Verfügung stehen müssen (Rn. 51 ff.).

⁷⁶ 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 zuvor *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (501) m.w.N., sowie ergänzend *Stotz*, ZIS 2018, 443 (444); *Ambos* (Fn. 12), § 10 Rn. 147, 149; *Esser* (Fn. 74), § 5 Rn. 43 *Jähnke/Schramm* (Fn. 12), Kap. 11 Rn. 11; *Klip* (Fn. 74), Kap. 6, 3.13, 3.5. Ein slowakisches Vorabentscheidungsersuchen (u.a.) zur Frage des Zugangs eines inhaftierten Beschuldigten zu verfahrensrelevanten Unterlagen und Auswirkungen von diesbezüglichen Verstößen auf Rechtmäßigkeit und Fortdauer der Untersuchungshaft wurde zurückgenommen und daher aus dem Register gestrichen (EuGH, Beschl. v. 24.1.2019 – C-510/17 [ML] = ECLI:EU:C:2019:128; zu den Vorlagefragen siehe *Brodowski*, ZIS 2018, 493 [500 f.]). Wenige Tage später richtete ein anderes Bezirksgericht aus Bratislava nahezu wortgleiche Vorlagefragen an den EuGH; dieses Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-149/19 (R.B.) geführt.

⁷⁷ KOM (2018) 858 endg. v. 18.12.2018.

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 22.3.2017 – C-124/16, C-188/16 und C-213/16 (Tranca, Reiter und Opria) = ECLI:EU:C:2017:228 mit Anm. *Brodowski*, StV 2018, 69; *Ziendorf*, JR 2017, 488; siehe ferner *Seifert*, StV 2018, 123.

⁷⁹ AG Kehl, Beschl. v. 14.9.2018 – 2 Cs 505 Js 116/18 (2) = ECLI:DE:AGKEHL:2018:0914.2CS505JS116.18.00. Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-615/18 (UY) geführt.

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 13.6.2019 – C-646/17 (Moro) = ECLI:EU:C:2019:489.

⁸¹ EuGH, Schlussanträge v. 5.2.2019 – C-646/17 (Moro) = ECLI:EU:C:2019:95.

Beachtlich ist sodann, dass der EuGH auch die Vereinbarkeit mit Art. 48 Abs. 2 GRCh prüft: Infolge der unionsrechtlichen Informationspflichten sei die Anwendbarkeit des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRCh gegeben (Rn. 66 ff.). Doch seien die in Art. 48 Abs. 2 GRCh garantierten Verteidigungsrechte in der geschilderten Differenzierung nicht verletzt (Rn. 70 ff.).

4. *Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand (RL 2013/48/EU)*⁸²

Ein spanisches Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Frage, ob es mit Art. 3 Abs. 2 RL 2013/48/EU vereinbar ist, bei einem flüchtigen und per Haftbefehl gesuchten Beschuldigten das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand und dessen Bestellung auszusetzen, bis der Haftbefehl vollzogen und der Beschuldigte dem Gericht vorgeführt wird.⁸³

5. *Unschuldsvermutung (RL [EU] 2016/343)*⁸⁴

a) *Unschuldsvermutung und Haftentscheidungen*

In einem Eilverfahren urteilte der EuGH am 19.9.2018, dass Entscheidungen im Rahmen einer Haftprüfung oder Haftbeschwerde auch Aussagen über den Tatverdacht gegen einen Beschuldigten enthalten dürfen, „soweit der Verdächtige oder die beschuldigte Person darin nicht als schuldig bezeichnet wird“, ohne dass dies im Widerspruch zu Art. 3, Art. 4 Abs. 1 RL [EU] 2016/343 stünde.⁸⁵ Generalanwalt Wathelet hatte dies hingegen für Entscheidungen beanstandet, in denen von einer „hohen Wahrscheinlichkeit“ die Rede ist, dass die beschuldigte Person eine Straftat begangen hatte.⁸⁶

⁸² 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 zuvor *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (501) m.w.N.; ergänzend *Ambos* (Fn. 12), § 10 Rn. 148 f.; *Esser* (Fn. 74), § 5 Rn. 50 f.; *Jähne/Schramm* (Fn. 12), Kap. 11 Rn. 12; *Klip* (Fn. 74), Kap. 6, 3.2.

⁸³ Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-659/18 (VW) geführt.

⁸⁴ 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 zuvor *Brodowski*, ZIS 2017, 688 (694 f.) m.w.N.; ergänzend *Ambos* (Fn. 12), § 10 Rn. 151; *Esser* (Fn. 74), § 5 Rn. 52; *Jähne/Schramm* (Fn. 12), Kap. 11 Rn. 17 ff.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 19.9.2018 – C-310/18 (Milev II) = ECLI:EU:C:2018:732. Zu EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-439/16 PPU (Milev) siehe *Brodowski*, ZIS 2017, 688 (694 f.).

⁸⁶ EuGH, Schlussanträge v. 7.8.2018 – C-310/18 (Milev II) = ECLI:EU:C:2018:645.

In einer Folgeentscheidung⁸⁷ konkretisierte der EuGH den Maßstab dahingehend, dass es mit der unionsrechtlich garantierten Unschuldsvermutung (Art. 4, 6 RL [EU] 2016/343) vereinbar sei, dass das Haftprüfungsgericht das Für und Wider des Tatverdachts abwäge und auch in der Begründung der Haftentscheidung niederlege. Die Grenze sei erst dann überschritten, wenn der Beschuldigte als schuldig dargestellt werde (Rn. 49 ff., insb. 59 f.).

Zudem stellte der EuGH fest, dass es nationalen Gerichten auch in eilbedürftigen Haftprüfungsverfahren unbenommen ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 267 AEUV ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten (Rn. 30 ff.); insbesondere dürfen nationale Gerichte bzw. deren Richter keinen Sanktionen wegen der Veranlassung eines Vorabentscheidungsverfahrens ausgesetzt sein, andernfalls sei die richterliche Unabhängigkeit verletzt (Rn. 46 f.). Von der Frage der Vorlagebefugnis zu trennen ist allerdings die Zuständigkeit für unaufschiebbare Anordnungen wie der Freilassung des Beschuldigten bei Wegfall hinreichender Haftgründe; dies könne und dürfe das nationale Gericht auch dann anordnen, wenn ein Vorlageverfahren vor dem EuGH anhängig sei (Rn. 41, 43). Entfalle wegen einer solchen einstweiligen Regelung die Anhängigkeit eines Rechtsstreits vor dem nationalen Gericht, so müsse und könne das Vorlagegericht das Vorlageverfahren durch Rücknahme des Ersuchens beenden (Rn. 41 ff.).

b) *Unschuldsvermutung und gerichtliche Entscheidungen zu Schuldanerkenntnissen („guilty plea“)*

In einem anderen bulgarischen Vorabentscheidungsverfahren hielt es Generalanwalt Saugmansgaard Øe mit der RL (EU) 2016/343 für vereinbar, wenn in einem gerichtlich akzeptierten strafrechtlichen Schuldanerkenntnis bzw. im Rahmen eines plea bargaining eines Angeklagten andere als Mittäter bezeichnet werden, soweit dies zur Beurteilung der Schuld und Strafe dieses Angeklagten notwendig sei und solange klargestellt wird, dass die Schuld der präsumtiven Mittäter im weiteren Verlauf des Strafverfahrens erst rechtskräftig festgestellt wird.⁸⁸ Ein weiteres, slowakisches Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Vereinbarkeit eines infolge eines Schuldanerkenntnisses („guilty plea“) verkürzten Strafverfahrens mit Art. 3, Art. 4 RL (EU) 2016/343.⁸⁹

c) *Abwesenheitsverfahren und Recht auf Anwesenheit*

Das Recht auf Anwesenheit in einer Verhandlung und seine Schranken sind Gegenstand eines weiteren bulgarischen Vorabentscheidungsersuchens zu Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 RL (EU) 2016/343, namentlich die Rechtmäßigkeit von (teilweisen) Abwesenheitsverfahren bei ordnungsgemäßer Ladung, Belehrung und Vertretung durch einen Rechtsbeistand, sei es

⁸⁷ EuGH, Beschl. v. 12.2.2019 – C-8/19 PPU (RH) = ECLI:EU:C:2019:110.

⁸⁸ EuGH, Schlussanträge v. 13.6.2019 – C-377/18 (AH u.a.) = ECLI:EU:C:2019:491.

⁸⁹ Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-709/18 (UL und VM) geführt.

bei zu vertretender, sei es bei nicht zu vertretender Abwesenheit.⁹⁰

6. Europäische Herausgabe- und Sicherungsanordnung („e-evidence“)

a) Verordnungsvorschlag⁹¹

Der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – nahm am 7.12.2018 eine allgemeine Ausrichtung zum (Kommissions-)Vorschlag für eine Verordnung über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen („e-evidence“) sowie am 6. und 7.6.2019 zu den begleitenden Formblättern an;⁹² entgegen zwischenzeitlicher Forderungen wurde auf Regelungen zu einer Echtzeitüberwachung verzichtet. Im Vergleich zum Kommissionsvorschlag wurde der Anwendungsbereich geringfügig klarer gefasst (auch Dienste der Informationsgesellschaft, „die ihren Nutzern ermöglichen, miteinander zu kommunizieren“, Art. 2 Nr. 3 lit. c sublit. i VO-E), teils auch erweitert (Erlass auch zur Vollstreckung von mindestens viermonatigen Freiheitsstrafen, Art. 5 Abs. 3 VO-E). Immunitäten, Vorrechte, presserechtliche Privilegien und die Freiheit der Meinungsäußerung sollen sich allein nach dem Recht des Anordnungsstaats richten, wenn die betreffende Person ihren Wohnsitz im Anordnungsstaat hat; nur in Fällen, in denen Anordnungs- und Wohnsitzstaat divergieren, soll ein Meistbegünstigungsprinzip gelten (Art. 5 Abs. 7 VO-E). Nur in solchen Divergenzfällen ist zudem ein Notifizierungsverfahren vorgesehen (Art. 7a), das dem Vollstreckungsstaat indes nur die Möglichkeit gibt, auf das Vorliegen von Immunitäten, Vorrechten, presserechtlichen Privilegien und die Freiheit der Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 7 VO-E hinzuweisen. Die Betroffenen sollen primär von der Anordnungsbehörde und nicht vom Diensteanbieter benachrichtigt werden, wobei weitreichende Möglichkeiten zum Aufschub oder zum gänzlichen Verzicht auf eine solche Benachrichtigung vorgesehen sind (Art. 11 VO-E). Eine weiche Spezialitätsregel wurde ergänzt (Art. 12b VO-E). Der Ableh-

nungsgrund des offenkundigen Verstoßes gegen die GRCh oder der offensichtlichen Missbräuchlichkeit wurde gestrichen und nur durch einen Verweis auf die vorgenannten Immunitäten, Vorrechte, presserechtlichen Privilegien und die Freiheit der Meinungsäußerung ersetzt (Art. 14 Abs. 4 lit. f VO-E). Das Überprüfungsverfahren bei einem „blocking statute“ eines Drittstaats wurde vereinheitlicht, wobei ein Widerspruch des Drittstaats – auch in Bezug auf Grundrechte – nicht länger bindend sein soll (Art. 16 VO-E).

Damit hat die allgemeine Ausrichtung des Rates im Vergleich zum bereits kritikwürdigen Kommissionsvorschlag noch an Schärfe gewonnen, insbesondere in Bezug auf die Ausgestaltung als (auch) heimliche Ermittlungsmaßnahme ohne ausreichende Kautelen und auf den Verzicht eines umfassenden grundrechtlichen Ablehnungsgrundes. Das neu vorgesehene Notifizierungsverfahren ist hierfür nur ein (zu) schwacher Ausgleich.

Das (bisherige) Europäische Parlament nahm hingegen noch keine Position zu diesen Legislativmaßnahmen an. Allerdings hat die Berichterstatterin Birgit Sippel umfangreiche Arbeitsdokumente zusammengestellt, welche auch die Diskussionen im neuen Europäischen Parlament prägen dürften.⁹³

b) Bestellung von Vertretern zu Zwecken der Beweiserhebung in Strafverfahren (RL-E)⁹⁴

Am 8.3.2019 nahm der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – eine allgemeine Ausrichtung zum (Kommissions-)Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung einheitlicher Regeln für die Bestellung von Vertretern zu Zwecken der Beweiserhebung in Strafverfahren an.⁹⁵ Wesentliche Abweichungen zum Kommissionsvorschlag betreffen gewisse Präzisierungen des Anwendungsbereichs (Erwägungsgrund 16, Art. 2 Nr. 2), eine Verlängerung der Umsetzungsfrist auf 18 Monate und einen expliziten Hinweis, dass die Benennung solcher Vertreter auch für die Vollstreckung von Europäischen Ermittlungsanordnungen hilfreich sein kann (Erwägungsgrund 8).

⁹⁰ Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-688/18 (TX und UW) geführt.

⁹¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen, KOM (2018) 225 endg. v. 17.04.2018; die Formblätter finden sich in einem gesonderten ANNEX. Siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (502 ff.) m.w.N., sowie seitdem *Böse*, An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence, 2018, abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604989/IPOL_STU\(2018\)604989_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604989/IPOL_STU(2018)604989_EN.pdf) (4.11.2019); *Gössling/Nagel*, IT-Rechtsberater 2019, 41; *Jour-Schröder*, ZIS 2018, 438 (441 f.). Zu vergleichbaren Bestrebungen auf Ebene des Europarats siehe VI. 1. b) und bilateral im Verhältnis EU – USA siehe VI. 2.

⁹² Konsolidierte Fassung der allgemeinen Ausrichtung in Ratsdokument 10206/19; zuvor Ratsdokument 9365/19 bzw. Ratsdokument 15292/18.

⁹³ Im Einzelnen: PE 631.925v02-00 (Einführung), PE634.729v01-00 und PE 634.730v01-00 (Anwendungsbereich), PE634.849v01-00 und PE 634.850v01-00 (Rolle der Service-Provider), PE636.343v01-00, PE 636.344v01-00 und PE 636.345v01-00 (Drittstaaten), PE 636.335v01-00, PE 636.336v01-00 und PE 636.337v01-00 (Anordnungsvoraussetzungen), PE 637.466v01-00, PE 637.468v01-00 und PE 637.469v01-00 (Schutzmechanismen) sowie PE 637.465v01-00 (Durchsetzungsmechanismen).

⁹⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung einheitlicher Regeln für die Bestellung von Vertretern zu Zwecken der Beweiserhebung in Strafverfahren, KOM (2018) 226 endg. v. 17.04.2018. Siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (502).

⁹⁵ Ratsdokument 7348/19; zuvor Ratsdokument 6946/19.

7. Zugriff auf Kontenstammdaten⁹⁶

Der Rat der Europäischen Union und das Europäische Parlament einigten sich auf eine Richtlinie zur Festlegung von Vorschriften zur Erleichterung der Nutzung von Finanz- und sonstigen Informationen für die Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung bestimmter Straftaten;⁹⁷ die Veröffentlichung im Amtsblatt steht indes noch aus. Wesentlicher Gegenstand der Richtlinie ist die Ermöglichung eines (nationalen) Mechanismus zum Zugriff auf Kontostammdaten bzw. Bankkontenregister (Art. 4 ff. RL-E). Abweichend vom Kommissionsvorschlag wurden die Kooperationsregeln zwischen den Financial Intelligence Units verschiedener Mitgliedstaaten verändert; diese beziehen sich ausschließlich auf Fälle des Terrorismus (Art. 9 RL-E) und der Geldwäsche, deren Vortaten und der Terrorismusfinanzierung (Art. 10 RL-E). Im Hinblick auf den weiten und unbestimmten Bereich zur Informationsabfrage berechtigter Behörden, das unklare Datenschutzregime und potentielle Aufweichungen von Begrenzungen von Ermittlungsmaßnahmen enthielt sich Deutschland im Rat.⁹⁸

8. Eingriffe in die Telekommunikationsfreiheit

a) Bestandsdatenabfrage unter Rückgriff auf Vorratsdaten

Der EuGH schloss sich mit Urteil vom 2.10.2018 der Sichtweise des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe an, dass eine Abfrage der Bestandsdaten derjenigen Personen, deren SIM-Karten in einem begrenzten Zeitraum von 12 Tagen in einem gestohlenen Mobiltelefon verwendet wurden, keinen „schweren“ Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Personen darstelle. Daher greift der strenge Prüfungsmaßstab betreffend die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten nicht, der eine Einschränkung auf die Verhütung oder Verfolgung einer hinreichend schweren Straftat enthalte.⁹⁹

b) Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten – Neuaufgabe?¹⁰⁰

Ein belgisches Vorabentscheidungsersuchen sucht die restriktive Rechtsprechung des EuGH zu einer Vorratsdatenspeiche-

rung von Telekommunikations-Verbindungsdaten mit dem Hinweis auf menschenrechtliche Schutzpflichten, die zur Aufdeckung von Kommunikationsverbindungen verpflichten sollen, zu korrigieren.¹⁰¹ Zielrichtung der Vorlage ist es – gleichermaßen wie ein nachrichtendienstliches Vorabentscheidungsersuchen aus dem Vereinigten Königreich¹⁰² –, eine umfassende Datenspeicherung „auf Vorrat“ zwar zu erlauben, diesen Eingriff aber durch restriktive Zugriffs- und Verwendungsregelungen einzuhegen.¹⁰³

Parallel zu alledem fordert der Rat in Schlussfolgerungen die Kommission dazu auf, den Bedarf für eine Neuaufgabe einer Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten zu erheben und eine „umfassende Studie zu möglichen Lösungen für die Vorratsdatenspeicherung durchzuführen“.¹⁰⁴

c) Inpflichtnahme von Telekommunikations-Diensteanbietern; Überwachung von 5G-Netzen

Im Juni 2019 urteilte der EuGH auf Vorlage des OVG Nordrhein-Westfalen, dass Kommunikationsdienste auf Anwendungsebene („Over-the-Top“- bzw. OTT-Dienste) wie Webmail-Betreiber kein „elektronischer Kommunikationsdienst“ i.S.d. Art. 2 lit. c RL 2002/21/EG sind.¹⁰⁵ Das bedeutet unmittelbar, dass sie auch keine Telekommunikationsdienstleister i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG sind; bei systematisch kohärenter Auslegung entfällt daher für diese auch die spezifische Mit-

pean Law Blog v. 1.10.2018, abrufbar unter <http://europeanlawblog.eu/2018/10/01/reconsidering-the-blanket-data-retention-taboo-for-human-rights-sake/> (4.11.2019).

¹⁰¹ Belgisches Verfassungsgericht, Vorlagebeschluss v. 19.7.2018, Nr. 96/2018. Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-520/18 (Ordre des barreaux francophones und germanophone u.a.) geführt. Siehe hierzu *Verbruggen/Royer/Severijns*, European Law Blog v. 1.10.2018, abrufbar unter <http://europeanlawblog.eu/2018/10/01/reconsidering-the-blanket-data-retention-taboo-for-human-rights-sake/> (4.11.2019).

¹⁰² Dieses Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-623/17 geführt.

¹⁰³ Weitere Vorabentscheidungsverfahren zum Themenkomplex Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten werden unter den Rechtssache C-511/18 und C-748/18 geführt.

¹⁰⁴ Ratsdokument 10083/19; zuvor Ratsdokument 9663/19.

¹⁰⁵ EuGH, Urt. v. 13.6.2019 – C-193/18 (Google) = ECLI:EU:C:2019:498; Vorlage durch OVG Nordrhein-Westfalen MMR 2018, 552; ergänzend zu dieser Frage *Sieber/Brodowski*, in: Hoeren/Sieber/Holzsnagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 47. Lfg., Stand: Februar 2019, Teil 19.3 Rn. 137; *Gersdorf*, K&R 2016, 91; *Schuster*, CR, 2016, 173; *Kühling/Schall*, CR 2016, 185.

⁹⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Vorschriften zur Erleichterung der Nutzung von Finanz- und sonstigen Informationen für die Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung bestimmter Straftaten und zur Aufhebung des Beschlusses 2000/642/JI des Rates, KOM (2018) 213 endg. v. 17.4.2018; siehe hierzu *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (509).

⁹⁷ PE-CONS 64/19; Kommissionsvorschlag in KOM (2018) 213 endg. v. 17.04.2018; siehe hierzu *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (509).

⁹⁸ Ratsdokument 10073/19; ergänzend Ratsdokument 9313 ADD 1 REV 1/19, S. 2 ff.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 2.10.2018 – C-207/16 (Ministerio Fiscal) = ECLI:EU:C:2018:788, Rn. 53 ff., insbesondere Rn. 59. Siehe zuvor *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (504).

¹⁰⁰ Siehe zuletzt *Brodowski*, ZIS 2017, 688 (696) m.w.N.; aus aktueller Sicht instruktiv *Verbruggen/Royer/Severijns*, Euro-

wirkungsverpflichtungen nach § 110 ff. TKG und insbesondere nach §§ 100a Abs. 4, 100j Abs. 5 StPO.¹⁰⁶

Der EU-Antiterrorismus-Koordinator de Kerchove fordert in einem Positionspapier, die Sicherheitsmaßstäbe des 5G-Mobilfunkstandards im Vergleich zu den aktuellen Entwürfen dahingehend zu schwächen, dass der Einsatz von IMSI-Catchern und die Durchführung einer Telekommunikationsüberwachung nicht beeinträchtigt wird.¹⁰⁷

9. Opferrechte

a) EU-Opferrechtstrategie 2020–2025

Joëlle Milquet legte als Sonderberaterin des EU-Kommissionspräsidenten für Fragen der Opferentschädigung einen umfangreichen Bericht über eine mögliche EU-Opferrechtstrategie 2020–2025 unter dem Titel „Von Entschädigung zur Wiedergutmachung“ vor.¹⁰⁸ Folgende Hauptforderungen sind hervorzuheben: Es solle mehr Augenmerk auf eine – auch über finanzielle Leistungen hinausgehende – individuelle Wiedergutmachung gelegt werden statt einer bloßen Entschädigung durch Pauschbeträge, staatliche Leistungen für Opfer sollen vorrangig und beschleunigt erfolgen und erst anschließend Regress beim Täter genommen werden, und es solle nicht länger die Bedürftigkeit des Opfers, sondern dessen Rechte im Vordergrund stehen (S. 8, 36 ff., 52). Eine Verfahrenserleichterung in grenzüberschreitenden Sachverhalten solle dadurch erzielt werden, dass die Entschädigung durch den Wohnsitzstaat statt durch den Tatortstaat geleistet wird (S. 36, 51 f.), Übersetzungsleistungen und Prozesskostenhilfe für Opfer seien zu stärken (S. 47, 56), und der Anwendungsbereich der unionsrechtlich gewährleisteten Opferentschädigung solle klarer definiert werden (S. 49 ff.). Die Kommission teilt zwar nicht alle Vorschläge Milquets, will aber nunmehr eruieren, welche in der nächsten Legislaturperiode umgesetzt werden könnten.¹⁰⁹

b) Schutz von Opfern (RL 2012/29/EU)¹¹⁰

Schlussanträgen des Generalanwalts Bot zufolge stehen die europäischen Mindeststandards für einen Schutz von Opfern von Straftaten einer erneuten Zeugenbefragung in einem Strafverfahren grundsätzlich nicht entgegen, wenn dies infolge einer geänderten Gerichtsbesetzung – ggf. auch nur auf

Antrag des Beschuldigten – erforderlich wird. Allerdings sei (auch) bei einer solchen erneuten Zeugenvernehmung zu prüfen, ob besondere Maßnahmen zum Schutz des Verletzten zu ergreifen seien.¹¹¹

c) Entschädigung von Opfern (RL 2004/80/EG)¹¹²

Ein weiteres italienisches Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Frage, ob eine verspätete oder unvollständige Umsetzung der Richtlinie zur Entschädigung der Opfer von Straftaten auch in rein nationalen Sachverhalten zu deren unmittelbaren Anwendbarkeit führen kann, und ob ein Pauschbetrag von 4.800 € eine „gerechte und angemessene Entschädigung der Opfer“ i.S.d. Art. 12 Abs. 2 RL 2004/80/EG gegenüber Opfern sexueller Gewalt darstellt.¹¹³

¹⁰⁶ Anders indes die bisherige nationale Interpretation, zuletzt in BVerfG NJW 2019, 584 mit Anm. und Bspr. Bär, ZD 2019, 210; Großmann, StV 2019, 369; Marnau, Privacy in Germany (PinG) 2019, 71.

¹⁰⁷ Ratsdokument 8983/19.

¹⁰⁸ Ratsdokument 8629/19 = Milquet, Strengthening Victims' Rights: From Compensation to Reparation. For a new EU Victims' rights strategy 2020–2025, 2019, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/strengthening_victim_s_rights_-_from_compensation_to_reparation_rev.pdf (4.11.2019).

¹⁰⁹ Ratsdokument 9390/19, S. 4; ergänzend Ratsdokument 10134/19.

¹¹⁰ Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rech-

te, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl. EU 2012 Nr. L 315, S. 57. Siehe zuletzt Brodowski, ZIS 2018, 493 (504); ergänzend Esser (Fn. 74), § 5 Rn. 28 f.; Jähne/Schramm (Fn. 12), Kap. 11 Rn. 13 ff.; Klip (Fn. 74), Kap. 6, 7.

¹¹¹ EuGH, Schlussanträge v. 14.3.2019 – C-38/18 (Gambino und Hyka) = ECLI:EU:C:2019:208.

¹¹² 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) m.w.N.; ausführlich zur Situation in Deutschland Rhode, wistra 2018, 72 ff., 102 ff.

¹¹³ Das Verfahren wird vor dem EuGH unter der Rechtssache C-129/19 (BV) geführt.

Endlich das Zeugnisverweigerungsrecht für Lebensgefährten?

Von Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Dr. Dawid Ligocki, LL.M. (Frankfurt [Oder]), Frankfurt (Oder)

I. Einleitung

Nichteheliche Lebensgemeinschaften sind eine seit langem gesellschaftlich akzeptierte Form des Zusammenlebens. Im Unterschied zu Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern¹ steht diesem Personenkreis in Deutschland kein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht zu, wenn der andere Partner einer Straftat beschuldigt wird. Dabei kann sich der Lebensgefährte als Zeuge in einer vergleichbaren Drucksituation befinden, in der er nur die Wahl hat, entweder zu Lasten des Beschuldigten richtig auszusagen und die Beziehung zum Beschuldigten zu gefährden oder sich wegen falscher Aussage strafbar zu machen.² Die persönliche Bindung zwischen Lebensgefährten ist sogar stärker ausgeprägt als bei anderen nach § 52 Abs. 1 dStPO Zeugnisverweigerungsberechtigten, wie Verschwägerten oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad Verwandten. Die Ansicht, ein Zeugnisverweigerungsrecht sei in Analogie zu jenem für Ehegatten bzw. Verlobte zu gewähren,³ hat sich jedoch nicht durchgesetzt, weil sich das Vorhandensein einer planwidrigen Regelungslücke kaum begründen lässt.⁴

Die bisherigen Entwürfe einer Regelung, die 2005 und 2006 vom Bundesrat eingebracht wurden, beschränkten sich darauf, eine Abschaffung des Zeugnisverweigerungsrechts für Verlobte zu fordern.⁵ Das Vorhaben scheiterte am Einspruch der Bundesregierung, die einen vermehrten Rechtsmissbrauch in Zweifel zog und anmahnte, eine Abschaffung des Zeugnisverweigerungsrechts für Verlobte mit einer „sachgerechte(n) Neugestaltung“ der „Zeugnisverweigerungsrechte aus persönlichen Gründen“ zu verknüpfen.⁶

2017 nahmen sich die Justizministerinnen und Justizminister der Länder endlich der Sache an. Da soziale Näheverhältnisse außerhalb von Ehe und Familie „in den vergangenen Jahren“⁷ an Bedeutung gewonnen hätten, sei verfahrensordnungsübergreifend zu prüfen, „ob die in den verschiede-

nen Verfahrensordnungen bestehenden Zeugnisverweigerungsrechte der Lebenswirklichkeit dieser Nähebeziehungen noch gerecht werden“.⁸ In ihrer Herbstkonferenz 2018 votierten sie zugleich für die Streichung des Zeugnisverweigerungsrechts für Verlobte und für die Prüfung einer Erweiterung der bestehenden Zeugnisverweigerungsrechte durch die Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz. Zu beachten sei, dass „dabei die Gebote der Wahrheitsermittlung, der Rechtsanwendungsgleichheit und der Objektivierbarkeit der Kriterien mit den Schutzzwecken in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden“.⁹ Die Bemerkung lässt darauf schließen, dass die Bestimmbarkeit und Feststellbarkeit der Nähebeziehung für den Erfolg oder Misserfolg der Initiative entscheidend sein werden. Der vorliegende Beitrag nimmt dies zum Anlass, die Kriterien und Feststellung der Nähebeziehung in zwei Rechtsordnungen zu untersuchen, die eine lange Erfahrung mit derartigen strafprozessualen¹⁰ Zeugnisverweigerungsrechten mit unterschiedlicher Reichweite haben: Die österreichische Strafprozessordnung kennt ein Zeugnisverweigerungsrecht für Personen, die miteinander in Lebensgemeinschaft leben. Die polnische Strafprozessordnung sieht darüber hinaus die Möglichkeit einer Zeugnisverweigerung bei einer besonders nahen persönlichen Beziehung zum Beschuldigten vor.

II. Österreichische Regelung

1. Zeugnisverweigerungsrecht für Lebensgefährten

In Österreich gibt es seit mehr als vier Jahrzehnten das Zeugnisverweigerungsrecht für Lebensgefährten.¹¹ § 156 Abs. 1 Ziffer 1 öStPO befreit „Personen, die im Verfahren gegen einen Angehörigen (§ 72 StGB) aussagen sollen“, von der Pflicht zur Aussage.¹² Die Legaldefinition des Angehörigen bezieht „Personen, die miteinander in Lebensgemeinschaft

¹ Siehe § 52 Abs. 1 Nr. 2 und 2a dStPO.

² Dies ist der für das Zeugnisverweigerungsrecht des genannten Personenkreises vorrangig genannte Grund; für viele *Percic*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 52 Rn. 1.

³ So z.B. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 191; *Meier-Scherling*, DRiZ 1979, 296 (299); *Rogalski*, AnwBl 1983, 358 (362); *Skwirblies*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Angehörigenbegriff im Straf- und Strafprozeßrecht, 1990, S. 182 ff. m.w.N.

⁴ OLG Schleswig SchlHA 2001, 126; siehe ferner OLG Frankfurt am Main NSiZ-RR 2017, 118; *Kett-Straub*, ZRP 2005, 46 (48).

⁵ Dies wurde damit begründet, dass Verlobnisse zunehmend missbräuchlich geschlossen würden, um sich der Aussagepflicht zu entziehen, BT-Drs. 15/5659, S. 6; BT-Drs. 16/516, S. 6.

⁶ BT-Drs. 15/5659, S. 8; BT-Drs. 16/516, S. 8.

⁷ Richtigerweise wäre von „vergangenen Jahrzehnten“ zu sprechen.

⁸ 88. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2017, Beschluss TOP I.13: Zeugnisverweigerungsrecht für schutzbedürftige persönliche Nähebeziehungen.

⁹ 89. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2018, Beschluss TOP II.6: Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe zum Thema „Zeugnisverweigerungsrecht für schutzbedürftige persönliche Nähebeziehungen“.

¹⁰ Zeugnisverweigerungsrechte außerhalb des Strafprozesses bleiben ausgeklammert.

¹¹ § 72 öStGB trat am 1.1.1975 in Kraft. Hierauf verwies § 152 Abs. 1 Ziffer 1 a.F. öStPO in der durch BGBl. 631/1975 wiederverlautbarten Fassung der öStPO von 1960.

¹² Darüber hinaus räumt § 157 Abs. 1 Ziffer 1 öStPO Zeugen, die sich oder einen Angehörigen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würden, ein Aussageverweigerungsrecht ein. Während insoweit eine Belehrung des Zeugen über das Recht genügt, ist bei einem Zeugnisverweigerungsrecht die Aussage des Angehörigen nur verwertbar, wenn dieser zuvor ausdrücklich auf dieses Recht verzichtet hat; § 159 Abs. 3 öStPO.

leben“, ein.¹³ Kinder und Enkel einer Person, die in Lebensgemeinschaft lebt, werden, solange die Lebensgemeinschaft besteht, wie Angehörige der anderen Person behandelt.¹⁴ Weitere Angehörige der Partner kommen nicht in den Genuss der Privilegierung.¹⁵ Da eine intakte Lebensgemeinschaft vorausgesetzt ist, erlischt das Zeugnisverweigerungsrecht mit deren Beendigung.¹⁶ Die Gesetzesmaterialien begründen die Einbeziehung von Lebensgefährten mit „der Entwicklung soziologischer Tatsachen“ und dem bei Vorliegen einer Lebensgemeinschaft typischerweise bestehenden menschlichen Näheverhältnis.¹⁷

2. Feststellbarkeit der Beziehung

a) Kriterien

Nach der Gesetzesbegründung wird eine „Gemeinschaft, die auf eine gewisse Dauer ausgerichtet ist“, vorausgesetzt.¹⁸ Die Herausbildung der weiteren Kriterien blieb der Rechtsprechung überlassen. Diese orientiert sich am Leitbild der Ehe und verlangt für eine Lebensgemeinschaft ein gemeinschaftliches Zusammenleben zweier Personen (gleichen oder verschiedenen Geschlechts),¹⁹ das auf längere Dauer ausgerichtet ist und eine „ihrem Wesen nach der Beziehung miteinander verheirateter Personen gleichkommende[n] Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft“ darstellt.²⁰ Die Definition setzt sich demnach aus drei objektiven Kriterien zusammen, die um ein subjektives Kriterium ergänzt werden.

Wegen der Vergleichbarkeit mit einer Ehe muss es sich um eine monogame Beziehung handeln.²¹

Eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft erfordert mehr als ein lockeres Zusammenwohnen.²² Vorausgesetzt ist die gemeinsame Haushaltsführung.²³ Dabei kommt es nicht auf die finanzielle Beteiligung am Haushalt, sondern auf die Zugehörigkeit zu diesem an.²⁴ Das Merkmal der Geschlechtsgemeinschaft gilt als verzichtbar, sodass es sich auch dann, wenn die Partner, etwa alters- oder krankheitsbedingt, von sexuellem Kontakt absehen, um eine Lebensgemeinschaft handeln kann.²⁵ Für das Schrifttum ist dies ein „bewegliches System“, innerhalb dessen eine stärkere Ausprägung des einen Merkmals das schwächere Vorhandensein oder Fehlen eines anderen aufwiegen kann.²⁶

Hinzutreten muss ein subjektives Element, das in der Rechtsprechung als „positive Grundeinstellung“ oder „innere[n] Einstellung beider Partner, in einer Beziehung zusammenzuleben, die jener miteinander verheirateter Personen gleichkommt“, umschrieben wird.²⁷ Da auch die Ausrichtung

¹³ § 72 Abs. 2 öStGB i.d.F. BGBl. I 153/1998. Die zuvor geltende, durch BGBl. 60/1974 begründete Fassung wies den Vorbehalt auf, dass es sich um Personen „verschiedenen Geschlechts“ und das Leben in „außerehelicher“ Lebensgemeinschaft handeln musste.

¹⁴ § 72 Abs. 2 Hs. 2 öStGB.

¹⁵ Koller, in: Schmölzer/Mühlbacher (Hrsg.), Strafprozessordnung, Bd. 1, 2013, § 156 Rn. 17; Triffterer, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Lfg., Stand: Februar 2001, § 72 Rn. 28; auch OGH SSt 49/27.

¹⁶ OGH EvBl 1976/221. Auch bei Beendigung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft erlischt seit BGBl. I 92/2016 das Zeugnisverweigerungsrecht. Zur Gleichheitswidrigkeit der früheren Regelung, die allein für ehemalige Ehegatten oder eingetragene Partner, nicht aber für ehemalige Lebensgefährten galt, VfGH iFamZ 2017/3, 19.

¹⁷ Regierungsvorlage v. 16.11.1971, 30 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 13. Gesetzgebungsperiode, S. 185.

¹⁸ Regierungsvorlage v. 16.11.1971, 30 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 13. Gesetzgebungsperiode, S. 185.

¹⁹ Siehe dazu Jerabek/Ropper, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Stand: Januar 2017, § 72 Rn. 13; Koller (Fn. 15), § 156 Rn. 15.

²⁰ OGH, Urt. v. 18.4.1985 – 13 Os 39/85 = SSt 56/29; OGH, Urt. v. 11.2.2003 – 14 Os 137/02. Das Schrifttum folgt der Definition, siehe nur Triffterer (Fn. 15), § 72 Rn. 23.

²¹ OGH, Urt. v. 15.5.1979 – 9 Os 55/79. Triffterer (Fn. 15), § 72 Rn. 26, zufolge beinhaltet der Begriff der Lebensgemeinschaft „eine Art Exklusivität“, wengleich er erwägt, „Dreiecks- (oder gar Mehrecks-)verhältnisse“ einzubeziehen (Rn. 22). Dass die Partner anderweitig verheiratet sind, steht der Begründung einer Lebensgemeinschaft nicht entgegen; Jerabek/Ropper (Fn. 19), § 72 Rn. 15; Weiser, RZ 1975, 5 (6 f.).

²² OGH, Urt. v. 8.6.1978 – 13 Os 65/78 (gelegentliches Zusammenleben in der Dauer von maximal zwei Wochen innerhalb eines Zeitraums von ca. vier Jahren); OGH, Urt. v. 13.11.1980 – 13 Os 144/80 (gemeinsames Zusammenleben nach Art einer Wohngemeinschaft); OGH, Urt. v. 23.3.1982 – 9 Os 61/81 (bloß fallweises Zusammenleben); OGH, Beschl. v. 26.8.2014 – 11 Os 66/14m („14 Tage andauernde[n], auf gelegentlichen Geschlechtsverkehr, wiederholtes Übernachten jeweils in der Wohnung des anderen, Einkaufen und gemeinsame Unternehmungen beschränkte[n] Beziehung“).

²³ Triffterer (Fn. 15), § 72 Rn. 25; vgl. OGH, Urt. v. 29.6.1982 – 10 Os 63/82 = SSt 53/37; OGH, Urt. v. 8.6.1978 – 13 Os 65/78. Bei getrennten Wohnsitzen ohne gemeinsame Wohnstätte liegt keine Lebensgemeinschaft vor; OGH, Urt. v. 11.2.2003 – 14 Os 137/02.

²⁴ OGH, Urt. v. 29.6.1982 – 10 Os 63/82 = SSt 53/37 (Lebensgemeinschaft im von der Mutter eines der Partner geführten und finanzierten Haushalt); Triffterer (Fn. 15), § 72 Rn. 25. Eine Lebensgemeinschaft endet im Übrigen nicht allein durch Inhaftnahme eines Partners; vgl. OGH, Urt. v. 26.8.1993 – 15 Os 73/93.

²⁵ Hinterhofer, Zeugenschutz und Zeugnisverweigerungsrechte im österreichischen Strafprozess, 2004, S. 278; Jerabek/Ropper (Fn. 19), § 72 Rn. 14; Triffterer (Fn. 15), § 72 Rn. 24; a.A. Weiser, RZ 1975, 5 (7).

²⁶ Triffterer (Fn. 15), § 72 Rn. 23. Für das zivilrechtliche Schrifttum Gitschthaler, AnwBl 2012, 598 (601); Stabentheiner, NZ 1995, 49 (51).

²⁷ OGH, Urt. v. 6.8.1996 – 11 Os 15/96; OGH, Urt. v. 26.8.1993 – 15 Os 73/93; vgl. auch OGH, Urt. 18.3.1982 –

auf eine längere Dauer subjektiver Natur ist – eine bestimmte Mindestdauer wird nicht verlangt –, dürfte der Wille beider Personen, sich für längere Zeit mit der anderen Person zu verbinden, vorausgesetzt sein. An dieser Voraussetzung für eine Lebensgemeinschaft fehlt es, wenn ein Partner dem anderen den Willen zur Führung einer (echten) Lebensgemeinschaft zur Erreichung krimineller Ziele vortäuscht²⁸ oder wenn ein Partner den ernstlichen und endgültigen Entschluss fasst, die Gemeinschaft zu beenden.²⁹ Es genügt andererseits nicht der bloße Entschluss beider Teile, eine Lebensgemeinschaft zu bilden. Maßgeblich ist die faktische Gestaltung des Zusammenlebens.³⁰

b) Beweisanforderungen

Ist das Zeugnisverweigerungsrecht nicht offenkundig, hat der Zeuge den Grund für das Recht glaubhaft zu machen.³¹ Der Vernehmende entscheidet dann anhand der zugänglichen Tatsachen, ob das Bestehen einer Lebensgemeinschaft wahrscheinlicher ist als ihr Nichtvorliegen.³² Trifft dies zu, ist dem Zeugen ungeachtet verbleibender Zweifel ein Aussagebefreiungsrecht einzuräumen.³³ Ein Indiz für das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft ist die polizeiliche Meldung.³⁴ Der Vernehmende darf dem Zeugen zusätzliche Erklärungen abfordern.³⁵ Auch eine Vernehmung etwa der Mutter eines der Partner kommt in Betracht.³⁶ Weigert sich der Zeuge, zur Klärung des Bestehens der Beziehung beizutragen, so ist er grundsätzlich aussagepflichtig.³⁷ Für den Bereich des Straf-

12 Os 194/81. Zivilrechtliche Entscheidungen betonen die „aus einer seelischen Gemeinschaft und dem Zusammengehörigkeitsgefühl entstandene Bindung“; OGH, Urt. v. 13.4.1983 – 3 Ob 505/83 = EFSlg 43.741. Siehe dazu *Stabentheiner*, NZ 1995, 49 (51) m.w.N.

²⁸ OGH, Urt. v. 18.3.1982 – 12 Os 194/81; OGH, Urt. v. 6.8.1996 – 11 Os 15/96.

²⁹ OGH, Urt. v. 26.8.1993 – 15 Os 73/93 = RIS-Justiz RS0097509; *Fabrizy*, Strafgesetzbuch und ausgewählte Nebengesetze, 13. Aufl. 2018, § 72 Rn. 5.

³⁰ OGH, Urt. v. 18.4.1985 – 13 Os 39/85 = SSt 56/29.

³¹ § 159 Abs. 2 S. 1 öStPO. Eine Glaubhaftmachung durch eidliche Versicherung (vgl. § 56 S. 2 dStPO) ist im österreichischen Strafverfahren nicht vorgesehen.

³² Vgl. *Fabrizy*, Strafprozessordnung und wichtige Nebengesetze, 13. Aufl. 2017, § 159 Rn. 2; *Kirchbacher*, in: Fuchs/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Stand: 1.10.2013, § 159 Rn. 5.

³³ OGH, Beschl. v. 12.7.1994 – 14 Os 82/94 = EvBl 1994/138; *Hinterhofer* (Fn. 25), S. 193; *Kirchbacher* (Fn. 32), § 159 Rn. 5.

³⁴ OGH, Urt. v. 29.6.1982 – 10 Os 63/82 = SSt 53/37.

³⁵ Vgl. OGH, Beschl. v. 12.7.1994 – 14 Os 82/94 = EvBl 1994/138; *Fabrizy* (Fn. 32), § 159 Rn. 2.

³⁶ Vgl. OGH, Urt. v. 29.6.1982 – 10 Os 63/82 = SSt 53/37.

³⁷ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage Strafprozessreformgesetz, 25. Beilage zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 22. Gesetzgebungsperiode, S. 206; *Nimmervoll*, ÖJZ 2008, 583 (585); *Koller* (Fn. 15), § 159 Rn. 3.

rechts werden, soweit ersichtlich, keine Schwierigkeiten der Feststellung einer Lebensgemeinschaft beklagt.³⁸

III. Polnische Regelung

1. Zeugnisverweigerungsrecht für Lebensgefährten

Die plStPO 1928³⁹ sah einen Katalog Zeugnisverweigerungsberechtigter vor, der Lebensgefährten nicht erfasste. Dennoch billigte das Oberste Gericht bereits 1959 einer Zeugin, die mit dem Beschuldigten in einer dauernden Lebensgemeinschaft lebte und gemeinsame Kinder erzog, ein Zeugnisverweigerungsrecht zu.⁴⁰ Seit der plStPO 1969⁴¹ sind Lebensgefährten ausdrücklich in den Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten einbezogen. Gegenwärtig räumt Art. 182 § 1 plStPO nahestehenden Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht ein.⁴² Die Regelung soll einem Gewissenskonflikt des Zeugen vorbeugen, der entstände, wenn er durch eine wahrheitsgemäße Aussage den Beschuldigten belasten müsste.⁴³ Als „nahestehende Person“ gilt nach der Legaldefinition in Art. 115 § 11 plStGB⁴⁴ neben dem Ehegatten u.a. eine „in Lebensgemeinschaft“ mit dem Beschuldigten lebende Person. Das Zeugnisverweigerungsrecht ist auf eine bestehende Lebensgemeinschaft beschränkt⁴⁵ und erstreckt sich nicht auf Angehörige des Lebensgefährten.⁴⁶

2. Zeugnisverweigerungsmöglichkeit bei besonders naher persönlicher Beziehung

Art. 185 plStPO sieht zusätzlich die Möglichkeit vor, den Zeugen bei einer „besonders nahen persönlichen Beziehung“ zum Beschuldigten „vom Zeugnis oder von der Beantwortung von Fragen zu befreien“. Die Befreiung erfolgt auf An-

³⁸ Für das Zivilrecht siehe dagegen *Stabentheiner*, NZ 1995, 49 (51 f.).

³⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 1928 Nr. 33 Pos. 313.

⁴⁰ Oberstes Gericht, Beschl. v. 8.10.1959 – VI KO 88/59, OSNPG 11/1959, 8.

⁴¹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 1969 Nr. 13 Pos. 96.

⁴² Art. 183 § 1 plStPO gesteht dem Zeugen zudem ein Aussageverweigerungsrecht zu, wenn bei Beantwortung der Frage ihm oder einer ihm nahestehenden Person eine Verantwortlichkeit für eine Straftat bzw. Steuerstraftat drohen könnte.

⁴³ *Jachimowicz*, Jurysta 11-12/2008, 49 (51); *Stańda*, Stanowisko świadka w polskim procesie karnym, 1976, S. 96.

⁴⁴ Die Definition gilt auch für Art. 182 plStPO; *Kwiatkowski*, Zakazy dowodowe w procesie karnym, 2005, S. 230 f.

⁴⁵ Dies ergibt sich e contrario aus Art. 182 § 2 plStPO, der ein Fortbestehen des Privilegs nur bei nicht mehr bestehender Ehe oder Adoption anordnet; Oberstes Gericht, Urt. v. 13.8.1987 – II KR 187/87 = OSNKW 1988, Nr. 1, Pos. 11; Appellationsgericht Kraków, Urt. v. 10.11.2010 – II AKA 185/10 = LEX Nr. 783396.

⁴⁶ *Gaberle*, Dowody w sądowym procesie karnym, 2. Aufl. 2010, S. 291; *Krajewski*, Przegląd Sądowy 2009, 103 (113).

trag des Zeugen und liegt im Ermessen des zuständigen Organs („kann“).⁴⁷ Der Zweck der Regelung ist es, dem Zeugen, der dem Beschuldigten besonders nahe steht, den Zwiespalt zwischen einer falschen Aussage und einer Belastung des Beschuldigten zu ersparen.⁴⁸ Die Nähebeziehung muss bei der Aussageverweigerung noch vorhanden sein.⁴⁹

3. Feststellbarkeit der Beziehung

a) Kriterien einer Lebensgemeinschaft

Nach Rechtsprechung und h.M. setzt die Lebensgemeinschaft ein Verhältnis zweier Personen⁵⁰ voraus, die einen gemeinsamen Haushalt führen und für die Ehe typische Beziehungen aufrechterhalten.⁵¹ Wie für eine Ehe, von der sich die Lebensgemeinschaft einzig durch die mangelnde Formalisierung unterscheidet,⁵² ist demnach eine „psychische, körperliche und ökonomische Gemeinschaft“, die auf Dauer angelegt ist, vorausgesetzt.⁵³ Dass die Partner anderweitig verheiratet sind, ist kein Hindernis.⁵⁴

⁴⁷ Vgl. Oberstes Gericht, Beschl. v. 27.5.2003 – IV KK 63/03; *Stefański*, in: *Stefański* (Hrsg.), *Kodeks postępowania karnego*, Tom II, 2019, Art. 185 Rn. 7. Zu bewerten ist, ob dem Näheverhältnis der Vorrang vor dem Strafverfolgungsinteresse zu geben ist; *Wróblewski*, *Acta Universitatis Wratislaviensis* 2009, 107 (109). Teils geht man entgegen dem Wortlaut von einer gebundenen Entscheidung aus; *Kurowski*, in: *Świecki* (Hrsg.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, 4. Aufl. 2018, Art. 185 Rn. 4; *Paprzycki*, in: *Paprzycki* (Hrsg.), *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el. 2015, Art. 185 Rn. 3.

⁴⁸ *Kwiatkowski*, *Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht)* 6/2007, 155 (156 f.); *Stefański*, *PiP (Staat und Recht)* 1/2007, 135 ff.

⁴⁹ *Stefański*, *PiP (Staat und Recht)* 1/2007, 135 ff.

⁵⁰ Ob homosexuelle Beziehungen einzubeziehen sind, ist strittig; bejahend Oberstes Gericht, Beschl. v. 25.2.2016 – I KZP 20/15 = OSNKW 2016/3, Pos. 19; *Jachimowicz*, *Jurysta* 11-12/2008, 49 (50); abl. *Grzegorzczak/Tylman*, *Polskie Postępowanie Karne*, 9. Aufl. 2014, S. 495; *Stefański*, *Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht)* 7-8/1998, 117 (118).

⁵¹ Appellationsgericht Katowice, Urt. v. 15.3.2007 – II AKA 24/07 = LEX Nr. 312525; Bezirksgericht Zamość, Urt. v. 30.5.2018 – II Ka 101/18; *Zimoch*, *Nowe Prawo* 9/1971, 1300 (1303).

⁵² „Faktische Ehe“; *Gaberle* (Fn. 46), S. 291; *Tarnowska*, *Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht)* 12/2018, 127 (128). Ein weiterer möglicher, allerdings umstrittener Unterschied ist die Einbeziehung Homosexueller; Fn. 50.

⁵³ Übersetzung; *Ligocki*; Oberstes Gericht, Urt. v. 12.11.1975 – V KR 203/75 = LEX Nr. 20872; Oberstes Gericht, Beschl. v. 7.7.2004 – II KK 176/04 = OSNwSK 2004, Nr. 1 Pos. 1267; Oberstes Gericht, Beschl. v. 25.2.2016 – I KZP 20/15 = OSNKW 2016/3, Pos. 19; *Daniluk*, *Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht)* 6/2015, 5 (16 ff.). Gemeinsame Kinder sind nicht nötig; *Jachimowicz*, *Jurysta* 11-12/2008, 49 (50).

Die an erster Stelle genannte „psychische Gemeinschaft“ erfordert eine mentale Bindung i.S.v. positiven gegenseitigen Gefühlen, wie Liebe, Loyalität, Respekt.⁵⁵ Eine „ökonomische Gemeinschaft“ ist bei einem gemeinsamen Haushalt gegeben. Sie entfällt nicht, wenn ein Partner die gemeinsame Wohnung temporär zur Arbeitssuche verlässt⁵⁶ oder verhaftet wird.⁵⁷ Mit „körperlicher Gemeinschaft“ ist eine sexuelle Beziehung gemeint. Verzichten die Partner etwa aus Gesundheits- oder Altersgründen auf sexuelle Kontakte, kann aber dennoch eine Lebensgemeinschaft vorliegen.⁵⁸ Umgekehrt begründen sexuelle Kontakte bei einem nur kurzfristigen Zusammenwohnen keine Lebensgemeinschaft.⁵⁹ Für die Dauerhaftigkeit ist nicht die bisherige Länge der Beziehung maßgeblich, sondern ob dieser eine gewisse Stabilität zuerkannt werden kann. Auszuscheiden sind flüchtige Verhältnisse.⁶⁰

Soweit teilweise eine Orientierung des Begriffs an der Ehe abgelehnt wird,⁶¹ wird zu Recht eingewandt, dass aus systematischen Gründen an eine Lebensgemeinschaft höhere Anforderungen zu stellen sind als an die von der Ermessensvorschrift des Art. 185 pStPO erfasste Beziehung. Würde man den Begriff der Lebensgemeinschaft an der Stärke der emotionalen Bindung ausrichten, müssten auch Verhältnisse, die nicht familienähnlich sind, einbezogen werden, was zu weit ginge.⁶²

⁵⁴ *Daniluk*, *Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht)* 6/2015, 5 (23).

⁵⁵ *Daniluk*, *Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht)* 6/2015, 5 (17) m.w.N.; *Gaberle* (Fn. 46), S. 291.

⁵⁶ Oberstes Gericht, Beschl. v. 25.2.2016 – I KZP 20/15 = LEX Nr. 1984687.

⁵⁷ Appellationsgericht Szczecin, Urt. v. 21.12.2006 – II AKA 157/06 = LEX Nr. 283401.

⁵⁸ *Daniluk*, *Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht)* 6/2015, 5 (18); *Sowiński*, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, 2004, S. 39; anders *Zimoch*, *Nowe Prawo* 9/1971, 1300 (1303).

⁵⁹ Appellationsgericht Kraków, Urt. v. 14.10.2008 – II AKA 132/08 = KZS 2008, Nr. 11, Pos. 507.

⁶⁰ *Gruszecka*, in: *Skorupka* (Hrsg.), *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, 3. Aufl. 2018, Art. 182 Rn. 7.

⁶¹ Nach dem Urt. des Obersten Gerichts v. 21.3.2013 (III KK 267/12 = LEX Nr. 1311768) genügt, dass die Personen einen gemeinsamen Haushalt führen und einander psychisch nahe stehen. Eine „Lebensgemeinschaft“ könne demzufolge auch zwischen dem Beschuldigten und dem mit ihm in einem Haushalt zusammenwohnenden minderjährigen Sohn der Lebensgefährtin angenommen werden. Für eine weite Auslegung auch *Łojewski*, *Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, 1970, S. 73.

⁶² Oberstes Gericht, Beschl. v. 25.2.2016 – I KZP 20/15 = LEX Nr. 1984687; krit. auch *Michalska-Warias*, *Palestra* 5/2016, 104 (104, 107).

b) Kriterien einer besonders nahen persönlichen Beziehung

Wann eine „besonders nahe persönliche Beziehung“ vorliegt, wird uneinheitlich umschrieben.⁶³ Teilweise subsumiert man Art. 185 plStPO alle Arten von Beziehungen, die die Vermutung einer starken gefühlsmäßigen Bindung begründen. Andere verlangen, dass die Beziehung durch die gleiche emotionale Bindung wie die in Art. 182 plStPO genannten Verhältnisse geprägt ist.⁶⁴ Manche betonen demgegenüber, dass es sich um eine sozial tolerierte Beziehung handeln muss.⁶⁵ Einvernehmen besteht über die Notwendigkeit einer starken Verbindung zwischen Beschuldigtem und Zeugen.⁶⁶

Lose sexuelle oder partnerschaftliche Beziehungen oder das gemeinsame Betreiben eines Unternehmens, das mit regelmäßigen Kontakten einhergeht, genügen hiernach nicht.⁶⁷ Als Fälle, in denen Art. 185 plStPO eingreifen kann, werden genannt: Verwandte oder Verschwägerter, die nicht bereits vom Zeugnisverweigerungsrecht des Art. 182 plStPO erfasst sind,⁶⁸ Verlobte, ehemalige Lebensgefährten, mit dem Lebensgefährten des Beschuldigten Verwandte oder Verschwägerter und Personen, die durch ein gemeinsames Kind, auch wenn es nicht aus einer Lebensgemeinschaft hervorgeht, verbunden sind.⁶⁹ Dabei unterstreicht man, dass nicht das Vorliegen einer bestimmten Beziehung, sondern das emotionale Band im Einzelfall entscheidend ist.⁷⁰ Wie dieses ausgeprägt sein muss, ist unklar.⁷¹ Fraglich ist etwa, wann

sich eine Freundschaft als ausreichend eng einordnen lässt.⁷² Bei einer Verlobung nimmt man eine besonders nahe persönliche Beziehung dann an, wenn die Betroffenen sich seit über einem Jahr kennen, trotz getrennten Wohnens regelmäßig treffen, finanziell unterstützen, eine Eheschließung planen, ein gemeinsames Kind haben und sich emotional nahe stehen.⁷³ Ob bei Fehlen eines gemeinsamen Kindes und finanzieller Unterstützung anders zu urteilen wäre, bleibt offen. Bei ehemaligen Lebensgefährten scheint eine „besonders nahe persönliche Beziehung“ generell zweifelhaft, deutet doch der Wortlaut auf die Erforderlichkeit einer restriktiven Handhabung hin. Schließlich droht die nach der h.M. mögliche Einbeziehung von Liebesverhältnissen die begriffliche Umgrenzung der Lebensgemeinschaft in Art. 182 plStPO zu unterlaufen.

c) Beweisanforderungen

Die h.M. fordert eine Glaubhaftmachung der Lebensgemeinschaft bzw. besonders nahen persönlichen Beziehung durch den Zeugen.⁷⁴ Die bloße Behauptung eines derartigen Verhältnisses genügt grundsätzlich nicht.⁷⁵ Für die Glaubhaftmachung kommt insbesondere eine Vernehmung des Zeugen selbst in Betracht,⁷⁶ in deren Rahmen das Gericht die Aussage einer Glaubhaftigkeitsprüfung unterzieht. Das Gericht kann auch auf weitere Zeugen- oder Urkundenbeweise zurückgreifen.⁷⁷

Mit besonderen Unsicherheiten ist die Feststellung der besonders nahen persönlichen Beziehung verbunden, weil bereits die Anforderungen des Art. 185 plStPO unklar sind. Die Einräumung einer Zeugnisbefreiung erweist sich als Billigkeitsentscheidung des Richters, der über die Vergleichbarkeit des Dilemmas des Zeugen mit der Konfliktlage in den enumerativen Fällen des Art. 182 plStPO zu befinden hat. Die Gerichte schließen hier häufig von den äußeren Umständen, etwa einem gemeinsamen Kind, auf die Intensität der

⁶³ Zum Meinungsstand *Baj*, Prokurator 3/2010, 43 (52 ff.); *Kwiatkowski*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht), 6/2007, 155 (157 ff.); *Stefański*, PiP (Staat und Recht) 1/2007, 135 (136 f.).

⁶⁴ In diesem Sinne Oberstes Gericht, Beschl. v. 22.2.2006 – III KK 222/05 = OSNKW 2006/5/46.

⁶⁵ Schließlich ist strittig, ob die verbreitete gesellschaftliche Auffassung von der jeweiligen Stärke der Beziehung oder aber die tatsächliche Nähe von Beschuldigtem und Zeugen im Einzelfall maßgeblich ist; vgl. *Kwiatkowski*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 6/2007, 155 (158).

⁶⁶ Siehe Oberstes Gericht, Beschl. v. 22.2.2006 – III KK 222/05 = OSNKW 2006/5/46; Appellationsgericht Łódź, Urt. v. 27.8.2015 – II AKa 139/15 = LEX Nr. 1927614; *Gruszecka* (Fn. 60), Art. 185 Rn. 2; *Kwiatkowski*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 6/2007, 155 (158 f.); *Stefański*, PiP (Staat und Recht) 1/2007, 135 (136 f.); Unersetzbarkeit als entscheidendes Moment; *Stańda* (Fn. 43), S. 105.

⁶⁷ Appellationsgericht Kraków, Urt. v. 14.10.2008 – II AKa 132708 = LEX Nr. 484814; *Gruszecka* (Fn. 60), Art. 185 Rn. 2.

⁶⁸ *Gaberle* (Fn. 46), S. 290 f.

⁶⁹ *Gruszecka* (Fn. 60), Art. 185 Rn. 2. Siehe ferner *Stańda* (Fn. 43), S. 105 f.; diff. *Kwiatkowski*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 6/2007, 155 (160).

⁷⁰ *Gaberle* (Fn. 46), S. 277; *Sowiński* (Fn. 58), S. 66 f.; *Stefański*, PiP (Staat und Recht) 1/2007, 135 (138 f.); Appellationsgericht Lublin, Urt. v. 17.6.2014 – II AKa 119/14.

⁷¹ Vgl. *Baj*, Prokurator 3/2010, 43 (52, 55).

⁷² Für die Einbeziehung von Freundschaften *Grzegorzcyk*, Kodeks postępowania karnego, Komentarz, 3. Aufl. 2003, Art. 185 Rn. 2; für nur lang andauernde Freundschaften *Stańda* (Fn. 43), S. 105 f.

⁷³ Oberstes Gericht, Beschl. v. 22.2.2006 – III KK 222/05 = OSNKW 2006/5/46, wobei das Gericht besonders betont, dass die Betroffenen ein gemeinsames Kind hatten. Vgl. auch *Stefański*, PiP (Staat und Recht) 1/2007, 135 (135 ff.). Zur gegensätzlichen älteren Rspr. zu Verlobnissen vgl. *Baj*, Prokurator 3/2010, 43 (54).

⁷⁴ Statt vieler *Daniluk*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 6/2015, 5 (26 f.); *Rogoziński*, Ius Novum 1/2014, 107 (121).

⁷⁵ Appellationsgericht Łódź, Urt. v. 27.8.2015 – II AKa 139/15 = LEX Nr. 1927614; Appellationsgericht Lublin, Urt. v. 30.12.1997 – II AKa 51/97 = Apel Lub 1998, Nr. 1, Pos. 4; *Gruszecka* (Fn. 60), Art. 182 Rn. 7; *Wróblewski*, Acta Universitatis Wratislaviensis 2009, 107 (109).

⁷⁶ Vgl. *Gruszecka* (Fn. 60), Art. 185 Rn. 3.

⁷⁷ *Gruszecka* (Fn. 60), Art. 185 Rn. 3; *Kwiatkowski*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 6/2007, 155 (159).

emotionalen Bindung.⁷⁸ Bei Fehlen aussagekräftiger objektiver Indiztatsachen entpuppt sich die Feststellung der Intensität der Beziehung als äußerst schwierig.

Obwohl die Feststellungen problemträchtiger sind als etwa die Prüfung des Vorhandenseins einer Ehe,⁷⁹ wird eine Abschaffung der beiden Verweigerungsgründe, soweit ersichtlich, nicht diskutiert. Manche mahnen an, die teils vertretene weite – nicht an der Ehe ausgerichtete – Interpretation⁸⁰ der „Lebensgemeinschaft“ könne die Wahrheitsfindung ernsthaft beeinträchtigen.⁸¹ Diese Befürchtungen müssen erst recht dem Verweigerungsgrund der „besonders nahen persönlichen Beziehung“ gelten.

IV. Folgerungen für Deutschland

Wie der Rechtsvergleich ergeben hat, lässt sich ein Zeugnisverweigerungsrecht für Lebensgefährten rechtssicher und ohne unüberwindbare praktische Schwierigkeiten handhaben, wenn der Begriff der Lebensgemeinschaft am Maßstab der Ehe orientiert wird. Zugleich erlaubt diese Ausrichtung die angesichts der Vielgestaltigkeit von Beziehungen erforderliche Flexibilität.

Für Deutschland empfiehlt es sich, an den Begriff der „eheähnlichen Gemeinschaft“ anzuknüpfen, der vor wenigen Jahren in den Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen (§ 174 Abs. 1 Nr. 3 dStGB) aufgenommen wurde.⁸² Für dessen Auslegung verwies der Gesetzgeber auf den steuerrechtlichen Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft in § 24b Abs. 3 S. 3 EStG,⁸³ der auch in § 20 S. 1 SGB XII Verwendung findet.⁸⁴ Diesen definiert man in Anknüpfung an eine Begriffsbestimmung des BVerfG⁸⁵ als eine exklusiv-

ve,⁸⁶ auf Dauer angelegte Partnerschaft, die drei Elemente, zwei objektive und ein subjektives, aufweist: eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, die die Intensität einer häuslichen Gemeinschaft erreichen muss,⁸⁷ sowie den wechselseitigen Willen, Verantwortung füreinander zu tragen und füreinander in Notfällen einzustehen.⁸⁸ Die Annahme einer inneren Bindung kann sich auf objektive Indizien, wie die Dauer des Zusammenlebens in einem Haushalt, die gemeinsame Erziehung von Kindern oder nach außen bekannte sexuelle Beziehungen zwischen den Partnern, stützen.⁸⁹ Auf sexuelle Kontakte kommt es jedoch nicht an.⁹⁰ Es bedarf einer Gesamtwürdigung aller Indizien, die für oder gegen eine solche Gemeinschaft sprechen, wobei die Anforderungen an die Kriterien im Einzelfall auf ein Mindestmaß reduziert sein können.⁹¹ Der BGH hat diese Begriffsbestimmung für § 174 Abs. 1 Nr. 3 dStGB übernommen mit der ausdrücklichen

⁷⁸ Vgl. Oberstes Gericht, Beschl. v. 22.2.2006, III KK 222/05 – OSNKW 2006/5/46: „Man kann nicht verlangen, dass die Mutter eines Kindes gegen den Vater dieses Kindes aussagt und ihn belastet.“; Oberstes Gericht, Beschl. v. 27.5.2003 – IV KK 63/03 = LEX Nr. 80281.

⁷⁹ Vgl. auch *Krajewski*, *Przeegląd Sądowy* 2009, 103 (113 f.); *Plachta*, *PiP* (Staat und Recht) 1988, 66 (72).

⁸⁰ Bei Fn. 61.

⁸¹ *Derlatka*, *Palestra* 1-2/2016, 159 (160 ff.).

⁸² BGBl. I 2015, S. 10. Ein ausdrücklicher Verweis auf die Eheähnlichkeit vermeidet Ausweitungstendenzen, wie sie im polnischen Recht angesichts der umfassenderen Formulierung auftreten (bei Fn. 61). Der Einbeziehung einer „lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft“ bedarf es seit Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Partner nicht mehr. Ein Zeugnisverweigerungsrecht für eine „eheähnliche Lebensgemeinschaft“ befürwortete bereits *Weigend*, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Gutachten für den 62. Deutschen Juristentag*, Bd. 1, 1998, C 75.

⁸³ BT-Drs. 18/3202, S. 26; damals § 24b Abs. 2 S. 3 EStG.

⁸⁴ *Selder*, in: *Blümich*, *Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuersteuergesetz*, Kommentar, 145. Lfg., Stand: Dezember 2018, § 24b EStG Rn. 19; siehe auch BGH NJW 2018, 2139 Rn. 7.

⁸⁵ BVerfG NJW 1993, 643 (645 f., zur eheähnlichen Gemeinschaft i.S.d. Arbeitsförderungsgesetzes).

⁸⁶ Es darf keine parallele Lebensgemeinschaft bestehen; BSG NJW 2013, 957 Rn. 20. Dass die Partner anderweitig verheiratet sind, schließt eine eheähnliche Gemeinschaft hingegen nicht aus; LSG Berlin-Brandenburg BeckRS 2017, 122057 Rn. 55 f.

⁸⁷ Vgl. BSG NJW 2013, 957 Rn. 22; zust. *Reichel*, *jurisPR-SozR* 9/2013 Anm. 3: Der Alltag müsse weitgehend aufeinander bezogen sein; *Voelzke*, in: *Schlegel/Voelzke* (Hrsg.), *juris-Praxiskommentar SGB XII*, 2. Aufl. 2014, § 20 SGB XII Rn. 26 f. Die Rspr. behandelt diese Voraussetzung strenger als bei der Ehe, weil es mangels formellen Akts an einer Dokumentierung der Verbundenheit nach außen fehlt; BSG NJW 2013, 957 Rn. 22 f.; *Voelzke*, ebenda, § 20 SGB XII Rn. 27.

⁸⁸ BSG NJW 2013, 957 Leitsatz 1. Im Sozialrecht geht es vor allem um die Erwartung, den gemeinsamen Lebensunterhalt sicherzustellen; *Coseriu*, in: *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann* (Hrsg.), *Kommentar zum Sozialrecht*, 5. Aufl. 2017, § 20 SGB XII Rn. 3. Das Erfordernis entspricht der bei der Ehe gegebenen gegenseitigen Unterhaltspflicht; *Neumann*, in: *Hauck/Noftz*, *Sozialgesetzbuch XII*, Kommentar, Stand: September 2015, § 20 SGB XII Rn. 10.

⁸⁹ *Ehmann*, in: *Ehmann/Karmanski/Kuhn-Zuber* (Hrsg.), *Gesamtkommentar Sozialrechtsberatung*, 2. Aufl. 2018, § 20 SGB XII Rn. 8; *Groth*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Sozialrecht*, Stand: 1.9.2018, § 20 SGB XII Rn. 10.

⁹⁰ *Groth* (Fn. 89), § 20 SGB XII Rn. 10. Ob geschlechtliche Beziehungen praktiziert werden, ließe sich schwerlich überprüfen und wäre auch kein angemessenes Kriterium. Um die Eheähnlichkeit zu wahren, dürfte jedoch zu fordern sein, dass es sich um ein Verhältnis handelt, in dem sexuelle Kontakte *typischerweise* stattfinden. Bei Beziehungen älterer Menschen wäre dies zu bejahen, wenn sexuelle Beziehungen im jüngeren Alter der Partner zu erwarten wären.

⁹¹ Vgl. Sächsisches OVG, Beschl. v. 22.10.2002 – 4 BS 347/02, Rn. 5 (juris). Die Vorgehensweise spricht für ein bewegliches System; vgl. *Ehmann* (Fn. 89), § 20 SGB XII Rn. 9.

Feststellung, dass „an der inhaltlichen Bestimmtheit von § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB keine Zweifel“ bestünden.⁹²

An die Definition kann auch für ein Zeugnisverweigerungsrecht angeknüpft werden, weil sie eine objektivierbare und gleichmäßige Handhabung des Zeugnisverweigerungsrechts ermöglicht. Im Vergleich zum materiellen Strafrecht oder zum Sozialrecht⁹³ ist die Feststellbarkeit dadurch erleichtert, dass der Zeuge das Vorliegen einer eheähnlichen Gemeinschaft glaubhaft machen muss.⁹⁴ Gelingt ihm dies nicht, kann er den Zweifelsgrundsatz nicht für sich beanspruchen. Dabei machen es die erforderlichen objektiven Kriterien deutlich einfacher, das Vortäuschen einer eheähnlichen Gemeinschaft aufzudecken als eines Verlöbnisses, das durch ein formfreies Versprechen zustande kommt. Etwaige Zweifel an der Feststellbarkeit einer Lebensgemeinschaft⁹⁵ hat auch der Rechtsvergleich entkräftet. Schließlich ist darauf zu verweisen, dass die Gerichte schon derzeit ähnliche Feststellungen im Ehescheidungsverfahren zu treffen haben, wo umgekehrt zu prüfen ist, ob die Ehe gescheitert ist, also „die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen“.⁹⁶

Eine Ausdehnung des Zeugnisverweigerungsrechts auf soziale Näheverhältnisse außerhalb von eheähnlichen Gemeinschaften, wie in Polen,⁹⁷ ist dagegen nicht zu empfehlen.

⁹² BGH NJW 2018, 2139 (2140). Im konkreten Fall bejahte der BGH eine „eheähnliche oder lebenspartnerschaftliche Gemeinschaft“, obwohl die Partner nur noch am Wochenende in einer Wohnung zusammenwohnten. „Angesichts des Lebenszuschnitts einer offenkundig erheblichen Zahl von Partnerschaften in der Rechtsform der Ehe oder der (eingetragenen) Lebenspartnerschaft, bei dem die Partner aus unterschiedlichen Gründen lediglich zeitweilig tatsächlich räumlich zusammenwohnen, steht dieser Umstand [dass die Lebensgemeinschaft lediglich noch an den Wochenenden ausgeübt wurde] nicht per se einer ‚eheähnlichen oder lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaft‘ entgegen.“; BGH NJW 2018, 2139 (2140 f. Rn. 17).

⁹³ Zur Feststellungslast des Sozialversicherungsträgers *Groth* (Fn. 89), § 20 SGB XII Rn. 11 ff.

⁹⁴ § 56 dStPO.

⁹⁵ Vgl. die Bedenken von *Rengier*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1980, S. 104; weitere Nachweise bei *Kremer*, Strafprozessuale Angehörigenprivilegien im Rechtsvergleich, 2018, S. 84; dagegen *Ostendorf*, JZ 1987, 335 (338); *Ragnarsson*, Das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten, 2008, S. 288.

⁹⁶ § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB. Zu dem Gedanken *Daniluk*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 6/2015, 5 (26 f.).

⁹⁷ „[B]esonders nahe persönliche Beziehung“ gem. Art. 185 plStPO. Siehe auch § 52 Abs. 1 Nr. 4 des „Alternativentwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit“ (1996), wonach zur Zeugnisverweigerung berechtigt sein sollte, „wer mit dem Beschuldigten in ehe- oder familienähnlicher oder sonst vergleichbar enger Lebensgemeinschaft lebt“ (*Hervorhebung durch die Verf.*).

Ohne gesetzlichen Maßstab lässt sich ein solches Näheverhältnis für ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht ausreichend rechtssicher bestimmen,⁹⁸ wie die inkonsequente Ausgestaltung des Art. 185 plStPO als Ermessensvorschrift und die ausfüllungsbedürftigen Definitionen bestätigen. Hier hilft auch die vorgeschlagene Orientierung an den sonstigen Verweigerungsgründen nicht weiter, weil sich die Beziehungen kaum vergleichen lassen. Hinzu tritt die Gefahr einer Ausuferung der Zeugnisverweigerungsrechte, weil Zeugen die Möglichkeit hätten, durch Verweis auf eine emotionale Bindung von unklarer Beschaffenheit in den Genuss einer Zeugnisbefreiung zu kommen.

Gesondert zu erwägen ist, ob es sich empfiehlt, im Anschluss an das österreichische und das polnische Recht⁹⁹ das Zeugnisverweigerungsrecht auf Lebensgemeinschaften zu beschränken, die zum Zeitpunkt der Vernehmung bestehen. Dafür spricht, dass nach Beendigung der Lebensgemeinschaft beim Zeugen eine gleichermaßen bedrückende Konfliktlage wie bei einer aufrechten Lebensgemeinschaft nicht mehr zu erwarten ist.¹⁰⁰ Aus Gründen der Gleichbehandlung wäre dann auch auf ein Zeugnisverweigerungsrecht für geschiedene Ehegatten zu verzichten.¹⁰¹

Stellt man eine eheähnliche Gemeinschaft der Ehe und der eingetragenen Lebenspartnerschaft gleich, bedarf es überdies einer Erstreckung des Zeugnisverweigerungsrechts auf Kinder, die ein Lebensgefährte in die Gemeinschaft eingebracht hat, im Verhältnis zum anderen Lebensgefährten.¹⁰² Denn sie erfahren die Verpflichtung zur Belastung des Lebensgefährten ihres Elternteils genauso als seelische Drucklage wie Kinder des Ehegatten oder Lebenspartners, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 dStPO zukommt.¹⁰³ Da dies umgekehrt auch auf den Lebensgefährten zutrifft, der gegen das Kind seines Partners aussagen soll, ist ein wechselseitiges Zeugnisverweigerungsrecht einzuräumen.

⁹⁸ Vgl. auch *Weigend* (Fn. 82); *Welp*, in: Schulz/Vormbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, S. 630 ff. (familienähnliche oder sonst vergleichbare Lebensgemeinschaft als „nebulös“ bzw. „einer Typisierung unzugänglich“); *Kett-Straub*, ZRP 2005, 46 (48).

⁹⁹ Bei Fn. 16, 45.

¹⁰⁰ Vgl. *Bialek*, Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip, 2000, S. 139.

¹⁰¹ Zum Gleichbehandlungserfordernis in Bezug auf die österreichische Regelung siehe Fn. 16. Zum Postulat de lege ferenda, das Zeugnisverweigerungsrecht auf bestehende Ehen einzuschränken, *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, § 52 Rn. 32.

¹⁰² Siehe dazu *Bialek* (Fn. 100), S. 139; *Kett-Straub*, ZRP 2005, 46 (46 ff.); vgl. auch *Weigend* (Fn. 82).

¹⁰³ Vgl. *Percic* (Fn. 2), § 52 Rn. 14.

V. Ergebnis

Lebensgemeinschaften lassen sich als eheähnliche Gemeinschaften verfahrenssicher bestimmen. Es ist kein Grund ersichtlich, die überfällige Einführung des Zeugnisverweigerungsrechts für diesen Personenkreis, der sich von Ehegatten nur durch das Fehlen eines formalisierten Bandes unterscheidet, länger aufzuschieben. Die notwendige Glaubhaftmachung der Lebensgemeinschaft durch den Zeugen trägt dabei der Wahrheitsfindung im Strafverfahren hinreichend Rechnung. Für andere soziale Näheverhältnisse, etwa „besonders nahe persönliche Beziehungen“, sind dagegen keine Definitionsmerkmale ersichtlich, die ein Zeugnisverweigerungsrecht handhabbar machen würden. Ihre Einbeziehung ist vor diesem Hintergrund nicht zu empfehlen.

Buchrezension

Benno Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik. Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerechtigkeit, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018, 263 S., € 69.-

I. Der Band will, laut Vorwort des Herausgebers, zu einem offensiven, theoretisch und praktisch informierten „Umgang mit dem Verhältnis von Strafrechtspolitik, Gesetzgebung, Dogmatik und Rechtsanwendung“ beitragen. Etwas konkreter geht es, wie schon der Untertitel impliziert, um den Beitrag der Strafrechtswissenschaft zu einer gerechte(re)n (Strafgerechtigkeit!) Strafgesetzgebung, also insbesondere um das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik. Diesen – durchaus ambitionierten – Zielen werden aus der – natürlich subjektiven – Sicht des Rezensenten nur die Beiträge von *Beck*, *Kubiciel*, *Morsch* und *Bung* (dazu III.) gerecht, denn nur sie liefern weiterführende und operationalisierbare Erkenntnisse. Demgegenüber werden in den Beiträgen von *Silva Sánchez*, *Mona*, *Haverkamp*, *Höffler* und *Goeckenjan* (dazu II.) im Wesentlichen altbekannte Positionen vertreten und/oder es wird nur beiläufig auf das Oberthema des Bandes Bezug genommen. Eine gewisse Zwitterstellung nimmt der Beitrag *Zabels* ein. Insgesamt handelt es sich um ein wichtiges, praktisch relevantes und auch durchaus lesenswertes Buch, wobei sich ein Leser mit wenig Zeit auf die Beiträge von *Beck*, *Kubiciel*, *Morsch* und *Bung* beschränken könnte.

II. *Benno Zabel* liefert in seinem Beitrag zu „Strafrechtspolitik unter dem Grundgesetz“ (S. 9 ff.) eine Zustandsbeschreibung des von ihm sog. Übergangsstrafrechts (S. 9) auf einem hohen abstrakten Niveau, an deren Ende sich der Leser – oder doch jedenfalls dieser Rezensent – allerdings etwas ratlos fragt, was denn nun daraus konkret für das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik mit Blick auf das Ziel der Strafgerechtigkeit folgen soll. Man wird *Zabel* darin zustimmen können, dass das (liberale) Strafrecht – als „Ausdruck“ und „Produkt“ einer Gesellschaft, ihrer Institutionen und Akteure“ (S. 15) – und die es tragenden Konzepte von „Freiheit, Zwang und Sicherheit [...] immer wieder neu ausgehandelt und durchgesetzt werden müssen“ (S. 40) – ebenso wie Freiheit und Autonomie als Orientierungspunkte eines solchen liberalen Strafrechts und „damit Grundlage für die demokratischen und republikanischen Infrastrukturen funktionierender Gemeinwesen“ (S. 38). Ebenso verdient *Zabel* Zustimmung, wenn er ein Paradox zwischen Rechtermöglichkeit und -begrenzung, dem die alte Diskussion der Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen individueller Freiheit und staatlichem Sicherheitsbedürfnis zugrunde liegt, konstatiert (S. 40). Ebenfalls bekannt ist die Debatte zwischen Kollektivismus und Individualismus (S. 33) und auch die zunehmende Opferorientierung des Strafrechts, mit der – auch, aber nicht nur – die Gefahr der Auflösung des Tatstrafrechts verbunden ist (S. 21 f.). Schließlich kann auch die Bedeutung der Kommunikation für die Legitimation des Strafrechtssystems nicht bestritten werden (S. 25), aber auch das ist an anderer Stelle schon klar(er)

gesagt worden.¹ Was folgt nun aber aus all diesen, auf einem hohen Abstraktionsniveau (und nicht immer klar) vorgetragenen Befunden konkret für das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik? Welche Rolle kommt der Strafrechtswissenschaft zu? Wie soll sie sich zur Strafrechtspolitik verhalten? Widersprüchlich erscheint es, wenn *Zabel* fordert, dass man sich „den eigenen Strafantrieben“ der Gesellschaft stellen muss, er andererseits aber ein „Unbehagen“ dieser selben Gesellschaft ausmacht, „Gewalt mittels Straf-Gewalt verarbeiten zu müssen“ (S. 41). Muss man, wenn man sich auf die Gesellschaft beruft, sie nicht so nehmen wie sie ist? Ist also ein „Unbehagen“ nicht fehl am Platz, zumal dann, wenn es nur der Intuition des Autors zu entspringen scheint, aber nicht empirisch unterfüttert ist?² Vielleicht werden diese kritischen Anmerkungen dem Anliegen *Zabels* nicht gerecht, aber vielleicht lässt sich der Zustand des gegenwärtigen Strafrechts und damit zugleich der gegenwärtige Zustand seiner Gesellschaft³ nicht (so) komprimiert darstellen, zumal dann, wenn die Überlegungen auf einer monumentalen Habilitationsschrift (*Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, 2017) beruhen, die, in den Worten eines Rezensenten, „den Strukturwandel der Gesellschaft durch eine Analyse des Funktionswandels des Strafrechts sichtbar machen“ will und dies in „verdichtende[r] Beschreibung“ auf einem hohen Abstraktionsniveau.⁴

Jesús-María Silva Sánchez (S. 79) vertritt die klassische Position der Eigenständigkeit und des Eigenwerts einer philosophisch ausgerichteten Strafrechtsdogmatik die – als „Philosophie der Moralität des Strafrechts“ (S. 95) – die Strafgerechtigkeit (mit-)garantiert (S. 91). Die „Strafwürdigkeit“ sei Zentralbegriff und -kriterium der Strafgerechtigkeit (S. 91). Jegliche Strafrechtsdogmatik habe sich an einem Ideal vorpo-

¹ Siehe etwa *Günther*, in: *Simester/du Bois-Pedain/Neumann* (Hrsg.), *Liberal Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, 2014, S. 123; dazu *Ambos*, GA 2017, 305.

² Nur nebenbei sei auf die irritierende Verwendung des Begriffs „Doppelstaat“ durch *Zabel* (S. 16 f.) hingewiesen. Der Begriff geht bekanntlich auf *Ernst Fraenkel* zurück, der ihn zur Beschreibung des nationalsozialistischen Normen- und Maßnahmenstaats (bei Dominanz des letzteren) verwendet hat (*The Dual State*, 1941, S. 31 ff., 41 ff., 49 ff. [deutsche Fassung 1974]). *Zabel* zitiert *Fraenkel* aber nicht und geht wohl auch von einem anderen Verständnis aus („machthaber Staat“ und „Herrschaftsmanager“).

³ Im Lüdersschen Sinne einer Entwicklung einer Gesellschaftstheorie anhand einer Betrachtung des Strafrechts (*Bung*, GA 2019, 527) in gleichsamer Umkehrung der (*Jakobs*) Entwicklung des Strafrechts von der Gesellschaft her (*Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, S. VII: „Wirkungen des Strafrechts [...] als gesellschaftliche Vorgänge [...]“; grundlegend *Pawlik*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* [Hrsg.], Strafrecht und Gesellschaft, 2019, S. 218).

⁴ *Bung*, GA 2019, 528 (530), der im Übrigen in der Schrift ein „Panorama vom gegenwärtigen Zustand des Strafrechts“ vorfindet, „wie ich es bisher noch nicht gesehen und gelesen habe“ (S. 532).

sitiver Gerechtigkeit zu orientieren (S. 83 f., 94 f.) und sei einem – im Rahmen der „Neokonstitutionalisierung“ vorgeschlagenen – verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab überlegen, denn dieser erweise sich als zu „lax“, weit und unbestimmt, weise also letztlich nur eine geringe Leistungsfähigkeit mit Blick auf die Begrenzung des Strafrechts auf (S. 85 ff.). *Silva Sánchez* plädiert also der Sache nach für ein vorpositives, philosophisch begründetes Überstrafrecht, doch ist es diesem bisher bekanntlich verwehrt geblieben, die allenthalben beklagte Strafrechtsexpansion einzudämmen. So wird dieser orthodoxe Ansatz auch – aus diesem und aus anderen Gründen – von zahlreichen Autoren überzeugend zurückgewiesen. So weist etwa *Stuckenberg* zu Recht darauf hin, dass es einer philosophisch verorteten Strafrechtsdogmatik bisher noch nicht gelungen sei, zu zeigen, „auf welche Weise der Sprung aus der Welt der Gedanken in die Sphäre der Rechtsgeltung geschehen sollte“.⁵ *Kubiciel* kritisiert im hier rezensierten Band – wir werden auf ihn zurückkommen –, dass „eine anschluss- und tragfähige Erklärung, wie eine (straf)rechtsphilosophische Konzeption gleichsam aus sich selbst heraus und ohne Akt des Verfassungs- oder Gesetzgebers in den Modus der Rechtsgeltung gelangen kann, [...] nicht ersichtlich“ sei (S. 102 f.).

Martino Mona (S. 153 ff.) beginnt seinen Beitrag zu „hybrides Präventionsstrafrecht und Determinismus“ mit der starken These, dass die Lage des heutigen Strafrechts wohl als „desolat“ zu beschreiben sei. Die These wird allerdings weder empirisch untermauert noch geographisch eingegrenzt (bezieht sich *Mona* auf die Schweiz, Deutschland oder gar die ganze Welt?), sondern nur damit begründet, dass sich das Strafrecht völlig dem „Dogma des Präventionismus“ unterworfen habe (S. 153). Wie soll diese Unterwerfung aber den (vermeintlich) desolaten Zustand des Strafrechts (in der Welt) erklären? Die zunehmende Bedeutung des Präventionsrechts wiederum führt *Mona* auf den Determinismus zurück, weil dessen Inkompatibilitätsthese – Willensfreiheit sei mit dem Determinismus unvereinbar – dazu führe, dass ein Schuldstrafrecht, was ja auf der Willensfreiheit aufbaue, unmöglich sei (S. 156 f., 173 f.). *Monas* Text dreht sich dann letztlich um die Frage von Determinismus und Willensfreiheit (S. 158 ff.), wobei er diese allerdings nur als „Scheinproblem“ ansieht (S. 168 ff., 172), was nun aber die Frage aufwirft, warum er sich dann damit überhaupt in dieser Ausführlichkeit (auf 14 Seiten) auseinandergesetzt hat. Wie dem auch sei, ebenso wie die hierzulande übliche (dogmatische) Trennung von Straf- und Polizeirecht (S. 154) keineswegs international verbreitet ist, so kann auch *Monas* Grundthese nicht überzeugen, denn Präventionsstrafrecht bzw. Sicherheitsrecht existiert unabhängig von der Frage von Determinismus und Willensfreiheit. Dies kann man gut in der angloamerikanischen Debatte beobachten, wo der Diskurs zu „preventive justice“, losgelöst von Überlegungen zur Willensfreiheit, als Antwort auf neue Sicherheitsherausforderungen entstanden ist.⁶ Auch hierzulande geht das Vordringen der neuen Subdisziplin des Sicherheitsrechts – siehe etwa die neu gegründe-

te „Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht“ oder die neue Abteilung „Recht der öffentlichen Sicherheit“ des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht – nicht auf irgendwelche philosophische Überlegungen, sondern auf aktuelle Herausforderungen öffentlicher Sicherheit zurück.⁷ Schließlich trägt *Monas* Aufsatz auch nicht zu der Frage bei, ob und inwieweit die Strafrechtswissenschaft zu einer größeren Straferechtigkeit beitragen kann.

Auch *Rita Haverkamp's* Beitrag zu „Kriminalpolitik im Spannungsverhältnis von Straferechtigkeit und Sanktionenrecht“ (S. 195 ff.) geht nicht schwerpunktmäßig auf das gestellte Oberthema ein, sondern stellt eher eine allgemeine Untersuchung zu Kriminalpolitik, Kriminalstatistik und Sanktionenrecht dar. Überlegungen zur Straferechtigkeit finden sich nur im Zusammenhang mit den Straftheorien (S. 211 ff.) und der Strafzumessung (S. 214 ff.), wobei insoweit allerdings nichts wirklich Neues vorgetragen wird. So präferiert *Haverkamp* etwa die Spielraumtheorie – als Kombination von Schuldausgleich und präventiven Strafzwecken –, weil insoweit – über den Schuldausgleich – eine Beziehung zur Straferechtigkeit hergestellt werde (S. 214 f., 218).

Bei dem vielversprechenden Titel „Evidence based‘ Kriminalpolitik?“ von *Katrin Höffler* (S. 225 ff.) hat sich der Rezensent mehr genau zu diesem Thema versprochen, doch wird der Begriff theoretisch nur knapp abgehandelt (S. 234 f.) – im Wesentlichen verstanden als Fortsetzung der verwissenschaftlichten rationalen Kriminalpolitik Franz von Liszts (S. 232 ff.) – und im Übrigen plädiert der Beitrag – durchaus aktivistisch – für eine proaktive Kommunikation der Wissenschaft mit der Rechtspolitik (S. 230, 240) bei gleichzeitiger Anerkennung der aktuellen Defizite dieser Kommunikation (S. 230 f.). Überzeugend ist *Höfflers* Auflistung der Gründe für das herrschende Kommunikationsdefizit (S. 230 f.), wobei sie insoweit in der Sache mit *Morsch*, auf die ich zurückkommen werde, übereinstimmt. Man wird *Höffler* auch in ihrem Plädoyer und der Forderung nach „Lobby-Arbeit“ der Forschenden zur (proaktiven) Einbringung in Gesetzgebungsverfahren und der Äußerung in anderen gesellschaftlich relevanten Fragen grundsätzlich zustimmen können, doch fehlt es an einer gründlicheren theoretischen und empirischen Untermauerung dieser Forderungen.

Einen größeren Tiefgang habe ich auch bei dem Beitrag *Ingke Goeckenjans* zur „Strafgesetzgebung und Kriminologie – eine Positionsbestimmung“ (S. 245 ff.) vermisst. *Goeckenjans* sieht eine Wechselbeziehung zwischen Kriminalpolitik und Kriminologie, die sie wiederum als Bedarfswissenschaft bzw. als autonome Grundlagenwissenschaft versteht (S. 246 ff.). Ihre Sympathien gelten – wenig überraschend bei einer Strafrechtswissenschaftlerin – der Grundlagenorientierung (S. 250 f.). Sie hat sogar bestimmte Sympathien für den labeling approach (bezugnehmend auf das „soziale Konstrukt

⁷ Vgl. etwa *Sieber*, The new Architecture of Security Law – Crime Control in the Global Risk Society, in: *Sieber/Mitsilegas/Mylonopoulos/Billis/Knust* (Hrsg.), *Alternative Systems of Crimes Control, National, Transnational and International Dimensions*, 2018, S. 3; krit. Rezension von *Ambos*, GA 2019, 506.

⁵ *Stuckenberg*, ZStW 129 (2017), 349 (353).

⁶ Vgl. etwa *Ashworth/Zedner*, *Preventive Justice*, 2014.

der Kriminalität“ (S. 250), lehnt aber die von der sog. kritischen Kriminologie vorgetragene Radikalkritik gegen kriminologische Auftragsforschung, also ein „entweder-oder zwischen Bedarfsorientierung und Autonomieanspruch“ (S. 251), ab, da die Kriminologie letztendlich beides – die Devianz der Kriminalität „in ihrer Verhaltensbeschaffenheit“ ebenso wie „in ihrer sozialen Beschaffenheit“ – im Blick behalten müsse (ebenda). Anhand des Phänomens des „reflexhaften Strafrecht[s]“ (S. 253) macht *Goeckenjan* zutreffend deutlich, wie wenig wissenschaftliche Expertise auf Strafgesetzgebung Einfluss nehmen kann (S. 256). Ihr Fazit – die Kriminologie solle „der Kriminalpolitik einen Spiegel vorhalten“ – klingt vor diesem Hintergrund allerdings blass (S. 260).

III. *Susanne Beck* stellt sich in ihrem Beitrag die schwierige Frage, wie ein „gutes Strafgesetz“ erkannt und bewertet werden kann (S. 45 ff.). Sie macht einen überzeugenden Vorschlag eines abstrakten Bewertungsrahmens, der rechtsinterne und -externe Kriterien bereithält (S. 46, 50 ff.), anhand derer vier Aspekte eines Gesetzes, die in der Sache den gängigen Auslegungskriterien entsprechen (nämlich „Prozess“, „Grammatik“, „Systematik“ und „Telos“), gemessen werden können (S. 46, 47 ff.). Dabei betont sie zu Recht, dass es zwischen diesen Aspekten Wechselwirkungen geben kann (S. 49 f.); ebenso leuchtet es ein, wenn sie den Unterschied zwischen einer rechtsinternen Perspektive – die letztendlich der Perspektive des juristischen Fachmanns entspricht – und einer rechtsexternen Perspektive – die über die rein innerjuristische Perspektive den Blick auf die gesellschaftlichen Interessen lenkt, die von einer bestimmten Gesetzgebung betroffen sind, betont. Auch diese Perspektiven seien jedoch nicht vollständig voneinander trennbar, weil es insgesamt immer um die gesellschaftlichen Folgen von Gesetzgebung gehe (S. 58 f.). *Beck* wendet dann ihren abstrakten Bewertungsrahmen auf konkrete Normen an (§§ 238, 202d, 89a ff. StGB, S. 59 ff.), wobei sie betont, dass eine gelungene Bewertung voraussetzt, „dass stetig überprüft und kommuniziert wird, welchen Aspekt man gerade betrachtet und vor welchem Bewertungshorizont, welche Kriterien man ansetzt und welche Prämissen diesen Kriterien zu Grunde liegen“ (S. 69). Ein gutes Strafgesetz sei danach ein solches, „das sich aus rechtsinterner und rechtsexterner Analyse all seiner Aspekte und Wechselwirkungen, im erläuterten Rahmen bewegt, gegen keines der dargestellten Negativkriterien verstößt, den Anschein von Willkür und Ungerechtigkeit vermeidet und den gesellschaftlichen Konflikt abmildert.“ (S. 69 f.). Besonders hervorzuheben ist insoweit der Verstoß gegen Negativkriterien, denn es ist, wie *Beck* zutreffend ausführt, leichter, Ausschlusskriterien bezüglich bestimmter strafrechtsfremder Ziele (z.B. Schutz von Moralvorstellungen, S. 55 f.) oder bezüglich „offensichtlich ungerechte[r]“ Strafnormen (S. 58) zu finden als positive Gerechtigkeitskriterien (ebenda). *Beck* gelingt es damit, nicht nur einen plausiblen abstrakten Bewertungsrahmen zu entwickeln, sondern diesen auch beispielhaft auf bestimmte Normbereiche anzuwenden und damit seine Leistungsfähigkeit deutlich zu machen.

Michael Kubiciel wendet sich in seinem Beitrag zu „Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft“ (S. 99 f.) zunächst

gegen das überpositive Strafrechtsdenken, die rechtsphilosophische Abstraktion ohne „Rechtsgeltung“, den reflexhaften Rekurs auf Schlagworte (ultima ratio, Rechtsgut) (S. 102 ff., 115), denn dieser strafrechtswissenschaftliche Diskurs liefere keine klaren Vorgaben, keine „idée directrice“ (S. 106), um der Expansion und „Verflüssigung“ des Strafrechts Einhalt zu gebieten; insbesondere verlangt *Kubiciel* die Ersetzung des „in vielerlei Hinsicht unglücklichen Begriff“ des Rechtsguts, denn die Strafe reagiere „nicht auf die Verletzung eines Rechtsguts [...] sondern auf die Verletzung eines subjektiven Rechts (als Recht) bzw. einer Norm, die für den Bestand einer Institution wesentlich ist“ (S. 122, vorher S. 105, 106). So fordert *Kubiciel* einen Perspektivenwechsel, die Orientierung an „Entwicklungslinien“ (S. 106 ff.), etwa der Expansion des Strafrechts durch Internationalisierung, gestiegene Bedeutung der Sozialmoral oder Zunahme von sogenannten reflexiven Straftatbeständen, die sich dadurch auszeichneten, dass die „regelgebundene Regulierung um prinzipienorientierte und kooperative Elemente ergänzt“ wird (S. 113). Dabei will *Kubiciel* die Aufgaben der Strafrechtswissenschaft mit Blick auf die konkrete Gesellschaft bestimmen (S. 114 ff.), denn wenn die Strafrechtswissenschaft „Aussagen über das Strafrecht und die Kriminalpolitik dieser Gesellschaft treffen will, muss ihre Arbeit [...] mit der Betrachtung der Wirklichkeit beginnen.“ (S. 115, *Hervorhebung* im Original). Und diese Wirklichkeit bestehe aus den Institutionen der Gesellschaft, der zunehmenden Institutionalisierung der Kriminalpolitik und der politischen Wirklichkeit, die Strafrechtler verstehen müssten, wenn sie darauf Einfluss nehmen oder sie gar ändern wollten (S. 115 ff.). Die Strafrechtswissenschaft müsse sich über ihre Rolle – als „gesetzgebungskritische oder gesetzgebungsberatende Wissenschaft“ (S. 118) – klar werden, wobei *Kubiciel* überzeugend das Modell einer hier sog. bescheidenen Beratung vertritt. Die Strafrechtswissenschaft müsse ferner ihr methodisches Instrumentarium erweitern, sich insbesondere mit Blick auf die Sozialwissenschaften öffnen (S. 119 ff.) und nach Alternativen zum Strafrecht suchen (S. 123 f.), wobei *Kubiciel* insoweit das Hassemersche Konzept eines Interventionsrechts zu einem (spezial-)präventiven Interventionsrecht weiterentwickeln will (S. 124). Überzeugend ist an diesen Überlegungen die klare Zurückweisung überpositiver, strafrechtsphilosophischer Konzepte, die von der Wirklichkeit der konkreten Gesellschaft abgekoppelt sind und damit auch nicht mit Einfluss auf die Rechtspolitik rechnen können.

Anke Morsch, die einzige Praktikerin unter den Autoren, beschreibt mit kluger Präzision und aufgrund langjähriger Erfahrung das Verhältnis von Wissenschaft und Gesetzgebung (S. 133 ff.). Ihr richtiger Ausgangspunkt ist das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG), aus dem sich das Primat des Gesetzgebers – und nicht etwa des (Straf-)Rechtswissenschaftlers – ergibt. Die Verantwortung für Gesetze liege eben beim Parlament, wobei freilich zu beachten ist, worauf *Bung* zutreffend hinweist (S. 186), dass das Demokratieprinzip „nicht allein“ „regiert“: Es gibt auch noch das Rechtsstaatsprinzip und die Menschenrechte und prozedural ist das Demokratieprinzip an das Mehrheitsprinzip gekoppelt. Gleich-

wohl ändert das nichts an dem grundsätzlichen Primat des Gesetzgebers, welches den Wissenschaftler in seine demokratischen Schranken verweist. Den konkreten Einfluss wissenschaftlicher Beratung kann man, auch darin ist *Morsch* zustimmen, nur durch eine Einzelanalyse der Gesetzgebung feststellen (S. 137). Insoweit zeigen die von ihr gewählten Beispiele (etwa die letzte große StPO-Reform oder die Reform des Öffentlichkeitsgrundsatzes, aber auch die – wieder einmal – gescheiterte Reform des § 211 StGB) in aller Deutlichkeit, dass der konkrete Einfluss der Wissenschaft sehr gering ist, auch wenn *Morsch* – vielleicht aus reiner Höflichkeit? – ihre Bedeutung nicht gänzlich leugnen will (S. 147). Die Spannung bzw. den Widerspruch bringt *Morsch* auf die Begriffe von Rechtsstaat und Rationalität/Professionalität versus Demokratie und Partizipation (S. 147). Die Funktion der Wissenschaft sieht sie darin, zunächst einmal die „Grundlagen für eine allseitige Kommunikation“ zu legen, insoweit komme ihr eine „Transferleistung ähnlich dem Sachverständigen im Prozess“ zu (S. 148). Zusammenfassend schließt sie mit vier Thesen, die ich allesamt für plausibel und zukunftsgerichtet halte (S. 148 f.). Besonders hervorheben möchte ich ihren sehr plausiblen Hinweis, dass die Rolle der Wissenschaft am geringsten im parlamentarischen Verfahren, etwa im Rahmen parlamentarischer Anhörungen (die *Höffler*, S. 231, deshalb zutreffend als „Alibianhörungen“ bezeichnet), sei, weil eben das Gesetzgebungsverfahren zu diesem Zeitpunkt schon sehr weit fortgeschritten ist. Ferner weist sie auf den unterschiedlichen Zeithorizont von Wissenschaft und Rechtspolitik hin und zwar mit dem sehr treffenden Begriff der „Ungleichzeitigkeit“ (S. 149), der in der Sache auch von *Höffler* (S. 239) und *Goekenjan* (S. 248) aufgegriffen wird. Schließlich fordert sie eine bessere Vernetzung der Wissenschaft mit der Rechtspolitik und damit etwas, was auch *Höffler*, allerdings in einem etwas aktivistischeren Ton, gefordert hat.

Jochen Bungs Beitrag zu „Strafgesetzgebung und Strafgerechtigkeit im materiellen Strafrecht“ (S. 181 ff.) beeindruckt durch seine Klarheit in Sprache und Argumentation (man möchte sich Ähnliches fast für den Beitrag von *Zabel* wünschen). *Bung* will deutlich machen, inwieweit die Strafgesetzgebung etwas mit Gerechtigkeit zu tun hat (S. 181) und dies gelingt ihm in der Tat in beeindruckender Weise. Er bestimmt zunächst die Strafgerechtigkeit mit Blick auf die Strafbegründung (Strafbegründungsschuld) und die Strafzumessung (Strafzumessungsschuld), also als Zurechnungs- und Zumessungsaspekt (S. 182 f.). Ferner weist er nach, dass Strafgerechtigkeit auch ohne Schuld – bei den schuldunabhängigen Maßregeln – existieren kann und zwar als Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, also letztendlich aus der Verfassung heraus (S. 183 ff.). Er identifiziert den gerechten Ausgleich als ein Kernelement richtigen Strafrechts (S. 185.) und plädiert dafür – insoweit auf einer Linie mit *Kubiciel* und *Zabel* – die gesellschaftlichen Strafbedürfnisse ernst zu nehmen (S. 186 ff.) – es gibt eben keine vornehme Überlegenheit der Strafrechtswissenschaft (S. 188 f.) –, wobei aber diese gesellschaftlichen Strafbedürfnisse zugleich durch Vernunft eingehegt werden müssten (S. 190, 192, 193). Es gehe also im Sinne Rousseaus um die Erkenntnis des Gemeinwillens

durch Klugheit und Weisheit, nicht durch den Verweis auf das – ohnehin verbrannte – gesunde Volksempfinden (S. 190, 192).⁸ Präziser ausgedrückt gehe es um den Ausgleich des ungerechten Vorteils, aber eben nicht um das (populistische) Bedienen von Ressentiments (S. 190 ff.). *Bung* zeigt damit, was Rechtstheorie auf hohem Niveau und in klarem Duktus zur Begründung von Strafgerechtigkeit – bei gleichzeitigem konkretem Bezug zum Strafrecht – beitragen kann.

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Göttingen/Den Haag

⁸ Dazu auch *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, 2019, S. 31, 41 und passim.