

# **„Gefährliche“, „kriminelle Energie“ im Rechtssystem**

*Gaby Temme*

## **1. Einleitung**

Der Begriff der ‚kriminellen Energie‘ wird von Behörden und Gerichten zur Begründung von Entscheidungen gegenüber Bürger\*innen verwendet, obwohl er im Gesetztext nicht vorkommt. Aus einer Analyse<sup>1</sup> von Gerichtsentscheidungen des Jahres 2018<sup>2</sup> werden im Folgenden sechs ausgewählte Rechtsmittelentscheidungen besprochen, die die Gefahren der Verwendung der Argumentation mit ‚krimineller Energie‘ durch Behörden und Gerichtsentscheidungen aufzeigen. Der Beitrag gibt zunächst einen kurzen Überblick über den bisherigen rechtswissenschaftlichen und kriminologischen<sup>3</sup> Diskussionsstand. Im Anschluss werden anhand von vier strafrechtlichen Entscheidungen und zwei Urteilen aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Gefahren der Verwendung des Begriffs ‚kriminelle Energie‘ analysiert. Das Fazit komprimiert die Ergebnisse der Untersuchung im Hinblick auf die stigmatisierende und exkludierende Wirkung der Verwendung des Begriffs und zeigt einen weitergehenden Forschungsbedarf auf.

## **2. Einordnung in den rechtswissenschaftlichen und kriminologischen Diskussionsstand**

Bereits in den Jahren 1985<sup>4</sup> und 1986<sup>5</sup> kritisierte und verdeutlichte Walter die Verwendung des Begriffs ‚kriminelle Energie‘ im Strafrecht zur Bestimmung des Handlungsunrechts und der Tatschuld. Die Verwendung des Konstrukts ‚kriminelle Energie‘ sei im Strafrecht nicht notwendig<sup>6</sup>. Es würde damit ein Steigerungs- und Überwindungsmodell suggeriert<sup>7</sup>. Die Möglichkeit entstehe über die Verwendung des Begriffs, dem\*der Täter\*in im Sinne der Belieblichkeit böse Eigenschaften zuzuschreiben<sup>8</sup>. Damit würden der Begriff und seine Verwendung ein Gefahrenpotential beinhalten<sup>9</sup>. Es könne – ohne Tatsachengrundlage – zu negativen

---

<sup>1</sup> Temme, ‚Kriminelle Energie‘ – eine kriminologische Analyse von Gerichtsentscheidungen aus dem Jahr 2018, 2020.

<sup>2</sup> Stichtagserhebung aus der Juris-Datenbank im Jahr 2019.

<sup>3</sup> Zur vollständigen kriminologischen Analyse vgl. Temme a.a.O.

<sup>4</sup> Walter, Läßt sich der Handlungsunwert an der aufgewendeten „kriminellen Energie“ ermesen?, GA 1985, 197 ff.

<sup>5</sup> Walter, Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten „kriminellen Energie“, in: FS Kaufmann 493 ff.

<sup>6</sup> a.a.O. 1985, 197 ff. (202, 206); a.a.O. 1986, 493 ff. (508 ff.).

<sup>7</sup> a.a.O. (198).

<sup>8</sup> a.a.O. 1986, 493 ff. (506).

<sup>9</sup> a.a.O. 1985, 197 ff. (202, 206); a.a.O. 1986, 493 ff. (494, 508 ff.).

Fremd- und Selbsteinschätzungen kommen<sup>10</sup>. Sonnen geht in seiner Kommentierung zum Jugendgerichtsgesetz im Jahr 2015 davon aus, dass es sich bei dem Begriff der ‚kriminellen Energie‘ um eine „Leerformel“ handle, die wie der Begriff des\*der ‚Intensivtäters\*in‘ eine exakte Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsnorm ersetzen solle<sup>11</sup>.

Trotz dieser Kritik hat der Begriff ‚kriminelle Energie‘ weiterhin in den Rechtswissenschaften Bestand und wird in der behördlichen und gerichtlichen Praxis verwendet. Dies geschieht im Sinne des von Walter kritisierten Steigerungsbegriffs zusätzlich über die Verwendung von Adjektiven wie geringe, gewisse, einige, große, größere, gesteigerte, beträchtliche, besondere, erhebliche, hohe, sehr hohe, deutlich über den Straftatbestand hinausgehende, massive ‚kriminelle Energie‘<sup>12</sup>. Das Gefahrenpotential des Begriffs wird zudem deutlich über die in der Praxis verwendeten Zusätze offensichtliche oder bemerkenswerte ‚kriminelle Energie‘<sup>13</sup>.

Die Kritik von Walter und Sonnen hat in der Rechtswissenschaft keinen Widerhall gefunden. In der aktuellen Strafrechtskommentierung von Fischer wird bei den Ausführungen zur Strafzumessungsnorm § 46 StGB der Begriff ‚kriminelle Energie‘ mehrfach verwendet und ihm zentrale Bedeutung zugewiesen<sup>14</sup>. Es handle sich um eine „überwölbende Beschreibung einer Vielzahl von Aspekten“<sup>15</sup>. Durch Verweisungsketten in dem Kommentar wird auf einen Teil dieser Ausführungen auch für Strafrechtsaussetzungsentscheidungen – also Prognoseentscheidungen für die Zukunft – gem. § 57 StGB Bezug genommen<sup>16</sup>.

Im Strafprozessrecht finden sich in den Standardkommentierungen zur DNA-Identitätsfeststellung gem. § 81g StPO ebenfalls Argumentationen mit ‚krimineller Energie‘ für eine Maßnahme, für die alleine der Beschuldigtenstatus genügt<sup>17</sup>.

Eine Analyse der Gerichtsentscheidungen aus dem Jahr 2018 zeigt, dass die Argumentation durch Behörden und Gerichte noch weit über diese strafrechtlichen Fokussierungen hinausgeht. Die Mehrzahl der Entscheidungen entstammten nicht der Ordentlichen Gerichtsbarkeit für den Teilbereich des Strafrechts, sondern aus anderen Rechtsgebieten – insbesondere der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bereich Disziplinar- und Aufenthaltsrecht –<sup>18</sup>.

---

<sup>10</sup> vgl. a.a.O. 1986, 493 ff. (497).

<sup>11</sup> Diemer/Schatz/Sonnen-Sonnen, JGG § 17 Rn. 19.

<sup>12</sup> Temme, a.a.O., 10, 42 mit Einzelnachweisen.

<sup>13</sup> a.a.O.

<sup>14</sup> Fischer, StGB, § 46, Rn. 25, 30, 33.

<sup>15</sup> a.a.O., Rn. 25.

<sup>16</sup> a.a.O., § 57 Rn. 15; § 56 Rn. 7.

<sup>17</sup> Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, StPO, § 81g Rn. 8.

<sup>18</sup> Temme, a.a.O., 42 ff. mit Einzelnachweisen.

Die durch Walter geäußerte Kritik ist also nicht obsolet, sondern immer noch relevant. Die Verbreitung der Argumentation mit ‚krimineller Energie‘ in anderen Rechtsgebieten ist dabei besonders kritisch zu analysieren.

Im Folgenden sollen die Gefahren der Verwendung des Begriffs ‚kriminelle Energie‘ exemplarisch anhand von vier Entscheidungen aus dem Strafrecht und zwei Urteilen aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit verdeutlicht werden.

### **3. Verdeutlichung von Gefahren anhand von Gerichtsentscheidungen**

Die nachfolgend besprochenen Gerichtsentscheidungen aus dem Jahr 2018 wurden ausgewählt, weil sie unterschiedliche Problematiken der Verwendung des Begriffs ‚kriminelle Energie‘ verdeutlichen und die Rechtsmittelinstanz diese dezidiert herausstellt. Die meisten gerichtlichen Entscheidungen werden aber erstinstanzlich rechtskräftig<sup>19</sup>. In der nachfolgenden Darstellung wird differenziert zwischen Entscheidungen, die originär das Strafrecht betreffen und anderen. Dies geschieht aus zwei Gründen: Einerseits ist das Strafrecht die einzig legitimierte staatliche Instanz, die die Etikettierung ‚kriminell‘ über eine strafrechtliche Verurteilung zuschreiben darf. Andererseits wurde bisher die Verwendung des Begriffs ‚kriminelle Energie‘ in einem kleinen Teil der Strafrechtswissenschaft zumindest kritisch reflektiert. Für die Darstellung werden längere Auszüge aus den Entscheidungen im Original dargestellt, um die genauen Argumentationszusammenhänge zunächst unparaphrasiert und uninterpretiert wiedergeben zu können. Der Begriff der ‚*krimineller Energie*‘ und ggf. damit verbundene Adjektive werden in den Originalzitataten durch die Autorin des Beitrags kursiv gesetzt, um eine schnellere Erfassung und Verdeutlichung zu ermöglichen.

#### 3.1 Strafrechtliche Entscheidungen

Im Folgenden werden vier Entscheidungen des Bundesgerichtshofs dargestellt, die die Gefahren der Verwendung des Begriffs ‚kriminelle Energie‘ verdeutlichen. Eine Entscheidung stammt aus dem Jahr 2019 und hebt das Urteil des LG Limburg aus dem Jahr 2018 auf. Diese Entscheidung wird in die Darstellung miteinbezogen, weil sie zusätzliche Gefahren der Verwendung des Begriffs für die Annahme der Strafbarkeit von Dritten verdeutlicht.

Die Revisionsentscheidungen des BGH zeigen, dass im Rahmen der Strafzumessungserwägungen über den Begriff ‚kriminelle Energie‘ Verstöße gegen die Regeln der Gesamtstrafenbildung, das Doppelverwertungsverbot gem. § 46 Abs. 3 StGB und die Berücksichtigung von

---

<sup>19</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10. Reihe 2.3. Rechtspflege. Strafgerichte 2018, 2019, 27, 65, 85, 113; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10. Reihe 2.4. Rechtspflege. Verwaltungsgerichte 2018, 2019, 15, 81.

gesetzlichen Strafmilderungsgründen erfolgen. Hinzu kommt die Gefahr der Annahme von einer Strafbarkeit Dritter, die im Ergebnis nicht gegeben ist. Es werden zunächst die Strafzumessungsentscheidungen näher dargestellt, bevor auf die Gefahr der Begründung der Strafbarkeit von Dritten eingegangen wird.

### 3.1.1 Fehlerhafte Gesamtstrafenberechnung

Der vierte Strafsenat des BGH hebt den Gesamtstrafenausspruch des Urteils des LG Konstanz aus dem Jahr 2017 zugunsten des Angeklagten auf und weist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück<sup>20</sup>. Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen zwei Straftaten nach dem Betäubungsmittelstrafrecht gem. § 54 StGB zu einer Gesamtstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt<sup>21</sup>. Der BGH verdeutlicht in seiner Entscheidung, dass bei einem Ausgehen von zwei Einzelstrafen von jeweils zwei Jahren und vier Monaten die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten sehr nah an der möglichen Gesamthöchststrafe liege<sup>22</sup>. Für eine solche fehle es aber an einer ausreichenden Begründung durch das LG Konstanz<sup>23</sup>. Das Landgericht hatte in seiner Begründung unter anderem mit ‚krimineller Energie‘ argumentiert. Hierzu führt der BGH aus:

„Zu seinem Nachteil hat es lediglich den Zeitabstand zwischen den beiden Taten (ca. vier Monate), die *kriminelle Energie* und das professionelle Vorgehen herangezogen. Diese Erwägungen reichen zur Begründung der die Summe der Einzelstrafen nahezu erreichenden Gesamtstrafe nicht aus. Dem von der Strafkammer ins Feld geführten zeitlichen Abstand zwischen den Taten kommt mit Rücksicht auf die für einen straffen Zusammenzug sprechenden nahezu gleichen Tatumstände nur geringes Gewicht zu. Auch der formelhafte Verweis auf die ‚*krimineller Energie*‘ des Angeklagten und sein professionelles Vorgehen zeigt keine Gesichtspunkte auf, die für ein Ausschöpfen des Strafrahmens sprechen könnten. Umstände, die die Verhängung einer Gesamtstrafe an der Grenze der Summe der Einzelstrafen rechtfertigen könnten, sind auch den übrigen Urteilsgründen nicht zu entnehmen.“<sup>24</sup>

An der Entscheidung zeigt sich die von Sonnen formulierte Gefahr der Verwendung des Begriffs der ‚kriminellen Energie‘ als Leerformel. Diese wirkt letztendlich zum Nachteil des Verurteilten, der ohne sachlichen Grund in der Urteilsbegründung eine rechtlich unzulässige und zu hohe Freiheitsstrafe erhält. Es wird eine Haftstrafe verhängt, die – hätte der Angeklagte nicht Revision eingelegt – für mindestens einige Monate unrechtmäßig gewesen wäre. Damit wären für diesen Zeitraum schwerste Grundrechtsverletzungen erfolgt.

---

<sup>20</sup> BGH, Beschluss vom 13.02.2018 – 4 StR 585/17 –, juris.

<sup>21</sup> a.a.O., Rn. 5.

<sup>22</sup> a.a.O.

<sup>23</sup> a.a.O.

<sup>24</sup> a.a.O. [Hervorhebungen G.T.].

### 3.1.2 Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot gem. § 46 Abs. 3 StGB

Eine andere Gefahr zeigt die Entscheidung des dritten Senats des BGH<sup>25</sup> auf. Im Rahmen der Revision des Angeklagten gegen eine Verurteilung durch das LG Koblenz zu einer Gesamtstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln hebt der BGH die Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens auf und verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts<sup>26</sup>. Der Erfolg der Revision ist insofern unabhängig von Argumentationen zur ‚kriminellen Energie‘, sondern gründet sich auf die fehlerhaften Würdigungen des Landgerichts im Hinblick auf einen Brieföffner und ein Cuttermesser<sup>27</sup>. Allerdings weist der Senat am Schluss seiner Entscheidung für die neue Verhandlung und Entscheidung darauf hin, dass zusätzlich ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot gem. § 46 Abs. 3 StGB vorgelegen habe:

„Soweit die Strafkammer bei der Strafzumessung im Fall II.2 der Urteilsgründe straferschwerend berücksichtigt hat, dass der Angeklagte die bei dieser Tat gehandelte Drogenmenge im Verhältnis zu früheren Taten ‚deutlich gesteigert‘ habe und zusätzlich bewaffnet war, begegnet dies im Hinblick auf § 46 Abs. 3 StGB erheblichen rechtlichen Bedenken. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln verurteilt. Der Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt aber die Bewaffnung wie den Handel mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge voraus. Zwar hat die Kammer darauf hingewiesen, dass sie nicht die – strafbarkeitsbegründende – Bewaffnung ‚als solche‘ straferschwerend berücksichtigt habe, sondern ‚lediglich die im Längsschnitt zu erkennende Entwicklung hin zu einer größeren Drogenmenge nebst Bewaffnung‘ und darin die ‚in der Gesamtschau‘ zum Ausdruck gekommene *erhebliche Steigerung der kriminellen Energie*. Dabei hat sie allerdings übersehen, dass auch die strafscharfende Berücksichtigung der vom Täter aufgebrauchten *kriminellen Energie* dann gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB verstößt, wenn diese sich ihrerseits aus strafbarkeitsbegründenden Umständen herleitet...“<sup>28</sup>

Im Ergebnis hat das LG Koblenz die Argumentation mit ‚krimineller Energie‘ dazu genutzt, die Strafe des Angeklagten unzulässig aufgrund eines bereits im Strafschärfungstatbestand berücksichtigten Aspekts zu erhöhen. ‚Kriminelle Energie‘ wird im Sinne des Steigerungsbegriffs von Walter verwendet. Durch die fehlende normative Setzung im Gesetzestext wird der Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot vom Landgericht nicht reflektiert, weil das Mehr des Begriffs über vertypte Strafschärfungsgründe hinaus offensichtlich erscheint. Dass

---

<sup>25</sup> BGH, Beschluss vom 02. Mai 2018 – 3 StR 39/18 –, juris

<sup>26</sup> a.a.O.

<sup>27</sup> a.a.O., Rn. 6 ff.

<sup>28</sup> a.a.O., Rn. 14 [Hervorhebungen G.T.].

dies nicht nur durch eine\*n Einzelrichter\*in geschieht, sondern durch eine gesamte Strafkammer verdeutlicht die Gefahren der Verwendung des Begriffs ‚kriminelle Energie‘ umso deutlicher.

### 3.1.3 Nichtberücksichtigung eines gesetzlichen Strafmilderungsgrundes

Der erste Strafsenat des BGH hebt auf die Revision der Angeklagten den Strafausspruch mit den dazugehörigen Feststellungen des Urteils des LG Nürnberg-Fürth aus dem Jahr 2017 auf und weist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück<sup>29</sup>. Das Landgericht hatte die Angeklagte wegen Beihilfe zu Betäubungsmittelstraftaten zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und diese zur Bewährung ausgesetzt<sup>30</sup>. Dabei war es von einem gemilderten Strafraumen von sechs Monaten bis zu elf Jahren und drei Monaten ausgegangen<sup>31</sup>. In der Begründung der Strafe hatte das Landgericht u.a. mit der „geringe[n] kriminelle[n] Energie“ der Angeklagten argumentiert<sup>32</sup>. Der BGH stellt fest, dass das Landgericht bei seinen Strafzumessungserwägungen den Strafmilderungsgrund des § 30 Abs. 2 BtMG übersehen hat<sup>33</sup>. Bei einer Einbeziehung hätte die Strafraumenuntergrenze nicht bei sechs Monaten, sondern bei drei Monaten gelegen<sup>34</sup>. Auf die Argumentation mit ‚krimineller Energie‘ geht der BGH in seiner Begründung nicht mehr gesondert ein. Er führt die Ausführungen zur ‚kriminellen Energie‘ durch das Landgericht aber in seinen Sachverhaltsschilderungen mit auf. Es kann also davon ausgegangen werden, dass gegebenenfalls auch das schnelle Argumentieren mit geringer ‚krimineller Energie‘ durch das Landgericht dazu geführt hat, den Strafmilderungsgrund des § 30 Abs. 2 BtMG und eine damit günstigere Ausgangssituation für die Angeklagte und ggf. ein geringeres Strafmaß zu übersehen.

### 3.1.4 Fehlerhafte Begründung der Strafbarkeit Dritter

Das Landgericht Limburg verurteilte die Angeklagte D. aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung als stellvertretende Anstaltsleiterin einer Justizvollzugsanstalt und den Angeklagten W. aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung als Leiter des Offenen Vollzuges wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB zu neun Monaten Freiheitsstrafe, die auf Bewährung ausgesetzt

---

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 28.06.2018 – 1 StR 78/18 –, juris.

<sup>30</sup> a.a.O., Rn. 1.

<sup>31</sup> a.a.O., Rn. 11.

<sup>32</sup> a.a.O., Rn. 5 [Hervorhebungen G.T.].

<sup>33</sup> a.a.O., Rn. 10.

<sup>34</sup> a.a.O., Rn. 11.

wurden<sup>35</sup>. Hintergrund war, dass ein Gefangener während einer Vollzugslockerung auf der Flucht vor der Polizei einen Unfall verursacht hatte, durch den eine Frau gestorben war<sup>36</sup>. Er selbst wurde wegen Mordes gem. § 211 StGB für die Tat verurteilt<sup>37</sup>.

Unter der Überschrift „Zum Tatgeschehen“ stellt das LG Limburg die Ausführungen der Strafvollstreckungskammer im Hinblick auf die frühere Inhaftierung dar, die über eine Strafrestaussetzung zum Zweidrittelzeitpunkt zu entscheiden hatte:

„Darüber hinaus ist eine *Zunahme an krimineller Energie* festzustellen. Drei Woche[n], nachdem das Amtsgericht A... verurteilt hatte, führte der Verurteilte erneut ohne vorhandene Fahrerlaubnis einen nicht versicherten Pkw. Um unerkannt zu bleiben, hatte er falsche Nummernschilder an das Fahrzeug montiert. Als er schließlich in einer Verkehrskontrolle kontrolliert werden sollte, versuchte er sich der Kontrolle durch Flucht mit dem Fahrzeug zu entziehen. Die kontrollierende Polizistin musste hierbei zur Seite springen als der Verurteilte auf sie zu fuhr, um...den Weg frei zu bekommen. Zudem war der Verurteilte während dieser Fahrt in erheblichem Maße alkoholisiert. Dieses Verhalten zeigt, dass der Verurteilte unbelehrbar zu sein scheint und rigoros versucht, sich bei erneuter Straffälligkeit seiner Verantwortung zu entziehen. Weder die Verbüßung von Haftstrafen, noch ihm gewährte Bewährungschancen oder bevorstehende Haftstrafen konnten ihn derart beeindrucken, dass er wenigstens mittelfristig kein Fahrzeug geführt hätte.“<sup>38</sup>

Zwar verwendet das LG Limburg den Begriff später nicht selbst in seiner Begründung, aber es stellt dar, dass aufgrund der gesamten Anhaltspunkte die durch D. und W. erfolgten Vollzugslockerungen ohne Kontrollen nicht hätten erfolgen dürfen<sup>39</sup>. Es hätten falsche Prognosen stattgefunden, denn es sei „offenkundig“ gewesen, dass der Gefangene „ein unbelehrbarer Rechtsbrecher, der weder durch Strafe noch durch Auflagen oder Weisungen in der Vergangenheit erreicht werden konnte noch zu erreichen ist“ sei<sup>40</sup>. Insofern stellt auch die Argumentation der Strafvollstreckungskammer mit der Zunahme ‚krimineller Energie‘ beim Verurteilten einen Mosaikstein für die spätere Begründung der Strafbarkeit der stellvertretenden Anstaltsleiterin und des Leiters des Offenen Vollzugs gem. § 222 StGB und die dadurch bedingten Freiheitsstrafen von neun Monaten dar.

Die Revisionsentscheidung des zweiten Senats des Bundesgerichtshofs hebt die Verurteilungen des LG Limburg auf und spricht die beiden Angeklagten D. und W. frei<sup>41</sup>. Der BGH führt aus, dass es bei der Angeklagten D. bereits an einer Sorgfaltspflichtverletzung fehle<sup>42</sup>. Die Verlegung in den Offenen Vollzug und die Entscheidung für unbegleitete Lockerungen sei

---

<sup>35</sup> LG Limburg, Urteil vom 07. Juni 2018 – 5 KLS 3 Js 11612/16 –, juris.

<sup>36</sup> a.a.O., Rn. 974.

<sup>37</sup> a.a.O., Rn. 1011.

<sup>38</sup> a.a.O., Rn. 956 [Hervorhebungen G.T.].

<sup>39</sup> a.a.O., Rn. 1497 ff.

<sup>40</sup> a.a.O., Rn. 1508.

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 26.11.2019 – 2 StR 557/18 –, juris.

<sup>42</sup> a.a.O., Rn. 18 ff.

vor dem Vollzugsziel der Resozialisierung, das sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergebe, zu betrachten<sup>43</sup>. Der BGH argumentiert weiter wie folgt:

„Die Angeklagte hat ihre Entscheidung auch nicht auf eine pflichtwidrig unrichtige Bewertung der festgestellten Tatsachen gestützt. Die Auffassung des Landgerichts, die Angeklagte habe ihrer Prognose „eine tief in der Persönlichkeit verwurzelte Neigung“ des Strafgefangenen zur „wiederholte[n] Begehung entsprechender Polizeiflüchten“ als Maß drohender Gefahr zugrunde legen müssen, geht fehl.“<sup>44</sup>.

Indem das Landgericht die Lockerungsentscheidungen der Angeklagten als „offensichtlich grob falsch“ und den Verbleib des Verurteilten im geschlossenen Vollzug wegen „offenkundige[r] erhebliche[r] Missbrauchsgefahr“ als „einzig folgerichtig“ bezeichnet, hat es rechtsfehlerhaft den der Angeklagten zustehenden Beurteilungsspielraum nicht in seine Erwägungen einbezogen und die Prognoseentscheidung der Angeklagten durch eine eigene – ihrerseits teilweise von unzutreffenden Erwägungen getragene – Prognose ersetzt.“<sup>45</sup>

Für den Angeklagten W. geht der BGH von einer fehlenden Voraussehbarkeit der Abfolge der Ereignisse aus und gründet darauf den Freispruch<sup>46</sup>. Der komplexe Verlauf, der zum Tod einer anderen Autofahrerin geführt habe, sei nach allgemeiner Lebenserfahrung und für den Angeklagten W. nicht voraussehbar gewesen<sup>47</sup>.

Auch wenn das LG Limburg nicht direkt den Begriff ‚kriminelle Energie‘ selbst verwendet, so zeigen die Ausführungen des Landgerichts wie indirekt der BGH aufzeigt, die Annahme einer – wie Walter es bezeichnen würde – bösen Eigenschaft, die durch die stellvertretende Anstaltsleiterin und den Leiter des Offenen Vollzugs hätte erkannt werden müssen. Es geht insofern um etwas Unveränderbares in der Person des Gefangenen, das den grundrechtverbürgten Anspruch auf Resozialisierung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verschwinden lässt. Damit erscheinen plötzlich nicht voraussehbare Geschehensabläufe voraussehbar, weil das freigelassene Böse nur kriminell werden kann. Dementsprechend führt ein positivistisches Verständnis<sup>48</sup> von Kriminalität zu Zuschreibungsprozessen für Gefangene, die im Ergebnis in der Argumentation des LG Limburg die Strafbarkeit Dritter – nämlich von Anstaltsbediensteten – rechtfertigen.

### 3.1.5 Zwischenfazit

Es wird an den Revisionsentscheidungen des BGH deutlich, dass der Begriff der ‚kriminellen Energie‘ im Rahmen der Strafzumessung über die im Gesetzestext festgeschriebenen Aspekte

---

<sup>43</sup> a.a.O., Rn. 21.

<sup>44</sup> a.a.O., Rn. 31.

<sup>45</sup> a.a.O., Rn. 36.

<sup>46</sup> a.a.O., Rn. 49 ff.

<sup>47</sup> a.a.O., Rn. 54 f.

<sup>48</sup> vgl. Lamnek, Theorien abweichenden Verhaltens I: „Klassische Ansätze“, 2018, 70 ff. m.w.N.

keinen Mehrwert besitzt. Er birgt vielmehr die Gefahr der Verurteilung von Menschen zu höheren Haftstrafen, die ohne die Verwendung der Leerformel ‚kriminelle Energie‘ geringer ausgefallen wären oder begründet eine Strafbarkeit Dritter. Damit kann die Verwendung des Begriffs der ‚kriminelle Energie‘ dazu führen, dass unzulässige Grundrechtseingriffe gegenüber Verurteilten und Dritten erfolgen.

Aus den Entscheidungen kann nicht geschlussfolgert werden, dass der BGH grundsätzlich Entscheidungen, die mit ‚krimineller Energie‘ argumentieren aufhebt. Die Strafsenate verwenden den Begriff selbst in eigenen Entscheidungen<sup>49</sup>.

### 3.2 Entscheidungen aus anderen Rechtsgebieten

Überraschender als bei strafrechtlichen Entscheidungen, die bereits durch das Rechtsgebiet Zuschreibungen von Kriminalität voraussetzen, ist die Verwendung des Begriffs ‚kriminelle Energie‘ in Entscheidungen anderer Gerichtsbarkeiten. Nachfolgend werden zwei Entscheidungen aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit näher dargestellt. Sie zeigen das Zusammenspiel zwischen Behördenvortrag ‚kriminelle Energie‘ und gerichtlichen Entscheidungsprozessen.

#### 3.2.1 Aufenthaltsrecht und Ausländer\*innenbehörde

Der Begriff der ‚krimineller Energie‘ wird von Ausländer\*innenbehörden und Verwaltungsgerichten genutzt, um aufenthaltsrechtliche Entscheidungen wie Ausweisungen, Abschiebungen und Einreise- und Aufenthaltsverbote zu begründen<sup>50</sup>. Ausgangspunkt sind dabei vorangegangene Straftaten<sup>51</sup>. Die Ausländer\*innenbehörden und Verwaltungsgerichte sind an die Feststellungen und Beurteilungen der Strafgerichte nicht gebunden, müssen Abweichungen in der Einschätzung aber substantiiert begründen<sup>52</sup>.

In dem Oberverwaltungsgericht Lüneburg im Rahmen der Berufung zur Entscheidung vorgelegten Fall geht es um den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt in die Bundesrepublik Deutschland und ein vierjähriges Betretungsverbot eines das Daueraufenthaltsrecht besitzenden EU-Bürgers gem. § 6 Abs. 5 S. 1 FreizügG/EU<sup>53</sup>. Auf Antrag des betroffenen EU-Bürgers hatte das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht die Berufung wegen besonderer rechtlicher Schwierigkeiten zugelassen<sup>54</sup>.

Im Berufungsverfahren argumentierte die Ausländer\*innenbehörde u.a. wie folgt:

---

<sup>49</sup> Temme, a.a.O., 11 ff.

<sup>50</sup> a.a.O., 46 ff.

<sup>51</sup> a.a.O.

<sup>52</sup> a.a.O.

<sup>53</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 11.07.2018 – 13 LB 50/17 –, juris, Rn. 1.

<sup>54</sup> a.a.O., Rn. 30.

„Er habe sich weder durch die Drohung baldiger Ausweisung noch durch die Gründung einer Familie oder seiner ersten Inhaftierung davon abhalten lassen, weitere Straftaten zu begehen, sondern seine *kriminelle Energie* nach der ersten Inhaftierung *noch gesteigert*...Beachte man die Massivität der Begehung und die Art der Straftaten sowie die Persönlichkeitsstruktur des Klägers, so ergebe sich *unzweifelhaft ein hoher Grad krimineller Energie*. Er habe durch die begangenen Straftaten ein nachhaltig gestörtes Verhältnis zur Rechtsordnung gezeigt, was insbesondere durch die Rücksichtslosigkeit und Gewaltbereitschaft und die planmäßige arbeitsteilige Vorgehensweise in einer bandenähnlichen Verbindung belegt werde. Auch im Hinblick auf das Andauern der Wiederholungsgefahr ergebe sich kein anderes Ergebnis als zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheides...“<sup>55</sup>

Das OVG Lüneburg ändert entsprechend des Antrags des betroffenen EU-Bürgers die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Osnabrück und hebt den Bescheid der Behörde auf<sup>56</sup>. Auf den Begriff der ‚kriminellen Energie‘ nimmt es dabei keinen Bezug, sondern legt in allen Einzelheiten konkret an Tatsachen im Hinblick auf den EU-Bürger dar, dass zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit für eine Ausweisung und ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nicht gegeben sind<sup>57</sup>.

Die Entscheidung des OVG Lüneburg und die Argumentation im Berufungsverfahren durch die Ausländer\*innenbehörde zeigen, dass die Leerformel ‚kriminelle Energie‘ die Gefahr birgt, durch Behörden bei Aufenthaltsentscheidungen genutzt zu werden, um bei besonders schwieriger Rechtslage den Eindruck der Unausweichlichkeit der Negativentscheidung zulasten des\*der Betroffenen entstehen zu lassen und auf eine dezidierte Auseinandersetzung und einen entsprechenden Nachweis im Sinne einer dezidierten Begründung verzichten zu können.

### 3.2.2 Polizeiliche Erfassungssysteme

Der Begriff der ‚kriminellen Energie‘ wird zudem herangezogen, um die Datenerhebung bzw. -speicherung, die an einen Tatverdacht einer Straftat anknüpft, im Hinblick auf die weiteren Voraussetzungen zu begründen<sup>58</sup>.

Bei der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes des Saarlandes ging es um die Speicherung des Zusatzes „gewalttätig“ in polizeilichen Informationssystemen (POLIS/INPOL-Land, INPOL-Zentral/KAN)<sup>59</sup>. Das OVG des Saarlandes änderte die Entscheidung des Verwal-

---

<sup>55</sup> a.a.O., Rn. 37 [Hervorhebungen G.T.].

<sup>56</sup> a.a.O. juris.

<sup>57</sup> a.a.O., Rn. 47 ff.

<sup>58</sup> OVG des Saarlandes, Urteil vom 30.01.2018 – 2 A 269/16 –, juris.

<sup>59</sup> a.a.O.

tungsgerichts des Saarlandes und verurteilte die Behörde den Hinweis „gewalttätig“ zu löschen und stellte die Unzulässigkeit der Erfassung fest<sup>60</sup>. Nach den gerichtlichen Darstellungen verweist die Behörde (Beklagte) auf 19 vorliegende „Sachbearbeitungsdaten“ und insbesondere Taten aus 2005, 2006 und 2012, die die Erfassung des Betroffenen als „gewalttätig“ begründen würden<sup>61</sup>. Die Behörde argumentiert des Weiteren wie folgt, um die Erfassung des Betroffenen mit „gewalttätig“ in den polizeilichen Informationssystemen zu rechtfertigen:

„Der Beklagte geht aufgrund der aufgelisteten Verfahren „mit Gewalt und Bedrohungspotential“, aufgrund der Häufigkeit der Tatbegehung, der Gesinnung, die aus den genannten Taten spreche, nämlich die Durchsetzung der eigenen Interessen auch unter Missachtung geltenden Rechts bzw. massiver Missachtung der Interessen der Geschädigten, hier insbesondere die Inkaufnahme möglicher bleibender schwerwiegender Verletzungen der Geschädigten durch das Zufahren auf diese mit einem Geländewagen und einer möglichen Kollision bzw. dem Versuch, ein anderes Fahrzeug von der Straße abzudrängen, mit der Folge möglicher schwerwiegender Verletzungen der Insassen, die hierin erkennbare hohe Gewaltbereitschaft und das Ausmaß der Gefährdung der Geschädigten von einem *hohen Maß an krimineller Energie* des Klägers aus. Die Zerstörung der insgesamt neun Reifen unterstreiche dies, so dass davon ausgegangen werden könne, dass Wiederholungsgefahr bestehe. Im Hinblick auf die vorausgesetzte Erforderlichkeit vertritt der Beklagte die Auffassung um die Aufklärung von Straftaten, insbesondere solche mit Gewaltpotential zu fördern, sei die Speicherung der Falldaten erforderlich und geeignet.“<sup>62</sup>

Gegen die Speicherung seiner Daten hatte der Betroffene im März 2014 eine Löschung und Untersagung bzgl. der Erfassung „gewalttätig“ im polizeilichen Erfassungssystem im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 123 VwGO beantragt<sup>63</sup>. Das Verwaltungsgericht des Saarlandes wies den Antrag ab<sup>64</sup>. Auch die im März 2014 erhobene Klage des Betroffenen und den Antrag auf Prozesskostenhilfe wies das Verwaltungsgericht des Saarlandes im Jahr 2015 ab<sup>65</sup>. Die Verfassungsbeschwerde des Betroffenen gegen die Ablehnung der Prozesskostenhilfe wies der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes im Juli 2016 zurück<sup>66</sup>. Bei der rechtlichen Würdigung legte das Gericht wesentliche Aspekte dar, auf die das Oberverwaltungsgericht später Bezug nimmt<sup>67</sup>. Im August 2016 legte der Betroffene gegen die ablehnende Entscheidung der Lösung und Untersagung des Verwaltungsgerichts des Saarlandes Berufung ein<sup>68</sup>. Diese war im Januar 2018 erfolgreich. Das Gericht stellt klar:

---

<sup>60</sup> a.a.O.

<sup>61</sup> a.a.O., Rn. 24.

<sup>62</sup> a.a.O., Rn. 46 [Hervorhebungen G.T.]

<sup>63</sup> a.a.O., Rn. 6.

<sup>64</sup> a.a.O.

<sup>65</sup> a.a.O., Rn. 14.

<sup>66</sup> a.a.O., Rn. 16.

<sup>67</sup> a.a.O., Rn. 47 f.

<sup>68</sup> a.a.O., Rn. 17.

„Diese Einschätzung des Beklagten hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand, denn die Umstände der Ermittlungsverfahren bieten keine hinreichende Tatsachengrundlage für die Vergabe des auf den Kläger bezogenen Merkmals...keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, den Kläger als „gewalttätig“, mithin als besonders gefährlich, zu bezeichnen. Der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes hat bereits in der bereits erwähnten Entscheidung ausgeführt, dass der personengebundene Hinweis „gewalttätig“ brandmarkt. Wer als gewalttätig bezeichnet wird, wird als eine Person beschrieben, die jederzeit bereit und in der Lage ist, Leben und körperliche Integrität anderer ohne jedweden rechtfertigenden Grund anzugreifen und daher auch im Alltag eine latente Gefahr für Unschuldige dargestellt. Eine derartige Bewertung darf durch den Staat nicht haltlos erfolgen; sie setzt auf Tatsachen beruhende Gründe voraus...Nicht jedweder aufbrausende, cholerische oder querulatorische Charakterzug bietet Anlass für die Annahme einer gewalttätigen Persönlichkeit...Der Verfassungsgerichtshof hat in der zitierten Entscheidung im Hinblick auf das Ermittlungsverfahren...die Feststellung getroffen, es sei nicht auszuschließen, „dass Hintergrund eine bemerkenswerte Art der persönlichen Fehde zwischen einem Staatsanwalt und einem Bürger ist.“ Angesichts der Einstellung der von dem Beklagten zur Rechtfertigung herangezogenen Verfahren durch die Staatsanwaltschaft S., ist die von dem Beklagten vorgenommene Einschätzung, die Gesamtsicht der gespeicherten Vorfälle belege ein *hohes Maß an krimineller Energie* des Klägers, fragwürdig und als Kriterium für die Beurteilung als gewalttätig, mithin als eine brutale und zu Tötlichkeiten neigende Person, ungeeignet.“<sup>69</sup>

An der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes werden mehrere Dinge im Hinblick auf die Gefahren der Verwendung des Begriffs ‚kriminelle Energie‘ deutlich: Er löst Stigmatisierungsprozesse im Sinne der von Walter formulierten Fremdzuschreibungen weit über das Strafrecht hinausgehend aus. Selbst bei Einstellungen auf strafrechtlicher Ebene erfolgt eine Erfassung in polizeiliche Informationssysteme ohne dezidierte Auseinandersetzung mit den Tatsachengrundlagen und Reflektion der fehlenden inhaltlichen Fassung sowie normativen Setzung. Das hat für Betroffene Folgewirkungen für andere Rechtsgebiete wie im vorliegenden Fall bei einer polizeilichen Kontrolle, in denen er auf seine Erfassung als „gewalttätig“ durch die Polizeibeamten\*innen angesprochen wird<sup>70</sup>, und ggf. die waffenrechtliche Zuverlässigkeitsprüfung<sup>71</sup>. Es wird ein Etikettierungsprozess<sup>72</sup> ausgelöst, der im geschilderten Verfahren nur über ein über mehrere Jahre gehendes Gerichtsverfahren beendet werden konnte.

#### 4. Fazit

---

<sup>69</sup> a.a.O., Rn. 46-48 [Hervorhebungen G.T.].

<sup>70</sup> a.a.O., Rn. 17.

<sup>71</sup> a.a.O., Rn. 2.

<sup>72</sup> vgl. Becker, Outsiders, in: McLaughlin/Muncie/Hughes, Criminological Perspectives 2003, 239 ff.; Lamnek, Theorien abweichenden Verhaltens I: „Klassische Ansätze“, 2018, 223 ff.

Als Fazit kann festgehalten werden: Die Argumentation mit ‚krimineller Energie‘ durch Behörden und Gerichte führt dazu, dass rechtsfehlerhafte Entscheidungen zulasten von Betroffenen ergehen. Wesentliche Rechtsnormen werden übersehen oder fehlerhaft angewendet. Die Argumentation mit ‚krimineller Energie‘ wird genutzt, um eine dezidierte Auseinandersetzung und Begründung anhand der vorhandenen Tatsachen vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage nicht durchführen zu müssen.

Es wird zum Teil das Bild – wie bereits Walter es formulierte – eines Menschen mit böser Eigenschaft suggeriert, der im Kern als gefährlich und den staatlichen Behörden gegenüber renitent dargestellt wird. Diese Menschen können in der Logik der ‚kriminelle Energie‘ nur weggesperrt (längere Haftstrafen), ausgewiesen oder präventiv überwacht werden.

Die aufgeführten Entscheidungen zeigen, dass im Rahmen von Berufungs- und Revisionsentscheidungen die relevanten Korrekturen erfolgen können, um Grundrechtseingriffe zu beenden. Die Gesamtanalyse der Gerichtsentscheidungen verdeutlicht aber auch, dass dies nicht zwangsläufig der Fall ist<sup>73</sup>.

Auf die Verwendung des Begriffs ‚kriminelle Energie‘ sollte bei rechtlichen Argumentationen und Entscheidungen von Behörden und Gerichten verzichtet werden. Nicht der Mensch, dem ‚kriminelle Energie‘ von staatlichen Instanzen zugeschrieben wird, ist gefährlich für die Rechtsordnung, sondern diejenigen, die den Begriff in ihren Argumentationen verwenden. Um die Entstehungs- und Verstärkereffekte der Zuschreibungen ‚krimineller Energie‘ im Rechtssystem und für die Betroffenen zu erfassen, bedürfte es einer Analyse des Zusammenwirkens der Argumentation mit ‚krimineller Energie‘ im Rahmen der staatlichen Institutionen anhand von Aktenanalysen und teilnehmenden Beobachtungen innerhalb der Institutionen. Hierzu wäre der Entwurf eines geeigneten Forschungsdesigns erforderlich und aufgrund der oben aufgezeigten Folgen der Zuschreibungsprozesse über ‚kriminelle Energie‘, die zu Freiheitsentzug, Verurteilungen zu Freiheitsstrafen, Ausweisungen und Datenerfassungen als „gewalttätig“ führen, dringend notwendig.

## Literaturverzeichnis

- Becker, Howard: Outsiders; Reprint from Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance, pp. 1-18. New York: Free Press, 1963; in: McLaughlin, Eugene/Muncie, John/Hughes, Gordon (ed.): Criminological Perspectives. Essential Readings, 2. ed., London/Thousand Oaks/New Delhi 2003, 239-248
- Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Aufl., München 2020
- Lamnek, Siegfried: Theorien abweichenden Verhaltens I: „Klassische Ansätze“. Eine Einführung für Soziologen, Pädagogen, Juristen, Journalisten und Sozialarbeiter, 10. Aufl., München 2018

---

<sup>73</sup> Temme, a.a.O.

- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram: Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 63. Aufl., München 2020
- Statistisches Bundesamt: Fachserie 10. Reihe 2.3. Rechtspflege. Strafgerichte 2018, Wiesbaden 2019; abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/strafgerichte-2100230187004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/strafgerichte-2100230187004.pdf?__blob=publicationFile) [17.09.2020]
- Statistisches Bundesamt: Fachserie 10. Reihe 2.4. Rechtspflege. Verwaltungsgerichte, 2018, Wiesbaden 2019; abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/verwaltungsgerichte-2100240187004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/verwaltungsgerichte-2100240187004.pdf?__blob=publicationFile) [17.09.2020]
- Temme, Gaby: ‚Kriminelle Energie‘ – eine kriminologische Analyse von Gerichtsentscheidungen aus dem Jahr 2018, Düsseldorf 2020; abrufbar unter: <https://opus4.kobv.de/opus4-hs-duesseldorf/frontdoor/index/index/docId/2380>
- Walter, Michael: Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten ‚kriminellen Energie‘. Ein Beitrag zur Entfernung pseudo-kriminologischer Begrifflichkeit aus dem Strafrecht; in: Hirsch, Hans-Joachim/Kaiser, Günther/Marquart, Helmut (Hg.): Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Berlin/New York 1986, 493-511
- Walter, Michael: Läßt sich der Handlungsunwert an der aufgewendeten ‚kriminellen Energie‘ ermessen? – Zur Notwendigkeit und Brauchbarkeit eines eingefleischten Begriffs –; in: Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 1985, 132, 5, 197-213