7. Jahrgang | 4. Ausgabe | ISSN 2509-6826

4 | 2022

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT
schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Anja Schiemann

Schriftleitung
Wiss. Mit. Sabine Horn
Stellv.: Wiss. Mit. Jule Fischer

Redaktion (national)
Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion international
Prof. Dr. Wolfgang Schomburg
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida
Prof. Neha Jain
Prof. Dr. Doaqian Liu
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco Munoz-Conde
Prof. Dongyiel Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 238 – 282

238 | **Strafbares Heldentum?**
von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

248 | **Die Strafbarkeit des Upskirting und Downblousing – Der neue § 184k StGB: Gelungene Reform oder politischer Aktivismus?**
von Wiss. Mit. Katharina Sachen

257 | **Künstliche Intelligenz und Kriminalität**
von Wiss. Mit. Hauke Bock und Prof. Dr. Katrin Höffler

267 | **Sitzungspolizeiliche Richterfürsten? Rechtsschutzdefizite bei sitzungspolizeilichen Maßnahmen im Strafprozess**
von PD Dr. Lars Berster

273 | **Grenzüberschreitungen – Anmerkung zu den Tatbestandsvorgaben im Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt**
von Prof. Dr. Martin Heger

AUSLANDSBEITRAG | 283 – 291

283 | **Die Grenzen der Verantwortung des Compliance-Officers vor dem Hintergrund der Rolle der Geschäftsleitung – Rechtlicher Ansatz in Argentinien**
von RAin Dorothea Garff

FORSCHUNGSBERICHT | 292 – 298

292 | **Wenn Opfer keine Hilfe suchen – Eine Online-Befragung zur Viktimisierung und Anzeigeverhalten bei Cyberkriminalität**
von Jana Bader, Wiss. Mit. Benedikt Iberl, M.Sc. und Wiss. Mit. Sarah Schreier, M.A.

ENTSCHEIDUNGEN | 299 – 305

299 | **BVerfG erklärt Eilantrag wegen Wiederaufnahme für teilweise erfolgreich – Vollzug des Haftbefehls wird unter Bedingungen ausgesetzt**

BVerfG, Beschl. v. 14.7.2022 – 2 BvR 900/22

BUCHBESPRECHUNGEN | 306 – 313

306 | ***Helge A. Wiechmann:* Nonverbale Verhaltensweisen im Strafprozess**

von Anke Arkenau

312 | ***Frederike Seitz:* Die Tiefe Hirnstimulation im Spiegel strafrechtlicher Schuld. Eine praktische und theoretische Analyse**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHT | 314 – 317

314 | **Die neue Europäische Staatsanwaltschaft – Bedeutung, Herausforderungen und erste Erfahrungen**

von Wiss. Mit. Maximilian Schach

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Strafbares Heldentum?

*von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch**

Abstract
Heldentum ist kein Straftatbestand. Dennoch kann ein Verhalten, das man ethisch als „heldenhaft" bewerten würde, straftatbestandsmäßig sein. Leonidas und seine Mitstreiter waren Helden, obwohl sie vorsätzlich viele Perser getötet haben. Strafbar allerdings ist solches Heldentum nicht, sofern es gerechtfertigt oder wenigstens entschuldigt ist. Eine Tat, die nicht gerechtfertigt oder entschuldigt ist, würde man wahrscheinlich auch nicht „heldenhaft" nennen. Diese Auszeichnung verdienen vor allem Menschen, die ohne Rücksicht auf eigene Sicherheit viel riskieren, sich selbst in Gefahr begeben oder sogar darin „umkommen", weil sie jemanden, der in Gefahr ist, retten wollen. Dass ein zusätzliches Risiko einer solchen Aktion die Begründung eigener Strafbarkeit sein könnte, überrascht vielleicht. Jedoch besteht das Risiko des Bestraftwerdens, wenn das Strafrecht falsch angewendet wird. Abstrakt gibt es dieses Risiko immer. Strafrechtsanwendende sind nicht unfehlbar, Strafgesetzgebende auch nicht. Aber das Risiko ist verringerbar. Wo der Gesetzgeber keine oder ausfüllungsbedürftige Normen geschaffen hat, sollte die Strafrechtslehre falschen Strafentscheidungen entgegenwirken, indem sie den Gerichten klare Handlungsanweisungen gibt. Die richtige konkrete Einzelfallentscheidung muss sich idealerweise abstrakt bereits in den strafrechtlichen Regeln abzeichnen. Der Held in spe sollte schon anhand des Gesetzes und seiner Erläuterungen durch die wissenschaftliche Literatur erkennen können, wo seine mutige Selbstaufopferung de lege lata in strafbaren Aktionismus umzuschlagen droht. Das kann ihm gegenwärtig noch nicht garantiert werden. Denn bei den Themen, die Gegenstand dieser Abhandlung sind, existiert noch erheblicher Normsetzungs- und Normerläuterungsbedarf.

Heroism is not a criminal offense. Nevertheless, behavior that one would ethically evaluate as "heroic" can be punishable by law. Leonidas and his comrades-in-arms were heroes, even though they deliberately killed many Persians. Punishable, however, such heroism is not, provided it is justified or at least excused. An act that is not justified or excused would probably not be called "heroic" either. This distinction is deserved above all by people who, without regard for their own safety, risk a great deal, put themselves in danger or even "perish" in it, because they want to save someone who is in danger. That an additional risk of such an action could be the justification of one's own punishability may be surprising. However, there is a risk of being punished if criminal law is misapplied. In the abstract, this risk always exists. Those who apply criminal law are not infallible, nor are those who enact criminal law. But the risk can be reduced. Where the legislature has not created any norms or has created norms that need to be filled in, criminal law doctrine should counteract wrong criminal decisions by giving the courts clear instructions for action. Ideally, the correct concrete individual case decision should already be apparent in the criminal law rules in the abstract. The hero-to-be should already be able to recognize on the basis of the law and its explanations in the scientific literature where his courageous self-sacrifice de lege lata threatens to turn into punishable actionism. This cannot be guaranteed to him at present. This is because there is still a considerable need for norm-setting and norm clarification with regard to the topics that are the subject of this paper.

I. Einleitung

Konkret resultiert das Risiko bestraften Heldentums vor allem aus der Existenz von – insbesondere „unechten" – Unterlassungsdelikten (unten II.-IV.). Denen fehlt im geltenden Strafrecht ohnehin eine hinreichend bestimmte Normierung der Garantenstellungen (§ 13 StGB) sowie sonstiger Schranken, etwa der Voraussetzungen einer rechtfertigenden Pflichtenkollision. Hinzukommen unrichtige oder zumindest ungenaue Aussagen in der Strafrechtslehre, die – wenn die Rechtsprechung ihnen folgen würde – eine ungerechte Strafbarkeit zur Folge hätten. Wer sich heldenhaft um die Rettung einer gefährdeten Person oder eines sonstigen Rechtsgutsobjekts bemüht, verhält sich vielleicht deswegen strafbar, weil er zugleich die Rettung eines anderen Rechtsgutsobjektes unterlässt. Wenn es falsch war den „Helden zu spielen", fällt dem Retter sein mutiger Einsatz möglicherweise auf die Füße, weil seine Rettungsaktion nicht als Grund für den Ausschluss der Strafbarkeit des korrespondierenden koinzidenten Unterlassens anerkannt wird.[1] Für die richtige differenzierte Behandlung solcher Fälle durch die Rechtsprechung ist neben dem bisher untätig gebliebenen Gesetzgeber auch die Strafrechtswissenschaft verantwortlich. Sie

* Der Verfasser ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

[1] Nicht die aktive Rettungsaktion ist rechtswidrig, wenn ihr eine „falsche" Entscheidung des Täters zugrunde liegt (so missverständlich *U. Neumann*, in: FS Yamanaka, 2017, S. 171 [183]), sondern die gleichzeitige Unterlassung der „richtigen" Rettungsaktion, zutr. *Küper*, JuS 2016, 1070 (1071). Ähnliche Verwechslung bei *B. Heinrich,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2019), Rn. 904: nicht die unzumutbare Handlung ist Unrecht, sondern deren Unterlassung.

schafft dogmatische Grundlagen für richtige Entscheidungen der einzelnen Fälle. Der Blick in Kommentare und Lehrbücher zeigt, dass diese Aufgabe ansatzweise, aber noch nicht restlos befriedigend erfüllt ist. Die Kritik trifft zugegebenermaßen auch den Verfasser als Lehrbuchautor. Dem soll mit dem vorliegenden Text und in der nächsten Auflage des Lehrbuches Rechnung getragen werden. Eine andere strafrechtsdogmatische Untiefe, die einem „Helden" zum Verhängnis werden könnte, ist das Recht der Notwehr und Nothilfe. Kaum ein Gegenstand des allgemeinen Strafrechts erfreut sich so großer Aufmerksamkeit wie der Rechtfertigungsgrund Notwehr. Gleichwohl herrscht in einigen Teilbereichen erhebliche Unsicherheit sowie relative „Flaute". Wer in vollkommen aussichtsloser Lage einen rechtswidrigen Angriff abzuwehren versucht, erfährt möglicherweise, dass seine Aktion wegen „Ungeeignetheit" keine gerechtfertigte Verteidigung gewesen ist (unten V.). Ähnlich schwankend ist der Boden, auf dem sich ein Verteidiger im Falle „aufgedrängter Nothilfe" bewegt (unten VI.). Hier ist nichts gesetzlich geregelt und in der Wissenschaft vieles umstritten. Strafbares Heldentum ist möglich, wenn der Nothelfer sich über den entgegenstehenden Willen des Angegriffenen hinwegsetzt, dabei sein eigenes Leben riskiert und am Ende wegen Verletzung des Angreifers bestraft wird. Das erscheint ungereimt. Soll der besonders brutale Angreifer davon profitieren[2], dass ein Dritter sich todesmutig über die Bitte des Angegriffenen hinwegsetzt?

II. Voraussetzungen der Unterlassungsstraftat

Strafbarkeit wegen eines Unterlassungsdelikts setzt tatbestandsmäßiges Verhalten voraus, das rechtswidrig und schuldhaft ist.[3] Der Gesetzgeber ist aus Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet, jedenfalls die objektiven[4] Merkmale der Tatbestandsmäßigkeit[5] hinreichend präzise festzulegen.[6] Minimum dieser Präzision dürfte sein, dass Klarheit darüber existiert, aus welchen Bestandteilen der objektive Tatbestand besteht und welche Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht zum Tatbestand, sondern zur Rechtswidrigkeit oder zur Schuld gehören. Das ist nicht zuletzt auch wegen § 16 Abs. 1 StGB sowie wegen §§ 26, 27 StGB eine wichtige Festlegung. Dass die Gesetzgebung dieser fundamentalen Anforderung gerecht geworden ist, kann man nicht behaupten. Hinsichtlich der Garantenstellung herrscht ein Ausmaß an Unbestimmtheit und Rechtsunsicherheit, das entgegen der Rechtsprechung des *BGH* und des *BVerfG* und der überwiegenden Auffassung in der Strafrechtswissenschaft nicht hinnehmbar – man könnte auch sagen verfassungswidrig[7] – ist.[8] Darauf soll hier nicht mehr näher eingegangen werden.[9] Eine Arbeitsgruppe des „Kriminalpolitischen Kreises" wird demnächst einen Normtextentwurf vorlegen, mit dem vor allem die haltlose, blamable und überholte Behauptung[10] widerlegt wird, der Gesetzgeber sei mit einer lückenlosen Erfassung der Garantenstellungen in einem dem Bestimmtheitsgebot entsprechenden Gesetzestext überfordert.[11] Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen soll eine andere elementare Voraussetzung der Strafbarkeit wegen Unterlassen stehen: die Unzumutbarkeit gebotserfüllenden Handelns. Die Notwendigkeit dieses Strafbarkeitskorrektivs ist weitgehend anerkannt.[12] Auf welcher Stufe des Aufbaus der Unterlassungsstraftat die Unzumutbarkeit zu berücksichtigen ist, ist dagegen alles andere als unumstritten. Darum soll es im Folgenden gehen. Dabei wird dem Verhältnis zum Rechtfertigungsgrund „Pflichtenkollision" das Hauptaugenmerk gewidmet.

III. Unzumutbarkeit

1. Zumutbarkeit der Aufopferung

Eine tödliche Handlung zu unterlassen, also das Tötungsverbot zu befolgen, erfordert im Normalfall nicht nur keine physische Anstrengung, sondern verlangt dem Normadressaten auch keine starke Anspannung seines innerpsychischen Hemmungsvermögens ab.[13] Mit der Befolgung von Handlungsverboten ist der Mensch daher in der Regel nicht überfordert. Das gilt auch für die Unterlassung aktiver Verletzung anderer Rechtsgüter. Folglich sprechen wir zu Recht nicht von einer Unzumutbarkeit des Unterlassens rechtsgutsverletzender Handlungen. Dafür

---

2 Neben der Strafbarkeit des Nothelfers wegen Verletzung des Angreifers, der vom Täter zum Opfer mutiert, ist auch das möglicherweise bestehendes Notwehr-/Nothilferecht *zugunsten des Angreifers* (!) zu bedenken.

3 *Arzt*, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. (2006), S. 206 ff; *Hardtung*/*Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 976; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), § 18 Rn. 12a.

4 Das Fehlen gesetzlicher Konkretisierungen der Begriffe „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" ist nur dann kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn dessen Anwendungsbereich auf den Besonderen Teil des StGB beschränkt ist. Zur Bestimmtheitsproblematik der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit *Duttge*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 15 Rn. 33 ff.

5 Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit ist schon umstritten, ob Art. 103 Abs. 2 GG auch für kodifizierte Rechtfertigungsgründen gilt, z.B. die „sozialethischen Einschränkungen" der Notwehr; vgl. *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, § 32 Rn. 204 ff.

6 *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 1 Rn. 17; *Satzger*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 1 Rn. 24.

7 Vertreter der Strafrechtswissenschaft vermeiden überwiegend ein deutliches Urteil und sichern sich geschmeidig Anschlussfähigkeit nach beiden Seiten mit Floskeln wie „nicht unbedenklich" (*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 31 Rn. 32) oder „berechtigte Bedenken" (*Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. [2020], § 13 Rn. 19). Klar gegen Verfassungswidrigkeit aber *Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 13 Rn. 6.

8 *Baumann*/*Weber*/*Mitsch*/*Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. (2021), § 21 Rn. 42 ff.

9 Verwiesen sei auf *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 1 Rn. 61-64.

10 BT-Drs. V/4095, S. 8: „Allerdings erwies sich bei den Beratungen im Ausschuß – wie bereits früher in der Großen Strafrechtskommission, daß es unmöglich ist, auch die einzelnen Entstehungsgründe der Handlungspflicht in einer sachgemäßen und erschöpfenden Weise gesetzlich festzulegen." Klar ist, dass die aus dem Jahr 1969 stammende Aussage im Jahr 2022 nicht mehr akzeptabel ist: „Abgesehen von der Schwierigkeit, einen für die praktische Anwendung geeigneten Katalog der Entstehungsgründe aufzustellen, beweist die Tatsache, daß in der Rechtslehre noch sehr über die Einzelheiten dieser Entstehungsgründe gestritten wird, daß die Zeit für eine sachgemäße gesetzliche Regelung jedenfalls dieser Problematik noch nicht reif ist." (a.a.O.). Wann soll denn die Zeit „reif" sein?

11 Vgl. auch *Schmitz*, in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 64 mit dem zutr. Hinweis auf § 12 AE.

12 *Ebert*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2001), S. 183; *Eser*, Strafrecht I, 3. Aufl. (1980), S. 58; *Kudlich,* in*:* SSW-StGB, § 13 Rn. 34; *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 68; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 32 Rn. 125; *Wessels*/*Beulke*/*Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51. Aufl. (2021), Rn. 1218.

13 *Mitsch*, in: Fischer/Hoven, Schuld, 2017, S. 303 (304).

gibt es im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen von Begehungsdelikten keinen Platz. Ausnahmen sind gesetzlich normiert (§§ 33, 35 StGB), eine übergesetzliche Erweiterung dieses Bereichs ist jedenfalls bei Vorsatztaten allenfalls in extremen Ausnahmefällen geboten.[14] Anders verhält es sich mit der Strafbarkeit von Unterlassungen. Die Befolgung von Geboten beschränkt die Handlungsfreiheit des Normadressaten total.[15] Während er die gebotserfüllenden Handlungen ausführt, kann er sein Handlungsvermögen nicht zugleich anderen Tätigkeiten widmen. Er ist also temporär für die Wahrnehmung aller anderen Handlungsoptionen gesperrt. Damit verbunden sein kann, dass andere Pflichten, für deren Erfüllung es aktiven Tuns bedarf, von ihm unerfüllt bleiben, weil er zur gleichzeitigen Vornahme mehrerer pflichterfüllender Handlungen nicht in der Lage ist. Dies kann erheblichen seelischen Stress erzeugen, insbesondere wenn infolge der Nichterfüllung einer anderen Pflicht schwere Schäden an Rechtsgütern zu entstehen drohen. Des Weiteren ist die Erfüllung von Handlungsgeboten belastend, weil der Normadressat über den Aufwand körperlicher Energie, Zeit und eventuell auch eigener Vermögensgüter hinaus in die Gefahr von Einbußen an eigenen Rechtsgütern geraten kann. Man denke an das Betreten eines brennenden Gebäudes[16] zwecks Rettung einer von den Flammen eingeschlossenen Person[17] oder Nothilfe gegen den Angriff eines hochgradig gewaltbereiten Aggressors.[18] Alles in allem ist die Erfüllung von Handlungspflichten mit Opfern verbunden, deren Gewicht und Ausmaß stufenlos steigerbar ist. Von dem Adressaten eines Handlungsverbotes würde man hingegen kaum sagen, dass ihm das Recht mit der Pflicht zur Unterlassung einer rechtsgutsverletzenden Handlung ein Opfer auferlegt. Von jemandem Opfer zu verlangen, ist eine Zumutung. Das Strafrecht ist Quelle der härtesten Zumutung, wenn es einem Menschen Strafe dafür androht, dass er bestimmte Handlungen nicht vollzieht, also bestimmte Opfer nicht erbringt. Deswegen ist der Terminus „Zumutbarkeit" bzw. „Unzumutbarkeit" für den dogmatischen Gegenstand, um den es hier geht, gut gewählt. In der Sache ist es richtig, dass für die Strafbarkeit von Unterlassungen eine „Opfergrenze" bestehen muss, die mit der Zumutbarkeit des Handelns korreliert. Wer eine Handlung unterlässt, die wegen der Schwere der Opfer jenseits der Zumutbarkeitsgrenze liegt, begeht keine Unterlassungsstraftat. Soviel steht fest, nicht hingegen, ob der Grund der Straflosigkeit mangelndes Unrecht (allgemeine Opfergrenze) oder mangelnde Schuld (individuelle Opfergrenze) ist. Wer überobligationsmäßig eine unzumutbare Handlung vollzieht, ist erst recht straflos – sollte man meinen. Es wird sich aber zeigen, dass dies keineswegs gesichert ist und in bestimmten Fällen nicht zutrifft. Befindet sich nämlich der Täter in einer Kollisionslage, besteht die Gefahr, dass er mit der Ausführung der unzumutbaren Rettungshandlung zugleich in nicht gerechtfertigter Weise die Erfüllung einer anderen Rettungspflicht unterlässt. Ob daraus eine Strafbarkeit wegen Unterlassens resultiert, hängt nicht zuletzt von dem Standort der Unzumutbarkeit im Aufbau des Unterlassungsdelikts ab.

2. Standort der Unzumutbarkeit im Deliktsaufbau

a) Echte und unechte Unterlassungsdelikte

Die Unzumutbarkeit schließt die Strafbarkeit sowohl bei echten als auch bei unechten Unterlassungsdelikten aus. Hinsichtlich der Platzierung im Aufbau der Straftat gehen die Ansichten in Bezug auf echte und unechte Unterlassungsdelikte indessen auseinander. Zu dem Hauptbeispiel des echten Unterlassungsdelikts, der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c Abs. 1 StGB), wird überwiegend die Verortung im objektiven Tatbestand vertreten.[19] Im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte herrscht noch die Qualifikation der Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund vor.[20] Die Auffassung, Unzumutbarkeit schließe bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus, gewinnt hier aber zunehmend Anhänger.[21] Vereinzelt wird die Zumutbarkeit der Rechtswidrigkeit zugeordnet.[22] Es sei an dieser Stelle bereits darauf hingewiesen, dass die Entscheidung über den Standort der Unzumutbarkeit im dogmatischen System der Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht ohne Einfluss auf die sachlichen Voraussetzungen von Unzumutbarkeit sein kann. Nirgendwo wird dies deutlicher angezeigt als in § 34 StGB und § 35 StGB. Die Gefahr für das Eigentum oder für das Leben einer fremden Person kann eine Tat rechtfertigen, entschuldigen kann sie die Tat nicht. Umgekehrt kann die Gefahr für die körperliche Unversehrtheit auch ohne wesentlich überwiegendes Gefahrabwendungsinteresse die Tat entschuldigen. Eine Rechtfertigung ist ohne diesen Interessenüberschuss nicht möglich. Es liegt auf der Hand, dass auch bei der unspezifischen „Unzumutbarkeit" die materiellen Voraussetzungen variieren, je nachdem, ob ihr unrechtsausschließende oder entschuldigende Wirkung zugemessen wird.

---

14 *Ebert*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2001), S. 106; *Eser*/*Burkhardt*, Strafrecht I, 4. Aufl. (1992), S. 217; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 32 Rn. 124; *Wessels*/*Beulke*/*Satzger*, AT, Rn. 709.

15 *Hruschka*, JuS 1979, 385 (386).

16 Unzählige eindrucksvolle Anschauungsbeispiele in der Netflix-Serie „Chicago Fire".

17 BGHSt 39, 322.

18 *Engländer*, in: FS Roxin, 2011, S. 657.

19 *Beulke*, in: FS Küper, 2007, S. 1 (4); *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 323c Rn. 15; *Gaede*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 323c Rn. 11; *Joecks*/*Jäger*, StGB, 13. Aufl. (2021), § 323c Rn. 27; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 323c Rn. 7; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 323c Rn. 18; *Pawlik*, GA 1995, 360 (372); *Popp*, in: LK-StGB, Bd. 18, 13. Aufl. (2022), § 323c Rn. 92; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 323c Rn. 19; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 32 Rn. 125; *Stree*, in: FS Lenckner, 1998, S. 393 (396).

20 *Joecks*/*Jäger*, StGB, § 13 Rn. 79; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 140; *Kühl,* in: Lackner/Kühl, StGB, § 13 Rn. 5; *Küdlich,* in: SSW-StGB, § 13 Rn. 34, 45; *Spendel*, JZ 1973, 137 (143).

21 *Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 13 Rn. 155; *Fischer*, StGB, § 13 Rn. 81; *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 17; *Haas*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 13 Rn. 29; *B. Heinrich*, AT, Rn. 904; *Kindhäuser*/*Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (2021), § 36 Rn. 11b; *Stree*, in: FS Lenckner, S. 393 (401).

22 *Engländer*, in: FS Roxin, 2011, S. 657 (662); *Gropp*/*Sinn*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2020), § 11 Rn. 113 ff., 201; *Spendel*, in: LK-StGB, 11. Aufl. (1996), § 323c Rn. 158; *Stratenwerth*/*Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2011), § 13 Rn. 61.

b) Unrechtsausschließende Unzumutbarkeit

Als Tatbestandsausschlussgrund wie als Rechtfertigungsgrund gleichermaßen hindert die Unzumutbarkeit die Bewertung des Unterlassens als strafwürdiges Unrecht. Die beiden Varianten können hier also gemeinsam erörtert werden. Im Fall unrechtsausschließender Unzumutbarkeit sind alle sonstigen Merkmale des Unterlassungsdeliks-Tatbestandes erfüllt. Das Unterlassen wäre also rechtswidrig, sofern nicht die Umstände vorlägen, auf Grund derer die Handlung als unzumutbar bewertet wird. Unterlässt jemand bei einem Unglücksfall die Leistung der erforderlichen Hilfe, begeht er tatbestandsmäßig und rechtswidrig Unterlassene Hilfeleistung, wenn die Hilfeleistung zumutbar ist. Das Unrechtsurteil entfällt auf Grund zumutbarkeitsausschließender Tatsachen. Diese sind zu den Tatsachen, durch die der Tatbestand des Unterlassungsdelikts erfüllt wird, in ein normatives Verhältnis zu setzen, das üblicherweise „Abwägung" genannt wird.[23] Bei durch aktives Tun begangenen Taten bedarf es zum Ausschluss des Unrechts nach noch herrschender Ansicht eines Überwiegens der für die Begehung der Tat sprechenden Interessen.[24] Dies gälte gewiss auch für die Unzumutbarkeit, wenn das dogmatische System einen Tatbestandsausschlussgrund oder Rechtfertigungsgrund mit diesem Namen auch bei Begehungsdelikten anerkennen würde. Im Bereich der Unterlassungsdelikte genügt nach klar herrschender Auffassung Gleichwertigkeit der für und gegen das Unterlassen einer Handlung sprechenden Gründe.[25] Als Hauptbeispiel kann dafür die auch im Text des § 323c Abs. 1 StGB angeführte Kollision mit der Pflicht zur Vornahme einer anderen Handlung genannt werden. Ob diese Kollision bereits die objektive Tatbestandsmäßigkeit ausschließt oder als Rechtfertigungsgrund der Rechtswidrigkeit tatbestandsmäßigen Unterlassens entgegensteht, ist gleichgültig. Die materiellen Anforderungen sind die gleichen. Überwiegen die rechtlich beachtlichen Gründe für die Zumutung der Handlungsvornahme, ist die Unterlassung tatbestandsmäßig und rechtswidrig. Aber auch in diesem Fall kann der Vollzug der Handlung von Umständen begleitet sein, die es dem Gebotsadressaten unzumutbar machen, die Handlungspflicht zu erfüllen.[26] Allerdings vermag diese Unzumutbarkeit nicht die Tatbestandsmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit auszuschließen. Ausgeschlossen sein kann jedoch die Schuld, sofern man die dogmatische Kategorie der schuldausschließenden Unzumutbarkeit neben der unrechtsausschließenden Unzumutbarkeit anerkennt. Denn so wie die Entschuldigung durch Notstand (§ 35 StGB) von Voraussetzungen abhängig ist, die für eine Rechtfertigung durch Notstand (§ 34 StGB) nicht ausreichen (Gefahrabwendungsinteresse, das nicht wesentlich überwiegt), ist auch bei der Unzumutbarkeit eine Berücksichtigung von individuellen täterbezogenen Umständen, die zwar entschuldigend, nicht aber rechtfertigend wirken, denkbar.[27] Wer hingegen die Platzierung der Unzumutbarkeit auf der Tatbestandsausschluss- oder Rechtfertigungsebene als die dogmatisch vorzugswürdige Alternative versteht und die Idee einer zweiten nachrangigen Unzumutbarkeit auf der Stufe der Schuld ablehnt, ist in derartigen Fällen gezwungen, die Strafbarkeit des Unterlassens hinzunehmen.[28] Allenfalls auf der Strafzumessungsebene kann dem berechtigten Interesse des Gebotsadressaten an einer angemessenen Berücksichtigung seiner Situation Rechnung getragen werden.[29] Zu überlegen ist deshalb, ob es neben der unrechtsausschließenden noch eine schuldausschließende Unzumutbarkeit geben kann.[30]

c) Schuldausschließende Unzumutbarkeit

Wer der Unzumutbarkeit tatbestandsausschließende Wirkung und sonst keinen Einfluss auf die Strafbarkeit wegen Unterlassens zuschreibt, verengt den Anwendungsbereich auf Fälle, in denen die gegen die Zumutbarkeit sprechenden Umstände mindestens das gleiche Gewicht haben wie die Gründe, auf die sich die Handlungspflicht stützen lässt. Wenn eine schuldausschließende Unzumutbarkeit nicht anerkannt wird, fallen alle Unzumutbarkeitskonstellationen, bei denen das Interesse des Gebotsadressaten an der Nichtvornahme der Handlung geringer wiegt als das gegenläufige Interesse, komplett aus der Strafbarkeitsprüfung heraus. Das ist jedoch nicht richtig, weil es nun einmal tatsächlich Fälle gibt, in denen das Gewicht der Unzumutbarkeit für einen Unrechtsausschluss zu gering, für einen Ausschluss der persönlichen Vorwerfbarkeit indessen sehr wohl ausreichend ist.[31] Man stelle sich vor, die Rettung eines Kindes aus einem brennenden Haus ist für A mit der Gefahr des sicheren Todes und für B mit der Gefahr schwerer, aber nicht lebensgefährlicher, Verletzungen verbunden: die Untätigkeit des A ist gewiss gerechtfertigt oder nicht objektiv tatbestandsmäßig.[32] Auf die Unterlassung des B mag das je nach Schwere der zu erwartenden Verletzungen ebenfalls zutreffen. Sicher gibt es aber auf der Schwereskala von Verletzungen einen Punkt, an dem und unterhalb dessen die Abwägung zugunsten der Rettung des Kindes ausfällt. Dennoch kann es sein, dass die Opfer, die dem Retter abverlangt würden, immer noch gravierend wären und der Berechtigung eines Schuldvorwurfs entgegenstünden. Dies muss auch im Bereich der echten Pflichtenkollisionen anerkannt werden. Rettet der Vater sein eigenes Kind, dem nicht der Tod,

[23] *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 323c Rn. 18: „Abwägung der widerstreitenden Interessen"; „wertende Gesamtabwägung aller Einzelumstände"; *Gaede*, in: NK-StGB, § 323c Rn. 11; *Stree*, in: FS Lenckner, S. 393 (407).

[24] Aktuell zur Rechtfertigung aktiver Tatbestandsverwirklichung auf der Grundlage gleichwertiger Interessen in „Triage"-Fällen *Horter*, NStZ 2022, 193 ff.

[25] *U. Neumann*, in: FS Roxin, 2001, S. 421 (435); *ders*., in: FS Yamanaka, 2017, S. 171 (175).

[26] *U. Neumann*, in: FS Roxin, 2001, S. 421 (437).

[27] *Engländer*, in: FS Roxin, 2011, S. 657 (663); *Popp*, in: LK-StGB, § 323c Rn. 95, 130; *Spendel*, in: LK-StGB, § 323c Rn. 168; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 13 Rn. 82.

[28] *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 323c Rn. 18: „nicht etwa ein Schuldelement".

[29] *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 323c Rn. 18.

[30] *Mitsch*, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 3 Rn. 9, § 10 Rn. 2.

[31] *Klesczewski*, Strafrecht Besonderer Teil, 2016, § 16 Rn. 29; *Popp*, in: LK-StGB, § 323c Rn. 954; *Rudolphi*, in: SK-StGB, 7. Aufl. (10/1999), § 323c Rn. 24; *Spendel*, in: LK-StGB, § 323c Rn. 158.

[32] Mit „Pflichtenkollision" hat das nichts zu tun, weil der Vater keine Pflicht zum Schutz der eigenen Gesundheit hat, *Horter*, NStZ 2022, 193 (194).

sondern „nur“ schwerer Gesundheitsschaden droht und unterlässt er deswegen mit Todesfolge die Rettung eines anderen[33], mit ihm nicht verwandten Kindes, ist das Urteil rechtswidriger Unterlassung gewiss gut vertretbar.[34] Zugleich wird aber viel dafürsprechen, dass die Sorge um das Wohl des eigenen Kindes den Vater entschuldigt und er daher nicht wegen unterlassener Rettung des anderen Kindes strafbar ist. Unzumutbarkeit kann die Strafbarkeit also wegen fehlenden Unrechts oder wegen fehlender Schuld ausschließen.[35] Selbst die Kollision zweier Hilfeleistungspflichten i.S.d. § 323c Abs. 1 StGB kann dogmatisch ambivalent sein. Befinden sich zwei dem Retter nicht nahestehende Menschen in Gefahr unterschiedlichen Grades (Lebensgefahr, Gefahr für die körperliche Unversehrtheit), ist die Pflicht zur Rettung der in Lebensgefahr schwebenden Person vorrangig. Die Strafbarkeit aus § 323c Abs. 1 StGB in Bezug auf das andere Opfer entfällt schon wegen tatbestandsausschließender Unzumutbarkeit. Umgekehrt ist die Befassung mit der Rettung der „geringer“ gefährdeten Person gewiss nicht ausreichend, das Unrecht der unterlassenen Hilfeleistung gegenüber der lebensgefährdeten Person auszuschließen.[36] Eine andere Pflicht zur Abwendung der drohenden Gesundheitsschädigung besteht gleichwohl und sie ist auch „wichtig“. Dass sie nicht „wichtiger“ ist, steht schon nach dem Wortlaut des Gesetzes ihrer Berücksichtigungsfähigkeit nicht entgegen.[37] Da diese Unzumutbarkeit zu wenig ist, um die Tatbestandsmäßigkeit auszuschließen, aber möglicherweise[38] zu gewichtig ist, um Bestrafung des Helfers zu legitimieren, muss es sich um eine entschuldigende Unzumutbarkeit handeln.

IV. Vollzug einer unzumutbaren Handlung

1. Pflichtenkollision

Die Gefahr der Bestrafung anlässlich heldenhafter Gefahrabwendung droht in Fällen von Notlagenkumulationen, auf die der Normadressat nur mit alternativer Gefahrbeseitigungsaktivität reagieren kann.[39] Scheinbar bewahrt die rechtfertigende Pflichtenkollision den Retter stets vor Strafbarkeit, wenn er sich einer der drohenden Rechtsgutsverletzungen aktiv entgegenstellt und dieser Handlung eine richtige Auswahlentscheidung für die höherwertige oder zumindest gleichwertige Pflicht zugrunde liegt. Eine rechtfertigende Kollision von „Pflichten“ setzt voraus, dass der etwas Unterlassende mindestens zwei nicht kumulativ erfüllbare Handlungspflichten hatte. Den Tatbestand eines Unterlassungsdelikts erfüllt der Täter, weil er zu der Handlung, die er unterlassen hat, verpflichtet war. Also hatte er zumindest diese eine Handlungspflicht. Eine „Kollision“ von Pflichten liegt jedoch erst vor, wenn der Handelnde auch zur Vornahme der anderen Handlung, die er ausgeführt hat, verpflichtet war. Bestand eine Pflicht zur Vornahme der tatsächlich vollzogenen Handlung nicht, kann die Rechtfertigung der koinzidenten Unterlassung jedenfalls nicht mit „Pflichtenkollision“ begründet werden. Um eine solche Situation handelt es sich im Falle unrechtsausschließender Unzumutbarkeit. Weil es unzumutbar ist, das eigene Leben für andere zu opfern, ist eine lebensgefährliche Rettungshandlung unzumutbar.[40] Wer dieses Risiko gleichwohl „überobligationsmäßig“, „supererogatorisch“[41] auf sich nimmt und deshalb eine weniger gefährliche Rettungsaktion unterlässt, kann sich nicht darauf berufen, eine höher- oder gleichwertige Pflicht erfüllt zu haben. Daraus folgt jedoch nicht, dass die tatbestandsmäßige Unterlassung nicht gerechtfertigt sein kann, sondern dass ihre Rechtfertigung anders als mit „Erfüllung der höher- oder gleichrangigen Pflicht“ begründet werden muss.[42] Diese Auflage begegnet nicht denjenigen, die der Unzumutbarkeit ohnehin erst auf der Schuldebene strafbarkeitsausschließende Wirkung zuschreiben. Denn unter dieser Voraussetzung besteht die Pflicht[43] und ihre Nichterfüllung ist Unrecht; nur ist das Unrecht der Nichterfüllung nicht vorwerfbar. Die Pflicht kann mit einer anderen Pflicht, deren Erfüllung zumutbar ist, kollidieren. Es ist also möglich, das Unterlassen der zumutbaren Pflichterfüllung durch Pflichtenkollision zu rechtfertigen, wenn der Täter zwecks unzumutbarer Pflichterfüllung handelt. Allerdings wird die einseitige und ausschließliche Zuordnung der Unzumutbarkeit zur Schuldebene – wie gesehen – den gravierenden Unzumutbarkeitssachverhalten, die ein Abwägungsergebnis produzieren, das bereits der unrechtskonstitutiven Handlungspflicht entgegensteht, nicht gerecht. Die richtige Lösung muss also darin bestehen, den Aspekt der „Pflicht“ zu neutralisieren und allein auf die Interessen abzustellen, die zum Handeln aufrufen, ohne zwingend dazu zu verpflichten.[44] Terminologisch ist diese Verschiebung der Perspektive durch Ersetzung von „Hilfeleistungspflicht“, „Rettungspflicht“ oder „Erfolgsabwendungspflicht“ durch „Hilfeleistungs-

---

33 *Spendel*, in: LK-StGB, § 323c Rn. 168; ähnliches Beispiel bei *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 323c Rn. 18: „… ist auch einem guten Schwimmer die Rettung eines Ertrinkenden nicht zuzumuten, wenn er hierdurch seine in der Brandung stehenden Kleinkinder ernstlich gefährden würde“.

34 Der normative Unterschied zwischen Garantenpflicht (§ 13 StGB) dem eigenen Kind gegenüber und Solidaritätspflicht (§ 323c Abs. 1 StGB) dem fremden Kind gegenüber gibt nach richtiger Ansicht nicht den Ausschlag, wenn der Rechtsgutsschaden des fremden Kindes erheblich gravierender wäre als der Rechtsgutsschaden des eigenen Kindes, vgl. *Rönnau*, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. (2019), vor § 32 Rn. 125.

35 Zutr. *Klesczewski*, BT, § 16 Rn. 29: „Die Zumutbarkeit ist daher teils Tatbestands-, teils Schuldmerkmal.“

36 *Spendel*, in: LK-StGB, § 323c Rn. 158.

37 *Beulke*, in: FS Küper, S. 1 (5); *Popp*, in: LK-StGB, § 323c Rn. 108.

38 Die „andere wichtige Pflicht“ hat die Rechtsnatur eines die Unzumutbarkeit indizierenden Regelbeispiels. Im konkreten Fall kann die unterlassene Hilfeleistung trotz Erfüllung einer anderen wichtigen Pflicht strafwürdig sein.

39 *Küper*, JuS 2016, 1070 (1072): „Das ‘Unmögliche’ besteht indessen primär darin, dass der Pflichtadressat nicht beide Pflichten zugleich erfüllen kann“. Zu ergänzen wäre: „nicht beide Pflichten zugleich *optimal* erfüllen kann.“

40 Für Träger qualifizierter Gefahrduldungspflichten (Soldaten, Feuerwehrleute) mag etwas anderes gelten. Der „normale“ Bürger braucht sein Leben nicht aufs Spiel zu setzen.

41 *U. Neumann*, in: FS Roxin, 2001, S. 421 (433).

42 *U. Neumann*, in: FS Yamanaka, S. 171 (182).

43 Anders *Kudlich*, in: SSW-StGB, § 13 Rn. 45, nach dem die Unzumutbarkeit ein Entschuldigungsgrund ist, dennoch die Handlungspflicht entfällt.

44 *U. Neumann*, in: FS Roxin, 2011, S. 421 (433); *ders.*, in: FS Yamanaka, S. 171 (182).

interesse", „Rettungsinteresse" oder „Erfolgsabwendungsinteresse" zu begleiten.[45] *Küper* schlägt zur Bezeichnung „defizitäre Pflichtenkollision" vor.[46] Das ist treffend, weil tatsächlich eine Kollisionslage besteht und der zur Handlung aufgerufene immerhin eine Handlungspflicht hat, nämlich die, die er nicht erfüllt. Mit dieser kollidiert zwar keine andere Handlungspflicht[47], wohl aber ein Handlungsinteresse. Vergleicht man nun die Lage eines Opfers in Todesgefahr mit der Lage eines Opfers in der Gefahr einer (erheblichen) Gesundheitsbeschädigung, kommt man mit geringem Begründungsaufwand zu dem Ergebnis, dass das der Lebensgefährdung korrespondierende Erfolgsabwendungsinteresse wesentlich überwiegt. Damit steht fest, dass die Nichtbefriedigung des anderen Erfolgsabwendungsinteresses auch dann gerechtfertigt ist, wenn die Abwendung der Lebensgefahr wegen der mit ihr verbundenen unzumutbaren Risiken eine überobligationsmäßige Leistung des Retters ist. Der Retter braucht also grundsätzlich nicht zu befürchten, wegen der heldenmütigen Opferung eigener Sicherheitsinteressen letztlich bestraft zu werden. Allerdings ist fraglich, ob verallgemeinerungsfähig ist, was *Ulfrid Neumann* zu der überobligationsmäßigen Rettungshandlung in dem von ihm gebildeten Beispielsfall zutreffend feststellt: „Trotzdem kann im Ergebnis kein Zweifel bestehen, dass P bei der Rettung des akut bedrohten Lebens des A rechtmäßig gehandelt hat."[48] In dem Beispiel ist die waghalsige Aktion des Retters „gut gegangen". Wie aber, wenn sie „schief gegangen" und dies ex ante vorhersehbar gewesen wäre? Dazu sogleich.

2. Unvernünftigkeitsgrenze

Den kollidierenden Rechtsgutsbewahrungsinteressen sämtlicher Opfer ist nicht gedient durch den Aktionismus eines übereifrigen und sich selbst überschätzenden Helfers. Erweist sich die übernommene Aufgabe als zu schwer, wird am Ende keiner der Gefährdeten gerettet. „Spatz in der Hand statt Taube auf dem Dach" muss daher ein Leitmotiv bei der Entscheidung des Retters zwischen dem sicheren Weg mit der guten Aussicht auf geringeren Ertrag und dem riskanten Weg mit geringer Aussicht auf höheren Ertrag sein. In die Interessenabwägung müssen auch die Erfolgsaussichten einbezogen werden.[49] So ehrenwert es ist, wenn jemand das Wagnis eingeht, eine Person aus dem Obergeschoss des brennenden Hauses zu bergen und dafür die im Erdgeschoss leichter in Sicherheit zu bringende Person – vorerst − liegen lässt: Ist die Chance der erfolgreichen Durchführung dieser Aktion von vornherein minimal und dementsprechend das Risiko, dass am Ende beide Opfer in den Flammen umkommen, hoch, kann diese Entscheidung des Retters nicht akzeptiert werden. Das Unterlassen der weniger gefährlichen Rettung ist nicht gerechtfertigt.[50] Daran kann grundsätzlich kein Zweifel bestehen, wenn sich die negative Prognose bewahrheitet, der aussichtslose Rettungsversuch tatsächlich fehlschlägt und das andere Opfer, dessen Leben durch einfachere und weniger gefährliche Maßnahmen bewahrt worden wäre, verstirbt. Schwieriger ist die Entscheidung in dem Fall, dass die nach menschlichem Ermessen chancenlose Rettungsmaßnahme wider Erwarten gelingt. Insbesondere einem mit außergewöhnlichen Fähigkeiten und Sonderkenntnissen ausgestatteten Retter wird man attestieren müssen, dass zwar der unternommene Versuch ex ante inakzeptabel war, das gute Ende indessen das ex post gewonnene Urteil rechtfertigt, dass die Unterlassung der weniger riskanten Rettung nicht strafbar ist. Dogmatisch ist das freilich nicht leicht zu begründen, möglicherweise überhaupt nicht. Denn die Richtigkeitsbeurteilung der Entscheidung des Täters für die eine und gegen die andere Alternative muss schon während des tatbestandsmäßigen Unterlassens getroffen werden. Sie hängt also nicht davon ab, was der Täter am Ende erreicht. Dies kommt dem Täter dann zugute, wenn der Rettungsversuch scheitert, die zu Beginn vorliegenden Prognosetatsachen aber dafürsprachen, dass der eingeschlagene Weg der richtige ist. Der mit Einwilligung lege artis durchgeführte ärztliche Heileingriff ist auch dann keine rechtswidrige Körperverletzung, wenn der Patient trotz der ärztlichen Bemühungen verstirbt. Folglich muss ein Täter im umgekehrten Fall hinnehmen, dass das Unrechtsurteil über seine Entscheidung für die „falsche" Rettungsmaßnahme trotz Eintritt eines Rettungserfolges aufrechterhalten bleibt. Die tatbestandsmäßige Unterlassung der einen Handlung wird also nicht durch die erfolgreiche Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolges zugunsten des anderen Opfers gerechtfertigt. Allerdings spricht viel dafür, dass das Verhalten des Täters auf Grund der von ihm letztendlich bewirkten Abwendung eines von zwei drohenden Erfolgen nur den Unrechtsgehalt eines Versuchs hat. Die Wahl der falschen Handlungsalternative bemakelt das Verhalten, das Unterlassen der „richtigen" Handlung. Das ist das Handlungsunrecht. Erfolgsunrecht entsteht, wenn infolge der falschen Handlung auch noch ein Erfolg eintritt, der bei Vornahme der „richtigen" Handlung vermieden worden wäre. Auf Grund der Kollision hätte aber auch die der „richtigen" Handlung korrespondierende Unterlassung einen gleich schweren Erfolg verursacht. Vollendungsunrecht läge also nur vor, wenn der Täter gar nicht gehandelt hätte und deshalb beide Opfer gestorben wären. Bezüglich der verbleibenden Versuchsstrafbarkeit – die im Rahmen des § 323c Abs. 1 StGB – unbeachtlich ist, könnte eine Analogie zu § 24 StGB ein gangbarer Weg sein.

---

45 *U. Neumann*, in: FS Roxin, 2001, S. 421 (433); *ders.*, in: FS Yamanaka, S. 171 (182); *Neumann,* in: NK-StGB, § 34 Rn. 127; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 294: „Kollision von Pflichtgründen".

46 *Küper*, JuS 2016, 1070 (1071).

47 Unbeachtlich sind in diesem Zusammenhang rein ethische oder religiös begründete Handlungspflichte, *Rönnau*, LK-StGB, vor § 32 Rn. 121.

48 *U. Neumann*, in: FS Yamanaka, S. 171 (183).

49 *Stree*, in: FS Lenckner, S. 393 (408): „Ist etwa die Aussicht auf eine Rettung äußerst gering, so *braucht* ein potentieller Retter eigenen Interessen nicht in dem Maß aufs Spiel zu setzen wie im Falle einer hundertprozentigen Rettungschance". (Hervorh. v. Verf.). Zu ergänzen wäre: im Fall einer Kollision mit einer anderen Rettungspflicht *darf* er das auch nicht.

50 Hinzu kommt, dass einem Gefahrverursacher die Schäden, die ein Retter anlässlich einer unvernünftigen Aktion an eigenen Rechtsgütern erleidet, nicht zuzurechnen sind, *Beckemper*, in: FS Roxin, 2011, S. 397 (408).

Kühnheit und Wagemut im Angesicht eines Übermaßes an Unzumutbarkeit birgt somit doch die Gefahr der Strafbarkeit. Das ist richtig so, weil es nicht nur aus individueller Opfersicht – gemeint ist das Opfer, dessen Rettung der Täter unterlässt − sondern auch im Lichte überindividueller Interessen an effizienter Verwertung der vorhandenen Ressourcen inakzeptabel ist, in einer Notlage die begrenzten Rettungskapazitäten zur Verfolgung unerreichbarer Ziele zu vergeuden. Dem Retter kann zwar nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er keine Rücksicht auf die eigene Gesundheit nimmt, sich selbst nicht schont, um jemand anderen zu retten. Geht diese Kühnheit jedoch einher mit der Vernachlässigung eines anderen Opfers, kann dieses „Heldentum zu Lasten Dritter" nicht gerechtfertigt werden.

V. Ungeeignete Verteidigung als Notwehr

1. Schädigung des Angreifers ohne Nutzen für den Angegriffenen

Um als gerechtfertigte Notwehr anerkannt zu werden, muss die Tat zur Abwendung des Angriffs geeignet sein.[51] Das ist überwiegende Auffassung in der Literatur. Da das Wort „geeignet" im Gesetzestext nicht enthalten ist[52], wird diese Eigenschaft der Notwehrhandlung von den meisten Notwehrmerkmal „erforderlich" zugeordnet.[53] Tatsächlich handelt es sich aber schon um eine Voraussetzung der "Verteidigung".[54] Demoliert jemand einen Pkw, dessen Eigentümer gerade eine Frau vergewaltigt, ist diese Sachbeschädigung keine „nicht erforderliche Verteidigung"[55], sondern überhaupt keine Verteidigung.[56] Soll etwa die Tötung des dem Entführer gehörenden Kaninchens durch den Eingekerkerten[57] eine „Verteidigung" sein? Die Anforderungen an die Geeignetheit sind gering.[58] Daher ist der Bereich der Taten, deren Rechtfertigung an dieser Voraussetzung scheitert, klein.[59] Aber es gibt Angriffssituationen, in denen jegliche Gegenwehr des Angegriffenen bzw. Nothilfe eines Dritten „völlig aussichtslos" ist.[60] Der Angegriffene kann zwar dem Angreifer tatbestandsmäßigen Schaden zufügen, ihn verletzen oder gar töten. Er erreicht damit aber nicht die Beseitigung seiner durch den Angriff geschaffenen Notlage. Ein drastisches Beispiel ist die Tötung des Entführers durch das von diesem eingesperrte Opfer, mit der dieses sich jeglicher Befreiungschance beraubt, weil allein der Entführer die Gefangenschaft – z.B. mittels einer nur ihm bekannten Zahlenkombination – hätte aufheben können.[61] Diese „nutzlose Beeinträchtigung" von strafrechtlich geschützten Rechtsgütern des Angreifers soll nicht gerechtfertigt und somit strafbar sein.[62] Andererseits soll es dem Opfer erlaubt sein, dem Angreifer Tötung anzudrohen, um ihn so zur Freilassung, also Beendigung des Angriffs auf die Freiheit zu bewegen.[63] Indessen zeigt schlichte Subsumtion unter die Merkmale des § 32 Abs. 2 StGB, dass die Dinge jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes genau umgekehrt liegen[64]: Selbstverständlich ist die Tötung des Entführers zur Abwendung des Angriffs geeignet, weil mit dem Tod des Angreifers dessen Angriff ein für allemal endet. Zwar befindet sich das Opfer immer noch in Gefangenschaft, die der Getötete herbeigeführt hatte. Zur „Befreiung" ist die Tat des Eingesperrten tatsächlich ungeeignet.[65] Dem noch andauernden Zustand des Gefangenen korrespondiert aber kein gegenwärtiger Angriff mehr. Tote greifen nicht mehr an.[66] Das hat der Eingesperrte mit der Tötung erreicht[67], die somit zur Abwendung des Angriffs geeignet war.[68] Dass es auf die Beendigung des Angreiferverhaltens[69] ankommt und die Beseitigung des Angriffserfolgs keine Bedingung von erfolgreicher „Abwendung" ist, zeigt die etwas groteske Abwandlung des Entführungs-Falles: Ein Dritter erschießt den Eingesperrten und beendet dadurch die vom Angreifer begangene Freiheitsberaubung. Das ist zweifellos keine Nothilfe i.S.d. § 32 StGB und das nicht nur, weil die Tötung des Gefangenen keine „Befreiung" ist, sondern weil die Tat nicht auf Unterbindung weiteren Angriffsverhal-

---

51 *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (2020), 16/23; *B. Heinrich*, AT, Rn. 354; *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 32 Rn. 23; *Warda*, GA 1996, 405: „liegt auf der Hand."

52 *Warda*, Jura 1990, 344.

53 *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 32 Rn. 24; *Fischer*, StGB, § 32 Rn. 28; *Gropp/Sinn*, AT, § 5 Rn. 148; *Joecks/Jäger*, StGB, § 32 Rn. 16; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 32 Rn. 88; *Kühl*, AT, § 7 Rn. 94; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 167; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. (2021), § 25 Rn. 88; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 15 Rn. 42; *Warda*, Jura 1990, 344.

54 *Baumann/Weber/Mitsch/ Eisele*, AT, § 15 Rn. 30.

55 So aber *Warda*, Jura 1990, 344: „Es wäre sinnwidrig, ein zur Abwendung eines Angriffs untaugliches Mittel als dafür notwendig zu bezeichnen."

56 *Frister*, AT, 16/24: „im Grunde gar keine Verteidigung". Anders vielleicht, wenn die Beschädigung des Autos den Angreifer zum Abbruch des Angriffs nötigen könnte.

57 Beispiel von *Rosenau,* in*:* SSW-StGB, § 32 Rn. 24.

58 *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2019), § 3 Rn. 114; *Perron/Eisele,* in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 35; *Warda*, Jura 1990, 344 (350); *ders*., GA 1996, 405 (406).

59 *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 32 Rn. 24; *Warda*, Jura 1990, 344 (351).

60 *Warda*, GA 1996, 405 (406): „… wenn sich aus der objektiven Ex-ante-Sicht die Möglichkeit, daß die Handlung den Angriff unterbinden oder wenigstens – sei es auch nur in geringem Maße – abzuschwächen, zu erschweren oder zu verzögern vermag, mit Sicherheit ausschließen läßt."

61 *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 168; *Warda*, GA 1996, 405 (414).

62 *Warda*, GA 1996, 405 (414, 418).

63 *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 168.

64 *Warda*, GA 1996, 405 (406) stellt zwar zunächst die richtige Frage: „Wozu muß die Abwehrhandlung geeignet sein?", findet aber nicht die richtige Antwort darauf. Auf S. 411 behauptet er unzutreffend, die Gesetzestextstelle (§ 32 Abs. 2 StGB) „Angriff … abzuwenden" lasse „die auf die Ausschaltung eines *Angriffsmittels* beschränkte Eignung nicht genügen" (Herv. in der Quelle). Wenn dem Angreifer ein bestimmtes Angriffsmittel (nur noch 14 statt 15 Hunde, a.a.O. S. 412) nicht mehr zur Verfügung steht, ist das schon eine Abschwächung des Angriffs.

65 *Warda*, GA 1996, 405 (414).

66 Die Aussage in *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 15 Rn. 31, die Tötung eines Drohenden sei wegen Ungeeignetheit nicht gerechtfertigt, wenn dadurch die angedrohte Übelszufügung nicht abgewendet werden kann, ist nicht richtig.

67 So auch *Warda*, GA 1996, 405 (414), der gleichwohl die Geeignetheit der Verteidigung verneint und die „ganz sinnlose Auslöschung des Lebens des Angreifers" für nicht gerechtfertigt hält, a.a.O., S. 418.

68 Unnötig ist deshalb der wenig überzeugende Hinweis, dass mit der Tötung eines Angreifers der „Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfällt", so *Joecks*, in: FS Grünwald, 1999, S. 251 (262).

69 Diese Komponente des Angriffs wird in den Aufsätzen von *Warda* in Jura 1990 und GA 1996 völlig ausgeblendet. Dasselbe gilt für die Abhandlung von *Joecks,* in: FS Grünwald, 1999, S. 251 ff.

tens gerichtet ist. Dass die Bedrohung des Entführers hingegen „erlaubt" sei, ist keineswegs überzeugend, zumindest dann nicht, wenn man eine Eignung der Tat zur Angriffsabwendung verlangt. Denn die Drohung − z.B. mit Erschießung − kann zur Angriffsabwendung ungeeignet sein, wenn der Entführer sich davon nicht beeindrucken lässt. Solange es der Eingesperrte bei der Androhung belässt, dauert der Angriff auf seine Freiheit an. Mit dieser „Verteidigung" erreicht der Angegriffene also weder die Wiedererlangung seiner Freiheit noch die Beendigung des Angriffs. Es trifft somit zu, dass die „eigentlich problematischen"[70] Fälle die sind, in denen der von einem übermächtigen Gegner Angegriffene dem Aggressor Körperverletzungen zufügt (Kratzen, Beißen, Treten), mit denen nicht einmal eine Milderung, Erschwerung oder Verzögerung des Angriffs[71] zu bewirken ist.

2. Ratio des Notwehrrechts

Das Abstellen auf die (Un-)Erreichbarkeit der Freiheit von der Angriffswirkung ist verständlich, weil genau darauf es beim rechtfertigenden Notstand ankommt.[72] Abwendung der Gefahr bedeutet Herstellung eines Zustands, in dem die dem gefährdeten Rechtsgutsobjekt drohende Verschlechterung nicht eintritt, bzw., wenn sie schon eingetreten war (Dauergefahr), wieder beseitigt ist. Versteht man die Notwehr als einen Spezialfall des rechtfertigenden Notstands[73], ist es konsequent, die „Geeignetheit" der Abwehrhandlung auf Beseitigung des Angriffserfolgs – die Gefährdung oder Verletzung des angegriffenen Rechtsgutsobjekts – zu beziehen.[74] Aber die unterstellte Wesensgleichheit von Notstand und Notwehr ist nicht unangefochten. Bekanntlich wird die – im Vergleich mit dem Notstand „schneidigere" – Notwehr nach Ansicht vieler von einer zweiten tragenden Säule, dem Interesse der Allgemeinheit an „Rechtsbewährung", gestützt.[75] Zur Befriedigung dieses Interesses trägt eine Gegenwehr auch dann bei, wenn die Aussicht auf Rettung des angegriffenen Individualgutes gleich null ist.[76] Allerdings ist das Rechtsbewährungsinteresse eben nur die eine Hälfte der ratio des Notwehrrechts.[77] Ohne den Hauch einer Chance auf Gutsbewahrung mutiert der „Gegenschlag" des Angegriffenen oder eines Dritten zur Selbstjustiz. Zudem stößt das Argumentieren mit „Rechtsbewährung" ohnehin auf Skepsis und Ablehnung.[78] Es wäre widersprüchlich, an anderer Stelle – z.B. bei den „sozialethischen Notwehreinschränkungen"[79] – die Berufung auf mangelndes Rechtsbewährungsinteresse zu kritisieren[80], dieses indessen hier zur „Rettung" des Notwehrrechts als Basis heranzuziehen. Zur Vermeidung des unbefriedigenden[81] Ergebnisses, dass ein „auf verlorenem Posten" kämpfender Angegriffener strafbar ist, weil er den Angreifer durch „Unterschreitung"[82] der Erforderlichkeitsgrenze der Notwehr geschädigt hat, muss eine Begründung gesucht werden, die dem Individualschutzprinzip hinreichend Rechnung trägt. Das gelingt mit der Umdeutung der Notwehr in „eine Art Widerstand"[83] nicht und soll es nach dem Willen des Urhebers dieses Vorschlags auch nicht. Zum richtigen Verständnis der Notwehr bedürfe es eines Umdenkens, das der Notwehr ihre rechtfertigende Wirkung auch erhält in „Fallgestalten, die eben mit Schadensverhütung nichts zu tun haben".[84] Vielleicht genügt aber schon ein Umdenken in Bezug auf den Individualschutzerfolg, den die Verteidigung ermöglichen muss, um rechtfertigende Notwehr zu sein. Einen „Teilabwehrerfolg" erzielt der sich wehrende Angegriffene nämlich durchaus, obwohl er letztlich die *physische* Unversehrtheit des angegriffenen Gegenstands (der gesunde Zustand seines Körpers, die Intaktheit der ihm gehörenden Sache, die Beweglichkeit der eigenen Beine) nicht bewahren kann. Mit seinem Widerstand behauptet er aber das angegriffene subjektive *Recht* auf körperliche Unversehrtheit, Eigentum und Freiheit.[85] Seine Abwehr ist Zurückweisung der vom Angreifer begangenen Rechtsanmaßung („Das ist immer noch mein Recht!").[86] Er widersetzt sich der Forderung zur Preisgabe seiner Rechte und verwehrt damit dem Angreifer den Triumph, nicht nur die materiellen Güter zerstört zu haben, sondern auch deren rechtmäßigen Inhaber zur Kapitulation und zur Preisgabe seiner Rechtsposition gezwungen zu haben. Jeder Angriff beinhaltet ja zugleich eine Nötigung des Angegriffenen zur Duldung.[87] Wenn sich der Angegriffene nicht in sein Schicksal fügt, erreicht er zumindest, dass dieser Teil des Angriffs scheitert.[88] Nur ergänzend sei angemerkt, dass der Angreifer den strafrechtlichen Schutz seiner in den Wirkungsbereich der Gegenwehr des Angegriffenen gebrachten Güter ohnehin durch sein rechtswidriges Handeln verwirkt hat.[89] Die durch Gegenwehr erlittenen Einbußen hat sich der Angreifer selbst

70 *Rönnau*/*Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 169.
71 Die Eignung der Abwehr zur Erzielung solcher „Teilerfolge" soll genügen, *Kühl*, AT, § 7 Rn. 95 ff.
72 *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 108; *Warda*, Jura 1990, 344.
73 So z.B. *Warda*, Jura 1990, 344.
74 So *Joecks*, in: FS Grünwald, S. 251 (253), für den Abwendung des Angriffs „endgültiger Beseitigung der Gefahr" bedeutet.
75 *B. Heinrich*, AT, Rn. 337; *Kühl*, AT, § 7 Rn. 7 ff.; *Perron*/*Eisele,* in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 1; *Roxin*/*Greco*, AT I, § 15 Rn. 1; *Warda*, Jura 1990, 344 (346); *Wessels*/*Beulke*/*Satzger*, AT, Rn. 492.
76 *Warda*, Jura 1990, 344 (346); anders *ders.*, GA 1996, 405 (411) in Bezug auf die Ausschaltung eines Angriffsmittels.
77 *Kühl*, AT, § 7 Rn. 11; *Roxin*/*Greco*, AT I, § 15 Rn. 3e (ergänzende Funktion). Nach *Warda*, Jura 1990, 344 (347) soll in den kritischen Fällen gleichwohl eine Begründung aus dem Rechtsbewährungsinteresse genügen.
78 *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 79 ff.
79 *Baumann*/*Weber*/*Mitsch*/*Eisele*, AT, § 15 Rn. 49.
80 *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 202.
81 Zutr. *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 151: „unerträgliche Konsequenzen".
82 *Alwart*, JuS 1996, 953 (955).
83 *Alwart*, JuS 1996, 953 (955).
84 *Alwart*, JuS 1996, 953 (957).
85 Zum „Konflikt zwischen Recht und Unrecht" als Wesensmerkmale der Notwehrlage instruktiv *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 2-5, 18.
86 Einen Zirkelschluss impliziert deshalb die Aussage, „daß der Kampf für das ‚Recht und gegen das Unrecht' nicht ein Agieren mit völlig untauglichen Mittlen legitimiert" (so *Warda*, GA 1996, 405 [417]). Zur Bewahrung des Rechtsgutsobjekts mag die Abwehr untauglich sein, zur Rechtsbehauptung ist die Gegenwehr nicht untauglich.
87 Zutreffend *Joecks*, in: FS Grünwald, S. 251 (264): „Auch das Freisein von Fremdbestimmung gehört zu den notwehrfähigen Gütern."
88 Daher ist die Behauptung, nach dem Individualschutzprinzip müsste die aktive Gegenwehr auch hinter Ausweichen und Flucht zurückstehen (so *Warda*, Jura 1990, 344 [347]) nicht richtig; zutr. *Freund*/*Rostalski*, AT, § 3 Rn. 97, 111; *Roxin*/*Greco*, AT I, § 15 Rn. 3d.
89 Das ist eine Antwort auf *Kühl*, AT, § 7 Rn. 97: „Mit welcher Begründung will man den Angreifer die Folgen von Handlungen tragen lassen, die für die Erhaltung des angegriffenen Rechtsguts ungeeignet sind?"

zuzuschreiben.[90] Die Verteidigung des Angegriffenen und etwaiger Nothelfer hat der Angreifer auf seine eigenen Rechtsgüter gelenkt, ist also letztlich nichts anderes als Selbstschädigung.

VI. Aufgedrängte Nothilfe

1. Gebotenheit der Nothilfe

Nothilfe darf nicht gegen den Willen des Angegriffenen geübt werden.[91] Das ist als Grundsatz anerkannt und wird mangels eines besseren gesetzlichen Anknüpfungspunktes im Gesetzestext[92] mit der „Gebotenheit" in § 32 Abs. 1 StGB verbunden.[93] Der Stoff der aufgedrängten Nothilfe wird auf mehrere Fallgruppen verteilt.[94] Die jeweiligen rechtlichen Konsequenzen, über die generell kein Konsens zu erzielen ist, sind unterschiedlich: nicht in jedem Fall wird aus dem entgegenstehenden Willen des Angegriffenen ein Nothilfeverbot abgeleitet.[95] Ein grundsätzlicher Konstruktionsfehler der dogmatischen Figur ist, dass Rechtsfolge unerlaubter Nothilfe stets strafrechtlicher Schutz des Angreifers ist, den dieser nicht verdient.[96] Der Nothelfer ist wegen Verletzung des Angreifers strafbar, obwohl die Rechtfertigung aus § 32 StGB verweigert wird, weil der Nothelfer Interessen des Angegriffenen missachtet.[97] Es müsste also einen speziellen Straftatbestand „eigenmächtiger Nothilfe" geben, der die Bestrafung und ihren materiellen Grund in Einklang bringt.[98]

2. Sorge des Angegriffenen um das Wohl des Nothelfers

In dem Potpourri der Fälle aufgedrängter Nothilfe gibt es einen, dessen Protagonisten man als „Helden" bezeichnen könnte: „Klassiker" unter den Beispielen ist die aussichtslose und lebensgefährliche Gegenwehr des Familienvaters, der entgegen flehentliches Bitten seiner Ehefrau und Kinder („Bitte nicht, Schatz!; Papa, nein!") sich der Bande halbwüchsiger Gewalttäter entgegenstellt, die seine Ehefrau und Tochter vergewaltigen, die Wohnung verwüsten und Wertgegenstände rauben.[99] Die begründete Angst der Angehörigen, ihr mutiger Beschützer werde bei diesem nachgerade selbstmörderischen Unterfangen sein Leben verlieren[100], ist ebenso verständlich, wie der Wunsch, der Ehemann und Vater solle nicht „den Helden spielen". Lieber erdulde man die hässlichen demütigenden Misshandlungen, als dass man Witwe und Halbwaise werde. Der Mann sollte sich daher zurückhalten und anderweitig versuchen, mit seiner Familie die schreckliche Situation zu überstehen.[101] Aber welche Rechtsfolge löst es aus, wenn der Mann dies ignoriert und einen der Angreifer verletzt oder gar tötet? Es liegt auf der Hand, dass eine Strafbarkeit indiskutabel ist, mit der die Strafrechtspflege dem Angreifer bescheinigt, er sei im Recht gewesen und der dem Unrecht nicht weichen wollende Nothelfer im Unrecht.[102] Der Protest der Angegriffenen gegen die Nothilfe bezweckt nicht eine tatsächliche und rechtliche Besserstellung des Angreifers.[103] Wenn der Nothelfer sich über den Widerspruch des Angegriffenen hinwegsetzt, verwirklicht er gegebenenfalls Gefährdungsunrecht dem Angegriffenen gegenüber.[104] Ein schutzwürdiges Interesse des Angreifers beeinträchtigt der Nothelfer nicht. Die Unversehrtheit des Nothelfers, die der Angegriffene mit seinem Nothilfeverzicht bewahren will, liegt außerhalb dessen, worüber der Angegriffene rechtswirksam verfügen kann. Wenn der Nothelfer das Risiko für seine Gesundheit oder sein Leben eingehen will, ist das seine Entscheidung, gegen die es grundsätzliche keine rechtlichen Einwände gibt. Zwar mögen moralische[105] Bedenken im Hinblick auf „Kollateralschäden" für Angehörige (Verlust des Partners, Vaters, „Ernährers") begründet sein. Darauf lässt sich aber kein Schutzzweck zugunsten des Angreifers aufbauen. Strafbarkeit wegen Verletzung des Angreifers wäre also verfehlt. Der Wortlaut des § 32 StGB zwingt an keiner Stelle zu dem Ergebnis. Mit der inhaltsleeren „Gebotenheit" ist jedes erwünschte Ergebnis „begründbar". Also bleibt es in diesem Fall dabei, dass der Nothelfer seine Verteidigungsleistung den Angegriffenen zwar aufgedrängt hat, gleichwohl aus § 32 StGB gerechtfertigt und daher nicht wegen Verletzung des Angreifers strafbar ist.[106]

VII. Schluss

Während dieser Text geschrieben wurde, berichteten die

---

90 *Freund Rostalski*, AT, § 3 Rn. 96.

91 *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 99; *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (2021), Rn. 177; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (2021), § 16 Rn. 2; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 183; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 25/26; *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 32 Rn. 10; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 1999, 444 (445).

92 Nach *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 183 sei die Verteidigung im Fall aufgedrängter Nothilfe nicht erforderlich.

93 *Kaspar*, JuS 2014, 769 (775); *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 32 Rn. 10; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 1999, 444 (446).

94 Instruktiv *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 1999, 444 (445).

95 *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 100; *Kühl*, AT, § 7 Rn. 143.

96 Extrem ist die Unerträglichkeit dieser Konsequenz, wenn man sich vorstellt, dass ein anderer Nothelfer den sich aufdrängenden Nothelfer seinerseits aus § 32 StGB gerechtfertigt töten dürfte, um den Angreifer vor der unerlaubten aufgedrängten Nothilfe zu schützen.

97 *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 183.

98 Zum – untauglichen − Versuch, eine Strafbarkeit aus § 240 StGB wegen Beeinträchtigung der Willensentschließungs- oder -betätigungsfreiheit des Angegriffenen zu begründen *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 1999, 444 (447).

99 *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 102; *Seier*, NJW 1987, 2476 (2482).

100 Daneben wirkt häufig auch die Sorge des Angegriffenen, die Gegenwehr werde auch seine eigene Lage verschlimmern, weil der Angreifer die Intensität seines Angriffs steigert oder zu einem späteren Zeitpunkt Rache nimmt, vgl. Beispiel 1 bei *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 1999, 444 (445); *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 103; *Kaspar*, JuS 2014, 769 8774); *Seier*, NJW 18987, 2476 (2481).

101 Dass eine Strafbarkeit wegen Unterlassens (§§ 13, 323c StGB) auf Grund Unzumutbarkeit ausgeschlossen ist, versteht sich von selbst; *Engländer*, in: FS Roxin, 2011, S. 657 (660).

102 *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 102 („Wäre es nicht geradezu widersinnig,…"); *Seier*, NJW 1987, 2476 (2482).

103 *Engländer*, Grund und Grenzen der Notwehr, S. 102; *Seier*, NJW 1987, 2476 (2483); *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 1999, 444 (445).

104 *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 8. Aufl. (1992), § 26 Rn. 52; *Seier*, NJW 1987, 2476 (2481).

105 Als strafrechtliche Hürde wäre allenfalls § 170 Abs. 1 StGB denkbar; vgl. *Ritscher*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 170 Rn. 50: Herbeigeführte Leistungsunfähigkeit.

106 *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 184.

Medien über einen an Bundeskanzler *Olaf Scholz* gerichteten in der Zeitschrift „EMMA“ veröffentlichten „offenen Brief“, der von 28 mehr oder weniger prominenten Deutschen („Intellektuelle“, „Künstler“) unterzeichnet worden ist und dem in kurzer Zeit hunderttausende Bürger online zugestimmt haben. Darin wurde es als richtige Haltung zum russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine bezeichnet, das angegriffene Volk nicht durch Lieferung schwerer Waffen in seinen Verteidigungsbemühungen zu unterstützen, sondern vielmehr auf eine baldige Beendigung des Krieges durch Einstellung des ukrainischen Widerstands und anschließende Verhandlungen hinzuwirken. Gedankliche Parallelen zu den im vorliegenden Aufsatz ausschließlich auf „zivile“ Konflikte bezogenen Überlegungen liegen sicherlich nahe.[107] Der Widerstand der Spartaner gegen die Übermacht der Perser an den Thermopylen wird in der Literatur zu unserem Thema wiederholt zitiert.[108] Dennoch handelt es sich um unterschiedliche Felder mit unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen. Daher wurde von dem gewiss reizvollen Versuch der Einmischung in die durch den offenen Brief entflammte Debatte Abstand genommen. Es möge sich jeder seine eigenen Gedanken machen, wobei die Bemerkungen in obigem Text eventuell anregend wirken.

[107] Das belegen insbesondere die von *Reinhard Merkel* in verschiedenen Interviews – z. B. in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung – gegebenen Erläuterungen.

[108] *Warda*, GA 1996, 405 (416): „heroischer Widerstand“ der unterlegenen Spartaner.

Die Strafbarkeit des Upskirting und des Downblousing – Der neue § 184k StGB: Gelungene Reform oder politischer Aktivismus?

*Von Wiss. Mit. Katharina Sachen**

Abstract
Der Beitrag beschäftigt sich mit dem am 1.1.2021 neu eingeführten § 184k StGB und der Fragestellung, inwiefern dieser eine gelungene Reform oder politischen Aktivismus darstellt. Im Einzelnen werden Fragen zu Aspekten der Erforderlichkeit einer solchen Norm beleuchtet, auf etwaige tatbestandliche Mängel abgestellt, die systematische Einordnung der Vorschrift hinterfragt, auf Fragen der Beweisaufnahme und Konsequenzen einer Kriminalisierung eingegangen, sowie verbleibende Strafbarkeitslücken herausgestellt.

This article examines § 184k StGB, which was newly introduced on 1.1.2021 and discusses whether this paragraph is considered a successful legislative reform or political activism. In detail, this work analyzes aspects of necessity for the newly introduced paragraph, addresses deficiencies of the article and questions the systematic classification of § 184k StGB. It examines the process of taking evidence as well as the consequences of criminalization. Finally, remaining criminal liability gaps are highlighted.

I. Einleitung

Unter dem Slogan „Verbietet #Upskirting in Deutschland!“ wurde 2019 in Deutschland eine Onlinepetition ins Leben gerufen, die zuletzt über 110.000 Unterstützer*innen zählte.[1] Anlass bot den beiden Petentinnen *Hanna Seidel* und *Ida Marie Sassenberg* eine in Großbritannien von *Gina Martin* erfolgreich gestartete Onlineinitiative, die in England und Wales eine Gesetzänderung im April 2019[2] hin zu einer Einstufung des sog. „Upskirting“ (engl. „up“ für „nach oben“ und „skirt“ für „Rock“) als Sexualdelikt zur Folge hatte.[3]

Der Gesetzgeber definiert darunter ein vieldiskutiertes Phänomen, bei dem der Betroffenen[4] eine Kamera unter den Rock gehalten wird, um eine Fotografie oder Filmaufnahme von ihren Genitalien oder dem Gesäß herzustellen.[5] Nicht erheblich ist, ob die genannten Körperteile nackt oder von Unterwäsche bedeckt sind.[6] Klassischerweise erfolgt die Aufnahme unbefugt und meist, jedoch nicht zwingend, heimlich. Oftmals wird die Fotografie dann – bspw. über Internetforen oder sozialen Netzwerken – Dritten zugänglich gemacht.[7] Gefördert wird dieses Phänomen durch die zunehmende Verfügbarkeit von hochauflösenden Kameras in Smartphones und Handys, die immer bessere Aufnahmen erzielen können.[8] Die so gegebene stetige Verwendungsmöglichkeit in jeglichen Situationen des Alltags hat oftmals zur Folge, dass Betroffene gar nicht bemerken, dass unbefugte Aufnahmen von ihnen erstellt werden.[9] Ebenso wird von der Existenz zahlreicher Internetseiten berichtet, die Upskirt-Aufnahmen professionell inszeniert darstellen.[10]

Die beiden Frauen stellten fest, dass das Phänomen in Deutschland zu diesem Zeitpunkt nicht unter Strafe stand.[11] Der *1. Strafsenat* des *OLG Nürnberg*, der eine Auffangfunktion des Beleidigungstatbestandes in Fällen heimlichen voyeuristischen Vorgehens verneinte, appellierte an den Gesetzgeber, vorhandene Strafbarkeitslücken durch maßvolle, widerspruchsfreie und differenzierte Strafgesetzgebung zu schließen.[12] Dies und die Forderung der Petentinnen nach einer gesetzlich geregelten Strafbarkeit hatten ein umfassendes Gesetzgebungsverfahren zur Folge mit dem Resultat, dass das Gesetz zum 1.1.2021 in Kraft trat.[13]

Der folgende Artikel wird sich mit dem neu eingeführten § 184k StGB kritisch auseinandersetzen. Insbesondere wird auf die Fragestellung einzugehen sein, inwiefern es sich bei der Gesetzesneuerung um eine gelungene Gesetzesreform oder um politischen Aktivismus handelt. Untersucht werden die Erforderlichkeit einer solchen Norm (II.) und etwaige tatbestandliche Mängel (III.). Ferner wird die systematische Einordnung des Straftatbestandes (IV.) in

---

* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Straf-, Strafprozess- und Wirtschaftsstrafrecht von *Frau Prof. Dr. Scarlett Jansen* an der Universität Trier.

1 Petition abrufbar unter: https://www.change.org/p/verbietet-upskirting-in-deutschland (zuletzt abgerufen am 4.10.2021); vgl. https://merkur.de/welt/fotografieren-unter-den-rock-upskirting-soll-dank-petition-strafbar-werden-tr-12862454.html (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

2 Voyeurism (Offences) Act 2019, abrufbar unter https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/2 (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

3 https://www.sueddeutsche.de/ panorama/ grossbritannien -upskirting -verbot -gesetz-1.4291449 (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

4 Miterfasst sind auch betroffene Männer.

5 BT-Drs. 19/15825, S. 9; BT-Drs. 19/17795, S. 9; *Eisele/Straub,* KriPoZ 2019, 367.

6 BT-Drs. 19/15825, S. 16; BT-Drs. 19/17795, S. 10.

7 *Berghäuser,* ZIS 2019, 463; BT-Drs. 19/15825, S. 9.

8 BT-Drs. 19/20668, S. 3; BT-Drs. 19/15825, S. 1; BT-Drs. 19/18980, S. 1, 3; *Gramlich/Lütke*, MMR 2020, 662.

9 BT-Drs. 19/20668, S. 3; BT-Drs. 19/15825, S. 1; BT-Drs. 19/18980, S. 1, 3.

10 So die sog. *candid boards,* vgl. https://www.mirror.co.uk/tech/seedy-upskirt-porn-site-candid-9688517_(zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

11 *OLG Nürnberg*, Urt. v. 3.11.2010, NStZ 2011, 217; *BayVGH*, Beschl. v. 7.5.2009, 10 CS 09.747.

12 *OLG Nürnberg*, Urt. v. 3.11.2010, NStZ 2011, 217; *Bonnin/Berndt,* HRRS 2019, 450 (451).

13 BR-Drs. 443/19; BT-Drs. 19/15825; BT-Drs. 19/17795; BT-Drs. 19/20668 (Endfassung).

den Blick genommen, sowie die Konsequenzen einer Kriminalisierung beleuchtet (V.). Nicht zuletzt werden verbleibende Strafbarkeitslücken umrissen (VI.).

II. Erforderlichkeit der Vorschrift

Erforderlich war die Etablierung des § 184k StGB sowohl im Hinblick auf die Strafwürdigkeit des zu inkriminierenden Verhaltens (1.) als auch hinsichtlich bis dato bestehender Strafbarkeitslücken (2.).

1. Strafwürdigkeit

Primär bedarf es einer Feststellung, ob die Phänomene des Upskirting und Downblousing nachweislich in der deutschen Gesellschaft verbreitet sind. Insbesondere im Hinblick auf das mit der Strafnorm verfolgte Ziel der Generalprävention ist eine Feststellung des tatsächlichen Vorkommens von großer Bedeutung.[14] Problematisch ist jedoch, dass dem deutschen Gesetzgeber, anders als es bspw. in Frankreich[15] und England[16] der Fall ist,[17] keine verlässlichen Zahlen aus der Kriminalstatistik oder verfügbare Erkenntnisse aus der Dunkelfeldforschung zur Verfügung stehen. Eine empirische Begründung für die Einführung eines Straftatbestands in Deutschland kann so nicht gelingen.

Bei defizitärer Datengrundlage bedarf es jedoch einer sorgfältigen Begründung durch den Gesetzgeber, der grundsätzlich eine gewisse Einschätzungsprärogative hat:[18] Trotz bisher fehlender Nachweisbarkeit stützt sich die Annahme des Gesetzgebers, dass es sich bei Upskirting und Downblousing nicht mehr um bloße Randphänomene handelt, auf die stetig wachsende Anzahl an pornografischen Internetplattformen (u.a. sogenannte Candid Boards[19]), in denen getätigte Aufnahmen zur Verfügung gestellt werden. Jedoch lässt das nur dann einen Schluss auf tatsächliche Fallzahlen zu, wenn unbefugt hergestellte Aufnahmen von befugt hergestellten und hochgeladen Aufnahmen unterschieden werden können.[20]

Obwohl in der Gesetzesbegründung lediglich auf die generalpräventive Funktion der Norm abgestellt wurde[21] und insoweit eine Begründung des Straftatbestands fragwürdig erscheint, kommt dem Strafrecht jedoch auch eine repressive Funktion zu. Unabhängig von der Frage, ob es sich beim Upskirting und Downblousing um ein nachweislich weit verbreitetes Phänomen in Deutschland handelt, muss daher auch die Verwerflichkeit der Tat berücksichtigt werden.

In Betracht gezogen werden müssen bei der Einordnung der Tat als strafwürdiges Phänomen der „Wert des geschützten Rechtsguts", die „Gefährlichkeit des Angriffs" und das „gesteigerte Schutzbedürfnis der Gesellschaft" des einzelnen Bürgers, sowie die aus der Tat resultierende verwerfliche Gesinnung des Täters.[22] Letztere zeigt sich in der Missachtung von grundlegenden Werten des menschlichen Zusammenlebens, der Missachtung des zu schützenden Rechtsguts und den berechtigten Opferinteressen.[23]

Im Hinblick auf das hier untersuchte Phänomen des Upskirting und Downblousing liegt das Verwerfliche der Tat insbesondere in der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung[24] des fotografierten oder gefilmten Opfers zu sehen. Gerade der Schutz dieses Rechtsguts ist von stetig wachsender Bedeutung[25], wie vergangene Reformen des Sexualstrafrechts[26] und die andauernde #MeToo-Debatte[27] zeigen. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers spiegelt hier das zu unterstützende Ziel wider, das Recht der Betroffenen auf Schutz vor sexuellen Übergriffen zu stärken. Durch die Einordnung als Sexualdelikt wird deutlich, dass es sich nicht lediglich um die Sanktionierung bloßer Moralwidrigkeiten[28] handeln soll. Hier ist zwischen dem Upskirting und Downblousing näher zu differenzieren.[29]

a) Upskirting

Das Handlungsunrecht beim Upskirting ergibt sich aus einem Zusammenspiel zwischen stets verfügbaren Aufnahmegeräten[30], der heimlichen Überwindung des Kleidungsstücks als Sichtbarriere[31] und der Perpetuierung des voyeuristischen Spannens durch das Herstellen oder Übertragen der Aufnahme[32]. In vielen Fällen vertieft sich die Rechtsgutsverletzung, indem diese einem unüberschaubaren Adressatenkreis online zugänglich gemacht wird.[33]

Die Verwerflichkeit der täterlichen Gesinnung zeigt sich beim Upskirting darin, dass der Täter bewusst gesetzte Grenzen mutwillig überschreitet und sich über den erkennbaren Willen des Opfers, intime Körperregionen schützen zu wollen, eigenmächtig unbefugt hinwegsetzt. Das Opfer wird dabei zum bloßen Objekt seiner Begierde

---

14 BT-Drs. 19/17795, S. 2.
15 Vgl. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043409377 (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).
16 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/2/section/1/enacted (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).
17 BR-Drs. 443/19, S. 6, 12.
18 *BVerfG*, Beschl. v. 29.9.2010 – 1 BvR 1789/10, Rn. 18; BR-Drs. 443/19, S. 6, 12; *Walter,* ZRP 2020, 16 ff.
19 *Walter,* ZRP 2020, 16 ff.
20 *Berghäuser,* ZIS 2019, 463 (464).
21 BT-Drs. 19/17795, S. 2.
22 Z.Stn. der StA Heilbronn zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 27.5.2020, S. 6.
23 Zum Ganzen: *Jeschek/Weigend,* Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. (1996), § 7 Abs. 1 S. 1.
24 BT-Drs. 19/20668, S. 15; *Bonnin/Berndt,* HRRS 2019, 450 (456 ff.); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 184k Rn. 1; *Laue*, in: NK-StGB, 9. Aufl. (2022), § 184k Rn. 2; *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, 50. Ed (Stand: 1.5.2021), § 184k Rn. 2.
25 https://verfassungsblog.de/warum-die-reform-des-sexualstrafrechts-keine-ist/ (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).
26 *Hoven*, KriPoZ 2018, 2 (11).
27 https://www.bpb.de/veranstaltungen/dokumentation/286474/folgen-der-metoo-bewegung (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).
28 *Bonnin/Berndt,* HRRS 2019, 450 (458).
29 Überblicksartig dazu: *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 367 (374); *Berghäuser*, ZIS 2019, 463 (475); *Kötz,* IPRB 2020, 143 (148).
30 BR-Drs. 443/19, S. 1.
31 *Berghäuser,* ZIS 2019, 463 (472).
32 BT-Drs. 19/15825, S. 9.
33 BR-Drs. 443/19, S. 1; BT-Drs. 19/20668, S. 3.

und sexuellen Fantasie.[34] Es macht jedoch nicht nur deutlich, dass Täter im Einzelnen gesetzte Grenzen nicht akzeptieren, sondern zeigt ein tiefgehendes strukturelles Problem auf: In den meisten Fällen sind es Frauen, die Opfer von Upskirting werden.[35] Das legt nahe, dass gerade diese weiterhin gegen ihren Willen von Tätern für deren Zwecke objektiviert werden. Es bedarf einer Klarstellung durch den Gesetzgeber, dass ein solches sozialschädliches Verhalten in einer offenen, fortschrittlichen und aufgeklärten Gesellschaft, in der sich Männer und Frauen auf Augenhöhe begegnen, in keinem Fall zu tolerieren ist und einer Sanktion bedarf. Von einer Erheblichkeit ist insofern auszugehen und eine Not-wendigkeit einer Strafnorm in Bezug auf das Upskirting zu bejahen.[36]

b) Downblousing

Eine solche Strafwürdigkeit ist beim sog. „Downblousing" nicht ersichtlich. Dieses Phänomen liegt vor, wenn der Fotograf oder die Fotografin für die Aufnahme einen solchen Winkel wählt, mit dem auch Teile der Brust abgelichtet werden, die durch Kleidungsstücke vor fremden Einblicken verborgen bleiben sollen.[37]

Während Fälle des Upskirting sich dadurch auszeichnen, dass der Täter eine bewusst vom Betroffenen errichtete Kleidungsbarriere durchbricht, indem er unbefugt unter den Rock, ein Kleid oder in eine weite Shorts fotografiert oder filmt, ist dies beim Downblousing nicht zwingend der Fall. Auch hier nimmt die Kamera einen Blickwinkel ein, den das menschliche Auge im Alltag nicht hat. Jedoch besteht ein Unterschied darin, dass der Intimbereich und das Gesäß grundsätzlich vollständig bedeckt sind, die weibliche Brust hingegen nicht zwangsläufig. So kann sie auch willentlich nur zum Teil bedeckt sein, sodass der unbedeckte Teil nicht gegen Anblick geschützt wäre. Ohne diese gezielte Überwindung des Sichtschutzes können das Handlungsunrecht und die zum Ausdruck kommende Gesinnung des Täters nicht mit dem Upskirting gleichgestellt werden. Ein bloßes Ausnutzen von Einblicken, die der Täter aufgrund baulicher oder topografischer Gegebenheiten erhält, ist nicht mit dem Unrechtsgehalt des unbefugten und zielgerichteten Fotografierens unter den Rock oder das Kleid vergleichbar.[38]

Umstritten ist weiterhin, ob die Brüste dem Bereich der sexuellen Intimsphäre zugeordnet und entsprechende Fotos als pornografisch angesehen werden können.[39] So gelten sie in der heutigen Zeit als „Kennzeichen allgemeiner Libertinage und Körperzugewandtheit"[40], was für eine unterschiedliche Bewertung der Schutzbedürftigkeit spricht.[41] Stützen lässt sich dieser Gedanke auch auf aktuelle Bewegungen und Initiativen, die sich gegen die Sexualisierung und die damit einhergehende Tabuisierung der weiblichen Brust einsetzen. So fordert etwa die Initiative „Gleiche Brust für alle"[42] unter dem Motto „No Nipple Is Free Until All Nipples Are Free" die Gleichbehandlung von Männer- und Frauenbrüsten.[43] Dies zeigt, dass kein gesellschaftlicher Konsens mehr herrscht über eine sexualisierte Zuordnung der weiblichen Brust.

Im Ergebnis handelt es sich folglich beim Downblousing zwar um ein übergriffiges, respektloses und abwertendes Verhalten, jedoch bleibt der Unrechtsgehalt des unbefugten Fotografierens der weiblichen Brust hinter dem des Upskirting zurück. Eine Gleichstellung des Downblousing mit dem Upskirting erscheint schon deshalb problematisch, da die Brust weiblich gelesener Personen dadurch, anders als die Brust männlich gelesener Menschen, rechtlich unzulässig und gleichheitswidrig sexualisiert würde.[44] Dass der Körperbereich der weiblichen Brust nicht wesentlich intimer ist als andere Bereiche des Körpers, spricht ebenso für eine unterschiedliche Bewertung.[45] Demnach sollte die weibliche Brust nicht mehr von dem Tatbestand des § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst werden.

c) Wahrung des ultima ratio-Prinzips

Das Strafrecht als schärfstes Schwert des Staates muss als ultima ratio in einem funktionierenden Rechtsstaat fungieren. Es bestimmt, was zum sozialethischen Minimum einer Gesellschaft und des Zusammenlebens gehört.[46] Vereinzelt wird vertreten, dass eine Einordnung der Tat als Ordnungswidrigkeit ausreichend sei, um das begangene Unrecht zu sanktionieren.[47] Gestützt wird die Annahme unter anderem auch auf Zweifel an der gewollten abschreckenden Wirkung einer Strafvorschrift.[48] Eine solche Einordnung verkennt allerdings maßgeblich die betroffenen Rechtsgüter des Upskirting: Ein Täter ist hier nicht mit einem Falschparker gleichzusetzen, gegenüber dem ein schlichtes Bußgeld zu erlassen ist. Es handelt sich daher vielmehr um ein übergriffiges Verhalten durch eine Person, die ein strafwürdiges, gesellschaftlich nicht zu tolerierendes Handlungsunrecht begeht. Eine Einordnung als Ordnungswidrigkeit, die ihrer Natur nach kein kriminelles Unrecht sondern nur Verwaltungsunrecht sanktioniert,[49] wird einer individuell erfahrenen Belästigung des

---

34 BT-Drs. 19/17795, S. 1; BT-Drs. 19/15825, S. 1, 2, 9, 10, 13.
35 Djb in seiner Stellungnahme vom 25.5.2020, S. 2.
36 So auch: *Bonnin/Berndt*, HRRS 2019, 450; *Berghäuser*, ZIS 2019, 463; BR-Drs. 443/19, S. 1 ff.
37 *Walter*, ZRP 2020, 16.
38 BT-Drs. 19/17795, S. 1, 7, 11.
39 *Bonnin/Berndt*, NJOZ 2020, 131; *Fischer,* StGB, 68. Aufl. (2021), § 184k Rn. 4a; https://www.sueddeutsche.de/bayern/augsburg-frauen-brueste-de-mo-1.5375990 (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).
40 *Fischer,* StGB, § 184k Rn. 4a.
41 BT-Drs. 19/17795, S. 16.
42 https://www.tagesspiegel.de/berlin/nach-polizeieinsatz-wegen-nackter-brueste-oben-ohne-fahrraddemo-zieht-durch-berlin/27409784.html (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).
43 *Schmidt,* Die nackte weibliche Brust als Sittlichkeits- und Rechtsproblem, VerfBlog v. 19.7.2021, https://verfassungsblog.de/die-nackte-weibliche-brust/ (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).
44 So auch: *Schmidt,* Die nackte weibliche Brust als Sittlichkeits- und Rechtsproblem, VerfBlog v. 19.7.2021, https://verfassungsblog.de/die-nackte-weibliche-brust/ (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).
45 So auch *Fischer*, StGB, § 184k Rn. 4a.
46 *Lambrecht,* Plenarprotokoll 19/157, 19454 B; BVerfGE 39, 1 (47).
47 *Kötz,* IPRB 2020, 148; DAV in seiner Stellungnahme 36/2020 in der KriPoZ, online abrufbar unter: DAV-SN_36-20_Upskirting.pdf (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).
48 Z.Stn. des DAV: https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-36-20-gesetzesentwurf-zur-strafbarkeit-des-sog-upskirting (zuletzt abgerufen am 28.4.2022); *Kötz,* IPRB 2020, 148.
49 *Weber/Werner*, in: Creifelds Rechtswörterbuch, XX. Aufl. (jahr) „Verwaltungsunrecht".

Einzelnen keinesfalls gerecht. Ebenso würde eine solche Einordnung ein falsches Statement dahingehend setzen, dass nicht individuelle Rechtsgüter, sondern unmittelbar nur die öffentliche Ordnung geschützt würde. Ein konsequentes Vorgehen jedenfalls gegen Fälle des Upskirting ist notwendig, um dem Eindruck entgegenzuwirken, dass ein solches Verhalten durch den Rechtsstaat gebilligt werde. Eine Strafbarkeit solcher intoleranten, das Opfer instrumentalisierenden Verhaltensweisen ist trotz der Funktion des Strafrechts als ultima ratio angezeigt.

Während also eine Strafwürdigkeit im Hinblick auf das Upskirting bejaht werden kann, bleibt der Unrechtsgehalt des Downblousing dahinter zurück. Allenfalls in Fällen, in denen ein Sichtschutz gegen fremde Einblicke überwunden wird, ließe sich für eine Strafwürdigkeit argumentieren.

2. Strafbarkeitslücken

Während das *AG* und *LG München I*[50] im Upskirting noch eine Beleidigung gemäß § 185 StGB sah, stufte das *OLG Nürnberg* ein solches Verhalten als straflos ein.[51] Demnach fehle es bereits an dem Tatbestandsmerkmal der Kundgabe der Geringschätzung oder der Missachtung, die sich durch eine Entäußerung eines beleidigenden Inhalts in den Rechtsverkehr kennzeichnet.[52] Das Phänomen des Upskirting jedoch ist geprägt durch die intendierte Heimlichkeit des Verhaltens.[53] In solchen Fällen liegt daher schon keine Entäußerung in den Rechtsverkehr vor. Ebenso wirkt die vom Täter erstrebte Heimlichkeit vorsatzausschließend.[54] Möchte man dennoch die Kundgabe bejahen, scheitert man jedoch an einer mangelnden Identifizierbarkeit des Opfers. Dem dualistischen Ehrbegriff[55] zufolge bleibt die Betroffene im Regelfall anonym, da eine eindeutige Identifizierbarkeit aufgrund des oftmals kleinen Bildausschnittes, der sich auf die in § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB umschriebenen Bereiche begrenzt, ausscheidet. So entzieht sich auch die Aufnahme einer personellen Zuordnung. Ausnahmen soll es nur in solchen Fällen geben, in denen der Täter nicht heimlich vorgeht.[56] Dann muss allerdings ein Nachweis erbracht werden, dass der Täter das Opfer – sei es durch das Angeben mit der Tat vor Dritten oder durch das gewollte Provozieren einer Reaktion bei dem Opfer – in dessen Ehre herabwürdigen wollte.[57]

Ebenso fallen Foto- oder Filmaufnahmen, die die geschützten Bereiche unter der Oberbekleidung zum Gegenstand haben, nicht unter den Tatbestand der sexuellen Belästigung gemäß § 184i StGB. Diese setzt seit der Gesetzesneuerung am 10.11.2016 eine körperliche Berührung („Hands-on-Delikt")[58] in sexuell motivierter Weise voraus, die zu einer Belästigung beim Opfer führen soll.[59] Merkmal des Upskirting und des Downblousing ist jedoch, dass gerade keine o.g. Berührung des Opfers stattfindet, um die Heimlichkeit des Vorgehens zu wahren und den Taterfolg, das Anfertigen der Aufnahmen, zu erreichen.[60]

Auch eine Strafbarkeit nach § 201a StGB kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht: Dieser schützt Personen vor dem unbefugten Herstellen oder Übertragen einer unbefugten Bildaufnahme lediglich in ihrer Wohnung oder in einem besonders gegen Einblick geschützten Raum.[61] Die abgebildete Person muss zudem identifizierbar sein.[62] Upskirting- und Downblousing-Aufnahmen zeichnen sich hingegen dadurch aus, dass die Opfer nicht identifiziert werden können, da es lediglich zu einer Aufnahme der in § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB umschriebenen Körperstellen kommt. Ferner handelt es sich i.d.R. um Akte mit Öffentlichkeitsbezug. Lediglich in Ausnahmefällen, in denen der Täter in einer Wohnung oder einem besonders gegen Einblick geschützten Raum agiert und sich die abgelichtete Person ermitteln lässt, ist eine Strafbarkeit denkbar.

Die §§ 22, 33 Abs. 1 KUG greifen ebenso zu kurz, da diese nicht bereits den Vorgang der Anfertigung der Aufnahmen unter Strafe stellen, sondern erst später ansetzen, wenn der Täter diese verbreitet und öffentlich zur Schau stellt.[63] Jedoch scheitert es in letztgenannten Fällen ebenfalls an der Identifizierbarkeit, deren Notwendigkeit sich aus dem Merkmal „Recht am eigenen Bild" ergibt, der eine Erkennbarkeit der Person auf dem Bild voraussetzt.[64]

Zudem stellt sich auch § 118 Abs. 1 OWiG als ein das Unrecht der Tat nicht hinreichend erfassender Tatbestand heraus. Dieser setzt voraus, dass der Täter eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen.[65] So dient dieser zwar dem Schutz des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung[66], nicht jedoch der durch das Upskirting bzw. Downblousing tangierten Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung. Zwar kann das o.g. Phänomen auch nach außen hin für die Allgemeinheit sichtbar oder wahrnehmbar stattfinden und so den Tatbestand des § 118 Abs. 1 OWiG erfüllen; findet das Upskirting oder Downblousing jedoch heimlich in der Öffentlichkeit statt, etwa durch eine versteckte Kamera, kommt eine Belästigung oder Gefährdung der Allgemeinheit etwa durch visuelle

50 Darauf Bezug nehmend: BeckRS 2016, 137123.
51 *OLG Nürnberg*, NStZ 2011, 217.
52 BGHSt 1, 289; *Bonnin/Berndt,* HRRS 2019, 450 (451 f.); BR-Drs. 443/19, S. 7; *Eisele/Straub,* KriPoZ 2019, 367 (369).
53 *Berghäuser,* ZIS 2019, 463 (467).
54 BR-Drs. 4433/19, S. 8.
55 *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 50. Ed. (Stand: 1.5.2021), § 185 Rn. 2; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. §§ 185 ff. Rn. 1.
56 *Berghäuser,* ZIS 2019, 463 (468).
57 *Berghäuser,* ZIS 2019, 463 (468).
58 *Ziegler,* in: BeckOK-StGB, 50. Ed. (Stand: 1.5.2021), § 184i Rn. 3.
59 *Renzikowski,* in: MüKo-StGB, § 184i Rn. 10 f.; BT-Drs. 18/9097, S. 30.
60 BR-Drs. 443/19, S. 7, 12.
61 BT-Dr. 15/2995, S. 5; 15/2466, S. 4; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, XX. Aufl. (Jahr), § 201a Rn. 2.
62 *Graf,* in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 27.
63 *Engels,* in: BeckOK-Urheberrecht, 31. Ed. (Stand: 1.5.2021), § 22 KUG Rn. 50 ff.
64 *Engels,* in: BeckOK-Urheberrecht, § 22 KUG Rn. 22 ff.
65 *Weiner,* in: BeckOK-OWiG, 31. Ed. (Stand: 1.7.2021), § 118 Rn. 3 ff.
66 *Weiner,* in: BeckOK-OWiG, § 118 Rn. 1.

Wahrnehmung des Fotografierens und somit eine Strafbarkeit nicht in Betracht.[67] Vor diesem Hintergrund liegt dann auch keine Belästigung der Allgemeinheit i.S.d. § 118 Abs. 1 OWiG vor. Ebenfalls ist eine Einziehung der Tatmittel und Tatprodukte auf der Basis des § 118 Abs. 1 OWiG nicht möglich.[68]

Das Upskirting, in dem zweifelsohne ein erheblicher Eingriff in die Intimsphäre als Kernbereich des aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu sehen ist, konnte daher bis zur Einführung des § 184k StGB lediglich zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Opfers nach den §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB nach sich ziehen.[69] Dadurch können zwar zukünftige Rechtsgutsverletzungen unterbunden und das Leid des Opfers durch eine Schmerzensgeldzahlung kompensiert werden, jedoch blieb eine Pönalisierung des Unrechts durch ein strafrechtliches Urteil ausgeschlossen.[70]

Es bestand also dringender Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, da bereits bestehende Strafnormen nicht in hinreichendem Maße gegen Upskirting und Downblousing schützten. Die große Verbreitungsmöglichkeit von Aufnahmen durch Smartphones, soziale Netzwerke und Internetforen birgt die Gefahr missbräuchlichen Verhaltens. Upskirting und Downblousing können sich demnach immer weiter ausbreiten. Die Sozialschädlichkeit dieser Entwicklungen ist nicht von der Hand zu weisen: Durch die Handlungen werden hauptsächlich Frauen diskriminiert und ihre sexuelle Selbstbestimmung angetastet. Ein gesetzgeberisches Einschreiten war folglich unumgänglich.

III. Kriminalisierte Verhaltensweisen

§ 184k StGB sanktioniert sowohl das unbefugte Herstellen oder Übertragen von Bildaufnahmen (Nr. 1) als auch das Gebrauchen oder einem Dritten Zugänglichmachen (Nr. 2), sowie das unbefugte Zugänglichmachen einer befugt hergestellten Bildaufnahme an einen Dritten (Nr. 3). Hinsichtlich der Frage, ob der Gesetzgeber zu kriminalisierende Verhaltensweise in gelungener Weise ausgestaltet hat, lohnt sich eine nähere Betrachtung der einzelnen Tatbestandsmerkmale:

1. Upskirting

Vor solchen Bildaufnahmen geschützt werden sollen u.a. die Bereiche der Genitalien und des Gesäßes, unabhängig davon, ob diese nackt oder durch Unterwäsche bedeckt sind. Die o.g. Tathandlungen sind jedoch nur dann strafbar, sofern die tangierten Bereiche des Körpers gegen Anblick geschützt waren. Die Formulierung „soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“ birgt jedoch erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Nicht abschließend geklärt wurde vom Gesetzgeber, ob das Tatbestandsmerkmal auch schon dann erfüllt sein soll, wenn der Rock versehentlich einmal hochrutscht oder die Trägerin oder der Träger ungünstig sitzt, sodass der Blick auf die Unterwäsche ohne weiteres möglich ist. Eine Klarstellung dahingehend wäre wünschenswert.

An den Formulierungen der geschützten Bereiche und des Begriffs der „Unterwäsche“ ist im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot keine Kritik zu üben. Es ergibt sich aus dem Wortlaut deutlich, welche Bereiche vor unbefugten Aufnahmen geschützt werden sollen. Anders stellt sich die Rechtslage hingegen beim Downblousing dar.

2. Downblousing

a) „Weibliche Brust“

Ebenfalls geschützt werden soll die nackte oder mit Unterwäsche bekleidete weibliche Brust. § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB geht somit in seinem Schutzbereich weiter als bspw. die englische Strafnorm, die lediglich das Upskirting unter Strafe stellt. Unabhängig von der zweifelhaften Strafwürdigkeit ist im Folgenden auf die Frage der Bestimmtheit der Formulierung einzugehen.

Kritik lässt sich an dem uneindeutigen Wortlaut und der Unbestimmtheit der Vorschrift des § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB üben. In der Gesetzesbegründung heißt es, dass der Begriff „weiblich“ nicht geschlechtsspezifisch auszulegen ist. Folglich sollen nach dem Willen des Gesetzgebers auch Brüste von Personen erfasst werden, die formal dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, sich jedoch nicht so fühlen (Transgender).[71] Vor dem Hintergrund des eindeutigen Wortlauts des § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB („weibliche Brust“) erscheint es fraglich, ob alle Normunterworfenen diesen Gedanken des Gesetzgebers aufgreifen. Denn eine solch weite Ausdehnung des von der Bedeutung klar eingegrenzten Adjektivs „weiblich“ über den engen Wortlaut hinaus muss sich den Vorwurf des Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot gefallen lassen und weckt sodann Zweifel an der verfassungsmäßigen Zulässigkeit.[72] So liegt es auf der Hand, die Weiblichkeit der Brust danach zu bemessen, ob sich die Person dem weiblichen Geschlecht zugeordnet sehen will. Das ruft jedoch ungeklärte Fragen hervor, wie etwa die, ob die Person sich in ihrer Art oder ihrem Aussehen als typisch weiblich zu erkennen geben muss oder ob es strafbar sein soll, wenn der Täter die Brust einer Frau fotografiert, die sich jedoch nicht als Frau identifiziert.[73]

Zudem spricht auch die Wertung des Beschlusses des *BVerfG* vom 10.10.2017[74] für eine geschlechtsunabhängige Formulierung. So ergebe sich aus dem Art. 3 Abs. 2 GG auch die Schutzverpflichtung des Staates hinsichtlich

---

67 *Berghäuser,* ZIS 2019, 463 (471).
68 BR-Drs. 443/10, S. 12.
69 *Berghäuser,* ZIS 2019, 463 (470).
70 BT-Drs. 19/20668, S. 4.
71 *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 184k Rn. 3.1; *Renzikowski,* in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 4; *Laue*, in: NK-StGB, § 184k Rn. 4.
72 *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 184k Rn. 3.1; *Kötz,* IPRB 2020, 146; *Möbius,* https://www.juraforum.de/ratgeber/strafrecht/upskirting-heimliches-fotografieren-unter-den-rock#_ftn4 (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).
73 *Kötz,* IPRB 2020, 143 (146).
74 *BVerfG* v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16; NJW 2017, 3643.

solcher Personen, die sich als weder weiblich noch männlich identifizieren. Eine ungehinderte Persönlichkeitsentfaltung sei nur dann möglich, wenn man auf eindeutige Geschlechtszuordnungen verzichte.[75] Wenn schon das Geschlecht in der Rechtsprechung ein kaum noch anerkanntes Differenzierungskriterium ist, erscheint es antiquiert, wenn der Gesetzgeber seinen Opferschutz auf die weibliche Brust beschränkt. Möchte man nun die Brust trotz fehlender Anwendungsfälle in der Norm verankert wissen, ist insofern zumindest ein klarer, unmissverständlicher Gesetzestext wünschenswert, der sich an geschlechtsneutraler Sprache orientiert.

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „weiblichen Brust" i.S.d. § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB bleibt unklar. Eine Strafbarkeit des Downblousing ist – jedenfalls nach der derzeitigen Rechtslage – nicht zu unterstützen.

b) „Gegen Anblick geschützt"

Bezogen auf die weibliche Brust ist die Formulierung insofern nicht stimmig, als dass man von dieser im Regelfall nicht mehr sieht, als die Trägerin bewusst zeigt. Anwendungsbeispiele, bei denen eine Strafbarkeit dann noch in Betracht käme, sind jedoch kaum denkbar. Lediglich in Fällen, in denen der Täter von unten unter ein weit wallendes Oberteil oder in eine Bluse hineinfotografiert oder filmt, bei der sich versehentlich ein Knopf gelöst hat und sich somit einen Einblick auf Teile der weiblichen Brust verschafft, kommt eine Strafbarkeit in Betracht.[76] De facto besteht folglich kaum ein nennenswerter Anwendungsfall beim Downblousing.

3. Subjektiver Tatbestand: Bedarf es einer sexuellen Motivation des Täters?

Anders als es noch der Bundesrat in seinem Gesetzentwurf forderte[77], stellt der Tatbestand des § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht nur das absichtliche, sondern auch das wissentliche Ablichten der weiblichen Brust und das Übertragen der Aufnahmen unter Strafe. Dies soll einer Eingrenzung des Anwendungsbereichs dienen.[78] Nicht hinreichend strafwürdige Verhaltensweisen, die nur auf bedingten Vorsatz zurückzuführen sind, werden so richtigerweise aus dem Anwendungsbereich entnommen. Eine solche Restriktion erscheint im Hinblick auf folgende Beispiele sinnvoll: Angehörige der Presse müssen keine Strafverfolgung fürchten, wenn sie eine aus dem Auto aussteigende Prominente fotografieren, der dabei versehentlich der Rock hochrutscht. Straflos bleibt es auch, wenn jemand leicht bekleidete Personen, die auf einer Treppe sitzen, fotografiert und dabei unbeabsichtigt die Unterhose einer Frau mitfotografiert.[79]

In diesen Alltagssituationen ergibt sich die Gefahr, dass grundsätzlich geschützte Bereiche aus unterschiedlichsten Gründen, wie bspw. des Standorts, des Blickwinkels oder des Bewegungsverhaltens der betroffenen Person, sichtbar werden. Dem Fotografen muss es jedoch weder auf die Herbeiführung, noch auf die Ausnutzung einer solchen Situation angekommen sein, sodass die Eingrenzung insofern gelungen ist.[80]

Während für den in Nr. 3 geregelten Fall Wissentlichkeit vorausgesetzt wird, hat der Gesetzgeber keine konkrete Vorsatzform für die in Nr. 2 genannten Fälle aufgenommen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll bedingter Vorsatz im Hinblick auf eine Tat nach Nr. 1 genügen.[81] Ungeklärt bleibt, ob der Vortäter auch (entsprechend zu Nr. 1) wissentlich oder absichtlich gehandelt haben muss oder ob eine objektive Tatbestandsverwirklichung genügt. Während der Wortlaut, der sich auf eine nach Nr. 1 (vom Vortäter absichtlich oder wissentlich) hergestellte Bildaufnahme bezieht, für Ersteres streitet, steht dem jedoch eine teleologische Auslegung von Nr. 2 entgegen: Eine solche Einschränkung lediglich auf wissentlich oder absichtlich handelnde Vortäter erscheint, insbesondere im Hinblick auf das schützenswerte Interesse der Betroffenen und nicht zu vernachlässigende Nachweisschwierigkeiten, nicht sinnvoll. Folglich reicht für diese Fälle das Vorliegen von dolus eventualis im Hinblick auf die in Nr. 1 getätigten Aufnahmen aus.

Im Hinblick auf die Frage, ob es ferner einer sexuellen Motivation des Täters bedarf, heißt es in der Gesetzesbegründung[82], dass das Recht des Opfers, nicht zum Gegenstand sexuell konnotierter Betrachtung zu werden, geschützt werden soll. Das würde denklogisch eine sexuelle Motivation seitens des Täters voraussetzen. Jedoch passt das nicht zu dem in Rede stehenden Tatbestand, der keine über den Vorsatz hinausgehende subjektive Komponente vorsieht. Unabhängig von der missverständlichen Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber jedoch im Tatbestand richtigerweise keinerlei sexuelle Motivation vorausgesetzt, denn die Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung ist nicht abhängig von der Motivation des Täters. Insofern ist die Formulierung gelungen.

4. Sozialadäquanzklausel, § 184k Abs. 3 StGB

Aus § 184k Abs. 3 StGB ergibt sich, dass solche Handlungen nicht vom Tatbestand erfasst sind, die in Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen verfolgt werden, namentlich der Kunst oder Wissenschaft, der Forschung oder Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dienen. Der Gesetzgeber orientierte sich dabei an dem Wortlaut des § 201a Abs. 4 StGB[83] und übernahm den in Rede stehenden Absatz nahezu wortgleich. Während § 201a StGB jedoch das Recht am eigenen Bild als

[75] *BVerfG* v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16; NJW 2017, 3643.
[76] *Walter,* ZRP 2020, 16; *Eisele/Straub,* KriPoZ 2019, 367 (372).
[77] BT-Drs. 19/15825, S. 17.
[78] *Joecks/Jäger,* StGB, 13. Aufl. (2021), § 184k S. 367; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 23; *Laue*, in: NK-StGB, § 184k Rn. 7; BT-Drs. 19/20668, 16.
[79] So auch *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 371, die Bildaufnahmen, bei denen der Intimbereich nur anlässlich einer Fotografie zu anderen Zwecken mit abgebildet werden, als nicht ausreichend erachten.
[80] BT-Drs. 19/17795, S. 16.
[81] BT-Drs. 19/15825, S. 17.
[82] BT-Drs. 19/20668, S. 15.
[83] *Ziegler,* in: BeckOK-StGB, § 184k Rn. 14.

Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung begrenzt auf den höchstpersönlichen Lebensbereich schützt,[84] nennt die Gesetzesbegründung bei § 184k StGB als Schutzgut neben dem höchstpersönlichen Lebensbereich die sexuelle Selbstbestimmung.[85] Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Schutzgüter, überzeugt eine Übernahme der Sozialadäquanzklausel in den Tatbestand des § 184k Abs. 3 StGB nicht. Im Hinblick auf die sexuelle Selbstbestimmung ist nicht ersichtlich, dass eine Aufnahme zwar unbefugt, aber in einem überwiegenden berechtigten Interesse erfolgen kann. Schlechterdings ist kaum ein Fall denkbar, indem die Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung durch die Pressefreiheit gerechtfertigt werden könnte.[86] Allenfalls in Fällen, in denen die oder der Betroffene nicht zu erkennen ist, könnte die Pressefreiheit (ausnahmsweise) überwiegen. Worin dann allerdings Sinn und Zweck der Veröffentlichung liegen, bleibt zweifelhaft. Beim Anfertigen einer Aufnahme zu wissenschaftlichen Zwecken ist die vorherige Einholung eines Einverständnisses letztlich zumutbar. Schließlich ergibt sich aus der Norm kein klares Verhältnis zwischen den Tatbestandsmerkmalen der „Unbefugtheit" (§ 184k Abs. 1 Nr. 1, 3 StGB) und der „berechtigten Interessen" (§ 184k Abs. 3 StGB). Denklogisch hat jeder, der im überwiegenden Interesse handelt, gleichzeitig eine Befugnis,[87] sodass beide Begrifflichkeiten nicht gleichzeitig erfüllt sein können. Somit sind keine nennenswerten Anwendungsfälle denkbar, in denen eine Sozialadäquanzklausel gerechtfertigt wäre.[88]

5. Antragserfordernis, § 184k Abs. 2 StGB

§ 184k StGB ist als relatives Antragsdelikt ausgestaltet. In den meisten Fällen kann es nicht zu einem Strafantrag kommen: Ein Strafantrag ist nur dann denkbar, wenn der Täter für das Opfer sichtbar eine Aufnahme der geschützten Bereiche tätigt oder das Opfer im Nachhinein durch Zeugen hierauf aufmerksam gemacht wird. In diesen Fällen erscheint ein Strafantragserfordernis sinnvoll, weil das Opfer selbst entscheiden kann, ob es den Vorfall als private Angelegenheit behandeln oder die Strafverfolgungsbehörden hinzuziehen möchte. Maßgeblich betroffen ist die Intimsphäre des Opfers, sodass es sachgerecht erscheint, das Opfer über eine Strafverfolgung entscheiden zu lassen. So wird ihm die Möglichkeit belassen, den damit verbundenen Gefahren wie einer sekundären Viktimisierung oder unangenehmen Fragen zum Tathergang zu entgehen.[89]

In den meisten Fällen handelt es sich bei dem Upskirting und Downblousing jedoch um eine heimliche Tat.[90] So erscheint es als unwahrscheinlich, dass ein Opfer sich auf Fotos auf Internetplattformen wiederentdeckt, wenn nur ein kleiner Bereich ohne besondere Identifizierungsmerkmale auf den Aufnahmen abgebildet ist.

Das mag im ersten Moment für einen eher symbolischen Charakter der Vorschrift sprechen, da der Gesetzgeber zwar materiell die verpönten Verhaltensweisen unter Strafe stellt, jedoch eine effektive Strafverfolgung aufgrund eines Strafantrags seitens des Opfers von vornherein ausgeschlossen hat. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber jedoch das Einschreiten von Amts wegen bei einem besonderen öffentlichen Interesse etabliert. Erhalten die Strafverfolgungsbehörden bspw. Kenntnis davon, dass in den sozialen Netzwerken oder auf Internetplattformen entsprechende inkriminierte Fotos zirkulieren, ist es diesen möglich, auch bei unbekanntem Täter und Opfer ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Zudem ist im Hinblick auf die angestrebte Generalprävention ein öffentliches Interesse in Fällen anzunehmen, wo der bekannte Täter wiederholt tätig geworden ist.[91]

Denkbar wäre daher, ein Strafantragserfordernis nur in Fällen des § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB vorauszusetzen. Dort geht es lediglich um die unbefugte Aufnahme der geschützten Körperbereiche und damit im Kern um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers. Kommt es hingegen zu einer (unkontrollierten) Zugänglichmachung an Dritte (Nr. 2 und 3), steht nicht mehr nur die individuelle Selbstbestimmung des Opfers im Vordergrund, sondern auch der Schutz aller Betroffenen, die zukünftig zu potenziellen Opfern von Upskirting und Downblousing werden könnten. Hier stehen also generalpräventive Erwägungen im Vordergrund. Ein Antragserfordernis sollte in Fällen des § 184k Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB, bei denen das Opfer unbekannt ist, daher entfallen.

IV. Gelungene systematische Einordnung der Vorschrift: § 184k StGB als Sexualdelikt

Ausweislich der Gesetzesbegründung und im Zusammenspiel mit der Aufnahme des § 184k StGB in den 13. Abschnitt des StGB wird deutlich, welchem Schutzgut diese Norm zu dienen bestimmt ist: Primär geschützt ist die sexuelle Selbstbestimmung und sekundär das Recht am eigenen Bild.[92] Erstgenanntes umfasse auch das Recht, „selbst darüber zu bestimmen, ob und inwieweit man durch Abbildung des Intimbereichs zum Gegenstand sexuell konnotierter Betrachtung durch andere werden will".[93]

Offen bleibt demnach, ob diese Einordnung des Upskirting und Downblousing als Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung dem Unrechtsgehalt dieser Taten gerecht wird. Als Gegenentwurf wurde eine Verankerung in § 201a StGB und damit im 15. Abschnitt angedacht. Dass beim Upskirting eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild im Fokus stehen soll, wie es noch der ursprüngliche

[84] *Graf,* in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 10; *Eisele,* in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 3; *Tag,* in: NK-StGB, § 201a Rn. 2; BT-Drs. 19/17795, S. 9.
[85] BT-Drs. 19/15825, S. 1.
[86] Siehe dazu: *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 367.
[87] *Fischer,* StGB, § 184k Rn. 14.
[88] So auch *Renzikowski*, in MüKo-StGB, § 184k Rn. 22.
[89] *Renzikowski,* in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 30.
[90] BR-Drs. 443/19, S. 7, 12.
[91] BT-Drs. 19/15825, S. 18.
[92] So auch die Empfehlung des djb in seiner Stn. 19-16 vom 11.7.2019; *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 184k Rn. 2; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 1.
[93] BT-Drs. 19/20668, 15; ebenso bereits BT-Drs. 19/15825, 2 und 9; *Joecks/Jäger*, StGB, § 184k S. 367; *Renzikowski*, in: MüKo- StGB, § 184k Rn. 1; krit. *Kötz*, IPBR 2020, 147.

Gesetzentwurf der Bundesregierung[94] vorsah, ist jedoch nicht überzeugend. Nicht hinreichend berücksichtigt würde dadurch die Motivation des Täters, die typischerweise sexualbezogen ist[95], und das Geschehen in der Wahrnehmung eines Außenstehenden. Eine Behandlung des Upskirting als Sexualdelikt hebt ferner die besondere Bedeutung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung in der Rechtsordnung hervor. Eine Einordnung in den 13. Abschnitt ist somit zielführend und folglich gelungen.

V. Weitere Konsequenzen einer Kriminalisierung

Nicht außer Acht zu lassen sind potentiell negative Folgen für das Opfer, die sich aus einer belastenden Beweisaufnahme ergeben können. Die Gefahren sekundärer Viktimisierung, eines „victim-blamings"[96] und Opferstigmatisierung sind dabei nicht zu vernachlässigen.[97]

Wenn es um die Frage geht, inwiefern sich der Täter eines Downblousing strafbar gemacht hat, muss sich das Opfer mit Feststellungen dahingehend konfrontiert sehen, ob und in welchem Umfang Dekolleté-Einblicke zu sehen waren, die bei normaler Betrachtung auf Augenhöhe nicht zu sehen gewesen wären. Ebenso birgt die Formulierung „soweit diese gegen Anblick geschützt sind" im Zusammenhang mit dem Downblousing die Gefahr unangenehmer Fragen dahingehend, wie gut und angemessen der Bereich geschützt war, ob die Bedeckung noch sozial adäquat war und wie umfassend ein Schutz vor fremden Einblicken sein muss.[98] Nicht ausgeschlossen werden kann das Einfließen stereotypischer Narrative von angemessener, anständiger Kleidung. Eine solche Beweisaufnahme ist nicht nur beschämend und unwürdig, sondern führt auch in den wenigsten Fällen zu einem belastbaren Ergebnis.

Im Falle des Upskirting besteht zudem die Gefahr, dass die Einordnung der betroffenen Personen als „Opfer eines Sexualdelikts" mit negativen Stereotypen verbunden werden könnte. Problematisch wird dies immer dann, wenn sie sich auf die negative Vorstellung beziehen, die Betroffene habe es durch die Kleidung provoziert. In Ausnahmesituationen kann jedoch eine schonende Vernehmung des Opfers nach § 255a Abs. 2 S. 1 StPO angedacht werden, die eine Entfernung des Angeklagten für die Dauer der Vernehmung aus dem Sitzungssaal oder eine audiovisuelle Übertragung der Zeugenvernehmung aus einem anderen Raum in der Hauptverhandlung ermöglicht. Jedoch sind hier letztlich auch die prozessualen Rechte des Angeklagten zu wahren. In weniger schwerwiegenden Fällen kann dem (potentiellen) Opfer daher nicht jegliche Belastung erspart bleiben.

VI. Verbleibende Strafbarkeitslücken

1. Voyeuristisches Spannen

Der Tatbestand knüpft erst an den Teilakt des Upskirting bzw. Downblousing an. Fälle, in denen der Täter sich mithilfe eines Geräts einen Einblick auf die geschützten Körperbereiche verschafft, ohne jedoch den Auslöseknopf zu drücken, bleiben straflos. Der Gesetzgeber schuf kein eigenständiges Unrecht für den voyeuristischen Teilakt des Spannens, was zunächst im Hinblick auf die davon ebenso betroffene sexuelle Selbstbestimmung inkonsequent erscheint.[99] Jedoch liegt ein deutlicher Unterschied zwischen dem voyeuristischen Spannen und dem Tätigen von Bildaufnahmen darin, dass Letzteres immer die Gefahr einer Perpetuierung der Rechtsgutsverletzung durch analoges oder digitales Teilen birgt. Ebenso bleibt das wiederholte Ansehen von einmal getätigten Aufnahmen straflos.

2. Straflose Nacktaufnahmen des gesamten Körpers und strafbare Aufnahmen von bekleideten Teilbereichen

Zudem besteht Unklarheit über das Verhältnis zwischen Upskirting-Aufnahmen und dem Fotografieren nackter Personen samt Großabbildungen der Geschlechtsorgane. Aus dem § 201a Abs. 3 StGB ergibt sich lediglich eine Strafbarkeit hinsichtlich des Anfertigens von Nacktaufnahmen Minderjähriger im Zusammenhang mit einer kommerziellen Nutzung. Im Umkehrschluss wird das unerlaubte Tätigen und Weiterleiten von Aufnahmen unbekleideter Erwachsener samt fokussierter Großaufnahme des Intimbereichs durch § 201a StGB, der dem 15. Abschnitt zugeordnet ist, dann nicht mit Strafe bedroht, sofern sich die abgelichtete Person in nicht geschützten Rückzugsbereichen wie etwa einer Saunalandschaft oder einem FKK-Bad aufhält.[100]

§ 184k StGB würde nur greifen, wenn man den Schutz vor Einblicken umfassend verstünde, also nicht beschränkt auf Kleidungsstücke. Der Wortlaut lässt eine solche Ausweitung auf andere Sichtschutzvorrichtungen zu, wohingegen die Gesetzesbegründung[101] lediglich von einem Blickschutz vermittelt durch Bekleidung spricht. Bei Etablierung der Norm nahm der Gesetzgeber maßgeblich die Fälle in den Blick, in denen eine Aufnahme durch gezielte Überwindung des lediglich durch die Kleidung vermittelten Sichtschutzes erfolgte.[102] Insofern ist hier von einer Strafbarkeitslücke auszugehen.

---

94 BT-Drs. 19/17795, S. 3, 9.

95 *Bonnin/Berndt,* NJOZ 2020, 129 (130); z.Stn. des djb zur Strafbarkeit des Upskirtings v. 11.7.2019; BT-Drs. 19/15825, S. 2, 9, 10, 13, 15.

96 Bei dem sog. *„victim-blaming"* handelt es sich um eine Umkehr von Täter und Opfer, bei der die Schuld für die Tat bei dem Opfer selbst gesucht wird.

97 *Kötz*, IPRB 2020, 143 (147).

98 *Möbius*, https://www.juraforum.de/ratgeber/strafrecht/upskirting-heimliches-fotografieren-unter-den-rock#_ftn4 (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

99 *Berghäuser,* ZIS 2019, 463 (474).

100 *Berghäuser,* ZIS 2019, 463 (469); BT-Drs. 15/2466, 5.

101 BT-Drs. 19/15825, 16.

102 BT-Drs. 19/17795, 13; vgl. bereits BT-Drs. 19/15825, 1, (9); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 15.

Ebenso führen die §§ 33 Abs. 1, 22 KUG zu keiner Strafbarkeit, sofern die Person nicht erkennbar ist. Hingegen soll das Abbilden der bloßen Unterwäsche einer nicht identifizierbaren Person strafbar sein im Rahmen des § 184k StGB.[103] Dies erscheint im Hinblick auf das vergleichbare Unrecht wertungswidersprüchlich. Denkbar wäre eine Einstufung als Ordnungswidrigkeit oder eine Anpassung des § 201a StGB dahingehend, dass auch solche Handlungen zukünftig erfasst werden.

VII. Schlussbetrachtung

Zusammenfassend handelt es sich bei § 184k StGB um eine insgesamt gelungene Gesetzesreform: Die Strafbarkeit des Downblousing überzeugt zwar im Hinblick auf die zweifelhafte Strafwürdigkeit, die unklare Formulierung der „weiblichen Brust" als zu schützender Bereich und die fehlende Justiziabilität nicht, sodass eine Herausnahme aus dem Tatbestand sinnvoll erscheint. Jedoch ist die Kriminalisierung im Hinblick auf das Upskirting gelungen: Dabei handelt es sich um ein strafwürdiges Verhalten, das im Gegensatz zum Downblousing in vielen Fällen eine effektive Strafverfolgung zulässt. Zudem wurde der Upskirting-Tatbestand, der auf die Genitalien und das Gesäß als geschützte Bereiche abstellt, hinreichend bestimmt gefasst.

Ein vom Gesetzgeber aufgenommenes Strafantragserfordernis macht nur in den in § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Fällen Sinn, in denen das Opfer das Vorgehen bemerkt. In allen anderen Fällen ist die Aufnahme von Ermittlungen im Rahmen des Legalitätsprinzips geboten. Eine Einschränkung des Strafantragserfordernisses auf die Fälle der Nr. 1 erscheint damit sinnvoll. Zudem ist, mangels kaum denkbarer Anwendungsfälle, die Sozialadäquanzklausel obsolet und gehört folglich ebenfalls dem Straftatbestand des § 184k StGB entnommen.

Obgleich an manchen Stellen noch Verbesserungs- und Konkretisierungsbedarf seitens des Gesetzgebers besteht, ist die Botschaft der Etablierung des § 184 k StGB doch eindeutig: In einer Zeit, in der Gleichberechtigung sowie angemessener Respekt vor Frauen in der Gesellschaft eine immer wichtigere Rolle spielen, kann und darf ein solches Verhalten nicht straflos bleiben. § 184k StGB ebnet erstmals seit 2021 einer Strafverfolgung den Weg und setzt nebenbei ein längst überflüssiges politisches Statement: Eine Lösung des Problems kann nicht sein, dass dem weiblichen Geschlecht zugehörigen Personen die Kleiderordnung vorgeschrieben wird, sondern dass sich die Gesetzgebung ändert.

[103] *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 4; *Kötz*, IPBR 2020, 143 (147); *Eisele/Straub,* KriPoZ 2019, 367 (372).

Künstliche Intelligenz und Kriminalität

von Hauke Bock und
*Prof. Dr. Katrin Höffler**

Abstract
*Kriminalität ist letztlich eine Spielart menschlichen Verhaltens. Da das menschliche Verhalten von der Implementierung Künstlicher Intelligenz (KI) verändert wird, geschieht dies auch mit diesem besonderen Bereich, der Kriminalität. Während dies für einzelne Phänomene – so z.B. beim automatisierten Fahren – teilweise schon breit auch von den hiesigen Strafrechtswissenschaften aufgegriffen wurde, ist ein grundsätzlicher Blick auf die verschiedenen betroffenen Ebenen (Täter*innen, Taten, Opfer und Verbrechenskontrolle) vor allem in der englischsprachigen Literatur zu finden.[1] Daher soll durch diesen Beitrag eine kriminologische Perspektive, modelliert durch das hiesige Strafrecht als Bezugspunkt, ergänzt werden.*

Crime is essentially a variation of human behaviour. As human behaviour is changed by the implementation of Artificial Intelligence (AI), this also applies to the particular area of crime. While this has already been widely addressed by German criminal law for specific phenomena, such as automated driving, a fundamental view of the different aspects involved (offenders, offences, victims, and crime control) can be found mainly in the anglophone literature. Therefore, this paper aims to add a criminological perspective, modelled by the German criminal law as a point of reference.

I. Arbeitsdefinition „Künstliche Intelligenz“

Will man sich dem Thema „KI und Kriminalität“ nähern, so bedarf es zunächst einer Definition des konturierenden Analysegegenstandes, hier also insbesondere des schillernden Begriffs der „Künstlichen Intelligenz“.[2] Die Disziplinen sind sich über die Fächergrenzen hinweg einig, dass eine einheitliche Definition für die Künstliche Intelligenz bisher jedoch nicht gefunden werden konnte.[3] So versuchte etwa die EU-Kommission in der Vergangenheit, sie als „Systeme mit einem ‚intelligenten‘ Verhalten, die ihre Umgebung analysieren und mit einem gewissen Grad an Autonomie handeln, um bestimmte Ziele zu erreichen“[4] zu definieren. Derartige Definitionsansätze sind nicht nur zirkulär,[5] sie scheitern vor allem daran, dass bereits eine einheitliche Beantwortung der Frage, was Intelligenz ist, die Wissenschaft vor erhebliche Herausforderungen stellt.[6]

Die unterschiedlichsten Disziplinen versuchen trotzdem, den so unscharfen Begriff der Künstlichen Intelligenz mit Leben zu füllen, zu konturieren.[7] Auch für die Zwecke der kriminologischen Analyse ist eine Arbeitsdefinition der Künstlichen Intelligenz notwendig, um den Gegenstand der folgenden Betrachtungen nicht uferlos werden zu lassen. Eine Möglichkeit, dies zu erreichen, ist eine möglichst technologieneutrale und zukunftssichere Definition durch eine erweiterbare Aufzählung der Technologien, die mit dem Begriff der Künstlichen Intelligenz gemeint sein sollen. Diesen Weg wählt nun offenbar auch die EU-Kommission. In ihrem Vorschlag zu einer Regulierung der Künstlichen Intelligenz durch einen sog. Artificial Intelligence Act wird ebenfalls auf folgende Aufzählung von Techniken und Ansätzen verwiesen:[8]

ANNEX I

ARTIFICIAL INTELLIGENCE TECHNIQUES AND APPROACHES referred to in Article 3, point 1
(a) Machine learning approaches, including supervised, unsupervised and reinforcement learning, using a wide variety of methods including deep learning;

---

* *Prof. Dr. Katrin Höffler* ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtssoziologie an der Universität Leipzig; *Hauke Bock* ist dort als Wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig. Der vorliegende Beitrag geht zurück auf einen Vortrag im Rahmen der Ringvorlesung „Künstliche Intelligenz, Data Science und Gesellschaft“ an der Georg-August-Universität Göttingen, veranstaltet vom Campus Institute for Data Science (CIDAS) im Wintersemester 2021/22.

1 *King et al.,* Artificial Intelligence Crime, in: Science and Engineering Ethics 26 (2020), 89; *Pagallo,* AI and bad robots. The criminology of automation, in: McGuire/Holt, The Routledge Handbook of Technology, Crime and Justice, 2017, 643; *Hayward/Maas*, Artificial Intelligence and Crime, in: Crime Media Culture 17 (2021), 209; *Broadhurst et al.,* Artificial Intelligence and Crime. A Research Report for the Korean Institute of Criminology (2019).

2 Auf eine Definition von Kriminalität soll an dieser Stelle verzichtet werden und stattdessen auf die Diskussion um den Verbrechensbegriff als Rahmen des Auftrags der kriminologischen Forschung verwiesen werden (s. nur *Eisenberg/Kölbel,* Kriminologie, 7. Auflage [2017], § 1 Rn. 30 ff. m.w.N.; *Meier,* Kriminologie, 6. Auflage [2021], § 1 Rn. 5 m.w.N.; *Singelnstein/Kunz,* Kriminologie, 8. Auflage [2021], § 1 Rn. 27 ff.).

3 *Kaulartz/Braegelmann,* Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning (2020), Kap. 1 Rn. 2; *Humm/Buxmann/Schmidt,* in: Gethmann et al., Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 13 (18); *Krafft et al.,* Defining AI in Policy vs. Practice, 2020, online abrufbar unter: https://arxiv.org/pdf/1912.11095.pdf (zuletzt abgerufen am 18.7.2022).

4 EU-Kommission, COM (2018) 237 final, 25.4.2018, S. 1.

5 *Herberger,* NJW 2018, 2825 (2826).

6 Siehe nur *Legg/Hutter,* A Collection of Definitions of Intelligence 2007, online abrufbar unter: https://arxiv.org/pdf/0706.3639.pdf (zuletzt abgerufen am 18.7.2022) für mehr als 70 Definitionsversuche verschiedener Disziplinen.

7 *Krafft et al.,* Defining AI in Policy vs. Practice, 2020, online abrufbar unter: https://arxiv.org/pdf/1912.11095.pdf (zuletzt abgerufen am 18.7.2022); *Grewal*, A Critical Conceptual Analysis of Definitions of Artificial Intelligence as Applicable to Computer Engineering, in: IOSR Journal of Computer Engineering 2014, Vol. 16, Iss. 2, 9 (13); *Oshida,* Artificial Intelligence for Medicine (2021), Kap. 1.1; *Söbbing,* Rethinking Law 1/2019, 33; *Russel/Norvig,* Artificial Intelligence – A Modern Approach, 4. Auflage (2021), S. 1 ff.

8 EU-Kommission, COM (2021) 206 final, 21.4.2021.

(b) Logic- and knowledge-based approaches, including knowledge representation, inductive (logic) programming, knowledge bases, inference and deductive engines, (symbolic) reasoning and expert systems;
(c) Statistical approaches, Bayesian estimation, search and optimization methods.

An diesem eher weit gefassten Katalog[9] soll sich auch das diesem Beitrag zugrunde liegende Verständnis des Begriffs der Künstlichen Intelligenz orientieren.

II. Potenzielle Berührungspunkte von KI und Kriminalität

Nachdem geklärt ist, was mit Künstlicher Intelligenz bezeichnet sein soll, stellt sich nun die Frage, was für Berührungspunkte es zwischen KI und Kriminalität geben kann. Die Kriminologie unterteilt ihren Untersuchungsgegenstand klassischerweise in die Bereiche Verbrechen, Verbrecher*innen, Verbrechenskontrolle und Viktimologie[10] bzw. Tat, Täter*innen, Opfer und soziale Kontrolle[11]. Es liegt daher nahe, auch die Untersuchung der Auswirkungen des Fortschritts im Bereich der Künstlichen Intelligenz auf die Kriminalität anhand dieser Einteilung zu gliedern. Um Redundanzen zu vermeiden und Bezüge besser verdeutlichen zu können, sollen die Auswirkungen auf die Tat und den*die Täter*in gemeinsam dargestellt werden. Die potenziellen Berührungspunkte sind somit die Auswirkungen der KI auf Täter*innenseite (III.), die Auswirkungen der KI auf Opferseite (IV.) und die KI als Mittel der sozialen Kontrolle (V.).[12]

III. KI auf Täter*innenseite

Zunächst sollen die bereits eingetretenen oder jedenfalls absehbaren Auswirkungen der KI auf Täter*innenseite betrachtet werden. Dass technologische Fortschritte auch immer neue kriminelle Möglichkeiten bedeuten, ist dabei keine Besonderheit der Künstlichen Intelligenz. Wann immer Menschen neue Technologien entwickelt haben, sind diese auch für kriminelle Zwecke missbraucht worden. Das Automobil wurde als Mordwerkzeug und Fluchtwagen genutzt, Telefonanschlüsse für Erpresseranrufe und „Enkeltricks“ und das Internet dient jeden Tag als Schauplatz für eine Vielzahl anonymer Bedrohungen und Beleidigungen. Die Liste ließe sich fortsetzen.

1. KI als Tatmittel

Es liegt somit nahe, dass auch die als Künstliche Intelligenz bezeichneten Technologien als Tatmittel verwendet werden können, was auch bereits geschieht.[13] Teilweise handelt es sich dabei lediglich um neue Spielarten bekannter Tatmuster, teilweise aber auch um eine neue Qualität krimineller Phänomene.

a) Deepfakes

Ein erstes Phänomen ist die Verwendung sog. Deepfakes. Allgemein sind diese der Mehrheit der Bevölkerung wohl eher aus unterhaltsamen Apps oder einer viralen Fake-Weihnachtsansprache der Queen des britischen Senders Channel 4[14] bekannt. Es handelt sich dabei um Bild- und Tonaufnahmen von Personen, die mithilfe Künstlicher Intelligenz hergestellt oder verändert werden und den Eindruck der Echtheit erwecken sollen.[15] Man kann unter Zuhilfenahme von Deepfakes die abgebildeten Personen Handlungen vornehmen oder Äußerungen tätigen lassen, die nie stattgefunden haben. Unterschieden wird dabei zwischen „Face Swap“, dem Austausch der Gesichtszüge, „Lip Sync“, der Anpassung der Mundbewegungen an eine andere Audiodatei, und „Puppetmaster“, bei der das äußere Erscheinungsbild der Person von einem*einer Schauspieler*in bewegt wird.[16] Diese Technologie lässt sich nicht nur zu Unterhaltungszwecken oder für sinnvolle Verwendungen wie die Unterstützung von Menschen mit Sprachbehinderungen einsetzen,[17] sondern bietet auch erhebliches Kriminalitätspotenzial.[18]

Zu Beginn des Missbrauchs der Deepfakes wurden diese vor allem für die Fälschung pornografischen Materials genutzt, indem die Gesichter berühmter Schauspielerinnen mit den Gesichtern der Darstellerinnen vertauscht wurden.[19] Mit zunehmender Verbreitung und Verbesserung der Technologie, die zudem häufig als Open Source verfügbar ist,[20] wachsen auch die Möglichkeiten für ihren Einsatz im Rahmen von Betrugsdelikten, Nötigungen, Erpressungen und Bedrohungen. Zudem sind mit Deep Fakes untermauerte Desinformationskampagnen denkbar, die als neue Qualität der Fake-News-Problematik betrachtet werden können.[21] Einige erachten die mit dem Missbrauch von Deepfakes einhergehenden Gefahren als die in absehbarer Zeit größte kriminelle Bedrohung im Zusammenhang mit KI.[22] Besonders perfide ist dabei, dass die dringend nötige Aufklärung über die Möglichkeiten der Deepfake-Technologien ihrerseits zur Gefahr für die demokratische Gesellschaft werden kann, wenn sie zu einem pauschalen Misstrauen auch gegenüber verifizierten Quellen, statt zu einem reflektierten und kritischen Um-

---

9 *Spindler,* CR 2021, 361 (363).
10 Grundlegend *Kaiser*, Kriminologie, 3. Auflage (1996), S. 1, 207 ff.
11 Ähnlich auch *Göppinger/Bock,* Kriminologie, 6. Auflage (2008), § 1 Rn. 1; *Singelnstein/Kunz* (Fn. 2), § 2 Rn. 1; *Meier* (Fn. 2), § 1 Rn. 5, 29, 31. Zur „Offenheit“ dieses Gegenstandes *Eisenberg/Kölbel* (Fn. 2), § 1 Rn. 1 ff.
12 *Hayward/Maas* (Fn. 1), S. 214 ff. klassifizieren ebenfalls bedenkenswert nach „Crimes *with* AI“, „Crimes *on* AI“ und „Crimes *by* AI“.
13 Vgl. *Brundage et al.,* The Malicious Use of Artificial Intelligence (2018), online abrufbar unter: https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1802/1802.07228.pdf.
14 https://www.youtube.com/watch?v=IvY-Abd2FfM (zuletzt abgerufen am 7.7.2022).
15 *Thiel,* ZRP 2021, 202.
16 *Farid/Schindler*, Deep Fakes. On the Threat of Deep Fakes to Democracy and Society, 2020, S. 15 f.
17 *Lantwin*, MMR 2019, 574 (575).
18 *Thiel,* ZRP 2021, 202 (203).
19 *Thiel,* ZRP 2021, 202 (203); *Lantwin*, MMR 2019, 574 (575).
20 *Farid/Schindler* (Fn. 16), S. 16.
21 *Holznagel*, MMR 2018, 18; *Thiel,* ZRP 2021, 202 (203).
22 *Caldwell/Andrews/Tanay/Griffin,* AI-enabled future crime, in: Crime Science 9:14 (2020), S. 6 f.

gang (auch) mit bewegten Bildern führt (sog. „liar's dividend").[23]

b) Cyberangriffe

Eine zweite phänomenologische Kategorie lässt sich unter den Oberbegriff „Cyberangriffe" fassen. Hierbei ist zu beachten, dass diese nicht zwingend mit der Verwendung der als Künstliche Intelligenz bezeichneten Technologien einher gehen müssen. Trotzdem zeigt sich auch hier deutlich die Tendenz, dass bereits bekannte kriminelle Begehungsweisen im digitalen Raum durch KI verändert, verstärkt oder ausgeweitet werden können.

Bisher sind erfolgreiche Cyberangriffe meist entweder von großer Präzision geprägt und auf ein konkretes Zielobjekt zugeschnitten[24] oder sie setzen auf ein hohes Maß an Automatisierung und die pure Wucht der Masse.[25]

Ein prominentes Beispiel für die erste Fallgruppe sind Angriffe mit sog. Ransomware.[26] Dabei werden Systeme v.a. von Unternehmen, aber auch von Privatpersonen von häufig hochprofessionell vorgehenden kriminellen Hacker*innen infiltriert und verschlüsselt. Anschließend erfolgt eine Lösegeldforderung, ohne deren Zahlung die Systeme nicht wieder freigeschaltet werden. Im Gegensatz dazu wird beispielsweise bei DDoS-Attacken (Distributed Denial-of-Service) eine Vielzahl gleichzeitiger Anfragen von zuvor infiltrierten Rechnern automatisiert an die angegriffene Webressource gesendet, um ihre Verfügbarkeit durch die Überlastung der Kapazitäten zu stören. Die Durchschlagskraft ergibt sich aus der schieren Menge der Anfragen.[27]

Durch die missbräuchliche Verwendung künstlich intelligenter Systeme ist nun zu befürchten, dass sich die Cyberangriffe spezifisch *und* massenhaft durchführen lassen, indem beispielweise die Schwachstellen in einer Vielzahl von Netzwerken mit Methoden des reinforcement-learnings automatisiert ausfindig gemacht werden, ehe diese gleichzeitig in einer konzertierten und für jedes System spezifischen Weise attackiert werden.[28]

c) Phishing

Ganz ähnlich verhält es sich mit anderen bereits bekannten Kriminalitätsphänomenen wie dem sog. Phishing. Dabei wird versucht, eine der häufigsten Schwachstellen technischer Systeme auszunutzen: den*die Benutzer*in, was auch als „social engineering" bezeichnet wird.[29] Diese*r soll zur Preisgabe von Informationen wie Zugangsdaten oder Passwörtern oder zur unbeabsichtigten Installation von Malware, z.B. durch dubiose Links, gebracht werden, indem unter falscher Identität einer dem Opfer bekannten Person oder Institution Kontakt aufgenommen wird.[30] Beinahe jede*r hat dies wohl schon am eigenen (Computer-)Leib erfahren: solche Nachrichten etwa per E-Mail sind enorm häufig, aber meist auch sehr leicht zu erkennen. Die Erfolgsquote ist dementsprechend niedrig. Der Profit für die Kriminellen ergibt sich erst aus dem automatisierten Versand an eine große Zahl potenzieller Opfer.[31]

Auf einzelne Opfer zugeschnittenes und dadurch schwerer erkennbares Vorgehen, sog. „spear-phishing", ist die Ausnahme und – wie man in der legalen Wirtschaft wohl sagen würde – nur schlecht skalierbar.[32] Eben dies könnte sich ändern, wenn die große Zahl der Adressat*innen beibehalten werden könnte, die Nachrichten aber durch Anpassungen mittels lernender Systeme auf eine höhere Erfolgsquote trainiert werden könnten.[33] Die erhöhte Erfolgsquote in Kombination mit der Vielzahl an Versuchen ließe den Schaden dementsprechend in die Höhe schnellen.

d) Hate Speech durch Social Bots

Die Kommunikation in sozialen Netzwerken wird immer häufiger durch sog. „Social Bots" infiltriert. Dabei handelt es sich um autonome Computerprogramme, die zunehmend besser in der Lage sind, textbasierte menschliche Kommunikation täuschend echt zu imitieren.[34] Diese kommen vor allem in überwiegend textbasierten sozialen Netzwerken wie Twitter zum Einsatz und machen dort inzwischen einen erheblichen Teil der Kommunikation aus.[35] Während sog. „benevolent Bots"[36] vor allem von Kundendiensten oder zu Werbezwecken eingesetzt werden, können mittels „malicious Bots"[37] Falschinformationen verbreitet oder angebliche Mehrheitsmeinungen vorgetäuscht werden, um die öffentliche Meinungsbildung zu beeinflussen. Strafrechtlich relevant werden die so verbreiteten Inhalte insbesondere dann, wenn diese als sog. „Hate Speech" einzuordnen sind, insbesondere in Form von Beleidigungsdelikten oder Volksverhetzung. Dabei ist zu unterscheiden: Der Social Bot kann von vornherein darauf trainiert sein, Hassreden zu verbreiten, sei es durch Reposting oder durch das Erstellen eigener Beiträge.[38] Der lernende Algorithmus kann aber auch von ihrerseits

---

23 *Chesney/Citron,* California Law Review 2019, 1753 (1785 f.); *Thiel,* ZRP 2021, 202 (203).

24 Siehe für ein prominentes Beispiel nur *Kushner,* The real story of Stuxnet, online abrufbar unter: https://spectrum.ieee.org/the-real-story-of-stuxnet (zuletzt abgerufen am 13.7.22).

25 *Caldwell/Andrews/Tanay/Griffin* (Fn. 22), S. 9.

26 *Kochheim,* Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2. Auflage (2018), Kap. 3 Rn. 441 ff.

27 Vgl. etwa *LG Düsseldorf*, MMR 2011, 624 zur Strafbarkeit der DDoS-Attacken als Erpressung (§ 253 StGB) und Computersabotage (§ 303b StGB).

28 *Caldwell/Andrews/Tanay/Griffin* (Fn. 22), S. 9.

29 *Caldwell/Andrews/Tanay/Griffin* (Fn. 22), S. 7 f.

30 *Boddy,* Phishing 2.0: the new evolution in Cybercrime, in: Computer Fraud & Security Bulletin 11/2018, 8.

31 *Vergelis/Shcherbakova/Sidorina,* Spam and Phishing in 2018, online abrufbar unter: https://securelist.com/spam-and-phishing-in-2018/89701/ (zuletzt abgerufen am 13.7.22).

32 *Caldwell/Andrews/Tanay/Griffin* (Fn. 22), S. 8.

33 *Bahnsen/Torroledo/Camacho/Villegas,* DeepPhish: Simulating Malicious AI, 2018, online abrufbar unter: https://albahnsen.files.wordpress.com/2018/05/deepphish-simulating-malicious-ai_submitted.pdf (zuletzt abgerufen am 18.7.2022).

34 *Volkmann,* MMR 2018, 58 (59).

35 *Kochheim* (Fn. 26), Rn. 683 ff.

36 *Freitas/Benevenuto/Veloso/Ghosh,* Social Network Analysis and Mining (2016), S. 1, 3.

37 *Volkmann,* MMR 2018, 58 (59).

38 *Freitas/Benevenuto/Veloso/Ghosh* (Fn. 36), S. 1, 5.

böswilligen anderen Nutzer*innen gezielt dazu gebracht werden, da er von den Äußerungen seiner Umgebung lernt. Das wohl berühmteste Beispiel ist der Chat-Bot „Tay“ der Firma Microsoft, der am 23. März 2016 bei Twitter online ging. Bereits nach kurzer Zeit begann dieser, rassistische, sexistische und antisemitische Tweets abzusetzen, sodass Microsoft gezwungen war, das Experiment bereits nach 16 Stunden abzubrechen und den aus dem Ruder gelaufenen Social Bot offline zu nehmen. Einige Internettrolle hatten den lernenden Algorithmus gezielt mit Fragen und Aussagen attackiert, die dieser schnell lernte und übernahm.[39] Auch wenn diese Begebenheit bereits über sechs Jahre zurückliegt, zeigt sie doch das Missbrauchspotenzial, das selbst in nicht von vornherein „böswilligen“ Social Bots liegt.

e) Autonome Transportmittel als Tatwerkzeuge

Keine neue Erscheinung, sondern eine technische Erweiterung bereits bekannter Tatmuster würde der absehbare kriminelle oder auch terroristische Gebrauch autonomer Transportmittel als Tatwerkzeuge darstellen.

Fahrzeuge dienen schon lange als Tatmittel für Gewaltdelikte, sei es mittelbar als mit Sprengstoff beladene „Auto-Bombe“ oder selbst als gegen Personen geführte Waffe. Kraftfahrzeuge sind leicht verfügbar, aufgrund ihrer Allgegenwart bis zum Tatort unauffällig und insbesondere in terroristischen Attacken gegen Menschenmengen von erschreckender Gefährlichkeit. Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch selbstfahrende Fahrzeuge in dieser Weise genutzt werden, sobald sie verfügbar sein sollten. Das Fahrzeug müsste dann nicht einmal mehr von dem*der Täter*in selbst gesteuert werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die verbaute Sicherheitstechnik einen zweckwidrigen Einsatz im Vergleich zur heutigen Situation bei Anwesenheit im Fahrzeug deutlich erschweren dürfte und durch die Täter*innen erst umgangen werden müsste. Es scheint allerdings nicht vorstellbar, dass die gezielte Zweckentfremdung durch den*die Verwender*in in jeder Situation durch Sicherheitsvorkehrungen verhindert werden kann.[40]

Ähnliches gilt für den Einsatz von Drohnen. Auch diese werden in nicht autonomen Varianten bereits heute durch Kriminelle eingesetzt, etwa für Drogen- oder Waffenschmuggel in Gefängnisse.[41] Auch hier sind Angriffe mit autonomen Varianten, ggf. organisiert in großer Zahl oder mit Sprengstoff oder Waffen bestückt, denkbar. Eine Steuerung durch die Täter*innen in Reichweite wäre dann nicht mehr notwendig, was Gegenmaßnahmen erschweren würde.[42]

2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Gerade im Zusammenhang mit dem autonomen Fahren stellen sich zudem schwierige Fragen bezüglich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit.[43] Während bisher vor allem der gezielte Missbrauch künstlich intelligenter Systeme für kriminelle Zwecke im Fokus stand, also die Verwirklichung von Vorsatzdelikten, geht es hierbei insbesondere um eine denkbare Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Ob und wer überhaupt strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden kann, wenn ein selbstfahrendes Kraftfahrzeug einen Unfall verursacht, bei dem andere Menschen verletzt oder getötet werden,[44] steht seit einiger Zeit im Zentrum einer lebhaft geführten Debatte in der Strafrechtswissenschaft,[45] erwähnt werden sollen daher nur einige Punkte, die für die kriminologische und viktimologische Rezeption dieser strafrechtlichen Aufarbeitung von Bedeutung sein können.

Zunächst kämen für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit weiterhin die „Fahrer*innen“ in Betracht, wenn man die Insassen autonomer Fahrzeuge überhaupt noch so bezeichnen kann. Diesen kann eine Sorgfaltspflichtverletzung aber nur dann vorgeworfen werden, wenn sie das Fahrzeug noch beherrschen und kontrollieren können, was im Fall vollständig autonomer Fahrzeuge gerade nicht mehr gegeben wäre.[46] Etwas anderes kann nur gelten, wenn sich schon vor Inbetriebnahme Fehler zeigen, das Fahrzeug trotz solcher Hinweise nicht gestoppt wird oder Benutzungsregeln missachtet werden.[47]

Es ist daher zu erwarten, dass die Hersteller der Fahrzeuge stärker in den Fokus des Strafrechts rücken könnten, wenn Fahrzeuge nicht dem Stand von Wissenschaft und Technik entsprechen oder Produktbeobachtungs- und betreuungspflichten verletzt wurden.[48] Auch hier bedürfte es für eine Strafbarkeit jedoch einer individuellen Sorgfaltspflichtverletzung, deren Nachweis in Anbetracht der arbeitsteiligen Entwicklung, Programmierung und Produktion des autonomen Fahrzeugs nur schwer gelingen dürfte.[49] Ganz ähnlich verhält es sich mit der ebenfalls in Betracht kommenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zulieferern oder Zulassungsverantwortlichen.[50]

---

39 *Beuth,* Twitter-Nutzer machen Chatbot zur Rassistin, online abrufbar unter: https://www.zeit.de/digital/internet/2016-03/microsoft-tay-chatbot-twitter-rassistisch (zuletzt abgerufen am 13.7.22).

40 *Caldwell/Andrews/Tanay/Griffin* (Fn. 22), S. 7.

41 *Hans,* Der Himmel über Stadelheim, online abrufbar unter: https://www.sueddeutsche.de/muenchen/muenchen-jva-drohnen-abschuss-1.5068621 (zuletzt abgerufen am 13.7.22).

42 *Caldwell/Andrews/Tanay/Griffin* (Fn. 22), S. 9.

43 *Hilgendorf,* in: FS Roßnagel, 2020, S. 545 (554 f.); *Lohmann,* Strafrecht im Zeitalter von KI, 2021; *Schuster,* in: Beck/Kusche/Valerius, Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, 2020, S. 387.

44 Für den zivilrechtlichen Schadensersatz greift die Gefährdungshaftung des Halters (§ 7 StVG). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit basiert jedoch auf der individuellen Schuld des Täters, hier ist ein solcher Weg daher aus guten Gründen versperrt, dazu *Hilgendorf* (Fn. 43), S. 545 (554); *ders.,* JA 2018, 801 (803).

45 Siehe für einen Überblick *Hilgendorf,* JA 2018, 801; allgemein zu den strafrechtlichen Fragen *Chibanguza/Kuß/Steege/Lutz,* Künstliche Intelligenz, 2022, S. 389 ff.; *Steinert,* SVR 2019, 5; zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit *Sander/Hollering,* NStZ 2017, 193; *Schuster,* DAR 2019, 6; *Sandherr,* NZV 2019, 1; zu den Sorgfaltspflichten *Valerius,* in: Hilgendorf, Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 9; zur Perspektive der Strafverteidigung *Staub,* NZV 2019, 392; zu Dilemmasituationen *Beck,* in: Hilgendorf , 2017, S. 117; *Joerden,* in: Hilgendorf, 2017, S. 73; *Hilgendorf,* in: Hilgendorf, 2017, S. 143; *Weber,* NZV 2016, 249.

46 *Schuster,* DAR 2019, 6 (11).

47 *Hilgendorf,* JA 2018, 801 (803); *Schuster* (Fn. 43), S. 395.

48 *Sander/Hollering,* NStZ 2017, 193 (197 f.); *Schuster,* DAR 2019, 6 (8 f.); *Schuster* (Fn. 43), S. 396 ff.; vgl. die bereits heute in § 1f Abs. 3 StVG geregelten Pflichten.

49 *Schuster,* DAR 2019, 6 (9).

50 *Sander/Hollering,* NStZ 2017, 193 (199).

Zu den nicht nur philosophisch, sondern auch juristisch meistdiskutierten Fragen in diesem Zusammenhang gehört das „richtige" Verhalten autonomer Fahrzeuge in Dilemmasituationen.[51] Auch auf diese soll hier nicht vertieft eingegangen werden, den meisten dürften die Problemstellungen bekannt sein: [52] Wie soll sich das Fahrzeug verhalten, wenn trotz aller Sicherheitsfunktionen eines von mehreren Schadensszenarien nicht mehr zu vermeiden ist? Soll eine Abwägung der zu erwartenden Schäden erfolgen und wenn ja, nach welchen Kriterien? Nach Alter, Anzahl oder Vorverhalten der betroffenen Personen? Nach dem ursprünglich eingeschlagenen Fahrweg? Nach dem bestmöglichen Schutz für die Fahrzeuginsassen? Die besondere Härte dieser Entscheidung für die Programmierung autonomer Fahrzeuge folgt daraus, dass sie anders als bei heutigen Unfallsituationen nicht mehr in Bruchteilen von Sekunden durch die Fahrer*innen erfolgt, die – wenn überhaupt – nur noch intuitiv reagieren können, sondern das Ergebnis einer abstrakt generalisierenden Wertungsentscheidung darstellt.[53] Die Leitlinien der Abwägung müssen auf Basis einer breiten gesellschaftlichen Diskussion durch den Gesetzgeber getroffen werden. Die Entscheidung darf nicht auf die einzelnen Hersteller oder gar die einzelnen Programmierer*innen abgewälzt werden, die sich dann ihrerseits der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würden.

Abgesehen von diesen Einzelsituationen soll an dieser Stelle auf ein weiteres Dilemma hingewiesen werden, das in den bisherigen Ausführungen deutlich geworden ist. Es zeichnet sich ab, dass der Einsatz autonomer Fahrzeuge in Zukunft insgesamt zu einer Reduzierung von Verkehrsunfällen führen wird. Solange diese aber vorkommen, wird es auch ein Bedürfnis der Geschädigten oder ihrer Hinterbliebenen nach strafrechtlicher Verantwortlichkeit für das Geschehene geben. Eben diese individuelle Vorwerfbarkeit wird mit zunehmender Automatisierung jedoch seltener oder jedenfalls schwieriger nachzuweisen und zu verfolgen. Die gesellschaftlich wünschenswerte Entwicklung hin zu weniger Unfällen wird also in Widerspruch zu der individuell unbefriedigenden Situation treten, dass eine strafrechtliche Verantwortung für den Einzelfall häufig nicht geklärt werden kann.

IV. KI auf Opferseite

Die Fortschritte auf dem Gebiet der künstlich intelligenten Systeme können aber auch auf der Seite der Kriminalitätsopfer Folgen haben. Einerseits kann ihre Verwendung zum Einfallstor für Täter*innen werden (1.), andererseits bieten sich aber auch Chancen, den Zugang zum Recht zu erleichtern (2.).

*1. KI als Einfallstor für Täter*innen*

Die KI kann unter anderem im Rahmen sog. „Adversarial Attacks" zum Ziel krimineller Angriffe werden. Dabei werden Input-Daten gezielt so manipuliert, dass sie von dem maschinell lernenden System falsch klassifiziert werden. Die Manipulation kann dabei u.U. so subtil sein, dass sie für menschliche Betrachter*innen nicht als solche zu erkennen ist.[54] Für den Bereich der Bilderkennung lässt sich auch dies am Beispiel des autonomen Fahrens illustrieren. So konnte gezeigt werden, dass sich die automatisierte Erkennung eines Stoppschildes manipulieren lässt, indem man das Verkehrsschild gezielt mit schwarzen und weißen Stickern beklebt.[55] Für das menschliche Auge war das Stoppschild weiterhin als solches zu erkennen und man hätte die schwarzen und weißen Punkte wahrscheinlich bei flüchtigem Hinsehen als Graffiti o.ä. abgetan. Die KI lag bei dieser Manipulation jedoch in manchen Konstellationen zu 100 % falsch und interpretierte das Stoppschild etwa als Anweisung, 45 km/h zu fahren. Welche Gefahren sich daraus sowohl für gezielte Attacken gegen einzelne Fahrzeuginsass*innen als auch für terroristische oder kriminelle Angriffe gegen willkürliche Opfer ergeben können, dürfte offensichtlich sein.

Ein anderes Beispiel für KI auf Opferseite als Einfallstor für kriminelle Taten kann in Angriffen auf sog. Smart Speaker, also intelligente, sprachbasierte Assistenzsysteme gesehen werden, die in mehr und mehr Wohnungen zu finden sind.[56] Durch diese Installation tief in der Privatsphäre und die Vielzahl an Konten, die für eine möglichst bequeme Nutzung hinterlegt werden, stellen Amazon Echo und Co. sehr attraktive Ziele für Hacker*innen dar.[57] Das verstärkt sich noch, je mehr „Smart Home"-Anwendungen – bis hin zum Haustürschloss – verbunden werden.

2. KI zur Opferunterstützung

Abgesehen von diesen Gefahren können KI-Systeme aber andererseits auch genutzt werden, um Opfer von Straftaten zu unterstützen, indem ihnen insbesondere der Zugang zum Recht erleichtert wird.

Im Bereich des niedrigschwelligen Zugangs zum Recht haben nicht nur KI-gestützte Systeme, sondern Legal Tech-Anwendungen allgemein bisher im juristischen Bereich ihre große Stärke. Dies spielt bisher im Privatrecht eine deutlich größere Rolle, man denke nur an standardisierte Tools für Massenverfahren wie „Flightright" oder „Conny". Doch auch für Opfer von Straftaten können automatisierte Systeme ihren Beitrag leisten, um etwa die Hemmschwelle zu einer Anzeige bei den Strafverfolgungsbehörden zu senken.

---

51 Statt vieler *Weber,* NZV 2016, 249 m.w.N.

52 Zumeist illustriert am berühmten Weichensteller-Problem, vgl. *Welzel,* ZStW 1951, 47 (51 ff.).

53 *Sander/Hollering,* NStZ 2017, 193 (201 f.).

54 *Kurakin et al.*, Adversarial Attacks and Defences Competition (2017), S. 2, online abrufbar unter: https://bit.ly/3ztjBzB (zuletzt abgerufen am 18.7.2022).

55 *Eykholt et al.,* Robust Physical-World Attacks on Deep Learning Visual Classification (2018), 1625 ff., online abrufbar unter: https://openaccess.thecvf.com/content_cvpr_2018/papers/Eykholt_Robust_Physical-World_Attacks_CVPR_2018_paper.pdf (zuletzt abgerufen am 18.7.2022).

56 https://de.statista.com/prognosen/999788/deutschland-besitz-von-smart-home-geraeten (zuletzt abgerufen am 13.7.22).

57 Beispiele für Vorgehensweisen vgl. https://www.srlabs.de/bites/smart-spies (zuletzt abgerufen am 13.7.22).

Ein Beispiel ist das Projekt zur Entwicklung eines Chat-Bots zur Aufbereitung von Anzeigen im digitalen Raum durch die Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime (ZAC NRW).[58] Dieser soll insbesondere dabei helfen, Anzeigen bei hate speech im Internet zu strukturieren und Polizei und Staatsanwaltschaft so die Möglichkeit geben, die Taten mit einer größeren Wahrscheinlichkeit aufklären zu können. Der Schritt aus der digitalen Welt, in der die Beleidigung stattfindet, zu einer analogen Anzeige bei der Polizei wird selten gegangen, was dazu beiträgt, dass sich Täter*innen von hate speech allzu sicher fühlen können, mit ihren Taten davonzukommen. Hier setzen derartige Projekte an und sollen unkomplizierte, digitale Alternativen ermöglichen.[59]

V. KI als potenzielles Mittel der Sozialkontrolle

Die Einsatzmöglichkeiten von KI durch die Sicherheitsbehörden gehen jedoch noch weit über diese Verwendung hinaus. Im Sinne eines Einsatzes zur sozialen Kontrolle bieten sich Potenziale sowohl für die Gefahrenabwehr (1.), als auch für die Ermittlungsarbeit der Strafverfolgungsbehörden (2.) und den Strafprozess (3.).

1. Gefahrenabwehr

a) Predictive Policing

Lernende Systeme können in der präventiven Polizeiarbeit zum Beispiel dabei helfen, Prognosen zu erstellen. Diese als „Predictive Policing“ bezeichneten Prognosen werden gemeinhin in personenbezogenes und ortsbezogenes Predictive Policing unterschieden.[60]

Bei personenbezogenem Predictive Policing geht es vor allem um die algorithmenbasierte Erstellung einer Legalprognose.[61] Dies kann für die Prävention relevant sein, aber auch für die Sanktionsentscheidung, beispielsweise ob (der Rest) eine(r) Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann.[62] Beim ortsbezogenen Predictive Policing hingegen werden lokale Kriminalitätsschwerpunkte bestimmt, an denen mit der größten Wahrscheinlichkeit Straftaten begangen werden und an denen daher eine erhöhte Polizeipräsenz notwendig erscheint.[63]

Die meistdiskutierten Erfahrungen mit derartigen Systemen sind in den Vereinigten Staaten gemacht worden.[64] Dabei konnten auf den ersten Blick „Erfolge“ verzeichnet werden. Einige Prognosetools erzielten tatsächlich höhere Trefferquoten als menschliche Expert*innen.[65] Gleichzeitig wurden aber auch Probleme deutlich, die sich in ähnlicher Weise auch für andere Verwendungen künstlich intelligenter Systeme durch die Sicherheitsbehörden stellen: Zunächst ist die bekannte „Black Box“-Problematik zu nennen, der sich alle lernenden, induktiven Systeme gegenübersehen.[66] Es kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht im Einzelnen erklärt werden, warum ein bestimmter Risikoscore durch das Tool ausgegeben wird. In so grundrechtssensiblen Bereichen wie der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung stellt sich dann die Frage, ob dieser Score überhaupt herangezogen werden darf, wenn er nicht im Einzelnen begründet werden kann. Hier ließe sich einwenden, dass auch die Prognoseentscheidung durch menschliche Richter*innen insofern intransparent sein kann, als nicht alle bewussten wie unbewussten Einflussfaktoren offengelegt werden (können). Mit der Gleichsetzung der Intransparenz menschlicher und algorithmenbasierter Entscheidungen sollte aber überaus vorsichtig umgegangen werden.[67] Umso notwendiger ist weitere Forschung im vollkommen zurecht im Trend liegenden Feld der „Explainable AI“.[68]

Neben der Intransparenz der Entscheidungen stellt sich vor allem das Problem der Diskriminierung durch das personenbezogene Predictive Policing. Am prominentesten kritisiert wurde dies bei dem US-amerikanischen Risk-Assessment-Tool COMPAS, dem einige Untersuchungen höhere false-positive Raten bei PoC im Gegensatz zu weißen Testpersonen attestierten,[69] auch wenn die Studienlage diesbezüglich nicht eindeutig ist.[70] Es besteht stets die Gefahr, dass in den Trainingsdaten – und damit in den menschlichen Entscheidungen der Vergangenheit – angelegte Diskriminierungen oder jedenfalls Ungleichbehandlungen von der KI reproduziert werden und sich so verfestigen.

b) Intelligente Videoüberwachung

Unter dem Begriff der „intelligenten Videoüberwachung“ wird zudem die Nutzung von Bilderkennungssoftware für die automatisierte Auswertung von Videoaufnahmen durch die Polizei diskutiert, die in den Polizeigesetzen ei-

---

58 https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/zac/index.php (zuletzt abgerufen am 13.7.22).

59 Vgl. zum Ganzen die Ausführungen von *OStA Markus Hartmann* im Podcast „Talking Legal Tech“ des Legal Tech Lab Cologne, Folge 45 vom 19.10.21, online abrufbar unter: https://anchor.fm/legaltech/episodes/45-Wie-Legal-Tech-der-Staatsanwaltschaft-bei-der-Aufdeckung-von-Cybercrime-hilft-mit-Oberstaatsanwalt-Markus-Hartmann-e17smcc/a-a6np0sn (zuletzt abgerufen am 18.7.2022).

60 *Singelnstein,* NStZ 2018, 1.

61 *Sommerer,* Personenbezogenes Predictive Policing, 2020, S. 37.

62 Butz/Christoph/Sommerer/Harrendorf/Kaspar/Höffler, BewHi 2021, S. 241.

63 *Sommerer* (Fn. 61), S. 36 f.

64 *Singelnstein,* NStZ 2018, 1 (2).

65 *Holsinger et al.,* A Rejoinder to Dressel and Farid, in: Federal Probation 82 (2018), 51 (54); *Lin et al.*, The limits of human predictions of recidivism, in: Science Advances 6 (2020), S. 5; a.A. zum gleichen Tool *Dressel/Farid,* Accuracy, Fairness, and Limits of Predicting Recidivism, in: Science Advances 4 (2018), S. 3 f.

66 Statt vieler *Martini,* Blackbox Algorithmus - Grundfragen einer Regulierung künstlicher Intelligenz, 2019.

67 *Sommerer* (Fn. 61), S. 226 ff.

68 *Samek et al.*, Explainable AI (2019); *Bhatt et al.,* Explainable Machine Learning in Deployment (2020).

69 *Angwin et al.*, Machine Bias (2016), online abrufbar unter: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing.

70 Zu einem anderen Ergebnis anhand des gleichen Datensatzes kamen etwa *Dieterich/Mendoza/Brennan,* COMPAS Risk Scales (2016), S. 1 ff. und *Flores/Bechtel/Lowenkamp,* False Positives, False Negatives, and False Analyses, 2016, S. 43.

niger Bundesländer bereits eine rechtliche Regelung erfahren hat.[71] Zu unterscheiden ist zwischen der biometrischen Gesichtserkennung, Verhaltens- und Situationsanalysen sowie der Objekterkennung. So sollen, insbesondere an Kriminalitätsschwerpunkten wie Bahnhöfen, Videoaufnahmen in Echtzeit ausgewertet werden, um gefährliche Situationen frühzeitig erkennen und darauf polizeilich reagieren zu können.[72] Durch den Effizienzgewinn versprechen sich die Befürworter*innen einer solchen Technik vor allem einen geringeren Personalaufwand, als er zur menschlichen Überwachung von Videoaufnahmen erforderlich ist.[73]

Der in einer solchen dauerhaften Auswertung liegende Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung der von der Videoüberwachung erfassten Personen wiegt umso schwerer, als die Streubreite der Maßnahme enorm ist. Um einige gefährliche Situationen erkennen zu können, wird eine Vielzahl unbeteiligter Bürger*innen anlasslos einem Datenbankabgleich unterzogen.[74] Neben diesen tatsächlichen Grundrechtseingriffen ist auch der darüberhinausgehende Einschüchterungseffekt nicht zu unterschätzen, der aus dem subjektiven Empfinden einer Dauerüberwachung[75] folgen kann, wenn die intelligente Videoüberwachung vermehrt zum Einsatz kommen sollte.[76]

Aus der kriminologischen Forschung ist zudem bekannt, dass durch reine Überwachungsmaßnahmen Kriminalität lediglich verdrängt wird – an andere Orte, auf andere Zeitfenster, in Variationen der Begehungsweisen[77], und deshalb eine intelligentere und sozialere präventive Kriminalpolitik angestrebt werden sollte.

c) Sonstiges Data Mining

Die Mustererkennung in großen Datenmengen ist die Paradedisziplin der KI. Es verwundert daher nicht, dass sich Polizei und Geheimdienste dieses Potenzial – insbesondere zur Terrorabwehr – auch über die intelligente Videoüberwachung hinaus zunutze machen möchten. Diesem sog. „Data Mining" durch Sicherheitsbehörden hat das *BVerfG* mit seinem 2020 ergangenen Beschluss zum Antiterrordateigesetz (ATDG) jedoch Grenzen gesetzt.[78] Die Eingriffsintensität steigt dabei, je mehr Behörden Zugriff auf die analysierbaren Daten haben[79] und je mehr Möglichkeiten bestehen, komplexe Verknüpfungen herzustellen, aus denen sich neue Aussagekraft auch aus einzeln betrachtet uninteressanten Daten ergeben kann.[80] Gleichzeitig lässt sich die Durchschlagskraft erhöhen, je mehr Daten sowohl zu Trainingszwecken der lernenden Algorithmen als auch zur späteren Auswertung zur Verfügung stehen. Wie groß das Interesse insbesondere von Geheimdiensten an einem Zugriff auf möglichst große Datensätze ist, lässt sich beispielhaft an der kürzlich verkündeten Kooperation des britischen Geheimdienstes GCHQ mit dem zum Amazon-Konzern gehörenden Clouddienstleister AWS erahnen.[81]

2. Strafverfolgung

Das Potenzial der Bild- (a.) und Texterkennung (b.) durch künstlich intelligente Systeme ist aber nicht nur präventiv zur Gefahrenabwehr nutzbar. Auch von Strafverfolgungsbehörden können die Anwendungen zur Beweismittelauswertung verwendet werden.

a) Bilderkennung zur Beweismittelauswertung

Die bereits beschriebene Bilderkennung in Videoaufnahmen öffentlicher Räume kann dabei natürlich auch für die repressive Ermittlungsarbeit nützlich sein, um große Datenmengen auszuwerten.[82]

Großen Nutzen verspricht die Bilderkennung zurzeit allerdings vor allem für die strafrechtliche Verfolgung von Kinderpornografie.[83] Wird bei Ermittlungen in diesem Kriminalitätsbereich potenzielles Beweismaterial beschlagnahmt, stehen die Ermittlungsbehörden vor der Aufgabe, immer größere Datenmengen auswerten zu müssen.[84] Das potenziell kinderpornografische Material zu sichten und strafbare von nicht strafbaren Inhalten zu unterscheiden, stellt auch für erfahrene und psychologisch begleitete Ermittler*innen eine Belastung dar. Hier könnten KI-Systeme eine große Hilfe sein, um das Beweismaterial (vor) zu sortieren. So würden nicht nur die Ermittlungspersonen psychisch entlastet, sondern es könnten auch mehr Verfahren mit den zur Verfügung stehenden personellen Ressourcen betrieben werden.[85]

Die künstliche Erstellung von Bildmaterial kann den Ermittlungsbehörden zudem bei der Ermittlung und Bekämpfung von Tauschplattformen für kinderpornografisches Material im Darknet helfen. Dort werden häufig sogenannte „Keuschheitsproben" verlangt, um Zugang zu den einschlägigen Foren zu erhalten. Diese können nur

---

71 Siehe z.B. § 59 SächsPVDG für grenzüberschreitende Kriminalität.
72 *Kulick,* NVwZ 2020, 1622.
73 LT-Drs. BW 16/2741, S. 28.
74 *Kulick,* NVwZ 2020, 1624.
75 Angelegentlich dieser Stelle sei die Lektüre des Romans „Every" von Dave Eggers empfohlen, in dem eine dystopischen Welt gezeichnet wird, in der die totale Überwachung mit dem Ziel der totalen Straftatvermeidung bzw. allgemeinen Verhaltensmodifikationen herrscht. Entgegen der Annahme, dass sich die Menschen gegen die immer stärker zunehmende Überwachung wehren, wird dem Leser eine erschreckende Zukunftsvision vor Augen geführt.
76 BVerfGE 150, 244, 268 = NJW 2019, 827 (Kfz-Kennzeichen II).
77 *Eisenberg/Kölbel* (Fn. 2), § 52 Rn. 22 m.w.N.; *Göppinger/Schneider* (Fn. 11), § 30 Rn. 22; *Meier* (Fn. 2), § 10 Rn. 26 m.w.N.; *Singelnstein/Kunz* (Fn. 2), § 22 Rn. 35 m.w.N.
78 *BVerfG*, NVwZ 2021, 226 = NJW 2021, 690; *Golla,* NJW 2021, 667.
79 *Golla,* NJW 2021, 668; zum „informationellen Trennungsprinzip" zwischen Geheimdienst und Polizei siehe nur *BVerfG*, Urt. v. 26.4.2022 – 1 BvR 1619/17, Rn. 170 ff.
80 Vgl. BVerfGE 115, 320 (350); *Golla,* NJW 2021, 669.
81 *Warrel/Flides*, Amazon strikes deal with UK, Financial Times, online abrufbar unterhttps://www.ft.com/content/74782def-1046-4ea5-b796-0802cfb90260 (zuletzt abgerufen am 13.7.22).
82 *Kulick,* NVwZ 2020, 1622 (1625 f.); *Burkhardt,* Kriminalistik 2020, 336 (337).
83 *Kaulartz/Braegelmann/Peters* (Fn. 3), Kap. 12 Rn. 71; Justizministerium NRW, Pressemitteilung v. 5.8.2019, online abrufbar unter: https://www.land.nrw/pressemitteilung/kuenstliche-intelligenz-im-kampf-gegen-kinderpornographie (zuletzt abgerufen am 13.7.22).
84 *Burkhardt,* Kriminalistik 2020, 336 (337).
85 Vgl. die Ausführungen von *OStA Markus Hartmann* (Fn. 59).

„bestanden“ werden, indem kinderpornografisches Material hochgeladen wird.[86] Durch die darin liegende Strafbarkeit soll die Infiltrierung durch Ermittlungsbehörden verhindert werden.[87] Künstlich erstelltes Material kann den Ermittler*innen die Möglichkeit geben, Zugang zu derartigen Foren zu erhalten, diese zu schließen und die beteiligten Personen zu ermitteln, um weitere Taten zu verhindern. Ob den Ermittlungsbehörden ein solches Vorgehen trotz des erstrebenswerten Ziels erlaubt sein soll, ist jedoch höchst umstritten.[88]

b) Texterkennung zur Beweismittelauswertung

Auch Texterkennungssysteme können zur Strukturierung großer Datensätze herangezogen werden, die Ermittlungsbehörden sonst vor nicht zu bewältigende Herausforderungen stellen würden. Dies kann insbesondere im Bereich der Wirtschaft- und Steuerkriminalität von Bedeutung werden. Als Anwendungsbeispiel können die sogenannten „Panama Papers“ oder auch die „Paradise Papers“ dienen.[89] Die geleakten Dokumente über Offshore-Konten bieten Anlass für eine Vielzahl von Ermittlungen, vor allem im Bereich der Steuerhinterziehung und der Geldwäsche.[90] Es kann dabei nötig werden, Wiederholungen bekannter Muster in den komplexen Verschleierungsstrukturen zu erkennen und die Ermittler auf solche hinzuweisen – die große Stärke künstlich intelligenter Systeme.[91] Wenn es gelingt, lernende Systeme auf typische Hinterziehungsstrukturen zu trainieren, kann das noch lange nicht ausgeschöpfte Potenzial der Leaks als Informationsquelle genutzt werden. Man hätte endlich einen Metalldetektor für die Nadel im Heuhaufen.

3. Strafprozess

Im Strafprozess ist es denkbar, dass KI-Systeme vor allem unterstützend eingesetzt werden können.

a) Unterschied zum Zivilprozess

Viele Legal Tech-Anbieter, von denen freilich nicht alle, aber doch einige auf KI-gestützte Systeme setzen, sehen das Potenzial ihrer Anwendungen vor allem in einem erleichterten Zugang zum Recht für ihre Kund*innen.[92] Dieses Versprechen bezieht sich dabei vor allem auf das Zivilrecht, in dem Legal-Tech-Anwendungen noch sehr viel mehr diskutiert werden und in einigen Bereichen schon durchaus verbreitet sind.[93] Dies gilt für den Strafprozess aus mehreren Gründen nicht in gleicher Weise.[94] Erstens gibt es im Strafprozess keinen vergleichbaren Bedarf nach einer Erleichterung des Zugangs zum Verfahren. Jedenfalls der*die potenzielle Täter*in möchte ja gerade nicht Teil des Verfahrens werden, das vielmehr der Staat anstrengt. Zweitens weist der Strafprozess regelmäßig eine höhere Grundrechtsrelevanz auf als das Zivilverfahren, so dass mehr Vorbehalte gegen die Verwendung neuer technischer Lösungen bestehen. Drittens können sich die Beteiligten nicht in gleicher Weise auf andere Wege der Konfliktlösung als das gerichtliche Verfahren im Rahmen ihrer Privatautonomie, ggf. unter Zuhilfenahme von KI-Lösungen, einigen. Und viertens gibt es im Bereich des Strafrechts weniger Innovation durch privatwirtschaftliche Unternehmen, weil die Gewinnaussichten nicht mit denen im zivilrechtlichen Bereich vergleichbar sind.

b) Urteilsvorhersage

In den Vereinigten Staaten ist es bereits vereinzelt gelungen, lernende System auf die Vorhersage von Gerichtsentscheidungen zu trainieren. So konnten etwa 70,2 % der Supreme Court Entscheidungen mittels einer Random Forest Methode korrekt vorhergesagt werden.[95] Ähnliche Systeme erscheinen vor allem aus Sicht der Verteidigung wünschenswert, um eine bestmögliche Prozessstrategie entwerfen zu können.[96] Zum jetzigen Zeitpunkt scheitern solche Systeme in Deutschland jedoch neben den systematischen Unterschieden zum anglo-amerikanischen Case Law[97] vor allem an der Verfügbarkeit einer ausreichenden Anzahl von Urteilen als Trainingsdaten. In Deutschland wird nicht einmal 1 % der ergangenen Urteile veröffentlicht,[98] darunter überwiegend obergerichtliche Rechtsprechung. Die Veröffentlichung von Instanzenrechtsprechung, die für die Schulung von Vorhersagesystemen von entscheidender Bedeutung wäre, stellt bislang die absolute Ausnahme dar,[99] ob sich dies bald ändert – wie im Koalitionsvertrag angekündigt[100] – bleibt abzuwarten.

*c) Entscheidungsunterstützung für Richter*innen*

KI-Systeme bieten jedoch auch für die richterliche Tätigkeit selbst Potenzial. Dabei geht es weniger um die – je nach Sichtweise utopische oder dystopische – Vorstellung eines Roboter-Richters,[101] sondern vielmehr um Ansätze für Unterstützungssysteme, die den Gerichten die alltägliche Arbeit erleichtern können.

---

86 *Gercke,* CR 2018, 480.
87 *Wittmer/Steinebach,* MMR 2019, 650.
88 *Wittmer/Steinebach,* MMR 2019, 650 (653); *Safferling,* DRiZ 2019, 206 (207); *Gercke,* CR 2018, 480.
89 *Kaulartz/Braegelmann/Peters* (Fn. 3), Kap. 12 Rn. 71.
90 *Schuhr,* NZWiSt 2017, 265; *Papathanasiou*, JA 2017, 88.
91 *Baur,* ZIS 2020, 275 (276); *Brüning,* in: Rotsch, Criminal Compliance – Status quo und Status futurus, 2021, S. 63, 75; *Kaulartz/Braegelmann/Peters* (Fn. 3), Kap. 12 Rn. 71.
92 Vgl. etwa prominente Beispiele wie Flightright, Conny etc., s.o.
93 Statt vieler *Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer,* JuS 2020, 625 sowie aus anwaltlicher Sicht *Hellwig/Ewer,* NJW 2020, 1783.
94 Zu Legal Tech im Strafrecht *Valerius,* ZStW 2021, 152.
95 *Katz/Bommarito/Blackman,* A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States, 2017, online abrufbar unter: https://ssrn.com/abstract=2463244 (zuletzt abgerufen am 18.7.2022)
96 *Kuhlmann,* LTO v. 14.6.2019, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/legal-tech/l/frankreich-legal-tech-beschraenkung-predictive-analysis-verbotene-erkenntnis/ (zuletzt abgerufen am 13.7.22).
97 *Hoch,* MMR 2020, 295 (297).
98 *Hamann,* JZ 2021, 656 (658).
99 *Hamann,* JZ 2021, 656.
100 „Mehr Fortschritt wagen”, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 106.
101 *Greco,* RW 2020, 29; *Dreyer/Schmees,* CR 2019, 758.

In Betracht kommt zum Beispiel eine Unterstützung bei der idealen Prozessplanung oder Terminansetzung, aber auch eine Unterstützung bei der Entscheidung selbst durch sogenannte Decision Support Systeme (DSS) ist denkbar.[102] Diese können etwa darauf ausgerichtet sein, die Effizienz der Entscheidung zu steigern, und sei es „nur" durch intelligente Textbausteine, die sich den bevorzugten Formulierungen der Richter*innen bei der Entscheidungsbegründung anpassen.[103] Aber auch qualitative Verbesserungen der gerichtlichen Entscheidungen sind im Grundsatz vorstellbar. Erhebliches Verbesserungspotenzial besteht etwa im Bereich der Strafzumessung, bei der die großen regionalen Unterschiede in der Strafhöhe für an sich vergleichbare Delikte seit Jahrzehnten bekannt sind.[104] Hier könnten Entscheidungs-Unterstützungssysteme genutzt werden, die üblicherweise für eine Tat verhängte Sanktion transparent zu machen und so zu mehr relativer Sanktionsgerechtigkeit beizutragen,[105] bzw. um jedenfalls eine technik-unterstützte Reflexions-„Schleife" einzuführen, die die Richter*innen zwingt, die von ihnen gewählte Strafe mit der in vergleichbaren Fällen „üblichen" Strafe zu vergleichen.[106] Abweichungen können so vielleicht bewusster gemacht werden, was idealerweise dazu führt, dass die Richter*innen sich verstärkt mit den spezifischen Besonderheiten des Falles auseinandersetzen. Freilich ist das auch ein wenig blauäugig – denn auf der anderen Seite weiß man aus psychologischen Studien, dass es dem Menschen schwerer fällt, sich über von „Technik", scheinbar objektiv, generierte Werte hinwegzusetzen (Automation Bias)[107], so dass die Gefahr besteht, dass Besonderheiten (auch denkbar unbewusst) „unter den Tisch gekehrt" werden, insbesondere weil sie zusätzliche Arbeit machen (Begründungslast!), und letztlich doch einfach der vom Computer ausgeworfene Wert übernommen wird. Gut vorstellbar ist, dass der (Königs-)Weg irgendwo dazwischen liegt; der imperfekte Mensch könnte durch Schulungen zum Umgang mit Vorschlägen eines Decision Support Systems besser darin werden, solche Ergebnisse zu verarbeiten, diesen etwas Kritisches entgegenzusetzen, und so könnte vielleicht in der Zukunft doch ein Zusatznutzen möglich sein.

VI. Schlussbemerkungen

Deutlich wurde, dass die KI enorme Gefahren durch Möglichkeiten schafft, mittels ihres missbräuchlichen Einsatzes Straftaten zu begehen. Es zeigt sich, dass innovative Methoden der Strafverfolgung und Prävention zum Teil ein notwendiges Spiegelbild der neuen Erscheinungsformen der Kriminalität darstellen, um mit den technologischen Entwicklungen Schritt zu halten und eine effektive Kriminalitätsbekämpfung weiterhin gewährleisten zu können.

Darüber hinaus stellen neue technische Möglichkeiten aber auch stets eine große Versuchung für den Sicherheitsapparat dar, diese für mehr Überwachung und Sicherheit zulasten der gesellschaftlichen Freiheit zu nutzen,[108] auch über ein der Bedrohungslage angemessenes Maß hinaus. Es bedarf daher klarer gesetzlicher Voraussetzungen und Anlassschwellen für den Einsatz künstlich intelligenter Systeme in der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr, um die Eingriffsintensität und die Streubreite der Maßnahmen zu regeln.

Dabei sind die mit einem Einsatz von KI im grundrechtssensiblen Bereich der Kriminalitätsbekämpfung einhergehenden Gefahren stets im Blick zu behalten: Die Probleme der Intransparenz lernender Systeme und der potenziellen Diskriminierung durch sie müssen für das hiesige Anwendungsfeld gelöst werden, sofern sie überhaupt lösbar sind, bevor ein flächendeckender Einsatz erfolgen kann.[109] Es klingt recht trocken: die Vorgaben an den Datenschutz, die Datensicherheit und die Datenübertragungssicherheit müssen gewährleistet werden. Darin verbirgt sich aber eine besondere Brisanz, denn was auf dem Spiel steht, ist letztlich die Freiheit selbst: Wie weit wollen wir gehen? Die totale Überwachung, wie im Roman „Every" von *Dave Eggers*[110]? Das „Überall Sichtbar Sein" schafft vielleicht ein solches Maß an Sozialkontrolle, dass kaum noch Straftaten begangen werden können, aber zu welchem Preis für all diejenigen, die auch ohne Überwachung rechtlich gesonnen sind. Denn wenn man diesen Gedanken zu Ende denkt: Wenn du immer beobachtet bist, machst du nicht mehr, was du willst, sondern was von dir erwartet wird. Der Mensch in der totalen Beobachtung ist nicht frei.

Strebt man also die totale bzw. jedenfalls scheinbare Gewissheit an, so zerstört dies letztlich die Freiheit.

Shoshanna Zuboff schreibt in ihrem vielgelesenen Buch „Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus": „Freiheit ist ohne Ungewissheit undenkbar. Ungewissheit ist das Medium, in dem der menschliche Wille sich in Form von Versprechungen ausdrückt."[111]

---

[102] *Nink,* Justiz und Algorithmen, 2021, S. 359 ff.

[103] Vgl. für derartige Systeme im Journalismus *Gräfe/Kahl,* MMR 2021, 121.

[104] *Grundies,* in: Neubacher/Bögelein, Krise-Kriminalität-Kriminologie, 2016, S. 511 (518 f.).

[105] *Giannoulis,* Studien zur Strafzumessung, 2014; *Kohn,* KI und Strafzumessung, 2021.

[106] *Kaspar/Höffler/Harrendorf,* NK 2020, 35 (50 ff.); *Butz/Christoph/Sommerer/Harrendorf/Kaspar/Höffler,* BewHi 2021, 241 (242).

[107] *Mosier et al.*, Automation Bias, in: International Journal of Aviation Psychology, 8 (1998), 47; *Skitka et al.,* Does Automation Bias Decision-Making?, in: International Journal of Human-Computer Studies, 51 (1999), 991; *Skitka et al.,* Accountability and Automation Bias, in: International Journal of Human-Computer Studies, 52 (2000), 701; *Cummings*, Automation and Accountability in Decision Support System Interface Design, in: Journal of Technology Studies, 32 (2006), 23 (25); dazu auch *Sommerer* (Fn. 61), S. 71 ff.; *Butz/Christoph/Sommerer/Harrendorf/Kaspar/Höffler,* BewHI 2021, 241 (254).

[108] *Singelnstein/Stolle,* Die Sicherheitsgesellschaft, 3. Auflage (2012), S. 32 f.; *Puschke,* in: FS Eisenberg, 2019, S. 695.

[109] Dies eindrücklich anmahnend *Sommerer* (Fn. 61), S. 344 f.; *Singelnstein*, NStZ 2018, 1, 7.

[110] Vgl. Fn. 75.

[111] *Zuboff*, Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus, 2018, S. 389.

Der nächste wichtige Punkt, nach dem Datenschutz, ist die Qualitätskontrolle: Es muss eine effektive und stetige Qualitätskontrolle sowohl technischer als auch juristischer Natur erfolgen.[112] Dies ist eine zentrale Grundvoraussetzung, damit künstlich intelligente Systeme überhaupt einen wertvollen Beitrag zu einer effektiven und verhältnismäßigen Kriminalitätsbekämpfung leisten können.

Zum Ende soll zudem noch eine Grundlinie i.S.e. Grenze gezeichnet werden: Jedenfalls die Letztentscheidung über die gerechte Strafe für menschliche Verfehlungen muss i.E. in menschlicher Hand bleiben.[113] Doch auch die Vorstufen sind schon umstritten. Teilweise wird vertreten, dass es keine richterliche Macht ohne richterliche Verantwortung geben soll.[114] Angeführt wird hierfür, stark zusammengefasst: Der Mensch ist verletzlich, und wie, in welcher Intensität, er von etwas (z.B. Strafe) getroffen wird, kann der Computer nie wirklich „kennen",[115] das kann nur simuliert werden,[116] und daher – kurz gefasst – müssen so einschneidende Entscheidungen wie das Verhängen einer Sanktion von einem Menschen getroffen werden, einem Richter, der „das Leben kennt".[117] Nur andere Entscheidungen, also Verwaltungsentscheidungen, sollen nach dieser Ansicht an die KI, den Roboter-Richter, überantwortet werden dürfen.[118] Andere sind freilich, was Teile der richterlichen Tätigkeit angeht, nicht so streng[119] und lassen mehr zu.

Da das Forschungsfeld äußerst dynamisch ist, mit Blick auf die Neuerungen aus den Computerwissenschaften, aber auch mit Blick auf die psychologischen Erkenntnisse zur Entscheidungsfindung, soll hier der Streit nicht entschieden werden, doch eben diese äußerste Grenze markiert werden: die Letztentscheidung muss in menschliche Hand, selbst wenn dieser Hand auch Fehler unterlaufen können. Dafür spricht nicht zuletzt auch ein spezialpräventiver Gedanke: Der Mensch als Gegenüber, als Straftäter*in vor dem*der Richter*in, braucht bei einem so schweren Eingriff, der in der Strafe liegt, auch den Diskurs, der im menschlichen Urteil liegt.

---

112 CEPEJ, European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, 2018, S. 10.

113 So auch CEPEJ (Fn. 112), S. 12; *Nink* (Fn. 102), S. 356 f.; *Greco,* RW 2020, 29.

114 *Greco,* RW 2020, 29.

115 Vgl. *Nida-Rümelin/Weidenfeld,* Digitaler Humanismus, 3. Aufl. (2018), S. 110.

116 *Turkle,* Alone Together. Why We Expect More from Technology and Less from Each Other, 3. Auflage (2017), S. 124; *Nida-Rümelin/Weidenfeld* (Fn. 115), S. 41.

117 *Greco,* RW 2020, 29 (49 f.).

118 *Greco,* RW 2020, 29 (53).

119 *Benning,* in: FS Herberger, 2016, S. 61 (67); *Chen*, Artificial Intelligence and Law 27 (2019), 15 (16); insb. zu Unterstützungssystemen *Nink* (Fn. 102), S. 452 ff.; *Kohn* (Fn. 105), S. 372 f., 376 (These 7).

Sitzungspolizeiliche Richterfürsten? Rechtsschutzdefizite bei sitzungspolizeilichen Maßnahmen im Strafprozess

*von PD Dr. Lars Berster**

Abstract
Der Beitrag diagnostiziert einen Mangel an Rechtssicherheit und -einheitlichkeit sowie schließungsbedürftige Lücken in der gegenwärtigen Ausgestaltung des Rechtsschutzregimes gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen von Vorsitzenden in der strafprozessrechtlichen Hauptverhandlung gem. § 176 GVG. Insbesondere vor dem Hintergrund des nach neuerem Verständnis auch richterliche Eingriffsakte umfassenden Gebots effektiven Rechtschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG plädiert er für eine klärende Regelung durch den Gesetzgeber.

The present contribution finds that the current state of German criminal procedural law offers no adequate legal remedy against court measures that are taken under the presiding judges' purview to uphold order within the courtroom ("Sitzungspolizei"). Accordingly, it speaks in favour of an intervention by the legislator.

I. Einführung

Das Schlagwort vom „Richterkönig" dient im gegenwärtigen Diskurs gemeinhin der kritischen Kennzeichnung einer gewärtigten Entwicklung von der „Herrschaft der Gesetze" zur „Herrschaft des Richterrechts",[1] einer „heimliche[n] Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat",[2] die davon geprägt sei, dass sich die Rechtsprechung zur Schließung realer oder gemutmaßter Rechtslücken als Ersatz-Legislativorgan betätigt. In einem vielfach beschränkteren Sinne aber taugt der Begriff auch zur Kennzeichnung jener im (Straf-)prozessrecht verstreuten richterlichen Eingriffsbefugnisse, die nicht in ein effektives Kontroll- und Korrekturregime eingebunden sind und dem Gericht insoweit quasi-autokratische Macht vermitteln. Dass sich beide rechtsstaatlich bedenkliche Erscheinungsformen des „Richterkönigtums" einmal kombiniert in derselben Rechtsmaterie wiederfinden, dürfte eine seltene Ausnahme bilden. Eine solche aber bietet – wie zu sehen sein wird – die gegenwärtige Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen nach § 176 GVG.

Die Sitzungspolizei umfasst Befugnisse zur Ermöglichung eines störungsfreien äußeren Sitzungsverlaufs und dient hierdurch dem Prozesszweck der Wahrheitsfindung innerhalb angemessener Frist,[3] sowie auch dem Schutz etwaig gefährdeter Individualrechtsgüter wie dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Angeklagten.[4] Ihre Maßnahmen können weitreichend und einschneidend sein. Gegenüber sogenannter „Konfliktverteidigung" haben sich sitzungspolizeiliche Maßnahmen nach § 176 GVG als richterliche Universalwaffe etabliert,[5] nachdem die einstmals mögliche Festsetzung anderer Ordnungsmittel (§§ 177 f. GVG – Entfernung aus dem Saal; Ordnungsgeld; Ordnungshaft) gegenüber der Verteidigung aus dem GVG gestrichen wurde.[6] Auch Rechte von Nichtverfahrensbeteiligten können erheblich tangiert werden, etwa wenn Journalisten die Bildberichterstattung beschnitten und das Mitschreiben verboten wird, oder private Prozessbeobachter politisch brisanter Prozesse als (vermeintliche) Störer am Zutritt gehindert werden.[7] Angesichts dessen muss es als misslich erscheinen, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten der dergestalt Beschwerten zurzeit erheblich lückenhaft und mit Unsicherheiten belastet ist. Um die Gründe dieses Rechtsschutzdefizits offenzulegen, sei nun zunächst die Entwicklung bis zum heutigen Stand des Rechtsschutzes gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen nachgezeichnet.

II. Der Weg zum Status quo

1. Die frühere Totalversagung fachgerichtlichen Rechtsschutzes

Bis vor wenigen Jahren dominierte der vom *BVerfG* noch im Jahr 1992 als „allgemeine Auffassung"[8] bezeichnete Standpunkt, dass den durch sitzungspolizeiliche Maßnahmen Beschwerten im Strafprozess überhaupt kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf zur Verfügung stehe. Als letzte Zuflucht jenseits der ordentlichen Gerichtsbarkeit – *Schumann* sprach in ähnlichem Kontext von „Pannenhilfe"[9] – blieb dann zumeist nur die langwierige Verfassungsbeschwerde. Diese These von der Totalversagung fachgerichtlichen Rechtsschutzes ruhte entscheidend auf zwei Säulen:

---

* Der Verfasser ist Vertreter der Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie (ehem. *Rainer Zaczyk*) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn sowie des Fachgebiets Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik (ehem. *Anja Schiemann*) an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster-Hiltrup.

1 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. (2018), S. VIII, § 12 Rn. 455; *Rieble*, FAZ v. 27.5.2015, S. N4; vgl. auch *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie, 7. Aufl. (2019), § 6 Rn. 5.

2 *Rüthers,* Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, passim.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie (Fn. 1), S. VIII.

3 *Wickern,* in: LR-StPO, Bd. 11, 26. Aufl. (2010), § 176 GVG Rn. 1.

4 BVerfGE 87, 334 (340), BVerfGE 91, 125 (136 f.); *Wickern,* in: LR-StPO (Fn. 3), § 176 GVG, Rn. 10; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 65. Aufl. (2022), § 176 GVG, Rn. 15; *Barczak*, NJ 2015, 361; krit. *Hauth*, Sitzungspolizei und Medienöffentlichkeit, 2017, S. 60 ff.

5 *Jahn*, NStZ 1998, 389 ff.

6 Art. I Nr. 10 des Gesetzes zur Entlastung der Gerichte v. 11.3.1921 (RGBl. 1921, S. 229 ff.).

7 Vgl. etwa *Greiser*, JA 1983, 429 ff.

8 *BVerfG*, Beschl. v. 11.11.1992 – 1 BvR 1606/92.

9 *Schumann*, NJW 1985, 1134; *Voßkuhle,* in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. (2010), Art. 93 Rn. 60 bei Fn. 309; *ders*., NJW 2003, 2193 (2194).

Zum einen konnte sie sich auf den Umstand stützen, dass sämtliche in der StPO und andernorts aufzufindenden fachgerichtlichen Rechtsbehelfe auf die Sitzungspolizei so recht nicht zu passen scheinen: Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 238 Abs. 2 StPO steht nur Verfahrensbeteiligten zur Verfügung, bietet nichtbeteiligten Prozessbeobachtern, Gerichtsreportern etc. jedoch keine Handhabe. Überdies wird zum Teil bezweifelt, ob sich sitzungspolizeiliche Maßnahmen überhaupt noch unter den Begriff der „sachleitenden Anordnungen" des § 238 Abs. 2 StPO fassen lassen, da sie primär auf die *Herstellung* äußerer Ordnung abzielen und sich somit nicht als sachleitende Verfahrensschritte im Rahmen einer *bestehenden* Ordnung darstellen können.[10] Der subsidiäre Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 EGGVG wiederum wird gemeinhin mit dem formalen Hinweis beiseite gewischt, dass dieser Rechtsbehelf ausdrücklich nur gegen Maßnahmen der Justiz*behörden* statthaft sei, als welche ein Gerichtsvorsitzender nicht gelten könne.[11] Mit ähnlicher Begründung wird sodann auch die Dienstaufsichtsbeschwerde ausgesondert: Sie sei von § 16 Abs. 3 AGGVG nur „für Angelegenheiten der Justiz*verwaltung*" vorgesehen und erfasse somit keine Entscheidungen, die „im Rahmen richterlicher Unabhängigkeit getroffen" werden.[12] Eine indirekte Überprüfung immerhin ermöglichte die Revision nach §§ 333 ff. StPO, die jedoch erneut nur Verfahrensbeteiligten zugänglich wäre, und auch dies erst nach ergangenem Urteil und somit zumeist nach Erledigung des Schutzanliegens. Bleibt schließlich noch die Beschwerde nach den §§ 304 StPO, 181 GVG, die sich eigentlich als geborener Rechtsbehelf gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen aufzudrängen scheint: Sie entfaltet keinen Suspensiveffekt und lädt mithin nicht zu missbräuchlichen Verfahrensblockaden ein; sie steht sofort und nicht erst ab dem Urteilszeitpunkt zur Verfügung, steht auch Nichtverfahrensbeteiligten offen und sieht nützlicherweise eine Abhilfemöglichkeit vor, im Rahmen derer sich Fehler eines im Eifer des Gefechts allzu forschen Vorsitzenden unkompliziert bereinigen lassen. Gegen die Statthaftigkeit der Beschwerde wird traditionell jedoch die Regelung des § 181 Abs. 1 GVG angeführt. Sie bestimmt, dass gegen die Festsetzung von Ordnungsmitteln nach §§ 178, 180 GVG binnen einer Woche Beschwerde eingelegt werden kann, schweigt jedoch zu den sitzungspolizeilichen Maßnahmen nach § 176 GVG. Hieraus wird *e contrario* geschlossen, dass die fristgebundene (sofortige) Beschwerde nach § 181 Abs. 1 GVG – und erst recht die nicht fristgebundene Beschwerde gem. § 304 StPO – gegen Maßnahmen nach § 176 GVG wohl gerade nicht statthaft sein sollen.[13] Für diese Lesart streiten auch der Wille des historischen Gesetzgebers[14] sowie das Bedürfnis, die Funktionsfähigkeit der (Straf-)Rechtspflege bei begrenzten Ressourcen gegenüber einer potenziell erdrosselnden Beschwerdeflut aufrechtzuerhalten.[15]

Zweitens konnte sich die Versagungsthese auf ein verbreitetes restriktives Verständnis des Art. 19 Abs. 4 GG stützen, wonach die Gewährung fachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen auch verfassungsrechtlich nicht geboten erschien, da diese Vorschrift nur demjenigen den Rechtsweg eröffnet, der durch die „öffentliche Gewalt" in seinen Rechten verletzt werde. Richterliche Gewalt aber – so die These – sei etwas anderes als öffentliche Gewalt im Sinne der Norm und stehe somit außerhalb der Rechtschutzgarantie.[16] Motivgebend für dieses restriktive Verständnis war in erster Linie die Sorge vor der verfassungsrechtlichen Institutionalisierung eines unendlichen Instanzenzugs: Wenn jede die öffentliche Gewalt kontrollierende Gerichtsentscheidung ihrerseits der Kontrollgarantie unterfiele, führte dies in eine infinite Kontrolle der Kontrolleure, in ein „Rechtsschutz-Perpetuum Mobile".[17] *Günter Dürig* brachte diese Überlegung auf die später vom *BVerfG* übernommene, apodiktische Formel: „Art. 19 Abs. 4 GG gewährt Schutz *durch* den Richter, nicht *gegen* den Richter."[18]

2. Verfassungsrechtliche Neubewertung

Seit den 1970er Jahren zeigte die verfassungsrechtliche Säule der Versagungsthese jedoch zunehmend Risse. Gegen das verfassungsrechtliche Dogma von der Nichterstreckung der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auf richterliche Entscheidungen meldeten sich gewichtige Literaturstimmen zu Wort, unter ihnen *Amelung* und *Voßkuhle*.

Amelung zog die Soziologie *Simmels* zurate, der als soziologischen Urtypus spezifisch rechtlicher Konfliktbewältigung nicht die Vermittlung durch Dritte mit anschließender Einigung oder gar die Unterdrückung des Schwächeren identifizierte, sondern allein die Streitbrechung durch Entscheidung eines unparteiischen Dritten, eines Schiedsrichters.[19] Dieses Dreieck aus zwei Konfliktparteien und einem neutralen Dritten – so *Amelung* – liege auch der Regelung des Art. 19 Abs. 4 GG zugrunde: Ihr Zweck sei es sicherzustellen, dass die Konfliktaustragung zwischen Staat und Grundrechtsträger in „dreipoliger" Form erfolgt, d.h. so, dass ein unparteiischer Dritter über den Konflikt der beiden Streitparteien entscheidet; die den Streit entscheidenden Regeln sollen also von einer neutralen Instanz festgestellt und nicht von der mächtigeren Partei oktroyiert werden. Die Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG laufe daher gegenüber solchen gerichtlichen Entscheidungen

[10] *Wickern,* in: LR-StPO (Fn. 3), § 176 GVG Rn. 2.; vgl. *Schmidt/Walter*, NStZ 2016, 506 m.w.N.

[11] Z.B. *OLG Hamburg*, NJW 1976, 1987; *OLG Hamburg*, NStZ 1992, 509; ebenso *Wickern,* in: LR-StPO (Fn. 3), § 176 GVG Rn. 1, 47.

[12] *Schmidt/Walter*, NStZ 2016, 505 ff., Fn. 21 m.w.N. Im Übrigen wäre die Dienstaufsichtsbeschwerde wie andere nicht-förmliche Rechtsbehelfe nach dem bekannten Bonmot ja ohnehin „form-, frist- und *frucht*los".

[13] BGHSt 17, 201; *OLG Zweibrücken*, StV 12/1988, 519; *OLG Nürnberg*, MDR 1969, 600; *OLG Zweibrücken*, NStZ 1987, 477; *OLG Hamburg*, NStZ 1992, 509; *KG Berlin*, Beschl. v. 27.5.2010 – 4 WS 61/10.

[14] *Hahn*, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 1 (1881), S. 883, 976.

[15] *OLG Thüringen*, Beschl. v. 26.10.2020 – 1 Ws 313/20.

[16] Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Lfg. 92 (08/2020), Art. 19 Rn. 96.

[17] Vgl. *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 299.

[18] *Maunz/Dürig*, Erstbearbeitung, Art. 19 Rn. 17; BVerfGE 4, 74 (96); 15, 275 (280); 49, 329 (340).

[19] *Simmel*, Soziologie, 7. Aufl. (2013), S. 85 ff.

leer, die aus der unparteilichen Drittperspektive heraus ergehen – denn dann habe die Rechtsschutzgarantie ihren Zweck ja bereits erreicht. Wird der Vorsitzende jedoch sitzungspolizeilich tätig, so verlässt er die neutrale Warte, tritt ins Lager des Staates und in die Funktion eines Gefahrenabwehrorgans ein.[20] Funktional betrachtet handelt er dann als Sonderordnungsbehörde zum Schutz einer funktionsfähigen Strafrechtspflege und der Rechtsgüter Anwesender – nicht selten unter Einschluss der eigenen Person, denn auch die Persönlichkeitsrechte von Richterinnen und Richtern stehen in der Sitzung nicht zur Disposition. Neutral ist das nicht mehr. Bei der Verhängung sitzungspolizeilicher Maßnahmen handelt es sich folglich um einen zweipoligen Konflikt zwischen Staat und Bürger, der noch der Kontrolle eines unparteiischen Dritten bedarf, und so gebietet laut *Amelung* der Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG die Einbeziehung sitzungspolizeilicher Maßnahmen in die grundgesetzliche Rechtsschutzgarantie. Ähnlich argumentiert *Voßkuhle*. Auch er setzt an dem Gedanken an, dass die Qualität der Rechtsprechung in besonderer Weise von der Idee eines „neutralen Verfahrens" abhänge, die jedoch bei bestimmten Rechtsprechungstätigkeiten – wie der Sitzungspolizei – unzureichend umgesetzt sei und dann durch Kontrollmöglichkeiten ausgeglichen werden müsse.[21] Neben den primären Rechtsschutzanspruch des Art. 19 Abs. 4 GG müsse dann ein „sekundärer Kontrollanspruch" auf Überprüfung erstinstanzlicher Richterakte durch eine weitere richterliche Instanz treten.[22] Andere Literaten schlossen sich an, und heute plädiert ein überwiegender Teil der Kommentarliteratur dafür, die richterliche Gewalt vollumfänglich in die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG einzubeziehen.[23] Das *BVerfG* entschied sich im Jahre 2003 in einem bis heute maßgebenden Plenarbeschluss für eine vergleichsweise restriktivere Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG. Danach enthalte die Vorschrift nur„[d]ie Garantie einer einmaligen gerichtlichen Entscheidung über ein behauptetes Recht", gebiete jedoch nicht, „auch den Akt der gerichtlichen Überprüfung selbst daraufhin kontrollieren zu können, ob in ihm die für den Antragsrechtsstreit anwendbaren Rechtsnormen nunmehr vom Gericht verletzt wurden".[24] Auch nach dieser Sicht werden sitzungspolizeiliche Akte jedoch nicht von der Rechtsweggarantie ausgenommen, da der den Akt erlassende Vorsitzende hier selbst Partei des „Antragsrechtsstreits" ist und eine eigentliche gerichtliche Überprüfung desselben noch aussteht. In Übereinstimmung hiermit hat das *BVerfG* denn andernorts auch verschiedentlich die Auffassung angedeutet, dass sich das Recht auf effektiven Rechtsschutz auch auf Verfügungen im Rahmen der Sitzungspolizei erstrecke.[25] Insgesamt erscheint danach die Annahme gerechtfertigt, dass die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nach heutigem Verständnis eine (wie auch immer geartete) gerichtliche Überprüfbarkeit sitzungspolitischer Maßnahmen gebietet.

3. Eingeschränkter Rechtsschutz gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen von AG- und LG-Vorsitzenden

Parallel zur verfassungsrechtlichen Entwicklung und zum Teil durch diese befördert setzte auch innerhalb der fachgerichtlichen Rechtsprechung ein Umdenken ein. Nachdem Obergerichte bereits seit den 1970er Jahren die Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO in Einzelfällen gegen sitzungspolizeiliche Anordnungen der Amts- und Landgerichte zugelassen hatten, gewann diese Praxis im vergangenen Jahrzehnt an Momentum und entwickelte sich binnen weniger Jahre zur dominierenden Position innerhalb der obergerichtlichen Rechtsprechung.[26] Begründet wird dies insbesondere mit dem Wortlaut des § 304 Abs. 1 StPO, der die Beschwerde gegen Verfügungen des Vorsitzenden nur insoweit für unstatthaft erklärt, als das Gesetz sie „ausdrücklich" einer Anfechtung entzieht. Aus § 181 Abs. 1 GVG aber, auf den sich die früher herrschende Rechtsprechung entscheidend stützte, lässt sich ein Beschwerdeausschluss – wie gesehen – allenfalls schlüssig im Wege eines *argumentum e contrario* entnehmen, so dass nach dem Wortsinn des § 304 Abs. 1 StPO die Beschwerdemöglichkeit eröffnet bleibt.[27] In einen gewissen Widerspruch mit der hier gezeigten Wortlauttreue tritt sodann jedoch der Umstand, dass diese Rechtsprechung die Statthaftigkeit der Beschwerde von weiteren Voraussetzungen abhängig macht, die in § 304 Abs. 1 StPO keinen Anknüpfungspunkt finden. Die Formulierung dieser Voraussetzungen geschieht dabei nicht einheitlich, sondern folgt drei unterschiedlichen Ansätzen: Zum Teil wird die Beschwerde als statthaft erachtet, wenn sich die angegriffene sitzungspolizeiliche Maßnahme nicht in der Erhaltung der äußeren Ordnung der Verhandlung erschöpft, sondern weitergehende Wirkungen entfaltet.[28] Andernorts wird sie davon abhängig gemacht, dass die angefochtene Maßnahme „Grundrechte oder andere Rechtspositionen

---

20 *Amelung*, NJW 1979, 1687 (1690).

21 *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter (Fn. 17), S. 333.

22 *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter (Fn. 17), S. 255 ff.

23 *Huber,* in: Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 9), Art. 19 Abs. 4 Rn. 442 ff.; *Ibler,* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 90 ff.; differenzierend *Schmidt-Aßmann,* in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 16), Art. 19 Rn. 98a ff.

24 BVerfGE 107, 395 (402 f.).

25 Im Beschl. v. 11.11.1993 – 1 BvR 1606/92 äußerte es den Zweifel, ob das Fehlen eines Rechtsbehelfs gegen sitzungspolizeiliche Anordnungen vor der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG Bestand haben könne. Deutlicher *BVerfG*, Beschl. v. 8.6.2015 – 2 Ws 92/15: „Das Prozessrecht hält mit §§ 304, 306 StPO ein Rechtsmittel bereit, dessen Anwendungsbereich von den Fachgerichten – jedenfalls heute – in grundrechtsfreundlicher, der Garantie effektiven gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) Rechnung tragender Auslegung so weit gezogen wird, dass er die (…) sitzungspolizeiliche Anordnung bereits erfasst."

26 *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 25.8.1976 – 2 Ws 143/76; *OLG München*, Beschl. v. 14.7.2006 – 2 Ws 679/06. *LG Ravensburg*, Beschl. v. 22.1.2007 – 2 Qs 10/07; *KG Berlin*, Beschl. v. 27.5.2010 – 4 WS 61/10; *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 29.6.2011 – 4 WS 136/11, *OLG Celle*, Beschl. v. 8.6.2015 – 2 Ws 92/15; *OLG Hamm*, Beschl. v. 21.12.2017 – III-5 Ws 578/17; *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 Ws 49/20. Die Entwicklung zur gefestigten Rechtsprechung wird reflektiert von zwei Nichtannahmebeschlüssen des *BVerfG* mangels Rechtswegerschöpfung: *BVerfG*, Beschl. v. 14.10.2009 – 1 BvR 2436/09: Beschwerde gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen „zumindest nicht sicher unstatthaft"; *BVerfG*, Beschl. v. 8.6.2015 – 2 Ws 92/15: es spreche „vieles dafür, dass das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO gegeben ist".

27 *OLG Celle*, Beschl. v. 8.6.2015 – 2 Ws 92/15; *BVerfG*, Beschl. v. 17.4.2015 – 1 BvR 3276/08; ähnl. *BGH*, Beschl. v. 13.10.2015 – StB 10/15; StB 11/15 – „Umkehrschluss aus § 181 GVG (…) nicht zwingend".

28 *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 25.8.1976 – 2 Ws 143/76; *OLG München*, Beschl. v. 14.7.2006 – 2 Ws 679/06.

der Beschwerdeführer über die Hauptverhandlung hinaus dauerhaft tangiert und beeinträchtigt."[29] Das *OLG Stuttgart* schließlich greift beide Ansätze auf und hält die Beschwerde für zulässig, wenn die Anforderungen entweder des einen oder des anderen Ansatzes erfüllt sind.[30]

Wenngleich damit eine dergestalt eingeschränkte Zulässigkeit der Beschwerde gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen der Amts- und Landgerichte überwiegend Zuspruch erfährt, ist dieser jedoch nicht ungeteilt. Erst kürzlich hat das *Thüringer OLG* die heute herrschende Rechtsprechungslinie als „unsystematisch und nicht überzeugend begründet" zurückgewiesen und sich zur früher herrschenden Position von der Totalversagung fachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen bekannt.[31] Dies begründet es im Kern damit, dass einerseits der herrschende Ansatz nicht erklären könne, warum bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des § 304 Abs. 1 StPO die Beschwerde entgegen dem Wortlaut des § 304 Abs. 1 StPO nur in eingeschränktem Umfang statthaft sein soll. Verzichtete man jedoch andererseits auf jegliche Einschränkung und wendete § 304 StPO konsequent auf alle sitzungspolizeilichen Maßnahmen zugunsten aller denkbarer Adressaten an, dann drohte die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege Schaden zu nehmen. Angesichts dessen sei es vorzugswürdig, an dem über viele Jahrzehnte durch alle Instanzen gezogenen Umkehrschluss aus § 181 GVG als im Ergebnis sachgerechtester Lösung festzuhalten.[32]

4. Kein Rechtsschutz gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen von OLG- und BGH-Vorsitzenden

Während somit die Beschwerde als Rechtsbehelf gegen sitzungspolizeiliche Eingriffe der Amts- und Landgerichte einigermaßen etabliert ist, kann dieser Weg gegenüber sitzungspolizeilichen Anordnungen von OLG- und BGH-Vorsitzenden nicht gleichermaßen beschritten werden, da § 304 Abs. 4 StPO Verfügungen des *BGH* und der Oberlandesgerichte der Beschwerdemöglichkeit bis auf wenige, die Sitzungspolizei nicht einschließende Ausnahmen ausdrücklich entzieht. Überdies findet dieser Beschwerdeausschluss durch § 304 Abs. 4 StPO in der Regelung des § 181 Abs. 1 a.E. GVG gerade hinsichtlich sitzungspolizeilicher Anordnungen eine spezifische Bekräftigung. Nach dieser Vorschrift nämlich findet die an sich statthafte Beschwerde gegen die sitzungspolizeiliche Festsetzung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft nicht statt, wenn die Ordnungsmittel durch ein Oberlandesgericht oder den *BGH* angeordnet wurden.[33] Dementsprechend hat auch der *BGH*, der sich zur Frage der Statthaftigkeit der Beschwerde gegenüber amts- und landgerichtlichen Maßnahmen nach § 176 GVG bislang enthalten hat, der Anfechtung sitzungspolizeilicher Verfügungen von OLG- und BGH-Vorsitzenden nach § 304 Abs. 1 StPO eine klare Absage erteilt.[34] Demgegenüber hat sich eine *BVerfG-Kammer* bemüht, auch hier noch den Weg zur Beschwerde zu ebenen, ist darüber jedoch methodisch ins Lavieren geraten. In einem *obiter dictum* deutet es an, dass man gegebenenfalls den Ausnahmekatalog in § 304 Abs. 4 S. 2 HS 2 StPO grundrechtskonform, der Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung tragender Weise um sitzungspolizeiliche Verfügungen von OLG-Vorsitzenden erweitern könne. Diese Operation bezeichnet es bald als Auslegung, bald als Analogie und räumt zudem ein, dass „weiterhin offene Fragen" verbleiben. In der Tat. Denn eine so offenkundige Missachtung des objektiven Willens des Gesetzes, des subjektiven Willens des Gesetzgebers und des Normtexts wäre nach den vom *BVerfG* selbst gesetzten Maßstäben sowohl eine dem Gewaltenteilungsprinzip zuwiderlaufende Gesetzeskorrektur,[35] als auch mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot unvereinbar.[36] Zu Recht ist der *BGH* dem *BVerfG* denn auch sogleich entgegengetreten und hat die Beschwerdemöglichkeit im gegenwärtigen Kontext kategorisch ausgeschlossen.[37]

Rechtsschutzmöglichkeiten jenseits der Beschwerde erscheinen theoretisch möglich, hätten jedoch erhebliche Schwachstellen und erfreuen sich vor allem zurzeit keiner Anerkennung durch die Praxis. Zwei erwägenswerte Ersatzlösungen seien hier immerhin angedeutet: Den Weg zur ersten Ersatzlösung weist die genannte Erkenntnis *Amelungs*, dass es sich bei der Sitzungspolizei funktional betrachtet nicht um eine gerichtlich-neutrale, sondern eine parteiische Tätigkeit im zweipoligen Bürger-Staat-Verhältnis handelt. In der Sache geht es um Gefahrenabwehr; der Vorsitzende nimmt quasi-ordnungsbehördliche Exekutivfunktionen zur Gewährleistung einer effektiven Justiz war, und so erscheint es nicht als ausgeschlossen, ihn im Rahmen dieser Tätigkeit unter den Begriff der Justizbehörde zu fassen.[38] Dies eröffnete dann eine direkte Anwendung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 Abs. 1 EGGVG. Freilich wäre diese Lösung nicht

[29] *KG Berlin*, Beschl. v. 27.5.2010 – 4 WS 61/10; *OLG Celle*, Beschl. v. 8.6.2015 – 2 Ws 92/15; *OLG Hamm*, Beschl. v. 21.12. 2017 – III-5 Ws 578/17; *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 Ws 49/20. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechungslinie war eine Entscheidung des *LG Ravensburg*, Beschl. v. 22.1.2007 – 2 Qs 10/07, die ihrerseits wohl durch eine Andeutung in BGHSt 44, 23 (25) inspiriert wurde.

[30] *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 29.6.2011 – 4 WS 136/11.

[31] *OLG Thüringen*, Beschl. v. 26.10.2020 – 1 Ws 313/20.

[32] *OLG Thüringen,* Beschl. v. 26.10.2020 – 1 Ws 313/20.

[33] *BGH*, Beschl. v. 13.10.2015 – StB 10/15, StB 11/15.

[34] *BGH*, Beschl. v. 13.10.2015 – StB 10/15, StB 11/15.

[35] S. nur BVerfGE 93, 37 (81); 90, 263 (275); 110, 226 (267): „Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde."

[36] Vgl. den 3. Leitsatz der o.g. Plenumsentscheidung des *BVerfG* (BVerfGE 107, 395: „Die von der Rechtsprechung teilweise außerhalb des geschriebenen Rechts geschaffenen außerordentliche Rechtsbehelfe, zur Schließung von Lücken im System zum Schutze des Anspruches auf rechtliches Gehör genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit nicht. Die Rechtsbehelfe müssen in der geschriebenen Rechtsordnung geregelt und in ihren Voraussetzungen für die Bürger erkennbar sein, denn wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ist der Grundsatz der Rechtssicherheit."

[37] *BGH*, Beschl. v. 13.10.2015 – StB 10/15, StB 11/15.

[38] Zu Recht vermerkt *Amelung* (NJW 1979, 1690), dass der dagegen z.T. erhobene Einwand, wonach die Befugnisse aus §§ 176 f. GVG zur richterlichen Gewalt gehören, gänzlich formal sei. Zur funktionalen und inhaltlichen Einordnung sitzungspolizeilicher Anordnungen als Verwaltungstätigkeit ferner bereits *Kniestedt*, MDR 1960, 197; *Hofmann*, Sitzungspolizei im Strafprozess, 1971, S. 43 m.w.N.; *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 25.8.1976 – 2 Ws 143/76 – „‚administrative Maßnahmen' des Gerichts".

ideal, schon weil dann das nach § 25 EGGVG zuständige OLG über Verfügungen von BGH-Vorsitzenden zu entscheiden hätten, was manch betroffener „BGH-Fürst" als – gelinde gesagt – gewöhnungsbedürftig empfinden könnte. Eine weitere denkbare Lösung läge in der Zulassung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung gem. § 238 Abs. 2 StPO für sämtliche sitzungspolizeiliche Anordnungen gem. § 176 GVG. Einen Ansatzpunkt für diese Lösung hat der *BGH* selbst gebahnt, indem er den Antrag nach § 238 Abs. 2 StPO in Konstellationen für statthaft gehalten hat, in denen sich die beanstandete Anordnung neben ihrer sitzungspolizeilichen Natur zugleich auch als „Sachleitung" im Sinne der Norm darstellt.[39] Von hier aus ist es dann nur ein kleiner Schritt zur Erstreckung des Antrags nach § 238 Abs. 2 StPO auf sämtliche sitzungspolizeiliche Anordnungen (mit Ausnahme der in § 181 GVG genannten),[40] zumal sich die von § 238 StPO insinuierte Unterscheidbarkeit zwischen Maßnahmen formeller „Verhandlungsleitung" (Abs. 1) und „Sachleitung" (Abs. 2) *in praxi* oftmals nicht sinnvoll durchhalten lässt, sondern beide Leitungsformen vielfach ineinanderfließen.[41] Zumindest bei einer Senatsbesetzung mit fünf Richtern (§§ 122 Abs. 2, S. 2, 139 Abs. 1 GVG) dürfte diese Lösung trotz Mitentscheidung durch den angegriffenen Richter auch noch hinreichenden Rechtsschutz bieten.[42] Andererseits bleibt der bereits genannte Einwand, dass der Antrag nach § 238 Abs. 2 StPO Nichtverfahrensbeteiligten verwehrt ist. Und schließlich dürften auch die praktischen Aussichten auf eine richterrechtliche Etablierung der genannten Ersatzlösungen trübe sein. Denn ein solches Richterrecht könnte nur dadurch geschaffen werden, dass OLGs und *BGH* in ihrer Eigenschaft als neutrale Instanz Regeln setzen, durch die sie sich in ihrer Eigenschaft als Ordnungsorgan im zweipoligen Verhältnis fremder Kontrolle unterwerfen müssten. Könige aber danken ungern ab.

III. Defizite der gegenwärtigen Rechtsschutzgewährleistung

Der vorstehend skizzierte Status quo des Rechtsschutzes gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen ist in vielfacher Weise unbefriedigend und reformbedürftig.

Ein zentrales Defizit des Rechtsschutzes auf der amts- und landgerichtlichen Ebene bildet die gegenwärtige Rechtszersplitterung zwischen OLG-Bezirken, die angesichts der beachtlichen Beschlussbegründung des *Thüringer OLG*[43] eher zu- als abnehmen dürfte und sich auch nicht im Wege einer Divergenzvorlage zum *BGH* überwinden lässt (arg. e contr. § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG). Nach derzeitigem Stand muss sich daher etwa der durch sitzungspolizeiliche Maßnahmen thüringischer Gerichte Beschwerte der Beschwerde enthalten, die ihm in OLG-Bezirken anderer Bundesländer zugestanden hätte. Für Verunsicherung sorgt ferner die fehlende Einigkeit innerhalb der heute herrschenden Auffassung mit Blick auf die das Beschwerderecht eingrenzenden Kriterien – Wirkung jenseits der Erhaltung der Ordnung; fortdauernde Beeinträchtigung von Rechtspositionen –, sowie der Umstand, dass die begriffliche Unschärfe dieser Kriterien erhebliche Abgrenzungsprobleme birgt.[44] Und schließlich ist die h.M. innerhalb der Rechtsprechung bislang jede Begründung dafür schuldig geblieben, warum sie denn überhaupt den von § 304 Abs. 1 StPO vorbehaltlos gewährten Rechtsbehelf an ungeschriebene einschränkende Voraussetzungen knüpft. Um eine erlaubte Rechtsfindung *praeter legem* nicht unversehens in eine verbotene Gesetzeskorrektur hinübergleiten zu lassen, hat die Methodenlehre bekanntlich Pflöcke eingeschlagen. Die herrschende Rechtsprechung hätte danach zur Rechtfertigung ihrer teleologischen Reduktion des laut § 304 Abs. 1 StPO uneingeschränkt gewährten Beschwerderechts zunächst die Existenz einer planwidrigen „verdeckten Gesetzeslücke"[45] dartun müssen, also das Fehlen einer gesetzlichen Einschränkung des Beschwerderechts, das dem maßgeblichen Plan des Gesetzgebers bzw. des Gesetzes zuwiderläuft.[46] Schon dies ist jedoch in keiner der einschlägigen Entscheidungen geschehen und wäre angesichts der heute herrschend angenommenen Erstreckung der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auf Rechtsbeeinträchtigungen durch gerichtliche Akte wohl auch schwer zu begründen. Darüber hinaus geben die genannten Entscheidungen noch nicht einmal zu erkennen, welche teleologischen Erwägungen der Beschränkung des gesetzlichen Beschwerderechts zugrunde lagen.[47] Hier offenbart sich eine bedenkliche, majestätische Laxheit im Umgang mit der gesetzlichen Ausgestaltung des Beschwerderechts und ein Beispiel für das beklagte Hinübergleiten von der Herrschaft der Gesetze zur Herrschaft des Richterrechts.

Auf der OLG- und BGH-Ebene entzünden sich die Bedenken demgegenüber nicht an der Ausgestaltung, sondern am gänzlichen Fehlen effektiven Rechtsschutzes, das mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG auch dem *BVerfG* bereits Anlass zu einem Monitum gab.[48] Dabei steht jedoch nicht allein ein etwaiger Verstoß gegen das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG im Raum. Vielmehr geht es auch um das Selbstverständnis des Rechtsstaats im Strafprozess, wie sich insbesondere im Rahmen der Zuständigkeit des

[39] *BGH*, Beschl. v. 29.5.2008 – 4 StR 46/08 für den Fall der Entfernung von Zuhörern aus dem Saal: Diese sitzungspolizeiliche Maßnahme stelle auch Sachleitung i.S.d. § 238 Abs. 2 StPO dar, da zugleich der Öffentlichkeitsgrundsatz betroffen sei.

[40] Befürwortend bereits *Schmid*, in: FS Hans Mayer, 1967, S. 547; *Fuhrmann*, GA 1963, 68 (71 f.).

[41] So etwa mit Blick auf die Frage, ob einem als Zeuge geladenen Geschädigten bereits vor seiner Vernehmung die Anwesenheit im Gerichtssaal gestattet werden soll (*Wickern,* in: LR-StPO [Fn. 3], § 176 GVG, Rn. 2).

[42] A.A. *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 23 Fn. 41; *ders*. NJW 1979, 1691.

[43] Vgl. oben Fn. 32.

[44] So auch *OLG Thüringen*, Beschl. v. 26.10.2020 – 1 Ws 313/20.

[45] *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. (2018), S. 194 ff., 199 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), S. 198.

[46] *Engisch*, Einführung in das juristische Denken (Fn. 45), S. 198.

[47] Zu Recht kritisch auch *OLG Thüringen*, Beschl. v. 26.10.2020 – 1 Ws 313/20).

[48] *BVerfG*, Beschl. v. 8.6.2015 – 2 Ws 92/15: „Dass § 304 Abs. 4 StPO Beschlüsse und Verfügungen des Bundesgerichtshofs sowie eines Oberlandesgerichts (…) von der Anfechtung ausnimmt, lässt mit Blick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes (…) weiterhin Fragen offen (…)."

OLG als Tatgericht zeigt. Dessen Zuständigkeitskatalog (§ 120 GVG) nämlich liest sich nach mehreren Justizreformen heute wie ein in Gesetzesform gegossener Albtraum. Hatte das OLG in den ersten Nachkriegsjahrzehnten kaum erstinstanzliche Zuständigkeiten in Strafsachen, erhielt es 1969 die originäre Zuständigkeit in Staatsschutzsachen, in den 1970er- und 80er Jahren traten Anti-Terror-Zuständigkeiten hinzu, und 2002 erhielt es die Zuständigkeit für die völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen. Vorm OLG geht es also nicht selten um Großverfahren wie dem NSU-Prozess, in denen der Rechtsstaat unter dem gebannten Blick einer breiten Öffentlichkeit seinen ärgsten Feinden gegenübertritt,. Daher wäre es äußerst misslich, wenn sich das Prozessrecht ausgerechnet hier, wo der Triumph des Rechtsstaats sinnfällig werden sollte, noch immer ein Quäntchen Absolutismus in Gestalt sitzungspolizeilicher „Richterfürsten“ leistete.

IV. Fazit

Angesichts der genannten Defizite ruft der lückenhafte und mit Unklarheiten belastete Rechtsschutz gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen nach einer Intervention des Gesetzgebers. Ihm muss es überlassen bleiben, (a) unter Berücksichtigung des geänderten Verständnisses des Art. 19 Abs. 4 GG eine Abwägung zwischen der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes und einer effektiven Strafrechtspflege zu treffen, (b) durch klare Regelungen zur Statthaftigkeit geeigneter Rechtsbehelfe die zurzeit fehlende Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit herzustellen und (c) die „Könige“ der Sitzungspolizeigewalt an OLG und *BGH* in ein Regime effektiven Rechtsschutzes einzubinden und sie – um im Bilde zu bleiben – von absoluten zu konstitutionellen Monarchen herunterzustufen.

Grenzüberschreitungen
Anmerkungen zu den Tatbestandsvorgaben im Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt

*von Prof. Dr. Martin Heger**

Abstract
Im Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt hat die Kommission auch Vorschläge für Straftaten unterbreitet. Dabei ist die Kompetenzgrundlage in Art. 83 Abs. 1 AEUV aber fraglich, denn der Vorschlag für Vergewaltigung zielt nicht auf grenzüberschreitende Kriminalität und die Vorgaben zu Cybercrime Delikten sind angesichts der dafür vorgesehenen Mindesthöchststrafe keine schwere Kriminalität. Daher werden mögliche Reaktionen auf der Ebene der EU wie der Mitgliedstaaten erörtert. Schließlich wird der Umsetzungsbedarf der Vorgaben in Deutschland analysiert.

In the proposal for a directive on combating violence against women and domestic violence, the Commission has also made proposals for criminal offences. However, the basis of competence in Art. 83 (1) TFEU is questionable, because the proposal for rape is not aimed at cross-border crime and the requirements for cybercrime offences are not serious crimes in view of the minimum maximum penalty provided for them. Therefore, possible reactions at EU and Member State level are discussed. Finally, the need for implementation of the provisions in Germany is analysed.

I. Von der Entschließung gegen geschlechtsspezifische Gewalt zur Vorlage eines Richtlinien-Entwurfs

Zum Internationalen Frauentag am 8. März 2022 hat die EU-Kommission ihren Vorschlag für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vorgelegt.[1] Damit sollen in allen EU-Mitgliedstaaten Mindestvorschriften einerseits auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts in Hinsicht von Tatbestandsmerkmalen und Strafen und andererseits auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts für den Schutz von Opfern häuslicher Gewalt gemacht werden. Zur Begründung rekurriert die Kommission einerseits auf das Phänomen von Gewalt gegenüber Frauen und Kindern bis hin zu sog. Femiziden, die erst in den letzten Jahren deutlicher als solche wahrgenommen und problematisiert worden sind; andererseits verweist sie darauf, dass es eben in einigen EU-Mitgliedstaaten trotz der Istanbul-Konvention – aus Sicht der Kommission und gemessen am Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11.5.2011 (ETS Nr. 210), der landläufig sog. Istanbul-Konvention, welche am 1.8.2014 in Kraft getreten ist, – noch keine hinreichenden Strafnormen gibt. Die Bedeutung der Bekämpfung geschlechtsspezifischer Gewalt auch auf EU-Ebene ist bereits in der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. September 2021 mit Empfehlungen an die Kommission über die Festlegung von geschlechtsspezifischer Gewalt als neuer Kriminalitätsbereich gemäß Artikel 83 Abs. 1 AEUV (2021/2035(INL)) deutlich geworden; deren Umsetzung auf EU-Ebene dient der vorliegende Richtlinien-Vorschlag, der – sollte er angenommen werden – auch für Deutschland noch einzelne Umsetzungsverpflichtungen mit sich bringen dürfte.

Deutschland hat die Istanbul-Konvention erst nach deren inhaltlicher Übernahme v.a. in § 177 StGB mit dem 50. StÄG am 12.10.2017 ratifiziert, so dass sie hierzulande seit dem 1.2.2018 – wie etwa auch die EMRK – im Rang eines einfachen Bundesgesetzes gilt; außerhalb des Strafrechts sind einzelne Umsetzungen etwa im Sozialrecht erst zum 1.3.2020 erfolgt.

II. Die Umsetzung der Istanbul-Konvention in der EU

Dass die Istanbul-Konvention bislang nicht in allen EU-Mitgliedstaaten vollumfänglich Beachtung findet, verwundert nicht. Zwar zählten alle EU-Mitgliedstaaten unter Einschluss noch des Vereinigten Königreichs 2011 zum Kreis der Unterzeichnerstaaten, doch haben bis heute nicht alle diese Konvention auch ratifiziert; das gilt etwa für Lettland, Litauen, Slowakei, Tschechien, Ungarn. In Bulgarien hat das Verfassungsgericht 2018 sogar eine Ratifizierung der Konvention untersagt, weil sie nicht mit der nationalen Verfassung vereinbar sei; von der dortigen Richtermehrheit gerügt wurde die Verwendung des Terminus „Gender“ in der Konvention, weil damit ein mit dem (bulgarischen) Verfassungsverständnis von „Geschlecht“ unvereinbarer Begriff in das bulgarische Recht

* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Erste Überlegungen zu dem vorliegend vertieften Thema hat er am 7.4.2022 veröffentlicht im Verfassungsblog (abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/sexualverbrechen-sind-nicht-grenzuberschreitend/).

[1] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence v. 8.3.2022, COM(2022) 105 final – 2022/0066 (COD); online abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0105 (zuletzt abgerufen am 28.7.2022).

eingeführt werden müsse.[2] Daneben haben einzelne EU-Staaten wie Polen Erklärungen abgegeben, bei denen fraglich ist, ob sie sich tatsächlich noch im Rahmen von der Konvention zugelassener nationaler Vorbehalte bewegen, oder ob sie de facto wesentliche Inhalte der Konvention abbedingen. Sieht man – wie offenbar die Kommission – die Vorgaben der Istanbul-Konvention als richtungsweisend an, könnte sie mittels der Übernahme der dortigen Vorgaben in das sekundäre EU-Recht dieselben letztlich auch für die bislang zögerlichen Mitgliedstaaten binnen relativ kurzer Frist verbindlich machen. Eine entsprechende Strafrechtsharmonisierungs-Richtlinie könnte im Rat mit qualifizierter Mehrheit angenommen werden, so dass die relativ wenigen die Istanbul-Konvention bislang nicht übernehmenden EU-Mitgliedstaaten überstimmt werden könnten.

Allerdings steckt hier der „Teufel im Detail", denn einerseits könnten umsetzungsunwillige Mitgliedstaaten gestützt auf Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV erstmals seit ihrer Einführung mit dem Vertrag von Lissabon zum 1.12.2009 die dort vorgesehene „Notbremse" ziehen[3] und damit die Bindungswirkung einer mit Mehrheit beschlossenen Richtlinie ausschalten; dass für die anderen Mitgliedstaaten in einem solchen Fall der Weg zu einer verstärkten Zusammenarbeit frei ist, wäre vorliegend allenfalls ein „schwacher Trost", handelt es sich bei den potenziellen Bremser-Staaten doch wohl im Regelfall (zu Deutschland als möglicher Ausnahme später) nicht um solche, welche die Istanbul-Konvention bereits ratifiziert und in ihr (nicht nur Straf-)Recht umgesetzt haben dürften. Würde die EU-Umsetzungsvorgaben allen gegenüber solchen Mitgliedstaaten machen, die diese Umsetzung bereits aufgrund der Istanbul-Konvention vorgenommen haben, müsste man obendrein sogar an der europarechtlichen Erforderlichkeit des Vorschlags zweifeln, denn die den Kern des Richtlinien-Vorschlags bildenden Vorgaben sind ja dort bereits ins nationale (Straf-)Recht umgesetzt. Eine besondere Situation stellt sich derzeit für Bulgarien; da dessen Verfassungsgericht die Istanbul-Konvention nicht für vereinbar mit der bulgarischen Verfassung angesehen hat, müsste die Kommission insoweit auch Art. 67 AEUV in Blick nehmen, denn dieser zwingt für den Bereich der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit zur Beachtung spezifischer nationaler Eigenheiten; wenn aber internationale Vorgaben von den innerstaatlich dafür zuständigen Organen explizit als mit der nationalen Verfassung unvereinbar und deshalb nicht ratifizierbar eingestuft werden, ist es zumindest nahe liegend, wenn in einer gleichlautenden EU-Vorgabe dann eine Nichtbeachtung der bulgarischen Verfassungseigenheiten gesehen wird. Konsequent könnte dies – nimmt man die Regelung in Art. 67 AEUV ernst – bedeuten, dass die EU von Anfang an nur auf eine Initiative in Richtung einer verstärkten Zusammenarbeit (zumindest ohne Bulgarien) abzielen würde. Wie noch zu zeigen sein wird, gilt in Bezug auf einzelne der vorgelegten Regelungsvorschläge selbiges punktuell auch für Deutschland (dazu später mehr).

Die folgenden Bemerkungen beschränken sich auf das in Kapitel 2 des RL-E enthaltenen materielle Strafrecht und damit auf Art. 83 Abs. 1 AEUV als die dafür vorliegend einschlägige Ermächtigungsgrundlage. Für verfahrensrechtliche Vorgaben in derselben Richtlinie ist Art. 82 Abs. 2 AEUV die richtige Grundlage, dessen Voraussetzungen hier nicht näher geprüft werden sollen. Nicht näher beleuchtet werden auch die von der Kommission (Begr., S. 16) genannten riesigen wirtschaftlichen Potenziale wirksamer Straf- und Opferschutzvorschriften in diesem Bereich: „Ein Rückgang der Gewalt gegen Frauen und insbesondere der häuslichen Gewalt könnte einen wirtschaftlichen Nutzen von rund 53,1 Mrd. EUR bewirken, der sich langfristig auf rund 82,7 Mrd. EUR belaufen könnte. Das größte Potenzial für wirtschaftliche Vorteile ergibt sich aus der Verringerung der Kosten für physische und seelische Schäden der Opfer (eine geschätzte Verringerung zwischen 32,2 Mrd. und 64,5 Mrd. EUR)."

III. Art. 83 Abs. 1 AEUV als Ermächtigungsgrundlage für originäre Strafrechtsvorgaben

Art. 83 Abs. 1 AEUV enthält in den UAbs. 1 und 2 zwei Gruppen von Voraussetzungen, bei deren kumulativen Vorliegen die EU mittels Richtlinien die Mitgliedstaaten zur Anpassung ihres nationalen Strafrechts an die EU-Vorgaben verpflichten kann. Die im dritten UAbs. vorgesehene Ermöglichung einer Erweiterung der in UAbs. 2 enummerierten Katalogtaten aufgrund einstimmigen Beschlusses des Rates ist seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon noch nicht praktisch geworden; die Kommission hat zwar einen Vorschlag für die Erweiterung des Katalogs um „Hasskriminalität" vorgelegt, über den jedoch noch nicht abschließend entschieden ist.

1. Katalog der Eurodelikte

Die EU ist auch auf dem Gebiet des Strafrechts an das Prinzip der limitierten Einzelermächtigung gebunden. Der RL-Vorschlag muss daher mindestens einen der in UAbs. 2 abschließend aufgezählten Kriminalitätsbereiche erfassen. Der EU ist die Kompetenz, Körperverletzungs- und Tötungsdelikte zu harmonisieren, nicht übertragen, so dass sich mit Recht keine Vorgaben zu Gewaltdelikten gegenüber Frauen – insbesondere zu sog. Femiziden – finden. Der Entwurf beschränkt sich daher für die Tatbestandsvorgaben auf zwei in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV tatsächlich benannte Felder, nämlich die sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern und Computer-Kriminalität bzw. Cybercrime. Ersteres dient als Grundlage für nationale Regelungen zur Strafbarkeit von Vergewaltigungen (Art. 5) und Verstümmelung weiblicher Genitalien (Art. 6), letzteres für Cyber-Stalking (Art. 7), die unbefugte Versendung von Intimaufnahmen via Internet

[2] Vgl. dazu die vernichtende Kritik des Bulgarian Helsinki Committee v. 2.8.2018, online abrufbar unter: www.liberties.eu/de/stories/bulgariens-verfassungsgericht-vs-istanbulkonvention/15388 (zuletzt abgerufen am 28.7.2022).

[3] Zu deren Voraussetzungen schon *Heger*, ZIS 2009, 406 (413 f.).

(Art. 8), Cybermobbing (Art. 9) und das Aufstacheln zu Straftaten via Internet (Art. 10) sowie diesbezüglich Anstiftung, Beihilfe und Versuch (Art. 11). Schließlich macht der Richtlinienvorschlag auch differenzierte Vorgaben für Mindesthöchststrafen (Art. 12).

2. Ausschluss von Bagatellen?

Darüber hinaus müssen die Kriterien von Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 erfüllt sein, d.h. die Vorgaben für Katalogtaten müssen nicht nur dem Katalog entsprechen, sondern zugleich eine gewisse Mindestschwere und einen transnationalen Charakter aufweisen. Damit sind zunächst zumindest Vorgaben für Bagatelltatbestände ausgeschlossen.[4] Angesichts des unionsrechtlich gebotenen besonderen Schwerekriteriums fragwürdig sind letztlich Tatbestandsvorgaben, bei denen der EU-Gesetzgeber selbst nur minimale Mindesthöchststrafen vorsieht; das gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, pass primärrechtlich nach Art. 49 Abs. 3 GRCh das Strafmaß zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein darf. Die Mindestvorgaben für die Strafrahmenobergrenze müssen von den EU-Staaten so umgesetzt werden können, dass diese letztlich auch innerstaatlich das Höchststrafmaß für den vorgegebenen Tatbestand ergeben (die Mitgliedstaaten können aber – soweit i.S.v. Art. 49 Abs. 3 GRCh verhältnismäßig – darüber hinausgehen); daraus folgt, dass die von der EU vorgegebene Mindesthöchststrafe letztlich als Obergrenze der Sanktion verhältnismäßig ist. Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Mindesthöchststrafvorgaben in Art. 12 Abs. 5 und 6 RL-E, sollten diese Tatbestände unter dem Blickwinkel eines Ausschlusses von Bagatellen überprüft werden, denn für die Art. 8 und 10 RL-E vorgegebenen Tatbestände soll eine Strafrahmenobergrenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe, für die in Art. 7 und 9 vorgegebenen Tatbestände sogar nur von einem Jahr Freiheitsstrafe ausreichend sein. Damit sollen die Mitgliedstaaten aber nach der allgemeinen Regelung in § 12 Abs. 1 RL-E sicherstellen können, dass wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafen verhängt werden können. Angesichts der geringen Mindesthöchststrafvorgaben erscheint daher eine Harmonisierung der in Art. 7 bis 10 RL-E vorgesehenen Cybercrime-Delikte fragwürdig.

3. Grenzüberschreitende Kriminalität?

Schließlich gibt Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV für die originäre Strafrechtsanweisungskompetenz vor, dass es sich um grenzüberschreitende Kriminalität handeln muss. Das wird man für Cybercrime im Regelfall schon deshalb bejahen können, weil über das Internet zumindest EU-weit überall Tathandlungen (z.B. Stalking, Versenden von Bildern) vorgenommen oder tatbestandliche Erfolge erzielt werden können.[5]

Der Vorgang der Genitalverstümmelung ist als solcher natürlich seinem Wesen nach nicht grenzüberschreitend, doch zeigt der Blick auf die Praxis, dass Täter zur Vornahme solcher Handlungen etwa an ihren Töchtern typischerweise ins (zumeist nicht EU-)Ausland reisen. Die in Art. 83 Abs. 1 UA. 1 AEUV geforderte „grenzüberschreitende Dimension“ dürfte zwar im Regelfall auf einen Grenzübertritt innerhalb der EU abzielen; allerdings ist das nicht begriffsnotwendig, so dass eine EU-weite Regelung von Mindestvorgaben auch dann transnationale Kriminalität betreffen kann, wenn jemand das Opfer an einen Ort außerhalb der EU verbringt, um dort die Verstümmelung vorzunehmen oder vornehmen zu lassen.

Demgegenüber stellt eine Vergewaltigung i.S.v. Art. 5 RL-E weder faktisch noch rechtlich transnationale Kriminalität dar – und zwar erst recht nicht, wenn es um den Bezug zu häuslicher Gewalt geht, denn diese für die Opfer zumeist besonders belastende Gewalt findet typischerweise zuhause statt. Gerade bei häuslicher Gewalt liegt es auch regelmäßig fern, dass der Täter als reisender Kriminelle das Opfer gleichsam auf der Durchreise heimsucht oder sich nach dem Tatvollzug unverzüglich und ohne Wiedersehen ins (EU-)Ausland absetzt.

Das ist das Kernproblem verbindlicher EU-Vorgaben zur Vergewaltigung (aber auch zu Tötungsdelikten) und dieser Einwand muss aus deutscher Sicht in besonderem Maße gelten, hat doch das *BVerfG* im Lissabon-Urteil vom 30.6.2009 ausdrücklich festgehalten, dass die in Art. 83 Abs. 1 UA. 1 AEUV als Grundlage einer Ermächtigung der EU genannte grenzüberschreitende Dimension allein aus der Art der Tatbegehung oder den Auswirkungen der Tat – und aus nichts anderem (etwa politischen Erwägungen zur Sinnhaftigkeit EU-weiter Bekämpfung o.ä.) – resultieren kann.[6] Eine grenzüberschreitende Vergewaltigung ist – anders als etwa beim Menschenhandel – nicht sinnvoll denkbar, und die Auswirkungen der Tat sind – anders als etwa bei der Luftverschmutzung – im Regelfall allein am Wohnort des Opfers spürbar. Vor diesem Hintergrund dürfte Deutschland der Vergewaltigungs-Vorgabe in Art. 5 des RL-Entwurfs nicht zustimmen, sollen nicht die Vorgaben aus Karlsruhe ignoriert werden.

IV. Zu den einzelnen Tatbestandsvorgaben

Auch wenn nach dem vorstehend Gesagten gegen den Großteil der Vorgaben zum materiellen Strafrecht aus Kompetenzgründen Bedenken bestehen, sollen nachstehend ein paar Gedanken zu den einzelnen Tatbeständen und möglicher Umsetzungsnotwendigkeiten in Deutschland vorgeführt werden.

1. Art. 5 RL-E: Vergewaltigung

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nachstehenden vorsätzlichen Handlungen unter Strafe gestellt werden:

[4] Vgl. *Dorra*, Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union, 2013, S. 195.

[5] Vgl. *Haase*, Computerkriminalität im Europäischen Strafrecht, 2017, S. 79 f.

[6] BVerfGE 123, 267 (410 f.). Zu möglichen Deutungen dieser Passage vgl. auch *Dorra,* Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union, 2013, S. 197 ff.

a) Vornahme einer nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlung an einer Frau durch vaginale, anale oder orale Penetration, sei es mit einem Körperteil oder einem Gegenstand;

b) Nötigung einer Frau zum Vollzug einer nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlung mit einer anderen Person durch vaginale, anale oder orale Penetration, sei es mit einem Körperteil oder einem Gegenstand.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass unter einer nicht-einvernehmlichen Handlung eine Handlung zu verstehen ist, die gegen den erkennbaren Willen der Frau oder in Fällen vorgenommen wird, in denen die Frau aufgrund ihres körperlichen oder geistigen Zustands nicht in der Lage ist, ihren freien Willen zu äußern, beispielsweise im Zustand der Bewusstlosigkeit, einer Vergiftung, des Schlafs, einer Krankheit, einer Verletzung oder einer Behinderung.

(3) Die Einwilligung kann während der Handlung jederzeit widerrufen werden. Das Fehlen der Einwilligung kann nicht allein durch das Schweigen der Frau, ihre fehlende verbale oder körperliche Gegenwehr oder ihr früheres sexuelles Verhalten widerlegt werden."

Die Vorgaben für nationale Strafnormen entsprechen weitgehend der Regelung des § 177 Abs. 1 StGB, wenngleich aus Kompetenzgründen Opfer der Handlung jeweils nur eine Frau oder ein Mädchen sein soll; es ist schon darauf hingewiesen worden, dass jedenfalls für die Vergewaltigung männlicher Kinder im Lichte des in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV gleichfalls enthaltenen Kinderschutzes eigentlich auch ein Kompetenztitel vorfindlich ist, der aber – warum auch immer – in diesem Kontext unerörtert bleibt (in der Begründung wird auf die Richtlinie 2011/93/EU zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern u.a. verwiesen, welche durch Art. 45 RL-E etwas „nachgeschärft" werden soll). Eine Fokussierung allein auf Frauen und Mädchen als Opfer der genannten sexuellen Handlungen wäre zwar im Einklang mit dem vorliegenden Entwurf, doch könnte ja jeder Mitgliedstaat darüber hinausgehen, so dass etwa Deutschland in Ansehung des Opferkreises einer Vergewaltigung nicht auf den Status quo bis 1997 zurückgehen müsste.

Strafbar sein soll nach Art. 5 Abs. 1 RL die „Vornahme einer nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlung an einer Frau durch vaginale, anale oder orale Penetration, sei es mit einem Körperteil oder einem Gegenstand". Grundsätzlich folgt die Kommission – wie Abs. 2 zeigt[7] – wie der deutsche Gesetzgeber dem Nein-heißt-Nein-Konzept, das nur – wie in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB – für bestimmte Sondersituationen ausgeschlossen ist. Allerdings wählt der EU-Gesetzgeber hier nicht ein ergänzendes Ja-heißt-Ja-Konzept, so dass – nimmt man den Text beim Wort – Personen, die aufgrund einer Behinderung keinen freien Willen äußern können, bei den genannten sexuellen Handlungen per se zum Opfer einer Sexualstraftat werden müssen, was sie faktisch von sexuellen Kontakten (außer mit ihrerseits Schuldunfähigen) ausschließen dürfte. Da es ja nach der Vorgabe allein darauf ankommen soll, ob die Frau ihren freien Willen äußern kann und nicht, ob sie diesen bilden kann, sind damit auch mit dem gebildeten, aber nicht äußerbaren Wille der (behinderten) Frau erfolgte sexuelle Handlungen als Straftaten einzuordnen.

Obwohl die Überschrift dieser Tatbestands-Vorgabe „Vergewaltigung" (bzw. „Rape" etc.) lautet, ist es bei der Europäisierung dieses Kriminalfeldes nur erforderlich, dass die in Art. 5 genannten Mindestvoraussetzungen ordnungsgemäß umgesetzt sind. Das folgt schon daraus, dass Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV die EU nur befugt, Mindestvorgaben für Straftaten und Strafen zu erlassen, mithin nicht exakte Tatbestände – ggf. versehen mit einer amtlichen Überschrift – vorgeben darf. Nicht notwendig ist daher, dass eine spätere Verurteilung aufgrund des europäisierten Sexualdelikts explizit auf „Vergewaltigung" lautet. Nicht unionsrechtswidrig wäre es daher etwa, wenn in Deutschland auch in Zukunft nicht jede Penetration einer Frau notwendig als „Vergewaltigung" i.S.v. § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB abgeurteilt wird; ausreichend wäre auch die Ermöglichung einer Verurteilung eines solchen Verhaltens „nur" als „Sexuelle Belästigung" oder „Sexuelle Nötigung". Damit verbliebe es für die Mitgliedstaaten dabei, dass sie selbst im Rahmen der Umsetzung der Vorgaben von Art. 5 RL-E entscheiden können und müssen, ob sie den der Umsetzung dienenden Tatbestand als „Vergewaltigung" titulieren oder nicht.

Konsequenzen hat die dies betreffende nationale Umsetzungsentscheidung freilich für einen Europäischen Haftbefehl, denn nach Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses über einen Europäischen Haftbefehls gilt innerhalb der Sexualdelikte, dass nur bei einer als eine solche bezeichneten „Vergewaltigung" nach dem Recht des Ausstellungsmitgliedstaates die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit zwingend entfällt, während gem. Art. 2 Abs. 4 Rb EuHb für alle anderen Sexualdelikte im Recht des Vollstreckungsmitgliedstaates weiterhin die Prüfung beiderseitiger Strafbarkeit vorgesehen werden können (so etwa in Deutschland). Übernimmt ein Mitgliedstaat mithin auch die Legalüberschrift von Art. 5 RL-E, hätte dies zur Folge, dass alle unter dieser Überschrift erfassten Delikte – und damit auch das Art. 5 umsetzende Recht in toto – unabhängig von der Rechtslage im Ausstellungsmitgliedstaat stets die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls begründen könnten; stuft der Ausstellungsmitgliedstaat dagegen in seinem Strafrecht das Umsetzungsrecht „nur" als ein anderes Sexualdelikt ein (z.B. „sexuelle Nötigung" – oder wie in § 177 Abs. 1 und 2 – „sexueller Übergriff"), wäre diese Wirkung nicht automatisch gegeben, denn die Klassifizierung des inkriminierten Verhaltens auf EU-Ebene als „Vergewaltigung" wäre eben nicht – wie von Art. 2 Abs. 2 Rb EuHb gefordert – eine solche

[7] Erwägungsgründe 13 und 14 lassen allerdings tendenziell eine Sympathie für das Ja-heißt-Ja-Konzept anklingen, die sich so aber eben nicht im – für die Mitgliedstaaten verbindlichen – Text von Art. 5 Abs. 2 RL-E niedergeschlagen hat.

nach dem Recht des den EuHb erlassenden Mitgliedstaates.

Allerdings hätte auch ohne die Übernahme der Legalüberschrift die Mindestharmonisierung dieses Tatbestandes Konsequenzen für die Rechtshilfe, denn weil nach Umsetzung in allen EU-Staaten überall zumindest die Mindestvorgaben von Art. 5 RL-E strafbar sein werden, ist die beiderseitiger Strafbarkeit (vgl. § 7 StGB) insoweit im Regelfall zu bejahen.

Umsetzungsbedarf könnte sich allerdings aus den Mindesthöchststrafvorgaben des Art. 12 Abs. 2 RL-E ergeben, denn dieser sieht auch für einfache Fälle von Taten i.S.v. Art. 5 RL-E eine Mindesthöchststrafe von acht Jahren vor, während § 177 Abs. 1 und 2 StGB für sexuelle Übergriffe einen Strafrahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren festlegt. Die weitere Vorgabe einer Mindesthöchststrafe von zehn Jahren für erschwerte Umstände ist bereits in § 177 Abs. 6 StGB verwirklicht. Dass die in Art. 5 Abs. 1 RL-E genannten Penetrationshandlungen im Normalfall für sich einen besonders schweren Fall i.S.v. § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB begründet, mag man genügen lassen; formal ist das aber nicht ganz richtig, denn diese Strafrahmenobergrenze gilt eben nicht in jedem Fall einer Penetration einer Frau, sondern eben nur, wenn nicht ausnahmsweise trotz Vorliegens einer Penetration i.S.v. § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB die Regelbeispielswirkung und damit das Vorliegen eines besonders schweren Falles entfallen lässt. Unionsrechtskonform könnte man diese natürlich für Frauen als Opfer einzuschränken suchen, doch wäre dies eine Analogie zulasten des Täters und auch eine nach innerstaatlichem Recht kaum zu rechtfertigende Ungleichbehandlung von Männern, deren strafbewehrte Penetration unverändert nicht zur generellen Bejahung eines besonders schweren Falles führen dürfte. Die Alternative wäre letztlich, auch schon den Strafrahmen von § 177 Abs. 1 StGB deutlich anzuheben; da in Deutschland eine Strafrahmenobergrenze von mindestens acht Jahren ungebräuchlich ist, müsste diese im Einklang mit anderen Delikten bei zehn Jahren gezogen werden (was nach Art. 12 Abs. 2 RL-E freilich die Mindesthöchststrafe für besonders schwere Fälle sein sollte). Betrachtet man andere Vergehenstatbestände mit 10 Jahren Strafrahmenobergrenze im deutschen Recht, liegt dort die Untergrenze regelmäßig bei sechs Monaten Freiheitsstrafe (z.B. § 224 StGB); daran müsste sich dann wohl eine erneute Reform des § 177 Abs. 1 StGB orientieren, was aber letztlich eine Verdoppelung der Ober- wie Untergrenze gegenüber der geltenden Fassung mit sich bringen würde.

2. Art. 6 RL-E: Weibliche Genitalverstümmelung

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nachstehenden vorsätzlichen Handlungen unter Strafe gestellt werden:

a) Entfernung, Infibulation oder Durchführung jeder sonstigen Verstümmelung der gesamten großen oder kleinen Schamlippen oder Klitoris oder eines Teiles davon;

b) ein Verhalten, durch das eine Frau oder ein Mädchen dazu genötigt oder dazu gebracht wird, sich einer der unter Buchstabe a aufgeführten Handlungen zu unterziehen."

Die Vorgaben für eine EU-weite Strafbewehrung von Genitalverstümmelungen beschränken sich – wie in § 226a StGB – nach der Überschrift auf Mädchen bzw. Frauen, d.h. im hiesigen Kontext letztlich Personen mit einem weiblichen primären Geschlechtsorgan. Auf den ersten Blick ausgeklammert zu sein scheinen damit v.a. Jungen und Männer. Für letztere wäre Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV zwar per se keine taugliche Grundlage; da diese Norm aber neben Frauen auch Kinder als besonders geschützte Opfergruppen nennt, wäre eine Erfassung von Jungen theoretisch nicht unmöglich. Dass dies nicht geschehen ist, entspricht sicherlich der international anerkannten Differenzierung zwischen einer zulässigen Knabenbeschneidung und einer strafwürdigen Verstümmelung der weiblichen Genitalien. Die EU-Kommission folgt wie selbstverständlich dieser Dichotomie, obwohl – wie gezeigt – sich diese hier nicht notwendig aus den Kompetenzgrundlagen ablesen lässt. Und die in Deutschland hierfür argumentativ immer wieder herangezogene Religionsfreiheit aus Art. 4 GG (i.V.m. mit dem elterlichen Erziehungsrecht auch in Religionsdingen) spielt für die EU-Organe trotz der Regelung von Art. 10 GRCh traditionell eine eher untergeordnete Rolle.[8]

Allerdings zeigt ein näherer Blick auf die konkreten Vorgaben, dass Art. 6 lit. a RL-E, der „die Entfernung, Infibulation oder Durchführung jeder sonstigen Verstümmelung der gesamten großen oder kleinen Schamlippen oder Klitoris oder eines Teiles davon", pönalisiert, letztlich zumindest auch nicht binäre oder Trans-Personen mit weiblichen Genitalien erfasst. Ein Problem wäre hier natürlich, wie man mit Trans-Männern umgeht, die in Angleichung ihres biologischen an das soziale Geschlecht eben die operative Entfernung ihrer weiblichen Genitalien wünschen. In Erwägungsgrund 17 heißt es dazu nur recht unbestimmt und knapp: „Die Richtlinie sollte sich auf Praktiken erstrecken, die aus nicht medizinischen Gründen durchgeführt werden." Zumindest wenn die innerstaatlichen Regelungen für eine solche Angleichungsoperation gegeben sind, liegen medizinische Gründe in diesem Sinne vor; damit soll nach dem erkennbaren Willen der Kommission eine Pflicht zur Strafbewehrung aufgrund von Art. 6 RL-E entfallen und letztlich die prima facie weitergehende Sprachfassung der Vorgaben teleologisch reduzieren. Dafür spricht auch die Gleichbehandlung mit der umgekehrten Situation bei Trans-Frauen, die eine Entfernung der männlichen Genitalien wünschen; da diese nicht in Art. 6 RL-E erfasst ist, können sie sich nach den EU-Vorgaben nicht strafbar machen. Letztlich würde eine Erfassung von Angleichungsoperationen allein bei Trans-Männern aufgrund ih-

[8] Vgl. nur *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. (2022), Art. 10 GRCh Rn. 7.

res Geschlechts gegenüber Trans-Frauen, deren Angleichungsoperation nicht strafbar sein kann, diskriminieren.

Die zweite Tatbestandsalternative in Art. 6 lit. b RL-E sieht über die Genitalverstümmelung hinaus vor, dass bereits jedes „Verhalten, durch das eine Frau oder ein Mädchen dazu genötigt oder dazu gebracht wird, sich einer der unter Buchstabe a aufgeführten Handlungen zu unterziehen", strafbar sein soll. Damit werden die Mitgliedstaaten zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit verpflichtet, wobei hier eine Einwirkung nur auf Frauen und Mädchen, also Personen weiblichen Geschlechts erfasst ist. In Deutschland gibt es noch kein Pendant, doch werden Handlungen, die als unmittelbares Ansetzen i.S.v. § 22 StGB zur Genitalverstümmelung gem. § 226a StGB angesichts von deren Verbrechenscharakter als Versuch strafbewehrt. Insofern ist freilich nicht unproblematisch, dass Art. 11 Abs. 2 RL-E eine zusätzliche Versuchsstrafbarkeit mit Blick auf den EU-Tatbestand fordert, was wiederum eine Vorverlagerung gegenüber §§ 226a, 22 StGB notwendig machen könnte (deshalb wäre m.E. eine Beschränkung die Versuchsstrafbarkeit lediglich auf Art. 6 lit. a RL-E vorzugswüdrig). Und Nötigungshandlungen auch der genannten Art sind bereits durch § 240 StGB unter Strafe gestellt. Schließlich kann eine Einwirkung auf das Opfer unterhalb der Nötigungsschwelle als Beteiligung an der Genitalverstümmelung selbst strafbar sein, etwa wenn in dieser Einwirkung eine Beihilfe zu § 226a StGB gesehen werden kann. Eine Strafbarkeitslücke bestünde daher allenfalls, wenn ein Opfer ohne Nötigungsmittel dazu gebracht wird (z.B. durch Überredung), sich einer Genitalverstümmelung zu unterziehen, ohne dass darin zugleich eine ggf. auch nur psychische Beihilfe zu dieser Tat liegt, und angesichts der Verpflichtung aus Art. 11 Abs. 1 RL-E u.a. auch Anstiftung und Beihilfe zu Art. 5 bis 9 RL-E zu poenalisieren darüber hinaus auch für den Fall, dass eine Tatbestandsvorgabe in Deutschland „nur" von §§ 226a, 27 StGB für die bloße Beihilfe hierzu (soweit diese nicht ihrerseits auch als Beihilfe zur Haupttat angesehen und damit gemäß §§ 226a, 27 StGB bestraft werden kann).[9]

Wenn die EU-Kommission gleichwohl mit Blick auf Eingriffe an den Genitalien bei Kindern allein auf solche bei Mädchen rekurriert, zeigt dies, dass sie die üblicherweise bei Jungen vorgenommenen Beschneidungen gerade nicht als strafbar ansieht. Wäre dies anders, müsste sich der vorliegende Vorschlag vorhalten lassen, er ziele – dann ohne rechtfertigenden Grund – auf eine Differenzierung nach dem Geschlecht eines Kindes und das heißt bei der Behauptung des Fehlens eines guten Grundes nichts anderes als auf eine Diskriminierung; da solche der EU-Kommission – zumal angesichts des Ziels, geschlechtsbezogener Benachteiligung entgegenzutreten – fern liegt, ist klar, dass die EU-Kommission die zugrunde liegende Differenzierung zwischen Mädchen und Jungen als Adressaten des jeweiligen Handelns für richtig hält und deshalb ihrem Vorschlag zugrunde legt. Das bestärkt – auch jenseits der Religionsfreiheit – den deutschen Gesetzgeber in seiner entsprechenden, 2012/13 fast zeitgleich in Gesetzesform gegossenen Differenzierung zwischen der Strafbarkeit weiblicher Genitalverstümmelung in § 226a StGB und der Rechtfertigung einer Zirkumzision bei Jungen aufgrund von § 1631d BGB. Die im deutschen Schrifttum vereinzelt unter dem Gesichtspunkt angeblicher Ungleichbehandlung vorgetragenen Bedenken gegen diese differenzierende Rechtslage verfangen damit zu Recht auch auf europäischer Ebene nicht.

3. Art. 7 RL-E: Nicht-einvernehmliche Weitergabe von intimem oder manipulierten Material

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nachstehenden vorsätzlichen Handlungen unter Strafe gestellt werden:

a) Herstellung von intimen Bildern, Videos oder anderen Materialien, die sexuelle Handlungen einer anderen Person darstellen und einer Vielzahl von Endnutzern mittels Informations- und Kommunikationstechnologien zugänglich sind, ohne Einwilligung der betreffenden Person;

b) Herstellung oder Manipulation von Bildern, Videos oder anderen Materialien, die den Anschein erwecken, dass eine andere Person sexuelle Handlungen vornimmt, und deren anschließende Zugänglichmachung für eine Vielzahl von Endnutzern mittels Informations- und Kommunikationstechnologien, ohne Einwilligung der betreffenden Person;

c) Androhung einer unter den Buchstaben a und b genannten Handlung mit dem Ziel, eine andere Person zu einer bestimmten Handlung zu nötigen oder sie dazu zu bringen, diese zu dulden oder davon abzusehen."

Ausweislich des Titels dieser Vorgabe geht es um die (nicht-vernehmliche) Weitergabe von intimem Material oder manipuliertem Bildmaterial. Demgegenüber betonen die beiden ersten Tatvarianten zunächst jeweils dessen Herstellen. In Lit. a beschränkt sich die vorgesehene Tathandlung nach dem Wortlaut sogar – für echte Intimaufnahmen – darauf, denn die Zugänglichkeit für Endnutzer via Internet ist sprachlich nur Teil der Beschreibung dieser Bilder (die – so wörtlich – „zugänglich sind"). Denkbar wäre daher auch eine Tatbegehung dergestalt, dass jemand vorsätzlich solche Bilder herstellt, die danach – ohne sein weiteres Zutun (etwa aufgrund eines Bedienungsfehlers) einer Vielzahl von Endnutzern im Internet zugänglich werden. Wie viele eine „Vielzahl" sind, soll nach Erwägungsgrund 18 von den Umständen abhängig

[9] Zu vergleichbaren Teilnahme-Problemen bei früheren Rahmenbeschlüssen vgl. *Brons*, Binnendissonanzen im AT, 2014, S. 439 ff.

sein;[10] dass hier auf konkrete Zahlenvorgaben verzichtet wird, ist nicht nur vor dem Hintergrund sich möglicherweise ändernder technischer Möglichkeiten überzeugend, sondern auch, weil dies den Mitgliedstaaten ermöglicht, bei der Einfügung in dieser Vorgabe in ihr nationales Strafrecht ihre nationalen Umsetzungsnormen an ggf. schon anzutreffende ähnliche Formulierungen sprachlich und/oder inhaltlich anzulehnen (so findet sich in Deutschland immer wieder die Formulierung „einer großen Zahl von Menschen", welche der *BGH* zu § 306b Abs. 1 StGB zumindest bei 14 gefährdeten Menschen bejaht hat[11]).

Versteht man die Vorgabe in einem solchen Sinne, ist allerdings ihre Einstufung als Computerkriminalität fragwürdig, denn die Herstellung des Bildmaterials geschieht ja nicht notwendig via Internet (möglich wäre etwa auch eine Filmaufnahme durch eine nicht internetbasierte Kamera; selbst ein gemaltes Aktbild wäre wohl nicht ausgeschlossen, denn nach Erwägungsgrund 19 soll Bildmaterial „aller Art" erfasst sein, wenn es danach abfotografiert und dieses Foto ins Internet eingestellt würde); wird danach die Aufnahme im Computer geladen und gelangt erst darüber ins Internet, handelt es sich nicht im eigentlichen Sinne um Cybercrime, so dass die Ermächtigungsgrundlage bei einem solchen Verständnis zweifelhaft wäre. Schon deshalb müsste man die Vorgabe – und sei es im Lichte einer primärrechtskonformen Auslegung, die verhindern würde, dass die Richtlinie mangels hinreichender Ermächtigungsgrundlage in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV nicht mit dem primären Unionsrecht vereinbar wäre – wohl so verstehen, dass es darum geht, echte Intimaufnahmen anderen via Internet zugänglich zu machen, ohne dass ein darauf Abgebildeter damit einverstanden ist.

In Lit. b folgt auf die Herstellung bzw. Manipulation der Bilder dann als weitere Tathandlung noch die Zugänglichmachung, d.h. eine Weitergabe des Bildmaterials via Internet. Relevanz hat dies nach dem Einleitungssatz dieser Norm für den Vorsatz, der ja alle nachfolgend genannten Handlungen erfassen muss. Daher muss neben dem Herstellen bzw. Manipulieren der Bilder auch deren Zugänglichmachen vom Tätervorsatz umfasst sein. Dass sich die Vorgabe sprachlich etwas unglücklich letztlich auf die Weitergabe von vom Täter hergestelltem oder manipuliertem Bildmaterial zu beschränken scheint, könnte bei der Finalisierung des Vorschlags noch geändert werden, wäre aber auch deswegen kein echtes Problem, weil die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung ja über die Vorgaben hinausgehen könnten, indem sie auch die Weitergabe eines von einem anderen hergestellten oder manipulierten Bildes strafbewehren.

Lit. c ist der Sache nach ein spezieller Nötigungstatbestand, der als Nötigungsmittel die Drohung mit einer der Handlungen aus lit. a und b und als Nötigungserfolg allgemein ein Handeln, Dulden oder Unterlassen des Genötigten vorsieht. Da sich das hiernach Anzudrohende unschwer jedenfalls als ein empfindliches Übel i.S. von § 240 Abs. 1 StGB einordnen lassen, werden diese Vorgaben in Deutschland bereits durch § 240 StGB vollumfänglich erfasst; wird als Handlung etwa eine Vermögensverfügung angestrebt, wäre sogar § 253 StGB einschlägig.

4. Art. 8 RL-E: Cyberstalking

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nachstehenden vorsätzlichen Handlungen unter Strafe gestellt werden:

a) dauerhafte Bedrohung oder Einschüchterung einer anderen Person mittels Informations- und Kommunikationstechnologien, was dazu führt, dass die betreffende Person um die eigene Sicherheit oder um die Sicherheit unterhaltsberechtigter Personen fürchtet;

b) ständige Überwachung einer anderen Person ohne deren Einwilligung oder rechtliche Genehmigung mittels Informations- und Kommunikationstechnologien mit dem Ziel, die Bewegungen und Tätigkeiten dieser Person zu verfolgen oder zu überwachen;

c) Zugänglichmachen von Material, das personenbezogene Daten einer anderen Person enthält, ohne deren Einwilligung für eine Vielzahl von Endnutzern mittels Informations- und Kommunikationstechnologien, um diese Endnutzer dazu anzustiften, der betreffenden Person einen physischen oder erheblichen psychischen Schaden zuzufügen."

Auch hier beschränken sich die Vorgaben auf Tathandlungen im Internet und damit auf Cyber-Stalking in einem engen Sinne; sicherlich ist dies heute ein wichtiger Ort für Stalking, weshalb auch der deutsche Gesetzgeber bei der jüngsten Reform von § 238 StGB vor allem Regelungen zur besseren Erfassung von Cyber-Stalking vorgesehen hat. Anders als bei einigen der anderen vorgeschlagenen Cybercrime-Delikte ist aber Stalking faktisch keinesfalls auf das Internet fokussiert. Für die EU-Vorgaben ist das aber kein Problem, können die Mitgliedstaaten bei deren Implementierung doch problemlos darüber hinausgehen und damit etwa auch Kombinationen von virtuellem und reellem Stalking, die vielleicht erst kumulativ das erforderliche Einschüchterungspotenzial aufweisen, strafrechtlich sachgerecht erfassen. Die Vorgabe dient daher erstens

[10] Aus Erwägungsgrund 18: „Der Begriff „Vielzahl" sollte so verstanden werden, dass er sich auf das Erreichen einer beträchtlichen Anzahl von Endnutzern der betreffenden Technologien bezieht und somit einen bedeutenden Zugang zu diesem Material und dessen potenzielle weitere Verbreitung ermöglicht. Der Begriff sollte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände ausgelegt und angewandt werden, einschließlich der Technologien, die verwendet werden, um dieses Material zugänglich zu machen, und der Mittel, die diese Technologien zur Verstärkung bieten.

[11] BGHSt 44, 175.

der Überprüfung vorhandener Stalking-Regelungen dahingehend, ob sie auch für Cyber-Stalking angemessene Regelungen vorsehen (oder noch im analogen Tatraum verhaftet sind) und zweites der Sicherstellung, dass es in allen EU-Mitgliedstaaten Strafnormen wenigstens gegen Cyber-Stalking gibt.

5. Art. 9 RL-E: Cybermobbing

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nachstehenden vorsätzlichen Handlungen unter Strafe gestellt werden:

a) Initiierung eines Angriffs mit Dritten gegen eine andere Person, indem einer Vielzahl von Endnutzern mittels Informations- und Kommunikationstechnologien Material mit Drohungen und Beleidigungen zugänglich gemacht wird, was zur Folge hat, dass der angegriffenen Person erheblicher psychischer Schaden zugefügt wird;

b) Beteiligung mit Dritten an den unter Buchstabe a genannten Angriffen."

Damit sollen alle Formen von Mobbing i.S. der Initiierung einer Mobbingattacke im Internet erfasst werden. Solches Cybermobbing kann natürlich auch sexuell konnotierte Inhalte betreffen, muss es aber nicht. Mobbing als solches ist bislang im deutschen Strafrecht noch nicht eigens tatbestandlich verankert. Sofern das an eine Vielzahl von Nutzern gesandte Material allerdings eine Beleidigung des Mobbingopfers enthält, wäre dieses Verhalten tatbestandlich bereits von § 185 StGB erfasst; und seit der 2021 eingefügten tatbestandsinterne Qualifikation für eine Beleidigung via Internet gäbe es dafür auch einen adäquaten Strafrahmen. Demgegenüber wäre eine im Internet verbreitete Drohung dann als Bedrohung gem. § 241 StGB strafbewehrt, wenn dem Mobbingopfer dadurch entweder bestimmte Vergehen oder ein Verbrechen in Aussicht gestellt werden. Das erfasst natürlich keineswegs umfänglich den Kreis möglicher Drohungen. Drohungen mit einem empfindlichen Übel sind dagegen de lege lata nur strafbewehrt, wenn dadurch i.S.v. § 240 StGB ein Nötigungserfolg zumindest angestrebt wird. Und die Zufügung psychischer Schäden ist nach noch h.M. nur dann auch als Körperverletzung gem. § 223 StGB einzustufen, wenn damit ein körperlich-pathologischer Zustand verbunden ist (z.B. bei psychosomatischen Erkrankungen); psychische Schäden können aber auch ohne eine solche körperliche Begleiterkrankung auftreten. Daraus ergeben sich gewisse Lücken, die der deutsche Gesetzgeber zwingend schließen müsste. Dafür wird er wohl nicht darum herumkommen, einen bislang noch nicht gewollten (zumindest Cyber-) Mobbing-Tatbestand zu schaffen, doch gäbe dies die Chance, auch bei der Strafzumessung etwas höher als bloß im Rahmen von §§ 185, 241 StGB anzusetzen. Dabei sollte man dann auch entscheiden, ob sich dieser auf den Tatort Internet beschränkt oder über die EU-Vorgaben hinausgehend auch andere Orte für Mobbing wie den Schulhof etc. erfassen kann.

6. Art. 10 RL-E: Aufstachelung zu Gewalt oder Hass im Internet

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die vorsätzliche Aufstachelung zu Gewalt oder Hass gegen eine nach biologischem oder sozialem Geschlecht definierte Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe durch die Verbreitung von diese Aufstachelung enthaltendem Material mittels Informations- und Kommunikationstechnologien, unter Strafe gestellt wird."

Damit soll – nicht unähnlich zu § 130 Abs. 1 StGB – das Aufstacheln zum Hass gegen bestimmte Personengruppen und deren Angehörige erfasst werden. Dies ist allerdings aufgrund der Kompetenzgrundlage – anders als in Deutschland – beschränkt auf ein Handeln via Internet. Die Mitgliedstaaten können insoweit natürlich darüber hinausgehen, so dass Deutschland an seiner Regelung festhalten kann. Weiterhin ist der Anwendungsbereich der EU-Vorgabe gegenüber § 130 StGB enger, weil sich diese auf Hass wegen des biologischen oder sozialen Geschlechts bezieht; demgegenüber nicht erfasst sind die in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB explizierte nationalen, rassischen, religiösen oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmten Gruppen, ohne dass explizit auch das Geschlecht genannt wäre. Gleichwohl ist der Regelungsgehalt bereits Teil des deutschen Strafrechts, weil neben diesen Gruppen und ihren Angehörigen auch allgemein „Teile der Bevölkerung" genannt sind. Dazu werden nach einem neueren Judikat etwa auch die „Frauen" gezählt, so dass als Teil der Bevölkerung auch Geschlechtergruppen angesehen werden können. Selbst wenn man die Kritik daran, dass auch die Bevölkerungsmehrheit gegen Volksverhetzung durch eine Minderheit geschützt sein soll, teilt, wird man anerkennen müssen, dass spätestens mit Ablauf der Umsetzungspflicht dieses RL-Vorschlages eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung von § 130 StGB (jedenfalls für ein Aufstacheln im Internet) zur Erfassung von durch ihr (biologisches und/oder soziales) Geschlecht bestimmten Gruppen als Teil der Bevölkerung besteht.

Aus deutscher Sicht ist die Erfassung auch des sozialen Geschlechts spätestens nach der diesbezüglichen Entscheidung des *BVerfG* (E 147, 1) kein Problem (mehr); den damit verbundenen Paradigmenwechsel unterstreicht auch die beabsichtigte Ersetzung des überholten Transsexuellengesetzes von 1980 durch das von der Ampel-Koalition vorgelegte sog. Selbstbestimmungsgesetz. Ob das in allen Mitgliedstaaten geteilt wird, erscheint freilich fraglich – man denke nur an die oben erwähnte Absage des bulgarischen Verfassungsgerichts an nichtbiologische Geschlechtszuschreibungen. Praktisch dürfte es etwa darum gehen, ob die bewusste Titulierung einer Transperson mit ihrem „Deadname" und dem darauf bezogenen „falschen" Pronomen in Beiträgen im Internet als solches strafbar sein muss.

Solches Aufstacheln wird heute in aller Regel via Internet bzw. darüber verbreitete soziale Medien erfolgen, so dass die Beschränkung der EU-Vorgabe auf diesen Verbreitungsweg – der schlicht der Kompetenzbeschränkung u.a.

auf Cyberkriminalität geschuldet ist – in der Rechtspraxis die allermeisten Fälle erfassen dürfte; darüber hinaus sind auch insoweit die Mitgliedstaaten natürlich frei, auch andere Verbreitungswege gleichermaßen mit Strafe zu belegen (dies ist bei § 130 StGB bereits der Fall).

7. Art. 13 RL-E: Erschwerende Umstände

„Sofern die nachstehenden Umstände nicht bereits ein Tatbestandsmerkmal der in den Artikeln 5 bis 10 genannten Straftaten sind, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass sie im Zusammenhang mit diesen Straftaten als erschwerende Umstände gelten:

a) Die Straftat oder eine andere Straftat der Gewalt gegen Frauen oder häuslicher Gewalt wurde wiederholt begangen.

b) Die Straftat wurde gegen eine Person begangen, die durch besondere Umstände wie eine Abhängigkeitssituation oder einen Zustand körperlicher, psychischer, geistiger oder sensorischer Behinderung schutzbedürftig geworden ist oder in einer Einrichtung lebt.

c) Die Straftat wurde gegen ein Kind begangen.

d) Die Straftat wurde in Gegenwart eines Kindes begangen.

e) Die Straftat wurde von zwei oder mehr Personen gemeinschaftlich begangen.

f) Der Straftat ging ein extremes Maß an Gewalt voraus oder mit der Straftat ging ein extremes Maß an Gewalt einher.

g) Die Straftat wurde unter Verwendung einer Waffe oder Drohung mit einer Waffe begangen.

h) Die Straftat wurde unter Anwendung von Gewalt oder unter Androhung von Gewalt oder unter Nötigung begangen.

i) Die Straftat führte zum Tod oder Selbstmord des Opfers oder zu schweren körperlichen oder psychischen Schäden bei dem Opfer.

j) Der Straftäter war zuvor wegen ähnlicher Straftaten verurteilt worden.

k) Die Straftat wurde gegen einen früheren oder derzeitigen Ehegatten oder Partner begangen.

l) Die Straftat wurde von einem Familienangehörigen oder einer mit dem Opfer zusammenlebenden Person begangen.

m) Die Straftat wurde unter Missbrauch einer anerkannten Stellung des Vertrauens, der Autorität oder des Einflusses begangen.

n) Die Straftat wurde gefilmt, fotografiert oder in anderer Form aufgezeichnet und vom Täter zugänglich gemacht.

o) Die Straftat wurde dadurch begangen, dass das Opfer dazu veranlasst wurde, Drogen, Alkohol oder andere Rauschmittel zu nehmen, zu konsumieren oder davon beeinflusst zu werden."

Art. 13 RL-E sieht einen Katalog von nicht weniger als 15 Erschwerungsgründen vor, deren Vorliegen dazu führt, dass die für die einzelnen Tatbestandsvorgaben in Art. 12 RL-E enthaltenen Mindesthöchststrafenvorgaben jeweils erhöht werden. Das setzt nicht notwendig voraus, dass in einer nationalen Norm zwischen einem normalen und einem erschwerten Fall unterschieden wird, soweit nur der nationale Strafrahmen auch im Normalfall bereits hoch genug ist, um auch einen schweren Fall in diesem Sinne zu erfassen. Damit ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, den umfänglichen Katalog explizit in sein Strafgesetz zu überführen.

8. Sonstige Vorgaben zum materiellen Strafrecht

Art. 14 RL-E enthält einige Vorgaben zum Strafanwendungsrecht und Art. 15 RL-E zur Verfolgungsverjährung; beide würden wohl den deutschen Gesetzgeber zu kleineren Anpassungen der §§ 3 ff. bzw. § 78a StGB „nötigen", doch wäre dies ohne grundlegende Brüche mit dem geltenden Recht möglich.

V. Verhältnis von Art. 67 zu Art. 83 Abs. 3 AEUV

Betrachtet man sowohl die denkbaren Bedenken aus deutscher Sicht gegen Art. 5 RL-E als auch die ebenso denkbaren Angriffspunkte aus bulgarischer Sicht, sind zwei Wege für eine Lösung denkbar, die so viel als möglich von dem Kommissionsvorschlag für möglichst viele Mitgliedstaaten vorsieht und zugleich den jeweils nationalen Vorbehaltsrechten vollumfänglich Rechnung trägt. Der Weg, den die Kommission mit der Vorlage ohne Rücksicht auf diese denkbaren nationalen Sonderbelange bislang gegangen ist, ist nicht per se europarechtswidrig, denn selbst wenn es am Ende (auch) im Rat zu einer Abstimmung über eben diese Vorlage kommen sollte und diese – gegen die Stimmen der betroffenen Mitgliedstaaten – mit qualifizierter Mehrheit angenommen werden sollte, könnten die Mitgliedstaaten ja gestützt auf Art. 83 Abs. 3 AEUV die „Notbremse" ziehen und ihr Veto einlegen. Danach wäre nur noch möglich, dass die übrigbleibenden Mitgliedstaaten den Rechtsakt im Wege verstärkter Zusammenarbeit und damit nur für sich übernehmen.

Andererseits ist die Kommission bereits bei der Vorlage ihres Vorschlags an Art. 67 Abs. 1 AEUV gebunden, der festlegt, dass im von der Union gebildeten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden. Hier geht es – anders als in Art. 6 Abs. 3 EUV – nicht um gemeinsame (Verfassungs-)Überlieferungen aller Mitgliedstaaten, sondern gerade um deren traditionelle oder auch erst kürzlich begründete Sonderwege, die – das zeigt der Verzicht auf einen Bezug auf das nationale Verfassungsrecht – nicht notwendig in der nationalen Verfassung fundiert sein müssen. Angesichts des insoweit eindeutigen Lissabon-Urteils des *BVerfG* wird man festhalten können, dass die Nichtübertragung einer Kompetenz an die EU zur Strafrechtsharmonisierung für in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV genannte Straftatbestände, falls diese weder auf-

grund ihrer Art noch ihrer Auswirkungen einen transnationalen Charakter aufweisen, zumindest der deutschen (Verfassungs-)Rechtsordnung entstammt und entspricht (dass es aus EU-Sicht oder der Sicht der anderen Mitgliedstaaten im Rahmen von Art. 83 Abs. 1 AEUV auch anders fundierte transnationale Straftatbestände geben kann, spielt keine Rolle, denn für Art. 67 Abs. 1 AEUV kommt es ja allein auf die Perspektive des einzelnen betroffenen Mitgliedstaates an). Der diese nationale Schranke missachtende Vorschlag der Kommission würde mithin – zumindest wenn er auch für Deutschland wirksam werden sollte – einen Verstoß der Union gegen Art. 67 Abs. 1 AEUV begründen. Ähnlich stellt sich die Rechtslage in Bulgarien dar, denn auch hier ist durch das dafür zuständige nationale Verfassungsgericht angesichts der anstehenden Beschlussfassung über einen internationalen Vertrag aus dem nationalen (Verfassungs-)Recht eine Schranke herausgelesen worden; die vom bulgarischen Verfassungsgericht postulierte zwingende Beschränkung auf eine binäre biologisch begründete Geschlechterordnung (verbunden mit der Absage an eine davon abweichende soziale Geschlechtszuschreibung) konkretisiert das diesbezügliche bulgarische (Verfassungs-)Recht und steht damit nicht nur – wie eben 2018 entschieden – einer Ratifizierung der Istanbul-Konvention in Bulgarien entgegen, sondern ist auch Teil der bulgarischen (Verfassungs-)Rechtsordnung bzw. (wahrscheinlich auch) der Rechtstradition, so dass sie als solches von der Kommission bei Vorschlägen für das die gesamte Union berührende Recht im Lichte von Art. 67 Abs. 1 AEUV beachtet werden muss.

Nimmt die Kommission jedenfalls bei der Finalisierung ihres Vorschlags die Regelung in Art. 67 Abs. 1 AEUV wirklich ernst, gäbe es für sie formal eigentlich nur zwei Wege, den genannten Belangen der beiden Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen: Erstens könnte man auf eine Verbindlichkeit für diese Staaten verzichten und gleich auf eine bloß verstärkte Zusammenarbeit der 25 übrigen Mitgliedstaaten setzen, doch würde dies dazu führen, dass die beiden betroffenen Mitgliedstaaten auch in solchen Teilaspekten des RL-Entwurfs außen vor bleiben würden, in denen ihre nationalen Rechtsordnungen gar nicht tangiert sind. Zweitens könnte sich die Kommission bei den betroffenen Artikeln mit Opt-Out-Klauseln behelfen, die dann für die Mitgliedstaaten einen passgenauen Ausschluss nur solcher Verpflichtungen, die mit ihrer Rechtsordnung nicht in Einklang stehen, ermöglichen würde; will man allerdings am grundsätzlich verbindlichen Charakter (nahezu) aller Regelungen des vorliegenden Vorschlags festhalten und ein Rosinen-Picken aller Mitgliedstaaten vermeiden, müsste man nicht bloß die Opt-Out-Klausel auf die tatsächlich bestehenden Problemfelder begrenzen und obendrein eine Opt-Out-Erklärung auf Fälle des Art. 67 Abs. 1 AEUV beschränken. Der dritte Weg ist angesichts der Verbindlichkeit von Art. 67 AEUV eigentlich von (Unions-)Rechtswegen keiner, könnte sich aber vorliegend gleichwohl als gangbarer Weg erweisen; danach könnte die Kommission ihren Vorschlag unverändert in den Rat einbringen und abwarten, ob dort ein Mitgliedstaat die „Notbremse“ zieht, wonach ggf. ohnehin über Änderungen zu verhandeln ist. Hier könnten dann z.B. die Opt-Out-Klauseln als Notausgang aus der Krise gefunden werden (solche Regelungen hat es in der Vergangenheit ja schon bei der Ratifizierung neuer EG- bzw. EU-Verträge gegeben). Damit hätte die Kommission politisch kommuniziert, dass sie eigentlich für alle Mitgliedstaaten ohne Abstriche das gleiche Recht gelten lassen will, in Ansehung eines drohenden Vetos einzelner Mitgliedstaaten dann aber im Interesse des Gesamtprojekts soweit als zwingend nötig nachgegeben. Allerdings ist es natürlich denkbar – und das gilt angesichts der Zurückhaltung in Bezug auf eine vollumfängliche Ratifizierung und Umsetzung des Vertrags von Istanbul auch in anderen EU-Mitgliedstaaten, selbst wenn deren Verfassungsgerichte möglicherweise nicht die Bedenken wie dasjenige in Bulgarien hegen, – dass sich nach einer Notbremse im Rat nicht durchsetzen lässt, dass ein Opt-Out strikt nur an die Voraussetzungen in Art. 67 Abs. 1 AEUV gebunden ist, so dass möglicherweise allen EU-Mitgliedstaaten dieses Instrument zusteht und das Ziel einer Verankerung der Istanbul-Konvention gerade auch in bislang eher zurückhaltenden Mitgliedstaaten faktisch in sich zusammenbrechen könnte.

VI. Fazit

Die materiellstrafrechtlichen Vorgaben im vorliegenden Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt genügen zum großen Teil den Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 1 AEUV als der zugrunde gelegten Ermächtigungsgrundlage nicht. Bei der Vorgabe für die Vergewaltigung fehlt der grenzüberschreitende Bezug; und bei den Vorgaben zu Cybercrime handelt es sich letztlich angesichts der vorgesehenen Mindesthöchststrafen durchweg um Bagatelldelikte, die mithin nicht als schwere Kriminalität angesehen werden können. Vor dem Hintergrund von Art. 83 Abs. 1 AEUV und Art. 49 Abs. 3 GRCh kann daher nur der Vorschlag für einen Tatbestand gegen weibliche Genitalverstümmelungen „bestehen“. Sollten gleichwohl auch die Vorschläge in Art. 5, 7 bis 10 RL-E im Rat beraten werden, müsste die Bundesregierung die dagegen bestehenden Bedenken ernst nehmen und ggf. die „Notbremse“ ziehen.

AUSLANDSBEITRAG

Die Grenzen der Verantwortung des Compliance-Officers vor dem Hintergrund der Rolle der Geschäftsleitung – Rechtlicher Ansatz in Argentinien

*von Dorothea Garff**

Abstract
Sowohl in nationalen als auch in internationalen Unternehmen nimmt die Zahl der Compliance Officer zu. Die Ausübung dieser Tätigkeit ist herausfordernd, da den Compliance Officer eine Reihe von Pflichten und Haftungstatbeständen treffen. Der Beitrag analysiert zunächst die Figur des Compliance Officers und seine Rolle in der argentinischen Gesetzgebung. Sodann werden die Pflichten dargestellt, die Compliance Officer derzeit im argentinischen Recht treffen. Bei der Konturierung dieser Pflichten ist die Rolle Geschäftsleitung von wichtiger Bedeutung. Der Beitrag nimmt dabei die Position ein, dass die Regeln des argentinischen Gesellschaftsrechts eine strafrechtliche Garantenstellung des Compliance Officers begründen könnten. Weiterhin werden die in Argentinien wichtige Unabhängigkeit der Compliance-Funktion hervorgehoben sowie Sonderfälle der Haftung des Compliance Officers dargestellt. Abschließend wird im Hinblick auf die Ausgestaltung der Rolle des Compliance Officers auf bewährte Praktiken in Management und Governance eingegangen.

The number of compliance officers is growing in both national and international companies. The execution of this task is challenging, as the compliance officer is subject to several duties and liabilities. At first, the article analyses the figure of the compliance officer and his role in Argentine legislation. It then describes the duties that compliance officers currently face under Argentine law. In outlining these duties, the role of the executive management is of great importance. The article adopts the position that the rules of Argentine corporate law could establish a criminal guarantor position of the compliance officer. Furthermore, the independence of the compliance function, which is important in Argentina, is highlighted and special cases of the compliance officer's liability are presented. Finally, best practices in management and governance are discussed regarding the structuring of the compliance officer's role.

I. Einführung

Es ist ein deutlicher Trend zu beobachten, dass die Zahl von Mitarbeitern, die die Position des Compliance Officers („CO“) innehaben, sowohl in internationalen als auch in lokalen Unternehmen zunimmt. Gleichzeitig steigen auch die Anforderungsprofile, die erfüllt werden müssen. Je nach den Aufgaben, die die Mitarbeiter in den einzelnen Organisationen übernehmen müssen, werden unterschiedliche Fähigkeiten sowie Hard- und Soft Skills verlangt. Im Allgemeinen umfassen diese Aufgaben die Verhinderung und Aufdeckung von Korruption, Betrug und Kartellrechtsverstößen, den Datenschutz, die Bewahrung sonstiger Unternehmenswerte, die Sicherstellung der Einhaltung spezifischer Regeln für bestimmte Märkte und Geschäftsaktivitäten, die Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung und neuerdings verstärkt auch Themen wie den Schutz von Menschenrechten, den Umweltschutz sowie die Verwirklichung des Ziels einer nachhaltigen wirtschaftlichen Entwicklung sowohl innerhalb des Unternehmens als auch entlang seiner Wertschöpfungskette.[1]

Die Notwendigkeit und die Verantwortung, die Einhaltung der geltenden Vorschriften und der unternehmensinternen Regeln in den oben genannten Bereichen zu gewährleisten, ist sehr herausfordernd. Diese Herausforderungen ergeben sich aus der schrittweisen Ausweitung von Pflichten und Haftungstatbeständen, die Unternehmen derzeit treffen. Ein deutlicher Indikator dafür ist die Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung und die veränderte Rolle des Staates, der das Unternehmen in die Aufgaben der Aufdeckung, Reaktion und Bestrafung von Unternehmenskriminalität einbezieht.

Um mögliche Sanktionen sowie Reputationsverluste, Wettbewerbsnachteile und wirtschaftliche Schäden zu vermeiden, führen Unternehmen Präventions- und Kontrollmechanismen in Form von Compliance-Programmen oder, wie sie im argentinischen Recht genannt werden, „Integritätsprogramme“ ein. Es ist offensichtlich, dass mit diesen Trends die Rolle des CO an Bedeutung gewinnt, was auch eindeutig ein positives Zeichen im Kampf gegen die Korruption ist. Die zunehmende Bedeutung von Integritätsthemen birgt jedoch nicht nur größere Risiken für das

* *Dorothea Garff* ist Rechtsanwältin bei Beccar Varela in Buenos Aires. Der Aufsatz erschien erstmals am 17.2.2022 in spanischer Sprache im Online-Blog abogados.com.ar. Die Verfasserin dankt Herrn Wiss. Mit. *Jonas C. Schulz* (Augsburg) für die Übersetzung des Aufsatzes ins Deutsche.

[1] Vgl. die Ergebnisse einer neueren Umfrage des Zentrums für Governance und Transparenz der IAE Business School in Pilar (Argentinien), abrufbar unter https://www.gobernabilidadytransparencia.com/wp-content/uploads/2016/08/Presentacion-encuesta-marzo2021.pdf (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

Unternehmen, sondern auch für den CO[2], insbesondere dann, wenn er nicht die ihm zugewiesenen Aufgaben erfüllt. In diesem Zusammenhang stellen sich Fragen wie die folgenden:

- Was ist die Rolle des CO und wer übernimmt sie?
- Welchen Grad und welche Art von Verantwortung sollte der CO übernehmen?
- Wann ist er strafrechtlich verantwortlich?
- Was ist die Rolle des Leitungsorgans und der Unternehmensführung?

II. Die Figur des Compliance Officers und seine Rolle in der argentinischen Gesetzgebung

„Compliance-Beauftragte" oder „interne Beauftragte für Integritätsprogramme" tauchen vor allem im Gesetz zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung[3], den dazugehörigen Durchführungsvorschriften sowie im Gesetz zur strafrechtlichen Haftung von Unternehmen[4] (*Régimen de responsabilidad empresarial penal* – „RPE") auf.

1. Anti-Geldwäsche-Regelung

Beaufsichtigte Unternehmen, die juristische Personen sind, müssen bei der argentinischen *Unidad de Información Financiera* (UIF) einen Compliance Officer auf Vorstandsebene benennen, vgl. Art. 21bis 2. c)[5] des Gesetzes 25.246. Zu seinen Aufgaben gehört es, Strategien zur Prävention und Risikosteuerung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vorzuschlagen, ein Präventionshandbuch zu erstellen und die korrekte Umsetzung und das ordnungsgemäße Funktionieren des Systems zur Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu überwachen. Kapitel IV des Gesetzes 25.246 wiederum normiert ein verwaltungsstrafrechtliches Haftungssystem, das im Falle einer Pflichtverletzung der Compliance-Beauftragten eingreift.[6] Im engeren Bereich der Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung sind die Aufgaben und Zuständigkeiten des Compliance-Beauftragten recht eindeutig. Weit weniger klar sind die Stellung und die Verantwortung des CO im Rahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen.

2. Strafrechtliche Haftung von Unternehmen

Das argentinische Modell strafrechtlicher Unternehmenshaftung regelt die Merkmale, die ein „Integritätsprogramm" aufweisen sollte. Dessen Umsetzung ist fakultativ, bietet aber Anreize und Vorteile für Organisationen, die es einführen.[7] Das Gesetz 27.401 beschreibt die Kernbestandteile, die in einem Integritätsprogramm enthalten sein sollten, und unterscheidet zwischen obligatorischen und fakultativen Elementen. Die Benennung eines CO[8] ist Teil der in diesem Gesetz vorgesehenen Elemente, aber nur als fakultativer Bestandteil.

In der Praxis kann sich niemand ein Integritätsprogramm ohne ein Unternehmensmitglied vorstellen, das für die Umsetzung und Durchführung des Programms verantwortlich ist; und sowohl die Lehre[9] als auch das Amt für Korruptionsbekämpfung („Oficina Anticorrupción – OA") betrachten in ihren Guidelines für eine bessere Einhaltung der Artikel 22 und 23 des Gesetzes 27.401 („*Los Lineamientos*")[10] den CO sowohl für große als auch für kleine Unternehmen als eine Figur von erheblicher Bedeutung, um Integritätsprogramme effizient zu gestalten. Das Gesetz 27.401 enthält jedoch keine spezifischen Angaben über die Rolle des CO, seine Funktionen oder seine hierarchische Stellung innerhalb des Unternehmens. Es ist dann Sache des Unternehmens, die Rolle des CO sowie die Art und den Umfang seiner Aufgaben zu definieren. Folglich gibt es in der Unternehmensrealität sehr unterschiedliche Positionen und Funktionen des CO, je nach Größe und Tätigkeit des jeweiligen Unternehmens.[11]

3. Position und Aufgaben des Compliance-Beauftragten im Allgemeinen

Um die Grenzen der Verantwortung des CO festzulegen, muss geklärt werden, welche Erwartungen die Regulierungsbehörden auf lokaler und globaler Ebene in diese Rolle setzen. Diese finden sich in der Beschreibung der Elemente eines Integritätsprogramms sowohl in den *Lineamientos* als auch in den vielen Leitlinien, die weltweit zu diesem Thema entwickelt wurden. Generell kann man sagen, dass aus den Anforderungen und Voraussetzungen, die ein Integritätsprogramm erfüllen muss, um effizient zu funktionieren, hervorgeht, dass der CO nicht nur eine Schlüssel-, sondern auch eine Querschnittsfunktion im Unternehmen hat. In diesem Sinne muss der Einfluss des CO horizontal über alle Abteilungen und Tätigkeiten eines Unternehmens hinweg wirken und vertikal den Zugang zur obersten Führungsebene und allen weiteren Unternehmensebenen sicherstellen.

---

2 Aus stilistischen und sprachlichen Gründen bezieht sich „*der* CO" (Compliance Officer) auf alle Geschlechter.

3 Gesetz 25.246 vom 13.4.2000, B.O. 10.05.2000, Nr. 29.395, S. 1 ff.; alle argentinischen Gesetze sind unter https://www.argentina.gob.ar/normativa abrufbar (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

4 Gesetz 27.401 vom 8.11.2017, B.O. 1.12.2017, Nr. 33.763, S. 3 ff.; vgl. dazu näher *Tangerino/Montiel/Olive*, KriPoZ 2019, 189 (192 ff.).

5 Art. 21bis wurde durch Art. 13 des Gesetzes 27.446 vom 30.5.2018 neu gefasst, vgl. B.O. 18.6.2018, Nr. 33.893, S. 4 f.

6 *Genera*, Revista de Derecho Comercial 301, 33, Cita: TR LALEY AR/DOC/314/2020.

7 *Genera*, Revista de Derecho Comercial 301, 33, Cita: TR LALEY AR/DOC/314/2020.

8 Oder „intern verantwortliche Person, die für die Entwicklung, Koordinierung und Überwachung des Integritätsprogramms zuständig ist" (Art. 23 IX, RPE-Gesetz).

9 Vgl. *Ozollo*, in: La nueva ley de responsibilidad penal de personas jurídicas y el compliance, 2018, S. 69 ff.

10 Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, abrufbar als Annex I (S. 19 ff.) der Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad, online abrufbar unter: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_para_la_implementacion.pdf (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

11 Vgl. die Umfrageergebnisse des Zentrums für Governance und Transparenz der IAE Business School (Fn. 1).

Allerdings finden sich in den Unternehmen unterschiedliche Organisationsstrukturen für die Einhaltung der Vorschriften. Es gibt COs auf Vorstandsebene und andere, die auf mittlerer Ebene tätig sind. Es gibt Ein-Personen-Strukturen und Teams, die sich aus Compliance-Spezialisten oder aus Spezialisten und anderen Mitgliedern aus verschiedenen Bereichen eines Unternehmens zusammensetzen (z.B. aus Ethikausschüssen oder anderen Arten von kollegialen Gremien, die sich durch ihren multidisziplinären Charakter auszeichnen). Laut der bereits erwähnten Umfrage[12] des Zentrums für Governance und Transparenz der IAE Business School gewinnt die Stellung des CO auf hierarchischer Ebene an Bedeutung. Die Ergebnisse zeigen, dass die meisten COs heute direkt dem Vorstand oder dem Topmanagement unterstellt sind, während sie vor zehn Jahren noch der Rechtsabteilung untergeordnet waren, der sie ebenfalls Bericht erstatten mussten.[13] Gemeinsamer Nenner ist, dass der CO oder das jeweilige Kollegialorgan für das Korruptionsrisikomanagementsystem (und je nach Fall auch für andere Risiken) oder, wie es im RPE-Gesetz heißt, für Integritätsprogramme zuständig ist.

III. Die Verantwortung des Compliance-Beauftragten

Die oben beschriebenen Trends sollen die geschäftliche Realität und die verschiedenen Positionen und Rollen widerspiegeln, die COs einnehmen sollten. Es bleibt zu untersuchen, ob der CO in erster Linie für das Funktionieren eines Integritätsprogramms verantwortlich ist und/oder ob es andere Mitglieder des Unternehmens sind, die reagieren müssen, wenn die zum Integritätsprogramm gehörenden Kontrollsysteme nicht richtig funktionieren.

1. Strafrechtliche Haftung des Compliance-Beauftragten in Argentinien

Um zu beurteilen, inwieweit ein CO für die Nichteinhaltung seiner Pflichten verantwortlich gemacht werden kann, muss zunächst definiert werden, worin diese Pflichten bestehen. Das RPE-Gesetz erwähnt den CO nur als empfohlenes (nicht obligatorisches) Element eines Integritätsprogramms mit folgender Bezeichnung und Rolle innerhalb des Unternehmens: „Ein interner Beauftragter, der für die Entwicklung, Koordination und Überwachung des Integritätsprogramms zuständig ist.“[14]

Eine weitere Beschreibung der Funktionen und Aufgaben ist in den *Lineamientos* zu finden, die einen ausführlichen Katalog mit den wichtigsten Aufgaben enthalten, die von der Analyse ethischer Risiken, der Durchführung des Programms, der Lösung von ethischen Dilemmata, der Verwaltung des Whistleblowing-Systems, der Überwachung und Anpassung des Programms bis zur Konzeption von Schulungen und der Beteiligung an der strategischen Planung der Organisation reichen, um nur einige zu nennen. Es handelt sich dabei ausschließlich um Vorschläge. Die Leitlinien enthalten keine konkreten Angaben zur Verantwortung des CO. Die einzige Empfehlung lautet:

„Geben Sie in Ihrem Vertrag, in Ihrer Stellenbeschreibung oder gegebenenfalls in einer schriftlichen Erklärung eindeutig an, welche Aufgaben Sie der Person oder den Personen übertragen, die mit der Wahrnehmung von Verantwortung betraut sind.“[15]

Da sich die Empfehlung auf die Formulierung der vom Unternehmen übertragenen Zuständigkeiten bezieht, scheint es sich hierbei eher um eine arbeitsrechtliche Thematik zu handeln. Es ist erwähnenswert, dass die Formulierung der Verantwortlichkeiten dem Unternehmen auch nachzuweisen hilft, dass es eines der Elemente seines Programms einhält. Die Formulierung kann auch als Beweiselement dienen, falls die Wirksamkeit des Integritätsprogramms nachgewiesen werden muss, was im Falle einer Ermittlung und/oder Selbstanzeige gemäß Art. 9 oder 18 des RPE-Gesetzes eine grundlegende Voraussetzung ist.

Dies betrifft jedoch die strafrechtliche Haftung des Unternehmens, nicht die persönliche Haftung des CO. Inwieweit dieser selbst strafrechtlich verantwortlich ist, ist hingegen zweifelhaft. Das RPE-Gesetz schweigt zu dieser Frage, und das Gesetz zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (Art. 21 und 23, Gesetz 25.246) sowie Art. 304 des Strafgesetzbuchs regeln primär die Verantwortlichkeit und die Sanktionierung des Unternehmens selbst. Selbstverständlich ist aber, dass der CO z.B. für Korruptionsdelikte strafrechtlich verantwortlich ist, die von ihm direkt begangen werden – und zwar unabhängig davon, ob er im Namen des Unternehmens handelt oder nicht. Zudem kommt eine Haftung auch des Unternehmens in Betracht, sofern die Voraussetzungen des Art. 2 RPE-Gesetz erfüllt sind. Weitere Zweifel ergeben sich, wenn der CO seinen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Integritätsprogramm, z.B. seinen Überwachungspflichten, nicht nachkommt.

In Argentinien gibt es keine spezifische Rechtsprechung für diese Fälle, und das Strafgesetzbuch enthält auch keinen Straftatbestand der Unterlassung von Überwachungspflichten im Unternehmen, der sich darauf auswirken könnte.

2. Rechtsvergleichung – der Compliance Officer als Garant

Während in Argentinien keine spezifische strafrechtliche Haftung existiert, hat die Rechtsprechung in anderen Ländern die strafrechtliche Haftung auf COs ausgeweitet oder präzisiert.

Sowohl in Spanien als auch in Deutschland wurden COs wegen eines Unterlassens strafrechtlich sanktioniert, und zwar im Rahmen ihrer Garantenpflicht. Ein wichtiger Präzedenzfall ist das obiter dictum des *BGH* aus dem Jahr 2009, in dem der *Senat* die Garantenpflicht i.S.d. § 13 StGB eines CO daraus ableitete, dass dieser die Begehung von Straftaten durch das Unternehmen zu verhindern

[12] Vgl. oben Fn. 1.
[13] Vgl. (Fn. 1), S. 3.
[14] Art. 23 IX, Gesetz 27.401.
[15] Lineamientos (Fn. 10), S. 70.

habe.[16] In Spanien wurden gegen zehn Compliance-Beauftragte der Banco Santander und der BNP Paribas ermittelt, weil sie die Kontrollen, für die sie zuständig waren, nicht durchgeführt hatten.[17]

Die Rechtsprechung, die dem CO die Stellung eines Garanten zuweist, ist in der Literatur sehr umstritten. Es ist davon auszugehen, dass diese Diskussion erst am Anfang steht und dass weitere Positionen hinzukommen werden, wenn weitere Fälle vor Gericht verhandelt werden. Diejenigen, die dafür plädieren, den CO als Garanten für die Verhinderung von Straftaten anderer im Unternehmen zu betrachten, erklären die Stellung des Garanten mit der Aufsichts- und Kontrollpflicht, die COs im Allgemeinen haben. Der Grad der strafrechtlichen Verantwortung des CO hinge vom Umfang seiner tatsächlich übernommenen Verantwortung und von der Rolle, die ihm innerhalb der Unternehmensstruktur zukommt, ab.[18] Folgt man dieser Argumentation ist es eher möglich, einem CO, der z.B. Mitglied eines Leitungsorgans oder eines Aufsichtsrats ist, eine Garantenstellung zuzuweisen als einem Fachmann, der eher die Rolle eines internen oder externen Beraters spielt.

Je nach Ausmaß der übernommenen Rolle ist auch umstritten, ob der CO Täter oder Teilnehmer einer Straftat durch Unterlassen ist.[19] Um die Grenzen einer besonderen strafrechtlichen Haftung oder Garantenstellung des CO zu verdeutlichen, lassen sich folgende Fälle zusammenfassen, bei denen weitgehend Einigkeit über eine bestehende Garantenstellung herrscht:

- Wenn er auf der gleichen Ebene wie die Geschäftsleitung tätig ist. In diesen Fällen ergibt sich die Garantenstellung aus der allgemeinen Haftung von Vorstandsmitgliedern und Managern, die Sorgfalts- und Treuepflichten nach Art eines ordentlichen Geschäftsmannes einhalten müssen.

- Wenn Programme zur Einhaltung der Vorschriften gesetzlich vorgeschrieben sind, einschließlich einer spezifischen Verpflichtung zur Ernennung eines CO. In diesem Fall lässt sich die Garantenstellung des CO durch seinen institutionellen Charakter und die entsprechende Zuweisung staatlicher Präventionsaufgaben begründen.

- Wenn er freiwillig die Verantwortung für ein Compliance-Programm übernimmt, um die Unternehmensinteressen zu schützen oder um Straftaten gegenüber Dritten zu verhindern. In diesen Fällen wird die Garantenstellung aufgrund des besonderen Vertrauens in den CO und aufgrund seiner Organisationskompetenz begründet. Dies setzt ferner voraus, dass der CO die Verantwortung für die Verwaltung und Weitergabe der vom Vorstand benötigten Informationen übernimmt.[20]

Die Debatte ist viel tiefgreifender und wird derzeit in Europa geführt. In Argentinien gibt es noch keine Rechtsprechung zu diesem Thema. Daher kann lediglich versucht werden, einige Ideen zur Rolle des CO, seiner Haftung und deren Wechselwirkung mit den Pflichten der Geschäftsleitung aufzuzeigen, um ein Gleichgewicht zu erreichen, das den CO nicht per se mit der Gefahr einer strafrechtlichen Haftung überlastet.

IV. Die Rolle der Geschäftsleitung

Um die Verantwortung des CO und deren Grenzen zu verstehen, ist es wichtig, das Thema in seinem Kontext zu analysieren, d.h. die Position des CO innerhalb der Unternehmensstruktur, die Rolle der Unternehmensleitung und die Rechtsform des Unternehmens zu berücksichtigen. Sowohl die Rolle der Unternehmensleitung als auch die Rolle des CO hängt wiederum von der Art und Größe der Organisation ab und davon, ob die Geschäftstätigkeit unter einer Aufsichtsbehörde ausgeübt wird, wie z.B. der Zentralbank im Falle von Finanzinstituten. Antworten auf die Verteilung der Zuständigkeiten in Bezug auf das Integritätsprogramm und dessen ordnungsgemäße Ausführung finden sich sowohl in den geltenden Rechtsvorschriften als auch in Best Practices für effiziente Compliance-Programme.
Eines der im RPE-Gesetz vorgeschlagenen Elemente eines wirksamen Integritätsprogramms ist die „sichtbare und unmissverständliche Unterstützung des Integritätsprogramms durch die Geschäftsleitung und das Management.“[21] Es ist kein Zufall, dass die *Lineamientos* an erster Stelle der Tabelle, die dreizehn obligatorische und empfohlene Elemente eines Integritätsprogramms enthält[22], eine Unterstützung durch das Top-Management vorsehen.

Die am weitesten entwickelte Rechtspraxis zu diesem Thema ist die zum FCPA, einschließlich der Empfehlungen seiner Regulierungsbehörden, der Richtlinien des US Departement of Justice (DOJ) und der US Securities and Exchange Commission (SEC). Sie sind nach wie vor die weltweit umfangreichste Quelle für viele Compliance-Richtlinien und Rechtsvorschriften. Nach der jüngsten Aktualisierung der DOJ-Richtlinien geben die obersten Führungskräfte des Unternehmens – der Vorstand und die leitenden Angestellten – den Ton für den Rest des Unternehmens an.[23]

Auch die argentinischen *Lineamientos* folgen diesem Beispiel, indem sie den „tone from the top“ als grundlegendes und fundamentales Element des eigentlichen Charakters

[16] *BGH*, NJW 2009, 3173 (3175).
[17] Vgl. *Anllo/Alguacil*: ¿Tiene el Compliance Officer responsabilidad penal?, abrufbar unter https://www.worldcomplianceassociation.com/1408/articulo-tiene-el-compliance-officer-responsabilidad-penal.html (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).
[18] Vgl. *Castellanos/Domeniconi,* in: Peralta/Rusca (Hrsg.), Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco, S. 82 ff.
[19] Vgl. *Castellanos/Domenicioni*, a.a.O.
[20] Vgl. die verschiedenen Positionen in: *Ferrari/Gramática Bosch*, Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal – Número 28 – Junio 2020, Fecha: 25-06-2020 Cita: IJ-CMXIV-461, S. 11.
[21] Art. 23 c) II. Gesetz 27.401.
[22] Lineamientos (Fn. 10), S. 26.
[23] U.S. Department of Justice Criminal Division Guidelines: Evaluation of Corporate Compliance Programs, (Updated June 2020), S. 10, online abrufbar unter: https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/ file/937501/download (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

des Programms betrachten. Ohne eine solche Verpflichtung der obersten Unternehmensebene kann es nicht einmal als Integritätsprogramm angesehen werden. Die DOJ-Leitlinien sprechen auch von geteilter Verantwortung, sowohl vertikal als auch horizontal, wenn sie die Gatekeeper eines Integritätsprogramms erwähnen. Zu ihnen gehören nicht nur der CO und sein Team, sondern alle Akteure in einem Unternehmen, die mit Kontrollverantwortung betraut sind und die Befugnis zur Genehmigung und Zertifizierung von Prozessen oder Richtlinien haben.[24]

Es bleibt zu prüfen, inwieweit der „tone from the top" (oder „from the middle") den Grad der Verantwortung beeinflusst, den das Top-Management und/oder diese Gatekeeper für fehlende Kontrollen im Rahmen eines Integritätsprogramms zu übernehmen haben.

1. Gesellschaftsrechtliche Haftung des Leitungsorgans

Um die Haftungsgrenzen des COs anschaulicher darlegen zu können, müssen wir die Verantwortung prüfen, die das Gesetz den Organen, die eine Organisation vertreten und leiten, zuweist.

Die Haftung der obersten Führungsebene der meisten Unternehmen in Argentinien wird zunächst durch das Ley General de Sociedades („LGS")[25] geregelt. Im Rahmen des Gesellschaftsrechts wird das Leitungsorgan einer juristischen Person – am Beispiel der Aktiengesellschaft („Sociedad Anónima – SA") – als die Person charakterisiert, die die Funktionen der Leitung, Verwaltung und Vertretung der Gesellschaft wahrnimmt und die für die Durchführung aller unerlässlichen Handlungen, die direkt oder indirekt mit dem Gesellschaftszweck zusammenhängen, verantwortlich ist.[26]

Der allgemeine Grundsatz der Haftung von Geschäftsführern ist in Artikel 59 LGS verankert, in dem es heißt, dass die Geschäftsführer und Vertreter der Gesellschaft treu und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes handeln müssen. Wer seinen Pflichten nicht nachkommt, haftet unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für den Schaden, der durch sein Handeln oder Unterlassen entsteht. Art. 274 LGS wiederum sieht die Haftung für eine fehlerhafte Amtsausübung von Vorständen einer argentinischen *Sociedad Anónima* (vergleichbar mit der deutschen Aktiengesellschaft) vor:

„Die Vorstände haften unbeschränkt und gesamtschuldnerisch gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und Dritten für eine fehlerhafte Amtsausübung nach den Kriterien von Artikel 59 sowie für die Verletzung des Gesetzes, der Satzung oder der Geschäftsordnung und für jeden anderen durch Vorsatz, Missbrauch von Befugnissen oder grobe Fahrlässigkeit verursachten Schaden."

Die Rechtsbegriffe der Treue und der Sorgfalt legen die allgemeinen Verhaltensrichtlinien fest, die bei der Geschäftsführung zu beachten sind, und aus der Sicht Dritter ist es das Verhalten, das das Unternehmen von seinem Vorstand aufgrund des ihm bei seiner Bestellung entgegengebrachten Vertrauens erwartet.[27]

Das Konzept der gesamtschuldnerischen Haftung bezieht sich auf den kollegialen Charakter des Geschäftsführungsorgans, in dem der Wille des Organs das Ergebnis des Zusammentreffens der Mehrheit der Einzelwillen ist, aus denen es sich zusammensetzt, während die Haftung unbeschränkt ist, da sie sich nicht auf die Einlage beschränkt, die jedes Vorstandsmitglied leisten muss, sondern vielmehr auf das gesamte Vermögen bezieht.[28]

Es wird deutlich, dass das Geschäftsführungsorgan in Handelsgesellschaften für die Kontrolle der juristischen Person zuständig ist, da seine umfassende Verantwortung nicht nur die Handlungen seiner Mitglieder, sondern auch deren Unterlassungen umfasst. Nach dem LGS ist diese Kontrolle ausschließlich den Vorständen vorbehalten, indem Art. 266 LGS festlegt, dass die Vorstandsämter grundsätzlich höchstpersönlich und nicht übertragbar sind. Das LGS sieht allerdings einige Ausnahmen vor, wenn es in Art. 269 heißt: „Die Satzung kann einen Exekutivausschuss einrichten, der sich aus Vorstandsmitgliedern zusammensetzt, die nur für die Führung der laufenden Geschäfte zuständig sind." Gleichzeitig sieht es jedoch vor, dass dieser Ausschuss vom Vorstand überwacht wird, und außerdem legt dieselbe Norm fest, dass die Einsetzung eines Ausschusses „die Pflichten und Verantwortlichkeiten der Vorstände nicht ändert".

Art. 270 LGS wiederum sieht die Delegation von Befugnissen und Aufgaben an Haupt- und Sondergeschäftsführer vor, wobei die Verantwortung des Vorstands stets unberührt bleibt.

Etwas flexibler ist die Delegation von Verantwortlichkeiten in der *Sociedad de Responsibilidad Limitada* (vergleichbar mit der deutschen GmbH), wenn Art. 157 LGS ausdrücklich festlegt, dass die Haftung der Geschäftsführer individuell oder gesamtschuldnerisch ist, „je nach der im Vertrag festgelegten Ausgestaltung der Geschäftsführung und der Regelung ihrer Arbeitsweise."

Daher sieht das LGS nur eine horizontale, nicht aber eine vertikale Delegation von Verantwortung vor. Es liegt auf der Hand, dass das Ausmaß der Verantwortung, die der CO übernimmt, von der hierarchischen Stellung abhängt, die er innerhalb einer Organisation einnimmt. Er trägt eindeutig die Verantwortung des Leitungsorganes, wenn er diesem angehört.

---

[24] U.S. Department of Justice Criminal Division Guidelines, Fn. 23, S. 4.

[25] Gesetz Nr. 19.550 v 3.4.1972, B.O. 25.4.1972, Nr. 22.409, S. 11.

[26] *Degrossi*, La responsabilidad de los directores en una sociedad anónima, online abrufbar unter: https://abogados.com.ar/la-responsabilidad-de-los-directores-en-una-sociedad-anonima/29382 (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

[27] *Degrossi*, Fn. 26.

[28] *Degrossi*, Fn. 26.

In diesem Sinne kommt die Lehre zu dem Schluss, dass in den Fällen, in denen die für die Durchführung, Überwachung und Kontrolle des Programms verantwortliche Person tatsächlich Mitglied des Vorstands einer Aktiengesellschaft (oder eines Leitungsorgans in einer anderen Gesellschaftsform) ist und eine der Funktionen und Aufgaben, für die sie ausschließlich verantwortlich ist, nicht oder mangelhaft erfüllt, sie gemäß Artikel 59 i.V.m. 274 LGS für eine fehlerhafte Amtsausübung haftet. [29]

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Regeln des Gesellschaftsrechts, der Haftungsmaßstab der Treue und Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes, die die Kontrolle und Überwachung der Geschäftstätigkeit einschließen, im Prinzip persönlich und nicht delegierbar sind. Diese, sich aus dem Gesellschaftsrecht ergebende Haftung des Leitungsorgans hat Ordnungsrechtscharakter und könnte daher auch eine strafrechtliche Garantenstellung begründen. Dies setzt voraus, dass ein Mitglied, das seinerseits für die Compliance zuständig ist, es (grundsätzlich vorsätzlich) unterlässt, ein oder mehrere Mitglieder der Gesellschaft zu kontrollieren oder zu beaufsichtigen. Die zu kontrollierenden Mitglieder müssen dabei im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ein Korruptionsdelikt oder eine andere Straftat mit wirtschaftskriminellem Charakter begehen.

2. Verantwortung des Leitungsorgans für Fragen der Einhaltung der Vorschriften

Weltweit und insbesondere im US-amerikanischen System wurden die Grenzen der Kontrolle und Überwachung festgelegt, die die Geschäftsführer eines Unternehmens ausüben müssen, um Korruptionsdelikte zu vermeiden. Bei ihren Entscheidungen müssen sie nach Treu und Glauben handeln oder in der Sprache des angelsächsischen Systems: den Grundsatz der duty of care beachten.

Als Haftungsbeschränkung für das Leitungsorgan gilt auch die Business Judgement Rule: Dieser Grundsatz besagt, dass Entscheidungen, die auf der Grundlage angemessener Informationen und in gutem Glauben getroffen werden, nicht gerichtlich überprüft werden können. Um angemessene Informationen zu erhalten, ist der Vorstand sogar verpflichtet, interne Untersuchungen einzuleiten, wenn es im Unternehmen Anzeichen für Korruption gibt.[30] In diesem Sinne hat die FCPA-Rechtspraxis Vorstände mit Geldstrafen in Millionenhöhe belegt, weil sie es versäumt haben, Untersuchungen einzuleiten, obwohl ein zweifelhaftes Anreizsystem die Gewinne exponentiell ansteigen ließ, wie beispielsweise im Fall der Wells Fargo Bank. Ein weiterer FCPA-Fall mangelnder Aufsicht und Kontrolle durch den Vorstand ereignete sich bei Volkswagen in Deutschland, wo es um den Skandal ging, dass Software in Fahrzeugen verändert wurde, um niedrigere Emissionen vorzutäuschen. [31] Daraus lässt sich schließen, dass das Leitungsorgan seine Verantwortung für die Kontrolle und Überwachung beibehalten muss, dies also Aufgaben sind, die nicht an einen leitenden Angestellten delegiert werden können, wenn dieser nicht Teil des Vorstands ist.

Diese Grundsätze gelten sowohl im argentinischen Recht als auch weltweit. In der Realität ist der CO in den meisten Unternehmen nur selten Teil des Leitungsorgans. Wenn er nicht dem Leitungsorgan angehört, hat er im Idealfall einen direkten Berichtsweg zur Geschäftsleitung.

V. Unabhängigkeit der Compliance-Funktion

Unabhängig von der Position des CO gibt es weitere relevante Aspekte, die die Compliance-Funktion erfüllen muss. Um das Integritätsprogramm umsetzen und seine Überwachungs- und Kontrollfunktionen wahrnehmen zu können, ist es von entscheidender Bedeutung, dass der CO über Autonomie und Unabhängigkeit verfügt, und zwar sowohl in einer Führungsposition als auch von einer untergeordneten Ebene aus. In den *Lineamientos* wird die Bedeutung dieser beiden Aspekte in den ergänzenden Fragen an den internen Beauftragten (CO) hervorgehoben: [32]

1. Fragen im Zusammenhang mit der Autonomie:

- Verfügen Sie über ausreichende Autonomie und Ressourcen?
- Ist Ihre Position im Unternehmen angemessen, um Entscheidungen von Kollegen, die Ihnen gleichgestellt sind, zu beeinflussen?
- Kommen Ihnen angemessene Berichtserstattungskompetenzen zu, um die Entscheidungen der obersten Führungsebene zu beeinflussen?

2. Fragen im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit:

- Wird Ihre Unabhängigkeit bei der Beurteilung gewährleistet?
- Besteht ein alternativer Berichtsweg für kritische Fälle oder wenn die Verantwortung eines Vorgesetzten betroffen sein könnte?
- Besteht eine Garantie für eine klare Arbeitsplatzsicherheit?

Nur, wenn diese Fragen bejaht werden können, hat der CO die Möglichkeit, kritische Punkte unabhängig von der Hierarchieebene anzusprechen und gegebenenfalls auf das Missverhalten auch von Mitarbeitern in höheren Positionen (z.B. in der Geschäftsleitung) hinzuweisen.

Es stellt sich die Frage, was passiert, wenn der CO im Vorstand einer Gesellschaft sitzt. In solchen Fällen könnte ein Vorstandsmitglied nicht nur für eine fehlerhafte Amtsausübung, sondern auch für ein Korruptionsdelikt eines anderen Vorstandsmitglieds gesamtschuldnerisch haften. Eine gesamtschuldnerische Haftung könnte daher die entsprechenden Kontrollen des CO innerhalb des Leitungsorgans

[29] *Genera*, Revista de Derecho Comercial 301, 33, Cita: TR LALEY AR/DOC/314/2020.

[30] *Kleinhempel*, „The Eight Pillars of Compliance“, IAE Business School, Temas Grupo Editorial, 2021. S. 56 ff.

[31] Siehe die zitierten Fälle unter: https://fcpablog.com/2021/11/23/are-goals-good-for-people-and-bad-for-organizations/ (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

[32] Lineamientos, (Fn. 10), S. 72 f.

behindern, da die Gefahr besteht, dass der CO selbst von möglichen Sanktionen betroffen ist. Die gesamtschuldnerische Haftung des Vorstandsmitglieds ermöglicht es ihm außerdem nicht, die oben erwähnte notwendige Autonomie und Unabhängigkeit zu erlangen. Nur mit einer klaren Aufteilung der Funktionen und Zuständigkeiten, auch innerhalb des Leitungsorgans, kann eine Compliance-Struktur gewährleistet werden, die eine unternehmensweite Kontrolle und Überwachung ermöglicht.

Das LGS sieht die Möglichkeit vor, Funktionen und Zuständigkeiten innerhalb ein und derselben Verwaltungsstelle horizontal zuzuordnen. In diesem Sinne erlaubt Artikel 274 LGS die persönliche und ausschließliche Zuweisung der Verantwortung an einzelne Vorstandsmitglieder, mit der Auflage, dass diese Zuweisung im zuständigen Handelsregister eingetragen wird.

VI. Sonderfälle der Haftung des Compliance-Beauftragten

Neben den allgemeinen Regeln des Gesellschaftsrechts gibt es für bestimmte Unternehmen Sonderregelungen, die dem CO eine größere oder spezifische Haftung zuweisen. Um sie von den allgemeinen Konzepten der Haftung und ihrer Verteilung innerhalb der Unternehmensorganisation abzugrenzen, werden nachfolgend kurz und beispielhaft die Sonderregelungen aufgelistet:

- Die gesetzliche Verpflichtung zur Ernennung eines Compliance-Beauftragten innerhalb des Leitungsorgans in allen beaufsichtigten Unternehmen, die dem Gesetz zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung unterliegen.

- Der Corporate-Governance-Kodex der Nationalen Wertpapierkommission, der für Unternehmen gilt, die Aktien und/oder Schuldverschreibungen öffentlich anbieten. Der Kodex enthält Grundsätze der Integrität und Transparenz, die in die Führungsstruktur einzubeziehen sind.

- Der Beamte, der die Funktion des CO in staatlichen Einrichtungen oder staatlichen Unternehmen ausübt. Als Beamter hat er eine größere Verantwortung, z.B. die Pflicht, Straftaten anzuzeigen, von denen er Kenntnis erhält.

In Bezug auf die letztgenannte Annahme entwickelte die Lehre das Konzept der „öffentlichen Rechtstreue“, das grundsätzlich auf jede öffentliche juristische Person, einschließlich der vom Staat gegründeten Unternehmen, anwendbar ist. Nach diesem Standpunkt sollten solche Einrichtungen durch besondere Vorschriften reguliert werden, die das Erfordernis eines „öffentlichen CO“ mit besonderen Funktionen und Merkmalen beinhalten.[33]

Obwohl es in Argentinien noch keine Rechtsprechung zu diesem Thema gibt, kann man zu dem Schluss kommen, dass in den genannten Fällen eine strafrechtliche Garantenstellung des CO gerechtfertigt sein könnte, da seine Rolle und seine Aufgaben gesetzlich festgelegt sind. Dies liegt, wie erwähnt, an der institutionellen Ausgestaltung der Compliance-Funktion und der damit verbundenen Zuweisung von staatlichen Präventionsaufgaben.[34]

VII. Aufteilung und Ausgewogenheit der Zuständigkeiten – bewährte Praktiken in Management und Governance

Der Grad der Verantwortung des CO ist also von der Rolle und Position im Unternehmen und den übernommenen Aufgaben abhängig und kann nicht isoliert analysiert werden. Vielmehr muss dieser in den Kontext der Unternehmensstruktur gestellt und vor allem vor dem Hintergrund der nicht delegierbaren Verantwortung der obersten Unternehmensleitung interpretiert werden.

Auch das Konzept des „Tone from the Top“ und die von den „Gatekeepern“ innerhalb eines effizienten Compliance-Risikomanagementsystems zu übernehmenden Rollen zeigen, dass die Verantwortung für eine gute Compliance auf mehrere Mitglieder einer Organisation verteilt werden muss. Diese Auffassung deckt sich auch mit den Vorgaben des RPE-Gesetzes, wonach das Integritätsprogramm „den mit der Tätigkeit der juristischen Person verbundenen Risiken sowie ihrer Größe und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“ entsprechen muss.[35] Ein „angemessenes“ Programm impliziert mehr oder weniger Aufgaben und Zuständigkeiten, die immer von der Geschäftstätigkeit und der Struktur des jeweiligen Unternehmens abhängen. In der Praxis gibt es anerkannte und bewährte Instrumente, die dazu beitragen, den Grad der Verantwortung zu klären, den die Unternehmensleitung übernehmen sollte, und die Compliance-Funktionen und damit die Last der Überwachung und Kontrolle auf mehrere Personen zu verteilen. Für die Vorbeugung, Aufdeckung und Behebung von Compliance- und Antikorruptionsproblemen können die ISO-Normen für Managementsysteme genannt werden. Ein weiteres Instrument sind die Corporate-Governance-Systeme mit ihrem viel umfassenderen und langfristigeren Ansatz.

1. ISO-Managementsysteme

Es gibt verschiedene Managementsysteme, die nach den ISO-Normen zur Korruptionsbekämpfung und Compliance (ISO 37.001 und 37.301) zertifiziert werden können. Dabei handelt es sich um Leitlinien für die Einführung und den Betrieb von Korruptionsrisikomanagement- und/oder Compliance-Systemen, deren Umsetzung für Unternehmen freiwillig ist. Die jeweiligen Leitlinien enthalten eine klare Beschreibung der Rolle und der Zustän-

[33] *Ceserani*, DPyC 2020 (September), 03/09/2020 Cita: TR LALEY AR/DOC/2314/2020.

[34] *Gramática Bosch/Ferrari,* Compliance y Responsabilidad Penal del oficial de cumplimiento en la Argentina, online abrufbar unter: https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1284 (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

[35] Art. 22. RPE-Gesetz.

digkeiten der „Compliance-Funktion“, d.h. des für ein Integritätsprogramm oder ein Korruptionsrisikomanagement-System zuständigen Mitarbeiters oder eines Teams von Mitarbeitern. Der CO, die Compliance-Funktion oder die für das System verantwortliche Person sind jedoch nicht der einzige verantwortliche Teil des Managementsystems. Die ISO-Normen sehen Compliance-Verantwortung für Manager, Mitarbeiter und natürlich die oberste Führungsebene vor, immer mit der Vorgabe, die Rollen und Zuständigkeiten in den jeweiligen Stellenbeschreibungen zu klären. Diese Systeme tragen dazu bei, Rollen und Zuständigkeiten klar zu definieren und die gewichtige Rolle und Verantwortung der obersten Führungsebene zu stärken. Folglich erleichtern sie auch die Klärung der Verantwortung für die Unterlassung der Kontrolle und Überwachung eines oder mehrerer Verantwortlicher innerhalb eines Managementsystems, die dem CO, einem Gatekeeper, einem Manager oder einem Mitglied des Leitungsorgans zukommen kann.

2. Regeln der Unternehmensführung

Es ist offenkundig, wie wichtig Engagement, Verantwortung und „Tone from the top“ für eine wirksame Einhaltung der Vorschriften und mehr noch für die Ausrichtung des Unternehmens auf eine Kultur der Ethik und Integrität sind. In der Realität nimmt jedoch die oberste Führungsebene in vielen Unternehmen diese Aufgaben nicht konsequent wahr. NAVEX Global führte eine Umfrage unter 1.000 Führungskräften über ihre Unternehmensführung und ihr Engagement für die Einhaltung von Vorschriften durch. Es stellte sich heraus, dass ein hohes Maß an allgemeinem Engagement für die Einhaltung der Vorschriften besteht (70 % der Befragten), dieses Engagement jedoch auf 45 % sinkt, wenn die Geschäftsinteressen mit dem Compliance-Programm in Konflikt geraten.[36] Es wurde auch erwähnt, dass die Verantwortung von Unternehmen allgemein immer weiter ausgedehnt wird.

Das RPE-Gesetz gewinnt zunehmend an Bedeutung, aber es kommen noch weitere Herausforderungen in Bezug auf Umwelt-, Sozial- und Menschenrechtsfragen hinzu. Eines der wichtigsten Instrumente, um ein größeres Engagement der Unternehmen und ihrer Führungskräfte und damit die Einhaltung der erweiterten Ziele und Verantwortlichkeiten zu erreichen, sind die Grundsätze der Corporate Governance. Die OECD fasst den Zweck der Governance wie folgt zusammen:

“The corporate governance framework should ensure the strategic guidance of the company, the effective monitoring of management by the board, and the board’s accountability to the company and the shareholders.”[37]

Laut OECD bietet eine gute Corporate Governance angemessene Anreize für den Vorstand und das Management, Ziele zu verfolgen, die im Interesse des Unternehmens und seiner Aktionäre liegen, und erleichtert zudem eine wirksame Überwachung. Kurz gesagt, die Governance-Grundsätze und -Regeln erfordern nicht nur schriftliche Regeln und Verfahren, sondern auch eine klare Verteilung der Rollen und Zuständigkeiten innerhalb des Leitungsorgans auf horizontaler Ebene und eine Delegation von Aufgaben auf vertikaler Ebene. Korruptionsprävention und eine Kultur der Integrität sollten bereits Teil dieser Governance-Regeln sein. Es ist bekannt, dass die Regeln der Good Governance zahlreiche Vorteile mit sich bringen, zum Beispiel die folgenden:

- Sie schaffen Vertrauen, sowohl für die Mitglieder eines Unternehmens als auch für seine „Stakeholder“, zu denen Aktionäre, Investoren, Verbraucher und andere interessierte Parteien gehören.
- Sie tragen dazu bei, Talente zu binden, da die Mitarbeiter immer mehr danach streben, Teil von Unternehmen mit einer starken ethischen Kultur als Unterscheidungsmerkmal zu sein.
- Sie stärken Unternehmen mit einem schwachen regulatorischen Umfeld oder einer geringen Rechtsanwendung, da sie ein höheres Maß an Selbstregulierung aufweisen.
- Sie sorgen für eine größere Vielfalt in den Gremien, die Entscheidungen treffen und gestalten.[38]
- Sie werden von Institutionen und Aufsichtsbehörden auf lokaler und globaler Ebene verlangt, z. B. für Unternehmen, die ihre Wertpapiere öffentlich anbieten. Der von der nationalen Wertpapierkommission ausgearbeitete Corporate-Governance-Kodex und auch bilaterale oder multilaterale Organisationen wie die Interamerikanische Entwicklungsbank oder die Weltbank verlangen von den Unternehmen die Einbeziehung ihrer Standards oder Kodizes für die Unternehmensführung, einschließlich der Compliance-Programme.[39]
- Sie unterstützen Unternehmen, die sich an den UN-Zielen für nachhaltige Entwicklung orientieren und mit ihnen eine langfristig nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung anstreben.

VIII. Schlussfolgerungen

Compliance und die Person(en), die in einem Unternehmen für ein Integritätsprogramm und das entsprechende Risikomanagementsystem für Korruption bzw. andere Risiken zuständig sind, spielen eine immer wichtigere Rolle. Daraus ergibt sich die Debatte über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des CO, wenn dieser seinen Kontroll- und Aufsichtspflichten nicht nachkommt. In einigen Ländern gibt es bereits eine Rechtsprechung, die dem CO in solchen Fällen eine Garantenstellung zuweist. Dies kann

[36] Online abrufbar unter: https://www.jdsupra.com/legalnews/2021-benchmark-leadership-s-commitment-1192237/ (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

[37] *OECD*, G20/OECD Principles of Corporate Governance, 2015, S. 45.

[38] Siehe ausführliche Beispiele bei *Kleinhempel*, Gobierno Corporativo y Compliance, Nota técnica IAE, 2013.

[39] Siehe zum Beispiel https://idbinvest.org/es/blog/instituciones-financieras/como-incorporar-la-gobernanza-corporativa-en-las-empresas-familiares (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

vernünftig sein, wenn der CO Teil des Leitungsorgans ist. Grund dafür ist, dass er in dieser Position persönliche und nicht delegierbare Verpflichtungen hat, mit der Loyalität und Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu handeln, die ihm durch das Recht der Handelsgesellschaften zugewiesen werden.

In diesem Zusammenhang wird deutlich, wie wichtig die Unabhängigkeit und Autonomie ist, die die Compliance-Funktion benötigt, um Dilemmata und Verstöße anzusprechen und sogar Beschwerden gegen ein Mitglied des Leitungsorgans vorzubringen. Ein wirksames Programm setzt voraus, dass die Zuständigkeiten des CO begrenzt werden und seine Rolle und seine Aufgaben geklärt werden.

Im weiteren Sinne sollte die Verantwortung für die Einhaltung der Vorschriften ausgewogen auf mehrere Personen innerhalb eines Unternehmens verteilt werden, wobei die oberste Führungsebene eine klare Führungsrolle übernehmen sollte. Dieses Gleichgewicht kann durch Managementsysteme, wie sie in den ISO-Normen vorgestellt werden, und/oder durch eine stärkere Selbstregulierung des Unternehmens und seines Leitungsorgans nach den Regeln der *Corporate Governance* erreicht werden. Letzteres hat viele zusätzliche Vorteile, insbesondere in Kontexten und Ländern mit geringer oder schwacher Strafverfolgung.

FORSCHUNGSBERICHT

Wenn Opfer keine Hilfe suchen – Eine Online-Befragung zu Viktimisierung und Anzeigeverhalten bei Cyberkriminalität

*von Jana Bader, Benedikt Iberl und Sarah Schreier**

Abstract
Cyberkriminalität ist ein aktuelles und allgegenwärtiges Thema, bei dem nach wie vor großer Forschungsbedarf besteht; insbesondere das Anzeigeverhalten der Opfer stellt derzeit eine Forschungslücke dar. Die vorliegende Studie untersucht die Prävalenz von Cyberkriminalität und das Anzeigeverhalten nach Opferwerdung bei einer universitären Stichprobe. Es resultieren eine Viktimisierungshäufigkeit von 44 % und eine Anzeigehäufigkeit von 13 %. Neben der Einordnung der Ergebnisse in den Forschungsstand werden Gründe für die niedrige Anzeigebereitschaft diskutiert.

Cybercrime is a current and omnipresent phenomenon and as such is still in need of further research. In fact, research on the reporting behavior of victims particularly represents a gap in research. Using a university sample, the present study examines the prevalence of cybercrime and the reporting behavior after victimization. The study reveals a victimization frequency of 44 % and a reporting frequency of 13 %. In addition to linking the results of this study into the wider state of research, reasons for the low willingness to report are discussed.

I. Einleitung

„Zu sorglos im Home-Office: Pandemie öffnet Hackern neue Einfallstore“,[1] oder „Alarmstufe Rot: Zahl der Cyberangriffe weiter gestiegen“[2] – solche Überschriften sind in der medialen Berichterstattung zu Cyberkriminalität allgegenwärtig. Auch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) bewertet die IT-Sicherheitslage in Deutschland als kritisch und sieht die Entwicklung der Cyberkriminalität als „größte Bedrohung“.[3] Besonders durch die Corona-Pandemie wurde in vielen gesellschaftlichen Lebensbereichen verstärkt auf digitale Infrastrukturen zurückgegriffen, was Cyberkriminellen eine größere Angriffsfläche bietet. Das Bundeskriminalamt (BKA) berichtet etwa von bundesweiten Phishing-Kampagnen und Fake-Webseiten für „Corona-Soforthilfen“ sowie von maliziösen Onlineshops, welche mitunter angebliche Schnelltests und gefälschte Medikamente zum Kauf anboten.[4] Auch im Dunkelfeld finden sich Hinweise auf einen Anstieg von Cyberkriminalität während der Pandemie.[5]

Insgesamt ist die Bandbreite der Cyberkriminalität groß, was die begriffliche Eingrenzung und Erforschung dieses Phänomens erschwert. Klassischerweise zählt das Infizieren digitaler Endgeräte durch Malware (z.B. Trojaner oder Viren) zur Cyberkriminalität.[6] Im Jahr 2020 wurden ca. 1,15 Milliarden Malware-Varianten identifiziert, wobei täglich rund 314 000 neue Varianten programmiert und verbreitet werden.[7] Eine weitere Cyberkriminalitätsform ist der digitale Identitätsdiebstahl, bei dem über verschiedene Wege personenbezogene Daten des Opfers (z.B. Bankdaten) abgegriffen werden.[8] SPAM- und Phishing-Mails dienen oft als Vehikel für eine Vielzahl an Betrugsmaschen, wobei Ähnlichkeiten zu „klassischen“ Betrugsdelikten wie dem „Enkeltrick“ bestehen können. Darüber hinaus zählen der Handel auf digitalen Schwarzmärkten oder auch Cybermobbing zur Cyberkriminalität. Selbstverständlich befindet sich dieser Phänomenbereich jedoch in stetigem Wandel.[9]

Bis dato gibt es nur wenige kriminologische Dunkelfeldstudien zum Ausmaß der Cyberkriminalität, wobei insbesondere Studien rar sind, die sich auf Privatpersonen beziehen. Das BSI hat 2019 eine solche Studie durchgeführt,

* *Jana Bader* ist Studentin im Masterstudiengang „Soziologie – Quantitative Empirische Sozialforschung“ an der Universität Duisburg-Essen; sie absolvierte 2021 ein Praktikum am Institut für Kriminologie (IfK) der Universität Tübingen. *Benedikt Iberl* und *Sarah Schreier* sind akademische Mitarbeitende am IfK.

1 *Henrich*, IT-Sicherheit oft mangelhaft. Zu sorglos im Home-Office: Pandemie öffnet Hackern neue Einfallstore, 2021, Focus Online, online abrufbar unter: https://www.focus.de/finanzen/boerse/konjunktur/it-sicherheit-oft-mangelhaft-hacker-greifen-homeoffice-an_id_13045613.html (zuletzt angerufen am 7.11.2021).

2 *Bubrowski*, Zahl der Cyberangriffe weiter gestiegen, 2021, Frankfurter Allgemeine, online abrufbar unter: https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bsi-zahl-der-cyberangriffe-weiter-gestiegen-17596006.html (zuletzt angerufen am 7.11.2021).

3 BSI, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2021, 2021, S. 87.

4 BKA, Polizeiliche Kriminalstatistik 2022, Grundtabelle T 01 Fälle, Berichtszeitraum 1.1.2021 bis 31.12.2021, S. 1.

5 *Baier*, KrimOJ 2020, 445 (451).

6 *Horten/Gräber*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, 2020, S. 233 (240); BKA, Cybercrime, Bundeslagebild 2020, 2021, S. 4 ff.

7 BKA, 2021, S. 19.

8 BKA, 2021, S. 15.

9 *Horten/Gräber*, S. 236 f.

bei der 2 000 Personen zu Cybersicherheit befragt wurden. Dabei gaben 24 % der Befragten an, bereits Opfer von Cyberstraftaten geworden zu sein.[10] Im Rahmen des „WISIND-Surveys" wurden knapp 12 000 Personen in Deutschland befragt, wobei etwa jede*r Fünfte angab, zwischen 2012 und 2014 von Internetkriminalität betroffen gewesen zu sein.[11] Auch das Landeskriminalamt (LKA) Schleswig-Holstein hat eine derartige Studie durchgeführt, wobei eine Jahresprävalenz von ca. 23,6 % für die Viktimisierung durch Cyberkriminalität nachgewiesen werden konnte.[12] Die Entwicklung der Prävalenz von Cyberkriminalität kann beispielsweise anhand der regelmäßigen Umfragen des Marktforschungsunternehmens *Bitkom Research* beurteilt werden. Seit 2014 werden dabei jährlich rund 1 200 deutsche Internetnutzer*innen zu Themen rund um das Internet und IT-Sicherheit befragt. Im Jahr 2020 gaben rund 61 % der Befragten an, innerhalb des letzten Jahres Erfahrungen mit „kriminellen Vorfällen im Internet" gemacht zu haben,[13] wohingegen dies 2019 nur von 55 %[14] und 2018 nur von ca. 50 %[15] der Befragten angegeben wurde. Zusammenfassend lassen sich also durchaus große Unterschiede in der ermittelten Verbreitung von Cyberkriminalität feststellen, wobei die jeweils unterschiedlichen Operationalisierungen und Prävalenzzeiträume in den einzelnen Studien zu beachten sind. Festzustellen ist dabei, dass Cyberstraftaten weit verbreitet sind und in den letzten Jahren stetig zuzunehmen scheinen.

Da Cyberkriminalität vielfach als die Kriminalitätsform bezeichnet wird, die die mit Abstand höchste Dunkelziffer aufweist, kann von einer großen Diskrepanz zwischen Hellfeld und Dunkelfeld ausgegangen werden.[16] Dieses große Dunkelfeld dürfte auch durch die geringe Anzeigebereitschaft der Opfer bedingt sein. So ermittelten *Dreißigacker* und *Riesner* eine Anzeigebereitschaft von ca. 9,7 % im Jahr 2014,[17] wohingegen das LKA Niedersachsen eine Anzeigequote von 12 % für den Zeitraum zwischen 2012 und 2014 angibt.[18] Gründe für dieses zurückhaltende Anzeigeverhalten könnten einerseits in der vergleichsweise geringen Aufklärungsquote auf diesem Gebiet (29,3 %)[19] liegen, die möglicherweise die Hoffnung der Betroffenen auf eine erfolgreiche Strafverfolgung schmälert. Andererseits ist auch denkbar, dass Betroffenen oftmals nur ein vergleichsweise geringer Schaden entsteht, weshalb eine Anzeige nicht lohnenswert erscheint.

Das Forschungsanliegen der vorliegenden Studie bestand darin, herauszufinden, wie Cyberkriminalität von Privatpersonen wahrgenommen und erfahren wird. Dabei wurden mithilfe einer Online-Befragung Prävalenzen ermittelt, um die Verbreitung von Cyberkriminalität zu beziffern. Außerdem lag ein Fokus auf den Fragen danach, wie Betroffene mit erlebten Straftaten umgehen und ob diese zur Anzeige gebracht werden. Methodisch erschien ein explizit exploratives Vorgehen (unter Verzicht auf konkrete Hypothesen) geeignet. Aus forschungsökonomischen Gründen wurde eine Stichprobe aus Studierenden und Mitarbeitenden der Eberhard Karls Universität Tübingen befragt.

II. Methoden

1. Stichprobe

Alle Studierenden und Mitarbeitenden[20] der Universität Tübingen wurden über den universitätsinternen E-Mail-Verteiler zur Teilnahme an der Umfrage eingeladen.[21] Insgesamt nahmen 610 Personen an der Befragung teil. 51 Teilnehmende wurden von der Auswertung ausgeschlossen, da sie die Umfrage beendeten, ohne den Großteil der zentralen Fragen zu beantworten.

Die realisierte Stichprobe (N = 559) besteht aus 207 Männern, 332 Frauen und sechs non-binären Personen.[22] 342 Teilnehmende sind Studierende, 200 Beschäftigte. Das durchschnittliche Alter beträgt 30,6 Jahre (SD = 12,70) mit einer Altersspanne zwischen 18 und 84 Jahren.

2. Material und Ablauf

Im Rahmen dieser Studie wurden fünf Kategorien von Cyberstraftaten identifiziert, durch welche die Bandbreite der Cyberkriminalität vereinfacht werden soll: „Phishing/SPAM", „Hacking von Online-Konten", „Computersabotage", „Kreditkartenbetrug oder sonstiger Betrug mit digitalen Zahlungsmitteln" (nachfolgend nur „Kreditkartenbetrug") und „Identitätsfälschung". Diese Kategorienbildung orientiert sich an den Cyberkriminalitätsbezeichnungen in der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS).[23] Phishing und SPAM-E-Mails beziehen sich hierbei primär auf den Datendiebstahl bzw. das Ausspähen von Daten nach § 202a StGB.[24] Die Kategorien „Hacking von Online-Konten" sowie „Kreditkartenbetrug" orientieren sich am Straftatbestand „Computerbetrug als Cybercrime im engeren Sinne".[25] Die „Computersabotage" basiert auf den Straftatbeständen „Datenveränderung" und „Computersabotage"[26] und umfasst jeglichen Computer-

[10] *Zindler/Bolz*, Digitalbarometer: Bürgerbefragung zur Cyber-Sicherheit, 2019, S. 4.
[11] *Rieckmann/Kraus*, DIW Wochenbericht 295 (295 f.).
[12] *Dreißigacker/Riesner*, Private Internetnutzung und Erfahrung mit computerbezogener Kriminalität, 2018, S. 35.
[13] Bitkom, Vertrauen und Sicherheit in der digitalen Welt, 2021, S. 12.
[14] Bitkom, Vertrauen und Sicherheit in der digitalen Welt, 2020, S. 11.
[15] Bitkom, Vertrauen und Sicherheit in der digitalen Welt, 2021, S. 8.
[16] BKA, Sonderauswertung, Cybercrime in Zeiten der Corona-Pandemie, 2020a, S. 3 ff.; *Huber/Pospisil,* in: Rüdiger/Bayerl, Cyberkriminologie, Kriminologie für das digitale Zeitalter, 2020, S. 130 f.
[17] *Dreißigacker/Riesner*, S. 37.
[18] LKA Niedersachsen, Befragung zu Sicherheit und Kriminalität in Niedersachsen 2015. Ergebnisse zum Schwerpunktfragenkomplex Computerbezogene Kriminalität, 2020, S. 29.
[19] *BKA*, 2022a, S. 1.
[20] Zum Zeitpunkt der Erhebung: 38 450 Personen.
[21] Die Umfrage wurde mit der Software LimeSurvey, Version 3.25.19, erstellt und auf einem universitätsinternen Webserver gehostet.
[22] Die demographischen Variablen summieren sich nicht zu 559 auf, da einige Befragte hier keine vollständigen Angaben machten oder die Umfrage zuvor beendeten.
[23] BKA, 2022, S. 1.
[24] *Horten/Gräber*, S. 235 f.
[25] BKA, 2021, S. 41 (§ 263a StGB).
[26] BKA, 2021, S. 42 (§ 303b StGB).

betrug, beispielsweise durch Malware. Die letzte Erscheinungsform, „Identitätsfälschung“, soll die Straftatbestände „Fälschung beweiserheblicher Daten“ und „Täuschung im Rechtsverkehr“ abbilden.[27] Den Befragten wurden zur besseren Verständlichkeit Begriffserklärungen zu jeder der fünf Cyberkriminalitätsformen präsentiert.

Zunächst wurden die Befragten nach einer Einschätzung der medialen Präsenz des Themas gefragt, bevor sie aufgefordert wurden, die fünf Cyberkriminalitätsformen nach dem Grad der Verwerflichkeit zu beurteilen. Bei beiden Fragen sollten sie ihre Einstellungen anhand einer zehnstufigen Likert-Skala zum Ausdruck bringen. Daneben erfolgte eine Abfrage der Einschätzung zur eigenen Kompetenz im Umgang mit Datenschutz und IT-Sicherheit anhand einer fünfstufigen Likert-Skala. Drei weitere Items erfassten die Häufigkeit von Cyberstraftaten, wobei die Prävalenzen für versuchte und vollendete Straftaten (d.h. mit entstandenen Schäden) ermittelt wurden. Dabei waren sowohl eine Frage nach selbst erlebten vollendeten Straftaten als auch eine Frage nach solchen Vorfällen im Bekanntenkreis enthalten. Die folgenden Antwortmöglichkeiten standen zur Auswahl: „Mehrmals in der Woche“, „Mehrmals im Monat“, „Mehrmals im Jahr“, „ca. 1x pro Jahr oder seltener“, „Noch nie“ oder „Weiß nicht“.

Weiterhin konnten die bereits betroffenen Personen mitteilen, ob sie mindestens eine der erlebten Straftaten „bei der Polizei oder Staatsanwaltschaft“, „bei den zuständigen Dienstleistern“, „bei beiden“ oder „gar nicht“ gemeldet hatten. Falls keine Anzeige bei der Polizei oder Staatsanwaltschaft erfolgt war, wurde nach den Gründen dafür gefragt. Als Antwortmöglichkeiten standen zur Auswahl: „Ich habe mich geschämt“, „Eine Anzeige erschien mir sinnlos aufgrund der vermuteten geringen Aufklärungsquote“, „Der Schaden war eher gering“, „Ich hatte Angst vor Racheakten“, „Weiß nicht“ oder „Sonstiges“ (freies Antwortfeld). Auch das Anzeigeverhalten der Bekannten mit Opfererfahrung wurde erfragt. Kurz vor Ende des Fragebogens war es den Teilnehmenden möglich, in einer Freitextantwort Anmerkungen oder Erfahrungsberichte mitzuteilen. Die Umfrage schloss mit Fragen zu demographischen Merkmalen. Bei jedem Item des Surveys wurde eine ausweichende Antwort (z.B. „keine Angabe“) angeboten.

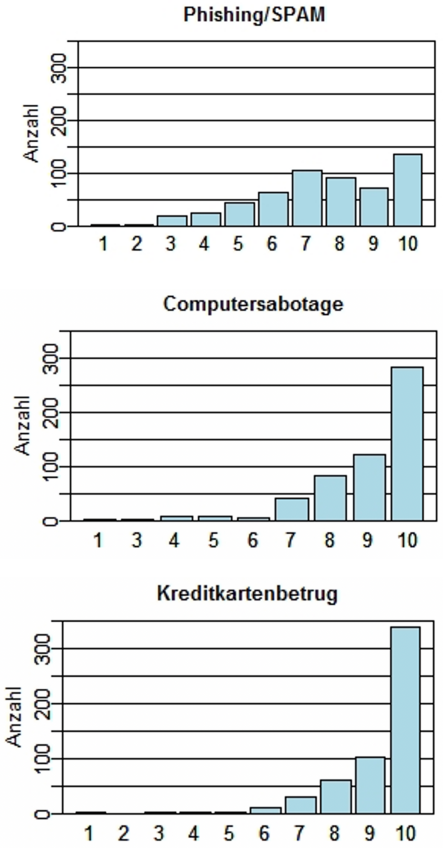
Nach Durchführung der Pretest-Phase und Fertigstellung des Fragebogens erhielten alle Studierenden und Beschäftigten der Universität Tübingen am 13.7.2021 eine E-Mail mit dem Link zur Umfrage. Auf der ersten Umfrageseite fanden sich Informationen über die rechtlichen Rahmenbedingungen (Freiwilligkeit der Teilnahme, Anonymität der Umfrage und Nutzung der Daten nur für Forschungszwecke). Nach Beendigung der Umfrage wurde die Teilnahme an einer Gutscheinverlosung ermöglicht. Die Datenerhebung endete am 28.07.2021.

III. Ergebnisse

1. Deskriptive Auswertungen

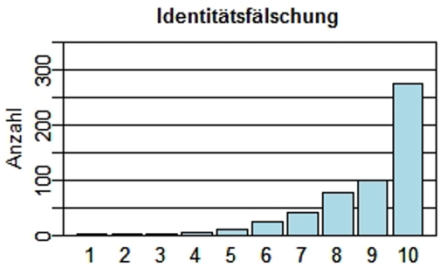
Die eigene technische Kompetenz beurteilen 12,5 % der Personen als „eher schlecht“ und „sehr schlecht“, wohingegen 47,6 % der Befragten ihre Kompetenzen im Umgang mit Datensicherheit als „eher gut“ bzw. „sehr gut“ klassifizieren; 39,4 % ordnen sich als „mittelmäßig“ ein. Die Antworten auf die Frage, wie präsent Cyberkriminalität in den Medien wahrgenommen wird, ergeben eine annähernd symmetrische bimodale Verteilung um den Median MED = 5 mit Q1 = 3 und Q3 = 6, wobei die volle Spannweite der zehnstufigen Skala ausgenutzt wurde.[28] Alle fünf thematisierten Cyberstraftaten wurden von den befragten Personen als sehr verwerflich eingestuft, wobei der Kreditkartenbetrug durchschnittlich den höchsten Wert auf der Skala aufweist (*MED* = 10). Bei der Beurteilung von Hacking von Online-Konten, Computersabotage, Kreditkartenbetrug und Identitätsfälschung war der höchstmögliche Wert 10 die jeweils am häufigsten ausgewählte Antwort (s. Abb. 1). Phishing/SPAM wurde als etwas weniger verwerflich eingestuft, was sich in einer bimodalen Verteilung widerspiegelt.

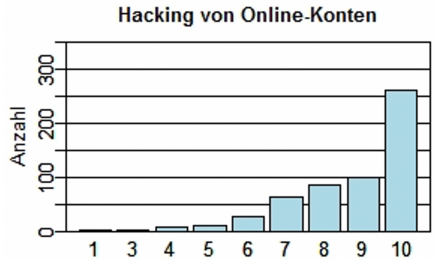
Abbildung 1: Antwortverteilungen der Teilnehmenden auf die Frage „Für wie verwerflich halten Sie die folgenden Arten von Cyberkriminalität?“ (N = 559).



[27] BKA, 2021, S. 42 (§ 270 StGB, § 269 StGB, § 238 StGB).

[28] Sämtliche Berechnungen wurden mit der freien Software R (Version 4.1.0) durchgeführt.





In Tabelle 1 werden die Häufigkeiten der persönlich erlebten Versuche von Cyberkriminalität, in Tabelle 2 die der eigenen Opferwerdung und der Opferwerdung im persönlichen Umfeld der Befragten dargestellt. 98,7 % der Befragten gaben an, bereits Versuche erlebt zu haben, 36,3 % berichteten für mindestens eine Deliktart, „mehrmals in der Woche" Versuche festzustellen. Versuche von Phishing/SPAM scheinen mit Abstand am häufigsten zu sein, während die Teilnehmenden Kreditkartenbetrugsversuche am seltensten feststellten (s. Tab. 1). 44 % der Teilnehmenden schilderten, Opfererfahrungen durch Cyberkriminalität gemacht zu haben. Jede*r vierte Befragte (26,8 %) wurde bereits mehrmals Opfer. Weiterhin berichteten 75,1 %, mindestens eine/n Bekannte/n mit Opfererfahrungen zu kennen, 63,3 % nennen mehrere Fälle in ihrem Umfeld.

Die Computersabotage stellt sich mit 22,7 % als die Cyberstraftat heraus, durch die die Befragten am häufigsten Opfer von Kriminellen wurden, gefolgt von Phishing/SPAM (20 %) und Hacking von Online-Konten (15,2 %; s. Tab. 2). Mehrfacher Schaden durch die gleiche Art der Cyberkriminalität scheint besonders häufig durch Phishing-/SPAM entstanden zu sein (13,6 %). Am seltensten wurden Opfererfahrungen durch Kreditkartenbetrug (8,7 %) und Identitätsfälschung (5,9 %) berichtet. Bei der Häufigkeitsverteilung der Opferwerdung aus dem persönlichen Umfeld der Befragten ist ein ähnliches Muster zu beobachten. Allerdings liegen die Prävalenzen deutlich über denen der eigenen Opferwerdung. Bei Phishing/SPAM, Hacking von Online-Konten und Computersabotage wurde sogar häufiger angegeben, mehrere betroffene Personen zu kennen, als nur eine/n Bekannte/n mit Opfererfahrung.

Tabelle 1: Häufigkeitstabelle zum Erleben versuchter Cyberstraftaten

	Noch nie	1x pro Jahr oder seltener	Mehrmals im Jahr	Mehrmals im Monat	Mehrmals pro Woche	Weiß nicht
Phishing/ SPAM	10 (1,8)	49 (8,8)	150 (26,8)	149 (26,7)	196 (35,1)	5 (0,9)
Hacking von Online-Konten	291 (52,1)	188 (33,6)	41 (7,3)	7 (1,3)	2 (0,4)	30 (5,4)
Computer-sabotage	104 (18,6)	217 (38,8)	160 (28,6)	35 (6,3)	11 (2,0)	32 (5,7)
Kreditkarten-betrug	447 (80,0)	78 (14,0)	12 (2,1)	1 (0,2)	1 (0,2)	20 (3,6)
Identitäts-fälschung	373 (66,7)	78 (14,0)	37 (6,6)	10 (1,8)	6 (1,1)	55 (9,8)

Antwortverteilungen der Teilnehmenden auf die Frage „Wie häufig erleben oder erlebten Sie persönlich Versuche der folgenden Cyberstraftaten?". Prozentuale Angaben in Klammern (berechnet in Bezug auf die Gesamtstichprobe mit N = 559).

Tabelle 2: Häufigkeitstabelle zur Opferwerdung (persönlich und im Umfeld)

Opferwerdung	Ja, mehrfach	Ja, einmal	Nein	Weiß nicht
Eigene Opferwerdung				
– Phishing/SPAM	76 (13,6)	36 (6,4)	429 (76,7)	18 (3,2)
– Hacking	12 (2,1)	73 (13,1)	452 (80,9)	22 (3,9)
– Computersabotage	34 (6,1)	93 (16,6)	409 (73,2)	23 (4,1)
– Kreditkartenbetrug	8 (1,4)	41 (7,3)	497 (88,9)	13 (2,3)
– Identitätsfälschung	10 (1,8)	23 (4,1)	490 (87,7)	36 (6,4)
Opferwerdung im Umfeld				
– Phishing/SPAM	176 (31,5)	108 (19,3)	214 (38,3)	61 (10,9)
– Hacking	154 (27,5)	119 (21,3)	239 (42,8)	47 (8,4)
– Computersabotage	136 (24,3)	118 (21,1)	249 (44,5)	56 (10,0)
– Kreditkartenbetrug	41 (7,3)	118 (21,1)	343 (61,4)	57 (10,2)
– Identitätsfälschung	38 (6,8)	61 (10,9)	369 (66,0)	91 (16,3)

Antwortverteilungen der Teilnehmenden auf die Fragen „Wurden Sie persönlich bereits Opfer der folgenden Cyberstraftaten?" und „Kennen Sie jemanden aus Ihrem persönlichen Umfeld, der/die bereits Opfer der folgenden Cyberstraftaten wurde?". Prozentuale Angaben in Klammern (berechnet in Bezug auf die Gesamtstichprobe mit N = 559).

Bei Betrachtung des Anzeigeverhaltens zeigt sich, dass 73,6 % der Befragten mit eigener Opfererfahrung die Taten weder bei der Polizei noch beim zuständigen Dienstleister meldeten (s. Tab. 3). 13 % der Betroffenen erstatteten Anzeige bei der Polizei oder der Staatsanwaltschaft, wohingegen sich ca. 18 % der Geschädigten an den zuständigen Dienstleister wandten. Rund 7 % meldeten die Tat sowohl den Strafverfolgungsbehörden als auch dem jeweiligen Dienstleister. Die Antwortmuster in Bezug auf das Anzeigeverhalten der geschädigten Bekannten weisen dazu Ähnlichkeiten auf. Etwa ein Drittel (34,5 %) machte hierzu „keine Angabe".

Als häufigsten Grund für das Absehen einer Anzeige bei den Strafverfolgungsbehörden nannten die Befragten, dass eine Anzeige aufgrund der vermuteten geringen Aufklärungsquote sinnlos erschien (71 %). 59,4 % begründeten ihre Untätigkeit mit geringen Schäden. Die weiteren Auswahloptionen, „Ich habe mich geschämt" und „Ich hatte Angst vor Racheakten", wurden nur von 3,9 % bzw. 1,9 % ausgewählt. Ungefähr 5 % der Teilnehmenden, die trotz Opfererfahrungen keine Anzeige erstatteten, äußerten unter der offenen Antwortkategorie „Sonstiges" weitere Gründe. Dabei berichteten elf Personen, dass sie in

der Lage waren, die entstandenen Schäden selbst zu beheben. Neun weitere Personen schrieben, es sei ihnen nicht bewusst gewesen, dass man Cyberstraftaten anzeigen könne.

Tabelle 3: Häufigkeitstabelle zum Anzeigeverhalten nach entstandenem Schaden (persönlich und im Umfeld)

Anzeigeverhalten	Bei Polizei/ Staatsanwaltschaft	Beim Dienstleister	Bei beiden	Nein	Keine Angabe
Persönlich	14 (5,7)	26 (10,6)	18 (7,3)	181 (73,6)	7 (2,8)
Umfeld	48 (11,4)	51 (12,1)	39 (9,3)	137 (32,6)	145 (34,5)

Antwortverteilungen der Teilnehmenden auf die Fragen, ob sie selbst bzw. die bekannten Betroffenen die Tat/Taten „beim zuständigen Dienstleister (z. B. Bank, Firma)", „bei der Polizei oder Staatsanwaltschaft" oder „bei beiden" gemeldet bzw. angezeigt haben. Prozentuale Angaben in Klammern (berechnet in Bezug auf die Anzahl der Personen mit mindestens einer eigenen Opfererfahrung, N = 246, bzw. auf die Anzahl der Personen mit mindestens einer betroffenen Person im Umfeld, N = 420).

2. Darstellung der Freitext-Antworten

Um die explorative Ausrichtung der vorliegenden Studie zu stärken, erhielten die Teilnehmenden am Ende der Befragung die Möglichkeit, ihre Einschätzungen und persönlichen Erfahrungen in einem freien Textfeld zu schildern. Insgesamt nahmen 8,2 % der Teilnehmenden diese Möglichkeit wahr.

Etwa die Hälfte der Freitext-Antworten beinhalten persönliche Berichte über Opferwerdungen durch Cyberkriminalität. Die berichteten Viktimisierungserfahrungen umfassen dabei Trojanerangriffe,[29] Kreditkartenmissbrauch,[30] „Phishing-SMS",[31] Identitätsdiebstahl,[32] gefälschte Wohnungsanzeigen,[33] Hacking-Angriffe auf einen WLAN-Router zur Tätigung illegaler Downloads,[34] sowie einen Bericht über „Fakeshops" im Internet[35] und illustrieren damit die große Bandbreite des Phänomens. Im Zuge dieser Erfahrungsberichte wird in einigen Fällen explizit Unmut über die Strafverfolgungsbehörden geäußert, da man auf entsprechende Anzeigen „nie Rückmeldung bekomme",[36] was einen „schlechten Eindruck"[37] mache. Außerdem fehle eine „gesamtdeutsche Anlaufstelle", die Anzeigemöglichkeiten insgesamt seien „schlecht".[38]

Darüber hinaus wird bemängelt, dass „mehr Aufklärung über Cyberkriminalität […] nötig" sei,[39] da Unklarheit darüber herrsche, wie man sich „gegen Cyberangriffe wehren" könne, zumal in diesem Kontext „die Aufklärung bzw. das Know-how"[40] fehlten. Auch wird mehr Aufklärung über die Gefahren des Internets gefordert. So könne in den Augen einer befragten Person „[d]igitale Kompetenz/Mündigkeit als Schulfach [...] präventiv vermutlich viel bewirken".[41] Vielen Antworten ist daher der Ruf nach einer stärkeren Medienpräsenz der Thematik gemein, da dies in Medien und Politik nur „oberflächlich" behandelt werde.[42] In Anbetracht der weiter steigenden Internetnutzung und der abzusehenden weiteren Ausbreitung der Cyberkriminalität erscheint den Teilnehmenden mehr Medienpräsenz auch aus präventiven Gründen sinnvoll.[43]

In einigen Beiträgen wird explizit auf die Eigenverantwortung der Zivilbevölkerung eingegangen. Die Aussage einer Person, „man sollte mit seinen Angaben im Netz vorsichtig umgehen",[44] legt beispielsweise nahe, dass das Risiko der Opferwerdung durch eine gewisse Vorsicht minimiert werden kann. Dabei wird von mehreren Seiten angeführt, dass insbesondere Phishing-Mails „zumeist gut erkennbar" seien,[45] weshalb man „auf so etwas nicht reinfallen würde".[46] Dazu im Widerspruch stehen allerdings Äußerungen, denen zufolge man SPAM-Nachrichten inzwischen nicht mehr so einfach als Phishingversuche erkennen könne, da solche Mails mittlerweile auch „im Deutschen gut gemacht" seien.[47] So schütze letztlich nur eine gewisse Kompetenz vor der Viktimisierung im Internet, denn „Phishingmails sehen mittlerweile so echt aus, dass es für weniger kundige Menschen kaum mehr erkennbar" sei.[48]

IV. Diskussion

In Anbetracht der Tatsache, dass sich die weltweite Internetnutzung in den letzten drei Jahrzehnten stark erhöht hat,[49] ist es nicht überraschend, dass auch die Kriminalität in diesem Raum an Bedeutung gewinnt. Wie unsere Ergebnisse zeigen, spielt das Thema eine große Rolle im Alltag der befragten Menschen. So berichten fast alle Befragten, bereits versuchte Cyberstraftaten erlebt zu haben. Fast die Hälfte der Befragten hat Viktimisierungserfahrungen im Kontext von Cyberkriminalität gemacht, wobei jedoch nur wenige Vorgänge angezeigt wurden. Als Gründe hierfür werden geringe Schäden und eine niedrige Erwartung gegenüber der Aufklärung durch die Strafverfolgungsbehörden angegeben. Infolgedessen fordern mehrere Befragte mehr Aufklärungsarbeit auf diesem Gebiet. Da insbesondere Kinder und Jugendliche immer früher und häufiger das Internet nutzen,[50] erscheint der Ruf nach mehr Vermittlung von Medienmündigkeit nachvollziehbar, um die Bevölkerung zukünftig besser vor Cyberkriminalität zu schützen.

29 ID 187; ID 212.
30 ID 24.
31 ID 614.
32 ID 211.
33 ID 296.
34 ID 243.
35 ID 229.
36 ID 25.
37 ID 212.
38 ID 25.
39 ID 136.
40 ID 136.
41 ID 399.
42 ID 284.
43 ID 284; ID 332; ID 493.
44 ID 486.
45 ID 454.
46 ID 589.
47 ID 454.
48 ID 284.
49 *Eckert*, Digitale Welt 2021, 3 (3).
50 *Nolden*, JMS 2020, 7 (7).

1. Einordnung in den Forschungsstand

Beim Vergleich der hier ermittelten Prävalenzen mit Ergebnissen ähnlicher Studien ist zu beachten, dass in jeder Untersuchung eigene thematische Schwerpunkte gesetzt werden. Wie bereits erläutert, fällt eine klare Abgrenzung der Unterformen im Phänomenbereich der Cyberkriminalität schwer, weshalb in verschiedenen Studien jeweils unterschiedliche Fokusse gesetzt und Definitionen angelegt werden. Hinzu kommt, dass die Erfahrungen einer universitären Stichprobe systematisch von denen einer für die Gesamtbevölkerung repräsentativen Stichprobe abweichen könnten. Auch die Erhebung während der Corona-Pandemie erschwert die Vergleichbarkeit mit älteren Studien.[51] Wenig überraschend ist deshalb, dass bei einem Vergleich der vorliegenden Erhebung mit anderen Ergebnissen aus der Literatur teilweise deutliche Unterschiede festzustellen sind.

Zunächst ist ein Vergleich der hier vorgestellten Resultate mit dem Digitalbarometer 2019 naheliegend, da in beiden Erhebungen Lebenszeitprävalenzen zu einer breiten Palette von Cyberstraftaten erhoben wurden. Das Digitalbarometer berücksichtigt durch die Abfrage von Erfahrungen mit "Cybermobbing" sogar mehr Cyberstraftaten. Obgleich davon ausgehend eine höhere Prävalenz im Digitalbarometer zu erwarten wäre, gab dort nur ca. ein Viertel der repräsentativen Stichprobe an, bereits Opfer von Cyberkriminalität geworden zu sein,[52] wohingegen dies in unserer Studie auf 44 % der Teilnehmenden zutrifft. Besonders bemerkenswert ist ein Vergleich mit der *Bitkom*-Studie. Obwohl dort der Fokus auf Jahresprävalenzen liegt, fällt die Opferzahl mit 61 %[53] deutlich höher aus als bei den hier vorgestellten Resultaten. Dies könnte daran liegen, dass neben studienübergreifend vergleichbaren Delikten (Computersabotage, Banking-Betrug, Identitätsfälschung) auch die Verbreitung von Datenmissbrauch und sexueller Belästigung untersucht wurde.

Aus den einschlägigen Studien lässt sich trotz unterschiedlicher Operationalisierungen von Cyberkriminalität sowie abweichender Prävalenzen und Stichproben stets schlussfolgern, dass ein enormes Dunkelfeld der Cyberkriminalität existiert. Auch die vorliegende Studie fügt sich in dieses Gesamtbild ein und unterstreicht die Allgegenwärtigkeit von Cyberstraftaten; hier ist etwa die Prävalenz der versuchten Fälle zu nennen, die mit 98,7 % fast ubiquitär sind. Dieser Eindruck wird mit Blick auf das persönliche Umfeld der Befragten bestätigt; 75,1 % kennen zumindest ein Opfer von Cyberkriminalität.

Den wohl größten Beitrag zum Forschungsstand liefern die vorgestellten Erkenntnisse zum Anzeigeverhalten: Rund drei Viertel der Befragten mit Opfererfahrung meldeten die Taten weder den Strafverfolgungsbehörden noch dem zuständigen Dienstleister. Die Anzeigequote aus der Dunkelfeldstudie des LKA Schleswig-Holstein (10 % bezogen auf ein Jahr)[54] ähnelt der hier ermittelten Anzeigequote von 13 % (Lebenszeitprävalenz) stark, wobei die Differenz durch den unterschiedlichen Zeitraum, auf den sich die Fragen beziehen, verursacht worden sein könnte. Bezieht man diese geringe Anzeigebereitschaft auf die Hellfelddaten der PKS (383 469 Straftaten mit „Tatmittel Internet", 146 363 Fälle von „Cyberkriminalität")[55], lässt sich das wahre Ausmaß der Cyberkriminalität in Deutschland in etwa erahnen.

Zusammenfassend reiht sich die vorliegende Studie also – trotz Corona-Lage und Problemen bei der Vergleichbarkeit – in den bestehenden Forschungsstand ein und liefert weitere Belege für das Bestehen eines immensen Dunkelfelds für Cyberstraftaten in Deutschland. Dadurch stellt sich die Frage, ob die Strafverfolgungsbehörden auf diesem Gebiet (noch) Herr der Lage sind. Freilich dürfte das Ausmaß des Dunkelfelds auch dadurch bedingt sein, dass viele Opfer offenbar nicht dazu bereit sind, Cyberstraftaten anzuzeigen – und wenn keine Anzeigen erfolgen, lassen sich Straftaten nur schwer ermitteln. Unsere Ergebnisse lassen für den Bereich der Cyberkriminalität jedoch zweifelsohne auf ein begrenztes Vertrauen der Betroffenen in die Strafverfolgungsbehörden schließen.

2. Limitationen

Bei der Bewertung unserer Ergebnisse muss berücksichtigt werden, dass im Rahmen der Studie eine universitäre Stichprobe befragt wurde. Daher können die ermittelten Prävalenzen selbstverständlich nicht ohne weiteres auf die Gesamtbevölkerung übertragen werden. Im Vergleich zur Allgemeinbevölkerung sind die Befragten im Durchschnitt deutlich jünger, auch wenn im Verhältnis zu den Studierenden eine erstaunlich hohe Teilnahmebereitschaft durch Beschäftigte zu verzeichnen ist. Zudem könnten die Befragten aufgrund ihres Berufs-/Studienalltags häufiger im Internet aktiv sein.[56] Dies ist möglicherweise relevant, da auch die Frequenz der Internetnutzung mit der Wahrscheinlichkeit der Opferwerdung zusammenhängen kann.[57] Dementsprechend könnte die wahre Prävalenz bei der untersuchten Population tatsächlich größer sein als in der Gesamtbevölkerung. Darüber hinaus kann auch das Auftreten eines Selektionseffekts nicht ausgeschlossen werden. Möglicherweise waren vermehrt Personen an der Befragung interessiert, die bereits Erfahrungen mit Cyberkriminalität gemacht haben, während noch nicht betroffene Personen weniger Teilnahmemotivation aufwiesen. Dies könnte eine Überschätzung der Prävalenz zur Folge haben. Gemessen an ähnlichen Studien liegen die hier ermittelten Ergebnisse allerdings im plausiblen Bereich.

Eine Limitation der Studie ist die vielleicht nicht optimal trennscharfe Aufteilung von Cyberkriminalität in die fünf Unterkategorien. Überschneidungen zwischen den präsentierten Unterformen sind dabei naheliegend (etwa:

[51] *Baier*, S. 464.
[52] *Zindler/Bolz*, S. 4.
[53] Bitkom, 2021, S. 12.
[54] *Dreißigacker/Riesner*, S. 37.
[55] BKA, 2022a, S. 1; BKA, 2022b, S. 1.
[56] *Baur/Florian*, in: Jackob/Schoen/Zerback, Sozialforschung im Internet, 2009, S. 116 ff.
[57] *Dreißigacker/von Skarczinski/Bergmann/Wollinger*, in: Rüdiger/Bayerl, Cyberkriminologie. Kriminologie für das digitale Zeitalter, 2020, S. 335.

Kreditkartenbetrug nach erfolgtem Phishing). Aufgrund der Möglichkeit der Mehrfachauswahl und der Betrachtung der Opferwerdung als Indikatorvariable (Opfer Ja/Nein) dürfte dies aber keine schwerwiegenden Konsequenzen für die statistische Analyse haben. Probleme bei der Trennschärfe der Kategorien sind schwer zu vermeiden und auch in anderen Studien zu diesem Thema zu verorten. Durch die hier angewendeten Begriffserklärungen und Beispiele sollte deren Einfluss zu verringert werden. Problematisch für die Befragten könnte außerdem die Unterscheidung zwischen einer „versuchten" und einer „erfolgreichen" Cyberstraftat gewesen sein. Zwar wurden „erfolgreiche" Cyberstraftaten hier als Vorfälle mit entstandenem finanziellem oder materiellem Schaden definiert, allerdings ist es durchaus möglich, dass bereits versuchte Cyberstraftaten Schäden verursachen, was die Trennschärfe ebenfalls beeinträchtigt haben könnte.

Vergleichsweise häufige Verständnisschwierigkeiten können bei „SPAM/Phishing" vermutet werden. Der Unterschied zwischen SPAM und Phishing kann mitunter recht groß sein. Da SPAM-Nachrichten aber oft als Vehikel für Phishing-Versuche dienen, war hier die gemeinsame Gruppierung naheliegend. Die bimodale Verteilung bei der Verwerflichkeitseinschätzung dieser Art von Cyberkriminalität dürfte auf die Unschärfe in dieser Kategorie hindeuten. Eine Beeinflussung der Ergebnisse könnte auch dadurch entstehen, dass einzelne Teilnehmende bereits den Erhalt einer solchen Mail als vollzogene Cyberstraftat werten. Um sicherzustellen, dass diese möglicherweise unklare Kategorie die Ergebnisse nicht verzerrt, wurden die wichtigsten Häufigkeiten noch einmal nur für die vier anderen Kategorien berechnet. Dabei ergeben sich nur geringfügige Abweichungen: 85,3 % der Teilnehmenden sind Versuchen der vier übrigen Delikte begegnet. Immerhin 37,6 % der Befragten wurden mindestens einmal, 16,1 % gleich mehrfach Opfer von Hacking, Computersabotage, Kreditkartenbetrug oder Identitätsfälschung. Angaben über Personen aus dem Umfeld mit Opfererfahrungen in diesen vier Bereichen machten 70,5 % der Befragten. Knapp über die Hälfte (54,2 %) gab an, gleich mehrere betroffene Personen zu kennen. Der Einfluss der vermuteten Unschärfe der Kategorie „SPAM/Phishing" auf die Ergebnisse ist daher zu vernachlässigen.

V. Fazit

Die Ergebnisse der vorliegenden Studie zu Viktimisierungserfahrungen im Kontext von Cyberkriminalität belegen die Allgegenwärtigkeit von Straftaten im digitalen Raum. Dabei ist aufgrund niedriger Hellfeldzahlen und einer geringen Anzeigebereitschaft von einem enormen Dunkelfeld auszugehen, was Fragen zur Angemessenheit der bislang von den Strafverfolgungsbehörden angewendeten Bekämpfungsansätze aufwirft. Erschwert wird die Bekämpfung durch ein zurückhaltendes Anzeigeverhalten der Opfer, welches durch geringes Vertrauen in die erfolgreiche Aufklärung bedingt sein dürfte.

Bei Cyberkriminalität handelt es sich noch immer um ein verhältnismäßig neues Kriminalitätsphänomen, weshalb viele Aspekte dieses Gebiets noch einer genaueren wissenschaftlichen Auseinandersetzung bedürfen. Insbesondere beim Anzeigeverhalten im Kontext von Cyberstraftaten besteht weiterhin Forschungsbedarf. Nicht zuletzt entstehen durch die größer werdende Abhängigkeit der Gesellschaft von der virtualisierten Welt, auch in hochsensiblen Bereichen wie dem Onlinebanking, immer mehr attraktive Ziele für Cyberkriminelle. Daraus lässt sich zweifelsohne ein Reformbedarf der Verfolgungsansätze auf dem Feld der Cyberkriminalität ableiten. Darüber hinaus erscheint eine Diskussion auf medialer und politischer Ebene über umfassende und zielgerichtete Präventionsangebote für alle Altersgruppen dringend angezeigt.

ENTSCHEIDUNGEN

BVerfG erklärt Eilantrag wegen Wiederaufnahme für teilweise erfolgreich – Vollzug des Haftbefehls wird unter Bedingungen ausgesetzt

BVerfG, Beschl. v. 14.7.2022 – 2 BvR 900/22

[…]

Gründe:

1 Mit seiner Verfassungsbeschwerde macht der Beschwerdeführer, der vor 39 Jahren vom Vorwurf des Mordes freigesprochen wurde, eine Verletzung in seinen Grundrechten durch die Zulassung des Antrags der Staatsanwaltschaft auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens und die damit verbundene Anordnung der Untersuchungshaft geltend. Mittelbar wendet er sich gegen § 362 Nr. 5 StPO, der mit dem am 30.12.2021 in Kraft getretenen Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit (BGBl I S. 5252) als neuer Wiederaufnahmegrund eingefügt wurde. Mit seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung begehrt er, den Haftbefehl bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde außer Vollzug zu setzen.

2 1. Der im Jahr 1959 in der Türkei geborene Beschwerdeführer, mittlerweile deutscher Staatsangehöriger, wurde mit Urteil des *LG Lüneburg* vom 1.7.1982 wegen Vergewaltigung und wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt.

3 Die zugrundeliegende Anklage hatte dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe 1981 eine 17-jährige Schülerin vergewaltigt und getötet. Der *BGH* hob das Urteil mit den getroffenen Feststellungen mit Beschluss vom 25.1.1983 wegen Mängel in der Beweiswürdigung auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an das *LG Stade*. Dieses sprach den Beschwerdeführer mit Urteil vom 13.5.1983 frei. Die (neue) Beweisaufnahme habe keinerlei Hinweise dafür ergeben, dass sich der Beschwerdeführer zum Tatzeitpunkt am Tatort befunden habe. Zwar sei am Tatort die Fahrspur eines Personenkraftwagens gesichert worden. Zur Überzeugung der *Kammer* sei das Fahrzeug des Beschwerdeführers als Verursacher dieser Spur jedoch auszuschließen. Weiterhin habe das Ergebnis der Beweisaufnahme die *Kammer* nicht davon zu überzeugen vermocht, dass sich das Opfer zu irgendeinem Zeitpunkt in dem Personenkraftwagen des Beschwerdeführers aufgehalten habe. Ein Kontakt der Getöteten mit Textilien im Personenkraftwagen des Beschwerdeführers sei aufgrund aufgefundener Faserspuren zwar wahrscheinlich bis sehr wahrscheinlich, jedoch nicht sicher festzustellen. Weitere Anhaltspunkte für eine Täterschaft des Beschwerdeführers habe die Hauptverhandlung nicht erbracht.

4 2. a) Im Jahr 2012 unterzog das LKA Niedersachsen Sekretanhaftungen, die nach der Tat sichergestellt worden waren, einer molekulargenetischen Untersuchung. Nach dem Untersuchungsergebnis kommt der Beschwerdeführer als Verursacher einer Spermaspur in Betracht.

5 b) Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden, ob Anhaltspunkte für eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens gemäß § 362 Nr. 2 StPO in der Fassung vom 7.4.1987 (BGBl I S. 1074) bestehen, also Ermittlungen wegen einer uneidlichen Falschaussage von Zeugen oder Sachverständigen, blieben erfolglos.

6 3. Am 30.12.2021 trat das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit vom 21.12.2021, BGBl I S. 5252) in Kraft. Der Bundestag hatte das Gesetz kurz vor der Sommerpause und der Bundesrat im September 2021 beschlossen. Mit ihm wird § 362 StPO, der die Wiederaufnahme von Strafverfahren zuungunsten des Verurteilten regelt, um die hier verfahrensgegenständliche Nr. 5 ergänzt. Die Norm lautet:

§ 362 StPO (Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten)

„Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten ist zulässig, […]

5. wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringenden Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Absatz 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches) verurteilt wird.“

7 Die Gesetzesbegründung nimmt sowohl auf eine insbesondere vom Vater des Tatopfers initiierte Petition an den Deutschen Bundestag (Petition Nr. 82568 vom 19.7.2018; Beschluss des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages – Pet 4-19-07-3123-009551) als auch auf den streitgegenständlichen Fall Bezug (vgl. BT-Drs.

19/30399, S. 10).

8 4. a) Mit Blick auf die gesetzliche Neuregelung beantragte die zuständige Staatsanwaltschaft im Februar 2022 beim *LG Verden* (nachfolgend: *LG*) die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Beschwerdeführers und den Erlass eines Haftbefehls.

9 b) Das *LG* erklärte den Wiederaufnahmeantrag mit angegriffenem Beschluss vom 25.2.2022 für zulässig und ordnete zugleich die Untersuchungshaft gegen den Beschwerdeführer an, weil dringender Tatverdacht gegen ihn bestehe und der Haftgrund der Schwerkriminalität gemäß § 112 Abs. 3 StPO vorliege.

10 Der Antrag auf Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 362 Nr. 5 StPO sei gemäß § 368 Abs. 1 StPO zulässig. Das molekulargenetische Gutachten des Landeskriminalamts aus dem Jahr 2012 stelle ein „neues" Beweismittel im Sinne der Norm dar. Es bilde nach summarischer Prüfung – zusammen mit den im ursprünglichen Verfahren erhobenen Beweisen – dringende Gründe für eine Verurteilung wegen Mordes. Der *Kammer* seien die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 362 Nr. 5 StPO bekannt. Sie sei jedoch nicht von dessen Verfassungswidrigkeit überzeugt, weshalb sie eine Vorlage an das *BVerfG* unterlassen habe.

11 Die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft seien gegeben, weil der Beschwerdeführer eines Mordes und damit einer Katalogtat des § 112 Abs. 3 StPO dringend verdächtig sei. Ausweislich des molekulargenetischen Gutachtens komme der Beschwerdeführer als Spurenverursacher einer Spermaspur in Betracht. Dieses bedeutsame Indiz werde durch weitere Beweismittel gestützt. Ein dringender Tatverdacht gelte zwar nicht hinsichtlich des Mordmerkmals „grausam", von dem die Anklage von 1982 ausgegangen sei. Allerdings bestehe entsprechend den zutreffenden Ausführungen im Urteil des *LG Lüneburg* vom 1.7.1982 ein dringender Tatverdacht hinsichtlich des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht. Dass der Geschlechtsverkehr mit Einverständnis des Opfers erfolgt sei, komme nicht ernstlich in Betracht.

12 Davon abgesehen, dass der Beschwerdeführer einer Katalogtat des § 112 Abs. 3 StPO dringend verdächtig sei, bestehe auch eine nicht unerhebliche Fluchtgefahr. Der Beschwerdeführer gehe keiner selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit nach. Zudem habe er im August 2021 und damit in unmittelbarem Zusammenhang mit der gesetzlichen Einführung des neuen Wiederaufnahmegrundes sämtliche der drei zuvor auf ihn und seine Frau eingetragenen Immobilien auf die gemeinsamen Kinder übertragen. Aufgrund der türkischen Herkunft des Beschwerdeführers sei nicht auszuschließen, dass er weiterhin über gute Kontakte in sein Heimatland und über die Möglichkeit verfüge, sich dort verborgen zu halten und sich staatlicher Verfolgung zu entziehen, auch wenn er mittlerweile die deutsche und nicht mehr die türkische Staatsangehörigkeit besitze.

13 c) Der Beschwerdeführer wurde noch am selben Tag festgenommen und befindet sich seither in Untersuchungshaft.

14 d) Seine gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde verwarf das *OLGCelle* (nachfolgend: *OLG*) mit angegriffenem Beschluss vom 20.4.2022.

15 Zum einen griffen die seitens des Beschwerdeführers vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 362 Nr. 5 StPO nicht durch. Die Neuregelung schränke den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG nicht in unzulässiger Weise ein. Die Norm genüge dem Bestimmtheitsgrundsatz, verletze nicht das verfassungsrechtlich garantierte Rückwirkungsverbot und verstoße auch nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Zum anderen habe das *LG* die Voraussetzungen für den Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO zutreffend bejaht.

16 Die Untersuchungshaft gegen den Beschwerdeführer sei weiter aufrechtzuerhalten. Es bestünden ein dringender Tatverdacht und der Haftgrund der Schwerkriminalität gemäß § 112 Abs. 3 StPO. Dem Beschwerdeführer drohe eine lebenslange und nicht nur eine zeitige Freiheitsstrafe, die einen immensen Fluchtanreiz begründe. Die von der Verteidigung abgegebene Erklärung, der Beschwerdeführer sei anwaltlich beraten und werde sich dem weiteren Verfahren im eigenen Interesse stellen, gehe über eine pauschale Absichtserklärung nicht hinaus. Daher sei eine Fluchtgefahr im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 112 Abs. 3 StPO nicht auszuschließen.

17 Mit seiner am 19.5.2022 eingegangenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 103 Abs. 3 GG sowie aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

18 Zugleich beantragt er, den Haftbefehl im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde außer Vollzug zu setzen. Zur Begründung führt er aus, die gebotene Folgenabwägung ergebe ein Übergewicht für den Erlass der einstweiligen Anordnung. Im Wissen um die bevorstehende Gesetzesänderung und um die naheliegende Absicht der Staatsanwaltschaft, einen Haftbefehl gegen ihn zu erwirken, habe sich der Beschwerdeführer dem Verfahren nicht entzogen. Mit dem Vollzug der Untersuchungshaft über einen Zeitraum von unabsehbarer Dauer würde ihm ein nicht wiedergutzumachender, eine existenzielle Betroffenheit begründender Schaden zugefügt.

[…]

23 3. Die Verfahrensakten des *LG* haben dem *BVerfG* vorgelegen.

24 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat teilweise Erfolg.

25 Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das *BVerfG* einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln,

wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Bei der Entscheidung über die einstweilige Anordnung haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsaktes vorgetragen werden, grundsätzlich ausser Betracht zu bleiben (vgl. BVerfGE 89, 38 [43 f.]; 143, 65 [87 Rn. 35]; 157, 332 [375 Rn. 68]; stRspr). Für die einstweilige Anordnung ist allerdings kein Raum, wenn sich die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweist (vgl. BVerfGE 104, 23 [28]; 111, 147 [152 f.]; 157, 332 [375 Rn. 68]; stRspr). Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens hat das *BVerfG* im Rahmen einer Folgenabwägung die Nachteile abzuwägen, die einträten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Antrag aber in der Hauptsache Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, dem Antrag in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. BVerfGE 105, 365 [371]; 143, 65 [87 Rn. 35]; 157, 332 [377 Rn. 73]; stRspr). Wegen der meist weittragenden Folgen, die eine einstweilige Anordnung in einem verfassungsrechtlichen Verfahren auslöst, gilt für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 BVerfGG ein strenger Maßstab (vgl. BVerfGE 55, 1 [3]; 104, 23 [27]; 158, 210 [230 Rn. 50]).

26 Die Hürde für eine einstweilige Anordnung erhöht sich weiter, wenn ein Gesetz außer Vollzug gesetzt werden soll; die Gründe für eine einstweilige Anordnung müssen dann besonderes Gewicht haben (vgl. BVerfGE 3, 41 [44]; 140, 99 [106 f.]; 157, 332 [374 Rn. 67]; stRspr). Wird mit einer einstweiligen Anordnung der Vollzug eines Gesetzes suspendiert, so wird das angegriffene Gesetz allgemein und nicht nur in der Beziehung zum Beschwerdeführer ausgesetzt. Deshalb sind bei der Folgenabwägung die Auswirkungen auf alle von dem Gesetz Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur diejenigen für den Beschwerdeführer (vgl. BVerfGE 112, 216 [221]; 122, 342 [362]; 140, 99 [107 Rn. 12]; stRspr). Wenn die jeweiligen Nachteile der abzuwägenden Folgenkonstellationen einander in etwa gleichgewichtig gegenüberstehen, verbietet es der Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), das angegriffene Gesetz auszusetzen, bevor geklärt ist, ob es vor der Verfassung Bestand hat (vgl. BVerfGE 104, 51 [60]; 140, 99 [107 Rn. 12]; stRspr).

27 Gemessen an diesen Maßstäben hat der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung teilweise Erfolg. Er ist mit dem Inhalt, den Haftbefehl außer Vollzug zu setzen, zulässig (1.). Die Verfassungsbeschwerde ist weder von vornherein unzulässig noch offensichtlich unbegründet (2.). Die Folgenabwägung ergibt, dass die Nachteile, die einträten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Antrag aber in der Hauptsache Erfolg hätte (3. a), gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, dem Antrag in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre (3. b), überwiegen. Dies gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass geeignete, im Vergleich zur Untersuchungshaft weniger eingreifende Maßnahmen zur Minimierung der Fluchtgefahr getroffen werden (3. c). Der weitergehende Antrag auf uneingeschränkte Außervollzugsetzung des Haftbefehls hat daher keinen Erfolg (4.).

28 1. Der Beschwerdeführer beantragt im Wege der einstweiligen Anordnung die Außervollzugsetzung des gegen ihn erlassenen Haftbefehls vom 25.2.2022. Mit Blick auf die Fortführung des Wiederaufnahmeverfahrens hat er keinen Eilantrag gestellt, so dass hierüber nicht zu entscheiden ist.

29 Der Beschluss des *LG* vom 5.7.2022 steht der Zulässigkeit des Eilantrags im vorliegenden Fall nicht entgegen. Die fortdauernde Untersuchungshaft stellt einen intensiven Eingriff in die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG dar und damit einen schweren Nachteil im Sinne des § 32 Abs. 1 BVerfGG.

30 2. Die gegen den Beschluss vom 25.2.2022 sowie die diesen bestätigende Beschwerdeentscheidung des *OLG* erhobene Verfassungsbeschwerde ist nicht von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet.

31 a) Die Verfassungsbeschwerde genügt den Zulässigkeitsanforderungen.

[…]

35 (1) Der Beschwerdeführer ist nicht darauf verwiesen, Rechtsschutz erst gegen die Entscheidung über die Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags gemäß § 370 StPO (im Folgenden: Probationsentscheidung) zu suchen. Zwar werden das *LG* und – im Fall einer sofortigen Beschwerde – das *OLG* möglicherweise erneut mit der Frage konfrontiert sein, ob § 362 Nr. 5 StPO verfassungskonform ist. Gleichwohl kann dem Beschwerdeführer die Geltendmachung einer Grundrechtsverletzung durch die erneute Strafverfolgung und insbesondere durch die Untersuchungshaft infolge der Aditionsentscheidung nicht bis zur noch ausstehenden Probationsentscheidung und bis zur Erschöpfung des dagegen bestehenden Rechtswegs vorenthalten werden.

36 Die Trennung zwischen der Aditionsentscheidung gemäß § 368 StPO und der Probationsentscheidung gemäß § 370 StPO dient der Verfahrensökonomie, indem eine Schlüssigkeitsprüfung erfolgt und dadurch eine Beweisaufnahme vermieden wird (vgl. *Gössel*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 7/2, 26. Aufl. [2013], § 368 Rn. 8 f. m.w.N.; *Frister*, in: SK-StPO, 5. Aufl. [2018], Vor § 359 Rn. 10; *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1 [2019], § 368 Rn. 2 ff.; kritisch *Eschelbach*, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, [Mai 2014] § 368 Rn. 2). Sie bietet im Zusammenhang mit der fristgebundenen sofortigen Beschwerde gemäß § 372 StPO frühestmögliche Rechtssicherheit (vgl. *Frister*, in: SK-StPO, 5. Aufl. [2018], § 372 Rn.1; *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, [2019], § 372 Rn. 1) und bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten beziehungsweise Freigesprochenen auch effektiven Schutz des Grundrechts aus Art. 103 Abs. 3 GG. Verletzen die Entscheidungen im

Aditionsverfahren Grundrechte, muss mit Blick auf das verfassungsrechtliche Gebot der Gewährleistung frühzeitigen und effektiven Rechtsschutzes (vgl. im Falle erneuter Anklageerhebung nach einem unanfechtbaren Nichteröffnungsbeschluss BVerfGK 4, 49 [53]; *BGH*, Beschl. v. 1.12.2016 – 3 StR 230/16, juris, Rn. 10 f.) eine Verfassungsbeschwerde hiergegen zulässig sein.

37 (2) Auch die jederzeitige Möglichkeit, eine Haftprüfung gemäß § 117 StPO zu beantragen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar könnte der Beschwerdeführer damit rügen, dass die Voraussetzungen des § 112 Abs. 3 StPO – bei unterstellter Verfassungskonformität des § 362 Nr. 5 StPO – nicht gegeben seien. Jedoch kann er damit nicht die Beseitigung der geltend gemachten Grundrechtsverletzung durch die Aditionsentscheidung selbst erreichen, sondern allenfalls die Aufhebung des damit verbundenen Haftbefehls.

38 cc) Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht auch der zwischenzeitlich ergangene Haftfortdauerbeschluss des *LG* vom 5.7.2022 nicht entgegen. Er führt nicht zum Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses für die Verfassungsbeschwerde, denn die angegriffene Entscheidung war jedenfalls Grundlage der ab dem 25.2.2022 vollzogenen Untersuchungshaft und damit eines tiefgreifenden Eingriffs in das Grundrecht des Beschwerdeführers auf die Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGK 5, 230 [234 f.]; *BVerfG*, Beschl. der *1. Kammer des Zweiten Senats* v. 25.6.2018 – 2 BvR 631/18, Rn. 27; Beschl. der *2. Kammer des Zweiten Senats* v. 8.7.2021 – 2 BvR 575/21, Rn. 35).

39 b) Die Verfassungsbeschwerde ist auch nicht offensichtlich unbegründet. Die Frage, ob § 362 Nr. 5 StPO verfassungskonform ist und damit Grundlage sowohl für das Wiederaufnahmeverfahren als auch für die erneute Strafverfolgung des Beschwerdeführers, konkret die Anordnung und Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft zur Sicherung der Durchführung des Wiederaufnahmeverfahrens, sein kann, ist offen. Ihre Klärung muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

40 Im Gesetzgebungsverfahren wurden verfassungsrechtliche Bedenken an der Einführung des neuen Wiederaufnahmetatbestandes geäußert (vgl. BT-Drs. 19/31110, S. 2 ff.). Auch der Bundespräsident hat bei der Ausfertigung und Verkündung des Gesetzes seine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit durch ein Schreiben an die Präsidentin des 20. Deutschen Bundestages öffentlich gemacht (vgl. PM v. 22.12.2021).

42 Im Schrifttum wird die Neuregelung intensiv und kontrovers diskutiert. Einige Autoren halten § 362 Nr. 5 StPO für verfassungskonform (vgl. *Zehetgruber*, JR 2020, S. 157; *Hoven*, JZ 2021, S. 1154; *Kubiciel*, GA 2021, S. 380; *Eisele*, BRJ 2022, S. 6). Andere sehen die Norm aus unterschiedlichen Gründen als verfassungswidrig an. Neben einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG beziehungsweise seinen Kerngehalt werden Verletzungen des Rückwirkungsverbots, des Bestimmtheitsgrundsatzes, des Gleichheitssatzes und der Unschuldsvermutung sowie der Menschenwürde erörtert (vgl. *Arnemann*, NJW-Spezial 2021, S. 440; *dies*., StraFO 2021, S. 442; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, S. 251; *Brade*, AöR 146 [2021], S. 130; *Kaspar*, GA 2022, S. 21; *Leitmeier*, StV 2021, S. 341; *Lenk*, StV 2022, S. 118; *Singelnstein*, NJW 2022, S. 1058; *Slogsnat*, ZStW 133 [2021], S. 741; *Schweiger*, ZfIStw 2022, S. 397).

42 3. Die somit vorzunehmende Folgenabwägung gebietet den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Inhalt, den Vollzug des Haftbefehls unter Anordnung der im Tenor aufgeführten Maßnahmen auszusetzen.

43 a) Erginge die einstweilige Anordnung nicht, hätte die Verfassungsbeschwerde aber Erfolg, drohten dem Beschwerdeführer erhebliche und irreversible Nachteile. Er würde nach einer Wiederaufnahme des Verfahrens durch das *LG* voraussichtlich bis zu dessen rechtskräftigem Abschluss in Untersuchungshaft bleiben, wenn nicht vorher über die Verfassungsbeschwerde entschieden wird.

44 Das *LG* hat mitgeteilt, dass es in Kürze über die Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags entscheiden und im Fall seiner Begründetheit die erneute Hauptverhandlung im August 2022 beginnen werde. Am 5.7.2022 hat das *LG* von Amts wegen geprüft, ob der Haftbefehl aufzuheben sei, und dies verneint. Es ist gegenwärtig nicht ersichtlich, dass sich die Bewertung der Fachgerichte zum Vorliegen der Fluchtgefahr während des Wiederaufnahmeverfahrens ändern wird. Denn sie haben die Fluchtgefahr auf die zu erwartende lebenslange Freiheitsstrafe im Fall einer Verurteilung, auf die nicht (mehr) bestehende Erwerbstätigkeit des inzwischen 63-jährigen Beschwerdeführers und die Übertragung seiner Grundstücke auf seine Kinder im August 2021 sowie auf seine Herkunft aus der Türkei gestützt. Keiner dieser tatsächlichen Umstände dürfte sich im Laufe des Wiederaufnahmeverfahrens ändern. Auch eine andere Straferwartung ist ausgeschlossen, da die Wiederaufnahme gemäß § 362 Nr. 5 StPO gerade auf dringende Gründe für die Annahme einer Verurteilung wegen Mordes beschränkt ist.

45 Hätte die Verfassungsbeschwerde Erfolg, so verletzte die Untersuchungshaft das Grundrecht aus Art. 103 Abs. 3 GG, keiner weiteren Strafverfolgung ausgesetzt zu sein, sowie das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG, keine ungerechtfertigte Freiheitsentziehung hinnehmen zu müssen. Die Untersuchungshaft stellt einen besonders intensiven Grundrechtseingriff dar und ist zudem nachträglich nicht mehr korrigierbar. Die möglichen Grundrechtsverletzungen wiegen daher schwer.

46 aa) Art. 103 Abs. 3 GG garantiert als Prozessgrundrecht (vgl. BVerfGE 56, 22 [32]; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. [2018], Art. 103 Abs. 3 Rn. 14; *Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. [2018], Art. 103 Rn. 183) dem verurteilten Straftäter Schutz nicht nur gegen erneute Bestrafung, sondern bereits gegen erneute Verfolgung wegen derselben Tat (vgl. BVerfGE 12, 62 [66]; 23, 191 [202]). Verfahrens-

rechtlich errichtet Art. 103 Abs. 3 GG ein Prozesshindernis (vgl. BGHSt 5, 323 [328]) und begründet zugleich auch die Verfassungswidrigkeit einer erneuten Einleitung eines Strafverfahrens (vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. [2018], Art. 103 Abs. 3 Rn. 25, 30; *Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. [2018], Art. 103 Rn. 174, 216; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 3 f., 40, 61 [Nov. 2018]; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar, Art. 103 Abs. 3 Rn. 42 [Nov. 2018]; *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 7. Aufl. [2021], Art. 103 Rn. 64).

47 Gleiches gilt, wenn zuvor in einem Verfahren wegen derselben Tat ein Freispruch erfolgt ist (vgl. BVerfGE 12, 62 [66]; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. [2018], Art. 103 Abs. 3 Rn. 12, 25; *Remmert*, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 3 f., 2, 65 [Nov. 2018]; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar, Art. 103 Abs. 3 Rn. 42 [Nov. 2018]; *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 7. Aufl. [2021], Art. 103 Rn. 63).

48 Die gegen den Beschwerdeführer verhängte Untersuchungshaft, die im Rahmen des Wiederaufnahmeverfahrens zu dem Urteil des *LG Stade* vom 13.5.1983 ergangen ist, ist eine Maßnahme der erneuten Strafverfolgung wegen derselben Tat, die nicht gerechtfertigt wäre, wenn sich die Verfassungsbeschwerde gegen die zugrundeliegende Norm als begründet erwiese.

49 Der Schutz, den Art. 103 Abs. 3 GG vor einer erneuten Strafverfolgung gewährt, ist hier in seiner tatsächlichen Bedeutung besonders berührt. Die Haft ist nicht nur ein besonders intensiver Freiheitseingriff, sondern die Folge eines dringenden Tatverdachts, der sich bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen nach § 362 Nr. 5 StPO auf eines der dort aufgeführten Verbrechen beziehen muss. Dies wird auch in der Öffentlichkeit wahrgenommen. So war die Untersuchungshaft des Beschwerdeführers bereits Gegenstand der medialen Berichterstattung (vgl. Tagesspiegel v. 13.4.2022, DIE ZEIT v. 9.6.2022, Hannoversche Allgemeine Zeitung v. 21.4.2022 und v. 18.6.2022, Hamburger Abendblatt v. 21.6.2022).

50 bb) Die Untersuchungshaft ist darüber hinaus ein erheblicher und irreversibler Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der Person. Hätte die Verfassungsbeschwerde Erfolg, erwiese sich dieser Eingriff als rechtsgrundlos.

51 Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gewährleistet jedermann die Freiheit der Person und nimmt einen hohen Rang unter den Grundrechten ein. Das kommt darin zum Ausdruck, dass Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG die Freiheit der Person als „unverletzlich" bezeichnet, Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG ihre Beschränkung nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes zulässt und Art. 104 Abs. 2 bis 4 GG besondere Verfahrensgarantien für ihre Beschränkung statuiert (vgl. BVerfGE 35, 185 [190]; 109, 133 [157]; 128, 326 [372]). Der Entzug der Freiheit eines der Straftat lediglich Verdächtigen ist wegen der Unschuldsvermutung, die ihre Wurzel in der Garantie der Menschenwürde und im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG hat (vgl. BVerfGE 95, 96 [140]; 133, 168 [197 f. Rn. 54]) und auch in Art. 6 Abs. 2 EMRK ausdrücklich hervorgehoben ist, nur in streng begrenzten Ausnahmefällen zulässig. Im Rechtsinstitut der Untersuchungshaft wird das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht des Einzelnen auf persönliche Freiheit und den Bedürfnissen einer wirksamen Verbrechensbekämpfung deutlich sichtbar. Den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlich und zweckmäßig erscheinenden Freiheitsbeschränkungen muss daher der Freiheitsanspruch des noch nicht rechtskräftig verurteilten Beschuldigten als Korrektiv entgegengehalten werden. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt für Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft – auch unabhängig von der zu erwartenden Strafe – eine maßgebliche Bedeutung zu (vgl. BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49 f.]; 36, 264 [270]; 53, 152 [158 f.]).

52 Die Anordnung der Untersuchungshaft gegen den Beschwerdeführer beruht auf den Angaben, die im Wiederaufnahmeantrag gemäß § 362 Nr. 5 StPO die dringenden Gründe dafür bilden, dass er in einer erneuten Hauptverhandlung wegen Mordes verurteilt wird. Hätte die Verfassungsbeschwerde Erfolg und erwiese sich § 362 Nr. 5 StPO als Rechtsgrundlage für das Wiederaufnahmeverfahren als verfassungswidrig, wäre die Strafverfolgung des Beschwerdeführers wegen des angeklagten Mordes von vornherein ausgeschlossen. Die Untersuchungshaft wäre daher zur Sicherung des erneuten Strafverfahrens nicht gerechtfertigt.

53 b) Erginge die beantragte einstweilige Anordnung und erwiese sich die Verfassungsbeschwerde später als unbegründet, träten ebenfalls gewichtige Nachteile ein. Der Vollzug der Untersuchungshaft würde ausgesetzt und der Beschwerdeführer wäre nicht mehr in Haft. Nach den Feststellungen der Fachgerichte besteht damit die Gefahr, dass er sich dem Strafverfahren entzieht. In diesem Fall könnte nach der Entscheidung, dass der Wiederaufnahmeantrag begründet ist, die erneute Hauptverhandlung nicht ohne Fahndungsmaßnahmen und – bei deren Misserfolg – gar nicht durchgeführt werden.

54 In die Folgenabwägung ist ferner die Möglichkeit einzustellen, dass das *LG* das Wiederaufnahmeverfahren erst zu einem späteren Zeitpunkt fortführt. Ob es bei Aussetzung der Untersuchungshaft an dem mitgeteilten Zeitplan für das weitere Wiederaufnahmeverfahren festhält, ist offen. Insbesondere den baldigen Beginn der erneuten Hauptverhandlung hat es mit Blick auf § 121 StPO und das in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG wurzelnde haftrechtliche Beschleunigungsgebot (vgl. nur BVerfGE 20, 45 [50]; 20, 144 [148 f.]; 36, 264 [270 ff.], 53, 152 [158 f.]; BVerfGK 17, 517; stRspr) terminiert. Daher ist nicht ausgeschlossen, dass das *LG* dringlichere (Haft-)Verfahren vorrangig zu bearbeiten hat, wenn die Untersuchungshaft des Beschwerdeführers ausgesetzt wird, auch wenn bei außer Vollzug gesetztem Haftbefehl der Beschleunigungsgrundsatz prinzipiell weiterhin gilt (vgl. BVerfGE 53, 152 [159 f.]).

55 aa) Entzieht sich der Beschwerdeführer dem Strafverfahren, wird das – im Fall der Erfolglosigkeit der Verfassungsbeschwerde bestehende – öffentliche Interesse an der Wiederaufnahme und der anschließenden Durchführung des Strafverfahrens gegen ihn beeinträchtigt und unter Umständen vereitelt.

56 (1) Die besonders strengen Voraussetzungen für die Aussetzung der Geltung eines Gesetzes müssen hier nicht erfüllt sein. Zwar besteht nach der Gesetzesbegründung ohne die Neuregelung die Gefahr einer nachhaltigen Störung des Rechtsfriedens und des Vertrauens in die Strafrechtspflege. Dabei nimmt sie ausdrücklich auf den hier streitgegenständlichen Fall Bezug (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 10) und bringt damit zum Ausdruck, dass gerade die Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen den Beschwerdeführer ermöglicht werden soll. Dennoch blieben die Folgen des Erlasses einer einstweiligen Anordnung auf den vorliegenden Fall begrenzt. Entzöge sich der Beschwerdeführer infolge der Außervollzugsetzung des Haftbefehls dem erneuten Strafverfahren, bliebe die Anwendung des Gesetzes in anderen Wiederaufnahmefällen unberührt.

57 (2) Es besteht aber auch im Einzelfall ein gewichtiges Allgemeininteresse an der Strafverfolgung eines Mordes. Das Grundgesetz weist den Erfordernissen einer an rechtsstaatlichen Garantien ausgerichteten Rechtspflege einen hohen Rang zu (vgl. BVerfGE 80, 367 [375]). Das Rechtsstaatsprinzip gestattet und verlangt die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 [383]; 46, 214 [222]; 122, 248 [272]; 130, 1 [26]). Hierzu zählt, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (vgl. BVerfGE 33, 367 [383]; 46, 214 [222 f.]; 122, 248 [272 f.]; 133, 168 [199 Rn. 57]). Dies umfasst die Pflicht, die Durchführung eingeleiteter Strafverfahren und die Vollstreckung rechtskräftig erkannter (Freiheits-)Strafen sicherzustellen (vgl. BVerfGE 46, 214 [222 f.]; 51, 324 [344]; 133, 168 [199 f. Rn. 57]).

58 bb) Käme es dagegen lediglich zu einer Verzögerung des Wiederaufnahmeverfahrens sowie der daran anschließenden erneuten Hauptverhandlung, so hätte dies für sich genommen angesichts der Besonderheiten des vorliegenden Falles kein besonders schweres Gewicht.

59 (1) Grundsätzlich ist auch eine zügige Durchführung des Strafverfahrens ein gewichtiger Belang einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege (vgl. BVerfGE 63, 45 [68 f.]; 122, 248 [273]; 133, 168 [200 f. Rn. 59]). Sie erfordert eine Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs innerhalb so kurzer Zeit, dass die Rechtsgemeinschaft die Strafe noch als Reaktion auf geschehenes Unrecht wahrnehmen kann (vgl. BVerfGE 122, 248 [273]). Die Zwecke der Kriminalstrafe werden durch unnötige Verfahrensverzögerungen in Frage gestellt (vgl. BVerfGE 122, 248 [273]) und die verfassungsrechtliche Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit wird beeinträchtigt, da die Beweisgrundlage durch Zeitablauf verfälscht werden kann (vgl. BVerfGE 57, 250 [280]; 122, 248 [273]; 133, 169 [201]).

60 Hier liegt die verfolgte Straftat allerdings bereits über 40 Jahre zurück. Es steht daher nicht zu erwarten, dass eine spätere Durchführung der erneuten Hauptverhandlung eine substantielle Verschlechterung der Beweislage und damit eine (weitere) Erschwerung der Wahrheitsermittlung mit sich brächte. Ebenso geht vom Beschwerdeführer angesichts des langen Zeitraumes, in dem er strafrechtlich nicht in Erscheinung getreten ist, keine mit dem Mordvorwurf typischerweise verbundene besondere Gefährlichkeit aus, der insbesondere der spezialpräventive Zweck der Bestrafung entgegenwirken soll.

61 (2) Auch kann die vom Gesetzgeber mit der Neuregelung bezweckte Befriedungswirkung besser erreicht werden, wenn über die Verfassungsbeschwerde bereits vor der Weiterführung des Wiederaufnahmeverfahrens abschließend entschieden ist. Es wäre nicht mit der Unsicherheit belastet, dass die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben und ihm damit die Rechtsgrundlage entziehen könnte.

62 c) Sowohl die Folgen einer einstweiligen Anordnung als auch die Folgen ihres Unterlassens sind damit insgesamt von solchem Gewicht, dass sie jeweils nicht vollständig zurücktreten dürfen.

63 Anders als in anderen Fällen der Anordnung von Untersuchungshaft besteht nicht nur die Möglichkeit, dass sich der Tatverdacht im Zuge der Ermittlungen beziehungsweise des Strafverfahrens nicht erhärtet. Ausschlaggebend ist vielmehr die Möglichkeit, dass die Untersuchungshaft gar nicht hätte erfolgen dürfen, weil die Strafverfolgung insgesamt unzulässig ist, wenn sich die Norm, die die Strafverfolgung eröffnet, als verfassungswidrig erweist. Dem grundrechtlichen Schutz aus Art. 103 Abs. 3 sowie Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG kommt unter diesen Umständen daher ein größeres Gewicht zu als dem durch die Untersuchungshaft gesicherten staatlichen Strafverfolgungsinteresse.

64 Die Schwere des Tatvorwurfs, der im Wiederaufnahmefall den berechtigten Strafverfolgungsanspruch des Staates begründet, hat jedoch ein solches Gewicht, dass auch dem staatlichen Interesse an einer effektiven Strafverfolgung Rechnung getragen werden muss. Dies kann zwar im Rahmen der hier erlassenen einstweiligen Anordnung den Vollzug des Haftbefehls nicht rechtfertigen, wohl aber die Anordnung von Maßnahmen, die weniger intensiv in Art. 103 Abs. 3 sowie Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG eingreifen. Angesichts der von den Fachgerichten festgestellten Fluchtgefahr, die der Beschwerdeführer nicht substantiiert entkräftet hat, sind die im Tenor aufgeführten Maßnahmen geboten, um den staatlichen Strafverfolgungsanspruch ausreichend zu sichern. Dem Eilbegehren des Beschwerdeführers trägt dies größtmöglich Rechnung. Dem *LG* obliegt es, die Außervollzugsetzung des Haftbefehls im Weiteren auszugestalten und – soweit erforderlich – den Zweck des Haftbefehls durch Maßnahmen nach § 116 Abs. 4 StPO zu gewährleisten.

Ein verbleibendes Risiko, dass sich der Beschwerdeführer der Strafverfolgung dennoch entzieht, muss dabei angesichts der besonderen Grundrechtsbelastung, die mit der – erneuten – Untersuchungshaft im Zuge der Zulassung des Wiederaufnahmeantrags verbunden ist, hingenommen werden.

65 4. Soweit der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung darüber hinausgehend auf uneingeschränkte Außervollzugsetzung des Untersuchungshaftbefehls gerichtet ist, hat er aus den vorgenannten Gründen keinen Erfolg.

66 Die Entscheidung ist mit 5 : 3 Stimmen ergangen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Helge A. Wiechmann: Nonverbale Verhaltensweisen im Strafprozess

von Anke Arkenau

2022, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-18439-2, S. 306, Euro 89,90.

Unmittelbar vom Titel der Dissertation angesprochen widme ich mich als Rezensentin dem vorliegenden Werk, das in seiner Intention, sich dem „für den Strafprozess stets aktuellen Phänomen, welches bisweilen weder in der Judikatur noch Schrifttum hinreichende Beachtung erfahren hat, respektive im Schatten der Polygraphen-Diskussion verborgen blieb“ (S. 5) zu widmen, insbesondere auch aus Praxisperspektive überaus reizvoll klingt. Im Kontext des Anliegens des Autors, „die Frage nach der Verwertbarkeit jener ‚unwillkürlichen Reaktionen‘ im Gerichtssaal aus einem interdisziplinären Ansatz heraus näher zu beleuchten“ (S. 5), mit dem Ziel, „praxistaugliche Lösungen anzubieten“ (S. 5), wirkt man eingeladen, sich direkt der Schlussbemerkung zu widmen, würde sich im Falle dessen jedoch dem Genuss der Herleitung berauben, was sich jede*r Einzelne im Falle der Zuwiderhandlung selbst vorzuwerfen hätte.

Im ersten Kapitel „Nonverbale Verhaltensweisen“ nähert sich der Autor kommunikationswissenschaftlich bzw. verhaltens- und/oder ausdruckspsychologisch über Begriffsbestimmungen und die Darstellung der Bedeutung nonverbaler Verhaltensweisen im Kommunikationsprozess an (S. 23-37). Im zweiten Kapitel werden die untersuchungsspezifischen nonverbalen Verhaltensweisen vor dem Hintergrund formaler Anforderungen an die Beweiserhebung beleuchtet (S. 38-106). Dem potentiell schwergewichtigen Hemmschuh etwaiger einschlägiger Erhebungs- und Verwertbarkeitsschranken widmet *Wiechmann* sein drittes Kapitel (S. 107-224), um anschließend im vierten Kapitel nonverbale Verhaltensweisen im Kontext der freien Beweiswürdigung zu fokussieren (S. 225-282). Die Befassungen münden in einer sehr prägnanten Zusammenfassung (S. 283-284), die mit einem „Plädoyer und [einer] Mahnung“ (S. 284) abschließt.

„Man lügt wohl mit dem Munde, aber mit dem Maule, das man dabei macht, sagt man doch die Wahrheit.“ *(Friedrich Nietzsche)*

Mit diesem Zitat und neben anderem auch der Feststellung, dass „[…] realiter freilich weder ein gedankenlesendes Medium [unter zuvor ergangenem Hinweis auf die TV-Serie „The Mentalist“] noch die Nase des Pinocchio, welche einen Lügner zuverlässig zu entlarven geeignet wären [existieren]“ (S. 19), lädt *Wiechmann* thematisch sensibilisierend in seiner einleitenden Vorrede in sein Werk ein, das Ziel des Strafverfahrens, „die prozessordnungsgemäße, Rechtsfrieden bewirkende, materiell richtige Entscheidung über die Strafbarkeit des Beschuldigten“ (S. 19) vorangestellt. Reflektierend auf Rechtsprechung des *BGH*, welche im Kontext der „Mitwirkung eines blinden Richters in einem als Tatgericht erkennenden Kollegialgericht“ (BGHSt 5, 354 [354]) ergangen ist und schon für sich stehend einen Einblick wert ist, wird konstatiert, dass „auch nonverbale Reaktionen in die tatgerichtliche Überzeugungsbildung ‚hineinwirken‘ und damit den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch beeinflussen“ (S. 20). Dem entgegen habe das als „weit alltäglichere[s] Phänomen der (oft willkürlichen) Preisgabe (schon sensuell wahrnehmbarer) nonverbaler Reaktionen“ (S. 20) vor dem Hintergrund spezifischer (Rechts-)Problematiken – namentlich der ‚Selbstbelastungsfreiheit‘, des ‚uneindeutigen Beweiswertes‘, der ‚Justizförmigkeit‘, des ‚Täuschungsverbotes‘ und des ‚fairen Verfahrens‘ – in Judikatur und Schrifttum „interessanterweise kaum „angemessene Beachtung gefunden“ (S. 19/20). Dahingestellt kann bleiben, ob der Grund dafür darin zu sehen ist, ob die Judikatur keine Rechtsproblematiken erkennt oder das Schrifttum ein Schattendasein genügen lässt… *Wiechmann* räumt dem Thema in seiner Arbeit mit dem Fokus auf die Verwertbarkeit verschiedener denkbarer Facetten des Nonverbalen im Strafprozess und im Falle dessen praxisbezogen mit dem Ziel der Vermeidung von Fehldeutungen (vgl. S. 22) den Raum ein, den es offensichtlich verdient.

Unter prägnanter historischer Anleihe nimmt *Wiechmann* im ersten Kapitel die Leserschaft über eine angemessen kurz ausgefallene Begriffsbestimmung nonverbalen Verhaltens bis hin zu einer Mikroebene nebst „kursorische[r] Betrachtung von Funktion und (materieller) Bedeutung nonverbaler Verhaltensweisen“ (S. 23) mit (S. 23 ff.). Mit dem vom Autor entworfenen Begriffsverständnis, dass es sich bei nonverbalen Verhaltensweisen um „jegliches nicht wörtliches, daher nicht (unmittelbar) niederschriftsfähiges, menschliches (vokales wie auch nonvokales) Verhalten: Wie etwa ‚Erröten‘, ‚Blinzeln‘, ‚mimische Veränderungen‘, ‚Änderungen der Stimmhöhe‘, ‚gestische Ruhe‘ oder ‚beleidigende Gesten‘ sowie auch ‚Mikroexpressionen‘“ (S. 26) handelt, leitet *Wiechmann* in den Diskurs über Funktion und den materiellen Bedeutungsgehalt derselben im Kommunikationsprozess unter Rückgriff auf einschlägige Forschungsergebnisse, insbesondere auch aussagepsychologischer Ansätze, über (S. 26 ff.). *Wiechmann* lässt bereits einleitend anklingen, „dass die konkrete Bedeutung des ‚Nonverbalen‘ häufig weniger evident sein wird, als dies bei ‚klassisch‘-verbaler Kommunikation der Fall ist“ (S. 30). Zudem „[erhöhe] [e]ine ‚strukturelle Mehrdeutigkeit‘ einerseits sowie mögliche kulturelle Disparitäten andererseits […] das Risiko

von Fehldeutungen erheblich“ (S. 30). Diese allgemeinen Feststellungen werden sodann kritisch in den Kontext zur Mimik (S. 31 ff.), zum Blickverhalten (S. 33 f.), zur Gestik (S. 34 f.), zur Körperhaltung, Körperorientierung und zum Distanzverhalten (S. 35 f.) sowie zu nonverbalen vokalen Signalen (S. 36) gesetzt. Die Ausführungen des ersten Kapitels sind bei aller Bekanntheit von denkbaren Verzerrungsfaktoren dennoch das erfolgreiche Vorhaben, eine vermeintliche Inkohärenz abschnittsweise in eine offensichtliche, nachvollziehbare und materiell herausfordernde, aber tatsächliche Kohärenz zu überführen.

Mit prägnanten Beispielen (auszugsweise „ein ‚wild gestikulierender‘ Angeklagter“, „das ‚sichtliche Erröten‘“, das ‚Stottern“ oder auch dem ‚vorwurfsvollen Blick‘ [S. 38]), die jede*r Leser*in mit konkreten Bildern belegen können dürfte, leitet *Wiechmann* in sein zweites Kapitel geschickt in die grundlegende Frage der Beweisbedürftigkeit – Bedarf es einer förmlichen Beweiserhebung? – sowie die Frage nach der „Zuweisung zu den Instituten förmlicher Beweiserhebung“ (S. 38), respektive der Zuordnung zum Personal- oder Sachbeweis, ein (S. 38 ff.). Dass die spezifische Frage der strafprozessualen Zulässigkeit einschlägiger Konstellationen an anderer Stelle zu klären ist, wird von *Wiechmann* ausdrücklich festgestellt (S. 51). Hinsichtlich der Beweisbedürftigkeit kommt der Autor unter Betrachtung realitätsnaher Fallkonstellation nach einem angemessen umfassenden Diskurs (S. 39-52) zu der Auffassung, dass nonverbale Verhaltensweisen in der Hauptverhandlung ob der Unaufgesuchtheit „nur einschränkt tauglicher Gegenstand förmlicher Beweiserhebung sind“ (S. 52), als Bestandteil einer bereits durchgeführten Beweiserhebung verbiete sich sogar eine ‚erneute Erhebung‘. Experiment-Konstellationen seien treffsicher und eindeutig in jener zu verorten. „[Z]ufällig auftretende nonverbale Reaktionen“ im Zuschauerraum außerhalb von Experiment-Konstellationen seien final „kein tauglicher Gegenstand förmlicher Beweiserhebung“ (S. 52).

Wenngleich die Ausführungen um die Zuordnung zum Institut des Personal- oder Sachbeweises im Umfang ob der differenziert zu betrachtenden zuordnungsrelevanten Aspekte länger ausfällt (S. 53-106), ist selbige im Ergebnis nicht weniger eindeutig (S. 104-106). Vor dem Hintergrund, dass „Experiment-Konstellationen, zur Provokation nonverbaler Reaktionen, stets in Gestalt förmlicher Beweiserhebung stattzufinden haben“ (S. 53), sei die Frage der Zuordnung zu einem förmlichen Beweisinstitut „keineswegs entschieden“ (S. 53). Soweit es dem Gericht zustehe, „jede Beweiserhebung durchzuführen, welche es für die Sachaufklärung für geboten erachtet“ (S. 54), was Experiment-Konstellationen einschließe, müsse „[i]ndes […] ein jeder förmliche […] Beweiserhebungsakt des Tatgerichts einem von der Strafprozessordnung vorgesehenen Beweisinstitut zuweisungsfähig sein, also in den Katalog der fünf förmlichen Beweisinstitute eingeordnet werden können“ (S. 54 f.). Die Erfindung neuer Beweisinstitute sei ausgeschlossen, der Diskurs um die Einordnung entsprechender Experiment-Konstellationen schließe sich ob des „rechtliche[n] Gebot[s] der Harmonie zwischen dem materiell-rechtlich zugewiesenen Beweisinstitut[s] einerseits und dem seitens des Gerichts formal zu verwendenden Beweisinstituts andererseits“ (S. 55) sowie „für die Annahme etwaiger Erhebungs- und Verwertbarkeitsschranken – etwas § 136a StPO […]“ (S. 56) folgerichtig an (S. 55 f.).

So findet zunächst das Institut des Zeugenbeweises die Betrachtung durch *Wiechmann* (S. 57-83). Soweit eine grammatische Auslegung eher auf Mündlichkeit bzw. eine verbale Redeeinheit hindeute (S. 59), seien im Kontext einer systematischen Auslegung auch Aspekte, so auch die persönliche Anwesenheit des Zeugen sowie Informationen, die – so im Sinne der Normierung der Vernehmung in Bild und Ton – über die Mündlichkeit im Wortsinn hinausgingen, zu konstatieren (S. 60/61). Auch bei historisch-genetischer Auslegung kam *Wiechmann* zunächst zu einer konträren Entwicklung, im Ergebnis aber dennoch zu der Annahme, dass auch danach „nonverbale Reaktionen im Rahmen des Zeugenbeweises ‚weiterhin‘ von Bedeutung sein können“ (S. 65). Auch objektiv-teleologisch sei Nonverbales, soweit „der Zweck des Zeugenbeweises auf ‚maximalen Informationsgewinn‘ [zur Ermittlung der materiellen Wahrheit] ausgerichtet ist“ (S. 66), einschlägig auszulegen (S. 65 ff.).

Bis dato sei jedoch „noch nicht geklärt, ‚wann‘ eine Experiment-Konstellation – gerichtet auf die Wahrnehmung (‚erhoffter‘) nonverbaler Reaktionen – materiell-rechtlich dem Institut des Zeugenbeweises zugewiesen ist“ (S. 67), namentlich wann eine ‚Aussagequalität‘ (S. 67) aufgewiesen werde. Dazu stellt *Wiechmann* zunächst begründet fest, dass „[d]as bloße Faktum der Nonverbalität einer Äußerung […] die Einordnung jener als Aussage nicht zu konterkarieren [vermag]“ (S. 68), wenngleich die Herleitung über das Beispiel der Gebärdensprache mit dem Substitut der Übersetzung des Gedankeninhalts in Nonverbales über einen Sprachmittler nicht zwingend einschlägig erscheint.

Nach einer vielschichtigen Diskussion um eine potenzielle Einstufung von Nonverbalem als Aussage (S. 68-82) gelangt *Wiechmann* zu der überzeugenden Auffassung, dass „[der] Primärzweck in das Zentrum der […] Abgrenzungsentscheidung zu stellen“ (S. 77) sei, welcher den „Erhalt des Wissens des Zeugen vom Verfahrensgegenstand“ (S. 77) umfasse. Soweit nach Abwägung „der in Rede stehende Beweiserhebungsakt […] auf den Zugriff des Wissens einer Person [mit Ausnahme des Angeklagten] gerichtet [ist], so [ist] – entsprechend [der] Lehre vom Zugriffsgegenstand – diese ‚Erhebung‘ dem Institut des Zeugenbeweises [zugewiesen]“ (S. 79). Aufgrund vielfältiger Deutungsmöglichkeiten solch Nonverbalem sei zwingend zu entscheiden, ob „auf ‚Wissen‘ oder ‚etwas anderes‘ [beispielsweise einen pathologischen Zustand] zugegriffen wird“ (S. 80/81), um im Ergebnis festzustellen, dass „[e]ine ‚derartige‘ Experiment-Konstellation […] also in Gestalt des Instituts des Zeugenbeweises erfolgen [müsste]“ (S. 81). Dabei sei sowohl Wissen im unmittelbaren Sinne, als auch Wissen im mittelbaren Sinne, beispielsweise spontanes Erröten als Form von Lügensymptomen, einschlägig, um trotz Nonverbalität als Aussage im Rechtssinne qualifiziert zu werden (S. 82).

Die Gültigkeit dieser Erkenntnisse überträgt *Wiechmann* in gebotener Kürze sogleich auf das Institut der Angeklagtenvernehmung, um diese folgerichtig in der förmlichen Angeklagtenvernehmung in der Hauptverhandlung zu verorten (S. 83/84).

Denkbare Schwierigkeiten aufgrund von „Wahrnehmungs- und Deutungsprobleme[n]" (S. 84) anerkennend, widmet sich der Autor im Anschluss (S. 85-91) der Frage, „‚bei welchen' Beweiserhebungsakten (Experiment-Konstellationen) eine Zuweisung zum Institut des Sachverständigenbeweises in Betracht kommt" (S. 85). Soweit der Regelungsgehalt in weiten Teilen im Sinne einer geforderten Sachkunde als einschlägig auszulegen sei (S. 85-87), unternimmt *Wiechmann* die Betrachtung verschiedener Fallkonstellationen, um abschließend zumindest für entscheidungsrelevante pathologische Zustände, die sich einschlägig nonverbal äußern, die Zuweisung zum Sachverständigenbeweis zu bejahen (S. 89-91).

Um die Ausgangsfrage umfassend beantworten zu können, widmet sich der Verfasser im Folgekapitel (S. 91-104) in gleichgelagerter Manier der Frage, „in welchen Fällen eine Experiment-Konstellation, gerichtet auf Provokation und Wahrnehmung nonverbaler Reaktionen, Gegenstand des Sachbeweises ist" (S. 91).

Den umfassenderen Diskurs führt *Wiechmann* im Hinblick auf die Einschlägigkeit des Instituts des Augenscheinsbeweises (S. 91-104). Obgleich „die Strafprozessordnung einer gesetzlichen Definition dessen schuldig bleibt" (S. 91/92), „wäre die optisch-visuelle oder auch auditive Wahrnehmung nonverbaler Reaktionen in der Hauptverhandlung – wie etwa die des ‚spontanen Errötens' – [nach tradiertem Verständnis] per definitionem bereits per se als Augenscheinseinnahme zu begreifen" (S. 92). Die obige Zuweisung über den Wissenszugriff würde diesen Ansatz jedoch konterkarieren, so dass auch hier zunächst die auslegungsspezifische Annäherung der einschlägigen Rechtsnormen erfolgt, aus der sich weitestgehend Zuweisungsansätze ergeben (S. 92 ff.). Die materiell-rechtliche Zuweisung sei auch an dieser Stelle keinen allgemeingültigen Zuweisungsmodalitäten zum Personal- oder Sachbeweis zugänglich, es müsse am Einzelfall entschieden werden (S. 96). Im Rahmen einer umfassenden kritisch-diskursiven Auseinandersetzung und argumentativen Abwägung mündet *Wiechmann* unter Rückgriff auf die Lehre vom Zugriffsgegenstand in der Auffassung, dass eine nonverbale Reaktion „dann dem Institut des Augenscheinsbeweises zugewiesen [ist], ‚sobald' sich mit jenem ein Zustandszugriff [nicht Wissenszugriff] realisiert" (S. 103), wie es sich in dargelegten Beispielen darstelle. Der erforderlichen ex ante-Bestimmbarkeit würden Experiment-Konstellationen zweifelhaft gerecht (S. 103). Soweit der Zustandsbegriff im Fokus der Beweiserhebung stehe, habe „das Tatgericht den Beweiserhebungsakt einer Experiment-Konstellation […] sodann in Gestalt des Instituts des Augenscheinsbeweises zu vollziehen" (S. 104). Das kapitelbezogene Resümee (S. 104-106) des Autors fällt entsprechend treffsicher unter Anleihe an dem Diskurs um den Wissenszugriff versus den Zustandszugriff aus.

Im Hinblick auf das gefühlte Kernstück der Arbeit, der Betrachtung etwaiger Erhebungs- und Verwertungsschranken (S. 107-224) stellt *Wiechmann* zu Beginn erneut die „[bislang fehlende] Präzision noch einen finalen Meinungsstand" (S. 107) fest, wenngleich der *BGH* „die grundsätzliche Verwertbarkeit jener […] en passant konstatiert hat" (S. 107), um sich im Folgenden einem multiperspektivischen Prüfungsmaßstab – je nach zu befassendem Aspekt – mehr oder weniger intensiv zu widmen.

Wenngleich das Schrifttum auch gegenteilige Auffassungen hervorbringe, spricht der Verfasser sich gegen das Fehlen der quasi übergeordneten Justizförmigkeit einschlägiger Experiment-Konstellationen aus (S. 108-111), um auf dieser Grundlage in die Prüfung „eines Verstoßes gegen spezifische Vorschriften oder ungeschriebene Prinzipien des Strafprozess- oder Verfassungsrechts" überzuleiten (S. 111 ff.).

Ein primäres Augenmerk der potenziellen Zulässigkeit der Erhebung und Verwertung nonverbaler Verhaltensweisen gilt der Vorschrift des § 136a StPO (S. 111-139) – namentlich und eingängig der „Vorschrift der Würde" (S. 111). Unter Rückgriff auf die vorherigen Ergebnisse verbiete der § 136a StPO lediglich „den Einsatz der katalogisierten Mittel nur zur Erreichung von Aussagen, nicht aber von Sachbeweisen" (S. 113), so dass folglich eine Nichtverwertbarkeit nur zu begründen sein könnte, „wenn die jeweilige Beweiserhebung dem Institut der Angeklagtenvernehmung beziehungsweise jenem der Zeugenvernehmung zuzuweisen ist" (S. 113), wobei für die Einschlägigkeit zudem ein Wissenszugriff zu fordern sei (S. 113). Nonverbale Verhaltensweisen, die zufällig, damit nicht provoziert auftreten, würden in Ermangelung des ‚bewussten Einsatz[es]' (S. 114) indes nicht unter § 136a StPO zu subsumieren sein.

Eine Experiment-Konstellation als Fundament für eine etwaige Einschlägigkeit vorausgesetzt, sei dieses Vorgehen am Katalog gem. § 136a Abs. 1 StPO zu bemessen (S. 114). Ausgehend von einem zu fordernden restriktiven Begriffsverständnis einer Täuschung (S. 113 f.) sei lediglich in Fällen von Experiment-Konstellationen, in denen „die Beweiserhebung – ihrem Schwerpunkte (der Vorwerfbarkeit) nach – der Beobachtung nonverbaler Verhaltensweisen dient" (S. 114), der ‚bewusste[n] Einsatz' (S. 114) indiziert.

Daran anknüpfend erfolgt die Betrachtung der teils übergeordneten Katalogkategorien körperlicher Eingriff (S. 115), Täuschung (S. 115-127) sowie Zwang (S. 127-137), wobei Erstgenannte Konstellation in Ermangelung einer zu fordernden Invasivität in realitätsnah denkbaren Konstellationen sogleich wieder ausgeschlossen wurde (S. 115).

Der Katalogwert der Täuschung findet eine passend umfangreiche Betrachtung (S. 115-127). Ausgehend von einem restriktiven Täuschungsverständnis (S. 115/116) könne nicht „jeder Irrtum des Betroffenen über jene Absichten gleichsam generell die Unzulässigkeit der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme nach § 136a StPO nach sich

[ziehen]“ (S. 117). Die zulässigen Grenzen der kriminalistischen List seien – mit Ausnahme des „Hinzutretens weiterer rechtlich missbilligter Mittel“ (S. 120) – dem Grunde nach nicht überschritten (S. 117-120). Wenngleich sich Einzelaspekte einer potenziellen Täuschung begründen ließen (S. 120-125), fehle es final „an einer irrtumsbedingten Preisgabeentscheidung“ (S. 126) und folglich an der zu fordernden Selbstschädigung (S. 125-127).

Sodann leitet *Wiechmann* in die sich aufgrund des Ausgeliefertseins bei einer in Rede stehenden Experiment-Konstellation logisch anschließende Zwangsprüfung über (S. 127 ff.). Den situationsbedingten Offenbarungs- bzw. Aussagezwang für den Angeklagten oder Zeugen bejahend (S. 127/128), gelangt der Verfasser nach Negativabgrenzung nicht einschlägiger Normen zu der Überzeugung, dass solche Experiment-Konstellationen als ‚Vernehmung‘ (S. 132) gelten, so dass folglich und im ersten Schritt die einschlägigen Vorschriften der StPO als taugliche Rechtsgrundlagen heranzuziehen seien (S. 132/133), wenngleich nicht jeder Zwang darüber legitimiert sei (S. 134). Soweit eine Vernehmung dem Wortsinn nach „ein kommunikatives Element“ (S. 134) beinhalte und „sich die Übermittlung von Gedankeninhalten im Wege einer menschlichen Vis à vis-Kommunikation ereignet“ (S. 134), sei die (Vernehmungs-)Grenze dort zu verorten, „wo die Experiment-Konstellation von einer ‚Vernehmung‘ zu einem ‚technischen Experiment‘ mutiert“ (S. 134). *Wiechmann* resümiert, dass die fraglichen Konstellationen im Rahmen der Vorschriften zur Vernehmung soweit erlaubt seien, „als mit jenen die Beobachtung oder andersartige Wahrnehmung ‚allgemein üblicher‘ – ‚offen hervortretender‘ – nonverbaler Verhaltensweisen intendiert [sei]“ (S. 135), um im Anschluss daran sogleich namentlich technische Experimente (z. B. den Polygraphen), die Videovernehmung zum Zwecke der „‚Sichtbarmachung‘ von provozierten Mikroexpressionen“ (S. 136) negativ und den Einsatz von Sachverständigen positiv abzugrenzen (S. 136/137). Der § 136a StPO stehe solchen Experiment-Konstellationen im Ergebnis nicht entgegen (S. 139).

Auch aus der Betrachtung etwaiger formaler Erhebungsschranken, die sich aus den bereits betrachteten förmlichen Beweiserhebungsinstituten ergeben, ließe sich keine formell-rechtliche Grenze herleiten (S. 139-142).

Der Prüfung etwaiger Aspekte des Grundsatzes des ‚nemo tenetur se ipsum accusare’ (S. 142), die „der Erhebung und Verwertung nonverbaler Verhaltensweise [aus Experiment-Konstellationen] in der Hauptverhandlung entgegenstehen könnte“ (S. 142), widmet der Autor einen quantitativ, in Relation zur Bedeutung angemessen großen Raum in seinem Werk (S. 142-193). Der „Gedanke an unfreiwillige Selbstbelastungen“ (S. 142) liege nahe, so dass darin ggf. eine Begrenzung der bislang festgestellten Möglichkeiten gesucht und gefunden werden könne.

Nach einem eher im Kontext der vorliegenden Arbeit strukturfremden, aber dennoch überaus erhellenden Ausflug in die spezifische Historie, führt der Autor die Leserschaft in die rechtliche Gegenwart (S. 143 ff.). Diese zunächst als Exkurs anmutenden Ausführungen finden ihre Existenzberechtigung sogleich in der von *Wiechmann* argumentativ hergeleiteten positiv-rechtlichen Neuverortung (S. 148 ff.) zwecks „Reichweitenbestimmung der Schutzbereichsgewährleistungen des nemo tenetur-Grundsatzes“ (S. 148) als „Verfassungsgewohnheitsrecht“ (S. 151) mittels Untersuchung der „Schutzgewährleistungen relevanter Verfassungsnormen […], als jene den Gedanken einer Selbstbelastungsfreiheit beinhalten könnten – und mithin die (heutige) Rechtsgrundlage für einen nemo tenetur-Grundsatz darstellten“ (S. 151).

Mit Artikel 1 GG sei der „Maßstab […] des nemo tenetur-Grundsatzes gelegt“ (S. 152), so dass folglich „die Suche nach dem ‚Unwürdigkeits-Element‘ in einer zwangsweisen Selbstbelastung“ (S. 152) zu betreiben sei. Im Zuge und als Ergebnis der Abwägung unterschiedlicher einschlägiger judikativer Plädoyers bzw. solcher des Schrifttums (S. 152-163) deklariert *Wiechmann* den nemo tenetur-Grundsatz als Ausfluss der Menschenwürdegarantie und verleiht diesem damit gleichsam als „Rechtssatz von Verfassungsrang“ (S. 159) den „materiell-rechtlich[en] […] Charakter eines subjektiv-öffentlichen Abwehrrechts“ (S. 159), verbunden mit dem restriktiven aber Rechtsklarheit schaffenden Plädoyer, „dass unter dem Topos des ‚nemo tenetur se ipsum accusare‘ eben nur jene Aspekte der Selbstbelastungsfreiheit als firmierend angesehen werden, welche unmittelbar aus den Schutzgewährleistungen des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG resultieren“ (S. 162).

Bei nun folgender einschlägiger Betrachtung fraglicher Experiment-Konstellationen zunächst im Kontext der Aussagefreiheit (S. 165-183) schließt sich *Wiechmann* zunächst der herrschenden Auffassung an und verortet in der Aussagefreiheit keine Schutzgewährleistung, „welche die Erhebung oder Verwertung nonverbaler Verhaltensweisen generell (also unabhängig von der Ausübung des Schweigerechts), um ihrer Unbewusstheit oder fehlenden physischen Steuerbarkeit wegen, untersagten“ (S. 170/171). Im Zuge einer detaillierten Betrachtung unterschiedlichster, teils widersprüchlicher Ansichten gelangt der Autor zu einem „(zugegeben) streitige[n] Ergebnis“ (S. 180), soweit er als gezeigt erkennt, „dass die Aussagefreiheit wohl nur insoweit uneinschränkbaren Schutz entfaltet, als dass es sich um eine bewusste Aussage handelt“, was bei unbewussten oder physisch nicht steuerbaren nonverbalen Verhaltensweisen gerade nicht einschlägig sei, da der ausgeübte „Zwang […] keine Gestaltung der Selbstentfaltung bewirkt“ (S. 180).

Auch im Zuge der Fokussierung etwaig einschlägiger Mitwirkungspflichten (S. 183-192) resümiert *Wiechmann* die „mithin […] konstatierte[r] Verwertbarkeit“ (S. 192), um sogleich festzustellen, „dass Erhebung und Verwertung potenziell selbstbelastender nonverbaler Verhaltensweisen von Angeklagten oder Zeugen vor dem Hintergrund des nemo tenetur-Grundsatzes zulässig sind und dies auch, wenn der Angeklagte […] eine Aussage zur Sache verweigert“ (S. 193). Wenngleich durchaus „ein

Zwang zur Selbstbelastung“ (S. 193) indiziert sei, erfordere der Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG eine „Gestaltung der Selbstentfaltung“ (S. 193), was hier – unabhängig davon, ob es sich um zufällig auftretende nonverbale Verhaltensweisen oder solche aus Experiment-Konstellationen handele – gerade nicht zur Disposition stehe, da eine „bewusste ‚Wendung gegen sich selbst‘“ (S. 193) indes nicht ersichtlich sei (S. 193).

In vorschriftsspezifisch gleichgelagerter Untersuchungsstruktur widmet sich der Verfasser nunmehr im Schwerpunkt der Erörterung denkbarer Erhebungs- bzw. Verwertungsschranken im Kontext eines Zeugnisverweigerungsrechtes von Angehörigen des Angeklagten (S. 194-204), um auch hier im Ergebnis durchaus diskursiv, aber dennoch klar positioniert „keine – relevanten – Schranken betreffend die Erhebung und Verwertung nonverbaler Verhaltensweisen beim Zeugen“ (S. 203) festzustellen.

Die fokussierte Betrachtung potenzieller Erhebungs- oder Verwertbarkeitsschranken über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs 1 GG (S. 204-220), womit „nunmehr der Fokus auf die ‚Information‘ selbst gerichtet sei“ (S. 204), mündet nach Erörterung teils entgegenstehender Ansichten, insbesondere im Hinblick auf die Gedanken- und Gefühlswelt als thematische Ausprägung der Intimsphäre (S. 208 ff.), durchaus in der Eröffnung des einschlägigen Schutzbereiches, verortet diese aber sogleich in den legitimierenden und verhältnismäßigen Instituten der förmlichen Beweisaufnahme sowie dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (S. 219/220).

Zuletzt findet der Fair trial-Grundsatz seine prägnante Befassung (S. 220-224), folgerichtig fokussiert „die gezielte Provokation nonverbaler Verhaltensweisen innerhalb von Experiment-Konstellationen“ (S. 220). Schon die Experiment-Konstellation an sich indiziere eine „gewisse ‚Instrumentalisierung‘ des Einzelnen“ (S. 221), so dass „betreffend die Subjektstellung Bedenken bereite[t] [werden] könnte[n].“ (S. 221), die speziell wie generell vom Autor ausgeräumt werden, so dass auch hieraus keine Schranken bezüglich der Erhebung und Verwertung abzuleiten seien (S. 224).

Im vierten Kapitel (S. 225-282) widmet sich *Wiechmann* auf Basis nicht existierender bzw. festzustellender Schranken einerseits der Frage, „unter welchen Voraussetzungen nonverbale Entäußerungen im Gerichtssaal überhaupt zum Bestandteil der Entscheidungsgrundlage werden“ (S. 226) und andererseits dem Problem der potenziellen Mehrdeutigkeit nonverbaler Verhaltensweisen.

Vor dem Hintergrund, dass dem § 261 StPO entlehnt „[d]as Gericht […] über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung zu entscheiden [habe]“ (S. 228), sei „[n]ur folgerichtig […], die Hauptverhandlung als die einzig maßgebliche Erkenntnisquelle anzusehen“ (S. 228). „Die Durchführung der Hauptverhandlung [sei] quasi die Realisierung jenes Gebotes der Selbstwahrnehmung […]“ (S. 229). Zudem „darf also bereits qua Verfassung nur das Gegenstand der Entscheidungsfindung sein, bezüglich dessen die Verfahrensbeteiligten de facto auch Gelegenheit zur Stellungnahme hatten“ (S. 231), wodurch die mündliche Verhandlung das Verfassungsgebot gem. § 103 Abs. 1 GG erst verwirkliche (S. 231). In diesem Zusammenhang schließt sich *Wiechmann* grundsätzlich der Auffassung an, „[…] betreffend nonverbale Verhaltensweisen – respektive Mimik und Gestik – im Grundsatze eine Zugehörigkeit zum Inbegriff an[zu]nehmen“ (S. 233). Unstreitig sei die Einbeziehung in die Entscheidung, soweit diese zufällig im Rahmen der förmlichen Beweiserhebung auftreten (S. 234). Experiment-Konstellationen seien zwingend im richtigen Beweisinstitut zu erheben, um einer Verwertung zugänglich zu sein (S. 235/236). Den Diskurs um die Einbeziehung von zufälligen nonverbalen Verhaltensweisen – Experiment-Konstellationen sind hier nicht zutreffend – lässt der Autor „[i]n Fällen einer antizipierbaren Entscheidungsrelevanz“ (S. 240) in einem strikten Gebot eines richterlichen Hinweises ob der Wahrnehmung münden. Insbesondere Gebote der Förmlichkeit würden dabei etwaigen ‚Deutungsunklarheiten‘ (S. 241) Abhilfe leisten können, was wiederum solchen Gebarens im Zuschauerraum der Hauptverhandlung nicht genügen könne und mit dem Ziel der Verwertung mittels der zunächst abzulehnenden „Einbeziehung jener in den Inbegriff der mündlichen Verhandlung“ (S. 243) zu erreichen sei.

Bei Betrachtung der Aspekte im Kontext der freien Beweiswürdigung (S. 245-282) geht der Verfasser zunächst von der Einigkeit zwischen Judikatur und Schrifttum aus, „dass nonverbalen Verhaltensweisen in der Hauptverhandlung – respektive solchen des Angeklagten – eine nicht unwesentliche Bedeutung im Rahmen der Entscheidungsfindung zuzusprechen ist“ (S. 245/246), um en detail „[den] Fokus sodann auf denkbare Schwierigkeiten bei der Verwertung im Einzelfall […], respektive auf solche betreffend die Problemkreise der ‚Plausibilität‘ und ‚Methodik‘ […]“ (S. 246) zu richten. Unter Darstellung vielfältiger Verzerrungsfaktoren im Überzeugungsbildungsprozess (S. 247-249) mit der Folge, potenziell abweichender Deutungsoptionen stellt *Wiechmann* am Ende übereinstimmend fest, dass unter Berücksichtigung der noch zu erörternden objektive Grenzen jener subjektiven Überzeugungsbildung „[…] jene […] geprägt von ‚Subjektivität‘ und einer ‚erheblichen Unbewusstheit‘, in welche sich die Deutung nonverbaler Verhaltensweisen konsequent einfügt, [bleibt]“ (S. 249). Dem Gericht obliege nicht nur eine Würdigungspflicht (S. 250-252), sondern gleichsam auch das Gebot der Gewährleistung einer Wahrnehmungsmöglichkeit, was sich darin verkörpere, dass „eine […] sensuelle […] Wahrnehmung – etwaiger nonverbaler Verhaltensweisen – im Sinne einer ‚maximalen Unmittelbarkeit‘ – […] für die mündliche Verhandlung vor einer Tatsacheninstanz grundsätzlich gewährleistet sein [muss]“ (S. 252/253). Diese Diskursentscheide deklariert *Wiechmann* ob der Unmöglichkeit, „vorherzusehen, welche Schlussfolgerungen welcher Tatrichter aus welcher nonverbalen Verhaltensweise zieht“ (S. 255) final „naturgemäß als Frage des Einzelfalls“ (S. 255).

Vor dem Hintergrund, dass „[d]ie Überzeugungsbildung […] auf einer tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruhen [muss]“ (S. 256), offenbart sich folgerichtig die anschließend vorgenommene Beleuchtung potenzieller Mehrdeutigkeiten (S. 256-263) sowie sonstiger Fehlertypen (S. 263-281).

Da nonverbalen Verhaltensweisen im Rahmen der Plausibilitätsprüfung ob alternativer Deutungsannahmen und der Herausforderung „des Auffindens der richtigen Deutungsannahme“ (S. 257) „schlicht ein wesentlich erhöhtes Risiko von Fehldeutungen“ (S. 257) innewohne, sei die Auflösung weniger in dem Erfordernis einer ‚Eindeutigkeit‘ und ‚Erheblichkeit‘ zu finden, da diese realtypisch nicht vorkämen (S. 258). Es sei gerade nicht zu fordern, dass eine absolute Gewissheit bestehe, „sondern vielmehr, dass das Tatgericht anderen Erklärungsmöglichkeiten […] im Sinne einer relativen (subjektiven) Gewissheit – ‚keinerlei praktische Bedeutung mehr beimisst‘“ (S. 258/259), so dass diese sich im Ergebnis „als die (einzig) plausible – daher: ‚eindeutige‘ – Schlussziehung dar[stellt]“ (S. 259), welche zudem in den Urteilsgründen schriftlich darzulegen sei (S. 260 f.).

Mit einem Konglomerat denkbarer ‚Fehlertypen‘ im Rahmen der Würdigung nonverbaler Verhaltensweisen (S. 263-281) beweist *Wiechmann* nochmals seine allumfassende, interdisziplinäre Annäherung an das noch zusammenzufassende Untersuchungsergebnis. Der tatrichterlichen Überzeugungsbildung seien durch geltende Denkgesetze (S. 263 f.) sowie wissenschaftlich gesicherte Erfahrungs- und Naturgesetze (S. 264 f.) methodische Grenzen gesetzt. Der fundierte Exkurs in den Bereich der ‚Glaubhaftigkeitsdiagnostik‘ (S. 266-279) ergibt den Schluss, „dass (derzeit) keine wissenschaftlich gesicherte Erkenntnis besteht, wonach eine Korrelation zwischen nonverbalen Verhaltensweisen und ‚Lügen‘ stets zwingend ausgeschlossen wäre“ (S. 278), so dass „die potenzielle tatgerichtliche Deutung […] als Indiz mangelnder Glaubhaftigkeit nicht stets a priori unzulässig [ist]“ (S. 278), lediglich eine zwingende Deutungsannahme scheide aus. Allgemeine Erfahrungssätze (‚Alltagserfahrung‘) seien bereits über das Primat der freien Beweiswürdigung im Sinne einer ‚Lebenserfahrung‘ indiziert (S. 279), wobei anzustreben sei, diese „gegebenenfalls unter Heranziehung weiterer (nonverbaler) Indizien, zur Gewissheit zu erstarken […]“ (S. 279). Die Gefahr einer ‚Überverallgemeinerung‘ (S. 280) durch die Tatgerichte, soweit sich selbige „über die eingeschränkte Gültigkeit jenes Erfahrungssatzes [gerade nicht] bewusst ist“ (S. 280), gelte als „‚größte[s] Problem‘ betreffend die Deutung nonverbaler Verhaltensweisen“ (S. 280). Diese Ausführungen lässt *Wiechmann* in einer Zusammenfassung münden (S. 281/282), in der er nochmals darauf hinweist, dass „[d]ie Deutung nonverbaler Verhaltensweisen seitens des Tatgerichts […] sich also denknotwendig als eine Einzelfallentscheidung [geriert], bei welcher der Deutungsannahme nur eine Wahrscheinlichkeitsaussage unterlegt sein kann und bei welcher das Tatgericht zudem ‚größte Vorsicht‘ – in Gestalt erhöhter Selbstreflexion – walten zu lassen hat“ (S. 282).

All diese Ausführungen resümiert *Wiechmann* in einer zweiseitigen Schlussbemerkung (S. 283/284), in der die obigen Ergebnisse prägnant zusammengefasst, gleichsam auch ein Plädoyer bzw. eine Mahnung zur ‚Vorsicht und Selbstreflexion‘ (S. 284) ausgesprochen wird, denn das Tatgericht solle bei aller rechtlichen Legitimation „nicht in Stereotype […] verfallen, wenn es die ‚Wahrheit‘ in jenen nonverbalen Reaktionen zu finden glaubt“ (S. 284).

Dem Autor der vorliegenden Dissertation gelingt es, die juristisch wie thematisch geneigte Leserschaft mit auf eine teils kurios – im ausschließlich positiven Sinne gemeint – anmutende Reise durch ein rechtliches Thema mit ausgeprägtem Praxisbezug zu nehmen, welche an fundierten Ableitungen bzw. Entscheidungen nichts vermissen lässt. Die interdisziplinäre Herangehensweise ist geeignet, gedankliche Horizonte zu erweitern. Der rhetorisch sehr ansprechende Schreibstil weckt beim Lesen eines Kapitels die Neugier auf das Folgekapitel. Die wiederkehrende Bezugnahme auf greifbare Praxisbeispiele, insbesondere im Zuge der Darstellung instanzübergreifender Rechtsprechung, schafft in den Köpfen der Lesenden ob allseits vorhandener (Lebens-)Erfahrungen konkrete Bilder, die bei allem fachlichen Anspruch eine fortlaufende Praxis- und Realitätsnähe indiziert. Durch wiederholte Rückgriffe auf Fallkasuistiken werden den Ausführungen greifbare Konturen verliehen, wenngleich das Dogma der Einzelfallentscheidung diese wieder aufzulösen vermag. Die Les- und Nachvollziehbarkeit der Ausführungen wird durch gut platzierte und dabei sehr prägnante Zusammenfassungen unterstützt, Querverweise, Rückblicke und Ausblicke innerhalb der Befassung verdeutlichen einen sich konsequent durchziehenden roten Faden. Wer den Ausführungen die verdiente Aufmerksamkeit widmet, ist vom Ergebnis wenig überrascht, wenngleich die Eindeutigkeit desselben gleichwohl zu überraschen geeignet ist. Mit dem hier rezensierten Werk hat *Wiechmann* nachweislich die Ära des zu Beginn konstatierten Schattendaseins der behandelten Thematik treffsicher und verdient beendet.

Frederike Seitz: Die Tiefe Hirnstimulation im Spiegel strafrechtlicher Schuld. Eine praktische und theoretische Analyse

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2020, Duncker & Humblot GmbH, ISBN: 978-3-428-15958-1, S. 455, Euro 109,90.

Gleich zu Beginn ihrer Dissertation nennt *Seitz* ein paar praktische Beispiele, die die Frage aufkommen lassen, inwieweit die Tiefe Hirnstimulation Einfluss auf das Verhalten und letztlich auch die strafrechtliche Schuld nehmen kann. Unter der Tiefen Hirnstimulation – populärwissenschaftlich als Hirnschrittmacher bezeichnet – handelt es sich um eine Behandlung vorwiegend motorischer Erkrankungen, im Rahmen derer Systeme zur Tiefen Hirnstimulation operativ implantiert werden. Diese, zugegebener Maßen, sehr spezifische Thematik hat doch schon deshalb ihren Reiz, weil sie sich in das große und fundamentale Thema strafrechtlicher Schuldzuschreibung einbettet.

Zunächst legt die Verfasserin das medizinische Fundament, um den juristischen Laien in die Anwendungsfelder der Tiefen Hirnstimulation einzuführen. Fokussiert wurde auf zwei Erkrankungen, die damit behandelt werden, nämlich das idiopathische Parkinsonsyndrom sowie die behandlungsresistente Depression. Neben Krankheitsbild und Symptomatik werden die Wirkungen und Nebenwirkungen der Tiefen Hirnstimulation dargestellt. Zu letzterem Punkt wird das Fazit gezogen (S. 108 f.), dass bislang nicht eindeutig feststeht, ob und welche Nebenwirkungen durch die Tiefe Hirnstimulation bei der behandlungsresistenten Depression tatsächlich dauerhaft hervorgerufen werden. Nebenwirkungen seien jedenfalls nicht auszuschließen, auch soziale Folgeprobleme könnten auftreten. Zudem gäbe es Fälle, in denen durch die Tiefe Hirnstimulation keine Linderung erzielt werden könne. Auch können suizidale Tendenzen nicht ausgeschlossen werden, so dass die Tiefe Hirnstimulation vielleicht neurobiologisch, jedoch keinesfalls psychologisch eine reversible Maßnahme sei (S. 109). Auch bei dem idiopathischen Parkinsonsyndrom gäbe es Nebenwirkungen und Beeinträchtigungen der sozialen Interaktion.

Im dritten Kapitel wird eine „praktische Analyse" der Tiefen Hirnstimulation vorgenommen. Etwas unverständlich bleibt, warum diese praktische Analyse vor die theoretische Analyse gezogen wird. Trotz dieses Versprechens einer praktischen Analyse bleibt die Verfasserin zunächst theoretisch und stellt die gesetzlichen Grundlagen der Schuld im Allgemeinen und der Schuldunfähigkeit im Besonderen kurz und prägnant vor. Auch wenn sich die Termini im Rahmen des § 20 StGB durch das Sechzigste Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 30.11.2020 (BGBl. I S. 2600), in Kraft getreten am 1.1.2021, geändert haben und endlich! nicht mehr von Schwachsinn oder anderer seelischer Abartigkeit – sondern von Intelligenzminderung oder einer schweren anderen seelischen Störung, gesprochen wird, so sollte doch damit laut Gesetzesbegründung ersichtlich keine inhaltliche Änderung einhergehen, so dass die Ausführungen von *Seitz* zur alten Gesetzesfassung durchaus noch Gültigkeit haben.

Nach den allgemeinen Ausführungen zu den Voraussetzungen des § 20 StGB wird der Frage nachgegangen, ob die medikamenteninduzierten oder situationsbedingten Nebenwirkungen der Tiefen Hirnstimulation im Zweifel unter eines der Eingangsmerkmale subsumiert werden und zu einem Entfallen der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit führen könnten. Dabei differenziert die Verfasserin nach Symptomen der Grunderkrankung, medikamenteninduzierten sowie situationsbedingten Nebenwirkungen (S. 140). Diese Frage wird sowohl für das idiopathische Parkinsonsyndrom sowie die behandlungsresistente Depression aufgeworfen. Eine kleine Nachlässigkeit schleicht sich in der Gliederung ein, da nach C.II.1. kein II.2. folgt, sondern gleich Kapitel D anschließt. Sehr übersichtlich werden dann aber sowohl für das idiopathische Parkinsonsyndrom als auch die behandlungsresistente Depression in einem tabellarischen Überblick (S. 149 f., 153) Krankheitssymptome und Nebenwirkungen den jeweiligen Eingangsmerkmalen zugeordnet, wobei sich für die behandlungsresistente Depression allerdings nur Zuordnungen im Bereich der krankhaften seelischen Störung finden lassen.

Kapitel D bildet dann nach eigener Aussage der Verfasserin das „Kernstück" der Arbeit (S. 154). Hier wird der Frage nachgegangen, ob und inwieweit die Tiefe Hirnstimulation die Grundlagen der strafrechtlichen Schuld beeinflusst oder gar „erschüttert". Hierzu wird sich zunächst den theoretischen Grundlagen strafrechtlicher Schuld gewidmet. Es folgen sehr differenzierte Ausführungen zu den „Schuldbegriffen im geltenden Recht", wobei zunächst die Wertungskategorien Willensfreiheit, Verantwortung und Autonomie beleuchtet werden. Schließlich wird sich dem von *Hörnle* vorgeschlagenen Konzept angeschlossen (S. 254). Diese versteht Verantwortung als normative Zuschreibung, die mit der Dialogfähigkeit des Täters und dessen Zugehörigkeit zur Kommunikationsgemeinschaft gerechtfertigt wird (S. 248). *Hörnle* versuche, den strafrechtlichen Schuldvorwurf vom persönlichen Dafürkönnen zu befreien und somit die Frage nach der Willensfreiheit und demzufolge die Debatte um Kompatibilismus und Inkompatibilismus dahinstehen lassen zu können (S. 254).

Nach dieser Positionierung erfolgt die Betrachtung der Tiefen Hirnstimulation im Spiegel der strafrechtlichen

Schuld. Auch wenn sich *Hörnle* angeschlossen wird, wird hier noch einmal die Tiefe Hirnstimulation an den zuvor benannten Auffassungen gemessen. Die Verfasserin kommt nach sehr ausführlicher Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Sichtweisen zu einem ausgewogenen „Vorab-Fazit" (S. 404). Die Analyse der jeweiligen Schuldbegriffe im Spiegel der Tiefen Hirnstimulation habe ergeben, dass zur Bestimmung der schuldhaften Handlung meist auf die konkreten, durch die Technisierung hervorgerufenen Wirkungen abzustellen sei. Durch diese Technisierung des Körpers werden zwei Themenkreise berührt, nämlich die Frage nach dem Verhältnis Mensch-Maschine und dem Eingriff in das Gehirn. Gemein sei beiden Themenkomplexen, dass sie Fragen nach der Willensfreiheit, der Autonomie und damit auch der Verantwortung des Subjekts aufwerfen (S. 405).

Die Analyse fast aller Schuldbegriffe hätte ergeben, dass es plausibler ist, auf die konkreten, durch das technische Hilfsmittel hervorgerufenen Wirkungen im Hinblick auf die Schuldfähigkeit des Verhaltens abzustellen, anstatt von der Technisierung per se auf die Schuldlosigkeit zu schließen. Lediglich die Auffassungen, die von einem funktionalen Schuldverständnis, von einer Charakterschuld oder der Schuld als subjektive empirisch-normative Ansprechbarkeit ausgingen, kämen zu einer anderen Bewertung (S. 406). Diese Ansichten seien aber abzulehnen. Als Gründe führt die Verfasserin u.a. an, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Schuld implizit verkehrt würde, wenn die Technisierung stets zur Schuldlosigkeit führen würde. Zudem hätte dies zur Folge, dass jeder Betroffene schuldlos und als ungeeigneter Verantwortungsadressat angesehen werden müsste, was dem Tatschuldprinzip widerspräche und auch aus moralischer Perspektive zweifelhaft sei. Zudem lasse sich das Abstellen auf die konkreten Wirkungen einer Maßnahme weitgehend mit den Wertungskategorien Willensfreiheit, Autonomie und Verantwortung in Einklang bringen.

Anschließend werden Manipulationssachverhalte in den Blick genommen. Während der Manipulierte de lege lata unstreitig wegen der Beteiligung an der durch den Manipulierten begangenen Straftat zur Verantwortung gezogen werden kann, sei das Gesetz im Hinblick auf die mentale Selbstbestimmung fragmentarisch, soweit es um die Frage nach dem weiter verwirklichten Unrecht in Form der Beeinflussung des Manipulierten ginge. Auch bei der Beurteilung der Strafbarkeit des Manipulierten ergäben sich Schwierigkeiten. Hier käme es auf die durch die Manipulation erzeugte Wirkung beim Betroffenen an. Am überzeugendsten ist es für die Verfasserin, den Täter dann nicht oder nur eingeschränkt für die Handlungen zur Verantwortung zu ziehen, wenn die Manipulationen dazu führen, dass Straftaten in einem Zustand begangen werden, der von der üblichen Täterpersönlichkeit derart abweicht, dass sie aus dessen narrativen Identität fallen (S. 410). Im Ergebnis seien die Taten der „neuen" numerischen Person zuzuschreiben (S. 415).

Abschließend zieht *Seitz* nicht nur ein Fazit, sondern geht auch der Frage nach dem Regelungsbedarf de lege ferenda nach (S. 416 ff.). Die Ergebnisse werden zunächst geschickt zusammengeführt, bevor die Frage „Muss Schuld also anders gedacht werden?" (S. 423) letztlich mit Nein beantwortet wird. Denn sowohl die hinter der Strafbegründungsschuld stehenden Begriffe als auch die Strafbegründungsschuld an sich hätten nichts an Aktualität eingebüßt. Sie seien weit überwiegend imstande, „auf die durch die Tiefe Hirnstimulation aufgeworfenen Herausforderungen zu reagieren und ein adäquates, dem Einzelfall gerecht werdendes Urteil zu erzielen" (S. 429).

Auch wenn die Dissertation der sehr spezifischen Fragestellung der Verantwortlichkeit von unter der Tiefen Hirnstimulation stehenden Handelnden nachgeht, so bietet sie doch weit mehr, als diese Frage facettenreich zu beantworten. Denn gerade in den allgemeinen Ausführungen zu den Schuldbegriffen, zu Willensfreiheit, Verantwortung und Autonomie wird eine Fülle an Auffassungen nicht nur komprimiert wiedergegeben, sondern auch diskutiert und bewertet. Insofern kann man sich hier in den Argumentationssträngen wiederfinden oder seine eigene Bewertung an die sehr gute und stringente Wiedergabe der unterschiedlichsten Meinungen anschließen. Das ausführliche Literaturverzeichnis lädt zudem dazu ein, weitere Lektüre heranzuziehen, um die spannenden und fundamentalen Fragen über die Inhalte strafrechtlicher Schuld noch näher zu beleuchten.

TAGUNGSBERICHT

Die neue Europäische Staatsanwaltschaft – Bedeutung, Herausforderungen und erste Erfahrungen

*von Maximilian Schach**

Am 1. Juli 2022 fand in München eine hochkarätig besetzte Tagung statt, die Wissenschaftlern und Praktikern einen Austausch über bereits mit der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA) gesammelte Erfahrungen und diesbezügliche Fragen ermöglichte. Es handelte sich um eine der ersten Tagungen zu diesem Thema. Ausgerichtet wurde sie von *Dr. Tanja Niedernhuber* (Institut für Digitalisierung und das Recht der Inneren Sicherheit, LMU München).

Gewählt werden konnte zwischen der Teilnahme in den Räumlichkeiten der Carl Friedrich von Siemens Stiftung am Schloss Nymphenburg oder der Distanzlösung via Zoom.

I. Grußworte und Einführung in das Tagungsthema

Zu Beginn richtete *Andrés Ritter* (für die Bundesrepublik Deutschland bestellter Europäischer Staatsanwalt und Stellvertretender Europäischer Generalstaatsanwalt) ein Grußwort an die Teilnehmer. *Prof. Dr. Mark A. Zöller* (LMU München) grüßte per Videobotschaft.

Anschließend führte *Dr. Tanja Niedernhuber*, die den ersten Teil des Tages zusammen mit *Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski* (Universität des Saarlandes) moderierte, in das Tagungsthema ein.

II. Grenzüberschreitende Strafverfahren der EUStA – Erste Einblicke in die Praxis

Es folgte der von allen mit Spannung erwartete Vortrag von *Andrés Ritter*, der seine Eindrücke aus der Praxis des ersten Jahres operativer EUStA-Tätigkeit schilderte. Er bezeichnete den Start der Behörde als erfolgreich. Das zeige sich unter anderem an den Zahlen: 259 Mio. Euro an vorläufig gesicherten Vermögenswerten, 28 Anklagen mit vier rechtskräftigen Urteilen, zwei davon in Deutschland, sowie 290 Unterstützungsersuchen der Delegierten Europäischen Staatsanwälte (DEStA), 58 davon aus Deutschland. Die dezentrale Struktur der EUStA funktioniere aus seiner Sicht; die Integration in die nationalen Rechtssysteme biete Vorteile. Bisher seien nur fünf Prozent der Strafanzeigen an die EUStA von EU-Stellen gekommen, der Rest stamme von nationalen Stellen und Privaten. Die EUStA habe außerdem schon Verbindungen zwischen Fällen herstellen können, die bei der rein nationalen Bearbeitung zuvor verborgen geblieben waren.

Ein großer praktischer Vorteil sei die schnelle Kommunikation der DEStAs untereinander. Man kenne die Ansprechpartner aus den anderen Mitgliedstaaten und sei nicht auf die umständliche und zeitintensive Rechtshilfe verwiesen, sondern könne schnell zum Telefon greifen. *Ritter* nannte hierzu als Beispiel einen MWSt-Betrugsfall, den das EUStA-Zentrum in München im Juni 2021 übernommen habe. Vier Monate später seien schon unter anderem Durchsuchungen in Italien, Deutschland und Bulgarien vorgenommen worden und anschließend zwölf Festnahmen sowie die Auslieferung nach Deutschland erfolgt. Die Anklagen seien schließlich im März/April 2022 erhoben worden. Bei rein nationaler Fallbearbeitung würden solche Verfahren deutlich mehr Zeit in Anspruch nehmen, *Ritter* nannte als Richtwert eine Dauer von drei Jahren. Die EUStA wirke somit auch als Verfahrensbeschleuniger.

Nichtsdestotrotz hielt *Ritter* legislative Änderungen für erforderlich, was vor allem Art. 25 Abs. 3 EUStA-VO betreffe. Beispielsweise solle aus seiner Sicht die EUStA die Zuständigkeit auch ausüben können, wenn der Strafrahmen für die nationale, untrennbar verbundene Tat gleich hoch ist. Außerdem gebe es Konstellationen, in denen die EUStA trotz eines höheren nationalen Schadens besser ermitteln könne als die nationalen Behörden.

Im Übrigen sei die Akzeptanz der EUStA in manchen Ländern noch verbesserungswürdig. So könnten sie laut *Ritter* versucht sein, einzelne Taten aus verschiedenen Gründen nicht zu notifizieren. Auch seien manche Meldezahlen aus bestimmten Ländern noch sehr gering.

Die EUStA verstehe sich nicht als das letzte Puzzle-Stück in einem ansonsten perfekten System, sondern als Katalysator für die Betrugsbekämpfung in Europa.

* *Maximilian Schach* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung (*Prof. Dr. Mark A. Zöller*) an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Mit dem gewählten generischen Maskulinum sind explizit alle Geschlechtsidentitäten angesprochen.

III. Zuständigkeitsfragen im Ermittlungsverfahren und der Grundsatz ne bis in idem

Der zweite Vortrag des Tages stammte von *Prof. Dr. Frank Zimmermann* (WWU Münster), der sich zunächst dem Unterschied zwischen dem faktischen Tatbegriff der Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ und dem normativen Tatbegriff im Rahmen der Zuständigkeitsvorschriften der EUStA-VO widmete. Aufgrund der Zuständigkeit der EUStA auch für Zusammenhangstaten bzw. entsprechender umfassender Ausübungsschranken ergäben sich keine Probleme mit dem Grundsatz *ne bis in idem*.

Die Zuständigkeitsregelungen seien dennoch kritikwürdig. Art. 25 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a EUStA-VO auszunutzen, um die EUStA zurückzudrängen, sei zwar als Verletzung des Loyalitätsgebots justiziabel. Allerdings stelle sich die Frage, wie man die Zuständigkeit der EUStA trotz höherer oder gleicher Strafrahmen für die nationale Tat erhalten könne. Er schlug vor, den Fall, dass derselbe Tatbestand für die Tat zulasten des nationalen und des EU-Haushalts erfüllt wäre (Beispiel: § 264 StGB), aus Art. 25 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a EUStA-VO auszunehmen. Auch müsse „Mittel zur Begehung der [...] Straftat" hier nicht zwingend eng verstanden werden. Dies ergebe sich aus einem Vergleich mit anderen Sprachfassungen, beispielsweise der englischen und der französischen. Der EU-Gesetzgeber könne – im Einklang mit dem Vorschlag *Ritters* – das „entspricht" entfallen lassen oder die Oder-Konstruktion (Strafandrohung *oder* Schaden höher) in eine Und-Konstruktion (Strafandrohung *und* Schaden höher) umformulieren. *Ritter* wies in der anschließenden Diskussion darauf hin, dass die EUStA bald ihre Zuständigkeit in einem geeigneten Fall ausüben wolle, um dem *EuGH* die Gelegenheit zu geben, über die Auslegung des Begriffs „Mittel" zu entscheiden.

Zimmermann ging auch auf die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* bei einer Umgehung der EUStA-Zuständigkeit durch die Mitgliedstaaten ein. Die EUStA könne nicht mehr auf das Verfahren zugreifen, wenn es rechtskräftig abgeschlossen wurde, auch wenn die nationalen Behörden die EUStA nicht wie vorgesehen zuvor informierten. Etwas anderes könne auch dann nicht gelten, wenn der Mitgliedstaat das Verfahren fortführt und zu einem rechtskräftigen Abschluss bringt, obwohl die EUStA ihre Zuständigkeit schon ausgeübt hat. Art. 25 Abs. 1 S. 2 EUStA-VO könne keine einfach-rechtliche Einschränkung des Art. 50 GRCh sein.

Grundsätzlich verhindere Art. 27 Abs. 7 UAbs. 2 EUStA-VO nach Rechtshängigkeit die Übernahme des Verfahrens durch die EUStA. Allerdings komme vor Eröffnung des Hauptverfahrens eine Anklagerücknahme in Betracht. Das Rücknahmeermessen könne sich hier möglicherweise bei nachträglicher Entdeckung der EUStA-Zuständigkeit zu einer Rücknahmepflicht verdichten.

IV. Die Zusammenarbeit der EUStA mit nationalen Ermittlungsbehörden

Prof. Dr. Anne Schneider (HHU Düsseldorf) referierte zur Zusammenarbeit der EUStA mit den nationalen Behörden, wobei sie sich auf das Ermittlungsverfahren konzentrierte.

Sie widmete sich unter anderem der Liste der mindestens zur Verfügung stehenden Ermittlungsmaßnahmen. Der Katalog in Art. 30 Abs. 1 EUStA-VO sei autonom auszulegen, könne aber nach Art. 29, 30 Abs. 2 und 3 EUStA-VO eingeschränkt werden. Diesen Einschränkungsmöglichkeiten widersprächen manche Straftatenkataloge der StPO möglicherweise.

Art. 30 Abs. 2 EUStA-VO stelle auf eine rechtliche Verpflichtung zur Geheimhaltung ab. Darunter falle unproblematisch eine gesetzliche Verpflichtung. Man könne sich aber auch über die Pflichten aus Religionsrecht oder Vertrag Gedanken machen. So könne man z.B. Journalisten schützen, denn die EUStA-VO ermögliche für sich genommen keine Einschränkung von Ermittlungsmaßnahmen zugunsten bestimmter Personengruppen. Das Angehörigenprivileg in §§ 95, 97 StPO sei somit, soweit die EUStA betroffen ist, unionsrechtswidrig.

Die letztgenannte These wurde in der anschließenden Fragerunde kontrovers diskutiert. Eine Auffassung stellte sich auf den Standpunkt, dass die EUStA-VO nur die Situation bei Geheimhaltungs*pflichten* regele, hinsichtlich sonstiger Personengruppen aber nichts normiere, sodass über Art. 5 EUStA-VO das nationale Prozessrecht eingreife. Andere meinten, der Schutz naher Angehöriger könne – zumindest teilweise – auch über die GRCh und die EMRK hergeleitet werden.

V. Grenzüberschreitender Beweistransfer in EUStA-Verfahren – Supranationale Ermittlungen nach nationalen Regeln

Unter der Moderation von *Prof. Dr. Helmut Satzger* (LMU München) konnten die Tagungsteilnehmer von *Prof. Dr. Ingeborg Zerbes* (Universität Wien) Näheres zum internationalen Beweistransfer erfahren.

Die EUStA-VO sehe diverse „Abfederungsmechanismen" zwischen lex loci und lex fori vor. Dazu zählt *Zerbes* die Möglichkeit des betrauten DEStA, Einschränkungen auszusprechen, die aber nur dann eingehalten werden müssen, wenn sie nicht im Widerspruch zu wesentlichen nationalen Rechtsgrundsätzen stehen. Außerdem seien die nationalen Durchführungshindernisse darunter zu fassen. Letzteres sei aber wohl so zu lesen, dass es nur um die speziell mit der Maßnahme verbundenen Hindernisse gehe.

Fraglich sei, in welchem Mitgliedstaat nachträgliches rechtliches Gehör nach einzelnen grenzüberschreitenden Ermittlungsmaßnahmen gewährt werden müsse. Akteneinsichtsrechte, Korrekturverfahren usw. seien nach der Rechtsordnung des betrauten DEStA zu gewährleisten.

Als problematisch sah sie aber die Zumutbarkeit dieser Lösung an, da der Betroffene mitunter eine rechtliche, räumliche und sprachliche Distanz zum Rechtsschutzstaat aufweisen könne.

Zu Richtervorbehalten gelte: Wenn eine der betroffenen Rechtsordnungen einen Richtervorbehalt vorsehe, sei der richterliche Beschluss nach dieser einzuholen; wenn hingegen beide Rechtsordnungen einen solchen verlangen, müsse nur im Staat des unterstützenden DEStA ein Gericht die Maßnahme anordnen. *Zerbes* berichtete diesbezüglich von einer aktuellen Vorlagefrage aus Österreich an den *EuGH*. Bei dieser stellte das Gericht die Frage, ob in einem Fall, in dem nur die Rechtsordnung des unterstützenden DEStA einen Richtervorbehalt vorsehe, das zuständige Gericht im Unterstützungsstaat die gesamte Verfahrensakte beiziehen müsse, oder ob dann eine kursorische Prüfung ohne Akte genüge.

Der Rechtsschutz sei fragmentiert. Bei einer Ermittlungsmaßnahme in einem anderen Staat müsse die Anordnung der Maßnahme im Staat des betrauten DEStA angegriffen werden, die Durchführung jedoch im Staat des unterstützenden DEStA.

Zur Beweisverwertung enthalte die Verordnung kaum Vorgaben. Die nationalen Rechtsordnungen ließen bisher unbesehen jeden (Österreich) oder praktisch jeden (Abwägungslösung, Deutschland) Auslandsbeweis zu. *Zerbes* rief dazu auf, diese Ansätze zu überdenken.

VI. Beschuldigtenrechte in EUStA-Verfahren

Prof. Dr. Robert Esser (Universität Passau) übernahm die Darstellung der Beschuldigtenrechte in EUStA-Verfahren. Hierzu regele die Verordnung nichts Substanzielles. Er drückte deshalb gleich zu Beginn des Vortrags die Hoffnung aus, dass in Zukunft nicht nur über die Beseitigung von Hindernissen für die Ermittlungen der EUStA gesprochen werde, sondern auch über die Rechte der Beschuldigten.

Esser kritisierte einige Normen der Verordnung: Schon Art. 45 Abs. 2 EUStA-VO sei auslegungsbedürftig (Begriffe „Akte“ und „Zugang“). Der Pauschalverweis auf die EU-Grundrechtecharta in Art. 41 Abs. 1 EUStA-VO sei keine hinreichende Lösung für die Beschuldigtenrechte. Es brauche irgendwann eine europäische Strafprozessordnung, in welche die Beschuldigtenrechte eingepflegt seien. Aktuell sei auch unklar, was ein „Beschuldigter“ im Sinne der VO ist. Der Pauschalverweis stelle eher einen Gestaltungsauftrag an die EUStA dar. Auch der Verweis auf die Richtlinien für Strafverfahren (Art. 41 Abs. 2 EUStA-VO) sei eine „Beruhigungspille“. Die Richtlinien seien bereichsspezifisch und zudem auf offene Maßnahmen zugeschnitten. Art. 41 Abs. 3 EUStA-VO führe mit seiner Bezugnahme auf das nationale Recht ebenfalls nicht weiter. Wer „anderer [...] Beteiligter“ ist, sei darüber hinaus unklar.

Im weiteren Verlauf nahm *Esser* Bezug auf den Vortrag von *Zerbes* und äußerte sich ebenfalls zu den problematischen Richtervorbehalten (Art. 31 Abs. 3 EUStA-VO). Er frage sich, wieso es nach dem „herumwabernden“ Konzept keinen doppelten Rechtsschutz geben könne, wenn beide betroffenen Rechtsordnungen einen Richtervorbehalt vorsehen. Die von *Zerbes* vorgestellte Lösung, nach der die Akte vom zuständigen Gericht vollständig beizuziehen wäre, sei zwar plausibel, aber praktisch wohl nicht sinnvoll möglich.

Zuletzt ging *Esser* noch auf die gerichtliche Kontrolle nach Art. 42 EUStA-VO ein. Dieser ebne ein, dass regulär nur letztinstanzliche Gerichte zur Vorlage verpflichtet sind. Er wies darauf hin, dass ein Eilvorabentscheidungsverfahren zur Verfügung stehe, dessen durchschnittliche Entscheidungsdauer nur dreieinhalb Monate betrage.

VII. Impuls aus der Strafverteidigerpraxis: Transnationale Ermittlungen am Beispiel von EncroChat

Nachdem „EncroChat“ im Laufe des Tages immer wieder als Stichwort genannt wurde, konnte *Prof. Dr. Ulrich Sommer* (verte Rechtsanwälte) mit dem letzten Vortrag des Abends ausführlich über dieses Thema berichten. Im Anschluss an die Erläuterung der tatsächlichen sowie rechtlichen Grundlagen und Entwicklungen in Sachen EncroChat, erschuf er hinsichtlich der Prinzipien des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung das Bild des Staates als Katze und des Bürgers als Maus. Was solle die Maus sagen, wenn die Katze ihm eröffne, „Hier sind noch 27 andere Katzen, aber keine Angst, zu denen habe ich stets großes Vertrauen.“

In EncroChat-Fällen sei eine effektive Verteidigung nahezu unmöglich. Das Bundeskriminalamt sei wohl schon früh in die französischen Maßnahmen involviert gewesen, die Verteidigung habe es aber von Anfang an sehr schwer gehabt, an Informationen zu gelangen. Erschwerend käme hinzu, dass die gewonnenen Rohdaten – bevor sie das Gericht und die Verteidigung erreichen konnten – von mehreren Stellen mittels eigener Software „lesbarer“ gemacht worden seien.

Am Schluss folgte ein Appell: Die Beweisverwertung müsse in Bezug auf die EUStA anders gehandhabt werden, um eine sinnvolle Verteidigung zu ermöglichen.

VIII. Podiumsdiskussion

Als letzter Programmpunkt des Abends fand eine Podiumsdiskussion statt, an der neben dem Moderator *Prof. Dr. Christoph Burchard* (Goethe Universität Frankfurt) auch *Dr. Sebastian Trautmann* (DEStA im Zentrum Köln und Stellvertretender Europäischer Staatsanwalt), *Prof. Dr. Dr. h.c. Lorena Bachmaier Winter* (Universidad Complutense Madrid), *Dr. Anna Oehmichen* (Oehmichen International), *Dr. Hans-Holger Herrnfeld* (Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof a.D.), *Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski* und *Dr. Christian Sager* (Schweizerisches Bundesamt für Justiz) teilnahmen.

Es wurden viele über den Tag aufgeworfene Fragen, aber auch neue Problemstellungen ausgiebig diskutiert. Die Idee, einen dem ICC ähnlich gelagerten ECC (European Criminal Court) zu schaffen, wurde (jedenfalls für den Moment) mehrheitlich abgelehnt, bevor schließlich alle Diskussionsteilnehmer Gelegenheit erhielten, ihre Visionen für die EUStA zu formulieren. Die Wünsche blieben hier realistisch; vor allem *Sager* wünschte sich für die Schweiz schlicht die Schaffung vernünftiger, rechtlicher Möglichkeiten zur künftigen Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und der EUStA.

IX. Fazit

Im Laufe des Tages wurde immer wieder von der EUStA als Experiment gesprochen. Es waren sich aber alle einig, dass dieses Experiment nicht zulasten der Beschuldigten gehen dürfe. Es wurde immer wieder deutlich, wie wichtig allen Teilnehmern – Wissenschaftlern, Verteidigern, aber auch den Vertretern der EUStA – ein hoher Standard an Rechtsstaatlichkeit in den transnationalen Verfahren ist.