

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. Dongyi Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 1– 39

1 | Digitalisierung als Chance für die Strafzumessung?

von Prof. Dr. Johannes Kaspar

8 | Implications and Limitations of the Use of AI in Criminal Justice in Germany

von Prof. Dr. Carsten Momsen

17 | Die Erweiterung des § 130 StGB

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

23 | Der Referentenentwurf des Hauptverhandlungsdokumentationsgesetzes

von Dr. Eren Basar und Christian Heinelt

33 | Zur Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens

von Dr. Tarig Elobied

FORSCHUNGSBERICHT | 40 – 47

40 | Strafzweckpräferenzen von Jura-Studierenden – Ergebnisse einer Tübinger Längsschnittstudie

von Simon Schlicksupp und Dr. Thaya Vester, M.A.

ENTSCHEIDUNGEN | 48 – 57

48 | Keine Verfassungswidrigkeit durch Auslegung des Vorsatzbegriffs

BVerfG, Beschl. v. 7.12.2022 – 2 BvR 1404/20

BUCHBESPRECHUNGEN | 58 – 61

58 | Tamara Rapo: Videotechnologie im Strafverfahren

von Prof. Dr. Anja Schiemann

60 | Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung (AE-ADH)

von Prof. Dr. Anja Schiemann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Digitalisierung als Chance für die Strafzumessung?

von Prof. Dr. Johannes Kaspar*

Abstract

Über die Schwächen und Probleme des Strafzumessungsrechts und der Strafzumessungspraxis wird schon seit längerer Zeit diskutiert, vor allem mit Blick auf die wenig präzisen rechtlichen Vorgaben sowie die regional unterschiedlichen Strafzumessungsniveaus. Auch der 72. Deutsche Juristentag 2018 in Leipzig hatte sich intensiv mit der Thematik beschäftigt und mehrheitlich (insgesamt eher moderate) Reformen gefordert, darunter die Einführung einer bundesweiten Strafzumessungsdatenbank. Umgesetzt wurde davon bislang nichts. Der Beitrag geht der Frage nach, ob der Einsatz von Datenbanken und anderer digitaler Technologien einschließlich des Einsatzes von Formen „künstlicher Intelligenz“ zur Lösung der genannten Probleme im Bereich der Strafzumessung beitragen könnte.

The deficiencies and problems of German sentencing law and sentencing practice have been discussed for a long time, with a special regard to quite vague legal ramifications and regional sentencing disparities. Participants of the 72nd German Convention of Legal Practitioners and Scholars (Deutscher Juristentag) in 2018 in Leipzig debated the topic intensely and came up with (all in all quite moderate) demands for legal reform. However, so far none of these demands has been adopted by the legislator. The article addresses the question whether the use of data bases or other digital technologies including the use of „artificial intelligence“ could contribute to solving the before mentioned problems in the area of sentencing.

I. Probleme im Bereich der Strafzumessung

Die Probleme im Bereich der Strafzumessung sind bekannt¹ und sollen daher nur noch einmal kurz in Erinnerung gerufen werden, um dann der Frage nachzugehen, ob die „Digitalisierung“ in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen hier vielleicht Abhilfe schaffen kann.

Wir haben es mit unklaren Maßstäben zu tun, die im Hinblick auf die Bestimmtheit und Gleichheit staatlichen Strafansatzes zumindest Fragen aufwerfen.² Die gesetzlichen

Strafrahmen sind sehr weit und bieten daher wenig Orientierung. Die gesetzlichen Regelungen zum Strafzumessungsvorgang, insbesondere § 46 StGB als Zentralnorm, sind eher vage gehalten. Die „Schuld“ soll nach Abs. 1 S. 1 die Grundlage der Strafzumessung sein, die „Wirkungen“ der Strafe auf den Täter sollen nach S. 2 (irgendwie) auch berücksichtigt werden. Absatz 2 enthält einen ausdrücklich nicht abschließenden Katalog recht heterogener Strafzumessungsfaktoren, die vom Gericht herangezogen werden können und die ohne Gewichtung oder Hierarchisierung aneinandergereiht werden. Vor allem aber fehlt es an gesetzlichen Regelungen für zwei praktisch besonders wichtige Fragen: Erstens das Problem der „Einstiegsstelle“ in den Strafrahmen, also die Frage, wie der konkrete Fall innerhalb des vom Strafrahmen eröffneten Spektrums in einem ersten Schritt grob eingeordnet werden kann.³ Zweitens fehlt es an Regelungen, wie eine angenommene Tat- und Schuldschwere (nach h.M. unter Berücksichtigung präventiver Belange) in ein konkretes Strafmaß „umgerechnet“ werden kann.

Vieles hängt hier also von den Wertungen des zur Entscheidung berufenen Gerichts ab, und so überrascht es auch nicht, dass man bundesweit deutliche Unterschiede feststellen kann, wenn es um die Bestrafung an sich vergleichbarer Delikte geht. Es ist empirisch belegt, dass persönliche Eigenschaften der Richterinnen und Richter (z.B. Strafzweckpräferenzen oder politische Einstellungen) einen Einfluss auf die Strafhöhe haben.⁴ Möglicherweise gilt dies, wie eine israelische Studie herausgefunden haben will, auch für hungrige Richter, die vor der Mittagspause zu härteren Entscheidungen neigen als danach.⁵ Noch größeren Einfluss haben aber vermutlich lokale und regionale Strafzumessungstraditionen: Das vor Ort übliche Sanktionsniveau wird durch den Rat der älteren und erfahrenen Kolleg:innen an die Neulinge weitergegeben und perpetuiert. Das ist menschlich gut nachvollziehbar und trägt zu einer gewissen Konsistenz und Gleichheit des Strafansatzes bei, aber eben nur lokal begrenzt. Hinzu kommen weitere Probleme, da der entscheidende „Ankerwert“⁶, der hier gesetzt wird, auf sehr schmaler empirischer Basis,

* Prof. Dr. Johannes Kaspar ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht an der Universität Augsburg. Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den der Verfasser auf der Tagung des Kriminalpolitischen Kreises am 11.11.2022 in Würzburg gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

¹ Zusammenfassend Kaspar, Gutachten C für den 72. Deutschen Juristentag, 2018; s. auch Kohn, Künstliche Intelligenz und Strafzumessung, 2020, S. 62 ff.

² Zum Gleichheitsproblem und Wegen zu dessen Behebung s. nur Kaspar, in: GS Tröndle, 2019, S. 279.

³ Dies wird von Schöch als Schlüsselproblem der Strafzumessung bezeichnet, s. Schöch, in: Göppinger/Hartmann (Hrsg.), Kriminologische Gegenwartsfragen, 1972, S. 128.

⁴ Nachweise bei Kaspar (Fn. 1), C 18.

⁵ Danziger et al., Proc. Natl Acad. Sci. USA, advance online publication doi:10.1073/pnas.1018033108 (June 2011).

⁶ Allgemein zu Anker-Effekten (etwa durch den Strafantrag der Staatsanwaltschaft) s. English/Mussweiler, Journal of Applied Social Psychology 2003, 1535; s. zu Anker-Effekten auch Kohn (Fn. 1), S. 118 ff.

ohne jede gesetzliche oder sonstige Regulierung und damit völlig intransparent zustande kommt. Und schließlich stellt sich die Frage, warum der Umstand, dass im betroffenen Gerichtsbezirk für vergleichbare Taten „üblicherweise“ vier Jahre Freiheitsstrafe verhängt werden, normative Relevanz haben sollte – lokale Tradition als solche ist kein legitimer Strafzumessungsfaktor. Das Ergebnis sind beträchtliche regionale Unterschiede, die in Studien ermittelt und zum Teil auch in grafischer Form aufbereitet werden – oft mit dem bekannten Nord-Süd-Gefälle, also einer härteren Strafpraxis in den südlichen Bundesländern.⁷

Dass diese Probleme existieren und Reformen nötig sind, war der von vielen geteilte Ausgangspunkt der Diskussion auf dem 72. Deutschen Juristentag in Leipzig 2018. Ich war damals im Vorfeld mit der Abfassung des entsprechenden Gutachtens beauftragt worden.⁸ Viele meiner Vorschläge, etwa die Einführung einer Strafzumessungskommission oder die Einengung und v.a. Absenkung von Strafrahmen, wurden damals von der Mehrheit der Abstimmenden, darunter vor allem Angehörige der Gerichte und der Staatsanwaltschaften, abgelehnt. Komplexere Formen „künstlicher Intelligenz“ und deren Einsatz im Rahmen der Strafzumessung waren in Leipzig noch nicht Gegenstand vertiefter Diskussionen. Was eine Mehrheit fand, war die von mir vorgeschlagene Einführung einer bundesweiten Strafzumessungsdatenbank, die die Suche nach „vergleichbaren“ Urteilen und einer „üblichen Sanktionspraxis“ auf eine transparente und breitere empirische Basis stellen würde (und damit nebenbei bemerkt auch die revisionsrichterliche Kontrolle von Strafzumessungsentscheidungen erleichtern würde). Konkrete politische Pläne zur Umsetzung dieses Vorhabens wurden bislang nicht entwickelt, aber immerhin enthält der aktuelle Koalitionsvertrag (leider ohne Angabe der Hintergründe) auf S. 85 folgenden Passus: „*Gerichtsentcheidungen sollen grundsätzlich in anonymisierter Form in einer Datenbank öffentlich und maschinenlesbar verfügbar sein*“. Das könnte also in die angesprochene Richtung gehen – eine Datenbank als einfache Orientierungshilfe für Gerichte – vielleicht aber auch als Grundlage für komplexere, von Computersystemen eigenständig durchgeführte Auswertungen, immerhin soll das Ganze „maschinenlesbar“ sein. Insofern stellt sich aktuell durchaus die Frage, ob die „Digitalisierung“ der Strafzumessung, einschließlich des Einsatzes von Formen „künstlicher Intelligenz“, der Schlüssel zur Lösung der oben nur grob skizzierten Defizite im Bereich der Strafzumessung sein könnte.⁹

II. Begriffsklärungen

Zunächst sind jedoch Begriffsklärungen nötig. Mit „Digitalisierung“ ist auf einer technischen Ebene der Umstand gemeint, dass Informationen in eine Folge von Einsen und

Nullen überführt werden, sodass sie von einem Computersystem verarbeitet werden können.¹⁰ Teilweise wird mit dieser Bezeichnung auch die „Gesamtheit grundsätzlicher Veränderungen von Situationen und Handlungen in unserem privaten und beruflichen Alltag“ beschrieben, die sich durch die Nutzung digitaler Technologien ergibt.¹¹ Beide Perspektiven sind hilfreich zum Verständnis von Digitalisierung und den Umwälzungen (manche sprechen von „Disruptionen“), die sie schon gebracht hat und noch bringen wird.

Auch das Rechtswesen ist von dieser Entwicklung natürlich nicht ausgenommen. Das Schlagwort des „Legal Tech“, mit dem der Einsatz von Informationstechnologie in juristischen Kontexten umschrieben wird, ist in aller Munde.¹² Man unterscheidet dabei grob zwischen verschiedenen denkbaren Entwicklungsstufen, die die Intensität der Einbindung von digitalen Technologien wieder spiegeln: Mit Legal Tech 1.0 ist die noch ganz einfache Einholung von Informationen etwa durch Benutzung juristischer Datenbanken wie beck-online oder Juris gemeint, die heute schon zum selbstverständlichen juristischen Tagesgeschäft gehört; Legal Tech 2.0 bedeutet, dass nicht nur die Informationssuche im Vorfeld betroffen ist, sondern auch Teile der eigentlichen juristischen Arbeit (z.B. Identifikation juristischer Probleme; Subsumtion und/oder Ermittlung von Rechtsfolgen) vom System in automatisierter Form vorgenommen werden; von Legal Tech 3.0 würde man erst sprechen, wenn das System eigenständig juristische Aufgaben übernimmt und selbst rechtlich verbindliche Ergebnisse produziert.

Sobald man in den Bereich von komplexeren Aufgaben kommt, die vom System vorbereitet oder sogar übernommen werden, wird oft von „künstlicher Intelligenz“ (KI) gesprochen, die als „Legal-Tech-Kerntechnologie“¹³ bezeichnet wird. Der Begriff der KI ist bislang noch wenig konturiert¹⁴ – schon deshalb, weil schon der Begriff der menschlichen Intelligenz vielschichtig ist und uneinheitlich definiert wird.¹⁵ Im Kern geht es darum, dass Computersysteme Informationen erfassen, verarbeiten und auf dieser Grundlage in der Lage sind, Ergebnisse zu produzieren bzw. Entscheidungen zu treffen; auch hier sind die Erscheinungsformen und Entwicklungsstufen vielfältig. Wichtige Anwendungsfelder sind sog. regelbasierte Expertensysteme, bei denen das System anhand der eingegebenen Daten („Input“) auf der Basis vorab festgelegter Entscheidungsregeln bzw. „Algorithmen“ ein Ergebnis („Output“) produziert.

Anders ist dies bei der zweiten wichtigen Fallgruppe, die in der Diskussion oft mit künstlicher Intelligenz gleichgesetzt wird (man könnte hier von KI i.e.S. sprechen), namentlich dem Maschinellen Lernen. Hier entscheidet die Maschine anhand von Regeln, die sie selbst erst aus den

⁷ S. nur *Grundies*, in: Hermann/Pöge (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*, 2018, S. 295; zusammenfassend auch *Kohn* (Fn. 1), S. 97 ff.

⁸ S. *Kaspar* (Fn. 1).

⁹ Zu entsprechenden Ansätzen eines „Smart Sentencing“ s. *Rostalski/Völkening*, *KriPoZ* 2019, 265.

¹⁰ *Hilgendorf*, in: *Kasprowicz/Rieger* (Hrsg.), *Handbuch Virtualität*, 2020, S. 406.

¹¹ S. *Staab*, in: *Staab/Stahl*, *Don't worry, be digital*, 2019.

¹² Zum Folgenden s. *Kaspar/Harrendorf/Höffler*, *NK* 2020, 35.

¹³ *Herberger*, *NJW* 2018, 2325.

¹⁴ Vgl. nur *Herberger*, *NJW* 2018, 2325; *Kohn* (Fn. 1), S. 26 ff. (auch zur Entstehungsgeschichte des Begriffs).

¹⁵ S. nur *Kment/Borchert*, *Künstliche Intelligenz und Algorithmen in der Rechtsanwendung*, 2022, S. 6 ff.

eingeebenen Daten extrahiert, den sog. „Trainingsdaten“. Das Besondere ist, dass diese Entscheidungsregeln im Laufe der Zeit vom System angepasst und verfeinert werden, um die Ergebnisqualität weiter zu verbessern, ohne dass dies notwendigerweise vom menschlichen Beobachter bzw. vom ursprünglichen Programmierer nachvollzogen werden – vor allem hier stellt sich dann das bekannte Problem der Intransparenz bzw. der KI als „black box“.

Auf den Bereich der Strafzumessung bezogen wäre es also denkbar, dass sich die verantwortlichen Richter:innen im Rahmen der Strafzumessungsentscheidung entweder über relevante einschlägige Urteile z.B. auf Juris informieren (1.0), sich von einem „Decision-Support-System“ einen datenbasierten Strafzumessungsvorschlag für den konkreten Fall anzeigen lassen (2.0) oder frühzeitig in die Kaffeepause gehen, weil die Strafzumessungsentscheidung auf der Basis der eingegebenen Daten vom System selbst festgelegt wird (3.0) – wobei letzteres Modell, also eine vollständige Ersetzung des menschlichen Entscheiders im Bereich der Strafzumessung offensichtlich mit besonderen technischen wie rechtlichen Problemen behaftet wäre, die eine Verwirklichung in nächster Zeit unrealistisch erscheinen lassen. Daher werde ich mich in der Folge auf die ersten beiden Dimensionen konzentrieren, die jeweils eine Unterstützung der menschlichen Entscheidung beinhalten und nicht das utopische (und für viele auch dystopische¹⁶) Szenario des verbindlich entscheidenden Roboter-Richters.

III. Beispiele

Um dies etwas zu veranschaulichen, möchte ich kurz auf einige Praxisbeispiele eingehen, bei denen digitale Hilfsmittel, wie ich es einmal neutral formulieren will, bei der Strafzumessung bereits jetzt eine prominente Rolle spielen. Es ist vermutlich kein Zufall, dass sich die meisten Anwendungsbeispiele bislang eher im außereuropäischen Bereich finden lassen, v.a. in Asien und den USA.

1. Strafzumessungsdatenbank in Japan

2009 wurde in Japan eine Strafzumessungsdatenbank eingeführt, die allerdings einen nur sehr begrenzten Anwendungsbereich hat, nämlich Schwerdelinquenz, bei der die Todesstrafe im Raum steht und bei der eines der ebenfalls 2009 eingeführten Gerichte mit Beteiligung von Laienrichtern (sog. Saiban'in) zuständig ist.¹⁷ Der Hintergrund war, dass man im Vorfeld der Einführung der Beteiligung von Laien fürchtete, dass diese das zuvor in Japan erstaunlich homogene Strafzumessungsniveau durcheinander bringen könnten. Durch die Strafzumessungsdatenbank sollte dieses Niveau in vergleichbaren Fällen mit Computer-Unterstützung angezeigt werden und dann zur Grundlage der Strafzumessungsdiskussion zwischen Richter:innen und Laien werden. Die Datenbank ist nicht online und nicht für alle Interessierten zugänglich, sondern nur für

autorisierte Personen aus den Bereichen Strafjustiz und Strafverteidigung an Terminals im Gebäude des japanischen Obersten Gerichtshofs. Transparenz und ein öffentlicher Diskurs in Bezug auf das vorherrschende Strafzumessungsniveau waren offensichtlich nicht das Ziel der Reform.

Ich habe mir die Funktionsweise in Japan vor Ort angesehen und erklären lassen – man gibt bestimmte Merkmale des Falles (z.B. Deliktstyp, Schadenshöhe, etc.) in das System ein (was einigermaßen benutzerfreundlich über Dropdown-Menüs erfolgt) und bekommt dann das bisherige Strafniveau in diesen Fällen grafisch aufbereitet angezeigt. Die entsprechende Software wurde von einem privaten Anbieter in Kooperation mit der Verwaltung des *Obersten Gerichtshofs* entwickelt. Eine gesetzliche Grundlage gibt es meines Wissens nicht. Die Hinzuziehung der Datenbank ist für die Gerichte nicht verpflichtend, erst recht sind die dort angezeigten Durchschnittswerte in keiner Weise bindend. Faktisch haben sie aber offenbar ihren Zweck erfüllt: Wie im Vorfeld erhofft, hat die Laienbeteiligung insgesamt zu keinen großen Umwälzungen beim Strafzumessungsniveau geführt, wobei sich allerdings gewisse deliktsspezifische Verschiebungen ergeben haben:¹⁸ Mitleidstötungen sowie Brandstiftungsdelikte wurden durchschnittlich etwas milder beurteilt, sexuelle Gewalt und Tötungsdelikte ohne Mitleidsmotiv etwas härter. Defizite in Bezug auf Transparenz und die fehlende gesetzliche Grundlage sind aber nicht zu bestreiten. Immerhin erfüllt die Datenbank aber offenbar den Zweck, der hierzulande vermutlich oft im Rahmen eines informellen Gesprächs in der Behörden-Kaffeerunde verfolgt wird: Herauszufinden, welches Strafmaß in vergleichbaren Fällen denn in etwa „üblich“ ist. Nur erfolgt dies in Japan zumindest in den Saiban'in-Verfahren auf einer breiten empirischen Basis, die sich auf die Praxis im gesamten Land bezieht. Im Hinblick auf die Gleichheit, Konsistenz und Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens ist das ein Vorteil gegenüber der Situation hierzulande.

2. Sentencing-E-System in Südkorea

In Südkorea existiert seit 15 Jahren eine Strafzumessungskommission.¹⁹ Es handelt sich um ein interdisziplinär besetztes Gremium, das dem Zweig der Judikative zugeordnet ist, aber unabhängig agiert. Es hat nach und nach deliktsspezifische Sentencing Guidelines entworfen, die den Strafzumessungsprozess der Gerichte anleiten sollen. Abweichungen sind möglich, allerdings enthalten die Guidelines selbst gewisse Spielräume; auch wurden sie auf der Basis der bisherigen Strafzumessungspraxis entworfen, so dass es nicht überrascht, dass die „Befolgungsrate“ seitens der Gerichte mit ca. 90 % recht hoch ist. Interessant ist, dass die Einführung der Kommission und der Guidelines ausdrücklich auch das Ziel verfolgte, das Vertrauen der Bevölkerung in die Strafjustiz zu stärken. Daher wurde bei der Entwicklung der Guidelines nicht nur das bisherige Strafniveau zugrunde gelegt, sondern ergänzend auch

¹⁶ Vgl. nur *Greco*, RW 2020, 29.

¹⁷ S. näher *Schmidt*, Das japanische Saiban'in System und das deutsche Schöffensystem, 2020.

¹⁸ S. dazu näher *Schmidt* (Fn. 17).

¹⁹ Zum Folgenden s. *Choi*, in: Korean Sentencing Commission (ed.), Reasonable Sentencing: Current Trends and Future Challenges, 2022, S. 59.

die diesbezügliche öffentliche Meinung (im Wege von „public hearings“) erhoben und mitberücksichtigt. Mit Blick auf die „Digitalisierung“ der Strafzumessung ist die Entwicklung in Südkorea vor allem auch deshalb von Interesse, weil mittlerweile den Gerichten ein sogenanntes „Sentencing-E-System“ zur Verfügung steht, eine Software also, die die Anwendung der Guidelines mit Computerunterstützung erleichtern soll. Einen inhaltlich eigenständigen „Strafzumessungsvorschlag“ macht das System also, soweit ich es verstehe, nicht.

3. Decision-Support-System Shanghai

Das scheint in China anders zu sein. Aus Shanghai wird berichtet, dass ein Decision-Support-System entwickelt wurde und auch in der Praxis bereits eingesetzt wird, das sog. Shanghai AI Assistive System on Criminal Cases.²⁰ Es wurde nach Angaben der Verantwortlichen seit 2017 unter Mitarbeit von Justiz-Praktiker:innen und IT-Expert:innen entwickelt. Im Frühjahr 2019 bestand es danach aus 9 Datenbanken mit 45 Millionen digitalisierten Dokumenten. Eine von insgesamt 26 Funktionen des Systems sei das erwähnte KI-basierte Strafzumessungs-Unterstützungs-System, das auf früheren Urteilen als „Trainingsdaten“ beruhe. Über die genaue Funktionsweise des Systems ist bisher leider wenig bekannt; da es jedenfalls in englischer Sprache kaum unabhängige wissenschaftliche Publikationen gibt, ist es momentan schwer, sich ein Bild vom System und seinen Auswirkungen auf die Strafzumessungspraxis zu machen. Interessant ist jedenfalls, dass auch in China betont wird, dass man mit der Entwicklung des Systems nicht etwa die Gerichte ersetzen, sondern in ihrer Entscheidung nur unterstützen wolle.²¹

4. COMPAS (USA)

Zum Schluss möchte ich noch ein Beispiel aus den USA darstellen, das einen Teilbereich der Strafzumessung betrifft, nämlich die Prognose zukünftiger Straftaten. Gerade hier sind „Automatisierung“ und der Einsatz von digitalen Technologien bis hin zum Einsatz von Formen künstlicher Intelligenz weit fortgeschritten.²² Vor allem in den USA werden zunehmend sog. Risk Assessment Tools eingesetzt. Das berühmteste (und zugleich sehr umstrittene) Beispiel ist COMPAS, ein Akronym für „Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions“. Das System wurde von einem privaten Unternehmen entwickelt und wird bis heute durch dieses Unternehmen (früher: Northpointe, jetzt Equivant) kommerziell vertrieben. Es basiert auf dem anerkannten und empirisch fundierten „Risk-Need-Responsivity“-Ansatz und dient der Einschätzung der Rückfallgefahr (in Bezug auf allgemeine Delinquenz und Gewaltdelinquenz). Ursprünglich war es mit Blick auf Bewährungsentscheidungen entwickelt worden, wurde dann aber zunehmend auch für die

Erstellung von Prognosen als Teil der Strafzumessungsentscheidung herangezogen. Bei COMPAS geht es nicht um „Machine Learning“; es findet kein fortlaufender „Trainingsprozess“ mit Ergebniskontrolle statt. Vielmehr handelt es sich um ein statisches regelbasiertes Expertensystem, bei dem insgesamt 137 Variablen in das System eingegeben werden, die dann zu einer Einschätzung des Rückfallrisikos (durch Ermittlung eines Risikoscores) führen.

Gegen COMPAS werden einige Kritikpunkte erhoben, die generell gegen den Einsatz von künstlicher Intelligenz im Bereich der Prognose von Straftaten und Strafzumessung eingewandt werden:²³ Es fehle an Transparenz, weil die dem System zugrundeliegenden Algorithmen vom Unternehmen (das sich auf den Schutz von Betriebsgeheimnissen beruft) nicht offen gelegt werden. Das System sei unfair und diskriminiere Minderheiten, bei denen die Quote der „false positives“, also der zu Unrecht als gefährlich qualifizierten Personen, besonders hoch sei.²⁴ Und schließlich wird die überlegene Treffsicherheit des Systems bezweifelt: Die Quote von ca. 65 % richtiger Vorhersagen würden auch juristische Laien erzielen. Trotz dieser Kritik (die nicht unwidersprochen geblieben ist²⁵), hat der *Supreme Court von Wisconsin* in der Entscheidung *Loomis vs. State of Wisconsin* 2016 entschieden, dass der Gebrauch des Systems im Rahmen der Strafzumessungsentscheidung zulässig sei.²⁶ Das Gericht hat allerdings Einschränkungen formuliert: Der Risikoscore dürfe nicht die einzige Basis der Entscheidung sein und dürfe auch nur für Prognoseentscheidungen, aber nicht im Rahmen der Festlegung der Strafhöhe (also der Strafzumessung im engen Sinne) benutzt werden; auch müsse den Gerichten vom Hersteller eine Art „Warnhinweis“ erteilt werden, in dem auf die Schwächen und Limitierungen des Systems hingewiesen wird.²⁷ Ob die Probleme damit gelöst sind, ist natürlich fraglich, wie sich ohnehin die Frage stellt, wie die Gerichte mit solchen technischen Hilfsmitteln hierzulande umgehen würden: Denkbar sind viele Varianten, von der vollständigen Ablehnung bis hin zur unkritischen Übernahme der Ergebnisse im Sinne eines „Automation Bias“. Hier besteht noch großer Forschungsbedarf.

IV. Digitalisierung als Lösung?

Abschließend soll nun der Frage nachgegangen werden, ob die Digitalisierung eine Chance für die Strafzumessung darstellt, ob sie insbesondere eine Lösung der oben skizzierten Probleme beinhaltet oder ob die nicht zu leugnenden Bedenken und auch von Vielen schon artikulierten Einwände überwiegen. Dabei stehen wir natürlich vor dem Problem, dass eine kritische Diskussion des Einsatzes von digitalen Technologien und KI oft eine Art „Schattenboxen“ darstellt, weil wir ja noch gar nicht wissen, wie bestimmte Tools und Systeme in Zukunft aussehen werden.

²⁰ Dazu *Kohn* (Fn. 1), S. 152 ff.

²¹ S. etwa *Jiang*, in: Beck u.a. (Hrsg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, 2020, S. 557 ff.; weitere Nachweise bei *Kohn* (Fn. 1), S. 157.

²² S. nur *Butz u.a.*, BewHi 2021, 241.

²³ S. zum Folgenden *Kohn* (Fn. 1), S. 137 ff.

²⁴ *Angwin et al.*, Machine Bias, ProPublica (May 23, 2016).

²⁵ Zum Vorwurf der Diskriminierung s. nur *Rudin u.a.*, The Age of Secrecy and Unfairness in Recidivism Prediction, Harvard Data Science Review 2020, 2.1.

²⁶ *State vs. Loomis* 881 N.W.2d 749 (2016); s. dazu *Kohn* (Fn. 1), S. 145 ff.; s. auch *Jiang* (Fn. 21).

²⁷ *Jiang* (Fn. 21), S. 557, 567.

Die von mir genannten Beispiele sind jedenfalls sicher noch nicht das Ende der Entwicklung.

Dennoch wäre es natürlich ein Fehler, die weitere technologische Entwicklung erst abzuwarten. Es ist wichtig, dass wir uns als Jurist:innen aktiv und frühzeitig an der Diskussion beteiligen und das Feld nicht den IT-Fachleuten überlassen – allein dass etwas technisch machbar ist, heißt natürlich auch in diesem Fall nicht, dass es wünschenswert ist. Vielmehr gilt es, den technologischen Entwicklungsprozess einschließlich zumindest denkbarer Zukunftsszenarien von vornherein kritisch zu begleiten.²⁸

1. Mögliche Vorteile

Zunächst also zu den möglichen Chancen und Vorteilen, die die Digitalisierung bieten könnte.

a) Auf der Hand liegt der Vorteil, dass digitale Technologien zu einer schnellen und effizienten Erledigung von Strafverfahren beitragen können²⁹ – natürlich nicht nur im Bereich der Strafzumessung, sondern auch im Vorfeld, etwa bei der Frage der Einstellung von Verfahren gem. §§ 153 ff. StPO. Das würde dem Beschleunigungsgebot Rechnung tragen.

b) Ein weiterer Vorzug könnte darin liegen, dass digitale Technologien bestimmte menschliche Schwächen (z.B. Vorurteile, Wahrnehmungsfehler und „biases“) nicht aufweisen und damit die Strafzumessungspraxis insgesamt fairer und gleichmäßiger werden könnte.

c) Kommen Algorithmen in der Strafzumessung zum Einsatz, könnte dies auch zu mehr Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Strafzumessung beitragen (was natürlich eine gewisse Transparenz der Systeme voraussetzt, dazu sogleich).

d) Und schließlich wäre die Hoffnung, dass digitale Technologien zu „besseren“ Ergebnissen führen, wobei sich hier gleich eine wichtige Differenzierung auftut: Wenn es um die Treffsicherheit von Prognosen geht, geht es um eine empirische Frage (Rückfälligkeit ja/nein). Eine Entscheidung kann sich hier zumindest prinzipiell im Nachhinein als „richtig“ oder „falsch“ herausstellen. Damit besteht hier auch die Möglichkeit, ein System im Sinne des „Machine Learning“ zu „trainieren“, indem man ihm nach jeder Prognose ein Feedback gibt, ob sich diese so bewahrheitet hat oder nicht. Eine höhere Treffsicherheit bedeutet dann eine „Verbesserung“ der Prognose-Ergebnisse. Die meisten Studien deuten darauf hin, dass dies durch den Einsatz von digital unterstützten Risk-Assessment-Tools möglich ist. Es ist daher zu erwarten, dass solche Systeme auch in Deutschland zunehmend zum Einsatz kommen werden.

Bei normativ geprägten Wert-Entscheidungen wie der „Schuldangemessenheit“ einer Strafe als Kernfrage der Strafzumessung im engen Sinn ist das ganz anders (was bislang selten thematisiert wird). Das Fehlen objektiver Maßstäbe und das Fehlen der Möglichkeit von empirischer Überprüfung bzw. Falsifikation führt hier dazu, dass man eine Strafzumessungsentscheidung als solche kaum als schlicht „richtig“ oder „falsch“ qualifizieren kann. Das hat Konsequenzen: Machine Learning in dem Sinne, dass man dem Computer laufend mitteilt, ob seine Entscheidung „falsch“ oder „richtig“ war, funktioniert hier nicht, solange man keinen Maßstab fixiert hat, anhand dessen diese Bewertung erfolgen soll. Und nur dann lässt sich auch beurteilen, ob der Einsatz von Computersystemen zu einer „Verbesserung“ der Strafzumessung führt.

Als ein solcher (empirisch messbarer) Maßstab, den man auch in Datenform aufbereiten und dem System „füttern“ könnte, kommt insbesondere die bisherige Strafpraxis in Betracht. Das setzt allerdings voraus, dass man sich der Idee einer „komparativen Strafzumessung“³⁰ annähert und die bisherige Strafzumessungspraxis überhaupt als legitimen Orientierungswert akzeptiert. Das erscheint beides gut vertretbar, ist aber voraussetzungsreich, wie sogleich noch etwas vertieft wird. Als weiterer (ergänzender) Richtwert könnten empirisch ermittelte Strafvorstellungen der Bevölkerung³¹ in digital aufbereiteter Form fungieren – aber auch hier sind natürlich noch viele Fragen offen, nicht nur, wer in welcher Form zu diesen Vorstellungen befragt werden sollte, sondern auch (erneut), ob ein solches empirisches Faktum überhaupt normative Relevanz haben sollte.³² Vielleicht ließen sich beide Aspekte zusammenführen im Sinne wechselseitiger „checks and balances“: Jedenfalls dort, wo die Bevölkerung in ihren durchschnittlichen Straferwartungen unterhalb des Niveaus der Justizpraxis bleibt (und solche Fälle gibt es), spricht nichts gegen eine Anpassung „nach unten“³³ – natürlich alles nur im Rahmen von Strafzumessungsempfehlungen, die die Zuständigkeit und auch Verantwortung des Richters für die Entscheidung nicht beseitigen.

2. Einwände und Probleme

Zum Schluss sollen noch in aller Kürze einige Einwände und Probleme angesprochen werden.

a) Individuelle Schuldangemessenheit

Zum Teil werden ganz grundlegende Bedenken gegen den Einsatz insbesondere von Formen der künstlichen Intelligenz, aber auch von einfachen Datenbanksystemen im Bereich der Strafzumessung geltend gemacht. Ruppert etwa wendet ein, dass die damit vollzogene Hinwendung zu einer komparativen Strafzumessung nicht mit § 46 Abs. 1

²⁸ So auch bereits Sommerer, Personenbezogenes Predictive Policing, 2018.

²⁹ S. nur Aumann, Artificial Intelligence vs. Human in the Legal Profession, The Legal Revolutionary 2018, S. 74 ff.

³⁰ S. dazu nur Maurer, Komparative Strafzumessung, 2005.

³¹ Vgl. zu den methodischen Problemen in diesem Bereich nur Christoph, MschKrim 2020, 58; sehr kritisch hierzu Köbel/Singelstein, NSStZ 2020, 333.

³² S. zum Ganzen die Beiträge in Kaspar/Walter (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes?, 2019.

³³ Näher dazu Kaspar, in: Kaspar/Walter (Fn. 32), S. 61.

StGB und der dort kodifizierten individuellen Schuldangemessenheit der Strafe kompatibel sei.³⁴ Dafür sprechen auch Entscheidungen des *BGH*, wonach der Tatrichter die schuldangemessene Strafe stets mit Blick auf den konkreten Fall festzulegen hat und sich dabei nicht entscheidend auf die in anderen, womöglich ganz ähnlichen Konstellationen verhängte Strafe stützen darf.³⁵ Auf einer theoretischen (um nicht zu sagen: idealistischen) Ebene sind das nachvollziehbare Bedenken, die aber der Realität der Strafzumessungspraxis nicht gerecht werden. Von dort wird berichtet, dass man – nachvollziehbarerweise – selbst nach Richt- und Ankerwerten sucht, indem man durch eigene Recherchen, inklusive des Gesprächs im Kreis der Kolleginnen und Kollegen, vergleichbare Fälle und das dort übliche Strafniveau ermittelt – also das, was *Dreher* als „geheimes Metermaß“³⁶ der Gerichte bezeichnet hat.

Auch mit der ausdifferenzierten individuellen Schuldbewertung ist es in Wahrheit nicht ganz so weit her, wie es die Kritiker offenbar annehmen. Natürlich verantwortet das Gericht die von ihm verhängte Strafe als im konkreten Fall „schuldangemessen“. Die empirische Forschung zeigt aber, dass die Feindifferenzierung an Grenzen stößt: Erstens sind es nur wenige Faktoren, die sehr starken Einfluss auf die Strafhöhe haben, vor allem die Tatschwere, die Vorstrafenbelastung und das Vorliegen eines Geständnisses.³⁷ Zweitens gibt es das bekannte, von *Rolinski* so bezeichnete Phänomen der „Prägnanztendenz“, also die Tatsache, dass Gerichte dazu tendieren, „glatte“ Strafen in bestimmten Abstufungen zu verhängen, z.B. 3 Jahre und 3 Monate Freiheitsstrafe, 3 Jahre und 6 Monate Freiheitsstrafe usw.³⁸ Man geht also mit anderen Worten ohnehin schon (vielleicht auch notgedrungen) in gewisser Weise schematisch vor. Vor diesem Hintergrund spricht m.E. nichts dagegen, dass man Gerichten Informationen über ein empirisch tatsächlich so ermitteltes „übliches“ Strafniveau an die Hand gibt, weil sie sich diese Information ohnehin auf dem Weg zur Findung der schuldangemessenen Strafe besorgen werden, bislang allerdings eben auf sehr intransparente und selektive Art und Weise. Dass damit das „komparative“ Element der Strafzumessung mehr Gewicht bekommt, ist vor diesem Hintergrund unschädlich, zumal der *BGH* selbst in jüngerer Zeit dazu tendiert, Strafzumessungsentscheidungen in Einzelfällen als rechtsfehlerhaft zu kassieren, weil sie zu weit vom in vergleichbaren Fällen üblichen Strafmaß entfernt sind.³⁹ Wenn das der Maßstab ist, kann eine Datenbank bzw. ein Computersystem, das dieses übliche Strafmaß in methodisch belastbarer Weise darstellt, auch für die revisionsrechtliche Kontrolle eigentlich nur von Vorteil sein.

b) Richterliche Verantwortung

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft den Punkt der richterlichen Verantwortung. *Greco* warnt in einem 2021 erschienenen Beitrag eindringlich vor dem „Roboter-Richter“,

nachdem er zuvor gezeigt hat, dass die technischen Möglichkeiten KI-gestützter Strafzumessung bereits jetzt schon weit fortgeschritten sind und es weniger um das Problem von deren „Machbarkeit“, sondern mehr um deren Legitimation geht⁴⁰. Nach *Greco* muss die Strafzumessung in der Verantwortung eines Menschen aus Fleisch und Blut bleiben, der Empathie mit dem Verurteilten empfinden kann. Was zunächst nur gegen die vollständige Ersetzung des Richters durch KI spricht, wird von *Greco* dann aber auch gegen Unterstützungssysteme eingewandt: Auch letztere würden, im Sinne des oben erwähnten „Automation Bias“, einen zu starken Einfluss auf die freie (menschliche) richterliche Entscheidung nehmen. Letzteres ist allerdings eine offene Frage. Auch ist die Vorstellung des empathischen, mit dem Schicksal des Verurteilten quasi mitleidenden Richters vielleicht etwas zu einseitig – auch der zynische Richter ist denkbar, der dem vor Gericht unsympathisch und renitent auftretenden Angeklagten (bewusst oder unbewusst) eine etwas härtere Strafe auferlegt – in dieser Konstellation wäre der nüchtern Daten analysierende Computer aus Sicht des Verurteilten die bessere Wahl gewesen.

c) Fairness und Transparenz

Mangelnde Fairness und Diskriminierung von Minderheiten sind Vorwürfe, die generell gegen den Einsatz von KI erhoben werden. Wie oben erwähnt, werden sie auch gegen das System COMPAS vorgebracht. Entscheidend ist, welcher „Input“ dem System zugeführt wird – „garbage in, garbage out“ lautet ein geflügeltes Wort aus dem IT-Bereich. Enthalten die Daten, mit denen das System trainiert wird, diskriminierende Elemente, wird auch der zukünftige Output des Computersystems möglicherweise diskriminierend sein. Beispielhaft und auf die Strafzumessungspraxis bezogen: Wäre es so, dass Richter ausländischen Angeklagten gegenüber systematisch allein aufgrund ihrer Herkunft höhere Strafen verhängen würden, bestünde die Gefahr, dass diese Diskriminierung vom System als Muster und (legitime) Entscheidungsregel erkannt und fortgeführt wird. Entscheidend ist also, dass man auf die Qualität und „Diskriminierungsfreiheit“ der Trainingsdaten achtet. Dies hängt eng mit der Forderung nach Transparenz zusammen, die zunehmend betont wird. Die Funktionsweise des Systems einschließlich der zugrunde liegenden Algorithmen soll möglichst nachvollzogen werden können – man spricht von dem Ziel der „explainable AI“ (Artificial Intelligence), an dem zunehmend entwickelt und geforscht wird.⁴¹ Transparenz und die Möglichkeit der menschlichen Kontrolle sind konsequenterweise auch zwei wichtige Aspekte, die im aktuellen Entwurf einer KI-Verordnung der EU-Kommission in Art. 13 und Art. 14 hervorgehoben werden.

d) Akzeptanz in der Bevölkerung

Schließlich soll noch die Akzeptanz in der Bevölkerung

³⁴ *Ruppert*, KriPoZ 2021, 90.

³⁵ S. etwa *BGHSt* 56, 262.

³⁶ *Dreher*, MDR 1961, 343 (344).

³⁷ Nachweise bei *Kaspar* (Fn. 1), C 88.

³⁸ *Rolinski*, Die Prägnanztendenz im Strafurteil, 1969.

³⁹ Nachweise bei *Kaspar* (Fn. 1), C 101.

⁴⁰ *Greco*, RW 2020, 29.

⁴¹ S. nur *Wang u.a.* in: Rudin, In Pursuit of Interpretable, Fair and Accurate Machine Learning for Criminal Recidivism Prediction, online abrufbar unter: <https://arxiv.org/abs/2005.04176> (zuletzt abgerufen am 6.1.2023).

erwähnt werden. Ein Rechtssystem sollte sich zumindest darum bemühen, mit Maßstäben zu operieren, die von der Mehrheit der Bevölkerung grundsätzlich als gerecht und legitim anerkannt werden. Fehlt es daran, leidet das Vertrauen in die Rechtsordnung und (so legen empirische Studien nahe) auch die eigene Normbefolgungsbereitschaft.⁴² Insofern ist es durchaus von Interesse, ob die Bevölkerung denn mit einer digitalisierten Strafzumessung bis hin zur KI-Unterstützung einverstanden wäre. Was einfache Datenbank-Systeme angeht hätte ich insofern keine Bedenken, auch wenn empirische Studien dazu soweit ersichtlich fehlen. Was von der Bevölkerung (bislang jedenfalls) sehr deutlich abgelehnt wird ist der Einsatz von Computern bei der Prognose von zukünftiger Delinquenz: In einer Studie der Bertelsmann-Stiftung aus dem Jahr 2018 gaben nur 2 % der Befragten an, dass sie diese Aufgabe allein einem Computersystem überantworten würden; nur 34 % meinten, dass der Computer dabei unterstützend eingesetzt werden sollte; 54 % lehnten selbst dies ab und meinten, dass diese Aufgabe allein von einem Menschen ausgeführt werden sollte.⁴³ Was sich hier zeigt ist eine recht stark ausgeprägte „Algorithm Aversion“, die sich vermutlich auch gegenüber der Vorstellung eines KI-gestützten Decision-Support-Systems im Bereich der Strafzumessung ergeben würde. Nun sind diese Zahlen nur eine Momentaufnahme; es wird sich zeigen, ob man mit zunehmendem Wissen über den Einsatz von KI auch offener und aufgeschlossener gegenüber dieser Technologie sein wird. Transparenz und menschliche Kontrolle sind dabei sicher Aspekte, die das Potenzial haben, das Vertrauen in KI-Systeme zu stärken.⁴⁴

V. Fazit

Ein kurzes, vorsichtig optimistisches Fazit:

1. Die Digitalisierung hat das Potenzial, zu einer gleichmäßigeren, besseren und gerechteren Strafzumessung beizutragen. Allerdings hängt das sehr vom jeweiligen Einsatzgebiet und der Ausgestaltung des jeweiligen Systems ab.

2. Das betrifft den Bereich der Prognose, wo sich möglicherweise abzeichnet, dass Risk-Assessment-Tools, die zunehmend auch mit KI-Unterstützung eingesetzt werden, bessere Ergebnisse produzieren als herkömmliche Verfahren. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten, empirische Forschung ist dringend nötig. Die Akzeptanz der Bevölkerung gegenüber solchen Verfahren ist bislang allerdings nur gering.

3. Im Bereich der Strafzumessung im engeren Sinn wäre die Einführung einer bundesweiten Strafzumessungsdatenbank (etwa nach japanischem Vorbild) ein Schritt in die richtige Richtung, da sie den Gerichten eine sinnvolle Orientierung über das im konkreten Fall übliche Strafmaß in vergleichbaren Fällen liefern könnte. Rechtliche oder straftheoretische Bedenken bestehen hiergegen m.E. nicht.

4. Auf der Grundlage einer solchen Datenbank könnte weitergehend ein Support-System entwickelt werden, das sich nicht auf die Deskription von Strafmaßen in ähnlichen Fällen beschränkt, sondern auf der Basis dieser Daten einen eigenen Strafzumessungsvorschlag erarbeitet. In dieser Hinsicht stellen sich allerdings noch viele Fragen, u.a. im Hinblick auf die Qualität der zugrundeliegenden Daten und die Transparenz des Systems. Ob die Gerichte einer solchen Entwicklung eher ablehnend gegenüberstehen oder dazu tendieren werden, den Vorschlag im Sinne eines „Automation Bias“ kritiklos zu übernehmen, ist eine offene und spannende Frage, die man empirisch erforschen sollte. Gelegenheit dazu wird es vermutlich – trotz einer bislang eher skeptischen Haltung innerhalb der Justiz gegenüber dem Einsatz von KI im Bereich des Strafrechtsrechts – in nicht allzu ferner Zukunft geben.

⁴² Vgl. nur *Robinson*, *The utility of desert*, 2013.

⁴³ Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.), *Was Deutschland über Algorithmen weiß und denkt*, 2018, S. 15.

⁴⁴ Bertelsmann-Stiftung (Fn. 43), S. 31.

Implications and Limitations of the Use of AI in Criminal Justice in Germany

von Prof. Dr. Carsten Momsen*

Abstract

Auch in der deutschen Strafverfolgungspraxis haben Beweiserhebungen in Form von massenhaft erhobenen Daten erheblich an Bedeutung gewonnen. Gleichwohl spielen Big-Data-Analysen (noch) eine größere Rolle als der Einsatz spezifischer KI, da diese über die Sammlung und Analyse der verschiedenen Datenströme hinausgeht. Ein etwas anderes Bild ergibt sich, wenn man die präventive Gefahrenabwehr betrachtet. Hier wird KI zunehmend eingesetzt, vor allem im Bereich der vorausschauenden Polizeiarbeit (Predictive Policing), wo sie über die retrograde Analyse hinausgeht, um echte Vorhersagen zu treffen und damit menschliche Entscheidungen (zumindest) konkret zu prognostizieren oder gar vorwegzunehmen. In den letzten Jahren hat sich ein neues Phänomen herauskristallisiert: Dieselben Werkzeuge werden sowohl im Sicherheitsbereich als auch bei der Strafverfolgung eingesetzt. Diese Gemengelage ergibt sich vor allem aus der Überwachung von "Gefährdern" im Bereich der präventiven Terrorismusbekämpfung. Neu ist vor allem, dass die rechtlichen Voraussetzungen für den Einsatz in Deutschland nahezu identisch normiert sind. Ein weiteres Beispiel aus dem Bereich der allgemeinen Kriminalität ist der Einsatz der sogenannten "erweiterten DNA-Analyse" (Forensic DNA Phenotyping – FDP). Auch hier gelingt die Analyse der gespeicherten Daten in großem Umfang nur mit algorithmen-basierten Programmen, die mit bestimmten Suchkriterien ausgestattet und mit sog. „Lerndaten“ gefüttert werden. Damit zeigt sich zugleich der menschliche Einfluss auf das Programm: Design des Algorithmus, Auswahl der Lerndaten, Auswahl der Entscheidungs- und Zuordnungskriterien sowie die eigentliche Bewertung des Ergebnisses mit Bezug auf die zutreffende Entscheidung (reichen 95% oder bedarf es 99,9% Übereinstimmung?) werden außerhalb des Datenverarbeitungsvorgangs von menschlichen Akteuren getroffen. Dabei bleiben der nachfolgenden Ebene in der Regel die Handlungs- und Zuordnungsparameter der vorherigen Ebene verborgen.

Damit ergibt sich die Frage, ob die individualschützenden, dem Grundsatz des Nachweises der individuellen Schuld verpflichteten, rechtlichen Standards der Beschuldigtenposition aufgeweicht oder doch zumindest denjenigen der Gefahrenabwehr angenähert werden. Dabei muss

man berücksichtigen, dass die Entwicklungen weit fortgeschritten sind und möglicherweise faktisch notwendig, um mit neuen Kriminalitätsformen und Beweisformen Schritt halten zu können. Ebenso ist die Frage, ob die Standards bei herkömmlichen Beweismitteln nicht vergleichbare Defizite aufwiesen. Last not least ist es aber von zentraler Bedeutung, dass die Ursache des Problems in der Regel nicht das digitale Beweismittel ist. Vielmehr ist die Verlagerung des Beweiswürdigungsvorgangs der entscheidende Punkt. Diese häufig als ureigenste Domäne der Tatgerichte bezeichnete (Be-) Wertung der Beweislage könnte zunehmend durch Algorithmen oder von diesen gesteuerte KI ersetzt werden. Sollen diese Ergebnisse lediglich zur Gegenkontrolle menschlicher Entscheidungen dienen, oder wie die US Sentencing Guidelines zwingend bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden, so entstehen für die Gerichte zwar erhöhte Begründungserfordernisse, diese können jedoch zur Vermeidung von Wahrnehmungs- und Wertungsfehlern hilfreich sein. Vorausgesetzt, die Gerichte sind sich der in dem Algorithmus selbst potentiell angelegten Fehlerquellen und Verzerrungspotentiale bewusst.

Evidence gathering in the shape of mass-collected data has also gained considerable importance in German law enforcement practice. Nevertheless, Big Data analyses (still) still is more important than the use of specific AI, as this goes beyond the collection and analysis of the various data streams. A somewhat different picture emerges when looking at preventive threat defense. Here, AI is increasingly being used, especially in predictive policing, where it goes beyond retrograde analysis to make real predictions and thus anticipate human decisions (at least). In recent years, a new phenomenon has emerged: The same tools are being used in both security and law enforcement. This mixed situation arises primarily from the surveillance of "potential offenders" in the field of preventive counter-terrorism. What is new above all is that the legal requirements for their use in Germany are standardized almost identically. Another example from the area of general crime is the use of so-called "extended DNA analysis" (Forensic DNA Phenotyping - FDP). Here, too, the analysis of stored data on a large scale is only possible with algorithm-based programs that are equipped with specific

* Prof. Dr. Carsten Momsen leitet den Arbeitsbereich „Vergleichendes Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht“ an der Freien Universität Berlin. Auf der Grundlage dieses Textes hat der Verfasser am 12.11.2022 einen Vortrag auf der Arbeitstagung des Kriminalpolitischen Kreises in Würzburg gehalten. Änderungen auf der Grundlage der dortigen Diskussion sind in den Text eingeflossen. Die ursprüngliche Version wurde als Online-Publikation des Center for International Human Rights am John Jay College of Criminal Justice der City University New York (CUNY) veröffentlicht. Der Verfasser dankt für die Ermöglichung der weiteren Veröffentlichung.

search criteria and fed with so-called "learning data". This shows at the same time the human influence on the program: Design of the algorithm, selection of the learning data, selection of the decision and assignment criteria as well as the actual evaluation of the result with reference to the applicable decision (are 95% or only 99.9% agreement enough) are made outside of the data processing procedure by human actors. In this process, the action and assignment parameters of the previous level usually remain hidden from the subsequent level.

This raises the question of whether the individual-protective legal standards of the accused position, which are committed to the principle of proving individual guilt, are being softened or at least approximated to those of danger defense. It must be borne in mind that developments are far advanced and may be factually necessary to keep pace with new forms of crime and evidence. Likewise, there is the question of whether the standards for conventional forms of evidence did not have comparable deficits. Last but not least, however, it is crucial to note that the source of the problem is usually not the digital evidence. Rather, the shift in the process of evaluating evidence is the crucial point. This (evaluation) of the evidence, which is often described as the very own domain of the factual courts, could increasingly be replaced by algorithms or AI controlled by them. If these results are to serve merely as a cross-check of human decisions or, like the U.S. Sentencing Guidelines, are to be mandatorily taken into account in the decision-making process, this will create increased justification requirements for the courts, but these can be helpful in avoiding errors of perception and evaluation. Provided that the courts are aware of the potential sources of error and bias inherent in the algorithm itself.

I. Introduction

In law enforcement practice globally, Big Data analytics (still) play a greater role than the use of specific AI, insofar as this goes beyond the collection and analysis process of the various data streams. A somewhat different picture emerges when looking at threat prevention. Here, AI is increasingly being used, especially in the area of predictive policing, where it goes beyond retrograde analysis to make real predictions and thus (at least) predetermine human decisions. In recent years, a new phenomenon has emerged: the same tools are being used in both security and law enforcement. This mixed situation arises primarily from the surveillance of "threats" in the area of preventive counterterrorism. What is particularly novel is the fact that the legal requirements for use are standardized almost identically in Germany. Another example of this from the area of general crime is the use of so-called "extended DNA analysis" (Forensic DNA Phenotyping – FDP).¹

1. Changes in Central Areas of German Criminal Procedure

In addition to these structural aspects, the new technologies harbor specific risks. Some central potential dangers of the use of AI can be described with the key words "lack of understanding of processes," "lack of transparency," "lack of individual fairness," "promotion and reinforcement of existing inequalities," "lack of evaluation level," and "problem of trust-based decisions."² In addition, there are documented instances of discrimination and racism in algorithmic bias and datasets, behind which lie real social problems, including in law enforcement. The use of data analytics seems to make these problems at least more salient, as tendentious analyses can often still be tracked.

Bias can arise outside the analysis process performed by the AI, particularly by those involved in the design, process, and evaluation of data processing. In this context, the origin of such an error is de facto in the human domain – such as incorrectly or carelessly selected learning data or a lack of ability to interpret it properly. However, within the processes automated with the help of an AI, certain factors, such as the design of the algorithm based on certain assumptions and classifications, can also amplify, modify or distort the error. AI can increase the impact of errors or make them more difficult to detect. Multiple errors can occur, for example, because both the selection of the input data and the interpretation of the result of an analysis as evidence are not carried out appropriately.³ In the area of security and also law enforcement, they can lead to serious misinterpretations and misjudgments, such as the surveillance and prosecution of innocent people or the violation of elementary principles, e.g., the presumption of innocence.

2. Law Enforcement and Public Safety in Germany

In addition, there is a tendency to mix the tasks of the police – which, at least in Germany, are historically and constitutionally separate: preventive danger defense and reactive prosecution of criminal offenses. If the same tools and data sets are used in both areas, individuals and groups that were only classified as dangerous with a certain probability may automatically become suspects if corresponding crimes are committed. The overlap is clearly visible at the boundary between predictive policing and suspect investigation.

Central elements of criminal proceedings are being – one could call it – "policed". This applies, for example, to the concept and function of suspicion as well as to the concept, function and legal status of the accused.

¹ Momsen/Weichert, freispruch 13/2018, 37 f.

² Momsen/Rennert, KriPoZ 2020, 160 ff.

³ Momsen, in: FS Beulke, 2015, S. 871 f.; ders., in: FS Heintschel-Heinegg, 2015, S. 313 f.; ders., in: Beck/Meier/Momsen (Hrsg.), Cybercrime und Cyberinvestigations – Neue Herausforderungen der Digitalisierung für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, 2015, S. 67 ff.

3. Privatization and Internationalization of Criminal Proceedings

Another change is the increasing involvement of private institutions with their own (profit-oriented) interests in security and criminal justice that are not primarily committed to the common good. In the resulting relationship between private prosecutors and private suspects or defendants, fundamental rights apply only to a limited extent, even if one assumes the theoretical third-party effect. At the same time, this weakens the fundamental rights-related safeguards of individual rights, especially the position of the accused in criminal proceedings. Therefore, a new legal protection paradigm needs to be developed that is tailored to this changed situation. This is made more difficult by the fact that private actors are increasingly entering the playing field in positions that are central to investigations. For example, the companies that design the tools and program the algorithms, but also those that (have to) make the data they collect available for completely different purposes. These often have contractual relationships with data subjects, as do social media providers. Citizens are thus no longer confronted only with the state, but with an opaque mixture of state authority and private (de facto or contractual) power. In addition, due to the structure of private actors, but also due to the increasing exchange of data between national authorities, for example within the EU, many questions of individual rights protection are taking on an international component. In addition to national data protection law, international data protection regulations and agreements are therefore also gaining influence on law enforcement.⁴

4. Human Rights – a New Architecture of Procedural Rights?

If technologies are to be used responsibly, it is therefore necessary to design a newly coordinated set of institutions to safeguard individual legal positions in criminal proceedings.

Due to their international structure, human rights come into focus here. Human rights, as formulated in the classic form in the Universal Declaration of Human Rights in 1948, must be adapted to living conditions in a digitized environment. Human rights must also be addressed vis-à-vis private individuals (companies) when they become an inseparable part of the government's power structure or themselves act as a public authority vis-à-vis citizens who are in fact hierarchically subordinate.⁵ In part, this leads to a moderate reshaping of core rights such as privacy. In some cases, however, rights need to be reshaped to ensure vital access to digital resources. In some cases, European

legal systems are ahead of U.S. legal practice in this regard, particularly with respect to privacy and so-called fundamental IT rights. However, many human rights also need to be completely rethought to ensure that the ideas originally associated with them remain valid in the digital environment, as discussed in the inaugural white paper of this series on the concept of digital citizenship.

The problem of the human rights approach is also well known and touches on this discussion in various ways, as part of an emerging paradigm of digital citizenship outlined in the inaugural white paper in the CIHR-John Jay College - series.⁶ Assuming that human rights are recognized by most states, legal relationships between private actors, companies and users or otherwise affected parties, would also have to be included in the scope. Accordingly, a distinction must be made between those private actors who can invoke the protection afforded by human rights (legal entities) and those on whom a corresponding obligation to protect is to be imposed in parallel with state actors. The latter group in particular needs to be outlined. The manifold considerations and regulations on "Corporate Social Responsibility" (CSR) can be made useful here.⁷

II. Artificial Intelligence in Criminal Proceedings

1. Algorithm

An algorithm is generally described as "a finite sequence of well-defined, computer- implementable instructions, typically for solving a class of problems or performing a computation. Algorithms are always unique and are used as specifications for performing computation, data processing, automated reasoning, and other tasks."⁸

2. Selection of Incoming Data

Crucial to our analysis is that algorithms depend not only very much on proper design, but even more on the input data and the selection and selection criteria of that data. Secondly, it is important to keep in mind that the algorithm works with distinctive data/information and is very much oriented towards the largest number of funds (as the criteria match). As Richard Berk wrote, there have been a number of important recent developments that go far beyond the state of the art, even 5 years ago. Last but not least, context must be considered. For example, algorithm-based analytic tools will not meet the needs of decision makers if the context on the one hand and the consequences of prediction errors on the other are ignored. Particularly in the area of offender attribution, there is a great danger of falsification by biased selection criteria – often already due to "criminalistic experience" in the sense that

⁴ Excerpt *Klaas*, Internal Investigations and Information Sharing: The Coherence of Data Protection, Procedural Rights and Procedural Principles, 2020.

⁵ *Momsen/Willumat*, KriPoZ 2019, 323-337.

⁶ See the inaugural CIHR white paper on digital citizenship: "Towards a Concept of Digital Citizenship: AI and the Universal Declaration of Human Rights", <https://jjccihhr.medium.com/towards-a-concept-of-digital-citizenship-ai-and-the-universal-declaration-of-human-rights-e16f18492e2> (zuletzt abgerufen am 6.1.2023).

⁷ *Ambos/Momsen*, in: *Ambos/Momsen* (Hrsg.), Criminal Law Forum Special Edition: Human Rights Compliance and Corporate Criminal Liability, 2018; *Momsen/Schwarze*, in: *Ambos/Momsen* (Hrsg.), Criminal Law Forum Special Edition: Human Rights Compliance and Corporate Criminal Liability; *Momsen/Willumat*, KriPoZ 2019, 323-337; *Momsen/Rennert*, KriPoZ 2020, 160-172.

⁸ The Definitive Glossary of Higher Mathematical Jargon, online abrufbar unter: <https://mathvault.ca/math-glossary/#algo> (zuletzt abgerufen am 6.1.2023).

certain factors such as residential area, income, origin, for example, are placed in an objectively non-existent dependency relationship with the commission of crimes. Therefore, heuristic biases must be checked throughout the process.⁹ Starting with the design of the algorithm, taking into account the learning and input data, and last but not least the interpreting humans at the input, output and decision level. The same applies to recent controversies about racial bias in criminal justice prediction tools.¹⁰

3. Prognostic Decisions and Parole Decisions

One of the most problematic but relevant areas for the use of algorithms is probation predictions. They are of particular interest because the risk numbers closely resemble predictive policing. Richard Berk (2019) showed that the accuracy of parole predictions is difficult to determine, despite their widespread use. Even less is known about the accuracy of similar predictions in other criminal justice decision-making situations.¹¹ According to Berk, the most obvious obstacle is that too few forecasting procedures have been empirically evaluated. Even when serious evaluations are reported, it appears that they are often poorly conducted. For example, the same data are used to create and test a forecasting procedure. Such "double-dipping" has long been known to make forecasts appear more accurate than they actually are. As a result, the accuracy of criminal justice forecasts is still considered to be largely unknown and inconsistent.¹²

But efficiency seems to have increased. Recent advances in statistics and computer science are setting new standards for predictive accuracy, at least in principle.¹³ Apparently, the effort will be enhanced when these tools are combined with the increasing availability of very large data sets with hundreds of potential predictors. Regardless of how past criminal justice performance has risked predictions, it may now be possible to make much better predictions. This, however, again involves the relationship to privacy discussed above. This is all the more true when, outside of parole predictions, data are at stake under the protection of the presumption of innocence.¹⁴

4. Perception and Interpretation Errors

Another general problem, which seems likely to be exacerbated by the use of algorithms or AI, is the impact of only seemingly objective presumptions, biases. Like cognitive dissonance,¹⁵ these confounding factors have always challenged routine criminal risk predictions because of a lack of transparency and fairness. Especially in light of the selection of learning and control data used to feed AI-based systems, the causes of bias in the criminal justice

system need to be examined more closely. Against the backdrop of practices, particularly in the United States over the past decade, such as mass arrests, racial profiling, suspicionless stop and frisk, and, of course, the use of lethal force by police, the question arises as to how the use of AI may play out in this regard. Recent research shows that unanalyzed or inadequately analyzed risk predictions can make matters worse.¹⁶ Obviously, the risk of misinterpretation increases the more the process is automated and the less it is understood. Structurally, related problems are also evident in law enforcement in Germany.

III. Specific Impact of „Big Data” Processed and Analyzed with Algorithms/AI

1. Added Value of the Analysis of “Big Data” in Investigative Contexts

The basic conceptual understanding of "Big Data" contains four points: It is large amounts of data (volume) that have a different format (variety), move quickly (velocity), and have a pattern through which value can be created from the data (value). This added value can take many different forms. Currently, it is even more evident in its use by companies, especially in the IT sector. When talking about private companies as developers, producers, sellers or service providers of databases, tools or infrastructure, a currently underestimated but crucial new player enters both the police and law enforcement context. Crucial, even in the law enforcement context, is the ability to link different data resources to add value. Insofar as linking preventive police and criminal justice data is concerned, this can promote the aforementioned merging of the two areas.

2. Problems of Participation by Private Actors in Algorithm-Based Investigative Work

To the extent that private actors are now processing the data and, if necessary, making appropriate linkages, the following aspects are relevant: (1) Private companies are neither designed nor intended to improve the common good. In a capitalist economic system, they are designed to increase the profit of their shareholders. (2) They are not traditional addressees of fundamental or civil rights, and they have no formal duty to protect these rights – at least from a traditional perspective of these rights as defensive rights against state intervention. (3) In companies, lawsuits are often caused by a multitude of individual sub-decisions. Criminal imputability threatens to fade away within a structure of "organized irresponsibility." (4) Private companies own the architecture and design of algorithmic tools as intellectual property. The protection of

⁹ Berk, Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings, 2019, S. 6, 7.

¹⁰ Courtland, Nature 558 (2018), 357-360; Berk, Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings, 2019, S. 7.

¹¹ Skeem/Monahan, Current Directions in Psychological Science (2011) 21(1), 38-42; Berk, Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings, 2019, S. 7.

¹² Berk, Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings, 2019, S. 7.

¹³ Berk, in: Hagan/Schepple/Tyler (Hrsg.), Annual Review of Law and Social Science (2008) 4, 173-192.

¹⁴ Berk, Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings, 2019, S. 7; Kahneman/Slovic/Tversky, Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases, 1982, S. 3-22 (overview).

¹⁵ Momsen/Washington, in: FS Eisenberg, 2019, S. 453 ff; Richardson/Goff, Self-Defense and the Suspicion Heuristic, Iowa Law Review, Vol. 98 (2012), 293 ff.; Kahnemann, Thinking, Fast and Slow, 2012.

¹⁶ Berk, Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings, 2019, S. 7-8.

this property allows them, to a large extent, not to disclose it to the public or to users.

Most "predictive policing" tools are not primarily used¹⁷ to predict specific crimes by their original algorithm-design, but to focus on specific groups of addressees, customers, or voters. For many companies, the specific advantage lies primarily in collecting and evaluating as much data as possible about consumer behavior in order to promote an advertising message or service tailored to the individual. The necessary data can be collected by the company itself by storing, evaluating and later analyzing the ordering behavior of individual users. On the other hand, the services of other companies that have easy access to large amounts of personal data, such as Google and Facebook, can also be used for this purpose. Since the latter companies offer most of the services to end consumers without any financial consideration, the business model is essentially based on the profitable marketing of the collected data.

Accordingly, the added value for companies is created not only by the mere collection of raw data, but also by the subsequent processing and sale of the knowledge gained. The processing is done by rule- or example-based algorithms, i.e., the behavior of consumers on the Internet is analyzed by an algorithm that is either based on certain rules defined by the creator of the algorithm or recognizes a certain buying behavior based on empirical values. These preconditions can, in the worst case, lead to various confounding variables if the analysis tool designed for a different purpose is used in the field of law enforcement, where a large number of economically interesting criteria from the social sphere are not likely to be included in the analysis due to the presumption of innocence, among other things.

3. Big Data in Criminal Investigations

Algorithm-supported data analyses are used outside the field of criminal law in the legal sector, for example to reduce the effort involved in due diligence processes as part of corporate acquisitions. For this purpose, algorithms are used to search in digital documents and so-called red flags are recognized on the basis of empirical values. The microanalysis of voter data to predict and influence their future voting behavior (as in the case of Cambridge Analytica)¹⁸ presents possibly the best transitional use case to full "predictive policing." Obviously, this technique has good theoretical applications in law enforcement as well. Dataset analysis is shaping contemporary policing: sample-based algorithms are admittedly currently used primarily to predict the likelihood of committing crimes according to certain spatial criteria. Add DNA analysis, especially the newly added "advanced DNA analysis" (so-called "forensic DNA phenotyping"),

and a smooth transition to law enforcement becomes apparent. The predictive criteria are equally suitable for offender profiling. At the same time, the redundancies involved are obvious: if the same data were evaluated using the same methods and criteria, there would be a certain danger of generating suspects for future offenses for oneself and also automatically prosecuting them as potential offenders later on, a form of "self-fulfilling prophecy."¹⁹

4. Flawing the Presumption of Innocence – German Constitutional Questions

The AI-supported analysis of "Big Data" makes it possible, for example, to monitor people in real time and theoretically almost completely, for example by using video cameras and smartphone data with communication and location information. But human-generated data can provide information about more than just the present or the past. By correlating past behavior with statistical probabilities, Big Data can (presumably) predict future behavior or estimate the dangerousness of places, e.g., probability of home burglaries in certain areas. Thus, two processes become relevant for criminal law consideration: first, the collection of data and, second, the use of the collected data for criminal proceedings.

Police work can already come into conflict with the presumption of innocence when collecting data. A restriction of the presumption of innocence is initially present if proportionality is not maintained. This can occur in particular when data on unsuspected persons is accessed too extensively and too intensively in order to obtain a quantity of data capable of analysis. "Big Data" is, however, by definition only meaningful if as much data as possible is available. Therefore, measures taken on the basis of "Big Data" must be reviewed for their proportionality. This applies to a greater extent in the case of AI-supported data analysis, since data of suspected and unsuspected citizens are used indiscriminately.²⁰ To this extent, the presumption of innocence is indeed modified at this level, since data collection and analysis are already genuine investigative measures that address groups of people formed according to certain criteria – independent of a specific suspicion of a crime and thus independent of its basis, the principle of individual guilt.

In the case of measures taken in the context of criminal prosecution or averting danger, a conflict of fundamental rights with, for example, the secrecy of telecommunications standardized in Article 10 of the German Constitution or with the fundamental right to freedom, Article 2 of the Basic Law, is conceivable. According to the three-sphere theory developed by the Federal Constitutional Court, interference with the closest sphere of the person, the intimate sphere of private life, is not permissible. In the opinion of the Federal Constitutional Court, this also includes the prohibition of total surveillance, as this would

¹⁷ In Germany, too, the first steps in this direction have been taken, for example by companies such as Palantir.

¹⁸ *Wisser*, American Criminal Law Review Vol. 56, S. 1811 ff.; *Wylie*, Mindf*ck: Cambridge Analytica and the Plot to Break America: Inside Cambridge Analytica's Plot to Break the World, 2019.

¹⁹ *Završnik*, Big Data, Crime and Social Control (Routledge Frontiers of Criminal Justice), 2018.

²⁰ *Završnik*, Big Data, Crime and Social Control (Routledge Frontiers of Criminal Justice), 2018.

per se constitute an encroachment on the core area of the right of personality.²¹ On the other hand, the police have unrestricted access to a wide variety of areas, such as openly accessible social media activities. This creates an intermediate area in which core area information is comparatively easily accessible and may even be made available – albeit with a different purpose – by those authorized to access it, at least to a limited group of people. Within the intermediate area, the requirement of proportionality applies:

"The reason for the absolute protection of a core area of personality development lies in the fact that people are given the opportunity to deal with their own ego in a final space of retreat without having to fear that the state authorities will monitor this. Thoughts are basically free, because thinking is a condition of existence for human beings.²² These thoughts lack in themselves the community reference, which lies outside the core area of personality development."²³ For those readers who are not familiar with German constitutional law, the so-called diary decision of the Federal Constitutional Court is of interest. The court had to decide whether and which records in a hidden diary belonged to the most intimate sphere and therefore remained closed to the police taking of evidence. As a result, a diary was generally considered to belong to the most intimate sphere. However, the court made an exception: if it contains thoughts or sufficiently concrete fantasies about the intention to commit serious crimes, these records belong to the intermediate sphere and are accessible to police investigations.²⁴

It follows that no absolute protection applies to the police when investigating criminal acts. The same also applies to the planning of future criminal acts. The weighing of interests therefore takes place both in the area of police law and in criminal proceedings according to the criterion of proportionality.²⁵ The Federal Constitutional Court has developed additional fundamental rights for IT-based measures and the handling of data. For example, in the so-called census ruling, in which it derives from Art. 1 in conjunction with

Art. 2 GWB, the right to informational self-determination is derived: "A social order and a legal order that make this possible would not be compatible with the right to informational self-determination, in which citizens can no longer know who knows what, when and on what occasion about them. Those who are uncertain whether deviant behavior will be noticed at any time and permanently stored, used or passed on as information will try not to be noticed by such behavior. This would not only impair the development opportunities of the individual, but also the common good, because self-determination is an elementary functional condition of a free democratic community

based on the ability of its citizens to act and participate. Further protection follows from this.

Under the modern conditions of data processing, the free development of personality requires the protection of individuals against the unrestricted collection, storage, use and disclosure of their personal data.²⁶ 2006, the Federal Constitutional Court recently ruled with regard to the proportionality of investigative measures that, for example, a dragnet is only permissible if high-ranking legal interests are affected, because otherwise the encroachment on the right to informational self-determination of an indeterminate number of citizens cannot be justified.²⁷

5. Changing Concept and Function of Suspicion, the Presumption of Innocence and the Shifted Position of the Defendant in German Criminal Proceedings

As discussed above, the application of the same criteria for individualizing probable dangers and threats as in the prosecution of criminals can lead to the presumption of innocence in criminal investigations being overridden by an attribution of presumptive suspicion to members of particular groups or individuals. In particular, this leads to a problem of proportionality between suspicion and investigation. Insofar as suspicion is replaced by a statistical parameter, it is defined merely in terms of abstract probability parameters. Within this realm, because completely unsuspecting persons are inevitably also covered by the data analysis, the presumption of innocence becomes a kind of presumption of guilt or, to be more precise, the prognosis that takes its place serves, under certain circumstances, to legitimize otherwise inadmissible encroachments on fundamental rights. Thorburn has stated in this regard that profiling schemes lead to the most serious normative challenges of all. These schematized assignments of an accused status or suspicion not only involve the collection of masses of data, much of it without the consent of the person being monitored, but also jeopardize another central concern of criminal law: the presumption of innocence.

Although the creation of probabilistically based categories of suspicion does not in itself formally abrogate the presumption of innocence in procedural law terms, it does threaten the normative foundations on which that presumption rests. The presumption of innocence is fundamentally a normative obligation of the criminal justice system to treat everyone as a free agent, even if they behave in ways that are wholly inconsistent with their prior behavior. Regardless of what actuarial tables tell us about a particular person, the criminal justice system is obligated to treat each person as if we knew almost nothing about his or her past and to require the prosecution to prove beyond a reasonable doubt that he or she actually

²¹ BVerfGE 65, 1 ff., 41 ff. As well as clarification of the basic concept of the right of personality as a constitutional fundamental right.

²² Cf. the "dissenting votes" of Mahrenholz, Böckenförde, Grafhof and Franßen, who argue for a constitutional violation, in BVerfG, Urt. v. 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87 = BVerfGE 80, 367 (381).

²³ BVerfGE 80, 367. In the event of a tie vote, no violation of the Constitution was established.

²⁴ BGH, Urt. v. 22.12.2011 – 2 StR 509/10.

²⁵ Frase/Momsen/Washington/O'Malley, in: Ambos et al. (Hrsg.), Core Issues in Criminal Law and Criminal Justice, Volume 1, 2020, S. 213 ff.

²⁶ BVerfGE 65, 1 ff., 43.

²⁷ BVerfGE 115, 120 ff.

committed the specific acts of which he or she is accused.²⁸ Criteria such as association with dubious characters, membership in suspicious organizations, and even prior convictions are generally not taken into account in the assessment of suspicion - because in each case they tend to color our judgment of the defendant's guilt, even though, strictly speaking, they are not evidence of his guilt in terms of the specific crime being investigated.²⁹

6. Towards a Probabilistic Concept of Suspicion

Conflicts with the presumption of innocence are mainly due to the measurement of the data in a statistical probability. Since, in the context of security law, the police intervene before the crime is committed, a "false positive detection", although a statistical exception, is practically a constant occurrence, especially in so-called predictive policing, e.g. in the context of "dangerous person detection". Innocent people can thus become the target of preventive police action, even if they never intended to commit a crime. According to recent studies, this can lead to certain population groups being viewed as suspicious more often than others, i.e. discriminated against.

The use of AI and algorithms in data analysis can even reinforce such discriminatory tendencies, whom the selection of learning and comparison data already suffers from corresponding biases. Thus, with respect to DNA analysis, Pfaffelhuber, Lipphardt et. al. demonstrated in an empirical study of the influence of ancestry-related marker selection that algorithmic computation can produce significant amplification effects with respect to these erroneous prior assumptions. They used feature selection theory from statistical learning to obtain AIMsets for BGA inference. Using simulations, they were able to show that this learning procedure works in several cases and outperforms ad hoc methods based on statistics such as FST or informativeness for selecting AIMs.

By applying their method to data from the 1000 Genomes Project, they identified an AIMset of 12 SNPs that, like other published AIMsets, yields a vanishingly small misclassification error at the continental level. In fact, cross-validation shows that there are a variety of sets with comparable performance to the optimal AIMset. On a subcontinental scale, we then find a set of 55 SNPs to distinguish the five European populations. The misclassification error is reduced by a factor of two compared to the published AIMsets, but is still 30% and therefore too large to be useful for forensic applications.³⁰ Law enforcement actions are unlikely to be legitimate on this basis. The problem becomes obvious: the result depends very much on the purity of the learning data. Literally, the more unique the learning data, the better algorithms seem to work. Black is good, white too, but brown is not. Put simply and pro-

vocatively, since the algorithm seems to learn better with black and white, it is very likely to later work with criteria that previously matched white and (or more likely) black subjects. The attribution of propensity to danger or suspicion may then quickly prove to be merely self-referential and highly biased.

7. Merging with Security Law and Dismantling Defendants' Rights

As explained, the use of Big Data and AI seems to dissolve the traditional concepts and categories of criminal law of guilt. As such, this is not a priori an argument against the use of modern techniques in criminal prosecution. What remains decisive is that certain threshold values must be reached in criminal investigations in order to legitimize investigative measures that sometimes intensively interfere with the human and civil rights of defendants. In this respect, it makes sense to continue to use the differentiated and elaborate concepts of suspicion and the accused and to transfer their core content to modern investigative methods.

As a control consideration, one might imagine that at the end of the data analysis, all criteria can be matched for 10 individuals. What level of suspicion is required, and what level of evidence is required? Is it sufficient if it relates to a group of people, or must it be directed against a specific individual?³¹ What is the effect if, although it is indisputable that only one person could have committed the act himself, after the analysis all of them are considered as perpetrators with equal probability? Does suspicion in the criminal law sense arise in this way and can a person become an accused on the basis of such analyses? Will they all be given the necessary teachings and allowed to exercise a full right to silence? Or would it not be much more likely that they would be seen only as suspects to be investigated as if they were perpetrators, but not as defendants with legal authority to actively weaken the case, not only by gathering exculpatory evidence? If so, the likelihood analysis would directly result in the actual persons being considered as defendants, being deprived of key rights.³²

In order to answer the question of whether the concepts of the methods are so similar that the danger prognosis automatically leads, or at least there is a high probability, that the person brought into focus in the context of the danger prevention methods can also be regarded as a suspect of concrete criminal acts at the same time only on the basis of these prognosis methods, it must be compared to what extent the various methods from both areas of law are consistent and whether the methods can be applied independently of each other at all. Studies on this are still pending.

²⁸ Vgl. dazu auch Berk, Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings, 2019, S. 116 ff., 128 ff.

²⁹ Thorburn, in: Sullivan/Dennis, Seeking Security. Pre-Emptying the Commission of Criminal Harms, 2012, S. 32.

³⁰ Pfaffelhuber/Grundner-Culemann/Lipphardt/Baumdicker, Forensic Science International: Genetics, Volume 46, May 2020, online abrufbar unter: <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2020.102259> (zuletzt abgerufen am 5.1.2023); Bown, The criminal justice system as a problem in binary classification, 2018, S. 9, 10.

³¹ Momsen/Rennert, KriPoZ 2020, 160 ff.

³² Momsen/Rennert, KriPoZ 2020, 160 ff.

8. Algorithmic Fairness

Of central importance is whether AI in law enforcement can translate the category of fairness.³³ Elements of such "algorithmic fairness" would be the development of formal fairness criteria and accuracy measures, as well as standards for accuracy, transparency, and validity of analyses.³⁴ It must also be examined whether the use of these instruments leads to area-specific risks of discrimination and bias. For example, since in criminal cases neither the intermediary procedure nor the main trial structure ensure effective review of possible investigative errors, provided that in many cases there is an overconfidence in the impartiality of investigators,³⁵ the risks could theoretically be reduced when AI is used in the context of retrospectively analyzing criminal justice. If, on the other hand, the same databases and algorithms are used as for threat prediction, amplification effects could occur on the contrary.

Thus, discriminatory sampling of learning data in the predictive policing phase will introduce biases. These biases are adjusted and extrapolated (as self-fulfilling prophecies or "slippery slopes"³⁶) in a police-led criminal investigation. The decisive factor may be whether the original algorithm-based evaluation procedures are (or can be) verified or whether it remains unclear who designed the learning data with which standards or who determined the evaluation criteria with which individual errors.

Since fairness itself cannot be defined in a binary structure, but in only ethical or philosophical ways,³⁷ developers of appropriate analytic tools need to think in a utilitarian mode that goes beyond abstract concepts of fairness and focuses on the clearly defined outcome goals of algorithms designed for specific contexts. This requires a case-based approach - identifying a set of test problems against which algorithmic outcomes can be evaluated - in context.³⁸ Russel, for example, emphasized that algorithms and AI systems are "authored texts"³⁹, "written by individuals and carrying with them the implicit values, biases, and ideologies of their authors."

9. Paradigm of AI in Law Enforcement

AI can be characterized as "the ability of a system to correctly interpret external data, learn from that data, and use that learning to achieve specific goals and tasks through flexible adaptation."⁴⁰ Partially defined somewhat more broadly, AI deal with intelligent behavior in artifacts. Intelligent behavior, in turn, is said to involve perception, reasoning, learning, communication, and action in complex environments.⁴¹ Or they may be defined as "intelligent agents," i.e., any device that perceives its environment and performs actions that maximize its chance of successfully achieving its goals.⁴² The term "rational agent" is also used.⁴³ The definitions of algorithms and AI thus differ in one key respect, the attribution as an agent.

In this function as a decision agent, an AI appears to make decisions instead of a human individual. This conceptually allows for an AI to make decisions over other humans or by interfering (assisting) in human decision-making processes. The "loop model" of decision making can be used to differentiate whether AIs integrate humans into the decision process, keep them out of the process, or even subordinate them to the *decision*.⁴⁴ It is clear that whoever is outside the process cannot be a subject of decision making. The objects of such decisions do not see through the process and can be relatively easily disinformed or misdirected by fake news and information.⁴⁵ Obviously, this opens up a wide space to discriminate against disadvantaged populations or individuals. Whereby the disadvantage does not necessarily have to be systemic, but can already arise from the opacity of the decision design of the AI.

IV. Black Box Effects: AI and Law Enforcement

How will AI be used? Once we reach the point where decisions are made by non-human decision makers (a.k.a. machines), we could focus on the design of the algorithm and the selection and compilation of learning data and baseline information. Given that we have not yet reached this point in criminal justice, human decision makers are

³³ *Barabas*, Beyond Bias – Re-imagining the Terms of Ethical AI in Criminal Law, 2019, S. 19-20.

³⁴ *Barabas*, Beyond Bias – Re-imagining the Terms of Ethical AI in Criminal Law, 2019, S. 1.

³⁵ *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg, S. 453 f.

³⁶ *Momsen/Weichert*, freispruch 13/2018, 37 f.

³⁷ It is agreed, since there are some decisions to be made by human beings, which are at least the core of legal thinking. These choices cannot be expressed in binary terms because they are deliberative. See *Simoiu/Corbett-Davies/Goel*, The Annals of Applied Statistics, 11:3, 1193-1216, cited by *Russell/Akkiraju*, Put AI in the Human Loop, 12-2019, HICSS Workshop-AI-and-Bias, S. 7.

³⁸ *Russell/Akkiraju*, Put AI in the Human Loop, 12-2019, HICSS Workshop-AI-and-Bias, S. 7.

³⁹ *Caliskan-Islam/Harang/Liu/Narayanan/Voss/Yamaguchi/Greenstadt*, De-anonymizing programmers via code stylometry, 24th Usenix Security Symposium, USENIX, cited by *Russell/Akkiraju*, Put AI in the Human Loop, 12-2019, HICSS-Workshop- AI-and-Bias, S. 7.

⁴⁰ *Poole/Mackworth/Goebel*, Computational Intelligence und Knowledge, 1998, S. 1, online abrufbar unter: <http://people.cs.ubc.ca/~poole/ci/ch1.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.1.2023).

⁴¹ *Malouf*, Artificial Intelligence: An Introduction, 2017, online abrufbar unter: <http://people.cs.georgetown.edu/~malouf/cosc270.f17/cosc270-intro-handout.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.1.2023).

⁴² *Poole/Mackworth/Goebel*, Computational Intelligence und Knowledge, 1998, S. 1, online abrufbar unter: <http://people.cs.ubc.ca/~poole/ci/ch1.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.1.2023).

⁴³ *Russell/Norvig*, Artificial Intelligence: A Modern Approach (2nd ed.), Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2003, online abrufbar unter: <http://aima.cs.berkeley.edu> (zuletzt abgerufen am 5.1.2023).

⁴⁴ Lecture by *Hin-Yan Liu* (Associate Professor in the Faculty of Law at the University of Copenhagen and director of the Center for International Law, Conflict and Crisis) at John Jay College of Criminal Justice (CUNY), Center for Criminal Justice Ethics and Center for International Human Rights, New York, v. 6.3.2020, in: Human Rights, Digital Society and the Law: A Research Companion, Chapter: 5, S. 75-86, online abrufbar unter: https://www.researchgate.net/publication/326991445_The_Digital_Disruption_of_Human_Rights_Foundations (zuletzt abgerufen am 6.1.2023).

⁴⁵ *Wylie*, Mindf*ck: Inside Cambridge Analytica's Plot to Break the World, 2019, provides a political ethics engineering perspective on right-wing authoritarianism, disinformation, agency and self-determination, and challenges to democracy and elections.

an important part of decision making.⁴⁶ Therefore, the interaction between human AI preparation, non-human decision preparation (AI), and human decision making provides the framework for analysis;⁴⁷ there is therefore no precise differentiation between "artificial intelligence" and other data-driven decision-making regimes in criminal law. The discourse on artificial intelligence in, for example, the (U.S.) criminal justice system encompasses a hodgepodge of computational technologies ranging from decades-old practices to machine learning algorithms that were not possible before the era of "Big Data."⁴⁸ Broadly speaking, these technologies are a mix of new and old statistical methods that measure the strength of associations between a set of data points and an outcome. These techniques are correlational at their core - their results are typically in the form of probabilistic distributions that are read as forecasts or predictions of future events. In criminal justice, the data used to build these statistical models is typically administrative information collected by local police departments and court administrators and then interpreted using probabilistic computational methods.⁴⁹

In many cases, it seems difficult for legal users to understand, calculate, or even reconstruct the operations performed by the AI.⁵⁰ In view of this, the AI is given some specific authority in decision making. As long as there is no user who would actually be able to monitor the decisions made by the AI, the decision-making process cannot be efficiently challenged. In legal terms: there is no viable argument and factual basis to challenge this decision. This problem becomes apparent, for example, when an attempt is made to file appropriate motions for evidence. Since these are only intended to create the basis for uncovering errors, no concrete evidentiary error can yet be named. The request can be treated as a mere request for evidence or, after the 2018 reform of Section 244 of the German Code of Criminal Procedure, almost certainly be rejected as a so-called "request for evidence in the blue" without further justification.

Another problem that is very common in legal classification by AI also occurs in our context: the fuzziness of causality or the resolution of attribution. Insofar as the evaluation process of AI cannot be traced, there is, as it were, a black box in the middle of the criminal attribution process and the criminal attribution process. The use of AI to investigate suspicion can sever the chain of causation or attribution of responsible human action. In the substantive area of criminal product liability law, it is well known that it is often impossible to hold a specific person on the manufacturer's or seller's side responsible for accidents involving automatic vehicles because it is not possible to trace why the decision-making process was flawed. In some cases, the decision that violates legal interests is not, strictly speaking, faulty, but rather logical for an AI based on programmed assumptions, such as the greatest benefit for the greatest number of people. The ethical problem addressed in the context of fairness. This has its counterpart in the attribution of suspicion: as long as the learning and basic data are not known and their selection criteria are not disclosed, as long as the analysis and decision-making process cannot be deciphered, the attribution of the accused position solely on the basis of an AI-based analysis process is a violation of the presumption of innocence.

Moreover, since doubtful decisions cannot be mapped in a binary structure, recidivism predictions are also hardly possible in a constitutional manner. Accordingly, for the time being, AI can only be used in the area of criminal prosecution for cross-checking human decision-making processes. The complete relocation of criminal law evaluation decisions or the replacement of human decisions by AI-based decision-making regimes would be most likely unconstitutional in this respect, in the German context. However, the first step has to become aware of the potential biases and risks of the algorithm in general and the tool used in the specific case in particular. Therefore, legal and technical tools have to be designed to enable the defense in particular to prove the tools used for the decision-making of the courts.

⁴⁶ Foucault, *Power/Knowledge: Selected Interviews and other Writings, 1972-1977* (1980); Murakawa, *The First Civil Right: How Liberals Built Prison America*, 2014; Muhammad, *The Condemnation of Blackness*, 2011; Platt, "Street" Crime – A View from the Left, *Soc. Justice J. Crime Confl. World Order* 26 (1978); more: Barabas, *Beyond Bias: Re-imagining the Terms of "Ethical AI" in Criminal Law*, 2019, S. 4.

⁴⁷ Barabas, *Beyond Bias: Re-imagining the Terms of "Ethical AI" in Criminal Law*, 2019, S. 4.

⁴⁸ Brayne, "Big Data Surveillance: The Case of Policing," *American Sociological Review* 82, no. 5 (2017), 977–1008.

⁴⁹ Ferguson, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, NYU Press, 2017.

⁵⁰ Coleman, *A Human Algorithm*, 201, S. XVII-XXII; Bostrom, *Are you living in a computer simulation?* *Philosophical Quarterly* (2003) Vol. 53, No. 211, S. 243-255, online abrufbar unter: <https://www.simulation-argument.com/simulation.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.1.2023); Pfaffelhuber/Grundner-Culemann/Lipphardt/BaumdiCKER, *Forensic Science International: Genetics*, Volume 46, May 2020, 102259, online abrufbar unter: <https://doi.org/10.1016/j.fsi-gen.2020.102259> (zuletzt abgerufen am 5.1.2023).

Die Erweiterung des § 130 StGB

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Abstract

In einem ungewöhnlich erscheinenden, praktisch aber nicht unüblichen und schon gar nicht unzulässigen sogenannten „Omnibus-Verfahren“ hat der Deutsche Bundestag am 20.10.2022 eine Ergänzung des § 130 StGB beschlossen. Ein neuer Absatz 5 wurde eingeführt, die bisherigen Absätze 5 bis 7 rücken jeweils eine Stelle weiter. Strafbar soll es künftig sein, in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise, die zudem geeignet ist zu Hass oder Gewalt gegen bestimmte Personengruppen oder deren Angehörige aufzustacheln, völkerstrafrechtliche Verbrechen zu billigen, zu leugnen oder gröblich zu verharmlosen. Die Tat muss in einer Versammlung oder öffentlich oder mittels Veröffentlichung von Inhalten (§ 11 Abs. 3 StGB) ausgeführt werden. Aktuelle Ereignisse sind wie so oft am Entstehungsprozess des jungen Gesetzes maßgeblich beteiligt. Daher überrascht es nicht, dass die Kontroversen in der Gesellschaft über das kriegerische Geschehen in der Ukraine auf die Vorschrift übergreifen und diese auch von Diskutanten ins Visier genommen wird, die sich durch Mangel an juristischem Sachverstand nicht von unqualifizierter Kritik der Regelung abhalten lassen.

In an unusual-seeming, but in practice not unusual and certainly not inadmissible so-called "omnibus procedure", the German Bundestag passed an amendment to Section 130 of the German Criminal Code (StGB) on October 20, 2022. A new paragraph 5 was introduced, and the existing paragraphs 5 to 7 were each moved up one place. In future, it will be a criminal offense to condone, deny or grossly trivialize crimes under international criminal law in a manner that endangers public peace and is also likely to incite hatred or violence against certain groups of people or their relatives. The act must be carried out in a meeting or publicly or by means of publication of content (Section 11 (3) StGB). Current events are, as so often, instrumental in the process of creating the young law. Therefore, it is not surprising that the controversies in society about the warlike events in Ukraine spill over to the provision and that it is also targeted by discussants who do not let a lack of legal expertise prevent them from unqualified criticism of the provision.

I. Einleitung

Nahezu „unbemerkt und ohne längere Beratungen“ – so Hasso Suliak auf LTO am 21.10.2022¹ – hat der Bundestag am späten Abend des 20.10.2022 eine Erweiterung der

Strafvorschrift zur Volksverhetzung (§ 130 StGB) beschlossen. Nicht nur diese Verfahrensweise, sondern vor allem der Inhalt des neuen Absatzes 5 ruft Kritik und Besorgnis hervor. Aus Wissenschaftlerkreisen wird eine inakzeptable Beeinträchtigung ihrer Forschungstätigkeit, also ein zu weitgehender Eingriff in das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) gerügt. Konkret: ein Historiker könne nicht mehr ohne Strafbarkeitsrisiko seine Forschungsergebnisse veröffentlichen, wenn diese die Feststellung enthielten, dass ein bestimmtes historisches Ereignis entgegen der in Politik, Justiz und Gesellschaft vorherrschenden Ansicht kein Völkermord oder kein Kriegsverbrechen gewesen sei. Hingewiesen wird des Weiteren auf Gefahren für die Demokratie durch Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG). Die Äußerung vom „Mainstream“ abweichender Meinungen werde mit der Androhung von Strafe unterdrückt. An die Stelle des für eine lebendige Demokratie essentiellen kontroversen Diskurses trete der Schein von Konsens, Schweigen statt Widerspruch, erzwungen durch Einschüchterung. Politisch Andersdenkende würden „mundtot“ gemacht.

Nicht nur wird damit Macht und Einfluss des Strafrechts überschätzt. Auch wird den die staatliche Machtausübung begrenzenden und die Freiheit der Bürger schützenden Schranken des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts zu wenig Vertrauen entgegengebracht. Die an die Wand gemalten Gefahren für verfassungsrechtlich garantierte Freiheiten dürften übertrieben sein. Denn die zu überwindenden Hürden vor der Feststellung einer Strafbarkeit durch Staatsanwaltschaft und Strafgericht sind hoch. Michael Kubiciel hat das im „Verfassungsblog“ vom 27.10.2022² überzeugend dargelegt. Als Wissenschaftler kann ich mir selbst keinen Fall praktischer Forschung oder Lehre vorstellen, in dem mir zur Ausübung meines Berufes keine andere Ausdrucksform zur Verfügung steht, als die, welche nunmehr in § 130 Abs. 5 StGB pönalisiert sind. Abgesehen davon gibt es noch § 86 Abs. 4 StGB, auf den § 130 Abs. 8 StGB verweist. Auch sollte jeder, der anderen seine Meinung kundtun will, in der Lage sein, dafür Worte zu finden, die ihn auf Abstand halten zur Strafzone des § 130 Abs. 5 StGB. „Gröblich“ verharmlosendes Reden über Völkermord oder andere abscheuliche Verbrechen kann beim besten Willen nicht durch Grundrechte für unantastbar durch hoheitliche Abwehrmaßnahmen erklärt werden.

* Prof. Dr. Wolfgang Mitsch ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ Online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/volksverhetzung-voelkermord-kriegsverbrechen-groeblich-verharmlosen-billigen-leugnen-130-stgb-holocaust/> (zuletzt abgerufen am 12.1.2023).

² Online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/welcher-skandal/> (zuletzt abgerufen am 12.1.2023).

Zwar sollten verblendete Verschwörungstheoretiker und Wirmköpfe nicht mit *Hegel* „als Vernünftige geehrt“ werden. Es ist aber grundsätzlich richtig, dass der Staat gesellschaftlichen Fehlentwicklungen dieser Art mit seinem schärfsten Schwert begegnet. Das heißt jedoch nicht, dass die Strafvorschrift keinen Anlass zu kritischen Bemerkungen gibt. Dafür sorgte § 130 StGB schon vor der aktuellen Erweiterung. Und der neue Absatz 5 trägt nicht zu einer Verbesserung des Gesamterscheinungsbildes dieser Strafvorschrift bei.

II. Rechtsgut

Ein einheitliches Rechtsgut „der Volksverhetzung“ zu definieren ist angesichts der Unterschiedlichkeit der Tatbestände in den bisher fünf und nunmehr sechs tatbestandsbeschreibenden Absätzen nicht möglich. Der „öffentliche Frieden“, der so etwas wie die Klammer um die Tatbestandsvarianten genannt werden kann,³ dürfte sich als Antwort auch auf die Frage nach dem Schutzgut des neuen Absatz 5 aufdrängen. Gewonnen ist mit einem derart vagen Begriff indessen nicht viel. Da das Strafrecht überhaupt nur dem Schutz elementarer Individualgüter dient und dies auch für Strafvorschriften gilt, die vordergründig sogenannte „überindividuelle Rechtsgüter“ schützen,⁴ muss die Volksverhetzung als ein Delikt verstanden werden, das in irgendeinem Zusammenhang mit der Beeinträchtigung von Leben, Gesundheit und Freiheit der Bürger steht.⁵ Da dieser Zusammenhang freilich sehr lose ist und die Deliktsbegehung sich im weiten Vorfeld der Rechtsgutsverletzung ereignet, beruhigen wir uns – wie wir das bei kaum erkennbarem Individualgutsbezug immer tun⁶ – mit der Abstempelung als „abstraktes Gefährdungsdelikt“.⁷ In Beziehung zu den durch das Zwischenrechtgut „öffentlicher Frieden“ verdeckten Individualgütern ist diese Qualifizierung gewiss unrichtig. Durch Billigen, Leugnen oder Verharmlosen wird niemand verletzt oder gar getötet. Volksverhetzung ist kein abstraktes Lebens- oder Gesundheitsgefährdungsdelikt. Abstrakt gefährdet wird der öffentliche Frieden selbst. Von den Individualrechtsgütern ist das tatbestandsmäßige Handeln viel weiter entfernt, als dies der Deliktsgattung „abstraktes Gefährdungsdelikt“ entspricht. Beharrt man also darauf, dass Strafrecht ohne einen Schutzeffekt zugunsten von Individualrechtsgütern keine Legitimität hat, muss man eine Tatbestandsform anerkennen, die Verhaltensweisen im Vorfeld des Zwischenrechtsguts, also gewissermaßen im Vor-Vorfeld der Individualgutsbeeinträchtigung, erfasst. Diese sehr weite Strafbarkeitsvorverlagerung hat ein großes Akzeptanzproblem, das sich aber von selbst erledigt, je länger Vorschriften wie § 130 StGB existieren und durch den mit der Zeit wachsenden Gewöhnungseffekt gegen Kritik abgeschirmt werden.

III. Strafbarkeitsvoraussetzungen

1. Allgemeines

Für Liebhaber sprachlicher Eleganz und Klarheit, Eigenschaften, die auch juristische Texte und sogar der Wortlaut von Gesetzen haben können, ist § 130 StGB nicht gerade ein Leckerbissen. Mit den schon länger existierenden Bestandteilen der Norm hat man sich abgefunden und deren Struktur und Inhalt halbwegs erfasst, sodass das Verstehen des neuen Absatzes an sich gelingen sollte. Indessen muss der Verfasser des vorliegenden Textes gestehen, dass er das Gestrüpp der Strafbarkeitsvoraussetzungen noch nicht ganz durchschaut und immer wieder aufs Neue zum Lesen ansetzen muss, um zu begreifen, was alles Einfluss auf Strafbarkeit nach dieser Norm hat. Die Deliktsbeschreibung ist äußerst komplex, das mit Worten gezeichnete Tatbild flimmert vor dem Auge des Betrachters, dessen Beschäftigung mit dem Strafrecht mehr mit Mord und Totschlag, Diebstahl und Betrug als mit Volksverhetzung zu tun hat. Die Tatbestandsmerkmale sind teilweise sehr unbestimmt („gröblich“) und stark der Wertung des konkreten Rechtsanwenders anheimgegeben. Ohne die systematischen Hilfsmittel der wissenschaftlich fundierten Tatbestandslehre wäre es schwierig, Ordnung und Übersichtlichkeit in die Fülle der Strafbarkeitsvoraussetzungen – zu denen übrigens auch die des § 86 Abs. 4 StGB gehören, vgl. § 130 Abs. 8 StGB – zu bringen. Mit diesem Rüstzeug soll im Folgenden der objektive und der subjektive Tatbestand des neuen Delikts analysiert werden.

2. Objektiver Tatbestand

a) Handlung der in den §§ 6 bis 12 des VStGB bezeichneten Art

Die tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen (unten d bis f) sind Äußerungen zu Handlungen, die einen der Tatbestände Völkermord (§ 6 VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 VStGB), Kriegsverbrechen gegen Personen (§ 8 VStGB), Kriegsverbrechen gegen Eigentum und sonstige Rechte (§ 9 VStGB), Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen und Embleme (§ 10 VStGB), Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Methoden der Kriegsführung (§ 11 VStGB) oder Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung (§ 12 VStGB) erfüllen. Die Formulierung „der ... bezeichneten Art“ wirft die Frage auf, ob nur tatsächliche Ereignisse der Vergangenheit oder Gegenwart Gegenstand tatbestandsmäßiger Äußerungen sein können. Denn vor allem „billigende“ Bemerkungen sind auch zu hypothetischen – möglicherweise zukünftig real werdenden – Vorgängen möglich (s.u. d).⁸

³ *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 130 Rn. 1a: öffentlicher Frieden als „primäres und prinzipielles Schutzobjekt“.

⁴ *Mitsch*, KriPoZ 2019, 29 (32).

⁵ *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 130 Rn. 3; a.A. *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 130 Rn. 2; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 1a.

⁶ *Mitsch*, KriPoZ 2019, 214 ff.

⁷ *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 130 Rn. 4.

⁸ So auch *Ambos* in seinem Interview mit der Zeitschrift „Konkret“ v. 26.11.2022, online abrufbar unter: <https://konkret-magazin.de/aktuell/758-grosse-schwierigkeiten> (zuletzt abgerufen am 12.1.2023).

An aktuelles Geschehen anknüpfend könnte man sich einen Täter vorstellen, der ausdrücklich eine Ausdehnung der gegen die Ukraine gerichteten russischen Aggressionen auf das Territorium der baltischen Staaten, Moldawiens oder Polens begrüßt. Die Gesetzgebungsmaterialien geben dazu keine eindeutige Auskunft. Dort wird nur das Erfordernis einer der Tat vorausgehenden gerichtlichen Feststellung des tatgegenständlichen Völkerrechtsverbrechens verworfen, nicht aber die Tatsächlichkeit des Geschehens selbst für entbehrlich erklärt.⁹ Andererseits lässt der Wortlaut des Gesetzes die Einbeziehung virtueller Völkerrechtsverbrechen zu (näher dazu unten d – f). Auch können diesbezügliche Äußerungen gewiss geeignet sein, Hass und Gewalt gegen Menschen zu schüren und den öffentlichen Frieden zu stören. Nicht ausreichend sind allerdings abstrakte Äußerungen ohne konkrete Angabe von Zeit und Ort und ohne Zuordnung zu einer bestimmten Personenmehrheit, die lediglich die Tatbestandsmerkmale aufgreifen und beispielsweise gutheißen, „wenn russische Minderheiten ausgelöscht werden, indem durch Zwangssterilisation die Zeugung von Nachkommen unterbunden wird“ (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 4 VStGB).

b) Personenmehrheiten

Sowohl die völkerstrafrechtlichen „Handlungen“ als auch der Hass oder die Gewalt, zu denen aufzustacheln die Tat geeignet sein muss, richten sich gegen „Personenmehrheiten“ oder diesen angehörende Einzelpersonen. Die Verweisung auf „Absatz 1 Nummer 1“ erfasst die vier Gruppen (nationale, rassische, religiöse oder durch ethnische Herkunft bestimmt) sowie „Teile der Bevölkerung“. Wollte der Gesetzgeber letztere ausgrenzen, hätte er das Wort „Gruppen“ statt „Personenmehrheiten“ verwendet. Außerdem ist von den Straftatbeständen des VStGB nur der Völkermord (§ 6 VStGB) gegen die vier Gruppen gerichtet, während §§ 7 bis 12 VStGB Verbrechen ohne speziellen Gruppenbezug normieren. „Teile der Bevölkerung“ sind im Kontext des § 130 Abs. 1 StGB nur im Inland, also in Deutschland, lebende Menschen.¹⁰ Von der übrigen Bevölkerung müssen sie sich auf Grund gemeinsamer äußerer oder innerer Merkmale unterscheiden.¹¹ Aus der von Russland angegriffenen Ukraine nach Deutschland geflüchtete Menschen werden daher von § 130 Abs. 5 StGB geschützt, auch wenn sie nicht ukrainischer Nationalität sind. Desgleichen gilt für schon länger in Deutschland lebende Exilrussen, die wegen ihrer oppositionellen Haltung gegenüber dem Putin-Regime hier Aufnahme und Schutz gefunden haben.

c) Zugehörigkeit

Der verschachtelte Text lässt nicht auf Anheb erkennen, worauf sich das Tatbestandsmerkmal „wegen dessen Zugehörigkeit zu ...“ genau bezieht. Diese Strafbarkeitsvoraussetzung begegnet einem auch in § 130 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 sowie Absatz 2 Nr. 1, sowie neuerdings in

§ 192 a StGB. Im Text des neuen Absatzes 5 hat der „Einzelne“ zunächst die Stellung als Opfer eines völkerstrafrechtlichen Verbrechens (§§ 6 bis 12 VStGB) sowie anschließend („solche Person“) als Ziel von „Hass oder Gewalt“, zu dem die tatbestandsmäßige Kundgabe aufstacheln kann. Das Wort „wegen“ signalisiert, dass der Betroffene nicht zufällig als Angehöriger der Personenmehrheit angegriffen wird, sondern gewissermaßen als deren „Repräsentant“. Dem entspricht, dass ein „Völkermord“ durch Tötung eines einzelnen Mitglieds der betroffenen Gruppe begangen werden kann, § 6 Abs. 1 Nr. 1 VStGB.¹² Der Zusammenhang zwischen Tötung des Mitglieds und Zerstörung der Gruppe wird hergestellt durch die „Absicht, eine nationale, rassische, religiöse oder ethnische Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören“. Während das in der Architektur des Völkermorddelikts zum subjektiven Tatbestand gehört,¹³ ist es im Rahmen des § 130 Abs. 5 StGB im objektiven Tatbestand zu platzieren.

d) Billigen

Taten, die die Variante „Billigen“ erfüllen, sind bereits von § 140 Nr. 2 i.V.m. § 126 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst. Da § 130 Abs. 5 StGB noch einige Strafbarkeitsvoraussetzungen hinzufügt, liegt ein Spezialitätsverhältnis vor. Sofern die Tat alle Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 130 Abs. 5 StGB erfüllt, tritt § 140 StGB zurück. Fehlt jedoch dem Täter der Vorsatz bezüglich der zusätzlichen objektiven Tatbestandsmerkmale des § 130 Abs. 5 StGB, entfällt Strafbarkeit aus dieser Vorschrift gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Strafbar ist der Täter dann aus § 140 Nr. 2 StGB. Dasselbe gilt im umgekehrten Fall, wenn der Täter also Vorsatz bezüglich § 130 Abs. 5 StGB hat, objektiv aber z.B. das Tatbestandsmerkmal „geeignet ist, zu Hass oder Gewalt ... aufzustacheln“ nicht erfüllt. Begeht er die Tat mittels Verbreitens eines Inhalts (§ 130 Abs. 2 i.V.m. Abs. 6 StGB), liegt ein gemäß § 130 Abs. 7 StGB strafbarer Versuch vor.¹⁴ Da § 140 StGB denselben Strafrahmen hat wie § 130 Abs. 2 StGB, gibt es keinen Grund, diesen Versuch nicht hinter der Vollendung des § 140 Nr. 2 StGB zurücktreten zu lassen. Soweit die Tat nicht öffentlich oder in einer Versammlung, sondern durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) begangen wird, folgt die Strafbarkeit aus der etwas komplizierten Verweisungsnorm § 130 Abs. 6 StGB, die § 130 Abs. 2 mit § 130 Abs. 5 StGB verknüpft. Über § 140 Nr. 2 StGB geht dieser Tatbestand hinaus, indem er auch den der Öffentlichkeit – anders als durch Verbreiten – zugänglich gemachten Inhalt einbezieht.

Wie oben bereits angedeutet wurde, stellt sich bei allen drei Handlungsalternativen die Frage, ob Gegenstand der öffentlich, in einer Versammlung oder mittels Inhaltsverbreitung (§ 130 Abs. 2, 6 StGB) gemachten Äußerung nur ein reales Geschehen der Vergangenheit oder Gegenwart sein kann. Die Frage ist möglicherweise bei den drei Va-

⁹ BT-Drs. 20/4085, S. 15.

¹⁰ Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 3.

¹¹ Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 30.

¹² Kreß, in: MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. (2022), VStGB § 6 Rn. 49.

¹³ Kreß, in: MüKo-StGB, VStGB § 6 Rn. 16, 90.

¹⁴ Lohse, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 130 Rn. 51.

rianten unterschiedlich zu beantworten. Bezüglich der Variante „Billigen“ ist die Gesetzeslage eindeutig: Hypothetische zukünftige Verbrechen sind tauglicher Inhalt tatbestandsmäßiger Billigung. Das resultiert schon aus dem natürlichen Wortsinn der Vokabel „billigen“, in dessen Kern die Bewertung von etwas als „gut“ oder zumindest „hinnehmbar“ steht. Dieses „etwas“ erscheint in der tatbestandsmäßigen Äußerung als sprachliche Abbildung, die realitätsgetreu, aber nicht authentisch sein muss. Dass der Sprachgebrauch des StGB auf keinen anderen – engeren – Begriffsinhalt abstellt, lässt sich § 140 StGB entnehmen. Dort wird nämlich ausdrücklich nur für die Variante „Belohnung“ (Nr. 1) vorausgesetzt, dass die Vortat „begangen oder in strafbarer Weise versucht worden ist“. Diese Voraussetzung wird in der Billigungs-Variante (Nr. 2) nicht aufgestellt. Dies war allerdings in der Fassung des § 140 StGB vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 18.6.2020 noch anders. Das Tatbestandsmerkmal „nachdem sie begangen oder in strafbarer Weise versucht worden ist“ stand damals noch im Text vor den Varianten Nr. 1 und Nr. 2, bezog sich also auf beide.¹⁵ In § 130 Abs. 5 StGB wird überhaupt nicht verlangt, dass die „Handlung“ begangen oder in strafbarer Weise versucht worden ist. Das spricht sogar dafür, dass auch bei den Varianten „Leugnen“ und „Verharmlosen“ Äußerungen zu virtuellen Handlungen tatbestandsmäßig sein können (dazu sogleich).

e) Leugnen

Dieses Handlungsmerkmal ist bereits Bestandteil des Holocaust-Leugnung-Tatbestandes § 130 Abs. 3 StGB. Zur Auslegung desselben Merkmals in § 130 Abs. 5 StGB trägt dieser Kontext wenig bei, da in § 130 Abs. 3 StGB die Möglichkeit der Tatbestandserfüllung ausdrücklich auf bestimmte tatsächliche historische Ereignisse beschränkt ist. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass auch im Rahmen des § 130 Abs. 5 StGB nur wirklich Geschehenes tatbestandsmäßig geleugnet werden kann. Als Fundament für einen Umkehrschluss eignet sich § 130 Abs. 3 StGB ebenfalls nicht. Aufschlussreicher ist hingegen ein Vergleich mit § 140 StGB. Diese Vorschrift zeigt, wie der Gesetzgeber die wünschenswerte Klarheit im Gesetzestext schaffen kann, wenn nur die Leugnung von Realität strafbar sein soll. Auch in § 130 Abs. 5 StGB ließen sich zu diesem Zweck die Worte „nachdem sie begangen oder in strafbarer Weise versucht worden ist“ einbauen. Der ohnehin schon überladene Text würde dadurch zwar noch schwerfälliger. Aber er hätte gegenüber der „schlankeren“ Version den Vorzug der eindeutigen Begrenzung des Anwendungsbereichs der Strafvorschrift. Nicht strafbar wäre danach z.B. die Äußerung „Wenn die Russen in den baltischen Staaten systematisch alle Frauen im gebärfähigen Alter zwangssterilisieren würden, wäre das kein Völkermord“, vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 4 VStGB. Nach dem Wortlaut der geltenden Norm ist dies strafbar. Vor allem trifft es entgegen *Kai Ambos*¹⁶ nicht zu, dass „Leugnen“ seinem

Wortsinn nach lediglich in Bezug auf „erwiesene historische Tatsachen“ möglich sei.¹⁷ Der Umgangssprachgebrauch bezeichnet z.B. als „Leugner“ des „Klimawandels“ Personen, die einen Anstieg der globalen Erwärmung in den kommenden Jahrzehnten um 2 Grad Celsius oder mehr als Hirngespinnste bezeichnen. Im Kontext des § 130 Abs. 5 StGB lässt sich das Wort „leugnen“ ohne weiteres auf die rechtlich relevante Eigenschaft hypothetischer Ereignisse beziehen, wie das obige Beispiel der Massensterilisation verdeutlicht. Auch besteht kein Zweifel daran, dass derartige Kundgaben geeignet sind, Übergriffe (Hass oder Gewalt) gegen die genannten Opferpersonen zu provozieren sowie Störungen des öffentlichen Friedens hervorzurufen. Zudem wird eine schwer zu erklärende Differenz zur Variante „Billigen“ vermieden, wenn tatbestandsmäßiges Leugnen nicht auf die vergangene oder gegenwärtige Realität beschränkt wird.

f) Gröblich verharmlosen

Die „Verharmlosung“ ist als Tatbestandsmerkmal aus § 131 Abs. 1 StGB und § 4 Abs. 1 Nr. 5 JMStV bekannt. Erstaunlicherweise untersagt das Jugendschutzgesetz bis jetzt in Bezug auf kriegerische Geschehnisse nur den Umgang mit den Krieg „verherrlichenden“ Trägermedien, § 15 Abs. 2 Nr. 2 JuSchG. Die Ergänzung, die der neue § 130 Abs. 5 StGB in diesem rechtlichen Umfeld bringt (vgl. § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG), ist unzureichend. Jugendgefährdend sind gröbliche Verharmlosungen natürlich nicht allein, wenn sie öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten oder Öffentlichmachung des Inhalts einem großen Adressatenkreis nahegebracht werden. Das jugendschutzrechtliche Verbot des § 15 Abs. 2 JuSchG, das sich gegen das Angebot gegenüber einem Kind oder einer jugendlichen Person richtet, geht mit seiner Verweisung auf § 130 StGB ins Leere, wenn der Volksverhetzungstatbestand durch einen solchen individuellen Akt überhaupt nicht erfüllt werden kann. Das im Alltagssprachgebrauch eher unübliche Wort „gröblich“ kennt man aus § 184 Abs. 2 S. 1 StGB, § 131 Abs. 3 StGB und § 27 Abs. 4 S. 2 JuSchG. Etwas anderes als „grob“ (vgl. frühere Fassungen von §§ 325 Abs. 2, 328 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB) kann damit nicht gemeint sein. Womit diese Einschränkung der Strafbarkeit in § 130 Abs. 5 StGB in Fällen gerechtfertigt werden kann, in denen bereits eine „schlichte“ Verharmlosung das Potential hat, andere zu hasserfüllter Gewalttätigkeit aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören, ist nicht zu erkennen. In § 131 Abs. 1 StGB erscheint ein gesteigerter Grad an Verharmlosung zur Begründung von Strafwürdigkeit auch nicht als notwendig. Somit kann darauf in § 130 Abs. 5 StGB verzichtet werden. Wie schon zu den Varianten „Billigen“ und „Leugnen“ dargelegt wurde, sind nicht nur tatsächliche Ereignisse der Vergangenheit oder Gegenwart taugliche Verharmlosungsobjekte.¹⁸ Erklärt jemand, die gewaltsame Sterilisierung der gesamten gebärfähigen weiblichen Bevölkerung eines afrikanischen Landes durch eine feindliche Armee (§ 6 Abs. 1 Nr. 4

¹⁵ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 140 Rn. 2; zur neuen Rechtslage vgl. *Geneuss*, in: SSW-StGB, § 140 Rn. 6.

¹⁶ Quelle: Konkret-Interview v. 26.11. 2022 (Fn. 8).

¹⁷ So schon *Lohse*, in: SSW-StGB, § 130 Rn. 36 zu § 130 Abs. 3 StGB; ebenso *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 80; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 19.

¹⁸ Auch dazu a.A. *Ambos* im Konkret-Interview, (Fn. 8).

VStGB)¹⁹ sei wegen der drohenden Übervölkerung des Planeten Erde eine ökologisch begrüßenswerte Aktion, kann er sich aus § 130 Abs. 5 StGB strafbar machen.

g) Aufstachelung zu Hass oder Gewalt

Die Handlung muss geeignet sein, zu Hass oder Gewalt aufzustacheln. Opfer der potentiellen Aggression muss wenigstens ein Angehöriger der Personenmehrheit sein, gegen die sich das gebilligte, gelegnete oder verharmloste Völkerrechtsverbrechen richtet. Hass als besonders intensiv empfundene Abneigung verletzt kein Rechtsgut. Abgesehen davon, dass es ethisch „gut“ sein kann, etwas (z.B. den Krieg) oder jemanden (z.B. den „Satan“) zu hassen, wofür es zahlreiche Belege in der Heiligen Schrift gibt, kann man Hass ebenso wenig verbieten wie man Liebe gebieten kann. Jeder Mensch hat das Bedürfnis geliebt und nicht gehasst zu werden. Ein rechtlich geschütztes Interesse ist das nicht. Erst wenn die Hassgefühle manifest werden und zumindest als Drohung (§ 241 StGB) Gestalt annehmen, ist das Eingreifen des Strafrechts geboten. Wie die Lebenserfahrung lehrt, entspringen aus Hass häufig physische Attacken gegen Leib und Leben.²⁰ So gesehen ist der Hass, zu dem die Tat aufzustacheln geeignet ist, eine Vorstufe zu Gewalttätigkeiten gegen die geschützten Personen. Die Erzeugung von Hass kann als abstraktes Gefährungsdelikt (in dem von der h.M. vertretenen weiten Sinne) in Bezug auf die Rechtsgüter Leben, körperliche Unversehrtheit und gewiss auch sonstige vulnerable Individualrechtsgüter (Ehre, Eigentum, Vermögen) klassifiziert werden. Der Gesetzestext ist deshalb an dieser Stelle mehrfach fehlerhaft: Zum einen müsste das Wort „oder“ durch „und“ ersetzt werden. Denn eine Handlung, die nur zu Hass, nicht aber zu Gewalt auf Grund von Hass aufzustacheln geeignet ist, hat keinen ausreichenden Strafwürdigkeitsgehalt. Bleibt es bei dem „inneren“ Hass, der sich nicht in körperlicher Gewalt entlädt, ist kein Rechtsgut desjenigen verletzt, gegen den der Hass sich richtet. Abstrakt gefährlich ist dieser Hass nur, wenn typischerweise damit zu rechnen ist, dass aus Hass Gewalt wird, auch wenn es dazu nicht kommt. Nur diese Hass-Sachverhalte mit Gewaltpotential sind strafwürdig. Dann aber ist die Tat, die zu Hass aufzustacheln geeignet ist, auch geeignet zu Gewalt aufzustacheln. Daher ist letztlich nicht das Wort „oder“ durch „und“ zu ersetzen, sondern die Worte „Hass oder“ sind zu streichen. Denn „Hass“ ist neben „Gewalt“ überflüssig. Erwägenswert ist jedoch die Einfügung von „Drohung mit Gewalt“. Der Dualismus von Gewalt und Drohung ist Bestandteil vieler Straftatbestände (z.B. §§ 113 Abs. 1, 240 Abs. 1, 249 Abs. 1, 253 Abs. 1 StGB). Beide Formen der Aggression beeinträchtigen das Sicherheitsgefühl und damit die Freiheit des Adressaten. Daher sollte in § 130 Abs. 5 StGB die Variante „Hunde, die bellen ohne zu beißen“ Berücksichtigung finden. Ist die Tat geeignet, Menschen zu Drohgebärden aufzustacheln, die aus der Perspektive der bedrohten Opfer ernst zu nehmen sind, ist dies strafwürdig, auch wenn aus Tätersicht nicht damit zu rechnen ist, dass die

Aufgestachelten ihren Worten und Gesten Gewalt-Taten folgen lassen.

h) Störung des öffentlichen Friedens

Die Bewahrung des öffentlichen Friedens ist dem Gesetzgeber wichtiger als die Bewahrung individuellen persönlichen Friedens. Eine Tat, die alle Tatbestandsmerkmale des § 130 Abs. 5 StGB erfüllt mit Ausnahme der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens, kann als Bedrohung aus § 241 Abs. 2 StGB strafbar sein. Dasselbe gilt für eine Tat, die nicht öffentlich in einer Versammlung oder medial (§ 11 Abs. 3 StGB) verübt wird. Das geringere gesetzliche Strafmaß ist nicht nachvollziehbar. Eine gesetzgeberische Fehlleistung bei § 130 Abs. 5 StGB ist das allerdings nicht. Ergänzungsbedürftig ist § 241 StGB, der einen zusätzlichen Absatz erhalten sollte, in dem die individuelle Androhung eines Völkerrechtsverbrechens („Wir Russen werden euch Ukrainer auslöschen und du wirst der erste sein!“) wie in § 126 Abs. 1 Nr. 3 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren pönalisiert wird.

i) Sozialadäquanzklausel, § 130 Abs. 8 i.V.m. § 86 Abs. 4 StGB

Es ist ohne Weiteres vorstellbar, dass z.B. ein Strafverteidiger in der öffentlichen Hauptverhandlung (§ 169 GVG) bei der Stellung eines Beweisantrags oder im Schlussplädoyer Äußerungen macht, die als Leugnung oder Verharmlosung einschlägiger Verbrechen verstanden werden können („Was in Butscha geschah, war kein Verbrechen, das haben die Ukrainer inszeniert, um Russland an den Pranger der Weltöffentlichkeit zu stellen“). Schwer vorstellbar ist hingegen, dass Verteidigungszwecke es erforderlich machen, diese Äußerungen in Hass oder Gewaltbereitschaft erzeugender Form vorzutragen. Einer Störung des öffentlichen Friedens kann zudem durch Ausschließung der Öffentlichkeit entgegengewirkt werden, § 172 Nr. 1 GVG. Dass es für staatsbürgerliche Aufklärung, Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, Kunst, Wissenschaft, Forschung, Lehre, Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte jemals notwendig sein könnte, Handlungen auszuführen, die alle objektiven Tatbestandsmerkmale des § 130 Abs. 5 StGB erfüllen, ist unwahrscheinlich. Die Verweisung auf § 86 Abs. 4 StGB in § 130 Abs. 8 StGB dürfte also weitgehend überflüssig sein. Dennoch ist sie vielleicht geeignet, überzogene Befürchtungen z.B. von Geschichtswissenschaftlern zu zerstreuen.

3. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz voraus, § 15 StGB. Mangels entgegengesetzter Angaben in § 130 StGB reicht bedingter Vorsatz aus.²¹ In Bezug auf die Tatbestandsvariante „Leugnen“ werden hingegen „kaum lösbare Probleme“ gesehen. Leugnen impliziere die

¹⁹ Kreß, in: MüKo-StGB, VStGB § 6 Rn. 60.

²⁰ Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 5a: Hass als „geistiger Nährboden für die Bereitschaft zu Exzessen gegenüber der betroffenen Bevölkerungsgruppe“.

²¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023) § 130 Rn. 8.

Kenntnis der Unwahrheit der eigenen Behauptung.²² Damit ist *dolus eventualis*, der auf bloßem Für-möglich-halten beruht, nicht vereinbar. Dass also *dolus directus* 2. Grades erforderlich sei, wird in den Kommentierungen nicht explizit postuliert. Es wäre auch nicht richtig. Leugnen ist ein objektives Tatbestandsmerkmal auf der Grundlage von Tatsachen, hinsichtlich derer auch bedingter Vorsatz möglich ist. Stellt der Täter zu einer Tat, die Völkermord ist (§ 6 VStGB), die Behauptung auf, sie sei kein Völkermord, leugnet er die Völkermordeigenschaft. Ob er dabei die Unwahrheit seiner Äußerung kennt oder nicht, hat auf der Ebene des objektiven Tatbestandes keine Erheblichkeit.

Die Vermengung von objektiven und subjektiven Komponenten, die zum Begriff „Leugnen“ praktiziert wird,²³ ist abzulehnen. Dass diese Vermengung auch bei anderen Tatbestandsmerkmalen wie z.B. „Täuschung“ (§ 263 Abs. 1 StGB) praktiziert wird,²⁴ macht es nicht besser.²⁵ Für die Erfüllung des objektiven Tatbestandsmerkmals „leugnen“ ist allein das äußere Erscheinungsbild der Äußerung, insbesondere deren Beziehung zu dem Äußerungsgegenstand, maßgeblich. Hält der Täter es für möglich, dass seine Äußerung dieses äußere Erscheinungsbild hat, ist die kognitive Komponente des bedingten Vorsatzes gegeben.

IV. Schluss

Der Verfasser kann die Aufregung über die neue Strafvorschrift nicht teilen, vielleicht weil er sich abgewöhnt hat, von der Politik gute Gesetze zu erwarten. Ein gutes Gesetz ist der ganze § 130 StGB nicht und der neue Absatz 5 auch nicht. Aber von einem „legalistischen Staatsstreich“ zu sprechen, wie der Hamburger Strafverteidiger *Gerhard Strate* es in einem Beitrag für das Magazin „Cicero“²⁶ tut, ist zu heftig. Der Normtext ist „schwammig“ und ein merkwürdiges Wort wie „gröblich“ erzeugt zunächst einmal ratloses Kopfschütteln. Insoweit hat Herr *Strate* völlig Recht. Die Strafvorschrift dient aber nicht der „Kriminalisierung des politischen Gegners“ und sie hat auch nicht den Zweck irgendjemanden „mundtot“ zu machen. Das bezweckt in einem Rechtsstaat, der die Bundesrepublik ohne jeden Zweifel ist, kein Strafgesetz. Ob mit § 130 Abs. 5 StGB die Staatsanwaltschaften wirklich „alle Hände voll zu tun bekommen“ werden und sich auf dieser Grundlage eine „Gesinnungsjustiz“ etablieren wird, bleibt abzuwarten. Ich glaube es nicht. Kluge und besonnene Staatsanwälte und Richter sollten es schaffen, mit § 130 Abs. 5 StGB (nur) die Brunnenvergifter zur Verantwortung zu ziehen, die mit ihren abstoßenden Kommentaren die grundgesetzlich garantierten Freiheiten beschmutzen, auf die sie sich in widerwärtiger Scheinheiligkeit selbst berufen.

²² *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 20; *Lohse*, in: SSW-StGB, § 130 Rn. 39.

²³ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 130 Rn. 8: „Wer von der Nichtexistenz der geleugneten Handlung ausgeht, leugne sie nicht im Sinne eines bewußt wahrheitswidrigen Bestreitens; zumindest ist der Leugnungs-Vorsatz zu verneinen“.

²⁴ *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 24. Aufl. (2022), § 13 Rn. 9.

²⁵ Zutreffend *Hellmann*, in: Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil 2, 18. Aufl. (2021), BT 2, Rn. 556.

²⁶ Online abrufbar unter: <https://www.cicero.de/innenpolitik/verharmlosung-von-kriegsverbrechen-volksverhetzung-meinungsfreiheit> (zuletzt abgerufen am 12.1.2023).

Der Referentenentwurf des Hauptverhandlungsdokumentationsgesetzes: „All right, Mr. Buschmann, we are ready for our close-up.“

von Dr. Eren Basar und Christian Heinelt*

Abstract

Am 22. November 2022 hat das Bundesministerium der Justiz (BMJ) den Referentenentwurf für das „Gesetz zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung“ (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG) vorgestellt. Das Gesetz soll die Grundlage für eine schrittweise Einführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung und einer automatisierten Transkription zur Dokumentation von erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten in Strafsachen schaffen. Hauptfunktion dieser digitalen Verhandlungsdokumentation soll es sein, den Verfahrensbeteiligten ein „verlässliches, objektives und einheitliches Hilfsmittel für die Aufbereitung des Hauptverhandlungsgeschehens“¹ zur Verfügung zu stellen – die handschriftliche Notiz soll damit als Gedankenstütze ausgedient haben.² Unmittelbare prozessuale Wirkungen – gerade auf das Revisionsverfahren – soll die neue Dokumentationsform jedoch nicht entfalten.³ Der folgende Beitrag stellt den wesentlichen Inhalt des Referentenentwurfs dar und gibt Denkanstöße bezüglich ausgewählter Themenkomplexe.

On 22 November 2022, the German Ministry of Justice released its draft on the so-called “Law on the digital documentation of hearings in front of criminal courts in first instance” (“Gesetz zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung”). Its legal provisions are meant to be the basis for the gradual introduction of audiovisual recording and automated transcription of hearings in front of District Courts or Higher Regional Courts as first instance. The digital documentation is meant to be a reliable, objective and consistent tool for the parties of the trial – manually written notes as a reminder shall be a thing of the past. However, provisions on direct procedural consequences – especially with respect to revision procedures – are not part of the draft. The following essay provides an overview over the draft and gives impulses for its discussion.

I. Was lange währt...

Auch wenn die Bild-Ton-Aufzeichnung von Strafprozessen nicht auf eine so lange Geschichte wie das Protokoll⁴ zurückblicken kann, ist die Nutzung von Video- und Audiotechnik zur Dokumentation strafprozessualer Hauptverhandlungen keine neue Idee. Historisch bedeutsame Strafprozesse wie die sog. Nürnberger Prozesse wurden bereits audiovisuell dokumentiert, wobei die Aufnahme nur der Korrektur des Stenographen dienen sollte, und kein unmittelbares Hilfsmittel der Verfahrensbeteiligten war.⁵ Bereits 1964 gab es dann auch die ersten konkreten gesetzgeberischen Erwägungen, das Tonbandprotokoll als § 273a StPO verfahrensrechtlich zu verankern, wovon der Gesetzgeber deswegen abgesehen hatte, da die technischen Voraussetzungen noch nicht gegeben seien.⁶ Gleichwohl entschied der BGH im selben Jahr, dass das Gericht Äußerungen von Angeklagten, Zeugen und Sachverständigen mit ihrer Zustimmung auf Tonband aufnehmen dürfe, um die Bandaufnahme bei der Beratung als Gedächtnisstütze zu verwenden, ohne diese zu den Akten geben zu müssen.⁷

Die Bild-Ton-Aufzeichnung kam auch in den Folgejahren immer wieder auf die Agenda des Gesetzgebers. Mit dem sog. „Zeugenschutzgesetz“⁸ wurden 1998 etwa die §§ 58a, 255a StPO eingeführt, wodurch die Vorführung der Aufzeichnung einer vergangenen Zeugenvernehmung als Vernehmungssurrogat in der Hauptverhandlung zugelassen wurde.⁹

2004 kam es dann zumindest zu der Zulassung des Tonbandprotokolls vor den Amtsgerichten durch das sog. „Opferrechtsreformgesetz“¹⁰. Seitdem kann der Vorsitzende nach § 273 Abs. 2 S. 2 StPO anordnen, dass anstelle der Aufnahme der wesentlichen Vernehmungsergebnisse in das Protokoll „*einzelne Vernehmungen*“ im Zusammenhang als Tonaufzeichnung zur Akte genommen werden – eine vollständige audiovisuelle Aufzeichnung für alle Vernehmungen ist auch danach nicht zulässig; die Regelung sieht nur die Dokumentation von einzelnen Vernehmungen vor.

* Dr. Eren Basar und Christian Heinelt sind Rechtsanwälte und arbeiten in der auf Wirtschafts- und Steuerstrafrecht spezialisierten Kanzlei Wessing & Partner in Düsseldorf.

¹ RefE, S. 2.

² RefE, S. 1 f.

³ RefE, S. 2.

⁴ Einen Überblick zur Geschichte des Protokolls gibt Leitner, Video-technik im Strafverfahren, 2012, S. 18 ff.

⁵ Vgl. Leitner, S. 34 ff.

⁶ Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuß) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG), BT-Drs. IV/1020, S. 5.

⁷ BGH, NJW 1964, 602 = BGHSt 19, 193.

⁸ Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes v. 30.4.1998, BGBl. I, 820.

⁹ Vgl. etwa Mitsch, JuS 2005, 102.

¹⁰ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz – OpferRRG) v. 24.6.2004, BGBl. I, 1354.

Von einer Zulassung der Tonaufzeichnung vor den Land- und Oberlandesgerichten sah der Gesetzgeber bewusst ab. Als Grund gab er an, dass die gesamte Aufzeichnung der Hauptverhandlung zu einer Zunahme von Verfahrensrügen gemäß § 261 StPO führen würde und das Revisionsverfahren durch das Erfordernis umfangreicher Durchsicht der Aufnahmen belasten würde.¹¹ Weiterhin führte der Gesetzgeber Praktikabilitätsabwägungen an: die audiovisuelle Dokumentation sei überkomplex und darum dem Schriftprotokoll unterlegen; außerdem sei eine Sichtung der Aufnahmen gerade innerhalb der Rechtsmittelfristen kaum ökonomisch machbar und der „von der Revisionsinstanz unüberprüfbarer Spielraum des Trichters“ würde eingengt werden.¹²

Trotz dieser Bedenken hat sich auch die Expertenkommission zur Reform des Strafverfahrensrecht 2016 mit der Einführung der audiovisuellen Dokumentation erstinstanzlicher Hauptverhandlungen auseinandergesetzt und grundsätzlich befürwortet.¹³ Der damit wiederaufgelebte rechtspolitische Diskurs führte schließlich 2019 zur Einsetzung einer eigens zum Thema der Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung eingesetzten Expertinnen- und Expertengruppe durch das BMJ, die den vorliegenden Referentenentwurf im Wesentlichen aus deren Ergebnissen entwickelt hat.¹⁴

II. Überblick über den Inhalt des Referentenentwurfs

Der Referentenentwurf sieht eine verfahrensrechtliche Grundlegung der Bild-Ton-Aufzeichnung und Transkription vor, ohne dass der Entwurf entsprechende Detailregelungen treffen würde. Dass die Regelungen keine technischen Einzelheiten der Aufzeichnung bestimmen, war zu erwarten, zumal das Verfahrensrecht für derartige Bestimmungen der falsche Ort wäre. Beachtenswert ist aber, dass der Referentenentwurf auch bezüglich der Durchführung und Wirkungen der Aufzeichnung oberflächlicher bleibt als man es bei einer solchen langerwarteten Gesetzesänderung erhofft hat. Dies ist Folge der nur sehr eingeschränkten Wirkungen, die der Referentenentwurf der Aufzeichnung und dem Transkript zugesteht. Um mehr als ein „Hilfsmittel“ der Verfahrensbeteiligten soll es sich nicht handeln. Die Regelungen enthalten dementsprechend kaum Vorschriften zu den Auswirkungen der neuen Dokumentationsform auf den Prozessverlauf oder die Entscheidungsfindung durch das Gericht. Stattdessen konzentrieren sich die neuen Vorschriften auf den Schutz der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten – die vorgesehenen Speicher-, Lösch- und Zweckbindungsvorschriften erinnern darum nicht nur auf den ersten Blick an einen „Prozessdatenschutz“. Die vorgeschlagene Erweiterung des § 353d StGB auf Bild-Ton-Aufzeichnungen stützt diesen Eindruck zusätzlich.

Gleichzeitig hat das BMJ den Referentenentwurf zum Anlass genommen, das Verfahrensrecht der Protokollierung umzustrukturieren.

1. Verfahrensrecht der Dokumentation der Hauptverhandlung

Kern des Referentenentwurfs sind die verfahrensrechtlichen Vorschriften zu der Erstellung, Speicherung und Auswertung der Bild-Ton-Aufzeichnung und des Transkripts. Nach dem Referentenentwurf sollen dazu die §§ 271 bis 274 StPO geändert und ergänzt werden. Das Bundesjustizministerium hat sich dabei systematisch für die Einführung einer übergeordneten prozessualen Kategorie der „Dokumentation der Hauptverhandlung“ entschieden, der § 271 StPO-E als eine überblicksartige Grundnorm vorangestellt werden soll.

a) § 271 StPO-E als Dokumentationsgrundnorm

In dem neuen Abs. 1 des § 271 StPO-E soll weiterhin die Aufnahme des Hauptverhandlungsprotokolls als erste Dokumentationsform angeordnet werden, jedoch wird das Unterschriftserfordernis in den neugefassten § 272 StPO-E verlagert. Stattdessen wird die Aufgabe des Hauptverhandlungsprotokolls durch die Einfügung des Relativsatzes „das den Gang und die Ergebnisse der Hauptverhandlung im Wesentlichen wiedergeben und die Beachtung aller wesentlichen Förmlichkeiten ersichtlich machen muss“ bereits hier spezifiziert, was bisher erst in § 273 Abs. 1 S. 1 StPO geschehen war.

Die digitale Dokumentation tritt als zweite Dokumentationsform *neben* das herkömmliche Hauptverhandlungsprotokoll. In § 271 Abs. 2 StPO-E soll die Pflicht begründet werden, Hauptverhandlungen der ersten Instanz vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht in Bild und Ton aufzuzeichnen und die Tonaufzeichnung während der Hauptverhandlung automatisiert in ein elektronisches Textdokument zu übertragen (legaldefiniert als Transkript) – dass die Transkription zeitgleich geschehen muss, folgt aus dem neuen § 273 Abs. 2 StPO-E, wonach ihr vorübergehender Ausfall den Fortgang der Verhandlung nicht hindern soll. Hauptverhandlungen vor einem Amtsgericht sollen hingegen nicht der Aufnahmepflicht unterworfen werden. Das BMJ begründet dies zum einen mit der Kürze der dortigen Verhandlungen, die eine digitale Dokumentation weniger geboten erscheinen lassen, und zum anderen damit, dass bereits nach geltendem Recht ein Inhaltsprotokoll zu den wesentlichen Ergebnissen der Vernehmungen erstellt werden muss (§ 273 Abs. 2 S. 1 StPO-E).¹⁵

b) Erste Dokumentationsform: Hauptverhandlungsprotokoll, § 272 StPO-E

Die Regelungen zum Hauptverhandlungsprotokoll sollen in § 272 StPO-E zusammengeführt werden. Der bisherige Wortlaut der Norm (Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls) soll als neuer Abs. 1 fortbestehen, während die weiteren Regelungen der bisherigen §§ 271 und 273 StPO weitestgehend in die Absätze 2 bis 7 aufgenommen werden sollen.

¹¹ BT-Drs. 15/1976, S. 12 f.

¹² BT-Drs. 15/1976, S. 13.

¹³ Zur Kommission und deren Ergebnissen *Basar*, StraFo 2016, 222.

¹⁴ RefE, S. 11.

¹⁵ RefE, S. 18 f.

Eine relevante inhaltliche Anpassung betrifft § 273 Abs. 3 StPO, der zum § 272 Abs. 5 StPO-E werden soll. Die vollständige Protokollierung und anschließende Verlesung der Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder des Wortlauts einer Aussage oder Äußerung soll danach nicht erfolgen, „*sofern eine Aufzeichnung nach § 271 Absatz 2 Satz 1 erfolgt*“. Entgegen der Grundannahme der Gesetzesänderung, wonach das Protokoll und die Aufzeichnung mit Transkript nebeneinanderstehen, soll die Bild-Ton-Aufzeichnung das Protokoll insoweit ersetzen. Im Ergebnis ist dies sachgerecht, weil die Regelung in § 273 Abs. 3 StPO eine Ausnahme für die bislang fehlende Protokollierung darstellt. Das Bedürfnis entfällt mit der Neureglung.

c) Zweite Dokumentationsform: Bild-Ton-Aufzeichnung und Transkript, § 273 StPO-E

Die wesentliche Regelung zu der Art und Weise der Aufzeichnung und der Transkription sowie dem Umgang mit der neuen Dokumentationsform soll § 273 StPO-E sein. Das BMJ hat sich bei der Normierung der Vorschrift darum bemüht, einen Ausgleich zwischen den Vorteilen der neuen Dokumentationsform als effektives prozessuales Hilfsmittel und dem Schutz der betroffenen Verfahrensbeteiligten zu schaffen.¹⁶ Dabei unterscheiden die einzelnen Absätze teilweise streng zwischen der Bild-Ton-Aufzeichnung und der Transkription.

§ 273 Abs. 1 StPO-E bringt zum Ausdruck, dass bei der Aufzeichnung die Persönlichkeitsrechte der aufgezeichneten Personen beachtet werden müssen. Das BMJ hat sich dazu entschieden, keine detaillierten gesetzlichen Vorgaben zu formulieren, sondern überlässt es den Ländern dieser Verpflichtung bei der technischen Umsetzung gerecht zu werden.¹⁷ Als mögliche Maßnahmen zum Schutz der Betroffenen schlägt der Referentenentwurf die Wahl bestimmter Kamera- und Aufnahmeperspektiven oder die Verpixelung der aufgezeichneten Personen vor.¹⁸ Bezüglich der Transkription trifft der Absatz hingegen keine Aussage.

§ 273 Abs. 2 StPO-E enthält eine weitere Abwägungsentcheidung des BMJ. Kommt es zu einer „*vorübergehenden technischen Störung*“, die die Erstellung der Aufzeichnung oder die Transkription beeinträchtigen, so soll dies nicht zu einer Verfahrensverzögerung führen. Der Beschleunigungsgrundsatz soll in einem solchen Fall Vorrang haben und die Hauptverhandlung soll trotz der Störung fortgesetzt werden. Eine Unterbrechung oder Wiederholung der von der Störung betroffenen Teile der Hauptverhandlungen kommt danach nicht in Betracht – in einem solchen Fall sei es ausreichend, dass das Formalprotokoll die wesentlichen Förmlichkeiten feststellt.¹⁹ Eine dauerhafte Störung oder das Fehlen der Aufnahmetechnik an sich, kann hierdurch aber nicht kompensiert werden. Erkennbar ist diese Regelung dazu bestimmt, den Kritikern der audiovisuellen Dokumentation entgegenzukommen. Bekanntlich äußern vor allem Vertreter der Staatsanwaltschaften und der Gerichte die Sorge, der

(technische) Mehraufwand könne zur Verzögerung der Verfahren führen.

Die Speicherung und Löschung der Aufzeichnung und des Transkripts sollen § 273 Abs. 3 und Abs. 4 StPO-E regeln. Sie sind danach grundsätzlich zu der – ab 2026 elektronisch geführten – Akte zu nehmen (Abs. 3 S. 1) und die Akteneinsichtsrechte nach §§ 147, 406e, 32f StPO erstrecken sich auch auf diese. Ebenso ist § 499 StPO auf diese Aktenteile anwendbar und zwingt zu der unverzüglichen Löschung elektronischer Aufzeichnungskopien, wenn diese nicht mehr benötigt werden. Wird die Bild-Ton Aufzeichnung getrennt von der Akte gespeichert, so gelten §§ 147, 406e und 499 StPO entsprechend für die Aufzeichnungsdatei (Abs. 3 S. 2). In diesem Fall muss aber in der Akte vermerkt sein, wo die Datei gespeichert ist (Abs. 3 S. 3). Das Transkript muss indes stets zur Akte genommen werden.

§ 273 Abs. 4 StPO-E überträgt die aus dem Datenschutzrecht bekannte Erforderlichkeitsgrenze auf die Speicherung der Bild-Ton-Aufzeichnung. Sobald das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen oder auf andere Weise beendet ist, muss die Bild-Ton-Aufzeichnung gelöscht und die Löschung in der Akte vermerkt werden (Abs. 4 S. 1 und S. 2) – das Transkript wird hingegen erst nach Ablauf der Aktenaufbewahrungsfrist gelöscht. Der Vorsitzende kann jedoch nach seinem Ermessen anordnen, dass auch die Bild-Ton-Aufzeichnung so lange gespeichert bleiben soll, wenn deren Nutzung in einem anderen Verfahren – etwa dem Verfahren gegen einen Mittäter oder einem zivil- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren – zu erwarten ist (Abs. 4 S. 3).

§ 273 Abs. 5 StPO-E adaptiert ein weiteres datenschutzrechtliches Prinzip: die Zweckbindung der Datenerhebung. Ebenso wie Abs. 5 beschränkt sich diese Regelung jedoch auf die Bild-Ton-Aufzeichnung, die danach nur ausnahmsweise für einen anderen Zweck als das Strafverfahren verwendet werden darf, wenn die Angeklagten, Zeugen und Nebenkläger in die Verwendung in anderen gerichtlichen oder behördlichen Verfahren zustimmen. Auf die Einwilligung anderer Betroffener wie der Verteidigung oder des Vertreters der Staatsanwaltschaft soll es dagegen nicht ankommen, obwohl deren Persönlichkeitsrechte ebenso berührt sein können.

§ 273 Abs. 6 bis Abs. 8 StPO-E regeln den Zugang zu der Aufzeichnung und dem dazugehörigen Transkript durch die Verfahrensbeteiligten. Der Referentenentwurf unterscheidet dabei zwischen der Staatsanwaltschaft, der Verteidigung und beteiligten Rechtsanwälten einerseits sowie dem Angeklagten, dem Verletzten und dem Adhäsionskläger nach § 403 S. 2 StPO andererseits. Während die erste Gruppe nach jedem Verhandlungstag unverzüglich Zugang zu der Aufzeichnung und dem Transkript erhalten (Abs. 6), darf der nicht vertretene Verletzte oder Adhäsionskläger die Aufzeichnung nur in den Diensträumen und unter Aufsicht einsehen (Abs. 7).

¹⁶ RefE, S. 20.

¹⁷ RefE, S. 21.

¹⁸ RefE, S. 21.

¹⁹ RefE, S. 21.

Außerdem dürfen Verteidiger und Rechtsanwälte die ihnen zur Verfügung gestellten Aufzeichnungen nicht dem Angeklagten, dem Verletzten oder dem Adhäsionskläger überlassen (Abs. 8). Dies soll zu einer Verschärfung von § 32f StPO führen, der die Weitergabe der Aufzeichnung an den Angeklagten, einen Verletzten oder den Adhäsionskläger eigentlich erlauben würde – wegen der „Sensibilität“ der Aufzeichnung soll dies ausgeschlossen sein. Eine Vorführung der Aufzeichnung soll dagegen möglich sein. Ebenso soll auch die Weitergabe an Dritte zu Verfahrenszwecken zulässig sein.²⁰

d) Beweiskraft und Berichtigung, § 274 StPO-E

Der Grundsatzentscheidung des BMJ, die Aufzeichnung und das Transkript nur als „Hilfsmittel“ der Verfahrensbeteiligten einzuführen, kommt auch in der Regelung zu der Beweiskraft der Dokumentationsformen und der Berichtigung des Protokolls zum Ausdruck. § 274 Abs. 1 StPO-E soll danach wortgleich zu dem aktuellen § 274 Abs. 1 S. 1 StPO sein, wonach die für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden und in der Folge eine Verfahrensrüge für das Revisionsgericht einfach und ohne Rekonstruktion der Hauptverhandlung geprüft werden kann.²¹

Die Formulierung „nur“ in § 274 Abs. 1 (S. 1) StPO-E erhält durch die Einführung der Bild-Ton-Aufzeichnung und der Transkription eine neue Bedeutungsebene, da hierdurch nun auch das Verhältnis des Formalprotokolls zu der neuen Form der Hauptverhandlungsdokumentation bei der Revisionsbegründung und -prüfung austariert wird. Aufzeichnung und Transkript sollen danach auch im Falle der Revision nicht über ihre Rolle als „Hilfsmittel“ der Beteiligten des (erstinstanzlichen) Verfahrens hinauswachsen und sollen folglich nicht zum Beweis eines Verfahrensfehlers angeführt werden können. Das BMJ begründet dies damit, dass es ihnen an der dem Formalprotokoll eigenen „Konzentration auf die Beachtung der wesentlichen Förmlichkeiten und einer entsprechenden Selektion der Informationen“ fehle.²² Das BMJ wiederholt damit die bereits in der Begründung zum Opferrechtsreformgesetz angesprochene Gefahr der Überfrachtung des Revisionsverfahrens, die (angeblich) bei der Zulassung von digitalen Dokumentationsformen als Beweisgrundlage für eine Verfahrensrüge drohe.²³

Der derzeitige § 274 Abs. 1 S. 2 StPO soll dagegen ersatzlos gestrichen werden. Das BMJ stützt dies auf die zutreffende Beobachtung, dass die Rechtsprechung mittlerweile eine Vielzahl möglicher Gründe für das Entfallen der Beweiswirkung des Hauptverhandlungsprotokolls anerkennt (z.B. Meinungsverschiedenheiten zwischen Vorsitzendem und Protokollführer, Lücken und Widersprüche) und die Regelung somit obsolet geworden ist. Außerdem sei zu erwarten, dass die Möglichkeit der Nutzung der Aufzeichnung und des Transkripts bei der Protokollerstellung Unklarheiten reduziere.²⁴

Hierauf fußt auch die vorgeschlagene Regelung des § 274 Abs. 2 StPO-E, wonach das Protokoll einer Hauptverhandlung, die erstinstanzlich vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht stattfand, anhand der Bild-Ton Aufzeichnung berichtigt werden darf. Eine Korrektur anhand des Transkripts erwähnt der Regelungsentwurf dagegen nicht. Da die Regelung des § 274 Abs. 2 StPO-E nach Aussage des BMJ jedoch nur klarstellen soll, dass die bereits nach geltendem Recht zulässigen Protokollberichtigungen auch unter Zuhilfenahme der Aufzeichnung vorgenommen werden dürfen,²⁵ ist davon auszugehen, dass das Protokoll auch anhand des Transkripts berichtigt werden dürfte. Die ausschließliche Nennung der Aufzeichnung wäre danach keine Grundlage für einen dem widersprechenden Umkehrschluss.

2. Erweiterung des § 353d StGB

Neben den verfahrensrechtlichen Bestimmungen enthält der Referentenentwurf schließlich auch eine Änderung des StGB. Der § 353d StGB („Verbotene Mitteilung über Gerichtsverhandlungen“) soll danach um eine vierte Handlungsvariante erweitert werden, die die Verbreitung oder Veröffentlichung einer Bild-Ton-Aufzeichnung aus einer Hauptverhandlung in Strafsachen oder einer Vernehmung im Ermittlungsverfahren unter Strafe stellt. Im Gegensatz zu den Handlungsvarianten Nr. 1 bis 3 soll eine Bild-Ton-Aufzeichnung danach absolut geschützt sein. Das Bundesjustizministerium hat sich bewusst dagegen entschieden, den Tatbestand auf Aufzeichnungen aus nichtöffentlichen Verhandlungen oder auf den Zeitraum bis zum Abschluss des Verfahrens zu beschränken. Ebenso ist der Tatbestand nicht auf „offizielle“ Bild-Ton-Aufzeichnungen beschränkt, sondern soll auch rechtswidrig angefertigte Aufzeichnungen erfassen.²⁶

²⁰ RefE, S. 24 f.

²¹ RefE, S. 25.

²² RefE, S. 25.

²³ BT-Drs. 15/1976, S. 13: „Dies würde zu einer erheblichen Erschwernis für das Revisionsverfahren führen, weil es regelmäßig der vollständigen Durchsicht der Tonbandaufnahmen bedürfte, damit sich etwaige Lücken schließen oder behauptete Widersprüche auflösen ließen. Zudem würde das Revisionsgericht in Fällen, in denen verschiedene Dolmetscher unterschiedliche Übersetzungen einer Aussage geliefert haben, die alle durch Tonband festgehalten wurden, sprachwissenschaftliche Studien anstellen müssen, um den behaupteten Inhalt der Aussage auf seine Richtigkeit zu überprüfen. [...] Die vollständige Aufnahme der Hauptverhandlung produziert eine Vielfalt und Menge von Informationen, die die Staatsanwaltschaft und insbesondere die Strafverteidigung vor das Problem stellt, Komplexität reduzieren zu müssen.“

²⁴ RefE, S. 25.

²⁵ RefE, S. 25.

²⁶ RefE, S. 28.

3. Umsetzung der Vorschriften

Das Bundesjustizministerium hat davon abgesehen, technische und organisatorische Detailregelungen zu der Umsetzung der neuen Dokumentationspflichten in den Referentenentwurf aufzunehmen.²⁷ Die Einzelheiten der Umsetzung soll vielmehr in Händen der einzelnen Bundesländer liegen, die die Verwaltungshoheit über die Gerichte ausüben. Dem entspricht es, dass der EGStPO ein neuer § 19 angefügt werden soll, der bestimmt, dass die Landesregierungen – oder dazu unterbevollmächtigte Landesministerien – durch Rechtsverordnung bestimmen können, wann die digitale Dokumentation der Hauptverhandlungen vor den Landes- und Oberlandesgerichten eingeführt werden soll und ob diese zunächst auf einzelne Gerichte und Spruchkörper begrenzt werden soll. Der Zeitpunkt der finalen Gesamtumsetzung darf aber nicht nach dem 1. Januar 2030 liegen. Für Hauptverhandlungen, bei denen ein Oberlandesgericht im Wege der Organleihe Staatsschutzverfahren in der Zuständigkeit des Bundes führt, ist sogar bereit der 1. Januar 2026 als spätester Umsetzungszeitpunkt vorgesehen (Abs. 1). Hauptverhandlungen, die bei Eintritt der Dokumentationspflicht bereits begonnen haben, trifft diese Pflicht jedoch noch nicht (Abs. 2).²⁸

III. Nur ein „Hilfsmittel“ des Tatrichters (?)

Der Referentenentwurf geht von der Prämisse aus, dass die neue digitale Inhaltsdokumentation nur ein „Hilfsmittel“ der Verfahrensbeteiligten, insbesondere des Tatrichters, sein soll.²⁹ Der Begriff „Hilfsmittel“ soll zum Ausdruck bringen, dass die Bild-Ton-Aufzeichnung und das Transkript die Aufgabe der handschriftlichen Notizen der Verfahrensbeteiligten erfüllen sollen und nicht etwa die prozessualen Wirkungen haben sollen, die das „offizielle“ Hauptverhandlungsprotokoll hat. Die Grundstruktur des Revisionsverfahrens soll durch die Einführung der Inhaltsdokumentation nicht berührt werden.³⁰ Das entspricht der Linie vorheriger Entwürfe, die als einen Hauptgrund der Einführung der audiovisuellen Aufzeichnung auch die „Belastung der Vernehmungsbeamten“ mit der Mitschrift angesehen haben.³¹

An der Legitimität dieser isolierten Prämisse kann man durchaus zweifeln. Die digitale Verhandlungsdokumentation schafft eine objektive Grundlage für die inhaltliche Rekonstruktion der Hauptverhandlung, die der Akte beigefügt wird und sämtlichen Verfahrensbeteiligten zur Verfügung steht. Die digitale Verhandlungsdokumentation ähnelt damit in seiner prozessualen Objektivität dem Hauptverhandlungsprotokoll und übertrifft in seiner Genauigkeit die subjektiven handschriftlichen Notizen der Verfahrensbeteiligten.³² Die Nachvollziehbarkeit und hohe Verlässlichkeit der digitalen Verhandlungsdokumentation implizieren prozessuale Folgen auf zwei Ebenen: der Entscheidungsfindung durch das erstinstanzliche

Gericht und die Prüfung des Urteils durch das Revisionsgericht.

1. Verschärfen der gerichtlichen Erörterungspflicht?

Keine ausdrückliche Äußerung trifft das BMJ dazu, ob sich das Gericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung nach § 261 StPO stets explizit mit den nunmehr eindeutig dokumentierten Aussagen und Vorgängen im Prozess befassen muss und insofern verpflichtet wird, sich auch schriftlich in seinem Urteil mit der gesamten Bild-Ton-Aufnahme bzw. dem Transkript auseinanderzusetzen. Dieses Versäumnis verwundert, denn dies war eine der Einwendungen, die 2004 gegen die Einführung des Tonbandprotokolls bei Verhandlungen vor dem Land- und Oberlandesgericht vorgebracht wurden.³³ Auf die Gefahr von Verfahrensrügen nach § 261 StPO verweist auch der Referentenentwurf selbst, übergeht dann aber im Weiteren, was dies tatsächlich bedeutet.³⁴

Es liegt nahe, dass es weder mit der richterlichen Freiheit bei der Würdigung der Hauptverhandlungen noch der Entscheidungsökonomie vereinbar wäre, wenn der Richter verpflichtet wäre, das gesamte Dokumentationsmaterial in seinem Urteil aufzuzählen und zu besprechen. Gleichwohl lässt sich dies nicht aus dem Referentenentwurf ableiten. Stattdessen schlägt das BMJ sogar vor, dass die Einführung der Bild-Ton-Aufzeichnung die vollständige Protokollierung von Aussagen und Äußerungen, die gegenwärtig in § 273 Abs. 3 S. 1 StPO geregelt ist, weitgehend ersetzen soll (s. oben). Der BGH hat aber bereits 1991 entschieden, dass ein Gericht dazu verpflichtet ist, sich in seinem Urteil mit einem nach § 273 Abs. 3 StPO erstellten Wortlautprotokoll auseinanderzusetzen und ein diesbezügliches Versäumnis als Verstoß gegen § 261 StPO gerügt werden kann.³⁵ Der BGH begründet dies damit, dass der besonders hohe Beweiswert eines derartigen Protokolls das Gericht dazu zwingt, entweder das Protokoll zur Vervollständigung der Beweiswürdigung zu erläutern oder bestehende Diskrepanzen gegenüber dem Wortlautprotokoll aufzuzeigen und zu begründen – auch die richterliche Freiheit erlaubt es nicht, dies einfach zu übergehen.

Begründet das BMJ nun die weitgehende Aufhebung des Rechts auf Beantragung der vollständigen Protokollierung damit, dass Vorgänge, Aussagen und Äußerungen durch die Aufzeichnung und Transkription dokumentiert werden,³⁶ so gesteht es insbesondere der Ton-Bild-Aufzeichnung zumindest implizit einen vergleichbaren Beweiswert zu. Konsequenz der genannten Rechtsprechung des BGH könnte es dann – zumindest in Abwesenheit einer anderweitigen Regelung – auch sein, dass das Gericht dazu verpflichtet wäre, die gesamte Bild-Ton-Aufzeichnung in seinem Urteil festzustellen und zu würdigen, um keinen

²⁷ RefE, S. 2.

²⁸ RefE, S. 8.

²⁹ So ausdrücklich RefE, S. 2, 12, 13, 18, 20, 23, 25.

³⁰ Bericht der Expertinnen- und Expertengruppe, S. 64.

³¹ Basar, KriPoZ 2017, 95 (99) mit Verweis auf BT-Drs. 18/11277, S. 22.

³² So ausdrücklich schon BT-Drs. 18/11277, S. 22.

³³ BT-Drs. 15/1976, S. 12.

³⁴ RefE, S. 10.

³⁵ BGH, NStZ 1991, 500 = BGHSt 38, 14.

³⁶ RefE, S. 20.

Revisionsgrund zu riskieren.³⁷ Der so von dem Referentenentwurf provozierte Konflikt zwischen richterlicher Entscheidungsfreiheit und Verfahrensökonomie auf der einen Seite und der implizierten richterlichen Auseinandersetzungspflicht auf der anderen Seite verlangt eine entsprechende gesetzliche Entscheidung, die jedoch im aktuellen Entwurf fehlt. Die im Bericht der Expertenkommission vorgeschlagene Beschränkung der sog. Inbegriffsrüge auf Evidenzfälle wäre dabei ein denkbarer Ansatz.³⁸

2. Verwertung in der Revisionsinstanz zur Kontrolle der Tatrichterentscheidung?

Der neuralgische Punkt des Referentenentwurfs ist die Verwendung der Ton-Bild-Aufzeichnung in der Revisionsinstanz. Die Strafprozessordnung sieht nur die Revision als Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Urteile der Land- und Oberlandesgerichte vor. Eine neue Tatsacheninstanz inklusive erneuter Beweiswürdigung steht dem Verurteilten also nicht zu. Dies und die Besonderheiten des Revisionsrechts bergen nach der aktuellen Rechtslage die Gefahr, dass Fehler bei der ursprünglichen Wahrnehmung und späteren Vergegenwärtigung der Hauptverhandlung durch den Richter nicht mehr korrigiert werden können, selbst wenn diese dazu führen, dass ein Fehlurteil ergeht.³⁹

Die hierfür maßgeblich verantwortliche „Besonderheit“ des Revisionsrechts ist das sog. Rekonstruktionsverbot. Dabei handelt es sich um eine ungeschriebene, vom *BGH* entwickelte und in ständiger Rechtsprechung verfestigte – wenn auch in der Literatur nicht unumstrittene⁴⁰ – Folge der Beschränkung des Revisionsgerichts auf die Prüfung von Rechtsfehlern. Es ist alleine Sache des Tatrichters das Ergebnis der Hauptverhandlung im Urteil festzustellen und zu würdigen – das Revisionsgericht ist daran gebunden.⁴¹ Die Rüge des § 261 StPO, dass das Urteil in Widerspruch zu einem Vorgang in der Hauptverhandlung steht, ist grundsätzlich unzulässig und kann eine Revision nicht begründen, selbst wenn dies objektiv zu einem Fehlurteil führt. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das Revisionsgericht den Widerspruch auch ohne Rekonstruktion der Hauptverhandlung feststellen kann, sondern dieser Widerspruch „verfahrensrechtlich bewiesen“⁴² ist – in anderen Worten: die Rüge ist nur begründet, wenn „allein aufgrund der Aktenlage der Nachweis geführt werden kann, daß die im Urteil getroffenen Feststellungen nicht durch die in der Hauptverhandlung benutzten Beweismittel gewonnen werden konnten“⁴³. Man spricht in diesem Fall von einem „paraten Beweismittel“⁴⁴. Ein solcher Beweis ist etwa das nach § 273 Abs. 3 StPO erstellte Wortlautprotokoll, sodass eine Diskrepanz oder Lücke zwischen Urteilsgründen und dokumentiertem Aussageinhalt ohne die

Rekonstruktion der Hauptverhandlung durch das Revisionsgericht festgestellt werden kann.⁴⁵ Augenscheinsobjekte wie Fotos hat der *BGH* indes bisher nicht zur Begründung einer Inbegriffsrüge zugelassen, da deren Würdigung und gegebenenfalls erforderliche Abgleich mit einem Vergleichsobjekt eine dem Tatrichter vorbehaltene Überzeugungsbildung voraussetzt.⁴⁶

Der im Referentenentwurf vorgeschlagene Wortlaut der §§ 271 bis 274 StPO kann so ausgelegt werden, dass er das Rekonstruktionsverbot weitgehend obsolet machen würde. Die Ton-Bild-Aufzeichnung sowie das Transkript sollen zu den Akten genommen werden (§ 273 Abs. 3 S. 1 StPO-E) und mindestens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens gespeichert bleiben (§ 273 Abs. 4 S. 1 StPO-E). Ebenso spricht die vom BMJ implizierte Gleichstellung der neuen Dokumentationsformen und des Wortlautprotokolls (s. oben) dafür, dass die Bild-Ton-Aufzeichnung und das Transkript die prozessuale „Verfahrenswahrheit“ darstellen sollen und somit auch vom Revisionsgericht mit der Urteilsbegründung abgeglichen werden sollen. Dem widerspricht auch nicht die Negation der prozessualen Beweiskraft der neuen Dokumentationsformen in § 274 Abs. 1 StPO-E, die sich ausschließlich auf die „für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten“ beschränkt und den Abgleich mit den Urteilsgründen nicht per se ausschließt. Jedenfalls das Transkript wären nach diesem Verständnis ein „parater Beweis“ im Sinne der oben beschriebenen Rechtsprechung und somit auch für das Revisionsgericht erheblich. Die vom *BGH* begründete Ausnahme vom Rekonstruktionsverbot würde damit jedenfalls insoweit zur Regel werden. Darüber hinaus wäre zu erwarten, dass der *BGH* auch die Bild-Ton-Aufzeichnung als „paraten Beweis“ verstehen würden, obwohl es sich um ein Augenscheinsobjekt handeln würde. Dafür spräche entscheidend, dass die StPO die Bild-Ton-Aufzeichnung gerade zur Dokumentation der Hauptverhandlung vorsähe und damit zur „Aktenlage“ zählen würde.

Das BMJ will den Referentenentwurf jedoch gerade nicht so verstanden wissen. Vielmehr betont das BMJ ausdrücklich, dass die digitale Inhaltsdokumentation „mit Blick auf das Revisionsverfahren keine unmittelbaren prozessualen Wirkungen“⁴⁷ haben soll. Die Heranziehung der Dokumentation in der Revisionsinstanz soll „entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu „paraten“ Beweismitteln auf wenige Evidenzfälle beschränkt bleiben“, wodurch der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gewahrt bleiben soll.⁴⁸ Weder die Aufzeichnung noch das Protokoll sollen etwas an dem Grundsatz des Rekonstruktionsverbots und der damit zusam-

³⁷ Eine auf die Verletzung von § 261 StPO gestützte Verfahrensrüge würde in einem solchen Fall auch nicht gegen das „Rekonstruktionsverbot“ des Revisionsrechts verstoßen – vgl. *BGH*, NStZ 1991, 500 (501).

³⁸ Bericht, S. 65 f.

³⁹ Vgl. z.B. *Basar*: „Digitales Inhaltsprotokoll“, Handelsblatt v. 13.12.2022; *van Lijnden*: „Wenn die subjektive Wahrnehmung von Richtern Urteile beeinflusst“, Welt-Online v. 30.11.2022.

⁴⁰ Z.B. *Wilhelm*, ZStW 117 (2005), 143 (154 ff.); *Döhmer*, SVR 2009, 47 (48 ff.); *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014, S. 144 ff.

⁴¹ *BGH*, NStZ 1967, 213 = BGHSt 21, 149.

⁴² *BGH*, NStZ-RR 2014, 15.

⁴³ *BGH*, NStZ 1998, 51 (52).

⁴⁴ Begriff geht auf *Herdegen*, StV 1992, 590 (596) zurück.

⁴⁵ *BGH*, NStZ 1991, 501 = BGHSt 38, 14.

⁴⁶ Vgl. BGHSt 29, 18 (21 f.).

⁴⁷ RefE, S. 2.

⁴⁸ RefE, S. 13.

menhängenden weitgehenden Beschränktheit der revisionsgerichtlichen Prüfung ändern.⁴⁹

Das BMJ schließt sich damit dem Vorschlag der Expertengruppe an.⁵⁰ Die Expertengruppe räumt ein, dass mit der Einführung einer digitalen Verhandlungsdokumentation die faktische Grundlage des Rekonstruktionsverbots weggefallen sei. Gleichwohl sei die nur eingeschränkte Berücksichtigung von in der Hauptverhandlung eingeführten Beweismitteln bei der Revision beizubehalten.⁵¹ Weitere denkbare Modelle seien die Behandlung der Revision als beschränkte zweite Tatsacheninstanz⁵² oder die Anerkennung einer auf qualifizierte Verstöße beschränkten „Feststellungsrüge“⁵³, jedoch sprächen gegen diese Modelle vor allem Argumente der Verfahrensökonomie und Rechtssicherheit⁵⁴. Gerade das Argument der Verfahrensökonomie wird damit unterstrichen, dass sich die Dauer und Prüftintensität der erstinstanzlichen Verfahren seit der Einführung der StPO 1881 stark erhöht hätten – anfangs sei bereits ein Verfahren mit sechs Verhandlungstagen als außergewöhnlich komplex angesehen worden.⁵⁵

Auch aus Verteidigersicht kann der Furcht der Expertengruppe und des BMJ vor einer Ausuferung der Revisionsinstanz bei Einführung der digitalen Inhaltsdokumentation nicht widersprochen werden: Bereits jetzt ist die Abfassung einer Revisionsbegründung *de lege artis* ein schwieriges und zeitaufwändiges Unterfangen, an dem nicht wenige Strafverteidiger bereits scheitern – dies würde durch die Berücksichtigungsfähigkeit der umfassenden digitalen Verhandlungsdokumentation nicht erleichtert werden, zumal es bei den hohen formalen Anforderungen an Verfahrensrügen bleiben soll. Hiervor könnte sich der Verteidiger auch nicht dadurch retten, dass er eine einfach zu verfassende Sachrüge gegen die Beweisgründe erhebt – die digitale Inhaltsdokumentation soll nach dem Referentenentwurf Teil der Akte und nicht etwa des Urteils sein und wäre damit dem Revisionsgericht bei der Prüfung der Sachrüge schlechthin entzogen („*verbotener Blick in die Akten*“).⁵⁶

Gleichwohl erscheint die verfahrensrechtliche Eingrenzung der Wirkungen der digitalen Verhandlungsdokumentation nicht der rechtsstaatlich angezeigte Weg zur Lösung dieses Konflikts zu sein. Eine konsequente Verwirklichung des gesetzgeberischen Willens des BMJ würde dazu führen, dass die Revisionsgerichte im schlimmsten Fall gegen die eindeutig dokumentierte „*Verfahrenswahrheit*“ entscheiden müssten. Dass das Transkript und die Bild-Ton-Aufzeichnung zudem zur Korrektur des Protokolls⁵⁷ und damit sogar zur sog. Rügeverkümmerung⁵⁸ verwendbar sein sollen, begründet zusätzlich Bedenken an der Vereinbarkeit dieses Ansatzes

mit dem Grundsatz der Waffengleichheit.

Ob der *BGH* eine solche Vorgehensweise absegnen würde ist zweifelhaft, zumal er bereits jetzt Durchbrechungen des Rekonstruktionsverbots erlaubt, die auf einen umgesetzten Referentenentwurf „*passen*“ würden. Es ist darum nicht unwahrscheinlich, dass eine Umsetzung des Referentenentwurfs das Rekonstruktionsverbot (zumindest mittelfristig) weitgehend zurückdrängen würde. In diesem Fall wären jedoch weitere Reformen des Revisionsrechts angezeigt, um der neuen Prozessrealität angemessen Rechnung zu tragen. Der Entwurf will die Weiterentwicklung dieser Fragen der Rechtsprechung überlassen. Es scheint, als ob der Verfasser des Entwurfs nicht alle Fragen schon jetzt regeln, sondern vor allem den Einstieg die digitale Dokumentation sicherstellen will.

IV. Folgen eines technischen Ausfalls

Eine relevante Frage ist, welche Auswirkungen eine gegen §§ 271 und 273 StPO-E verstoßende Nichtaufnahme des Prozesses bzw. der Ausfall der Transkription hätte. Der Referentenentwurf sieht hierzu nur eine ausdrückliche Regelung vor: § 273 Abs. 2 StPO-E. Dort wird festgestellt, dass eine vorübergehende technische Störung den Fortgang der Hauptverhandlung nicht behindert.

1. „Vorübergehende“ Störungen sollen geduldet werden

Zum einen ist bereits nicht klar, wann eine Störung noch „*vorübergehend*“ ist. Der reine Wortlaut erlaubt damit auch langwierige Störungen, solange diese nicht die gesamte Hauptverhandlung erfassen – erst dann wäre die Störung nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft. Eine solche weite Auslegung würde aber die Aufnahmepflicht nahezu bedeutungslos machen. Überzeugender ist es, wenn man „*vorübergehend*“ im Sinne eines Wesentlichkeitsvorbehalts versteht und zwischen „*wesentlichen*“ und „*unwesentlichen*“ Teilen der Hauptverhandlung unterscheidet – eine Differenzierung, die etwa auch bei der Anwendung von § 338 Nr. 5 StPO vorgenommen wird, um das „*Beruhenserfordernis*“ des Revisionsrechts zu konkretisieren.⁵⁹ Während eine bereits kurze Störung während der Vernehmung eines wichtigen Zeugen maßgeblichen Einfluss auf die Qualität der späteren Entscheidungsfindung haben kann und darum auch rechtliche Relevanz haben sollte, erscheint selbst eine längere Störung bei der Verlesung der Anklage oder dem der Aufzeichnung rund um die Erörterungen zum Selbstleseverfahren als weniger schwerwiegend, zumal die Anklage dem Gericht im Wortlaut vorliegt und ihre Verlesung in das Protokoll aufgenommen werden muss.⁶⁰ Dasselbe gilt für das Selbstle-

⁴⁹ Explizit: RefE S. 12 f., 25.

⁵⁰ Bericht, S. 67 ff.

⁵¹ Bericht, S. 69, 73 f.

⁵² Bericht, S. 70, 71 ff.

⁵³ Bericht, S. 70 f., 73 mit Verweis auf *Mosbacher*, StV 2019, 182.

⁵⁴ Bericht, S. 73 f.

⁵⁵ Bericht, S. 74.

⁵⁶ Eine Sachrüge gegen die Beweisgründe kann nur darauf gestützt werden, dass die Beweiswürdigung, wie sie im Urteilstext dargestellt ist, lückenhaft oder widersprüchlich ist oder gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt; vgl. *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, 45. Ed. (Stand: 1.10.2022), § 261 Rn. 75 ff.

⁵⁷ Vgl. § 274 Abs. 2 StPO-E, RefE S. 25 f.

⁵⁸ So ausdrücklich der Bericht, S. 76 f.

⁵⁹ Vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. (2022), § 338 Rn. 36 ff. m.w.N.

⁶⁰ *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 273 Rn. 7.

severfahren. Das Fehlen einer Aufnahme ist in diesen Fällen eher erträglich.

2. Wie ist mit Fehlern und Unvollständigkeiten umzugehen?

Ob die Bild-Ton-Aufzeichnung oder das Transkript unvollständig oder fehlerhaft sind, soll anders als bei der Übertragung einer Aufzeichnung in das Protokoll nach § 168a Abs. 5 StPO nicht überprüft und bestätigt werden müssen. Das Gericht soll aus eigenem Antrieb oder auf Anregung von Verfahrensbeteiligten jedoch Fehler oder Unvollständigkeits des Transkripts formlos beheben.⁶¹ Bezüglich der Bild-Ton-Aufzeichnung schweigt der Referentenentwurf indes. Das BMJ ging wohl davon aus, dass es in der Natur der Sache liege, dass Fehlerhaftigkeiten oder Unvollständigkeits der Aufzeichnung nicht nachträglich behoben werden können. Dies ist jedoch nur bei vollständigen Ausfällen des Aufnahme geräts richtig. Sollte das Bild oder der Ton der Aufzeichnung aufgrund technischer Störungen in Mitleidenschaft gezogen worden sein, so ist es gegebenenfalls möglich, die Aufnahmequalität durch nachträgliche Bearbeitung zu verbessern.

Dass das Aufnahmematerial nachträglich bearbeitet werden soll, hat das BMJ dabei auch nicht per se ausgeschlossen. So benennt es etwa die Verpixelung eines Verfahrensbeteiligten als mögliche Maßnahme zum Schutz der Persönlichkeitsrechte. Gleichwohl kann eine solche nachträgliche Bearbeitung auch das Aufnahmematerial verfälschen und die gegebenenfalls richtige Erinnerung eines Verfahrensbeteiligten in Zweifel ziehen. Diesbezüglich wäre eine Klarstellung des Gesetzgebers wünschenswert.

3. Dauerhafte Störungen als Revisionsgrund?

Zum anderen ist zu fragen, ob es sich bei der Verletzung von § 273 Abs. 2 StPO um einen Revisionsgrund handeln würde. Die Einführung eines absoluten Revisionsgrundes sieht der Referentenentwurf nicht vor. Für die Aufnahme eines neuen absoluten Revisionsgrundes in § 338 StPO sprächen aber durchaus gute Gründe. Die normative Legitimation für die Normierung eines Prozessfehlers als absoluter Revisionsgrund ergibt sich aus zwei kumulativen Erwägungen: der Fehler muss zentrale Institutionen und Garantien des Strafverfahrensrechts berühren und es ist zudem der Beruhensnachweis für den Revisionsführer kaum zu führen.⁶² Der zweite Grund ist bei einer Verletzung von § 273 Abs. 2 StPO ohne Weiteres damit gegeben, dass es dem Revisionsführer wohl nicht gelingen wird darzulegen, dass das Urteil bei einer lückenlosen Aufzeichnung und der Vollständigkeit des „Hilfsmittels“ Bild-Ton-Aufzeichnung anders ausgefallen wäre.

Weiterhin sollen die unmittelbaren rechtlichen Wirkungen der Aufzeichnung nach dem Referentenentwurf zwar

nur gering sein, jedoch kann eine unvollständige Aufzeichnung gleichwohl in Konflikt mit grundlegenden strafprozessualen Prinzipien treten. So kann man durchaus die Frage stellen, ob es dem Unmittelbarkeitsgrundsatz widerspräche, wenn die Bild-Ton-Aufzeichnung den neuen „Standard“ bei der Rekonstruktion der Hauptverhandlung darstellt und dieser im Einzelfall nunmehr unterboten wird. Dem könnte man zwar entgegenhalten, dass man in diesem Fall lediglich zu dem aktuellen „Standard“ zurückkehren würde, jedoch ist auch die Auslegung der Prozessmaximen nicht statisch, sondern muss sich der prozessualen Realität anpassen. Hat sich diese durch die flächendeckende Einführung von Bild-Ton-Aufzeichnungen verändert, so darf auch die Interpretation des Unmittelbarkeitsgrundsatzes nicht „im Gestern“ verharren. Weiterhin liegt auch der Verstoß gegen den Fair-Trial-Grundsatz nahe, wenn etwa die Aussage des wichtigsten Entlastungszeugen der Verteidigung nicht aufgenommen worden ist, jedoch der Richter sich die aufgezeichnete Vernehmung des Hauptbelastungszeugen jederzeit wieder vorspielen und somit besonders prägnant vor Augen führen kann.⁶³ Die dadurch bewirkten kognitiven Verzerrungen werden zusätzlich intensiviert, wenn der Richter bereits eine Entscheidungstendenz hat und diese von der aufgezeichneten Aussage bestätigt wird (sog. confirmation bias).⁶⁴

Das Fehlen einer Bild-Ton-Aufzeichnung kann folglich – jedenfalls in der Wirkung – mit der Situation eines unaufmerksamen oder abgelenkten Richters verglichen werden, dessen eingeschränkte Wahrnehmung und damit unzuverlässige Erinnerung relevanter Teile der Verhandlung zu einer ähnlichen Gefährdung einer ausgewogenen Entscheidungsfindung führen kann wie die unvollständige Aufzeichnung der Verhandlung. In beiden Fällen wird der Richter den ihm im Detail präsenten Aussagen und Äußerungen mehr Gewicht bei der Urteilsfällung zugestehen als Verhandlungspassagen, die er nur noch schwer und lückenhaft gedanklich rekonstruieren kann. Dass es einen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 1 StPO darstellen kann, wenn ein Richter unfähig war, wesentliche Vorgänge in der Hauptverhandlung wahrzunehmen, hat das Reichsgericht indes bereits 1926 erkannt.⁶⁵

Nicht zuzustimmen ist dem Argument der Experten-Gruppe, dass die Anerkennung eines derartigen Revisionsgrundes zu einem Aufwand führen würde, der in keinem sinnvollen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck der digitalen Inhaltsdokumentation stehen würde, zumal dann gegebenenfalls Sitzungstage zu wiederholen seien.⁶⁶ Es ist selbsterklärend, dass die Behebung von Verfahrensfehlern zu Verzögerungen und zusätzlichem Aufwand führt, der möglicherweise im Einzelfall außer Verhältnis zu der faktischen Schwere des konkreten Rechtsverstößes steht. Dies ist jedoch der Preis eines rechtskonformen Verfahrens – so ist es unbestritten, dass ein Sitzungstag wiederholt werden muss, der rechtswidrig unter Ausschluss der

⁶¹ RefE, S. 12.

⁶² Knauer/Kudlich, in: MüKo-StPO, 2019, § 338 Rn. 3 f. m.w.N.

⁶³ Zur Bedeutung von Wiederholung und Reflektion für die Erinnerung: Häcker, in: Bender/Häcker/Schwarz, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 5. Aufl. (2021), Rn. 152 f.

⁶⁴ Ausführlich: Schweizer, Kognitive Täuschung vor Gericht – Eine empirische Studie, 2005, S. 178 ff.

⁶⁵ RGSt 60, 63 (64); weiterhin auch BGHSt 2, 14 (15 f.).

⁶⁶ Bericht, S. 78 ff.

Öffentlichkeit durchgeführt wurde, selbst wenn davon auszugehen ist, dass sowieso niemand dem Verfahren beigewohnt hätte.

V. Im Übrigen...

1. Findet das Datenschutzrecht Anwendung?

Das BMJ war sich bei der Verfassung des Referentenentwurfs bewusst, dass gerade die Aufzeichnung von Bild und Ton eine Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte der Beteiligten des Prozesses bedeutet. Der Eingriff wiegt hier schwer, da die Beteiligten regelmäßig keine Möglichkeiten haben, der Aufnahme zu entgehen und sie zudem oftmals über sensible Bereiche ihres Privat- oder Intimlebens oder traumatische Erlebnisse berichten müssen. Außerdem steigert die Existenz weiterer Dokumentationen der Aussage eines Zeugen oder Angeklagten die Gefahr ihrer Kenntnisnahme durch Externe, was mitunter zu einem Risiko für den Aussagenden werden kann, der mögliche Vergeltungshandlungen zu befürchten hat.⁶⁷

Was ist aber mit der Anwendung des BDSG? Eigentlich liegt sowohl die Bild-Ton-Aufzeichnung und die Transkription im Anwendungsbereich des BDSG nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. b BDSG, da es sich bei Land- und Oberlandesgerichten um Öffentliche Stellen der Länder im Sinne der Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 2 BDSG handelt.⁶⁸ In Teil 3 des BDSG (§§ 45 ff. BDSG) sieht das Gesetz sogar ein spezifisches Datenschutzrecht vor, das auf die Datenverarbeitung durch Strafgerichte Anwendung finden soll. Gleichwohl erwähnt der Referentenentwurf ebenso wie der Bericht der Expertinnen- und Experten-Gruppe das BDSG an keiner Stelle.

Eine Antwort auf die Frage, wie mögliche Anwendungskonflikte zwischen § 273 StPO-E und dem BDSG zu lösen sind, könnte man indes § 1 Abs. 2 S. 1 BDSG entnehmen, der klarstellt, dass das BDSG zu anderen Rechtsvorschriften des Bundes – wie der StPO – subsidiär ist. § 273 StPO-E ist aber nur vorrangig, wenn und soweit zwischen dieser Regelung und dem BDSG „*Tatbestandskongruenz*“ besteht. Das heißt, dass das BDSG anwendbar bleibt, soweit die StPO eine datenschutzrechtliche Regelung nicht selbst trifft und sie insoweit auch nicht abschließend ist. Relevante datenschutzrechtliche Regelungen sind insbesondere die Betroffenenrechte „*Informationspflicht*“, „*Auskunftsrecht*“ und „*Widerspruchsrecht*“;⁶⁹ für die der Referentenentwurf keine Regelungen vorsieht.

Die Frage nach der Anwendbarkeit des BDSG verliert aber wegen § 500 Abs. 1 StPO an Bedeutung. Danach soll

Teil 3 des BDSG (§§ 45 ff. BDSG) entsprechend auf Datenverarbeitungen durch öffentliche Stellen der Länder – mithin auch die hier betroffenen Land- und Oberlandesgerichte – anzuwenden sein, die zum Anwendungsbereich der StPO gehören. Der tatsächliche Umfang der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 45 ff. BDSG und der damit zusammenhängenden Durchdringung tradierter strafprozessualer Grundsätze durch das „neue“ Datenschutzrecht ist jedoch nicht unumstritten.⁷⁰ Im Ergebnis spricht derzeit aber vieles dafür, die in den § 45 ff. BDSG enthaltenen Regelungen für anwendbar zu halten.⁷¹

Soweit der Referentenentwurf die Löschung der Bild-Ton-Aufzeichnung ausdrücklich anordnet (§ 273 Abs. 4 StPO-E), ist zudem § 161 Abs. 2 StPO zu beachten, der die Anwendung des § 58 Abs. 3 BDSG für derartige Fälle ausschließt.⁷² Diese Regelung ist vor dem Hintergrund des durch die Löschpflicht begründeten hohen Schutzniveaus verständlich – § 58 Abs. 3 BDSG hätte ansonsten das Potential den durch § 273 Abs. 4 StPO-E intendierten Schutz der Verfahrensbeteiligten zu demontieren.⁷³ Bezüglich des Transkripts sieht der Referentenentwurf keine entsprechenden Regeln vor, so dass dieses nach derzeitiger Rechtslage den §§ 45 ff. BDSG unterfallen dürfte. Relevant sind hier vor allem § 47 Nr. 6 und § 48 BDSG. Das datenverarbeitende Land- bzw. Oberlandesgericht würde danach verpflichtet sein, angemessene Sicherheitsmaßnahmen (z.B. Verschlüsselung der Daten) zu ergreifen, insbesondere wenn es die Bild-Ton-Aufzeichnung erstellt, speichert, zur Verhandlungsrekonstruktion verwendet und den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung stellt.

2. Ersetzt das Transkript den Prozessbeobachter?

Gerade in Wirtschaftsstraftprozessen ist es üblich, dass im Publikum auch Anwälte des verletzten Unternehmens als sog. „*Prozessbeobachter*“ sitzen, die den Ablauf der Hauptverhandlung und insbesondere die Aussagen bestimmter Zeugen mitschreiben. Dies dient regelmäßig der Vorbereitung zivilrechtlicher Klagen oder der Unterstützung interner Untersuchungen bei dem verletzten Unternehmen. Straftprozessual ist dies grundsätzlich zulässig, zumal sich ein Prozessbeobachter wie jeder andere Zuschauer auf den Öffentlichkeitsgrundsatz berufen kann.⁷⁴

Gerade aufgrund des mit einer solchen Prozessbeobachtung verbundenen Zeitaufwands für den beauftragten Rechtsanwalt stellt sich die Frage, ob die Einführung einer digitalen Inhaltsdokumentation das Ende dieser Form der Prozessbeobachtung einläuten könnte. Zumindest das Transkript scheint dieses Potential zu haben. Im Gegensatz zur Bild-Ton-Aufzeichnung, die nach der Konzeption des Gesetzgebers als besonders schwerer Eingriff in die

⁶⁷ RefE, S. 2, 12

⁶⁸ Vgl. z.B. *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel, DSGVO-BDSG-TTDSG, 4. Aufl. (2022), BDSG § 2 Rn. 52 und *Basar*, StraFo 2019, 222 (225).

⁶⁹ Zu alledem: BT-Drs. 18/11325, S. 79.

⁷⁰ Vgl. *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 500 Rn. 2 und dagegen *Singelstein*, NSiZ 2020, 639, differenzierend *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 500 Rn. 5 f.

⁷¹ So das *LG Kiel*, ZD 2022, 510, das eine Durchsuchung wegen der Verletzung des § 51 BDSG für rechtswidrig erklärt hat. Zum bislang wenig untersuchten Verhältnis der StPO zu § 45 ff. BDSG vgl. *Rückert*, Die Grundlagen der Erhebung und Verwertung digitaler Daten als Beweismittel im Strafverfahren, Kap. G. II. (erscheint 2023).

⁷² Zu den Löschpflichten der StPO im Verhältnis zum BDSG vgl. *Basar/Hieramente*, HRRS 2018, 336 (341).

⁷³ Vgl. *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 161 Rn. 21.

⁷⁴ *Rotsch*, Criminal Compliance, 2015, § 35 Rn. 22 ff.

Persönlichkeitsrechte nur in Ausnahmefällen für andere Zwecke als die Rekonstruktion der Hauptverhandlung durch die Verfahrensbeteiligten nutzbar sein soll (vgl. § 273 Abs. 4 und 5 StPO-E), sieht der Referentenentwurf nämlich keine entsprechenden Einschränkungen der Speicherung und Verwendung des Transkripts vor – es soll sich danach um einen „normalen“ Aktenbestandteil handeln.

Hieraus folgt, dass für das Transkript auch der Anwendungsbereich der §§ 406e, 475 StPO eröffnet wäre. Danach kann für den Verletzten (§ 406e StPO) oder eine andere Privatperson (§ 475 StPO) ein Rechtsanwalt Einsicht in die Prozessakte nehmen, wenn er ein berechtigtes Interesse darlegt und keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten oder anderer Personen entgegenstehen. Die damit implizierte Abwägung zwischen den Interessen des Einsichtsberechtigten und der im Transkript genannten Verfahrensbeteiligten wird dabei nicht stets zugunsten der Verfahrensbeteiligten ausfallen können. Der durch die Einsichtsgewährung ausgelöste Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Verfahrensbeteiligten ist in diesem Fall vernachlässigbar, da der bereits durch die Öffentlichkeit der Verhandlung verursachte Eingriff nur perpetuiert, aber nicht weiter vertieft wird. Dies folgt nicht zuletzt daraus, dass ein Prozessbeobachter bereits in der Verhandlung ein Wortprotokoll hätte verfassen können. Lediglich in den Fällen, in denen das Gesetz auch den Ausschluss der Öffentlichkeit erlaubt – insbesondere zum Schutz der Privatsphäre eines Prozessbeteiligten nach § 171b GVG – erscheint ein Ausschluss des Rechts auf Einsicht des Transkripts begründbar.

Klarzustellen ist, dass das sog. „Doppeltürmodell“ des Bundesverfassungsgerichts⁷⁵ auf solche privaten Akten-einsichts- und Auskunftsrechte keine Anwendung findet. Die Abfrage der Akteninhalte stellt nämlich keinen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff durch eine staatliche Stelle, sondern die Rechtsausübung durch eine private Person dar.

VI. Fazit

Die Einführung digitaler Dokumentationsformen ist zweifelsohne ein sinnvoller und überfälliger Beitrag zu der Modernisierung des Strafprozesses. In einer Zeit, in der jedes Smartphone Video- und Tonaufnahmen ermöglicht, erscheint es als geradezu archaisch, wenn die Verfahrensbeteiligten bei der Rekonstruktion der Hauptverhandlung vor den Strafgerichten im Wesentlichen auf ihre notizengestützte Erinnerung vertrauen müssen. Bild-Ton-Aufzeichnungen und Transkripte sind der fehleranfälligen menschlichen Erinnerungsfähigkeit weit überlegen⁷⁶.

Auf den zweiten Blick muss man sich jedoch fragen, ob das BMJ bei der Erarbeitung des Referentenentwurfs

nicht von einer falschen Prämisse ausgegangen ist, indem es der Bild-Ton-Aufzeichnung und dem Transkript nur die Rolle eines „Hilfsmittels“ zugeordnet hat – das Primat des Hauptverhandlungsprotokolls bleibt ungebrochen und die Bild-Ton-Aufzeichnung wird unterschätzt. Die Bild-Ton-Aufzeichnung und das Transkript werden einen ganz erheblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung durch das Gericht und die Vorgehensweise der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft haben. Die rechtliche Normierung sollte dem durch eine entsprechende „Regelungsdichte“ auch Rechnung tragen. Der Referentenentwurf konzentriert sich indes auf den – sicherlich auch relevanten – Persönlichkeitsschutz der Verfahrensbeteiligten, lässt aber diverse Fragen offen, deren Regelung geboten gewesen wäre.

Dies liegt daran, dass das BMJ davon ausgeht, dass die Grundstruktur des Revisionsrechts und die strikte Trennung zwischen Tatsachen- und Rechtsinstanz bzw. zwischen Berufung und Revision diese Fragen bereits hinreichend beantwortet. Dies verkennt jedoch, dass die Trennung zwischen Tatsachen- und Rechtsinstanz kein prozessuales Prinzip für sich ist, sondern durch die Gegebenheiten des geltenden Strafprozessrechts geprägt wird. Durch die Aufnahme einer objektiven und verlässlichen Inhaltsdokumentation in das Prozessrecht ändern sich die Rahmenbedingungen der richterlichen Entscheidungsfindung und insbesondere ihre Überprüfbarkeit jedoch in einem solchen Maße, dass sich auch die Grenzen zwischen dem verschieben, was als Tatsachen- und Rechtsprüfung verstanden wird.

Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass der Entwurf schon in seiner jetzigen Ausgestaltung einen historischen Schritt wagt. Immerhin stößt das digitale Inhaltsprotokoll bei Vertretern der Justiz häufig auf Skepsis. Im Zentrum steht seit jeher die Sorge der Mehrbelastung. Diese ist nicht gänzlich unbegründet. Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, dass das erkennende Gericht eine *umfassende Gesamtwürdigung* vorgenommen hat und nicht nur einzelne Beweisergebnisse aneinanderreihet.⁷⁷ Dieser Vorgabe wird in der forensischen Praxis nicht immer entsprochen. Das digitale Inhaltsprotokoll wird hier dazu führen, dass die Gerichte in vielen Fällen mehr Begründungsaufwand haben werden.

Allerdings kann in einem rechtsstaatlichen Strafverfahrensrecht der prozessuale Mehraufwand dann kein Argument gegen eine neue prozessuale Vorschrift sein, wenn sie einen wesentlichen qualitativen Gewinn für die Wahrheitsgewinnung darstellen würde. Das dürfte bei der Einführung eines digitalen Inhaltsprotokolls aber außer Streit stehen. Insofern ist die Stoßrichtung des Entwurfs als Einstieg in die digitale Epoche der StPO zu begrüßen.

⁷⁵ BVerfGE 130, 151 (184).

⁷⁶ Vgl. z.B. Häcker, in: Bender/Häcker/Schwarz, Rn. 1647 ff.

⁷⁷ Z.B. BGH, NStZ-RR 2016, 47.

Zur Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens

von Dr. Tarig Elobied*

Abstract

Das Strafbefehlsverfahren könnte in Kürze wieder das Ziel eines Reformvorhabens sein, mit dem dessen Anwendungsbereich massiv ausgeweitet werden würde. Der Beitrag versucht, diese Bemühungen sowohl historisch als auch systematisch darzustellen und vor dem Verständnis der Straffuristen vom Strafverfahren kritisch zu reflektieren. Dadurch sollen die Bemühungen um Ausweitung in einen breiteren strafrechtlichen Kontext gestellt und zu weiteren Überlegungen angeregt werden.

The „Strafbefehlsverfahren“ could soon again be the target of a reform project that would massively expand its scope of application. This article attempts to present these efforts historically as well as systematically and to reflect critically on them in the light of criminal lawyers' understanding of criminal proceedings. In this way, the efforts to expand are to be placed in a broader context of criminal law and should stimulate to further reflection.

I. Einleitung

Die Justizministerinnen und Justizminister der Länder bitten mit ihrem am 10. November 2022 getroffenen Beschluss zu TOP II.7 den Bundesminister der Justiz, eine maßvolle Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens zu prüfen und ggf. unter Vorlage eines Regelungsvorschlages zu berichten.¹ Ausdrücklich geht es um die Fragen, ob die Festsetzung einer Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird, im Strafbefehlsverfahren künftig ohne Höchstmaß zugelassen und der Erlass eines Strafbefehls in geeigneten Fällen auch in Verfahren vor dem Landgericht und bei Verbrechen ermöglicht werden sollte. Die folgenden Ausführungen ordnen den Vorschlag historisch ein (II.), zeigen die für (III.) und gegen (IV.) den Vorschlag vorgebrachten Begründungen auf und bewerten diese (V.). Anschließend wird die Diskussion vor dem Hintergrund eines ggf. nicht mehr zeitgemäßem Verständnisses des Strafprozesses eingeordnet (VI.).

II. Die historischen Vorläufer

Die Ideen sind weder in abstracto noch in concreto neu, sondern reihen sich in die allgemeine Entwicklung des und Diskussion um das Strafbefehlsverfahren über einen Zeitraum von über 150 Jahren ein.² Sie lässt sich schlagwortartig als kontinuierliche Ausweitung des Anwendungsbereichs bei gleichbleibendem Verfahrensgang beschreiben, beginnt bei dem noch Mandatsverfahren genannten Vorläufer in Preußen und ist unabhängig vom jeweils vorherrschenden politischen System.³ Der Beschluss der JM-Konferenz zielt im Ergebnis auf einen neuen Höhepunkt dieser Entwicklung ab.

1. Die Wurzel der Überlegungen

Was die konkreten Vorschläge angeht, so wird seit nunmehr knapp 30 Jahren insb. von Seiten der CDU/CSU versucht, den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens in die vom Beschluss gelenkte Richtung auszuweiten. Bereits während der Vorarbeiten zum Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. Januar 1993 fand die Ausweitung des Strafbefehlsverfahrens auf Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren sowie auf Verbrechen Erwähnung.⁴ Die Idee, das Strafbefehlsverfahren auf Sachen vor dem Landgericht auszuweiten, war sogar schon während der Vorüberlegungen zum StVÄG 1987 im BMJ diskutiert worden, traf aber auf Ablehnung.⁵

2. Gescheiterte Gesetzesvorhaben

Zwischen den Jahren 1995 und 2018 gab es mehrere Gesetzesinitiativen, die die Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens vorsahen. Von Seiten der CDU/CSU-Fraktion bzw. der CDU/CSU (mit-)regierten Länder gab es bis zum Jahre 2006 fünf in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachte Gesetzentwürfe,⁶ die allesamt die Ausweitung auf Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten sowie die Möglichkeit vorsahen, auf Freiheitsstrafen von bis zu

* Dr. Tarig Elobied ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Berlin.

¹ https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/top_ii.7_-_erweiterung_strafbefehlsverfahren.pdf (zuletzt abgerufen am 5.1.2023).

² Dazu insgesamt: Elobied, Die Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens von 1846 bis in die Gegenwart, 2010, S. 1 ff.

³ Elobied (Fn. 2), S. 201; Leipold/Wojtech, ZRP 2010, 243; Weißlau/Degener, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2020), vor § 407 ff. Rn. 10.

⁴ Vgl. BR-Drs. 314/91, S. 123 f.

⁵ Vgl. Parlamentsarchiv (PA) X 316, A 1, Nr. 1, S. 17 der Begründung des Referentenentwurfs: „nur ein verschwindender Bruchteil hier vor [Verfahren vor dem Landgericht] würde sich für die Erledigung im Strafbefehlsverfahren eignen“ sowie BR-Drs. 546/83, S. 14.

⁶ BR-Drs. 633/95, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege, Gesetzesantrag der Länder Baden-Württemberg, Bayern und Thüringen v. 6.10.1995 (PA XII 1121); BT-Drs. 14/1714, Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Strafverfahren (Strafverfahrensbeschleunigungsgesetz), Gesetzentwurf der Abgeordneten Norbert Geis u.a. und der Fraktion der CDU/CSU v. 5.10.1999 (PA XIV 1061); BT-Drs. 15/999, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Beschleunigung von Verfahren der Justiz (1. Justizbeschleunigungsgesetz), Gesetzentwurf der Abgeordneten Wolfgang Bosbach u.a. und der Fraktion der CDU/CSU vom 20.5.2003 (PA XV 195); BR-Drs. 397/03, Entwurf eines ... Gesetzes zur Beschleunigung von Verfahren der Justiz (... Justizbeschleunigungsgesetz), Gesetzesantrag der Länder Bayern, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen, Thüringen v. 11.7.2003 (PA XV 195); BR-Drs. 660/06, Entwurf eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens, Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Bayern, Hessen, Niedersachsen, Thüringen v. 13.9.2006 (PA XVI 1141).

zwei Jahren (bei Aussetzung zur Bewährung) zu erkennen. Zwar sahen der „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege“⁷ und der „Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Strafverfahren (Strafverfahrensbeschleunigungsgesetz)“⁸ eine Ausweitung der Strafgewalt nicht explizit vor. Allerdings heißt es in den Begründungen beider Entwürfe übereinstimmend, dass „eine höhere Freiheitsstrafe als zwei Jahre im Strafbefehlsverfahren nicht möglich“ sei.⁹ Daraus kann gefolgert werden, dass die Antragsteller trotz des auch damals geltenden § 407 Abs. 2 S. 2 StPO von einer Ausweitung ausgingen. Dies wird auch durch eine Äußerung des Vertreters Hessens im Bundesrat unterstrichen, der den Entwurf dahingehend verstand, dass es in „Zukunft [...] möglich sein [soll] im Strafbefehlsverfahren Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren zu verhängen“.¹⁰ In den Jahren 2010 und 2013 ergriff der seinerzeitige Vorsitzende des Rechtsausschusses, *Volker Kauder* (CDU), die Initiative und brachte erneut die Erhöhung der Strafobergrenze auf zwei Jahre Freiheitsstrafe bei gleichzeitiger Strafaussetzung zur Bewährung ins Gespräch.¹¹

Eine Ausweitung auf Verbrechen sah keiner der Entwürfe vor. Dieser Vorschlag wurde erstmals¹² im Jahre 2018 durch die AFD-Fraktion mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Inneren Sicherheit – Verfahrensbeschleunigungsgesetz und verbesserte Eingriffsgrundlagen der Justiz“¹³ vorgelegt. Daneben sah der Entwurf ebenfalls die Erweiterung auf Sachen vor den Land- und Oberlandesgerichten vor. Was die Strafgewalt anging, sah der Entwurf allerdings weit über die bisherigen Vorschläge hinausgehend die Möglichkeit vor, auf eine Freiheitsstrafe in unbegrenzter Höhe erkennen zu dürfen.

III. Die Gründe und Ziele der Erweiterung

Die z.T. wortgleichen Begründungen für die Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens lassen sich wie folgt zusammenfassen: Die Strafjustiz sei, insbesondere bei den Landgerichten, überlastet, dieser Zustand müsse behoben werden und die Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens sei ein adäquates Mittel, um dieses Ziel zu erreichen; einzig der Entwurf der AFD wollte zugleich eine „grundlegende Änderung [...] im Strafprozess“ vornehmen.¹⁴ Hervorgehoben wurden in diesem Zusammenhang primär Wirtschafts- und Korruptionssachen,¹⁵ da es gerade im Bereich der Wirtschaftskriminalität zum Teil kein öffentliches Interesse an einer Hauptverhandlung gäbe.¹⁶ Außerdem böte der Erlass eines Strafbefehls „gewisse Vorzüge“ bei Personen an, die eine öffentliche und mündliche Hauptverhandlung besonders stark belasten würde.¹⁷

IV. Kritik an der Erweiterung

Die Vorschläge sind nicht ohne Kritik geblieben.¹⁸

I. „Empirische“ Kritik

Einerseits werden rein praktische Erwägungen ins Feld geführt, die einer Ausweitung entgegenstünden. So sei eine Bewährungsprognose bei über einem Jahr Freiheitsstrafe im schriftlichen Strafbefehlsverfahren nicht möglich.¹⁹ Zum anderen setzt die Kritik an der Prämisse der Gesetzesbegründung an und es wird bestritten bzw. relativiert, dass die Justiz übermäßig belastet sei.²⁰ Andere wiederum behaupten auf der Ebenen der Funktionalität, dass die Ausweitung keine Entlastungswirkung zeitigen werde.²¹

⁷ BR-Drs. 633/95.

⁸ BT-Drs. 14/1714.

⁹ BR-Drs. 633/95, S. 83; BT-Drs. 14/1714, S. 20; vgl. aber *Widmaier*, PA XIV 1061, Nr. 5, Anlage, S. 168, der erkennt, dass der Vorschlag eine Ausweitung auf zwei Jahre nicht vorsieht.

¹⁰ v. *Plotnitz*, Sten. Berichte Bundesrat v. 1.3.1996, S. 72 (A); vgl. auch PA XIII 1121, Nr. 10 (BR-RechtsA UA), S. 23 sowie a.a.O. Nr. 11 (BR-RechtsA), S. 27.

¹¹ Vgl. *Leipold/Wojtech*, ZRP 2010, 243 und *Kistenfeger*, Schnelle Strafe ohne Urteil, in: Focus Magazin v. 15.11.2013, online abrufbar unter: https://www.focus.de/magazin/archiv/schnelle-strafe-ohne-urteil-focussiert_id_1735641.html (zuletzt abgerufen am 21.12.2022).

¹² Vgl. aber Art. 3 der Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Rechtspflege v. 13.8.1942, RGBl. 1942, S. 508: „Der Strafbefehl bis zu einer Höhe von sechs Monaten Freiheitsstrafe ist auch bei Verbrechen zulässig“.

¹³ BT-Drs. 19/5040, Gesetzentwurf des Abgeordneten *Roman Johannes Reusch* und der Fraktion der AfD v. 16.10.2018.

¹⁴ BT-Drs. 19/5040, S. 2.

¹⁵ BT-Drs. 633/95, S. 58, 59; BT-Drs. 14/1714, S. 20; BT-Drs. 15/999; S. 30; BR-Drs. 397/03, S. 57, 58; BR-Drs. 660/06, S. 15; *Müller-Piepenkötter* (NRW), Sten. Berichte Bundesrat v. 22.9.2006, S. 279 (A); *Schmid*, PA XIII 1121, Anhang zu Nr. 25 (Öffentliche Anhörung des RA-BT v. 4.2.1998), S. 91; vgl. auch *Blumenstatt*, PA XV 195 (Bd. 2), Nr. 41, S. 184 und *Broderson* a.a.O., S. 196; *Huber*, NSTz 1996, 530 (532).

¹⁶ Vgl. *Cramer/Freund/Grasnick/Graul/Langer/Meurer/Scheffler/Schlüchter/Schulz*, ZRP 1995, 268 (271); *Jung*, PA XIII 1121, Nr. 25 (Öffentliche Anhörung des RA-BT v. 4.2.1998), S. 9 sowie a.a.O. Anhang, S. 42.

¹⁷ Vgl. *Cramer/Freund/Grasnick/Graul/Langer/Meurer/Scheffler/Schlüchter/Schulz*, ZRP 1995, 268, 271.

¹⁸ Zur Kritik gegen das Strafbefehlsverfahren als solches *Meyer-Lohkamp*, StraFo 2012, 170 ff.

¹⁹ Vgl. bereits BR-Drs. 314/91, S. 123; Stellungnahme BReg in BT-Drs. 15/1491 S. 40; *Hartenbach* (Parlamentarischer Staatssekretär, Bundesministerium der Justiz), Sten. Berichte Bundesrat, v. 20.6.2003, S. 199 (C); *ders.*, Sten. Berichte Bundestag v. 27.6.2003, S. 4505 (C); *Eichwede*, zitiert nach *Suliak, Hasso*, Vorschlag des rheinland-pfälzischen Justizministers: Zwei Jahre Haft zur Bewährung – per Strafbefehl, in: Legal Tribune Online v. 3.11.2022, online abrufbar unter: https://www.lto.de/persistent/a_id/50065/ (zuletzt abgerufen am 21.12.2022); *Meyer-Göfner*, ZRP 2004, 128 (129); a.A. *Kauder*, Sten. Berichte Bundestag Sitzung v. 25.9.2003, S. 5422 (C).

²⁰ *Funke* (Parl. Staatssekretär beim Bundesminister der Justiz für die Bundesregierung), Sten. Berichte Bundesrat v. 1.3.1996, S. 72 (B).

²¹ BR-Drs. 546/83, S. 14; PA X 316, A 1, Nr. 1, S. 14, 16, 31 (Referentenentwurf); BR-Drs. 314/91, S. 123; *Asbrock*, ZRP 1992, 11; *Voß*, DRiZ 1991, 222; *Gerhards* (NRW), Sten. Berichte Bundesrat v. 20.6.2003, S. 215 (Anlage 7); *Eichwede*, zitiert nach *Suliak, Hasso* (Fn. 19); a.A. Vertreter Hessens, Sten. Berichte Bundesrat v. 11.7.2003, S. 241 (A).

2. „Normative“ Kritik

Von dieser eher im empirischen Bereich einzuordnenden Kritik ist die normative Kritik zu unterscheiden. Unter dem Stichwort „rechtsstaatliche Bedenken“²² werden verschiedene Argumente gegen die Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens ins Feld geführt.

a) Grundsätzliche Kritik

Zum einen wird die vorgeschlagene Erweiterung aus grundsätzlichen Erwägungen heraus kritisiert. So ginge es nicht an, Freiheitsstrafen in dieser Höhe in einem summarischen Verfahren zu verhängen.²³ Einerseits sei es so, dass der Beschuldigte die Folgen einer solchen Verurteilung nicht überblicke.²⁴ Hinter dem Argument steht allerdings auch die Befürchtung, dass es zu einer Abwertung der Freiheitsrechte einerseits und des Strafverfahrens andererseits komme,²⁵ wenn Freiheitsstrafen noch mehr als bisher mit einem bloßen Bescheid,²⁶ ohne öffentliche und mündliche Hauptverhandlung verhängt werden könnten. In eine ähnliche Richtung weist das Argument, es bedürfe bei „höheren“ Strafen der Konfrontation des Täters mit dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und dem Opfer zur Auseinandersetzung mit dem eigenen Fehlverhalten.²⁷ Außerdem wird angeführt, dass das dem Strafbefehlsverfahren immanente Risiko für Fehlentscheidungen (unangemessen) wachsen werde.²⁸ Dieser Argumentationsstrang wehrt sich im Kern gegen die Zurückdrängung der öffentlichen Hauptverhandlung als symbolische Veranstaltung²⁹ einerseits und als Garant für einen formalisierten³⁰ und grds. der Öffentlichkeit zugänglichen und überprüfbareren Erkenntnisprozess auf dem Weg zur materiellen Wahrheit andererseits.

Neben der Missbrauchsmöglichkeit, die das Strafbefehlsverfahren biete, ist die (mangelnde) Gleichbehandlung Beschuldigter im Kern das Argument derer, die den Vorwurf einer „Zweiklassen-Justiz“ erheben.³¹ Denn es handele sich bei Beschuldigten „leider vielfach um Menschen am Rande der Gesellschaft“, die ggf. nur aus Nachlässigkeit einen Einspruch nicht einlegen.³² Andererseits gäbe es „vor allem clevere Beschuldigte [„Weiße-Kragen-Täter“³³], denen die entsprechenden Ressourcen und Mittel zur Verfügung stehen [...] [und] die aus dieser vermeintlich verfahrensökonomischen Gestaltung des Strafverfahrens ihren Nutzen ziehen“.³⁴ Genau in die umgekehrte Richtung geht allerdings das Argument, dass sich ein Beschuldiger um der Vermeidung einer Hauptverhandlung willen mit einer unangemessen hohen Strafe zufrieden gibt,³⁵ womit auch auf eine Missbrauchsmöglichkeit auf Seiten der Staatsanwaltschaft hingewiesen wird. Diese liege auch dann vor, wenn die Staatsanwaltschaft eine unangemessen geringe Strafe beantragt, um den Angeklagten vom Einspruch abzuhalten³⁶ oder das Strafbefehlsverfahren nur wählt, um dem Angeklagten das Beweisantragsrecht zu nehmen,³⁷ vgl. §§ 411 Abs. 2 S. 2, 420 Abs. 4 StPO. All diese Argumente ließen sich zwar auch gegen das Strafbefehlsverfahren als solches erheben. Durch die vorgeschlagene Erweiterung erhalten die Argumente aber eine neue Qualität, da dies dazu führt, dass die mit der Anwendung des Strafbefehlsverfahren einhergehenden Konsequenzen mehr als bisher Eingang in den Strafprozess finden.

b) Erweiterung der Rechtsposition des Beschuldigten als Korrektiv

Zum anderen wird der Vorschlag zur Erweiterung zwar

²² Vgl. PA XIII 1121, Nr. 10 (BR-RechtsA UA), S. 23 sowie a.a.O. Nr. 11 (BR-RechtsA), S. 27: Hessen beantragt vergeblich, die Änderungen zu streichen, da eine weitere Ausweitung rechtspolitisch nicht mehr vertretbar sei auch unter Entlastungsgesichtspunkten nur Einsparungen von geringem Umfang zu erwarten seien; ähnlich der Antrag Schleswig-Holsteins, PA XVI 1141, Nr. 3, S. 92; *Funke* (Parl Staatssekretär beim Bundesminister der Justiz für die Bundesregierung), Sten. Berichte Bundesrat v. 1.3.1996, S. 72 (A); *Pollähne*, zitiert nach *Suliak, Hassso* (Fn. 19); vgl. auch *Eckstein*, in: MüKo-StPO, 1. Auflage (2019), § 407 Rn. 38 a.E. i.V.m. Rn. 11.

²³ *Asbrock*, ZRP 1992, 11 (13); *Krüger*, PA XV 195 (Bd. 2), Nr. 42, S. 395; vgl. BR-Drs. 314/91, Bl. 124; *Cramer/Freund/Grasnick/Graul/Langer/Meurer/Scheffler/Schlüchter/Schulz*, ZRP 1995, 268 (271); aus Sicht der richterlichen Praxis: *Schellenberg*, NStZ 1994, 570; allg. zum Problem der Verhängung von Freiheitsstrafen im Strafbefehlsverfahren *Gaede*, in: LR-StPO, 27. Auflage (2021), § 407 Rn. 13 m.w.N.

²⁴ *Meyer-Göfner*, ZRP 2004, 128 (129).

²⁵ In diese Richtung bspw. *Schellenberg*, NStZ 1994, 570.

²⁶ Vgl. *Preuß*, ZJS 2017, 176: „Insbesondere ist – wie die anwaltliche Praxis zeigt – vielen Nichtjuristen der Unterschied zwischen einem Strafbefehl und einem Bußgeldbescheid nicht bekannt“.

²⁷ *Schubert* (Berlin), Sten. Berichte Bundesrat v. 13.10.2006, 310 (C); vgl. auch *Nagel*, PA XIII 1121, Nr. 25 (Öffentliche Anhörung des RA-BT v. 4.2.1998), S. 15 im Hinblick auf das Strafbefehlsverfahren: „Wer soll heute bei der Komplexität des Rechts eigentlich dem Bürger das Recht verdeutlichen, wenn nicht der Richter in der mündlichen Verhandlung?“, für den Bereich des Staatsschutzes vgl. auch *Nagel*, PA XIII 1121, Anlage zu Nr. 25 (Öffentliche Anhörung des RA-BT v. 4.2.1998), S. 67 und den Antrag Mecklenburg-Vorpommerns in PA XVI 1141, Nr. 4, S. 140; vgl. *Eckstein*, in: MüKo-StPO, § 407 Rn. 10: Der „Preis dafür ist der Verzicht auf [...] die präventive Wirkung einer mündlichen, unmittelbaren und öffentlichen Hauptverhandlung“.

²⁸ *Enescu/Niang/Mommsen*, KriPoZ 2022, 20 (24); *Eckstein*, in: MüKo-StPO, § 407 Rn. 10: „Preis dafür ist der Verzicht auf volle Wahrheitserforschung [...]“; *Weßlau/Degener*, in: SK-StPO, vor § 407 ff. Rn. 19.

²⁹ *Fischer*, NStZ 1997, 212 (214); vgl. auch *Schroeder*, NJW 1983, 137 (140).

³⁰ Vgl. *Fister*, PA XIII 1121, Nr. 25 (Öffentliche Anhörung des RA-BT v. 4.2.1998), S. 5: „daß die Hauptstoßrichtung des Entwurfs dahin geht [...], die Strafrechtspflege insbesondere durch eine Entformalisierung des Verfahrens und damit einhergehend einer Einschränkung prozessualer Rechte zu entlasten“.

³¹ Vgl. insb. *Bachmaier* (SPD) in PA XII 167, A 2, Nr. 46, Bl. 47 ff. sowie *ders.*, Sten. Berichte Bundestag v. 24.4.1997, S. 15563 (C).

³² *Schubert* (Berlin), Sten. Berichte Bundesrat v. 13.10.2006, 310 (C); vgl. auch PA XII 167, A 1, Nr. 8, Bl. 42 ff.

³³ *Gerhards* (NJW), Sten. Berichte Bundesrat v. 20.6.2003, S. 215 (Anlage 7).

³⁴ *Bachmaier* (SPD), Sten. Berichte Bundestag v. 24.4.1997, S. 15563 (D); zur politischen Instrumentalisierung vgl. *Elobied* (Fn. 2), S. 137 f.

³⁵ Vgl. in diese Richtung *Haas*, NJW 1972, 1223 (1224) und *Dohmen*, online abrufbar unter: https://www.fhr.nrw.de/infos/publikationen/fachbeitraege/aktuelle_beitraege/amtsanwaelt/Sanktionsrahmen.pdf (zuletzt abgerufen am 5.1.2023).

³⁶ *Enescu/Niang/Mommsen*, KriPoZ 2022, 20 (22); *Eckstein*, in: MüKo-StPO, § 407 Rn. 13; *Prelle*, KritV 2011, 331 (346).

³⁷ *Enescu/Niang/Mommsen*, KriPoZ 2022, 20 (23); *Prelle*, KritV 2011, 331 (346).

kritisch gesehen, allerdings unter der Bedingung, dass damit zugleich *keine* Erweiterung der Rechtsposition des Beschuldigten bzw. des Verteidigers³⁸ mit einhergeht. Würde die Anhörung des Beschuldigten durch den Richter entgegen § 407 Abs. 3 StPO obligatorisch, eine „frühere“ Beiordnung des Verteidigers erfolgen und entgegen § 411 Abs. 4 StPO ein Verschlechterungsverbot gelten, so würden die rechtsstaatlichen Bedenken aus dem Weg geräumt.³⁹ Dies sei auch dann der Fall, wenn das Gericht nicht mehr an den Antrag der Staatsanwaltschaft gebunden sei,⁴⁰ das Gericht zu ergänzenden Beweiserhebungen berechtigt sei⁴¹ und die Initiative zum Erlass eines Strafbefehls vom Beschuldigten ausginge.⁴² Diese Kritik zielt damit im Ergebnis eher auf die Einführung eines neuen, die Rechtsstellung des Beschuldigten und des Gerichts stärkenden vereinfachten Verfahrens⁴³ bzw. auf eine Umgestaltung des Strafbefehlsverfahrens ab und nicht auf die bloße Erweiterung.

V. Bewertung der Begründung und Kritik

1. Zur Kritik im Allgemeinen

Einige der Kritikpunkte sind unberechtigt: Ob der Richter im schriftlichen Wege in der Lage ist, eine Bewährungsprognose zu treffen, ist eine Frage der Empirie. Mal wird er es können, ein andermal nicht. Das hängt auch davon ab, wie sorgfältig die Staatsanwaltschaft arbeitet und insb. ihrer Pflicht nachkommt, nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln, § 160 Abs. 2 StPO. Einschlägig ist auch nicht das Argument, es stehe zu befürchten, dass der Beschuldigte die Folgen nicht überblicke oder aus Nachlässigkeit keinen Einspruch einlege. Denn die von der Ausweitung betroffenen Fälle gehen mit einem Fall der notwendigen Verteidigung einher, §§ 140 Abs. 1 Nr. 1 u. 2, 408b StPO und der Verteidiger kann und muss – vorausgesetzt er arbeitet seriös⁴⁴ – den Angeklagten entweder beraten oder aber, falls dies nicht möglich ist, Einspruch einlegen.⁴⁵ Vor dem Hintergrund, dass §§ 411 Abs. 2 S. 2, 420 Abs. 4 StPO (nur) vor dem Strafrichter gilt, geht mit der nunmehr vorgeschlagen Ausweitung allerdings eine weitere, parti-

elle Erosion der Beschuldigtenrechte in der Hauptverhandlung einher, nämlich soweit der Strafrichter nach § 25 Nr. 2 GVG zuständig ist und auf eine Freiheitsstrafe zwischen einem und zwei Jahren erkannt werden soll.⁴⁶

Dennoch ist der Vorwurfs der Zweiklassen-Justiz ambivalent.⁴⁷ Das Strafbefehlsverfahren bietet dem Beschuldigten Vor- und Nachteile⁴⁸ und kann von „beiden“ Seiten „missbraucht“ werden,⁴⁹ wobei die Staatsanwaltschaft die größeren Macht- und damit Missbrauchsmöglichkeiten hat.⁵⁰ Erinnert sei hier an den nachlässigen Beschuldigten, der ggf. nicht zu dem auf den vorsorglich vom Verteidiger eingelegten Einspruch hin anberaumten Hauptverhandlungstermin erscheint und dessen Einspruch dann verworfen wird, vgl. § 412 StPO, und an die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, durch die Wahl des Strafbefehlsverfahrens über das Beweisantragsrecht zu disponieren, §§ 411 Abs. 2 S. 2, 420 Abs. 4 StPO.

Was die unter dem Etikett „rechtsstaatliche Bedenken“ darüber hinaus vorgebrachten Argumente angeht, so handelt es sich im Kern um „rechtspolitische“ Bedenken.⁵¹ Diese richten sich insbesondere gegen ein Weniger an öffentlicher Kontrolle (Demokratiedefizit⁵²) und eine größere Gefahr materiell unrichtiger Entscheidungen (Rechtsstaatsdefizit⁵³) und damit gegen Auswüchse, die – worüber bei der derzeitigen Ausgestaltung der Rechte des Beschuldigten Konsens bestehen dürfte – einem freiheitlich demokratischen Rechtsstaat eher nicht gut zu Gesicht stehen.⁵⁴ Vor diesem Hintergrund ist dann auch die o.a. Kritik (IV. 2. b.) zu verstehen, die im Ergebnis für ein sich mehr dem Rechtsstaat verpflichtet fühlendes vereinfachtes Verfahren eintritt. Allerdings dürfte die vorgeschlagene Erweiterung auch (noch) nicht gegen das im Grundgesetz verankerte Rechtsstaatsprinzip verstoßen. Denn es enthält als Grundentscheidung⁵⁵ keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmenden Gebote oder Verbote von Verfassungsrang; etwas anderes würde freilich dann gelten, wenn man das Strafbefehlsverfahren als solches oder doch zumindest die nunmehr vorgeschlagene Ausweitung

³⁸ So *Rubbert*, zitiert nach *Suliak* (Fn. 19).

³⁹ *Pollähne*, zitiert nach *Suliak* (Fn. 19); für eine obligatorische Anhörung im Falle einer Freiheitsstrafe auch der Antrag der SPD vom 24.11.1992, PA XII 167, A 2, Nr. 52; vgl. auch *Weßlau/Degener*, in: SK-StPO, vor § 407 ff. Rn. 26.

⁴⁰ Vgl. zur Gesetzeslage in den einzelnen Partikulargesetzgebungen *Elobied* (Fn. 2), S. 30.

⁴¹ Vgl. bereits § 423 des E 1908 (BR-Drs. 119/1908).

⁴² *Deiters*, zitiert nach *Suliak* (Fn. 19).

⁴³ Vgl. *Behrendt*, NJOZ 2019, 881 zu weiteren Überlegungen in diese Richtung.

⁴⁴ Vgl. insoweit den Vorschlag der AFD, das Verfahren nur bei einem Wahlverteidiger oder *gewählten* Pflichtverteidiger zuzulassen; BT-Drs. 19/1540, Bl. 34.

⁴⁵ *Rubbert*, zitiert nach *Suliak* (Fn. 19).

⁴⁶ Gemäß § 420 Abs. 3 StPO gelten §§ 411 Abs. 2 S. 2, 420 Abs. 1 u. 2 StPO nur bei Zustimmung des Angeklagten und seines Verteidigers.

⁴⁷ Im Einzelnen: *Elobied* (Fn. 2), S. 215.

⁴⁸ *Nobis*, in: *Müller/Schlothauer/Knauer*, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 10 Rn. 138 ff.; vgl. auch unten die Nachweise bei Fn. 74, 75; zu den überproportionalen Fehlentscheidungen *Kemme/Dunkel*, StV 2020, 52 ff.

⁴⁹ Dass eine missbräuchliche Verfahrenserledigung „gesetzestechisch“ nicht möglich sei, so *Leipold/Wojtech*, ZRP 2010, 243 (244), übersieht jedoch, dass sie es faktisch sein kann.

⁵⁰ Vgl. *Elobied* (Fn. 2), S. 215; *Enescu/Niang/Mommsen*, KriPoZ 2022, 20 (22).

⁵¹ Vgl. BR-Drs. 546/83, S. 14: „Eine Reihe weiterer, denkbarer Änderungen [...] ist grundsätzlichen, übergeordneten Bedenken ausgesetzt“, wobei es im Zusammenhang mit Freiheitsstrafen heißt, dass sich „an der damaligen rechtspolitischen Wertung [...] sich inzwischen weder tatsächlich noch rechtlich etwas geändert“ hat.

⁵² Vgl. *BVerfG*, NJW 2013, 1058 Rn. 87 ff.: Der in § 169 GVG niedergelegte Öffentlichkeitsgrundsatz soll eine Kontrolle der Justiz durch die am Verfahren nicht beteiligte Öffentlichkeit ermöglichen und ist Ausdruck der demokratischen Idee.

⁵³ Vgl. BVerfGE 20, 323 (331): „Zur Rechtsstaatlichkeit gehört [...] die materielle Gerechtigkeit“; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. (2015), Art. 20 Rn. 50: „Das Grundgesetz kodifiziert mit dem Rechtsstaatsprinzip grundlegende Gerechtigkeitspostulate der *naturrechtlichen Verfassungstraditionen*; sie verpflichten durch den Vorrang der Verfassung das gesamte Staatshandeln auf das Ziel materieller Gerechtigkeit als Rechtsprinzip“

⁵⁴ So z.B. BR-Drs. 314/91, Bl. 124.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 6, 32 (41); 20, 323 (331).

als diese Grenzen überschreitend ansieht.⁵⁶ Geht man davon nicht aus, dann handelt es sich lediglich um die Ausübung und Konkretisierung des politischen Gestaltungsspielraums⁵⁷ in einem nur die äußeren Grenzen markierenden (Rechts-)Rahmen. Dies wird auch daran deutlich, dass das Rechtsstaatsprinzip auch eine funktionsfähige Strafjustiz fordert,⁵⁸ die durch die Erweiterung des Strafbefehlsverfahren gerade erreicht werden soll. Wird dieses Ziel dadurch erreicht, dann geht es im Kern darum, zwei widerstreitende Forderungen aus dem Rechtsstaatsprinzip in ein angemessenes Verhältnis zu setzen bzw. darum, den Konflikt zwischen diesen beiden Forderungen zu Gunsten einer der beiden zu entscheiden. Genau hier setzt nun aber die berechnete Kritik an.

2. Berechnete Kritik

Selbst wenn man von einer Überlastung der Justiz ausgeht, führt die Ausweitung des Strafbefehlsverfahrens nicht zu einer (langfristigen) Entlastung der Strafjustiz.

a) Nur geringe kurzfristige zahlenmäßige Entlastung

Dies gilt einerseits deshalb, weil selbst Befürworter der vorgeschlagenen Ausweitung darauf hinweisen, dass „sich die Entlastung zahlenmäßig wohl eher wenig aus[wirke]“.⁵⁹ Dass dies zurückhaltend formuliert ist, zeigt ein Blick in die Justizstatistik. So wurden bspw. in Baden-Württemberg im Jahre 2021 98,31 % (= 69.583 Verurteilungen) aller Strafbefehle (= 70.778) mit einer Geldstrafe erledigt und nur 1,69 % der Strafbefehle (= 1.195 Verurteilungen) mit einer Freiheitsstrafe.⁶⁰ Die insgesamt 69.583 auf Geldstrafe lautenden Strafbefehle machen von den insgesamt 77.375 auf Geldstrafe lautenden Verurteilungen 89,93 % aus, wohingegen nur 18,1 % (= 1.195 Verurteilungen) der insgesamt 6.602 Verurteilungen auf Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr im Wege des Strafbefehls geahndet worden sind. Berücksichtigt man weiter, dass bspw. im Jahre 2020 in den Ländern insgesamt von 647.794 Verurteilungen 19.824 eine Freiheitsstrafe von einem bis zwei Jahren betrafen (davon wiederum 14.393 Verurteilungen mit Aussetzung zur Bewährung),⁶¹ dann wird deutlich, dass die Entlastungseffekte eher gering ausfallen dürften. Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass Rund 18 % der Freiheitsstrafen zwischen einem und zwei Jahren per Strafbefehl verhängt werden würden, würde die Entlastung 3.568 Fälle im ge-

samten Bundesgebiet – bzw., wenn man von ca. 600 betroffenen Gerichten⁶² ausgeht, ca. 6 Fälle je Gericht und Jahr – betragen. Allerdings dürfte die Zahl von 18 % zu hoch gegriffen sein, zeigen die Zahlen doch auch, dass die Staatsanwaltschaften und Amtsgerichte bereits jetzt eher zurückhaltend mit der Beantragung und dem Erlass von Strafbefehlen bei Freiheitsstrafen von bis zu einem Jahr sind.⁶³ Dann ist zu erwarten, dass sie bei Freiheitsstrafen von über einem Jahr noch zurückhaltender agieren werden.

b) Keine Entlastung auf lange Sicht

Außerdem zeigt die Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens über einen Zeitraum von 150 Jahren, dass seine Ausweitung im Gesamtzusammenhang mit der strafrechtlichen Gesetzgebung zu größeren Belastungen der Justiz beiträgt. Der „Zeitpunkt des totalen Kollapses der Strafjustiz“⁶⁴ wird einzig durch bloße kurzfristige Rationalisierungseffekte hinausgezögert. Eine langfristige (echte) Entlastung würde nur dann eintreten, wenn man die dadurch geschaffenen Spielräume nicht wieder mit „neuer“ Arbeit ausfüllt.⁶⁵ Dies steht zu befürchten, besteht doch trotz der ständigen Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens die angebliche Überlastung der Justiz fort. Ein Grund dafür dürfte sein, dass die Erledigung im Strafbefehlsweg zur Kriminalisierung neuer Verhaltensweisen beiträgt.⁶⁶ Denn aus der massenhaften Bestrafung qua „Verwaltungsbescheid“⁶⁷ folgt ein Autoritätsverlust des Staates und in der Folge eine Abstumpfung gegenüber und Veralltäglichere der Kriminalität, die wiederum zu Forderungen nach Ausweitung des Strafrechts zur Regelung verschiedenster gesellschaftlicher Probleme führt.⁶⁸

VI. Folgen

Es stellt sich damit die Frage, warum das Strafbefehlsverfahren dennoch erweitert werden soll. Dass sich die Politik der mangelnden Entlastungswirkung nicht bewusst ist, ist nur schwer vorstellbar. Würde man tatsächlich eine langfristige Entlastung der Strafjustiz anstreben wollen, so kämen jedenfalls andere Mittel in Betracht,⁶⁹ wobei hier nur die Möglichkeit der Entkriminalisierung und des schlichten Einsatzes von mehr Personal genannt seien. Es dürfte daher eher um generelle Vereinfachung und partielle Verparteilichung des Strafverfahrens gehen.

⁵⁶ Nach *BVerfG*, NJW 2013, 1058 (1068) dürfe der Gesetzgeber unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze für Fälle einfach gelagerter und eindeutiger Sachverhalte ein vereinfachtes Verfahren zulassen.

⁵⁷ Vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck d. 20. Aufl. (1999), Rn. 185, 186.

⁵⁸ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 214.

⁵⁹ *Leipold/Wojtech*, ZRP 2010, 243 (245); vgl. auch *Böttcher*, PA XIII 1121, Anlage zu Nr. 25 (Öffentliche Anhörung des BT-RechtsA v. 4.2.1998), S. 13: „Ausweitung [...] unterstütze ich. Sie wird nicht in sehr vielen Fällen praktische Bedeutung haben, ist dann aber hilfreich und scheint mir unbedenklich“; ähnlich auch *Blumenstatt*, PA XV 195 (Bd. 2), Nr. 41, S. 184.

⁶⁰ Statistische Berichte Baden-Württemberg, Rechtspflege, Strafverfolgung in Baden-Württemberg 2021, Rechtskräftig Abgeurteilte und Verurteilte in Baden-Württemberg 2021 v. 9.8.2022, S. 8.

⁶¹ Statistische Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung, 2020, Fachserie 10 Reihe 3, S. 24, 168 ff.

⁶² Nach „Gerichte des Bundes und der Länder am 22. Juni 2020 (ohne Dienst- und Ehrengerichtbarkeit)“ (https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Anzahl_der_Gerichte_des_Bundes_und_der_Laender.html) gab es am 22.6.2020 allerdings 638 Amts- und 115 Landgerichte, wobei – wie bspw. in Berlin – nicht jedes Amtsgericht für Strafsachen zuständig ist; insofern handelt es sich um eine vorsichtige Schätzung.

⁶³ So auch *Huber*, NSTZ 1996, 530 (532).

⁶⁴ *Hamm*, NJW 1996, 236 (237).

⁶⁵ In diese Richtung *Hamm*, StV 1991, 531.

⁶⁶ Vgl. *Elobied* (Fn. 2), S. 213.

⁶⁷ So die Ansicht Hamburgs in PA VIII 122, A 2, Nr. 8, S. 76.

⁶⁸ *Elobied* (Fn. 2), S. 213.

⁶⁹ Weiterführend *Hamm*, StV 1991, 530 ff., *Hassemer*, ZRP 1992, 378 ff.

1. Vereinfachtes und partiell konsensuelles Verfahren

Versteht man nämlich die Entlastung der Strafjustiz als Chiffre für die – in der Vergangenheit so auch als Motiv explizit formulierte – Vereinfachung des Strafverfahrens,⁷⁰ so werden die Vorschläge verständlich. Denn wenn, auf welcher empirischen Grundlage auch immer, einmal behauptet wird, die Ausweitung des Strafbefehlsverfahrens führe zu keiner Entlastung und ein andermal das Gegenteil behauptet wird,⁷¹ so kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, als würden nur passende Argumente für aus anderen Gründen politisch erwünschte Ziele formuliert. Für das Ziel eines vereinfachten Strafverfahrens spricht außerdem die im Beschluss der JM-Konferenz zu findende Äußerung, „dass es [das Strafbefehlsverfahren] sich zur Schuldfeststellung und Rechtsfolgenbestimmung insbesondere bei einfach gelagerten, eindeutigen Sachverhalten als probates und rechtsstaatlich unbedenkliches Instrument der Strafrechtspflege bewährt hat“.⁷²

Daneben dürfte ein gewisses Maß an Klientelpolitik mit dem Ziel eines „Parteiprozesses“ eine nicht unerhebliche Rolle spielen. Dafür spricht die einseitige Hervorhebung der Wirtschaftssachen und entsprechende Unterstützung aus Teilen der Anwaltschaft, die zwar *keine* Einsparungseffekte sehen, die Ausweitung aber dennoch als eine *zweckmäßige* Regelung erachten.⁷³ Zu berücksichtigen ist nämlich, dass insb. in Wirtschaftssachen eine konsensuelle Erledigung zwischen den „Parteien“ angestrebt ist.⁷⁴ Insgesamt hat dies neben der Vereinfachung des Verfahrens die Folge, dass damit bei einem Großteil der Strafverfahren der Konsens, sprich die Verständigung, der öffentlichen Hauptverhandlung entzogen wird. Außerdem wird diese in erster Linie von der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten respektive seinem Verteidiger vorbe-

reitet und der Richter größtenteils ausgeklammert. Allerdings wird man von einer Verständigung bzw. einem echten Konsens nur dort sprechen dürfen, wo eine Verteidigung vorhanden ist – dies ist bei den Vorschlägen der Fall, vgl. § 140 Abs. 1 Nr. 1 u. 2. StPO – und diese frühzeitig, nämlich *vor* Beantragung eines Strafbefehls in das Verfahren eingebunden wird und damit überhaupt eine Chance hat, auf die Willensbildung der Staatsanwaltschaft einzuwirken. Letzteres wird im Hinblick auf §§ 141, 408b StPO nicht regelmäßig der Fall sein.

2. Bewertung

Vor diesem Hintergrund sollte man sich hüten, vorschnell zu behaupten, dass „gerade Strafverteidiger [...] es daher begrüßen würden, wenn der Anwendungsbereich des Strafbefehls ausgeweitet wird, um die daraus entstehenden Vorteile zu nutzen“.⁷⁵ Zwar bietet das Strafbefehlsverfahren unbestreitbar im Einzelfall Vorteile.⁷⁶ Aber soll man als Strafverteidiger (und als Bürger) tatsächlich abseits der Vor- und Nachteile⁷⁷ für sein eigenes Klientel eine *generelle* Vereinfachung des Strafverfahrens um diesen Preis in Kauf nehmen? Ist der Blick nicht zu weit vom Schicksal des Einzelnen, für den der Strafbefehl einen Segen darstellen kann, auf das große Ganze? Hinter den von den Kritikern vorgebrachten rechtsstaatlichen Bedenken verbirgt sich letztlich eine das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip tangierende politische Frage, auf die sich alles zuspitzt: Welches Prozessmodell möchten wir flächendeckend haben?⁷⁸ Ein eher *instruktorisch/inquisitorisch*-akkusatorisches oder eher ein *adversatorisch*-akkusatorisches⁷⁹ Verfahren? Denn die Ausweitung des Strafbefehlsverfahrens und die damit einhergehende Zurückdrängung der öffentlichen Hauptverhandlung führt nicht nur zu einem langfristigen steigenden Geschäftsanfall.⁸⁰ Vielmehr kommt es zu einer schleichenden Außerkräftsetzung des traditionellen Prozessmodells,⁸¹ also dem

⁷⁰ Vgl. Boltz, ZRP 1974, 34; bspw. sah man den Ersten Weltkrieg als „einen willkommenen Anlass, die Verwirklichung der auf Vereinfachung der Rechtspflege hinzielenden Bestrebungen in einzelnen Beziehungen schon jetzt in Angriff zu nehmen“, Bundesarchiv R 3001 Nr. 4233, Bl. 35; vgl. auch *Elobied* (Fn. 2), S. 94 f., 208.

⁷¹ Vgl. z.B. BR-Drs. 546/83, S. 14; BR-Drs. 314/91, Bl. 122; BT-Drs. 15/1491, S. 39, 40; BT-Drs. 16/3659 S. 16, 17; PA XIII 1121, Nr. 10, S. 23 sowie a.a.O. Nr. 11, S. 27 einerseits und andererseits oben Fn. 21.

⁷² Vgl. Fn. 1.

⁷³ *Leipold/Wojtech*, ZRP 2010, 243 (245); vgl. auch Stellungnahme der BRAK, PA XV 195 (Bd. 2), Nr. 41 S. 298.

⁷⁴ Vgl. *Bechdorf/Reif*, in: Bockenmühl, Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 8. Aufl. (2021), 2. Teil, 7. Kap. Rn. 3; *Elobied* (Fn. 2), S. 208, 214; *Nobis*, in: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, § 10 Rn. 142, 147 ff.; *Prelle*, KritV 2011, 331 (346 ff.); *Weflau/Degener*, in: SK-StPO, vor § 407 ff. Rn. 8.

⁷⁵ *Leipold/Wojtech*, ZRP 2010, 243 (244); vgl. auch *Bechdorf/Reif*, in: Bockenmühl, Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 2. Teil, 7. Kap. Rn. 5: „Das Strafbefehlsverfahren ist aufgrund der Erfassung der mittleren, insbesondere auch der Wirtschaftskriminalität prädestiniert für Verfahrensabsprachen“; *Widmaier* PA XIV 1061, Nr. 5, Anlage, S. 168 nach dem eine Ausweitung auf zwei Jahre Freiheitsstrafe sinnvoll sein könnte – zugleich mahnt er allerdings weitere Diskussion darüber an; Stellungnahme der BRAK, PA XV 195 (Bd. 2), Nr. 41 S. 298. Unschlüssig *Meyer-Lohkamp*, StraFo 2012, 170 (171): „begegnen Strafverteidiger dem Strafbefehlsverfahren mit zurückhaltenden Enthusiasmus“ und a.a.O., S. 173: „wünschenswert [...], dass auch Bewährungsstrafen bis zu zwei Jahren erlassen werden könnten“.

⁷⁶ *Bockenmühl*, in: ders., Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 2. Teil, 1. Kap. Rn. 134 f.; *Bechdorf/Reif*, in: Bockenmühl, Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 2. Teil, 7. Kap. Rn. 3; *Enescu/Niang/Mommsen*, KriPoZ 2022, 20 (23); *Rückel*, NStZ 1987, 297 (300).

⁷⁷ Vgl. *Kemme/Dunkel*, StV 2020, 52; *Meyer-Lohkamp*, StraFo 2012, 170 ff.; *Nobis*, in: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, § 10 Rn. 138 ff.; zum „plea bargaining“ *Brown*, ZStW 2018, 447 ff.

⁷⁸ Vgl. *Friester*, PA XIII 1121, Anlage zu Nr. 25 (Öffentliche Anhörung des RA-BT v. 4.2.1998), S. 18: „Betrachtet man die Vorschläge [BR-Drs. 633/95] im Zusammenhang, so drängt sich die Frage auf, welche Vorstellung vom Strafprozeß einem solchen Entwurf zugrunde liegt.“

⁷⁹ Dazu *Ambos*, JURA 2008, 586 (593) und *Eser*, DGStZ 2019, 64 f.; vgl. auch *Elobied* (Fn. 2), S. 2 und *Vormbaum*, Die Lex Emminger vom 4. Januar 1024: Vorgeschichte, Inhalt und Auswirkungen, 1988, S. 174, die vom bürokratisch-inquisitorisch und akkusatorisch-kontradiktorischen Verfahren sprechen.

⁸⁰ Und beeinträchtigt damit ihrerseits die vom Rechtsstaatsprinzip geforderte Pflicht, eine funktionsfähige Strafjustiz zu gewährleisten; vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 214.

⁸¹ Vgl. PA XIII 1121, Nr. 10 (BR-RechtsA UA, Antrag Hessens), S. 23 sowie a.a.O. Nr. 11 (BR-RechtsA), S. 27: Die Ausweitung „zielt auf eine zunehmende Verlagerung des Strafprozesses in ein schriftliches Verfahren unter Umgehung der mit der Hauptverhandlung verbundenen rechtsstaatlichen Garantien.“

Wegfall der Hauptverhandlung als auch „symbolische“ Veranstaltung und als Garant für einen formalisierten⁸² und grds. der Öffentlichkeit zugänglichen und überprüf- baren Erkenntnisprozess auf dem Weg zur materiellen Wahrheit⁸³ einerseits mit einem gleichzeitigen Machtzu- wachs der Staatsanwaltschaft und Machteinbuße der Ge- richte andererseits.⁸⁴ Oder anders ausgedrückt: Die Folge ist ein Weniger an öffentlicher Kontrolle (Demokratiedefi- zit⁸⁵), eine größere Gefahr materiell unrichtiger Entschlei- dungen (Rechtsstaatsdefizit⁸⁶) und ein Machtzuwachs der Staatsanwaltschaft zu Lasten des Gerichts (Gewaltentei- lungsdefizit). Dies alles auf Kosten des Beschuldigten, da eine Verbesserung seiner Rechtsstellung damit nicht ein- hergeht. Sollte tatsächlich das Pendel mit dem Strafbefehlsverfahren als konsensuellem Verfahren in der inquisitorisch-adversatorischen Dichotomie in Richtung „Par- teiprozess“ schlagen wollen,⁸⁷ nähmen zwei mit ungleich verteilten Rechten und Möglichkeiten ausgestattete Par- teien an dem Verfahren teil.⁸⁸ Die Folge wäre keine aus- geglichene Prozessstruktur, sondern eine solche, die sich in Schräglage zu Lasten der Beschuldigten befände.

3. Folgerungen

Solange wir – wenn auch nur nominell – an den Idealen des im 19. Jahrhunderts entwickelten Strafverfahrens fest- halten,⁸⁹ lautet die Frage somit: Wollen wir – jenseits der Frage nach einem Verfassungsverstoß – ein Mehr oder Weniger an Rechtsstaat, Demokratie und Gewaltentei- lung? Die Frage so gestellt lenkt den Blick weg von dog-

matischen und praktischen Einzelfragen und bloßen ver- teidigungstechnischen Erwägungen hin zu unserem grundsätzlichen Verständnis und unserer Vorstellung vom Strafprozess und Staat. Wollen wir weiterhin an einem strafverfahrensrechtlichen Ideal festhalten, dessen Wur- zeln weit in die Vergangenheit reichen und das mit der sozialen Wirklichkeit des 21. Jahrhunderts möglicher- weise nicht mehr (voll) kompatibel ist?⁹⁰ Oder wollen wir eingestehen und anerkennen, dass das Strafverfahren mehr und mehr zum „Parteiverfahren“ geworden ist und – auch mit den gemachten Vorschlägen – weiter wird und wir vor dem Hintergrund dieser sozialen Wirklichkeit „im Rahmen einer konzeptionsgeleiteten Gesamtreform des Strafverfahrens über das Strafbefehlsverfahren insgesamt neu nachdenken müssen“.⁹¹ Das würde einerseits bedeuten, dass man den „ehrlichen“ Ausgleich zwischen den oder die Priorisierung einer der zwei verschiedenen Pro- zessmodelle Parteiprozess und Amtsprozess finden muss, die jedes für sich genommen für eine eigene Prozessstruk- tur stehen, aber doch in einer einzigen Prozessordnung nach Verwirklichung streben. Andererseits bedeutet es aber auch, dass man sich über die Maximen für das eine oder das andere Modell bewusst werden und sich klar ma- chen muss, dass sich darin die Rolle der Prozessbeteilig- ten, die Verfahrenseffizienz sowie die Art und der Um- fang der Wahrheitserforschung voneinander unterschei- den.⁹² Verliert man dies aus dem Blick, könnte man auch – wie *Meyer-Gößner* satirisch formuliert hat – naiv fra- gen: „Und warum nicht zunächst alle Verfahren als Straf- befehlsverfahren beginnen lassen?“⁹³

⁸² Vgl. *Fister*, PA XIII 1121, Nr. 25 (Öffentliche Anhörung des RA- BT v. 4.2.1998), S. 5: „daß die Hauptstoßrichtung des Entwurfs da- hin geht [...], die Strafrechtspflege insbesondere durch eine Entfor- malisierung des Verfahrens und damit einhergehend einer Ein- schränkung prozessualer Rechte zu entlasten“.

⁸³ Vgl. dazu *Ambos*, JURA 2008, 586 (593).

⁸⁴ Insoweit wird das Gewaltenteilungs- bzw. Demokratieprinzip mate- riell tangiert; vgl. *Hesse* (Fn. 55), Rn. 495 f.

⁸⁵ Vgl. *BVerfG*, NJW 2013, 1058 Rn. 87 ff.: „Der in § 169 GVG nie- dergelegte Öffentlichkeitsgrundsatz soll eine Kontrolle der Justiz durch die am Verfahren nicht beteiligte Öffentlichkeit ermöglichen und ist Ausdruck der demokratischen Idee“.

⁸⁶ Vgl. *Schulze-Fielitz*, oben Fn. 53.

⁸⁷ *Eckstein*, in: MüKo-StPO, § 407 Rn. 7: „Summa summarum trägt das Strafbefehlsverfahren damit Züge eines *adversatorischen* Par- teiprozesses; es führt zu latent *konsensual* strukturierter Verfah- renserledigung“.

⁸⁸ Vgl. oben IV. 2. b. zu Vorschlägen, wie man diese Schiefelage behe- ben könnte.

⁸⁹ *Klug*, ZRP 1999, 288 (289): „Der Amtscharakter wird sogar vielfach als Idealform gepriesen und ohne kritische Reflexion als dem anglo- amerikanischen ‚Showbetrieb‘ überlegen angesehen“; vgl. auch *Hassemer*, ZRP 1992, 378 (383), der mehrfach von rechtsstaatlicher *Tradition* spricht.

⁹⁰ Vgl. *Enescu/Niang/Mommsen*, KriPoZ 2022, 20 (34): „Nicht mehr die in einem Prozess gewonnene Wahrheitsfindung, sondern mehr und mehr die Zustimmung des Angeklagten führt zu einer Verurtei- lung und stützt diese“; *Klug*, ZRP 1999, 288 ff.

⁹¹ *Herzog*, PA XIV 1061, Nr. 5 (BT-RechtsA, öffentliche Anhörung), Nr. XII, S. 18, 20, 104; vgl. auch *Fezer*, a.a.O., S. 66; konkrete Vor- schläge bei *Behrendt*, NJOZ 2019, 881 ff. und *Rieß*, JR 1975, 224 ff.; vgl. auch *Klug*, ZRP 1999, 288 ff.

⁹² Vgl. dazu *Eser*, DGStZ 2019, 64 (65 ff.).

⁹³ *Meyer-Gößner*, ZRP 2004, 128.

FORSCHUNGSBERICHT

Strafzweckpräferenzen von Jura-Studierenden – Ergebnisse einer Tübinger Längsschnittstudie

von Simon Schlicksupp (cand. iur.) und

Dr. Thaya Vester, M.A.*

Abstract

Der vorliegende Beitrag präsentiert und diskutiert die Ergebnisse einer Studierendenbefragung zur Einschätzung der Relevanz von Strafzwecken. Es handelt sich um eine Längsschnittstudie mit unveränderten Items, die durch jährliche Erhebung seit dem Jahr 2007 in der Vorlesung „Strafrecht Besonderer Teil“ an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen erhoben wird (im Folgenden: Kri-Pol-Umfrage). In diesem Zeitraum zeigen die Daten eine große Konstanz und Stabilität, wobei die Mittelwertzustimmung zu den Strafzwecken „Abschreckung“, „Besserung“ und „Aufrechterhaltung der Normtreue“ gegenüber „Vergeltung“ und „Opfergenugtuung“ deutlich und stetig größer ausfällt. Ein Vergleich von männlichen und weiblichen Befragten zeigt zudem, dass Frauen bei allen Strafzwecken höhere Zustimmungswerte vergeben, dieser Unterschied bei „Opfergenugtuung“ aber besonders deutlich ausfällt. Eine Einordnung in vergleichbare Befragungen stützt die Befunde. Abschließend werden kriminalpolitische Folgerungen für Strafurteile „im Namen des Volkes“ (§ 268 Abs. 1 StPO) erörtert.

This paper presents and discusses the results of a student survey on the assessment of the relevance of criminal law purposes. This is a longitudinal study with unchanged items that has been surveyed recurrently since 2007 in a criminal law lecture at the Eberhard Karls University of Tübingen (hereafter: KriPol survey). During this period, the data show great constancy and stability. It is remarkable that the mean values of approval for the punishment purposes "deterrence", "correction" and "Maintaining compliance with the standard" are clearly and continuously higher than "retribution" and "victim satisfaction". A comparison of male and female respondents also shows that women rate all punishment purposes better, but this difference is particularly clear for "victim satisfaction". A classification in comparable surveys supports these results. Finally, criminal policy implications for sentencing "in the name of the people" (§ 268 (1) of the German Code

of Criminal Procedure) are discussed.

I. Einführung

1. Die juristische Strafzwecklehre, Strafzweckpräferenz und das Konzept der Punitivität

Strafzweckpräferenzen – Antworten auf die Frage nach dem Sinn von Strafe – werden üblicherweise als Teilaspekt des Oberthemas „Punitivität“ empirisch erfasst, neben Items zur bevorzugten Strafhärte einzelner Delikte oder der Einstellung zur Todesstrafe.¹ Dies geschieht im Rahmen der noch immer anhaltenden Debatte um *Garlands* Hypothese eines „punitive turns“ in den USA.²

Was genau mit dem Begriff „Punitivität“ gemeint ist, ist bis heute nicht hinreichend definiert. So ist nicht klar, wie bestimmte Strafzweckpräferenzen in eine Punitivitäts-Skala eingeordnet werden können: Denn die Zustimmung zu vergeltenden Straftheorien geht keineswegs automatisch mit der Präferenz härterer Strafen einher als bei der Bevorzugung (spezial-)präventiver Zweckerwägungen. Dies zeigt sich am Beispiel eines wiederholt rückfälligen, sozial deklassierten „Mundräubers“³: seine Schuld rechtfertigt (wenn überhaupt) nur eine geringe Strafe, eine wirksame Resozialisierung kann aber womöglich jahrelange zwangsweise Unterbringung, Ausbildung etc. gebieten. Versteht man daher Punitivität als Bevorzugung vergeltender Sanktionen,⁴ kann man sie zwar durch Strafzweckpräferenz empirisch erfassen, gleichwohl nicht durch die Angabe einer Strafhärtepräferenz oder der Einstellung zur Todesstrafe; begreift man sie umgekehrt als Bevorzugung harter Strafen,⁵ kann sie nicht sinnvoll durch Strafzweckpräferenzen operationalisiert werden. Andere zuweilen zitierte Ansätze wie derjenige von *Lautmann/Klimke*, die den Begriff in verschiedenen „Polaritäten“ zwischen Retaliation und Restitution oszillieren lassen,⁶ vermögen zur konkreten Definition und Operationalisierung von Punitivität ebenfalls wenig beizutragen.

* Simon Schlicksupp (cand. iur.) ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht (Prof. Dr. Jörg Kinzig). Dr. Thaya Vester, M.A. ist akademische Mitarbeiterin am Institut für Kriminologie der Universität Tübingen.

¹ So etwa bei *Cornel* et al., NK 2/2021, 222; *Kunz*, SZK 2014, 3; *Streng*, ZJJ 2012, 148. Vgl. zum Folgenden auch *Singelstein/Habermann*, in: FS Eisenberg, 2019, S. 125 (125 f.). Teilweise wird auch auf Prisonisierungsraten abgestellt, vgl. *Drenkhahn* et al., KriPoZ 2020, 104 (105).

² Vgl. *Garland*, *The Culture of Control*, 2001; vgl. auch *Drenkhahn* et al., KriPoZ 2020, 104 (104).

³ Nicht „Räuber“ im Sinne des §§ 249 ff. StGB, sondern umgangssprachlich für Dieb von geringwertigen Nahrungsmitteln, früher strafbar als sog. Verbrauchsmittelentwendung.

⁴ Etwa *Cornel* et al., NK 2021, 222 (225); *Cornel* et al., in: *Kriminologie und Soziale Arbeit*, 2022, S. 93 (96); *Kunz* et al., SZK 2014, 3 (13); *Armborst*, *SozProb* 2014, 105 (110).

⁵ So *Streng*, *Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel: Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen*, 2014, S. 2

⁶ *Lautmann/Klimke*, 8. Beiheft zur *KrimJ* 2004, 9 (10 ff.).

Es bleibt bei der Feststellung, dass es sich bei Punitivität um ein „kontextabhängiges Kontinuum“⁷ handelt, das nur wenig festen Boden für konkreten Erkenntnisgewinn bereithält. Inwiefern sich die beiden Komplexe (juristisch-dogmatische) Strafzwecklehre und (kriminologisch-empirische) Punitivität verhalten, muss daher hier offenbleiben. Der Beitrag befasst sich nur mit der empirischen Erfassung von Strafzweckpräferenz.

Dabei wird von dem „kanonischen“ Modell der Strafzweckdiskussion ausgegangen, das seit langem etablierter Standard in rechtswissenschaftlichen Vorlesungen (zumeist „Strafrecht AT“) und Lehrbüchern ist. Dessen Stand als Hintergrund der KriPol-Befragung zeigt unten stehendes Schaubild.⁸

Die *Vereinigungstheorien* versuchen dabei, die Antinomie der Strafzwecke,⁹ die sich in der Bemessung der konkreten Strafe zwangsläufig ergibt, durch Kompromisse aufzulösen. Der Gesetzgeber hat sich in § 46 Abs. 1 StGB für eine präventive Vereinigungstheorie entschieden.¹⁰ Sie ist

eng verwandt mit der herrschenden Strafzumessungstheorie, der sog. Schuldrahmentheorie, die innerhalb eines nach Schuldgesichtspunkten zu bestimmenden Sanktionsrahmens die konkrete Strafe nach Präventionsgesichtspunkten wählt.¹¹ Die Vereinigungstheorien als „offenkundige Verlegenheitslösungen“¹² sind mithin von (enormer) Bedeutung für die Praxis der Strafgerichte, weniger aber für den abstrakt-strafrechtstheoretischen Diskurs um den Sinn der Strafe und die empirische Untersuchung von Strafzweckpräferenzen. Sie bleiben daher und wegen der schwierigen Operationalisierbarkeit im Folgenden und in der KriPol-Umfrage außer Betracht.¹³

2. Methodik und Sample

Die im Rahmen dieses Beitrags präsentierten empirischen Daten wurden allesamt in Vorlesungen von Herrn Prof. Dr. Jörg Kinzig, Direktor des Instituts für Kriminologie der Universität Tübingen, erhoben. Im Konkreten handelt es sich hierbei um die Vorlesung „Strafrecht Besonderer Teil“, die seit dem Jahr 2008 regelmäßig im Sommerse-

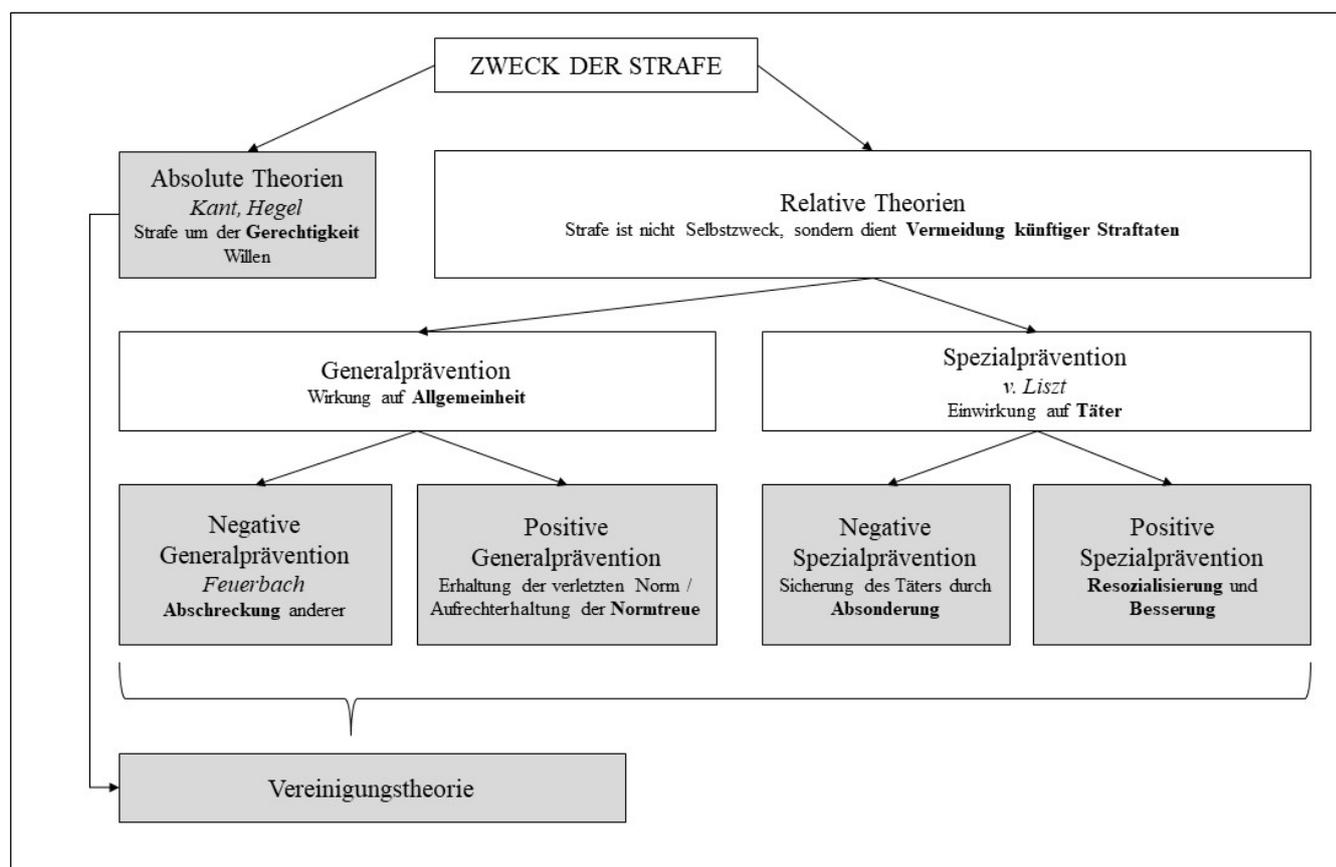


Schaubild 1: Kanon der juristischen Strafzwecklehre in Anlehnung an Frister Strafr AT, 2. Kap. Rn. 26

⁷ Cornel et al., NK 2021, 222 (225).

⁸ Eine Übersicht über den gesamten aktuellen Stand der Strafzweckdiskussion mitsamt neuerer Theorien (etwa „expressive Straftheorien“) findet sich bei Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), vor § 38, insb. Rn. 2 ff. und 25 ff.

⁹ Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2. Aufl. (2021), § 9 Rn. 6. Vgl. auch das obige Beispiel zum Spannungsverhältnis von Schuldausgleich und Resozialisierung.

¹⁰ Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. (2019), S. 169 ff.; Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, § 9 Rn. 6; Maier, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 46 Rn. 50.

¹¹ Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, § 9 Rn. 10 ff.

¹² Frister, Strafr AT, 9. Aufl. (2020), 2. Kap. Rn. 20.

¹³ Eine Erwähnung ist hier jedoch insofern angebracht, als dass die befragten Personen diesen bereits zu Beginn des Studiums begegnen.

mester von ihm abgehalten wird. Diese entstammt dem Pflichtfachbereich; ihr Besuch ist laut Studienplan für Studierende der Rechtswissenschaft im 2. und 3. Fachsemester vorgesehen. Jahr für Jahr wird im Rahmen dieser Vorlesung – meist im ersten Drittel des Semesters – die KriPol-Befragung durchgeführt. Derzeit enthält sie 18 Fragenblöcke und entspricht zu Teilen in Aufbau und Struktur dem Erhebungsinstrument von Streng, der seit Ende der 1970er Jahre wiederkehrend Jurastudierende an verschiedenen Standorten befragte.¹⁴ Im Zentrum stehen dabei die kriminalpolitischen Einstellungen der Befragten. Neben der Erfassung relevanter persönlicher Daten werden Fragen zu den Strafzwecken, zur Einstufung verschiedener Rechtsfolgen, zur Schätzung der Kriminalitätsentwicklung, zur Bewertung der Justiz und des Justizvollzugs sowie zur Haltung zu aktuellen kriminalpolitischen Themen gestellt, seit 2014 ergänzend auch zu Werten, Lebensstilen und Erziehungserfahrungen der Studierenden. Bedingt durch die Corona-Pandemie musste die Befragung in den Sommersemestern 2020 und 2021 ausfallen, da die Vorlesungen weitestgehend online im „Notbetrieb“ stattfanden. Diese Zwangspause wurde genutzt, um den Fragebogen nochmals zu aktualisieren und von der papiergebundenen auf eine digitale Durchführung umzustellen, um die Umfrage künftig flexibler handhaben zu können. Im Sommersemester 2022 wurde die Befragung sodann in hybrider Form¹⁵ durchgeführt. Für die nachfolgende Darstellung der Strafzweckbewertungen wurden ausschließlich Variablen ausgewählt, die unverändert blieben bzw. trotz Änderungen ohne jedwede Einschränkung miteinander verglichen werden können.

Die Teilnahme an der Befragung erfolgt anonym und freiwillig. Da diese jedoch in den regulären Betrieb der Lehrveranstaltung eingebettet ist, gibt es keine nennenswerten Antwortausfälle. Über die Zeitspanne vom Wintersemester 2007/2008 bis zum Sommersemester 2022 haben daher insgesamt 2274 Studierende an der Befragung teilgenommen. Die Teilnehmerzahl oben benannter Vorlesung schwankte die Jahre über zwischen 53 und 275 Studierenden (Ø: 175). Der Anteil männlicher Studierender betrug durchschnittlich 39,8 Prozent, wobei die Spannweite von 29,1 bis 49,5 Prozent reichte; damit wurden alle ausgewerteten Vorlesungen mehrheitlich von weiblichen Studierenden besucht. Dies untermauert den Trend, dass zunehmend mehr Frauen an der Universität Tübingen – und auch im Fach Rechtswissenschaft – eingeschrieben sind. Da bei der Abfrage kriminalpolitischer Einstellungen durchaus geschlechtsspezifische Unterschiede zu erwarten sind, erfolgt stellenweise eine nach Geschlecht aufgeschlüsselte Präsentation der Daten.

II. Langzeitbefunde zur Strafzweckpräferenz

Die Umfrage beginnt mit einigen Angaben zur Person; die erste inhaltliche Frage hat direkt die Bewertung einzelner Strafzwecke zum Gegenstand. Die Platzierung dieses Items an den Anfang der Befragung wurde bewusst gewählt, um ausschließen zu können, dass andere Fragenkomplexe das Antwortverhalten gegebenenfalls beeinflussen. Der Formulierung „*Welchen Sinn sollte Strafe Ihrer Meinung nach haben?*“ folgt eine Itematterie mit den Unterpunkten „*der Vergeltung dienen*“, „*der Besserung des Täters dienen*“, „*der Abschreckung anderer dienen*“, „*der Aufrechterhaltung der Normtreue der Bevölkerung dienen*“ und „*zur Genugtuung des Opfers beitragen*“, deren Relevanz jeweils auf einer fünfstufigen Likert-Skala (von unwichtig bis sehr wichtig) zu bewerten ist.

Dabei kann vor dem Hintergrund der eingangs in Bezug genommenen üblichen Lehre zur Strafzweckdiskussion die Auswahlmöglichkeit „Vergeltung“ ohne weiteres mit den absoluten Straftheorien, „Besserung“ mit der positiven Spezialprävention (die dem System der sog. Maßregeln der Besserung und Sicherung im zweiseitigen deutschen Sanktionenrecht¹⁶ zugrunde liegt und auf die auch das Jugendstrafrecht besonderen Wert legt¹⁷), „Abschreckung“ mit der negativen Generalprävention nach *Feuerbach*¹⁸ und „Aufrechterhaltung der Normtreue“ mit positiver Generalprävention (oder wie sich das Gesetz in §§ 47 Abs. 1, 56 Abs. 3, 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB ausdrückt: „Verteidigung der Rechtsordnung“¹⁹) identifiziert werden. Nicht erfragt wird „Sicherung des Einzelnen“, d.h. die negative Spezialprävention. Fraglich ist, wie sich Item 2.5 „*Genugtuung des Opfers*“ zur Strafzwecklehre verhält. Dies soll aus Gründen des Zusammenhangs mit anderen Befragungen unten erläutert werden.

1. Befund: Stabile Zustimmungsniveaus im Langzeitmittel

Die Befunde zeigen sodann im Langzeitmittel eine deutliche Stabilität über den gesamten Befragungszeitraum hinweg, Veränderungen im Sinne eines mehrjährigen signifikanten An- oder Abstiegs sind nicht auszumachen.²⁰ Außerdem zeigt sich, dass es zwei stabile Zustimmungsniveaus gibt: ein weniger beliebtes mit den Strafzwecken der *Vergeltung* und *Opfergenugtuung* im Bereich zwischen 2,87 (*Vergeltung* im WS 19/20) und 3,31 (*Genugtuung* im SS 11 und SS 15), sowie ein höheres Beliebtheitslevel mit den Strafzwecken *Besserung*, *Abschreckung* und *Aufrechterhaltung der Normtreue* im Bereich zwischen 3,85 (*Normtreue* im SS 08) und 4,4 (*Besserung* im WS 19/20). Über einen Zeitraum von 15 Jahren hinweg haben die Stu-

¹⁴ Vgl. *Kinzig/Stroezel*, in: FS Streng, 2017, S. 519 (522); *Streng*, in: *Kaspar/Walter*, Strafen „im Namen des Volkes“, 2019, S. 131, 132.

¹⁵ In der Vorlesung wurde statt des Papierbogens ein QR-Code ausgeteilt, der mittels Smartphone gescannt werden konnte und zur (verschlüsselten) digitalen Befragung weiterleitete.

¹⁶ *Kett-Straub/Kudlich*, Sanktionenrecht, § 9 Rn. 1 ff.

¹⁷ *Kölbl*, in: Eisenberg/Kölbl, JGG, 23. Aufl. (2022), § 2 Rn. 3.

¹⁸ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801. Vgl. *Frister*, Strafr AT, 2. Kap. Rn. 8.

¹⁹ *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 38 Rn. 12.

²⁰ Zu beachten ist, dass in Schaubild 1 aus Gründen der Darstellung die Skala nicht original von 1 bis 5 abgebildet wird. Die sichtbaren leichten Fluktuationen in der Gesamtskala fallen sonst noch unwesentlicher aus. Vgl. auch *Kinzig/Stroezel*, in: FS Streng, 2017, S. 519 (529).

dierenden also mit erstaunlicher Konstanz *Vergeltung* und *Genugtuung* als nur „mittelwichtig“, *Besserung*, *Abschreckung* und *Aufrechterhaltung der Normtreue* dagegen als

„eher wichtig“ eingestuft. Es besteht mithin eine klare Stabilität und Dichotomie der abgefragten Strafzweckpräferenzen.

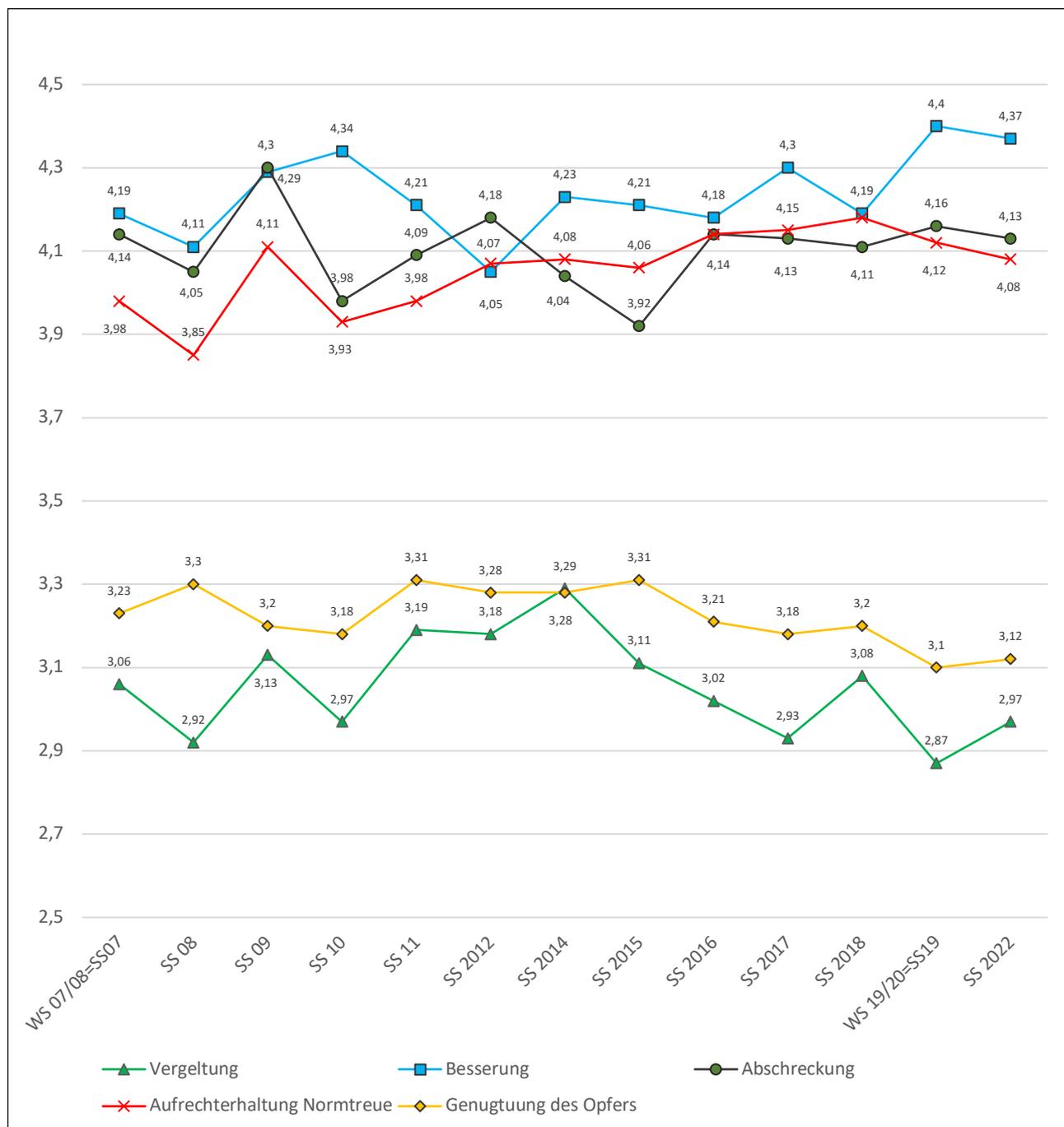
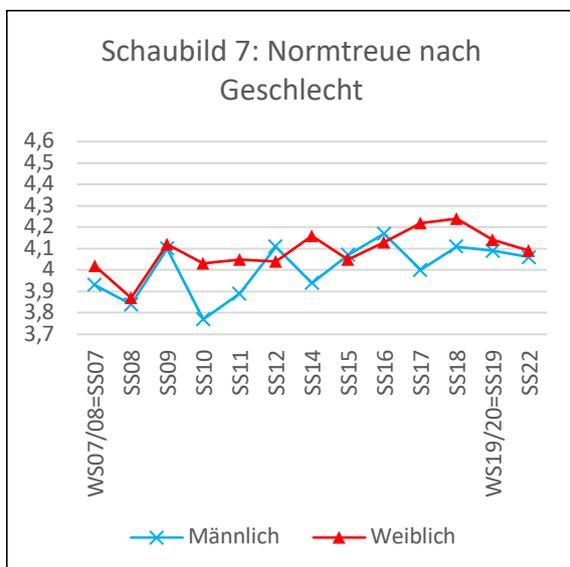
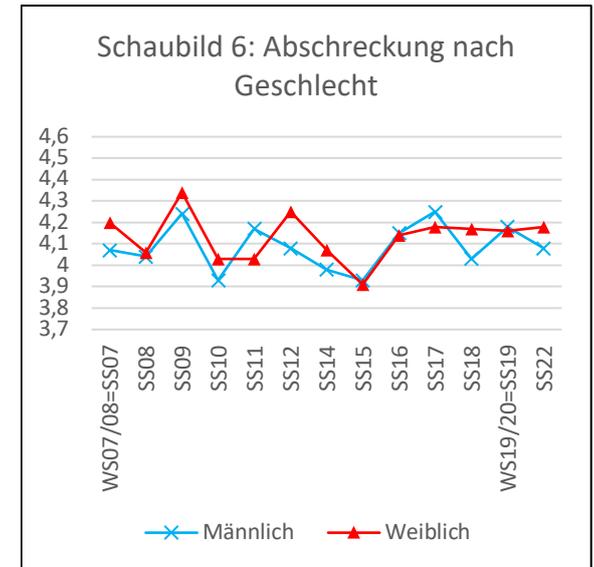
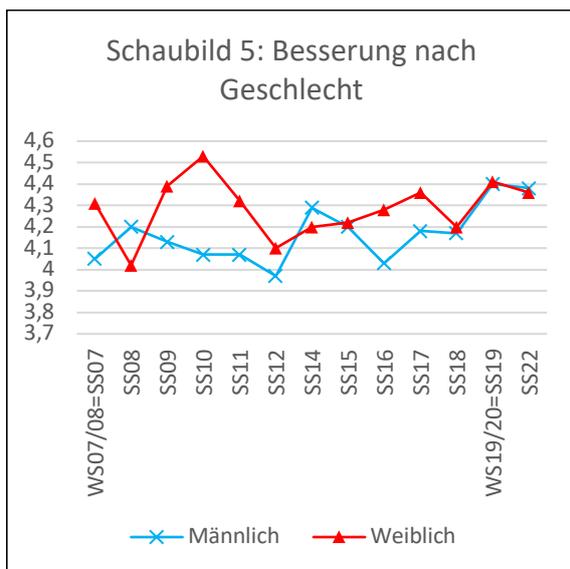
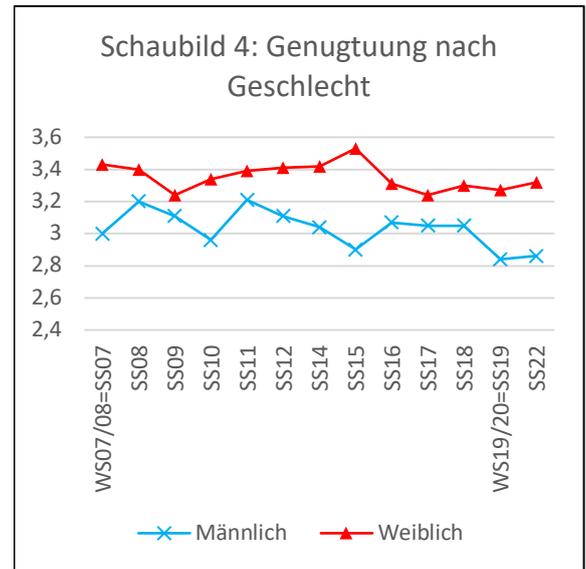
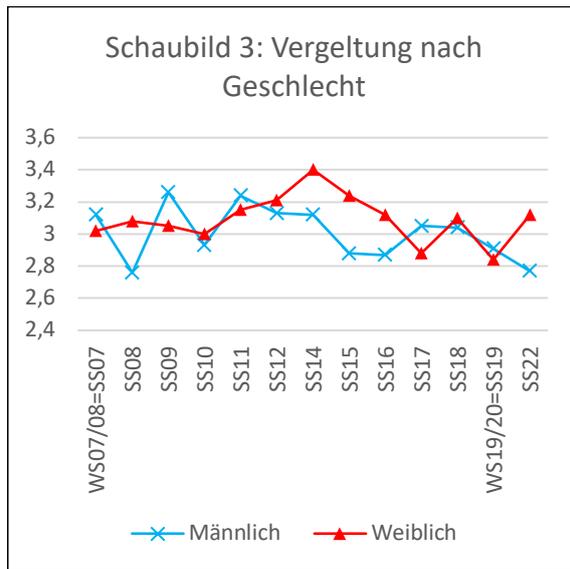


Schaubild 2: Mittelwerte im Langzeitverlauf

2. Befund: Mittelwerte im Langzeitverlauf nach Geschlecht



Betrachtet man die Mittelwerte im Langzeitverlauf differenziert nach Geschlecht, so fällt zunächst auf, dass weibliche Befragte in jedem Strafzweck im Langzeitmittel (d.h. des Mittelwertes einer geschlechtsspezifischen Kurve über alle Jahrgänge hinweg) höhere Zustimmungswerte vergeben als männliche Teilnehmer. Im Blick auf den jeweiligen Gesamtverlauf zeigt sich zudem, dass es dabei jedoch Fluktuationen gibt, außer im Falle der *Genugtuung*: hier haben Frauen konstant in allen Jahrgängen höhere Zustimmungswerte als Männer (Schaubild 4). Dementsprechend fällt hier die Differenz der Langzeitmittel²¹ nach Geschlecht – bei jeweils höherem Langzeitmittel der Frauen – auch am höchsten aus (LZM-weiblich 0,323 über LZM-männlich), wohingegen sich die Geschlechter bei der *Abschreckung* noch am ehesten einig

sind (LZM-Differenz 0,045). Gleichwohl liegt die *Genugtuung* auch bei Frauen im Bereich des niedrigen Levels; aus diesem Befund kann demnach nicht gefolgert werden, es handele sich bei diesem Strafzweck um einen „eher weiblichen“.

III. Einordnung der Ergebnisse in den Stand der Forschung

1. Zu Befund 1: Stabile Langzeitmittel auf zwei Levels

Die Ergebnisse der KriPol-Umfrage hinsichtlich der Konstanz und Stabilität der Strafzweckpräferenz im Allgemeinen findet bei anderen Studierendenbefragungen nur teilweise Bestätigung. So kommt *Streng* in seiner – allerdings nur annähernd zweijährig – durchgeführten Jura-Studierendenbefragung²² im sich überlappenden Befragungszeitraum seit 2007 etwa zu einem Anstieg der Beliebtheit der „Vergeltung“.²³ Allerdings fällt auf, dass die Werte ab 2007 auch dort konstanter sind als in den Jahr(zehnten) zuvor bzw. sich wieder auf vorherige Werte zubewegen. In einem Gesamtbevölkerungsquerschnitt in den Jahren 1970, 1990 und 2003 kommt *Reuband* zu dem Ergebnis, dass „Vergeltung“ von deutlich weniger Befragten als wichtig genannt wird als andere Strafzwecke, wenn auch tendenziell leicht steigend (Nennungen insgesamt 1970: 7, 1990: 10, 2003: 12, gegenüber jeweils mehr als 34 bei allen anderen Strafzwecken; dabei ist zu beachten, dass das Sample absolut ansteigt, von 192 auf 199).²⁴

Hinsichtlich der feststellbaren zwei unterschiedlichen Zustimmungsniveaus kommt auch *Streng* zum Ergebnis, dass trotz Anstiegs die Vergeltung deutlich unterhalb der anderen Strafzwecke rangiert. In den Jahren 2005, 2007 und 2012 erfasste *Streng* auch das Item „Genugtuung für Opfer“, was mit einem Zustimmungsmittel von 1,55 (Skala 0-3) ebenfalls am unwichtigsten eingestuft wurde.²⁵ Dieser Befund tritt auch in einer Querschnittbefragung unter Studierenden der sozialen Arbeit von *Cornel* et al. (2016-2019)²⁶ zutage, bei der sich „Vergeltung“²⁷ mit 1,1 und „Täter-Opfer-Ausgleich“ (TOA)²⁸ mit 1,3 – sofern man darin eine Parallele zur in der KriPol abgefragten „Opfergenugtuung“ sehen möchte (dazu sogleich) – ebenfalls deutlich von den anderen Strafzweckmitteln absetzen (1,9-2,5; Skala 0-4).²⁹ Aber auch in einem Gesamtbevölkerungsquerschnitt bei *Ludwig/Dünkel* (2001)³⁰ zeigt sich, dass „Vergeltung“³¹ mit 2,48 und „TOA“³² mit 2,55

eng beieinander und deutlich separiert von den übrigen Mittelwerten liegen (3,11-3,72; Skala 1-4).

Insgesamt lässt sich festhalten, dass jedenfalls für den Befragungszeitraum eine von leichten Fluktuationen abgesehene wesentliche Änderung der Strafzweckpräferenz weder in der KriPol-Befragung noch in vergleichbaren Längsschnittbefragungen feststellbar ist. Die „Strafphilosophie“³³ hat sich mithin seither nicht verändert und zeigt eine stabile Aufteilung in zwei Zustimmungsniveaus, wobei das untere „Vergeltung“ und „TOA“ bzw. „Genugtuung“ enthält und das obere die übrigen Strafzwecke. Interessant und erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass dieser Befund nicht für Berufsjuristen und Justizpraktiker Geltung beanspruchen kann: dort lassen sich in diversen (allerdings allesamt älteren) Befragungen keine klar separaten „Beliebtheitslevels“, sondern eher ein linearer Beliebtheitsanstieg einzelner Strafzwecke ausmachen.³⁴

2. Zu Befund 2: Strafzweckpräferenz nach Geschlecht

Schwerer fällt die abgleichende Einordnung des Befundes hinsichtlich der verschiedenen Strafzweckpräferenzen von männlichen und weiblichen Befragten, wonach die Frauen bei allen Strafzwecken höhere Langzeitmittel aufweisen, bei „Opfergenugtuung“ zudem deutlich und stetig über den Männern liegen.

Zunächst kann man die Frage stellen, ob generell geschlechtsspezifische Unterschiede bezüglich des Antwortverhaltens bei Fragebögen existieren, die diesen Befund erklären könnten. Betreffend einer *Tendenz zur Härte (extreme response style)*, also einer Neigung die Ratingskalen komplett auszuschöpfen, lassen sich zwar Abhängigkeiten vom Alter, der Bildung und dem Einkommen von Befragten ausmachen, nicht jedoch vom Geschlecht.³⁵ Wenn überhaupt, lassen sich bei Frauen eher Antworttendenzen wie die der *sozialen Erwünschtheit* oder die *Tendenz zur Mitte* feststellen.³⁶ Diese Befragungseffekte spielen aber bei schriftlichen Befragungen eine untergeordnete Rolle³⁷ und würden ohnehin ein eher gegenteiliges Antwortverhalten erwarten lassen. Daher spricht vieles dafür, dass der in der KriPol-Befragung gemessene Unterschied zwischen Männern und Frauen ein tatsächlicher ist.

²² Publiziert bei *Streng*, in: Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“, S. 131; *ders.*, Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel: Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen, S. 28 ff.; *ders.*, ZJJ 2012, 148; *ders.*, SozProb 17/2006, 210; *ders.*, Bewährungshilfe 47/2000, 422.

²³ *Streng*, in: Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“, S. 136; *ders.*, Kriminalistik 2014, S. 31.

²⁴ *Reuband*, SozProb 2007, 186 (193).

²⁵ *Streng*, Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel: Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen, S. 32.

²⁶ *Cornel* et al., NK 2021, 222; *Cornel* et al., in: Kriminologie und Soziale Arbeit, S. 93 (102 f.).

²⁷ „Es soll Vergeltung für die Tat geübt werden.“ A.a.O., S. 231.

²⁸ „Täter*in und Opfer sollen zusammengebracht werden, um einen Ausgleich zu finden.“ A.a.O., S. 231.

²⁹ Bemerkenswert daran ist auch, dass die Konstanz und Dichotomie der Strafphilosophie sich offenkundig nicht auf Jura-Studierende beschränkt, was die Repräsentativität der Befunde jedenfalls stützt.

³⁰ *Ludwig/Kräupl*, Viktimisierung, Sanktionen und Strafverfolgung. Schriften zu Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Bd. 21, 2005, S. 118 ff.

³¹ *Sic.*

³² „Täter und Opfer zusammenführen, um einen Ausgleich zu finden.“ A.a.O., S. 123.

³³ Vgl. auch *Reuband*, SozProb 2007, 186 (206).

³⁴ Für Richter/StAe in Niedersachsen: *Streng*, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 226; für kanadische Beamte: *Hogarth*, Sentencing as a human process, 1971, S. 71; für Richter in Bamberg, Nürnberg und München finden *Opp/Peukert*, Ideologie und Fakten in der Rechtsprechung, 1971, S. 109 ff. eine weniger starke Unterstützung für „Generalprävention“ als für „Sühne“ und „Spezialprävention“, wobei hier der fast fünfzig Jahre zurückliegende Befragungszeitraum zu beachten ist.

³⁵ *Greenleaf*, Public Opinion Quarterly 1992, S. 3 (332).

³⁶ *Preisendörfer/Wolter*, Public Opinion Quarterly 2014, S. 1 (126).

³⁷ *Kury*, MschKrim 1994, 1 (22).

Bisher werden in der Forschungslandschaft zwar viele kriminalitätsbezogene Dispositionen der Befragten untersucht, das Geschlecht hingegen findet nur selten Erwähnung. Eine Ausnahme stellt die Studie von *Kunz et al.* dar. Diese messen in einer Querschnittbefragung unter Schweizer Studierenden diverser Fächer, dass Studentinnen Verwahrung, negative und positive Spezialprävention sowie Vergeltung für wichtiger halten als die Studenten, und umgekehrt männliche Befragte die positive Generalprävention präferieren.³⁸ Zu beachten ist aber, dass es sich dabei um eine Querschnittbefragung handelt, d.h. um eine Momentaufnahme, die auch anhand von in diversen Jahrgängen der KriPol-Umfrage feststellbaren Fluktuationen erklärt werden könnte. Die Ergebnisse zu geschlechtsspezifischen Strafzweckpräferenzen im Langzeitverlauf lassen sich daher nicht explizit durch andere Erhebungen stützen oder widerlegen. Allerdings lassen sich Erklärungsversuche für den hiesigen Befund finden. In einer früheren Publikation zur Tübinger KriPol-Befragung entwarfen *Kinzig/Stroezel* ein umfassendes Modell zur Erklärung von Sanktionsvorstellungen unter Einbeziehung von Sozialstruktur, Erziehungsstilen, Justizvertrauen, Kriminalitätsfurcht und Werten der Befragten, das sogenannte Tübinger Pfadmodell.³⁹ Die Autoren leiten zu geschlechtsspezifischen Strafzweckpräferenzen ab, dass weibliche Befragte eine höhere Kriminalitätsfurcht und ein geringeres Vertrauen in die Strafgerichte haben, was zur Bevorzugung von „Vergeltung“ als Strafzweck führe. Männer bevorzugten zudem verstärkt sog. moderne materialistische Werte (z.B.: „sich gegen andere durchsetzen“), was sich dämpfend auf die Kriminalitätsfurcht auswirke.⁴⁰ Damit scheinen sich Geschlechterunterschiede in anderen Variablen zu erschöpfen. Dies erklärt aber nicht ohne weiteres den zweiten geschlechtsspezifischen Befund, nämlich die signifikant höhere Beliebtheit der „Opfergenugtuung“ bei Frauen.

Legt man hierfür die restaurativen Aspekte der Opfergenugtuung, die Wiedergutmachung durch konsensorientierte Maßnahmen statt Strafe (s.u.) zugrunde, könnte eine Erklärung in unterschiedlichen moralischen Paradigmen von Männern und Frauen zu sehen sein. So warf die amerikanische Kriminologin *Cathleen Daly* in den 80er Jahren die Frage auf, ob es auch im Bereich der Strafphilosophie „male and female voices“ gebe, wobei die männliche der „logic of justice“ entspreche und die weibliche der „ethic of care“.⁴¹ Die letztere bevorzuge als Strafzwecke („aims of punishment“) „rehabilitation“ und „special deterrence“ sowie individualisierte, auf die Wirkung in Zukunft gerichtete Strafen, wohingegen die männliche „logic of justice“ „retribution“ und „general deterrence“ bevorzuge und auf die Vergangenheit gerichtet sei.⁴² Ob daraus aber – die Validität dieses Modells unterstellt – eine direkte Verwandtschaft zwischen restaurativer Opfergenugtuung und „ethic of care“ gefolgert werden kann, ist ungewiss;

insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach den Ergebnissen der KriPol-Umfrage die „Genugtuung“ auch bei Frauen weit unterhalb der klassisch-präventiven Strafzwecke rangiert⁴³ und deshalb eben nicht von einem dezidiert „weiblichen“ Strafzweck gesprochen werden kann.

3. Zum Begriff der Opfergenugtuung und der Strafzwecklehre

Fraglich ist im Zusammenhang mit den hier präsentierten Ergebnissen, wie der Strafzweck „Opfergenugtuung“ (Item 2.5 der KriPol-Umfrage) vor dem Hintergrund der oben skizzierten kanonischen Strafzwecklehre einzuordnen ist. Denkbar wäre zunächst, darin eine Äquivokation der Vergeltung als absoluter Strafe zu erblicken: die *retaliative Opfergenugtuung* als Bedienung des Rachebedürfnisses des Opfers.⁴⁴ So wird teilweise aus Art. 19 Abs. 4 GG ein Anspruch des Opfers auf Genugtuung gegen den strafenden Staat hergeleitet, der neben die „einfachen“ Strafzwecke trete.⁴⁵

Eine andere Begriffsdimension könnte in Zwecken der Wiedergutmachung gesehen werden. Diese wird zuweilen als (noch) nicht „etablierter“ Strafzweck neben absolute und präventive Ziele gestellt⁴⁶ und steht im engen Zusammenhang mit dem Ansatz der „restorative justice“ und ihren Instrumenten wie dem Täter-Opfer-Ausgleich (etwa § 46a StGB, § 10 Abs. 1 Nr. 7 JGG⁴⁷). Die Frage, ob Strafe „zur Genugtuung des Opfers beitragen“ soll, könnte daher auch als *restorative Opfergenugtuung* durch konsensorientierte Maßnahmen aufgefasst werden.

Welche Bedeutung der Opfergenugtuung – retaliativ oder restaurativ – die Befragten in der Mehrheit ihrer Antwort zugrunde gelegt haben, lässt sich im Nachhinein freilich schwer ermitteln. Indiz für das retaliative Paradigma könnte die Langzeit-Übereinstimmung mit dem Strafzweck der „Vergeltung“ in der KriPol-Umfrage sein.⁴⁸ Zudem fragte *Streng* 2005, 2007 und 2012 neben den „Genugtuungsbedürfnissen des Tatopfers“ (Werte 0-3, Mittelwert: 1,55) explizit nach „Schadensersatzinteressen des Tatopfers“ (Mittelwert 1,85),⁴⁹ sodass aufgrund der leicht höheren Beliebtheit des Schadensersatzes als restauratives Element gefolgert werden könnte, die Befragten hätten die „Genugtuung“ hier wie dort eher retaliativ verstanden. *Streng* ermittelte zudem eine positive starke Korrelation zwischen den Items „Vergeltung“ und „Genugtuung“, woraus er folgert, „das Vergeltungs- bzw. Sühneverständnis der Befragten“ beinhalte „vor allem den Wunsch nach Revanche gegen den Täter aus einer Identifikation mit Opferbelangen heraus“.⁵⁰

Gleichzeitig zeigt sich aber in den Befragungen von *Cornel et al.* sowie *Ludwig/Dünnel*, dass dort die explizite

³⁸ *Kunz et al.*, SZK 2014, 3 (6).

³⁹ *Kinzig/Stroezel*, in: FS *Streng*, S. 519 (534 ff).

⁴⁰ *Kinzig/Stroezel*, in: FS *Streng*, 519 (536 f).

⁴¹ *Daly*, International Journal of Sociology of Law 1989, 1 (1 ff). Vgl. auch *Görgen*, Kriminalitätstheorien angehender Juristinnen und Juristen, 1997, S. 143.

⁴² A.a.O., S. 6.

⁴³ Oben II.2.

⁴⁴ Vgl. *Sautner*, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, 2010, S. 246.

⁴⁵ Vgl. *Köbel*, StV 2014, 698 (701 f).

⁴⁶ *Sautner*, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 367 ff.

⁴⁷ Vgl. *Köbel*, in: Eisenberg/Köbel, JGG, § 10 Rn. 28.

⁴⁸ Oben II.1.

⁴⁹ *Streng*, Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel: Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen, S. 32.

⁵⁰ *Streng*, in: Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“, S. 139.

Frage nach dem Täter-Opfer-Ausgleich ebenso wenig Zustimmung findet wie „Vergeltung“⁵¹ und insofern im niedrigen Beliebtheitslevel rangiert, sodass auch die restaurative Opfergenugtuung von den Teilnehmern der KriPol-Umfrage bedacht worden sein könnte. Auch aus vergleichender Einordnung in anderen Befragungen zu Strafzwecken lässt sich also kein eindeutiger Inhalt der „Opfergenugtuung“ rekonstruieren, sodass davon auszugehen ist, dass sowohl die retaliative als auch die restaurative Opfergenugtuung gleichermaßen für eher unwichtig erachtet wird.

IV. Kriminalpolitische Implikationen: „im Namen des Volkes“ strafen?

Empirische Untersuchungen zu Strafzweckpräferenzen vermögen – von den eingangs angedeuteten, hier ausgeklammerten und nicht unproblematischen Beiträgen zur Erfassung von sog. Punitivität abgesehen⁵² – Antwort auf die Frage zu geben, wie „im Namen des Volkes“ zu strafen sei (§ 268 Abs. 1 StPO), die jüngst in der strafrechtlichen Publizistik gestellt wurde.⁵³ Dabei ist klar, dass das Institut staatlicher Strafe im freiheitlichen Rechtsstaat nicht allein von Erwägungen des „Volksempfindens“ abhängig gemacht werden kann.⁵⁴ Gerade für die Lehre von der positiven Generalprävention, die ja auf das verletzte Normempfinden der Bevölkerung abstellt, das wiederherzustellen sei, ist jedoch bedeutsam, ob denn „die Bevölkerung“ überhaupt ein solches Empfinden hat. Dies gilt umso mehr für die neuere Theorie der „retributiven Generalprävention“ (Andrissek) bzw. „soziologisch begründete Vergeltungslehre“ (Walter)⁵⁵, die das empirisch messbare

Strafbedürfnis der Bevölkerung zum Ausgangspunkt von Kriminalisierung und Strafzumessung machen will.⁵⁶ Die Befunde der KriPol-Umfrage und anderer, in denen die positive Generalprävention hohe Zustimmung erfährt, stützen deren Anliegen. Eine weitere Deutungsmöglichkeit der klar voneinander separierten Zustimmungsniveaus (*Genugtuung*, *Vergeltung* nur mittelwichtig, *Abschreckung*, *Besserung*, *Normtreue* eher wichtig) läge auch darin, dass präventive Zwecke als an der künftigen Verbrechensminderung orientierte, „konkrete“ Anliegen beliebter sind als eher ominöse, rückwärtsgerichtete Vergeltungs- und Genugtuungsaspekte.⁵⁷ „Im Namen des Volkes“ zu urteilen hieße demnach, diese präventiven Strafzwecke stärker zu gewichten.

Für die „habituell vergeltungskritische Strafrechtswissenschaft“ (Walter)⁵⁸ so überraschend wie möglicherweise desillusionierend ist in diesem Zusammenhang, dass auch „restorative justice“ gegenüber klassischen, präventiven Zweckerwägungen als ebenso nur „mittelwichtig“ angesehen ist wie die „Vergeltung“ mit ihrem eher alttestamentarischen Klang. Dies könnte für den Geltungsanspruch restaurativer Sanktionsinstrumente bei Strafurteilen „im Namen des Volkes“ von Belang sein. Keineswegs feststellen lässt sich indes auch eine hohe Zustimmung oder gar ein Anstieg hin zu einer „Opferzuwendung“ des Strafrechts im Rahmen einer „viktimalen Gesellschaft“.⁵⁹ Die Stabilität und Konstanz der präferierten Strafzweckpräferenzen schließlich bestätigt insgesamt, dass sich jedenfalls im Befragungszeitraum eine Änderung des Verhältnisses zum Institut Strafe nicht feststellen lässt.

⁵¹ Cornel et al., NK 2021, 222 (231); Ludwig/Kräupl, Viktimisierung, Sanktionen und Strafverfolgung. Schriften zu Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Bd. 21, S. 118 ff.

⁵² Oben I.1.

⁵³ Etwa Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“?; Kinzig, Noch im Namen des Volkes?, 2020.

⁵⁴ Vgl. Walter, in: Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“?, S. 56.

⁵⁵ Walter, in: Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“?, S. 58.

⁵⁶ Vgl. Kaspar/Walter, in: „Strafen im Namen des Volkes“?, S. 6.

⁵⁷ Vgl. auch Kunz et al., SZK 2014, 12.

⁵⁸ Walter, in: Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“?, S. 53

⁵⁹ Kölbel, StV 2014, 698 (703).

ENTSCHEIDUNGEN

Keine Verfassungswidrigkeit durch Auslegung des Vorsatzbegriffes – *BVerfG* nimmt Verfassungsbeschwerde im „Kudamm-Raser-Fall“ nicht zur Entscheidung an

BVerfG, Beschl. v. 7.12.2022 – 2 BvR 1404/20

Leitsatz der Redaktion:

Die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Sowohl für das Wissens- als auch für das Wollenselement des Eventualvorsatzes dient die objektive Gefährlichkeit einer Handlung als wesentlicher Anhaltspunkt.

Gründe:

- ¹ Die Verfassungsbeschwerde betrifft den als „Ku’damm-Raser-Fall“ bekanntgewordenen Sachverhalt. Sie richtet sich gegen ein Urteil des *LG Berlin* vom 26. März 2019 und ein Urteil des *BGH* vom 18. Juni 2020.

I.

- ² 1. Im Februar 2017 verurteilte das *LG Berlin* den Beschwerdeführer und einen Mitangeklagten im ersten Rechtsgang unter anderem wegen Mordes zu lebenslangen Freiheitsstrafen. Auf die Revisionen beider Angeklagten hob der *BGH* das Urteil im März 2018 auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurück (*BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88).

- ³ 2. Im zweiten Rechtsgang verurteilte eine andere als *Schwurgericht* eingerichtete Strafkammer des *LG* den Beschwerdeführer und seinen Mitangeklagten mit dem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Urteil vom 26. März 2019 erneut wegen Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs zu lebenslangen Freiheitsstrafen.

[...]

- ⁹ b) Das *Schwurgericht* zeigte sich davon überzeugt, der Beschwerdeführer habe mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt, als er ab dem Ausgang der langgezogenen Kurve maximal beschleunigt und die Fahrt bis zum Unfall kontinuierlich mit voll durchgetretenem Gaspedal fortgesetzt habe. Ihm sei bewusst gewesen, dass die Gefährlichkeit seiner Handlungen kaum noch zu steigern gewesen sei, da ihm seine Geschwindigkeit und die baulichen Gegebenheiten vor Ort bekannt gewesen seien. Für ein Risikobewusstsein des Beschwerdeführers sprächen überdies seine Angaben gegenüber einer als sachverständige Zeugin vernommenen Verkehrspsychologin, der er berichtete,

er vermeide es tagsüber an der Unfallstelle, bei Rotlicht in die Kreuzung einzufahren, nachts gehe er das Risiko aber ein. Dass der Beschwerdeführer sich des Unfallrisikos auch zur Nachtzeit bewusst gewesen sei, ergebe sich schon daraus, dass er als Ortskundiger wisse, dass es sich bei der als Rennstrecke genutzten Straßen um zentrale innerstädtische Hauptverkehrsadern Berlins handle. Die Verkehrslage habe der Beschwerdeführer überdies daran erkannt, dass er kurz vor der Kurve an einem Taxi vorbeigefahren sei, das an einer roten Ampel gewartet habe. Zudem seien die Ampeln nicht aus Gründen des mangelnden Verkehrsaufkommens zur Nachtzeit abgeschaltet gewesen. Ein als Sachverständiger gehörter Diplom-Ingenieur und ein als Zeuge vernommener Polizeibeamter hätten weiter bestätigt, dass Personenkraftwagen auch zu dieser Uhrzeit die als Rennstrecke genutzte Straße querten.

- ¹⁰ Für den Beschwerdeführer habe es außerdem auf der Hand gelegen, dass die Wahrscheinlichkeit sehr hoch gewesen sei, ein Unfall werde für die Insassen des querenden Fahrzeugs tödlich enden. Es dränge sich förmlich auf, dass das Rasen mit hoher Geschwindigkeit über eine Kreuzung bei rotem Ampellicht bei einem frontalen Anprall des Fahrzeugs auf die relativ ungeschützte Fahrerseite eines von rechts querenden Fahrzeugs zu tödlichen Folgen für dessen Insassen führen könne. Dagegen seien keine tatsachenfundierte Umstände ersichtlich, die darauf schließen ließen, der Beschwerdeführer habe auf das Ausbleiben des von ihm als möglich erachteten tatbestandlichen Erfolgs ernsthaft vertraut. Die Gefährlichkeit der Tathandlung sei auch als Indiz für das Willenselement des bedingten Vorsatzes heranzuziehen. Weiter sei zu sehen, dass der Beschwerdeführer – wie von der vernommenen Verkehrspsychologin nachvollziehbar dargelegt – seinen Selbstwert über sein Kraftfahrzeug und seine Fahrweise definiere. Seine Ziele, durch den Gewinn des Rennens zu beweisen, dass er der bessere Fahrer sei, und das von einem Sieg ausgehende Gefühl der Überlegenheit und der Selbstwertsteigerung zu verspüren, seien derart wirkungsmächtige Handlungsmotive gewesen, dass der Beschwerdeführer den aus seinem Handeln resultierenden und von ihm erkannten tödlichen Gefahren für das Leben anderer Verkehrsteilnehmer gleichgültig gegenüberstanden habe.

- ¹¹ Keine andere Beurteilung gebiete der Blick auf die mit der Kollision einhergehende Eigengefährdung des Beschwerdeführers. Zwar könne bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer Person oder die Verursachung eines Unfalls

angelegt seien, eine vom Täter erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraue. Allerdings seien die konkret vorgestellten Gefahren für seine eigene körperliche Integrität zu bedenken. Bei der vorgestellten Unfallkonstellation seien diese – wie ein als Sachverständiger vernommener Diplom-Ingenieur ausgeführt habe – eher gering. Es liege auf der Hand, dass auch der Beschwerdeführer, obwohl er nicht über das Fachwissen des vernommenen Sachverständigen verfüge, in der konkreten Situation unschwer erfasst habe, dass für ihn ein Risiko, bei einer derartigen Kollision zu Tode zu kommen, im Gegensatz zu dem die Insassen querender Personenkraftwagen betreffenden Risiko, praktisch nicht bestanden habe, sondern dass er – auch im Hinblick auf sein mit Airbags ausgestattetes Fahrzeug und trotz des Umstands, dass er nicht angeschnallt gewesen sei – bei einer solchen Kollision eher leichtere Blessuren davontragen würde.

- ¹² Dass der Beschwerdeführer gegenüber den ihm unbekanntem Tatopfern nicht negativ eingestellt gewesen sei und dass er sich keinen Vorteil aus dem Tod der Unfallgegner habe erhoffen können, zeige nur, dass ihm die Todesfolge gleichgültig oder sogar unwillkommen gewesen sei, ändere aber nichts an ihrer Billigung zum Erreichen des erstrebten Sieges beim Wettrennen. Ebenso spreche nicht gegen das Vorliegen des Willenselementes, dass der Beschwerdeführer – nach seinen Angaben gegenüber der Verkehrspsychologin – schon in der Vergangenheit zu schnell gefahren sei, rote Ampeln missachtet und an sogenannten Stechen teilgenommen habe, ohne dass andere Verkehrsteilnehmer zu Schaden gekommen seien. Die hier zu beurteilende Tat sei mit vorherigen Situationen schon deshalb nicht vergleichbar, weil der Beschwerdeführer am Tag bis zu 100 km/h schneller gefahren sei als bei früheren Wettfahrten. Soweit im Gespräch mit der Verkehrspsychologin die Neigung des Beschwerdeführers zur Selbstüberschätzung in Bezug auf das eigene fahrerische Können zu Tage getreten sei, folge daraus kein ernsthaftes Vertrauen auf das Ausbleiben eines für andere tödlichen Unfalls. Sein Glaube daran, über überlegene Fahrfertigkeiten zu verfügen und nachts kilometerweit vorausblicken zu können, erscheine auch deshalb, weil der Beschwerdeführer im Jahr 2010 bei einem von ihm verschuldeten Unfall einen Totalschaden an seinem damaligen Fahrzeug verursacht habe, nur als der Ausdruck einer narzisstischen Selbstüberhebungs- und Externalisierungstendenz. Bei dieser Tendenz handele es sich – nach den überzeugenden Ausführungen eines psychiatrischen Sachverständigen – nicht um eine psychische Störung gravierenden Ausmaßes. Sie rechtfertigte es mithin nicht, einen Ausschluss des Tötungsvorsatzes darauf zu stützen.
- ¹³ c) Das *Schwurgericht* wertete den festgestellten Sachverhalt als Mord in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit vorsätzlicher Straßenverkehrsgefährdung und verhängte eine lebenslange Freiheitsstrafe. Es bejahte die Mordmerkmale der Heimtücke, der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln und der Tötung aus niedrigen Beweggründen.
- ¹⁴ 3. a) Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision stützte

der Beschwerdeführer auf die allgemeine Sachrüge. Er machte im Wesentlichen geltend, die Urteilsgründe enthielten keine rechtsfehlerfreie, lückenlose und widerspruchsfreie Feststellung des Tötungsvorsatzes. Die Motivation des Beschwerdeführers, das begonnene Rennen unbedingt zu gewinnen, zur Bejahung des Tatvorsatzes heranziehen, überzeuge schon denklogisch nicht. Der Wille, das Rennen zu gewinnen, setze voraus, kollisionsfrei zu fahren. Ein Unfall schließe dieses Handlungsziel aus und könne deshalb nicht zum Zweck des Renngewinns einkalkulierend hingenommen werden. Außerdem unterscheide das *Schwurgericht* nicht zwischen Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz, was dem Verschleifungsverbot widerspreche.

- ¹⁵ b) Der Generalbundesanwalt beim *BGH* beantragte mit Zuschrift vom 23. September 2019 die Verwerfung der Revision durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO. Die Überprüfung des Urteils auf die Sachrüge hin lasse keine Rechtsfehler erkennen. Den im Urteil getroffenen Feststellungen liege eine rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung zugrunde. Insbesondere die Beweiswürdigung des *LG* zum Tötungsvorsatz halte sachlich-rechtlicher Überprüfung stand.
- ¹⁶ 4. Mit angegriffenem Urteil vom 18. Juni 2020 änderte der *BGH* den Schuldspruch dahin ab, dass der Beschwerdeführer wegen Mordes in Tateinheit mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs und mit fahrlässiger Körperverletzung schuldig ist und verwarf die Revision im Übrigen (*BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19 –, BGHSt 65, 42 ff.).
- ¹⁷ a) Der 4. Strafsenat betonte, gegen die Beweiswürdigung des *LG* zur Frage einer bedingt vorsätzlichen Tötung sei revisionsrechtlich nichts zu erinnern (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19 –, BGHSt 65, 42 [50 f. Rn. 24]), denn das Gericht habe die maßgeblichen vorsatzrelevanten objektiven Tatumstände gesamt würdigend betrachtet und sich mit den im konkreten Fall wesentlichen vorsatzkritischen Umständen hinreichend auseinandergesetzt (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19 –, BGHSt 65, 42 [51 Rn. 25]).
- ¹⁸ aa) Rechtsfehlerfrei habe das *Schwurgericht* das Willenselement des bedingten Vorsatzes bejaht (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, BGHSt 65, 42 [51 Rn. 26 ff.]). Die Annahme, der Beschwerdeführer habe nach dem Durchfahren der Kurve das für ihn unkalkulierbare Risiko eines für die Unfallgegner tödlichen Unfalls erkannt, habe die *Kammer* tragfähig auf Äußerungen des Beschwerdeführers gegenüber einer Verkehrspsychologin und die von ihm wahrgenommene Verkehrssituation gestützt. Nicht zu beanstanden sei, dass es das *LG* nicht als bedeutsam erachtet habe, dass der Beschwerdeführer seine fahrerischen Fähigkeiten überschätze, denn angesichts der fehlenden Sicht in die zu querende Straße sei für eine diesbezügliche Fehleinschätzung ohnehin kein Raum gewesen.

- ¹⁹ bb) Ebenfalls nicht zu beanstanden sei die Beweiswürdigung hinsichtlich des Willenselements des Vorsatzes. Soweit das *Landgericht* aus der außergewöhnlichen Gefährlichkeit des Fahrverhaltens geschlossen habe, dass der Beschwerdeführer einen Unfall mit tödlichem Ausgang für die Insassen querender Fahrzeuge billigend in Kauf genommen habe, habe es sich ausreichend mit den maßgeblichen vorsatzkritischen Gesichtspunkten auseinandergesetzt (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, BGHSt 65, 42 [52 Rn. 30]).
- ²⁰ Insbesondere habe es die durch den Unfall drohende Gefahr für dessen eigene körperliche Integrität zutreffend als wesentlichen vorsatzkritischen Umstand in seine Betrachtung einbezogen (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, BGHSt 65, 42 [53 ff. Rn. 31 ff.]). Tragfähig sei das *LG* jedoch davon ausgegangen, dass der Ortskundige, mit maximaler Beschleunigung fahrende Beschwerdeführer, der das Haltesignal der Ampel, den auch zur Nachtzeit noch herrschenden Verkehr und die fehlende Einsehbarkeit in die Unfallkreuzung wahrgenommen habe, erkannt habe, dass es sich bei dem eingetretenen ungebremsten Frontalaufprall auf ein von rechts querendes Fahrzeug um ein mögliches – wenn nicht sogar naheliegendes – Unfallszenario gehandelt habe. Rechtsfehlerfrei habe das *LG* weiter seine Annahme begründet, dass der Beschwerdeführer bei diesem von ihm als möglich erachteten Unfallszenario die Gefahr für seine eigene körperliche Integrität als gering eingeschätzt habe. Das gelte auch, obwohl der Beschwerdeführer nicht über das technische Wissen des von der *Schwurkammer* zur Eingeklagten Sachverständigen verfüge. Dass das *Landgericht* davon ausgegangen sei, der Beschwerdeführer habe sich in seinem mit moderner Sicherheitstechnik ausgestatteten Fahrzeug sehr sicher gefühlt und deshalb die Gefahr für seine eigene körperliche Integrität trotz Nichtanlegens eines Sicherheitsgurts als gering eingeschätzt, sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- ²¹ Das *Schwurgericht* habe sich überdies hinreichend mit der Motivlage des Beschwerdeführers auseinandergesetzt (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, BGHSt 65, 42 [55 f. Rn. 41 ff.]). Nachvollziehbar sei es, das Ziel des Beschwerdeführers, das von einem Sieg ausgehende Gefühl der Überlegenheit und der Selbstwertsteigerung zu verspüren, als vorsatzbestätigend zu bewerten. Nicht zu beanstanden sei dabei, dass das Tatgericht nicht erörtert habe, dass die Verwirklichung des erkannten Risikos auch zu einem Unterliegen im Rennen und damit zum Verfehlen des Handlungsziels führen würde. Angesichts dessen, dass der Beschwerdeführer das Risiko maximal gesteigert habe, um das Rennen zu gewinnen, sei die Wertung des *LG* nicht zu beanstanden, der unbedingte Wille zum Sieg sei als Handlungsmotiv derart wirkungsmächtig gewesen, dass ihm die weiteren als möglich erkannten, wenn auch unerwünschten Folgen letztlich gleichgültig gewesen seien.
- ²² Es sei letztlich nicht durchgreifend rechtsfehlerhaft, dass das *LG* der Selbstüberschätzung des Beschwerdeführers bei der Prüfung des Willenselements keine vorsatzaus-schließende Wirkung beimessen habe (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, BGHSt 65, 42 [57 f. Rn. 44 ff.]). Die Auffassung, die irrationale Selbstüberschätzung des Beschwerdeführers sei bedeutungslos, weil es sich dabei nicht um eine psychische Störung gravierenden Ausmaßes handele, sei zwar rechtlich bedenklich, denn auch psychische Beeinträchtigungen unterhalb der Schwelle der §§ 20, 21 StGB seien bei der Abgrenzung des bedingten Vorsatzes zur bewussten Fahrlässigkeit zu berücksichtigen. Die verkürzten Erwägungen des *LG* wirkten sich aber nicht aus, da es festgestellt habe, dem Beschwerdeführer sei es bewusst gewesen, dass er in der konkreten Fahrsituation bei ungebremster Fortsetzung der Rennfahrt auf querenden Verkehr nicht mehr kollisionsvermeidend habe reagieren können. Damit habe jede Grundlage für ein Vertrauen darauf gefehlt, er könne einen Unfall durch besondere Fahrmanöver vermeiden.
- ²³ b) Der *BGH* beanstandete ebenfalls nicht die Einordnung der Tat als Mord (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, BGHSt 65, 42 [58 ff. Rn. 47 ff.]). Rechtsfehlerfrei habe das Gericht die Mordmerkmale der Heimtücke und der Tötung aus niedrigen Beweggründen bejaht. Dass die Würdigung, der Beschwerdeführer habe mit gemeingefährlichen Mitteln getötet, durchgreifende Rechtsfehler aufweise, sei daher unerheblich (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19 -, BGHSt 65, 42 [58 f. Rn. 48 f.]).
- ²⁴ 5. a) Der Beschwerdeführer legte gegen das Urteil Anhö-rungsrüge ein. Er machte geltend, der *BGH* habe sein Revisionsvorbringen nicht vollständig berücksichtigt. Die Revisionsentscheidung habe insbesondere nicht Stellung genommen zu den Ausführungen in der Revisionsbegründung, die Vorsatzbestimmung durch das *LG* laufe auf eine normative Zuschreibung hinaus, die sich von den subjektiven Besonderheiten des Einzelfalls löse.
- ²⁵ b) Der *BGH* wies die Anhö-rungsrüge mit Beschluss vom 13. August 2020 zurück. Bei der Revisionsentscheidung habe der *Strafsenat* weder Verfahrensstoff verwertet, zu dem der Beschwerdeführer nicht gehört worden sei, noch habe er zu berücksichtigendes Vorbringen des Beschwerdeführers übergangen oder in sonstiger Weise dessen rechtliches Gehör verletzt.

II.

- ²⁶ Der Beschwerdeführer hat Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des *LG* vom 26. März 2019 und das Urteil des *BGH* vom 18. Juni 2020 erhoben. Er macht eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots und des Schuldgrundsatzes durch die Auslegung des Vorsatzbegriffs und die Beweiswürdigung zum Tatvorsatz geltend.

- ²⁷ 1. Art. 103 Abs. 2 GG sei verletzt, weil die Auslegung des Vorsatzbegriffes, wie sie *Schwurgericht* und *BGH* vorgenommen hätten, dazu führe, dass für den Handelnden im Voraus nicht erkennbar sei, welcher Tatbestand erfüllt und welcher Strafraum anwendbar sei. Im Ergebnis hät-

ten die Gerichte den Vorsatz aus der objektiven Gefährlichkeit abgeleitet und mit dem Kriterium der Evidenz zu rechtfertigen gesucht. Evidenz sei aber immer das Ergebnis einer im Nachhinein vorgenommenen Wertung eines späteren Beurteilers und gerade nicht des Handelnden. Was dem im Nachhinein Wertenden als evident erscheine, könne der Handelnde zum Zeitpunkt seines Tuns nicht wissen. Daher sei eine derartige Vorsatzbestimmung mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar.

²⁸ Durch die Ausrichtung des Vorsatzes an der objektiven Gefährlichkeit einer Handlung werde zudem eine klare Trennung zwischen Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz unmöglich gemacht, was zum Verschleifen dieser beiden seit Dekaden bestehenden Vorsatzkategorien führe. Gerade die Abgrenzung zwischen den Gefährdungsdelikten der §§ 315c, 315d StGB und den Verletzungsdelikten der §§ 211, 212 StGB sei nicht mehr vorhersehbar. Folgte man der Ansicht, wonach sich der Verletzungsvorsatz maßgeblich aus der objektiv hohen Gefährlichkeit der Tathandlung ableiten lasse, sei in Zukunft kaum noch eine Situation vorstellbar, in der die vorsätzliche Schaffung einer konkreten Lebensgefahr im Rahmen des § 315c StGB nicht zugleich auch den Vorsatz hinsichtlich eines Verletzungs- oder Tötungsdelikts begründe.

²⁹ Die von den Gerichten vorgenommene normative Vorsatzbestimmung führe weiter dazu, dass derjenige, der vorsätzlich nur eine abstrakte Gefahr heraufbeschwöre, zwar sicher nach §§ 211, 212 StGB, unter Umständen aber nicht nach § 315c StGB verurteilt werden könne. Das belegten insbesondere die angegriffenen Entscheidungen, denn *LG* und *BGH* hätten hier den Vorsatz auf eine Zeit vorverlagert, zu der ein potentieller Unfallgegner noch nicht sinnlich wahrnehmbar gewesen sei. Damit seien sie von einer abstrakten Gefahr direkt zum Gefahrenerfolg übergegangen, ohne dass es zuvor eine konkrete Gefahr gegeben hätte, während deren Eintritts der Fahrer noch handlungsfähig gewesen wäre. Diese Rechtsprechung missachte das aus Art. 103 Abs. 2 GG abgeleitete Gebot, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen.

³⁰ 2. Die rein normative Bestimmung des Tötungsvorsatzes durch *Landgericht* und *BGH* verkenne überdies offensichtlich Inhalt und Tragweite des im Verfassungsrang stehenden Schuldgrundsatzes. Die Gerichte hätten sich erkennbar der Lehre von der Vorsatzgefahr angeschlossen, wonach Verletzungsvorsatz vorliege, wenn ein Täter Gefahren eingehe, die ein rational Handelnder nur eingehe, wenn er deren Verwirklichung wolle. Schreibe man einem Beschuldigten aber in einer Rückschau anhand der objektiven Gefährlichkeit einer Tathandlung Vorsatz zu, anstatt den Vorsatz individuell festzustellen und die Besonderheiten des jeweilig Handelnden zu erkennen, verliere man systematisch den individuell Handelnden aus dem Blick. Damit werde nicht mehr Wissen und Wollen eines bestimmten Täters, sondern eines „rational Handelnden“ bewertet und das verfassungsrechtliche Gebot, den Einzelnen nur nach seiner individuellen Schuld zu bestrafen, in

systematischer Weise infrage gestellt.

³¹ 3. Letztlich hätten die Gerichte durch die Ausweitung des Tötungsvorsatzes das Gebot schuldangemessenen Strafens missachtet. Die normative Bestimmung des Tötungsvorsatzes führe dazu, dass eine Vielzahl von Fällen extrem gefährlichen Fehlverhaltens im Straßenverkehr von der absoluten Strafdrohung des § 211 StGB erfasst würden. Ohnehin entspringe die von den Gerichten vorgenommene Vorsatzauslegung dem Drang, einem Bestrafungswillen der Bevölkerung nachzukommen, die die Strafrahenobergrenze für die fahrlässige Tötung für zu niedrig halte. Unabhängig davon, dass das kein tragfähiger Grund sei, im Fall des Beschwerdeführers die lebenslange Freiheitsstrafe als schuldangemessene Strafe anzusehen, sei es die Aufgabe des Gesetzgebers, zu entscheiden, ob er Strafbarkeitslücken schließe oder bestehen lasse, und nicht die Aufgabe der Strafgerichte.

III.

³² Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmeveraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht erfüllt sind. Grundsätzliche Bedeutung kommt der Verfassungsbeschwerde nicht zu (§ 93a Abs. 2 lit. a BVerfGG). Ihre Annahme ist auch nicht im Sinne des § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers angezeigt. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer weder in Art. 103 Abs. 2 GG (1.) noch in dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Schuldgrundsatz (2.).

³³ 1. Der Beschwerdeführer zeigt keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG auf.

³⁴ a) aa) Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Die Bedeutung dieser Verfassungsnorm erschöpft sich nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Strafbegründung. Art. 103 Abs. 2 GG enthält für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie (vgl. BVerfGE 75, 329 [340]; 126, 170 [194]; 130, 1 [43]; *BVerfG*, Beschluss des *Zweiten Senats* vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 88). Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die – tatbestandsausweitend – über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht (vgl. BVerfGE 92, 1 [12]; 126, 170 [197]; 130, 1 [43]; *BVerfG*, Beschluss des *Zweiten Senats* vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 97).

³⁵ Gegenstand der Auslegung strafgesetzlicher Bestimmungen kann damit immer nur der Gesetzestext sein (vgl. *BVerfG*, Beschluss der 2. Kammer des *Zweiten Senats* vom 16. August 2021 – 2 BvR 972/21, Rn. 13). Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Da Art. 103 Abs. 2 GG die Vorhersehbarkeit der Strafdrohung für den Normadressaten garantieren will, ist die Wortlautgrenze aus

dessen Sicht zu bestimmen (vgl. BVerfGE 92, 1 [12]; 126, 170 [197]; 130, 1 [43]). Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will (vgl. BVerfGE 130, 1 [43]; 153, 310 [339 f. Rn. 72]; BVerfGK 10, 442 [445]; 14, 177 [182]). Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren (vgl. BVerfGE 126, 170 [197]; 130, 1 [43]). Würde erst eine über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausgehende Deutung zur Strafbarkeit eines Verhaltens führen, so müssen sie zum Freispruch gelangen und dürfen nicht korrigierend eingreifen (vgl. BVerfGE 64, 383 [393]; 126, 170 [197]; 130, 1 [43]). Dies gilt auch dann, wenn infolge des Bestimmtheitsgebots besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, obwohl sie ähnlich strafwürdig erscheinen mögen wie das pönalisierte Verhalten. Es ist dann Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er die Strafbarkeitslücke bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will (vgl. BVerfGE 92, 1 [13]; 126, 170 [197]; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 97).

³⁶ Aus der Zielsetzung des Art. 103 Abs. 2 GG sind für die Gerichte Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente zu entnehmen. Sie dürfen nicht durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen (vgl. BVerfGE 92, 1 [19]; 126, 170 [198]). Andererseits ist die Rechtsprechung gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgesetz; vgl. BVerfGE 126, 170 [198]; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 98). Besondere Bedeutung hat diese Pflicht bei solchen Tatbeständen, die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat. Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur die bloße Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt (vgl. BVerfGE 45, 363 [371 f.]; 126, 170 [199]), trifft die Rechtsprechung eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 98).

³⁷ Den Strafgerichten ist es dabei nicht verwehrt, den Wortlaut einer Strafbestimmung weit auszulegen (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 99). Gerade wenn der Normzweck eindeutig und offensichtlich ist, kann eine daran orientierte weite Auslegung des Wortsinns geboten sein, denn unter dieser Voraussetzung kann der Normadressat das strafrechtlich Verbotene seines Handelns vorhersehen (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats

vom 4. Dezember 2003 – 2 BvR 1107/03, Rn. 3; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 16. August 2021 – 2 BvR 972/21, Rn. 14). Dies zu gewährleisten, ist Sinn des Art. 103 Abs. 2 GG (vgl. BVerfGE 57, 250 [262]; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 99). Allerdings sind die Strafgerichte verpflichtet, die einzelnen Tatbestandsmerkmale, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, nicht so zu definieren, dass die vom Gesetzgeber dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen – auch zum Schutz des Normadressaten – innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verbot der Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen; vgl. BVerfGE 87, 209 [229]; 92, 1 [16 f.]; 126, 170 [198]; 130, 1 [43 f.]; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 99).

³⁸ bb) Bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung, ob die Strafgerichte diesen aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Vorgaben gerecht geworden sind, ist wegen des strengen Gesetzesvorbehalts auch eine strenge inhaltliche Kontrolle gefordert (vgl. BVerfGE 126, 170 [199]; 130, 1 [44]; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2015 – 2 BvR 2558/14 u.a., Rn. 65). Die Klärung der insoweit aufgeworfenen Fragen ist Sache des BVerfG (vgl. BVerfGE 126, 170 [199]; 130, 1 [44]; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 16. August 2021 – 2 BvR 972/21, Rn. 15).

³⁹ Allerdings ist es auch bei der Rüge des Art. 103 Abs. 2 GG nicht Aufgabe des BVerfG, seine Auffassung von der zutreffenden oder überzeugenden Auslegung des einfachen Rechts an die Stelle derjenigen der Strafgerichte zu setzen (vgl. BVerfG, Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 12. Dezember 2000 – 2 BvR 1290/99, Rn. 19; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 4. Dezember 2003 – 2 BvR 1107/03, Rn. 3; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 16. August 2021 – 2 BvR 972/21, Rn. 16). Es unterzieht ein – gegebenenfalls in höchstrichterlichen Obersätzen – gefestigtes Normverständnis einer Strafnorm einer inhaltlichen Kontrolle nur in dem Sinn, ob es zur Konturierung der Norm nicht evident ungeeignet ist (vgl. BVerfGE 26, 41 [43]; 126, 170 [200]).

⁴⁰ b) Gemessen an diesen Maßstäben haben die Fachgerichte mit der Annahme, der Beschwerdeführer habe mit Tötungsvorsatz gehandelt, die Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG nicht missachtet.

⁴¹ aa) Die Rüge, die Fachgerichte hätten eine dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG widersprechende Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit vorgenommen, dringt nicht durch. Unschädlich ist, dass das Strafgesetzbuch die Begriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit zwar verwendet, aber keine die Rechtsanwendung anleitenden Definitionen für diese beiden Be-

griffe enthält. Auch vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgrundsatzes aus Art. 103 Abs. 2 GG ist es verfassungsrechtlich nicht geboten, im Gesetz Definitionen für diese beiden Begriffe, insbesondere für die Rechtsfiguren des bedingten Vorsatzes und der bewussten Fahrlässigkeit, vorzusehen (vgl. zur rechtswissenschaftlichen Diskussion dazu *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB 13. Aufl. [2020], vor § 15 Rn. 39 ff.). Art. 103 Abs. 2 GG schließt die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln im Strafrecht nicht von vornherein aus (vgl. BVerfGE 92, 1 [12]; 126, 170 [196]; 143, 38 [55 Rn. 41]; 153, 310 [341 Rn. 77]; *BVerfG*, Beschluss des *Zweiten Senats* vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 93). Gegen ihre Verwendung bestehen jedenfalls dann keine Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für eine Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt (vgl. BVerfGE 126, 170 [196 f.]; 143, 38 [55 Rn. 41]; 153, 310 [341 Rn. 77]; *BVerfG*, Beschluss des *Zweiten Senats* vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 95).

⁴² Jedenfalls bei Tötungsdelikten besteht für die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit eine solche gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung. Bedingter Tötungsvorsatz ist danach gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement) (stRspr; vgl. *BGH*, Urteil des *5. Strafsenats* vom 22. April 1955 – 5 StR 35/55, BGHSt 7, 363 [368 f.]; Urteil des *1. Strafsenats* vom 4. November 1988 – 1 StR 262/88, BGHSt 36, 1 [9]; Urteil des *4. Strafsenats* vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183 [186 Rn. 26]; Urteil des *4. Strafsenats* vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 [93 Rn. 17]). Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten (stRspr; vgl. *BGH*, Urteil des *1. Strafsenats* vom 4. November 1988 – 1 StR 262/88, BGHSt 36, 1 [10]; Urteil des *4. Strafsenats* vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183 [186 Rn. 26]; Urteil des *4. Strafsenats* vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 [93 Rn. 17]).

⁴³ Bei der Annahme bedingten Vorsatzes müssen beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissenselement als auch das Willenselement, in jedem Einzelfall anhand einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden (stRspr; vgl. *BGH*, Urteil des *1. Strafsenats* vom 4. November 1988 – 1 StR 262/88, BGHSt 36, 1 [10]; Urteil des *4. Strafsenats* vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183 [186 f. Rn. 26]; Urteil des *4. Strafsenats* vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17 -, BGHSt

63, 88 [93 Rn. 18 f.]). Die objektive Gefährlichkeit einer Handlung ist dabei wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch das Willenselement des bedingten Vorsatzes (vgl. *BGH*; Urteil des *4. Strafsenats* vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183 [188 Rn. 29]; Urteil des *3. Strafsenats* vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, juris Rn. 8; Urteil des *4. Strafsenats* vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 [93 f. Rn. 19]; Urteil des *2. Strafsenats* vom 12. August 2020 – 2 StR 574/19, juris Rn. 17). Sie und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts sind nach ständiger Rechtsprechung jedoch keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen sind alle Umstände des Einzelfalls zu bedenken (vgl. *BGH*, Urteil des *3. Strafsenats* vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, juris Rn. 8; Urteil des *4. Strafsenats* vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 [93 f. Rn. 19]; Urteil des *2. Strafsenats* vom 12. August 2020 – 2 StR 574/19, juris Rn. 17).

⁴⁴ Es ist weder dargetan noch aus sich heraus ersichtlich, dass diese den Vorsatzbegriff konkretisierende Rechtsprechung des *BGH* mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar ist. Zwar ist diese gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung Kritik unterworfen, was sich darin zeigt, dass die Strafrechtswissenschaft vieldiskutierte Theorien zur Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit bildet (vgl. etwa den Überblick bei *Kindhäuser/Hilgendorf*, StGB, 9. Aufl. [2022], § 15 Rn. 102 ff.; siehe auch *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, 13. Aufl. [2020], § 15 Rn. 96 ff.; *Fischer*, StGB, 69. Aufl. [2022], § 15 Rn. 11 ff.; speziell zum Tötungsvorsatz vgl. *Schneider*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. [2021], § 212 Rn. 74 ff.; zum Umgang mit sogenannten Raser-Fällen vgl. auch *Kubiściel/Hoven*, NStZ 2017, 439 ff.; *Walter*, NJW 2017, 1350 ff.; *Puppe*, JR 2018, 323 ff.; *Schneider*, NStZ 2018, 528 ff.; *Schladitz*, ZStW 2022, 97 ff.). Im Ergebnis zeigt die Diskussion jedoch nur auf, dass – auch vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots zulässige – Randumschärfen bei der Abgrenzung bestehen (vgl. BVerfGE 126, 170 [196]; *BVerfG*, Beschluss des *Zweiten Senats* vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 95; vgl. auch *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, 13. Aufl. [2020], vor § 15 Rn. 41). Damit umzugehen, obliegt der fachgerichtlichen Rechtsprechung und der Strafrechtswissenschaft und berührt die Gewährleistungen des Bestimmtheitsgebots nicht. Es ist auch mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG nicht Aufgabe des *BVerfG*, seine Auffassung von der zutreffenden oder überzeugenderen Auslegung des einfachen Rechts an die Stelle derjenigen der Fachgerichte zu setzen (vgl. *BVerfG*, Beschluss der *4. Kammer des Zweiten Senats* vom 12. Dezember 2000 – 2 BvR 1290/99, Rn. 19; Beschluss der *3. Kammer des Zweiten Senats* vom 4. Dezember 2003 – 2 BvR 1107/03, Rn. 3; Beschluss der *2. Kammer des Zweiten Senats* vom 16. August 2021 – 2 BvR 972/21, Rn. 16).

⁴⁵ bb) Die angegriffenen Entscheidungen des *LG* und insbesondere des *BGH* fügen sich in diese – dem aus Art. 103 Abs. 2 GG abgeleiteten Präzisierungsgebot entsprechende – ständige Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen be-

dingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ein und lassen damit den behaupteten Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot nicht erkennen. Ausdrücklich nehmen beide Entscheidungen diese ständige Rechtsprechung zum Ausgangspunkt ihrer weiteren Prüfung (vgl. etwa *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, BGHSt 65, 42 [59 f. Rn. 22 f.]). Dementsprechend haben sowohl *LG* als auch *BGH* – anders als der Beschwerdeführer meint – nicht nur auf die objektive Gefährlichkeit der Handlung abgestellt, sondern auf die wesentlichen in der Beweisaufnahme – nach Auffassung des *BGH* revisionsrechtlich rechtsfehlerfrei (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, BGHSt 65, 42 [50 f. Rn. 24]) – festgestellten Umstände des Einzelfalls, die Rückschlüsse auf das Wissens- und das Willenselement der inneren Tatseite zulassen.

⁴⁶ (1) Die Einschätzung des *BGH*, das *LG* habe das Wissenselement revisionsrechtlich rechtsfehlerfrei bejaht (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19 -, BGHSt 65, 42 [51 f. Rn. 26 ff.]), ist ihrerseits nachvollziehbar und frei von verfassungsrechtlichen Bedenken. Plausibel stellt der *Strafsenat* darauf ab, das *LG* habe die objektive Gefährlichkeit der Wettfahrt als ersten Anhaltspunkt genommen, um sodann zusätzlich die Wahrnehmungen des Beschwerdeführers zur konkreten Verkehrssituation zu würdigen und die Äußerungen des Beschwerdeführers gegenüber einer Verkehrspsychologin in die Überlegungen miteinzubeziehen. Das gilt auch für den Hinweis darauf, dass es nicht zu beanstanden sei, dass das *LG* auf der Ebene des Wissenselements der Selbstüberschätzung des Beschwerdeführers keine Bedeutung beigemessen habe. Nach dessen Feststellungen hat sich der Beschwerdeführer ein Unfallgeschehen vorgestellt, für das er nach dem Entschluss zum Weiterhandeln keine Abwendungsmöglichkeit mehr gesehen habe.

⁴⁷ (2) Dass der *BGH* auch die Beweiswürdigung des *LG* zum voluntativen Vorsatzelement im Ergebnis nicht beanstandet hat (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, BGHSt 65, 42 [52 ff. Rn. 30 ff.]), begegnet vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots ebenfalls keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere in diesem Zusammenhang trifft der Beschwerdevortrag nicht zu, das Gericht habe nur auf die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung abgestellt und letztlich vom Taterfolg auf den Tatvorsatz geschlossen. Die Auffassung des *BGH*, das *LG* habe die Gefährlichkeit der Wettfahrt als wesentliches Indiz für das Vorliegen des Willenselements herangezogen und in eine Gesamtwürdigung mit weiteren vorsatzkritischen Gesichtspunkten einbezogen, ist vielmehr nachvollziehbar begründet.

⁴⁸ cc) Der Beschwerdevortrag ist jedenfalls nicht geeignet, die Auslegung des Vorsatzbegriffs und die Subsumtion des festgestellten Sachverhalts darunter vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots verfassungsrechtlich in Zweifel zu ziehen. Im Ergebnis zielt er auf den Wunsch nach einer verfassungsgerichtlichen Neubewertung des festgestellten Sachverhalts anhand des einfachen Rechts

ab. Damit legt der Beschwerdeführer den falschen Maßstab an, denn Art. 103 Abs. 2 GG berührt die Zuständigkeit der Fachgerichte für die Auslegung und Anwendung des Strafrechts innerhalb des Wortsinns der Straftatbestände nicht (vgl. BVerfGE 126, 170 [200]; *BVerfG*, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 16. August 2021 – 2 BvR 972/21, Rn. 19).

⁴⁹ (1) Soweit der Beschwerdeführer beanstandet, die „normative Vorsatzbestimmung“ durch den *BGH* sei zu wenig auf den Einzelfall bezogen, nicht fassbar und daher zu unbestimmt, läuft das auf die Rüge hinaus, dass der *BGH* von den Tatgerichten bei der Prüfung des Tatvorsatzes eine Gesamtwürdigung der festgestellten Beweisanzeichen verlange. Dieser Aspekt ist indes keine Frage der Bestimmtheit eines Strafgesetzes, sondern eine Frage der Würdigung festgestellter Beweistatsachen. Angesichts des Umstands, dass die Feststellung und Würdigung des Tatbestands Sache der Fachgerichte und der Nachprüfung durch das *BVerfG* regelmäßig entzogen ist (vgl. BVerfGE 18, 85 [92]; 30, 173 [196 f.]; 57, 250 [272]), vermag sein Vortrag, der im Ergebnis darauf abzielt, dass gewonnene Erkenntnisse anders zu würdigen seien, weil eine andere Beurteilung des Beweisergebnisses nähergelegen hätte oder überzeugender gewesen wäre, keinen Verfassungsverstoß aufzuzeigen; damit setzt der Beschwerdeführer letztlich nur seine eigene Würdigung an die Stelle derjenigen des Tatgerichts (vgl. *BVerfG*, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 17. Juli 2007 – 2 BvR 496/07, juris Rn. 6 f.). Angesichts der jeweils ausdifferenzierten Begründung der angegriffenen Entscheidungen ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass sich Tat- und Revisionsgericht so weit von der Verpflichtung entfernt haben, den Sachverhalt aufzuklären und die Gründe, die gegen einen möglichen Tötungsvorsatz des Beschwerdeführers sprechen, wahrzunehmen und zu erwägen, dass der rationale Charakter der angegriffenen Entscheidungen verloren gegangen wäre (vgl. BVerfGK 1, 145 [152]). Die Überlegungen, mit denen der *BGH* – ausgehend von den Feststellungen und Wertungen des *LG* – weder die als möglich erkannte Eigengefährdung (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19 -, BGHSt 65, 42 [53 ff. Rn. 31 ff.]) noch die Selbstüberschätzung des Beschwerdeführers (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19 -, BGHSt 65, 42 [57 f. Rn. 44 ff.]) als durchgreifend vorsatzkritischen Umstand gewertet hat, sind plausibel und frei von verfassungsrechtlichen Bedenken. Verfassungsrechtlich tragfähig ist es ebenfalls, den unbedingten Willen des Beschwerdeführers zum Sieg als derart wirkungsmächtiges Handlungsmotiv anzusehen, dass ihm die weiteren als möglich erkannten – wenn auch unerwünschten – Folgen letztlich gleichgültig gewesen seien (vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, BGHSt 65, 42 [55 ff. Rn. 41 ff.]). Der behauptete Logikfehler liegt nicht vor, denn wer ein Risiko auf sich nimmt, um ein Ziel zu erreichen, kann es durchaus im Rechtssinne billigen, dass sich die unerwünschte, aber riskierte Gefahr realisiert und riskantes Verhalten nicht mit dem Erreichen des erhofften Ziels belohnt wird.

⁵⁰ (2) Der Rüge, die Gerichte hätten bei der Auslegung des

Vorsatzbegriffes das aus dem Bestimmtheitsgrundsatz folgende Verschleifungsverbot missachtet, bleibt ebenfalls der Erfolg versagt. Dass ein tatsächlicher Umstand – wie hier die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung als wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch das Willenselement – Beweisbedeutung für unterschiedliche Tatbestandsmerkmale haben kann, führt nicht zu einer unzulässigen Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen (vgl. *BVerfG*, Beschluss des *Zweiten Senats* vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 122; vgl. auch *Kuhlen*, JR 2011, 246 [253]; *Krell*, ZStW 2014, 902 [910]; *Saliger*, in: FS Fischer, 2018, S. 523 [527]). Soweit der Beschwerdeführer die Frage der Abgrenzung zwischen Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz aufwirft und eine Verschleifung zwischen §§ 315c, 315d StGB und §§ 211, 212 StGB behauptet, verlässt er die fallbezogene Diskussion, denn Tat- und Revisionsgericht haben ausführlich und in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise erörtert, dass der Beschwerdeführer nicht nur die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer im Rechtssinne billigte, sondern auch deren Verletzung. Ohnehin missversteht der Beschwerdeführer insoweit Inhalt und Reichweite des Verbots der Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen. Danach dürfen einzelne Tatbestandsmerkmale eines Straftatbestandes innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen desselben Straftatbestandes aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (vgl. *BVerfGE* 87, 209 [229]; 92, 1 [16 f.]; 126, 170 [198]; 130, 1 [43 f.]; *BVerfG*, Beschluss des *Zweiten Senats* vom 9. Februar 2022 – 2 BvL 1/20, Rn. 99). Auf das Verhältnis mehrerer selbstständiger Straftatbestände zueinander ist dies nicht übertragbar; insoweit stellen sich in erster Linie Konkurrenzfragen (vgl. *BVerfG*, Beschluss der 2. Kammer des *Zweiten Senats* vom 28. Juli 2015 – 2 BvR 2558/14 u.a., Rn. 68). Schon daraus, dass Qualifikationstatbestände die Verwirklichung des Grundtatbestandes voraussetzen, ergibt sich, dass ein Verbot der Verschleifung von Straftatbeständen durch Art. 103 Abs. 2 GG nicht gewährleistet wird (vgl. *Kuhlen*, in: FS Neumann, 2017, S. 943 [952, 954]; *Saliger*, in: FS Fischer, 2018, S. 523 [534]). Es wirft demnach keine Verschleifungsfrage auf, dass ein mit Verletzungsvorsatz handelnder Täter nicht nur ein Verletzungsdelikt, sondern unter Umständen Tateinheitlich dazu ein konkretes Gefährdungsdelikt verwirklichen kann.

⁵¹ (3) Ebenfalls keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG zeigt der Beschwerdeführer auf, wenn er darauf abstellt, die Gerichte seien von einer abstrakten Gefahr direkt zum Gefahrenerfolg übergegangen, ohne dass es zuvor eine konkrete Gefahr gegeben hätte. Er unterliegt bei seiner Argumentation schon einer Fehlvorstellung hinsichtlich des einfachen Rechts: Vorsatz muss zum Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung vorliegen (stRspr, vgl. *BGH*, Urteil des 4. Strafsenats vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 [91 Rn. 13] m.w.N.). Führt die Tathandlung entgegen der Vorstellung des Handelnden nicht zur Tatbestandsverwirklichung, kann dieser unter Umständen einer versuchten Straftat schuldig sein. Das gilt nicht nur für Erfolgsdelikte, sondern auch für konkrete

Gefährdungsdelikte. Ein Täter, der mit Gefährdungsvorsatz im Sinne des § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung eines konkreten Gefährdungsdelikts ansetzt, kann, sofern das Gesetz – wie etwa in § 315b Abs. 2, § 315c Abs. 2, § 353b Abs. 3 StGB oder gemäß § 23 Abs. 1 StGB für die Verbrechenstatbestände der § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. c, § 306a Abs. 2 StGB – eine Versuchsstrafbarkeit vorsieht, eines versuchten konkreten Gefährdungsdelikts schuldig sein, wenn die vom Vorsatz umfasste konkrete Gefährdung ausbleibt.

⁵² 2. Einen Verstoß gegen das Schuldprinzip hat der Beschwerdeführer ebenfalls nicht dargetan.

⁵³ a) Das Strafrecht beruht auf dem im Verfassungsrang stehenden Schuldgrundsatz (vgl. *BVerfGE* 123, 267 [413]; 133, 168 [197 Rn. 53]; 140, 317 [343 Rn. 53]). Dieser den gesamten Bereich staatlichen Strafens beherrschende Grundsatz ist in der Garantie der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen sowie im Rechtsstaatsprinzip (aa) verankert (vgl. *BVerfGE* 45, 187 [259 f.]; 86, 288 [313]; 95, 96 [140]; 120, 224 [253 f.]; 130, 1 [26]; 133, 168 [197 Rn. 53]; 140, 317 [343 Rn. 53]) und beschränkt den staatlichen Strafanspruch (bb).

⁵⁴ aa) Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann (vgl. *BVerfGE* 140, 317 [343 Rn. 54]). Dem Schutz der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten (vgl. *BVerfGE* 45, 187 [227]; 123, 267 [413]; 133, 168 [197 Rn. 54]; 153, 182 [260 f. Rn. 206]). Deshalb bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG auf dem Gebiet der Strafrechtspflege die Auffassung vom Wesen der Strafe und dem Verhältnis von Schuld und Sühne (vgl. *BVerfGE* 95, 96 [140]) sowie den Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt (vgl. *BVerfGE* 57, 250 [275]; 80, 367 [378]; 90, 145 [173]; 123, 267 [413]; 133, 168 [197 f. Rn. 54]; 140, 317 [343 Rn. 54]). Mit der Strafe wird dem Täter ein sozialetisches Fehlverhalten vorgeworfen (vgl. *BVerfGE* 20, 323 [331]; 95, 96 [140]; 110, 1 [13]; 133, 168 [198 Rn. 54]). Das damit verbundene Unwerturteil berührt den Betroffenen in seinem in der Menschenwürde wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch (vgl. *BVerfGE* 96, 245 [249]; 101, 275 [287]; 140, 317 [343 f. Rn. 54]). Eine solche staatliche Reaktion wäre ohne Feststellung der individuellen Vorwerfbarkeit mit der Garantie der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar (vgl. *BVerfGE* 20, 323 [331]; 95, 96 [140]; 133, 168 [198 Rn. 54]; 140, 317 [344 Rn. 54]).

⁵⁵ Der Schuldgrundsatz ist somit zugleich ein zwingendes Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips. Das Rechtsstaatsprinzip ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes (vgl. *BVerfGE* 20, 323 [331]; 133, 168 [198 Rn. 55]; 140, 317 [344 Rn. 55]). Es sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt

(vgl. BVerfGE 95, 96 [130]). Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (vgl. BVerfGE 7, 89 [92]; 7, 194 [196]; 45, 187 [246]; 74, 129 [152]; 122, 248 [272]) und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein (vgl. BVerfGE 84, 90 [121]). Für den Bereich des Strafrechts werden diese rechtsstaatlichen Anliegen in dem Grundsatz aufgenommen, dass keine Strafe ohne Schuld verwirkt wird (vgl. BVerfGE 95, 96 [130 f.]; 133, 168 [198 Rn. 55]; 140, 317 [344 Rn. 54]). Dieses Prinzip ist durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen sicherzustellen; Tat und Schuld müssen dem Täter prozessordnungsgemäß nachgewiesen werden (vgl. BVerfGE 9, 167 [169]; 74, 358 [371]; 133, 168 [199 Rn. 56]; 140, 317 [345 Rn. 57]).

- ⁵⁶ bb) Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen auch Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (vgl. BVerfGE 20, 323 [331]; 25, 269 [286]; 27, 18 [29]; 50, 205 [214 f.]; 120, 224 [241]; 140, 317 [344 Rn. 55]). Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen, hat mithin die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (vgl. BVerfGE 20, 323 [331]; 45, 187 [228]; 50, 5 [12]; 73, 206 [253]; 86, 288 [313]; 96, 245 [249]; 109, 133 [171]; 110, 1 [13]; 120, 224 [254]; 133, 168 [198 Rn. 55]; 140, 317 [344 Rn. 55]). Das *BVerfG* hat dabei mehrfach betont, dass die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe mit der Verfassung vereinbar ist, wenn – wie durch das geltende Vollzugsrecht – ein sinnvoller Behandlungsvollzug sichergestellt und schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzugs, insbesondere deformierenden Persönlichkeitsveränderungen, entgegengewirkt wird (vgl. BVerfGE 45, 187 [253 ff.]; 86, 288 [312]; 109, 133 [150 f.]; 131, 268 [287]). Mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG wäre es allerdings unvereinbar, auch Tätern schwerster Straftaten zwangsweise die Freiheit zu entziehen, ohne dass für sie die Chance bestünde, je wieder die Freiheit zu erlangen (vgl. BVerfGE 45, 187 [228 f.]; 72, 105 [113]; 109, 133 [150]; 131, 268 [287]).
- ⁵⁷ b) Der Beschwerdeführer zeigt eine sich an diesen Maßstäben orientierende Verletzung des Schuldgrundsatzes durch die Annahme eines Tötungsvorsatzes nicht auf.
- ⁵⁸ aa) Für die Annahme, ein Täter habe bedingt vorsätzlich gehandelt, sind auf den konkreten Einzelfall bezogene Feststellungen zum Täterhandeln erforderlich, denn nach ständiger Rechtsprechung des *BGH* hat das Tatgericht bei der Prüfung des voluntativen Elements des bedingten Vorsatzes alle objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Persönlichkeit des Täters, dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung und dessen Motivlage, in Betracht zu ziehen, wobei die in die Würdigung einzubeziehenden Umstände durch tatsächliche Feststellungen zu belegen sind (vgl. *BGH*, Urteil des *I. Strafsenats* vom 4. November 1988 – 1 StR 262/88, BGHSt 36, 1 [10]; Urteil des *4. Strafsenats* vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183 [186 f. Rn. 26]; Urteil des *4. Strafsenats* vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17 -, BGHSt 63, 88 [93 Rn. 18 f.]). Auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen sind die Gefährlichkeit und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgeintritts zwar wesentliche Indikatoren für das Vorliegen des Willenselements, entbinden das Tatgericht aber nicht davon, alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen (vgl. *BGH*, Urteil des *3. Strafsenats* vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, juris Rn. 8; Urteil des *4. Strafsenats* vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 [93 f. Rn. 19]; Urteil des *2. Strafsenats* vom 12. August 2020 – 2 StR 574/19, juris Rn. 17). Da die individuelle Vorwerfbarkeit mithin Grundlage für die Bestimmung des Schuldgehalts und des Strafrahmens ist, begegnet die Rechtsprechung zur Abgrenzung von Eventualvorsatz zu bewusster Fahrlässigkeit auch im Hinblick auf das im Verfassungsrang stehende Schuldprinzip keinen Bedenken.
- ⁵⁹ bb) Die angegriffenen Entscheidungen fügen sich in diese ständige Rechtsprechung ein. Ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz ist daher nicht erkennbar. Jedenfalls ist der Beschwerdevortrag nicht geeignet, die Urteile von Landgericht und *BGH* im Hinblick auf das Schuldprinzip verfassungsrechtlich in Zweifel zu ziehen.
- ⁶⁰ (1) Im Wesentlichen zielt die Argumentation des Beschwerdeführers darauf ab, das *LG* habe – vom *BGH* unbeanstandet – bei der Bejahung des Tötungsvorsatzes und der Einordnung der Tat als Mord nicht die Umstände des Einzelfalls zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht, sondern nach dem Leitbild eines rational Handelnden von der objektiven Gefährlichkeit der Wettfahrt auf den Tötungsvorsatz geschlossen. Die Prämisse dieser Argumentation ist indes unzutreffend, da das *LG* bei der Beweiswürdigung nicht nur auf die konkrete Gefährlichkeit der konkreten Fahrt abgestellt, sondern die Persönlichkeit des Beschwerdeführers, seine Motivation für das maximale Beschleunigen nach der Kurvenausfahrt, seine grundsätzliche Einstellung zum Autofahren und seine Einschätzung des eigenen fahrerischen Könnens im Blick gehabt hat. In die Wertung hat das *Schwurgericht* weiter die sachverständige Expertise einer Verkehrspsychologin und eines Psychiaters einfließen lassen. Das *LG* ist damit dem verfassungsrechtlichen Gebot gerecht geworden, den Schuldanspruch auf Feststellungen zur individuellen Vorwerfbarkeit der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Tat zu stützen (vgl. BVerfGE 20, 323 [331]; 95, 96 [140]; 133, 168 [198 Rn. 54]; 140, 317 [344 Rn. 54]). Dass der *BGH* die Beweiswürdigung des *LG* nicht beanstandet hat, begegnet daher ebenfalls keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.
- ⁶¹ (2) Auch die Zitate aus den angegriffenen Urteilen zeigen einen Verfassungsverstoß nicht auf. Der Versuch des Beschwerdeführers, mit ihnen zu belegen, dass die Gerichte nicht seine konkrete Handlung und seine Gedanken im Blick behalten, sondern auf die Gedankenwelt eines rational Handelnden zur Begründung individueller Schuld abgestellt hätten, gelingt schon deshalb nicht, weil er diese Zitate nicht in den Kontext zu den Passagen in den Urteilen stellt, die sich mit seiner Persönlichkeit befassen. Jedenfalls zielt dieser Beschwerdevortrag im Ergebnis nur

darauf ab, dass es näher gelegen hätte, keinen Tötungsvorsatz anzunehmen, weil die objektive Gefährlichkeit der Handlungen nicht als derart starker Indikator dafür zu werten gewesen sei. Der Beschwerdeführer setzt damit lediglich seine eigene Würdigung der festgestellten Beweistatsachen an die Stelle der Würdigung des *Schwurgerichts*. Einen Verfassungsverstoß kann er damit nicht tragfähig begründen (vgl. *BVerfG*, Beschluss der *1. Kammer des Zweiten Senats* vom 17. Juli 2007 – 2 BvR 496/07, juris Rn. 6).

- ⁶² (3) Die Rüge, die Einordnung der Tat als Mord führe zu einem Verstoß gegen das Gebot schuldangemessenen Strafens, dringt ebenfalls nicht durch. Ausgehend von der – unzutreffenden, nicht der Rechtsprechung des *BGH* entsprechenden und hier auch nicht von *Landgericht* und *BGH* zugrunde gelegten – Prämisse, alleine die objektive Gefährlichkeit einer Handlung genüge zur Begründung des Tötungsvorsatzes, stellt der Beschwerdeführer auf fiktive Vergleichsfälle ab, um zu belegen, dass die lebenslange Freiheitsstrafe in sogenannten Raser-Fällen generell und speziell in seinem Fall nicht schuldangemessen sei. Die Argumentation beachtet den für die Bestimmung der Strafhöhe geltenden Maßstab der individuellen Schuld eines eigenverantwortlich handelnden Täters nicht (vgl. BVerfGE 133, 168 [197 Rn. 54 f.]; 140, 317 [343 f. Rn. 53 ff.]), denn die auf die individuelle Schuld eines Täters gestützte Strafe entzieht sich grundsätzlich eines Vergleichs mit gegen andere Personen oder in anderem Zusammenhang verhängten Strafen.
- ⁶³ Unabhängig davon, geht der Beschwerdeführer nicht auf die Argumentation ein, mit der die Gerichte, insbesondere der *BGH*, die Mordmerkmale der Heimtücke und der Tötung aus niedrigen Beweggründen bejaht haben. Damit geht sein Vortrag, die mit der Einordnung seiner Tat als

Mord einhergehende Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe verletze ihn in seinen verfassungsmäßigen Rechten, nicht über die allgemeine Behauptung eines Verfassungsverstößes hinaus. Insofern wird er den Begründungs- und Substantiierungsanforderungen der § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG nicht gerecht (vgl. BVerfGE 130, 1 [21]; 140, 229 [232 Rn. 9]; 142, 234 [251 Rn. 28]; 149, 346 [359 Rn. 23]).

- ⁶⁴ (4) Indem der Beschwerdeführer geltend macht, die – vom *BGH* unbeanstandete – Vorsatzauslegung des *LG* sei Folge der als zu niedrig angenommenen Strafrahmengrenze für eine fahrlässige Tötung und entspringe dem Drängen, einem Bestrafungswillen der Bevölkerung nachzukommen, macht er in der Sache eine Entscheidung aus sachfremden Erwägungen und damit einen Verstoß gegen das aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Willkürverbot geltend.
- ⁶⁵ Willkür ist hier aber weder hinreichend substantiiert dargelegt noch aus sich heraus ersichtlich. Angesichts des Umstands, dass das *LG* als Tatgericht und der *BGH* im Rahmen seiner revisionsgerichtlichen Überprüfungscompetenz – in eingehender Auseinandersetzung mit der Rechtslage – die wesentlichen für und gegen einen Tötungsvorsatz des Beschwerdeführers sprechenden Umstände im Blick behalten haben, ist weder hinreichend substantiiert dargelegt noch aus sich heraus ersichtlich, dass die Rechtsauffassung der Gerichte in den angegriffenen Entscheidungen unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar wäre und sich daher der Schluss aufdränge, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 87, 273 [278 f.]; 89, 1 [13 f.]; 96, 189 [203]; 152, 345 [382 f. Rn. 99]; *BVerfG*, Beschluss der *2. Kammer des Zweiten Senats* vom 27. Mai 2020 – 2 BvR 2054/19 -, Rn. 35).
[...]

Tamara Rapo: Videotechnologie im Strafverfahren

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2022, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-18622-8, S. 519, Euro 119,90.

Der neue Referentenentwurf zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung macht deutlich, wie wichtig flankierende Arbeiten zur Videotechnologie im Strafverfahren sind. Noch vor dem Referentenentwurf hat – unter Berücksichtigung der Literatur bis Ende des Jahres 2021 – die Dissertation von *Rapo* sich der Videotechnologie im Strafverfahren angenommen. Insofern können die Erkenntnisse dieser Monografie sehr gut in die aktuelle Diskussion einfließen.

Die Dissertation geht zunächst dem Strafverfahren im Spannungsfeld zwischen Strafverfolgungsinteresse und Grundrechtsschutz nach. Als zusammenfassendes Ziel des Strafprozesses könne danach die Feststellung und Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs in einem auf die materielle Wahrheit gerichteten sowie Rechtsfrieden und Gerechtigkeit schaffenden justizförmigen Verfahren bezeichnet werden. Der Strafprozess werde folglich von vielfältigen, sich ergänzenden, aber auch gegenläufigen ideellen Zielen geleitet. Daher würden sich die Rechtsanwender vielfach in Situationen wiederfinden, in denen sie die einzelnen Zielelemente gegeneinander abwägen müssten. Sodann wäre zu prüfen, welchem Ziel sie im Einzelfall den Vorrang einräumten – sofern nicht der Gesetzgeber den Zielkonflikt selbst gelöst habe. Der Gesetzgeber müsse jedes neue verfahrensrechtliche Instrumentarium daraufhin überprüfen, ob es sich nahtlos in die bisherige Funktionsordnung des Strafprozesses einfüge. Dies gelte insbesondere für Vorschriften zur Anwendbarkeit von Videotechnologie im Strafverfahren. Dabei sei von folgender Prämisse auszugehen: „Je tiefer der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich geschützte Rechte des Einzelnen eingreift und je unausweichlicher sich die Situation für den Betroffenen darstelle, desto höhere Anforderungen sind auch an die Wertigkeit des zu schützenden Gutes und das Ausmaß der Zielverwirklichung zu stellen“ (S. 50).

Sodann spürt die Verfasserin der Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Vernehmungssituationen nach und stellt folgende Leitsätze für die weitere Arbeit auf (S. 91 ff.): Dem staatlichen Informationsinteresse sei im Bereich strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen ein hoher Rang beizumessen, sodass Zeugen und Beschuldigte hier ggf. eine weitergehende Einschränkung ihrer Grundrechte hinnehmen müssten. Allerdings bestehe ein erhöhtes Schutzbedürfnis im Rahmen von Vernehmungen, soweit durch gezielte Fragen in ihre grundrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingegriffen werde. Auch wenn Zweck der Beschuldigten- und Zeugenvernehmung vornehmlich die Aufklä-

rung des Sachverhalts und damit die Wahrheitserforschung von Amts wegen sei, so seien dieser Wahrheitserforschung doch rechtsstaatliche Grenzen gesetzt, die in §§ 136a, 69 Abs. 3 StPO geregelt seien.

Da der Zeuge grundrechtsrelevante Eingriffe im Rahmen der Vernehmung nur bedingt abwehren könne, sei in seinem Fall eine detaillierte gesetzliche Ausformung des Vernehmungsablaufs erforderlich. Entsprechende detaillierte Regelungen seien hinsichtlich des Ablaufs der Beschuldigtenvernehmung nicht vorgesehen, da sich der Beschuldigte den Fragen der Vernehmungsperson aufgrund seiner Selbstbelastungsfreiheit jederzeit entziehen könne.

Die geltenden Rahmenbedingungen einer Vernehmung trügen in vielfältiger Weise zum Persönlichkeitsschutz des Betroffenen bei. Bislang sehe das Gesetz aber keine vollständige inhaltliche Dokumentation der Zeugen- und Beschuldigtenvernehmung vor. Dies führe zur Erschwerung in der Beweisführung. Soweit der Einsatz der Videotechnik den Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen einerseits vertiefe, andererseits aber auch dessen Schutz diene, werde ein ambivalenter Zweck verfolgt. Das Eingriffs- und Schutzgut könne auf derselben Stufe verortet werden.

Kapitel 2 beschreibt im Rückblick den Einsatz von Videotechnologie sowie die aktuelle Praxis. Auch wenn die audiovisuelle Aufzeichnung gesetzlich partiell verankert wurde, so zeigt sich doch eine geringe Nutzungspraxis.

Die gesetzlichen Regelungen zur videodokumentierten Zeugen- und Beschuldigtenvernehmung werden in Kapitel 3 ausführlich nachgezeichnet. Sodann wird festgestellt, dass die audiovisuelle Aufzeichnung einer Beschuldigtenvernehmung den üblichen schriftlichen Vernehmungsprotokollen weit überlegen sind. Letztlich trage diese zur Verkürzung und Effektivität des Strafverfahrens bei – denn die Aufzeichnung ermögliche ein Höchstmaß an Authentizität. Die audiovisuelle Dokumentation schütze nicht nur den Beschuldigten vor unzulässigen Vernehmungsmethoden, sondern auch die Vernehmungsperson vor ungerechtfertigten Vorwürfen. Neben der Optimierung der Wahrheitsfindung diene die Ausweitung des Einsatzes von Videotechnik auch der Feststellung des staatlichen Strafanspruchs, weil eine effektivere Verfolgung von Verbrechen gewährleistet werde. Zudem diene die Videoaufzeichnung der Transparenz und Nachvollziehbarkeit. Im Anschluss an die theoretischen Erörterungen macht die Verfasserin de lege ferenda Vorschläge, indem sie die Einfügung eines neuen § 136b StPO sowie Ergänzungen des § 70c und § 163a StPO vorschlägt.

Kapitel 4 widmet sich der Protokollierung von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren. Durch die Anerkennung des Videoprotokolls als Protokoll i.S. der §§ 168, 168a StPO werde die Dokumentationstechnik an den heutigen Stand der Technik angepasst und eine neue Qualität der Beweissicherung im deutschen Strafprozess erreicht. Die Sicherstellung einer optimalen Beweisqualität werde nicht nur der bestmöglichen Wahrheitserforschung, sondern auch den weiteren Zielen des Strafprozesses sowie der beweisrechtlichen Dokumentation des tatsächlichen Vernehmungsgeschehens zugutekommen.

Im nächsten Kapitel wird die Einführung videodokumentierter Vernehmungen in die Hauptverhandlung erörtert. Hier werden die Voraussetzungen *de lege lata* nach §§ 255a, 254 StPO wiedergegeben. Kapitel 6 handelt von der Video-Simultanübersetzung nach § 247a StPO. Diese böte dem Gericht ein erhebliches Potential zur Erlangung eines sachgerechten Ausgleichs zwischen Wahrheitsfindung, Zeugenschutz und Verteidigungsinteressen. Gleiches gelte für die Verwirklichung prozessökonomischer Ziele. Allerdings könnten die Potentiale der Videovernehmung aufgrund der derzeitigen Ausgestaltung des § 247a StPO noch nicht vollends ausgeschöpft werden, so dass die Verfasserin einen *de lege ferenda* Vorschlag im Hinblick auf eine Neufassung des § 247a Abs. 1 StPO unterbreitet. Im Folgenden wird ein Überblick zur Rechtslage des weiteren Einsatzes von Video-Simultanübertragungen gegeben und die Vorschriften des § 185 Abs. 1 lit. a GVG, § 115 Abs. 1 lit. a StVollzG sowie § 58b und §§ 118a Abs. 2 S. 2, 138b Abs. 4 S. 2, 233 Abs. 2 S. 3, 463e StPO vorgestellt.

Große Beachtung sollte Kapitel 7 finden, in dem es um die Videodokumentation der Hauptverhandlung geht. Diesem Kapitel kommt angesichts des derzeitigen Referentenentwurfs zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung große Bedeutung zu. Die Verfasserin schildert zunächst die Dokumentation der Hauptverhandlung *de lege lata* und zeigt die Defizite auf (S. 383 ff.). Danach folgt ein empirischer Teil, in dem eine Online-Befragung unter Praktikern der Justiz Baden-Württemberg wiedergegeben wird. Die Stichprobe beträgt $n = 185$. Dabei zog die absolute Mehrheit der befragten Teilnehmer eine zusätzliche Dokumentationsform der Hauptverhandlung vor. Aufgrund der Beeinträchtigungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts plädierten die Befragten aber für die fakultative und nicht obligatorische Einführung audiovisueller Dokumentation. Unentschlossen zeigten sich die Befragten bezüglich der mit der Videodokumentation erhofften positiven Wirkung auf den gerichtlichen Prozess der Wahrheitsfindung und der hierdurch erhöhten Zuverlässigkeit der im Urteil getroffenen Feststellungen. Hinsichtlich der möglichen Gewinnerschöpfung der Videodokumentation zeigte sich aus Sicht der Praktiker ein unentschlossenes Ergebnis. Ob daraus – mit der Verfasserin – gleich der Schluss gezogen werden muss, dass eine künftige Gesetzesreform zur Videodokumentation der Hauptverhandlung mit Vorsicht betrachtet werden muss, darf

bezweifelt werden. Denn die Stichprobe aus einem Bundesland, noch dazu nur zu Befragten der Justiz, ist nicht geeignet, eine solche Schlussfolgerung zu ziehen. Hier hätten nicht nur andere Bundesländer, sondern auch Strafverteidiger und Betroffene – Beschuldigte und Zeugen – miteinbezogen werden müssen, um ein valides Ergebnis zu generieren.

Die Chancen und Risiken einer Videodokumentation werden in einem nächsten Schritt abgewogen. Nach dieser Abwägung plädiert die Verfasserin dafür, die Einführung einer obligatorischen Audiodokumentation der Vernehmungsinhalte erstinstanzlicher Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten „ernsthaft“ zu erwägen (S. 417). Das traditionelle Hauptverhandlungsprotokoll sollte aber beibehalten werden, um eine schnelle Überprüfung der wesentlichen Förmlichkeiten der Hauptverhandlung zu ermöglichen. Das aus der Aufzeichnung zu erstellende Wortprotokoll sollte den professionellen Verfahrensbeteiligten bereits während der laufenden Hauptverhandlung zur Verfügung gestellt werden – eine Forderung, der auch der aktuelle Referentenentwurf nachkommt. Für wünschenswert hält die Verfasserin auch eine Integration des Aufzeichnungs- und Transkriptionssystems in die ab 1.1.2026 verpflichtend zum Einsatz kommende elektronische Aktenführung im Strafverfahren.

Auch wenn die Arbeit von *Rapo* den aktuellen Referentenentwurf zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung nicht kennen konnte, so leistet sie doch Grundlagenarbeit, wenn es um die Frage der Notwendigkeit audiovisueller Aufzeichnungen der Hauptverhandlung geht. Darüber hinaus werden *de lege ferenda* Vorschläge im Rahmen audiovisueller Aufzeichnungen im Ermittlungsverfahren gemacht. Insofern ist darüber nachzudenken, ob der Gesetzgeber nicht auch hier nachjustieren sollte.

Leider macht die Verfasserin keine *de lege ferenda* Vorschläge im Hinblick auf die gesetzliche Verankerung der audiovisuellen Aufzeichnung in der Hauptverhandlung. Dies ist aber auch nicht zwingend, zumal jetzt mit dem Referentenentwurf, aber auch mit dem Alternativ-Entwurf audiovisueller Dokumentation der Hauptverhandlung (Rezension ebenfalls in diesem Heft), entsprechende Vorschläge vorliegen, die es zu würdigen gilt. Eine Vorstellung des Referentenentwurfs findet sich ebenfalls im Aufsatz von *Basar/Heinelt* in diesem Heft. Insofern möge die Diskussion um die zielführendste Verankerung der audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung durch diese Beiträge weiter vorangetrieben werden. Die Arbeit von *Rapo* bietet hier neben dem differenzierten Überblick auch einen Fundus an Literaturstellen, die es zu berücksichtigen gilt. Der Referentenentwurf – so sinnvoll es auch ist, hier die digitale Dokumentation voranzutreiben – bleibt hinter den Möglichkeiten und Notwendigkeiten leider etwas zurück. Es bleiben hier die Stellungnahmen zum Referentenentwurf abzuwarten, die hoffentlich zu Nachbesserungen und weiteren Diskussionen führen werden.

Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung (AE-ADH)

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2022, Nomos, ISBN: 978-3-8487-7530-9, S. 89, Euro 29,00.

Über die unzureichende Protokollierung und Dokumentation gerade der Hauptverhandlungen vor den Land- und Oberlandesgerichten und der Verbesserung dieses unzeitgemäßen strafprozessualen Zustands wird schon seit langem diskutiert. Bereits die Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens in den Jahren 2014/2015 hatte empfohlen, die Einführung der audiovisuellen Dokumentation näher zu prüfen. Anknüpfend daran hat das Bundesministerium der Justiz im Herbst 2019 eine Expertengruppe zur Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung eingesetzt, die die Einführung einer technischen Dokumentation befürwortete. Im Koalitionsvertrag 2021-2025 ist dementsprechend eine gesetzliche Umsetzung vorgesehen. Mittlerweile liegt ein Referentenentwurf vor, der schlicht die Protokollierungsvorschriften anpasst und einen flankierenden materiell-rechtlichen Straftatbestand schafft.

Die rechtliche Implementierung der audiovisuellen Dokumentation in der Hauptverhandlung ist im Alternativ-Entwurf deutlich facettenreicher und ausgewogener. Insofern sollten die dortigen Überlegungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren Berücksichtigung finden – der Alternativ-Entwurf kommt also zur rechten Zeit! Neben der Papierversion steht er kostenlos zum Download bereit.

Nach einem kurzen geschichtlichen Rückblick legt der Alternativ-Entwurf den Finger in die Wunde der defizitären Protokollierungsvorschriften. Es wird ein „vollständiger Technologiewechsel in der Art der Dokumentation der Hauptverhandlung bei allen Strafgerichten“ vorgeschlagen (S. 14). Hier wird sich also, im Gegensatz zum Referentenentwurf, für eine Aufzeichnung nicht nur bei den Land- und Oberlandesgerichten, sondern auch bei den Amtsgerichten ausgesprochen. Die Videoaufzeichnung soll mit einem Index versehen werden, um die Handhabung und das Auffinden eines bestimmten Vorgangs zu erleichtern. Die Videodokumentation soll möglichst umgehend allen Verfahrensbeteiligten zur Verfügung stehen. Zur Verhinderung des Missbrauchs ist – ebenso wie im Referentenentwurf – eine flankierende Strafvorschrift mit § 353d Nr. 4 StGB vorgesehen.

Eine grundlegende Veränderung des bisherigen Rechtsmittelsystems hält der Arbeitskreis für nicht erforderlich. Ausreichend sei eine gesetzliche Klarstellung und Begrenzung. Die Videoaufzeichnung werde, so der Alternativ-Entwurf, durch die lückenlose Dokumentation erheblich die Möglichkeit verbessern, Diskrepanzen zwischen

der Beweisaufnahme und deren Wiedergabe in den Urteilsgründen nachzuweisen und solche Abweichungen mit der Verfahrensrüge zu beanstanden. Vereinfacht werde hier die Inbegriffs- und die Differenzrüge. Bislang hält die Rechtsprechung die Differenzrüge nur für zulässig, wenn der Widerspruch ohne Rekonstruktion der Hauptverhandlung mit Beweismitteln wie Sitzungsniederschrift oder Urkunden feststellbar ist. Dass ein Zeuge etwas anderes ausgesagt hat als im Urteil angegeben, kann von seltenen Ausnahmen abgesehen, nach geltendem Recht nicht gerügt werden. Der Arbeitskreis sieht keine Grundlage für ein so weitreichendes Rekonstruktionsverbot, zumal auch die Revisionsgerichte hier teilweise einen eher pragmatischen Ansatz vertreten. Mit dem Videoprotokoll läge zukünftig ein zuverlässiges und leicht zu handhabendes Dokumentationsformat vor, so dass eine Überprüfung generell ohne Weiteres möglich sei. Insofern erweitert hier der Alternativentwurf die Vorschriften zu den Revisionsgründen und der Revisionsbegründung (S. 19), was absolut zu begrüßen ist. Im Referentenentwurf dagegen findet sich gar keine Modifizierung oder Ergänzung des Revisionsrechts.

Der Arbeitskreis geht davon aus, dass eine Trennung zwischen der Beweiswürdigungsgrundlage und dem nachfolgenden Vorgang der Beweiswürdigung weiterhin durchführbar sei. Allerdings sei beim Personalbeweis zusätzlich zu beachten, dass das Verständnis von Aussagen nicht vollständig objektivierbar sei, so dass sich die Überprüfung durch das Revisionsgericht auf eine Vertretbarkeitskontrolle und offensichtliche Fehlwahrnehmungen der Beweismittel beschränken müsse. Weiterhin ergäben sich durch die Videodokumentation Verbesserungen für den Nachweis bei der Rüge der fehlenden oder unzureichenden Erörterung oder Ausschöpfung eines erhobenen Beweismittels. Eine Überlastung der Revisionsgerichte sei laut Arbeitskreis nicht zu befürchten (zu den Gründen S. 16).

Nach dieser Einführung wird ein dezidiertes Gesetzesvorschlag gemacht, der über den des Referentenentwurfs hinausgeht. Ausführlicher im Referentenentwurf geregelt ist dagegen die Vorschrift zur Dokumentation der Hauptverhandlung (§ 271 StPO-E). Im Gegensatz zum Referentenentwurf sieht der Alternativ-Entwurf auch keine Verschriftlichung vor (S. 51).

Ansonsten finden sich diverse de lege ferenda Vorschläge im Alternativ-Entwurf zu Folgeänderungen der StPO, bspw. im Recht der Verteidigung, Vorschriften zum Nebenkläger, Privatkläger, zum Urkundenbeweis und vieles mehr. Insofern scheint der Alternativ-Entwurf doch deut-

lich weitsichtiger zu sein als der derzeit vorliegende Referentenentwurf. Es steht zu befürchten, dass der Referentenentwurf hier schlicht die Ergänzung oder Modifizierung flankierender Vorschriften vergessen hat. Allerdings ist zu konstatieren, dass der Referentenentwurf ohnehin die Videoprotokollierung lediglich formal einführt und weitergehende Befugnisse damit nicht verknüpft. Dies ist bedauerlich. Der Gesetzgeber täte also gut daran, im weiteren Gesetzgebungsverfahren den Alternativ-Entwurf stärker in den Blick zu nehmen und den Referentenentwurf im Regierungsentwurf entsprechend zu ergänzen.

Nach dem detaillierten *de lege ferenda* Vorschlag folgt zunächst eine Begründung allgemeiner Art, die die zuvor in der Einleitung angerissenen Grundlagen vertieft und sich insbesondere im Hinblick auf den umfassenden Anwendungsbereich auf alle Strafgerichte positioniert (S. 34 ff.). Ebenfalls erörtert wird die Ausgestaltung, Zugänglichkeit und Aufbewahrung der Videoaufzeichnung, Datenverwendungsregeln seien dagegen über bestehende Vorschriften hinaus nicht erforderlich (S. 37). Anderes gelte nur für die Verwendung der Aufzeichnung zu anderen Zwecken als der Verfolgung wegen der angeklagten Tat. Zwar lägen für die auskunftserteilende Stelle entsprechende Rechtsgrundlagen vor. Ob diese Rechtsgrundlagen aber datenschutzrechtlichen Vorgaben genügen, sei dahinzustellen, da es sich nicht um eine Besonderheit der audiovisuellen Aufzeichnung handele.

Schließlich werden noch Ausführungen zur technischen Umsetzung und technischen Folgeproblemen gemacht, bevor sich den Auswirkungen auf die Revision gewidmet wird. An dieser Stelle (S. 40 ff.) wird das vertieft, was in der Einleitung schon angeklungen ist. Insbesondere wird die verbesserte Nachweismöglichkeit von Verfahrensfehlern sowie die erweiterte Überprüfbarkeit der Beweisgrundlagen hervorgehoben.

Es folgt eine Würdigung der alternativen Möglichkeiten. Abgelehnt wird insbesondere das, was jetzt der Referentenentwurf vorsieht, nämlich eine bloße Ergänzung des bisherigen Protokolls um eine technische Aufzeichnung. Dies wird – zu Recht – als „eine unzureichende, halbherzige Maßnahme“ (S. 46) bezeichnet. Dezidiert wird darüber hinaus auch die reine Audioaufzeichnung abgelehnt. Auch eine zusätzliche Verschriftlichung ist – entgegen der Normierung im Referentenentwurf – nach dem Alternativentwurf entbehrlich.

Schließlich erfolgt im Besonderen Teil eine ausführliche Begründung der geänderten oder neu gefassten Vorschriften (S. 53 ff.), die quasi als Kommentierung gelesen werden kann.

Der Alternativ-Entwurf macht deutlich, dass die Implementierung einer audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung nicht bei dem stehen bleiben sollte, was der Referentenentwurf an Rudimentärregelungen enthält. Vielmehr sollte wohl überlegt sein, welche flankierenden Vorschriften ergänzt werden sollten oder gar müssen. Hinzu kommt, dass wegen des Fehlens einer zweiten Tatsacheninstanz bei Verfahren, die erstinstanzlich vor dem Land- oder Oberlandesgericht geführt werden, die Videodokumentation auch eklatante Fehler aufdecken und korrigieren kann. Dazu ist es zwingend erforderlich, Anknüpfungspunkte im Revisionsrecht zu verankern. Hier präsentiert der Alternativ-Entwurf im Gegensatz zum Referentenentwurf *de lege ferenda* Vorschläge. Ob diese ausreichend sind oder es weiterer Nachjustierung bedarf, sollte jetzt in den Stellungnahmen der Sachverständigen zum Gesetzesvorhaben diskutiert werden. Insofern bleibt zu hoffen, dass auch der Arbeitskreis noch einmal explizit Stellung zu dem aktuellen Gesetzesvorhaben zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung nimmt.