8. Jahrgang | 5. Ausgabe | ISSN 2509-6826

5 | 2023

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

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 342 – 400

342 | **Die völkerstrafrechtliche Dimension des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine**
von Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Claus Kreß, LL.M.

349 | **Vorsichtige Schritte in die richtige Richtung – Überlegungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts**
von Prof. Dr. Stefanie Bock

360 | **Der Rechtsstaat und das Fahren ohne Fahrschein (§ 265a StGB) – Was kostet die Verfolgung eines umstrittenen Straftatbestands?**
von Dr. Nicole Bögelein und Dr. Frank Wilde

371 | **Warum § 362 Nr. 5 StPO aufgehoben werden sollte**
von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

379 | **Herausforderungen des § 229 StPO in Post-Pandemie-Zeiten**
von Dr. Jennifer Grafe, LL.M. und Dr. Christian Soll

386 | **Der Richtervorbehalt bei der körperlichen Untersuchung**
von Dr. Magali Böger und Dorothee Gellenbeck

396 | **Perspektiven einer Kompetenzerweiterung der Europäischen Staatsanwaltschaft**
von Dr. Sarah Pohlmann

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 401 – 411

401 | **BGH nimmt erstmalig zum Straftatbestand des Völkermordes gem. § 6 VStGB Stellung**
BGH, Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22

409 | **Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 30.11.2022 – 3 StR 230/22**
von Kira Dillen

BUCHBESPRECHUNGEN | 412 – 416

412 | *Sonja Fleck:* **Hasskriminalität in Deutschland. Eine Untersuchung des Phänomenbereichs mit europäischen und internationalen Bezügen und Erstellung eines Lagebildes der Praxis seit der Aufnahme von Vorurteilsmotiven in § 46 Abs. 2 StGB**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

414 | *Fabian Klahr:* **Schuld und Strafmaß. Modelle der Bestimmung rechtlicher Schuld im Strafrecht und die Methodik der Strafmaßfindung im Rahmen der Sanktionsentscheidung**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHT | 417 – 428

417 | **Tagungsbericht zum 8. Deutsch-Taiwanesischen Strafrechtsforum in Passau (3. bis 7. Juli 2023): „Das Strafrecht der Zukunft“**

von Dr. Oliver Harry Gerson, Elisa Holzinger, Ulrike Koch, Yi-Chien Lin, Romina Milles und Lena Nerb

426 | **Zugänge zum Recht – zugängliche Rechte? Fünfter Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen**

von Akad. Rätin a.Z. Büşra Akay

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Die völkerstrafrechtliche Dimension des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine

*von Prof. Dr. Claus Kreß, LL.M.**

Abstract
Das Spektrum des Verdachts russischer Völkerstraftaten im Angriffskrieg gegen die Ukraine ist überaus weit. Bei der gebotenen völkerstrafrechtlichen Reaktion geht es neben einem Mindestmaß an Genugtuung für die ukrainischen Opfer und einer Botschaft an große Teile der russischen Gesellschaft nicht zuletzt darum, den russischen Anschlag auf die Grundpfeiler der geltenden Völkerrechtsordnung abzuwehren. Die Herausforderung ist gewaltig. Deutschland könnte mehr dazu beitragen, sich ihrer wirkungsvoll anzunehmen.

Russia's aggression against Ukraine opens a wide spectrum of suspicion as regards the commission, in very large numbers, of crimes under international law. This poses an immense institutional challenge. All in all, the efforts to confront that challenge – including, importantly, the discussion about how best to prosecute possible crimes of aggression arising from Russia's war of aggression despite the current inability of the International Criminal Court to exercise its jurisdiction over this crime – are still at a very early stage. Yet, there has hardly been a major conflict in the past where the still fragile and emerging global international criminal justice system was activated at so many levels in parallel at a time of ongoing hostilities. With all due caution, this gives reason for hope: for the people in Ukraine as well as for the future of the international legal order.

I. Einleitung

Russlands Aggression[1] richtet sich unmittelbar gegen die Ukraine, und zugleich ist sie ein Anschlag auf Grundpfeiler der geltenden Völkerrechtsordnung.[2] Ein sehr wesentlicher Teil der hierdurch aufgeworfenen Rechtsfragen betrifft die drei fundamentalen normativen Ebenen des Schutzes (hier im Kern im Zusammenhang mit dem Recht der Ukraine zur individuellen Selbstverteidigung[3]), des Schadensersatzes (betreffend dessen Grund und Umfang sowie dessen Durchsetzung)[4] und der Strafe. In diesem Beitrag geht es allein um die letztgenannte Dimension, und dies ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Strafbarkeit unmittelbar auf der Grundlage des Völkerrechts, mithin nach Maßgabe des Völkerstrafrechts.[5] Der Blick wird sich dabei zwar vor allem auf die Zeit seit dem 24. Februar 2022 richten, an dem Russland seinen Angriffskrieg gegen die Ukraine entfesselte. Doch wird zum rechten Verständnis auch Russlands jahrelanges vorangegangenes völkerrechtswidriges Verhalten zu Lasten der Ukraine, das mit der Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots auf der Krim im Februar 2014[6] seinen Ausgang nahm, in die Betrachtung einzubeziehen sein.

II. Spektrum des Verdachts

Russlands Angriffskrieg erfüllt das staatliche Verhaltenselement des Verbrechens der Aggression,[7] unter dem nach Art. 8 *bis* Abs. 1 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) eine Angriffshandlung zu verstehen ist, die die Charta der Vereinten Nationen (VN) und insbesondere das hierin niedergelegte völkerrechtliche Gewaltverbot nach Art, Schwere und Umfang offenkundig verletzt.[8] Damit steht der russische Präsident *Putin* unter Verdacht, ein Verbrechen der Aggression begangen zu haben und weiterhin zu begehen. Der Verdacht wegen einer Beteiligung an einem Verbrechen der Aggression richtet sich auch gegen Personen in seinem Umfeld, die tatsächlich in der Lage waren bzw. sind, das politische oder militärische Handeln Russlands zu kontrollieren oder zu lenken, soweit diese zur Planung, Vorberei-

---

* *Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Claus Kreß,* LL.M. (Cambridge) ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und internationales Strafrecht und Direktor des Institute of International Peace and Security Law der Universität zu Köln.

1 Aggression against Ukraine, UN Doc. A/ES-11/L.1, 1.3.2022, op. para. 2; s. auch Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine, UN Doc. A/HRC/52/CRP.4, 29.8.2023, paras. 100-107.

2 *Kreß*, The Ukraine War and the Prohibition of the Use of Force in International Law, 2022, S. 9 ff.; *Lange*, Der russische Angriffskrieg gegen die Ukraine und das Völkerrecht, 2023; *Nußberger*, Osteuropa 72 (2022), 51 ff.; *Tomuschat*, Osteuropa 72 (2022), 33 ff.

3 *Green/Henderson/Ruys*, Journal on the Use of Force and International Law 9 (2022), 4 ff.; *Walter*, JZ 2022, 473 ff.

4 *Kreß*, Russia's Aggression against Ukraine: The Question of Reparation – International Legal Issues, 2023 Luther Dispute Resolution Lecture: https://www.youtube.com/watch?v=vocxEc0UQcw (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

5 *Kreß*, International Criminal Law, in: Wolfrum (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. V, 2012, S. 719 (Nr. 10).

6 *Kreß/Tams*, Internationale Politik Mai/Juni 2014, 16 ff.

7 *Kreß*, The State Conduct Element, in: Kreß/Barriga, The Crime of Aggression: A Commentary, Bd. 1, 2017, S. 412 ff.

8 *Kreß,* The Ukraine War and the Probibition of the Use of Force in International Law, 2022, S. 22.

tung, Einleitung oder Führung des russischen Angriffskriegs beigetragen haben bzw. beitragen.[9]

Ausweislich des jüngsten Berichts der vom Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen (VN) eingesetzten Unabhängigen Internationalen Untersuchungskommission zur Ukraine vom 29. August 2023[10] ist auch das Völkerrecht des internationalen bewaffneten Konflikts von Russland im Zuge seines Angriffskriegs in weitem Umfang verletzt worden. Zahlreiche der entsprechenden Völkerrechtsverletzungen begründen nach Einschätzung der Kommission den Verdacht von Kriegsverbrechen. Diese betreffen unerlaubte Formen der Kampfführung wie Angriffe auf zivile Ziele i.S.v. Art. 8 Abs. 2 lit. b (i) IStGH-Statut ebenso wie den Bereich außerhalb des Gefechtsfelds. Als mögliche Kriegsverbrechen der letztgenannten Kategorie werden in dem Bericht unter anderem vorsätzliche Tötungen, unrechtmäßige Freiheitsentziehungen, Folter, Vergewaltigung und die Deportation von Kindern i.S.v. Art. 8 Abs. 2 lit. a (i), (ii) bzw. (vii) sowie Art. 8 Abs. 2 lit. b (viii) bzw. (xxii) IStGH-Statut genannt.[11]

Sämtliche der zuletzt aufgeführten Verletzungen höchstpersönlicher Rechtsgüter sind auch mögliche Ausprägungen von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, und zwar i.S.v. Art. 7 Abs. 1 lit. a, d, e, f, g IStGH-Statut. Diese setzen voraus, dass sich die entsprechenden Einzeltaten in einen ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen eine Zivilbevölkerung einfügen. An dieser Stelle übt sich der oben erwähnte Bericht der Untersuchungskommission im Hinblick auf Russlands Vorgehen gegen Zivilbevölkerungen in der Ukraine im Ganzen (noch) in Zurückhaltung. Nur im Hinblick sowohl auf Folterhandlungen durch russische Amtsträger als auch auf die Welle von Angriffen, die Russland seit dem 10. Oktober 2022 gegen ukrainische Ziele im Zusammenhang mit der Energieversorgung dieses Landes durchzuführen begann, stellt die Kommission fest, dass die Taten im Gesamtzusammenhang betrachtet die Dimension von Verbrechen gegen die Menschlichkeit erreicht haben könnten.[12]

Die Kommission formuliert (bislang) keinen Verdacht, das russische Vorgehen könnte die Schwelle zum Völkermord zu Lasten der Ukrainer als einer durch das Völkermordverbot geschützten nationalen Gruppe erreicht haben. Das dürfte damit zu erklären sein, dass nach der internationalen Rechtsprechung an die den Völkermordtatbestand prägende Absicht, eine geschützte Gruppe mindestens teilweise als solche zu zerstören, strenge Anforderungen zu stellen sind.[13] Freilich zeigt sich die Kommission im Hinblick auf Vorwürfe, in der Ukraine werde Völkermord begangen, besorgt. Überdies hält sie es für möglich, dass Rhetorik, so wie sie in staatlichen und sonstigen russischen Medien anzutreffen ist, als direkte, öffentliche Aufstachelung zum Völkermord einzustufen sei.[14] Die (bisherige) Zurückhaltung der Kommission im Hinblick auf die Frage des Völkermords wird nicht durchgängig geteilt. Stattdessen ist frühzeitig die Ansicht geäußert worden, dass die im Frühjahr 2022 einsetzenden Luftangriffe auf die ukrainische Hafenstadt Mariupol in Verbindung mit deren Einkesselung Anzeichen für einen Völkermord aufgewiesen hätten.[15] In der Folgezeit ist teils auch vorgebracht worden, dass Russland im Zuge seines Angriffskriegs über den Fall Mariupol hinaus Völkermord begangen habe und weiterhin begehe. Nicht nur seien sämtliche Angriffsvarianten des Tatbestands verwirklicht worden. Auch sei ein übergreifender russischer Plan zur Zerstörung eines wesentlichen Teils der geschützten nationalen Gruppe der Ukrainer erkennbar, und zwar zum einen wegen des schieren Ausmaßes der Opferzahlen und zum anderen aufgrund gezielter Angriffe auf emblematische Repräsentanten der ukrainischen Nation.[16]

III. Laufende nationale und internationale Strafverfolgung

Am 2. März 2022 gab *Karim Khan*, der Ankläger des *Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH)*, bekannt, er habe ein förmliches Ermittlungsverfahren zu der „Situation der Ukraine“ eröffnet.[17] Der Ankläger konnte diesen Schritt tun, ohne zuvor eine richterliche Ermächtigung einholen zu müssen. Denn nach der Entfesselung des russischen Angriffskriegs hatten binnen kürzester Frist 39 Vertragsstaaten den *IStGH* ersucht, Ermittlungen zu dieser Situation aufzunehmen.[18] Diese für eine sogenannte Staatenüberweisung nach Art. 14 IStGH-Statut präzedenzlose Zahl, die danach noch weiter anwuchs, war eine Art Wiederentdeckung des *Gerichtshofs* durch dessen Vertragsstaaten. Dieser war zu diesem Zeitpunkt aus einer Reihe unterschiedlicher Gründe, zu denen auch ein Anflug nachlassenden vertragsstaatlichen Interesses zählte,[19] in so schweres Fahrwasser geraten, dass Beobachter ihn teils bereits am „Scheideweg“[20] angelangt sahen. Zu den strukturellen Schwierigkeiten, denen sich der *IStGH* ausgesetzt

[9] Für den Entwurf einer Anklage s. Open Society Justice Initiative, Model Indictment for the Crime of Aggression against Ukraine, May 2022, abrufbar unter: https://www.justiceinitiative.org/publications/model-indictment-for-the-crime-of-aggression-committed-against-ukraine (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

[10] Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine, a.a.O. (Fn. 1); im Anschluss an und in Vertiefung von Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, UN Doc. A/HRC/52/62, 15.3.2023.

[11] Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine, a.a.O. (Fn. 1), 1 f. (summary).

[12] Wie Fn. 11.

[13] Zum Stand der Diskussion (und mit umfänglichen Nachweisen) *Kreß,* in: MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. (2022), § 6 VStGB Rn. 71-91.

[14] Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine, a.a.O. (Fn. 1), para. 774.

[15] *Luchterhandt*, Osteuropa 72 (2022), 65 ff.

[16] S. insbesondere die von *Kristina Hook* verfasste und vom New Lines Institute for Strategy and Policy sowie vom Raoul Wallenberg Centre for Human Rights herausgegebene Studie „The Russian Federation’s Escalating Commission of Genocide in Ukraine: A Legal Analysis, July 2023, abrufbar unter: https://newlinesinstitute.org/genocide/the-russian-federations-escalating-commission-of-genocide-in-ukraine-a-legal-analysis/ (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

[17] International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan Q.C., on the Situation in Ukraine, 2.3.2022, abrufbar unter: https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

[18] Näher *Ambos*, DRiZ 2022, 170-171.

[19] *Kreß*, in: FS Hofmann, 2023, S. 106 ff.

[20] *Zimmermann*, JZ 2022, 261 ff.

sieht, zählen nicht zuletzt seine – gemessen an den weltweit zeitgleich auf ihn wartenden Aufgaben – begrenzten Ressourcen. Diese erklären jedenfalls zum Teil, warum die Ermittlungen zur Situation der Ukraine erst im März 2022 eröffnet wurden, obgleich diese Situation bereits seit April 2014 Gegenstand von Vorermittlungen gewesen ist, die *Khans* Vorgängerin *Fatou Bensouda* bereits 2019 zu dem Schluss geführt hatten, die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens lägen vor. *Bensouda* hatte einen Anfangsverdacht im Hinblick auf Kriegsverbrechen auf der Krim (seit Februar 2014) und in der Ostukraine (seit April 2014) ausgemacht, im Hinblick auf die Krim darüber hinaus einen Anfangsverdacht wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Wenn die seinerzeitige Anklägerin auf die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens trotzdem verzichtet hatte, so vor allem deshalb, um ihrem Nachfolger die Entscheidung darüber zu überlassen, ob die Situation in der Ukraine bei der Verteilung der knappen verfügbaren Ressourcen Priorität haben sollte.[21]

Weder die Russische Föderation noch die Ukraine sind Vertragsstaaten des IStGH-Statuts. Der *Gerichtshof* kann seine Zuständigkeit in der Situation der Ukraine im Hinblick auf einen möglichen Verdacht von Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord dennoch ausüben, weil die Ukraine die gerichtliche Zuständigkeit 2014 bzw. 2015 in zwei sukzessive abgegebenen Erklärungen nach Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut *ad hoc* anerkannt hat. Da die zweite dieser Erklärungen zeitlich offengehalten ist, erstreckt diese sich auch auf die seit dem 24. Februar 2022 begangenen Taten.[22] Neben den Vertragsstaaten begrüßen insbesondere auch die USA die laufenden Ermittlungen des *IStGH*. Das ist deshalb bemerkenswert, weil die Vereinigten Staaten hiermit ein Tätigwerden des *Gerichtshofs* gegen Hoheitsträger eines Nichtvertragsstaats (hier: Russland) gutheißen, der der Ausübung der gerichtlichen Zuständigkeit nicht zugestimmt hat. Die entsprechende Befugnis des *IStGH* haben die USA indessen seit der Annahme des IStGH-Statuts bestritten, und wenngleich die Regierung *Biden* die skandalösen Sanktionen der *Trump*-Administration u.a. gegen Anklägerin *Bensouda*[23] alsbald aufhob, hielt sie an dem besagten grundsätzlichen völkerrechtlichen Einwand gegen das IStGH-Statut doch ausdrücklich fest.[24] Diese langjährige Position der USA steht nun in offenem Widerspruch zu der Haltung desselben Staats im Hinblick auf die Situation in der Ukraine. Das begründet die vorsichtige Hoffnung, die Vereinigten Staaten könnten ihr Verhältnis zum *IStGH* auch im Grundsätzlichen korrigieren.[25] David Scheffer, der die US-Delegation bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut im Sommer 1998 geleitet hatte, ist jüngst sogar mit einem nachdrücklichen Plädoyer für einen baldigen Beitritt der USA zum IStGH-Statut hervorgetreten.[26]

Am 17. März 2023 erließ die zuständige Vorverfahrenskammer des *IStGH* Haftbefehle gegen Präsident *Putin* bzw. seine Beauftragte für Kinderrechte *Lwowa-Belowa*, die jeweils auf dem Verdacht des Kriegsverbrechens der unrechtmäßigen Deportation von ukrainischen Kindern aus von Russland militärisch besetztem ukrainischen auf russisches Staatsgebiet i.S.v. Art. 8 Abs. 2 lit. a (vii) und Art. 8 Abs. 2 lit. b (viii) IStGH-Statut fußen.[27] Der erste Haftbefehl eines internationalen Strafgerichts gegen einen amtierenden Staatschef eines ständigen Mitglieds des UN-Sicherheitsrats markiert zweifellos ein bedeutsames völkerstrafrechtliches Datum. In rechtlicher Hinsicht ist von herausragendem Interesse, dass das Gericht dem russischen Präsidenten keine sog. persönliche Immunität[28] zugebilligt hat. Damit folgte die Vorverfahrenskammer dem Grundsatzurteil, das die Rechtsmittelkammer des *IStGH* am 6. Mai 2019 erlassen hatte. Hierin hatte das Gericht die persönliche Immunität des zum Zeitpunkt des gegen ihn ausgesprochenen Haftbefehls noch amtierenden sudanesischen Staatsoberhaupts *Al Bashir* verneint, und dies nicht etwa nur wegen einer entsprechenden Entscheidung des VN-Sicherheitsrats, sondern im Kern auf der Grundlage der Feststellung, dass amtierende Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister nach Völkergewohnheitsrecht vor einem internationalen Strafgerichtshof persönliche Immunität gar nicht erst beanspruchen können.[29] Offen blieb nach dem Erlass des Haftbefehls gegen Präsident *Putin* wegen dessen Geheimhaltung zunächst, ob der Ausschluss von Immunität nur im vertikalen Verhältnis zum Gerichtshof oder auch im horizontalen Verhältnis zu einem vom *IStGH* um Festnahme und Überstellung ersuchten Vertragsstaat gelten sollte. Die Frage wurde mit dem Wunsch von Präsident *Putin* akut, zum jüngsten Gipfeltreffen der BRICS-Staaten nach Südafrika

---

21 International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Investigation Activities 2020, paras. 277-280, 289, abrufbar unter: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/items-Documents/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

22 Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine, a.a.O. (Fn. 1), para. 870.

23 *Kreß*, Journal of International Criminal Justice 18 (2020), 791 f.

24 *Kreß*, A Plea for True U.S. Leadership in International Criminal Justice, Articles of War, 7.5.2021, abrufbar unter: https://lieber.westpoint.edu/plea-true-u-s-leadership-international-criminal-justice/ (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

25 Committee Report of the International Criminal Court Committee of the American Branch of the International Law Association, 23.8.2023, abrufbar unter: https://www.ila-americanbranch.org/wp-content/uploads/2023/08/ICC-Committee-Statement-Aug.2023.pdf (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

26 *Scheffer*, The United States Should Ratify the Rome Statute, Articles of War, 17.7.2023, abrufbar unter: https://lieber.westpoint.edu/united-states-should-ratify-rome-statute/ (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

27 International Criminal Court, Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Aleksyevna Lvova-Belova, Press Release, 17.3.2023, abrufbar unter: https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and (zuletzt abgerufen am 11.9.2023), näher zu den Verdachtsmomenten im Hinblick auf die Deportation von Kindern Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine a.a.O. (Fn. 1), paras. 715-752.

28 Zum Begriff *Kreß*, in: Ambos, Rome Statute of the International Criminal Court, 4. Aufl. (2022), Art. 98, S. 2626-2627 (para. 84).

29 International Criminal Court, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Appeals Chamber, Judgment in the Jordan Referral re Al Bashir Appeal, ICC-02/05-01/09 OA 2, 6.5.2019, para. 114 in Verbindung mit para. 2.

zu reisen. Wie (bislang nur) einer Anordnung des *High Court of South Africa* zu entnehmen ist, der von der südafrikanischen Opposition mit der Klärung der Rechtslage befasst worden war, steht der *IStGH* auf dem Standpunkt, dass Präsident *Putin* auch im horizontalen Verhältnis die Berufung auf persönliche Immunität versagt ist.[30] Auch dies bedeutet nach dem Grundsatzurteil im Fall Al Bashir keine Überraschung. Doch war insoweit bis zur Entscheidung im Fall *Putin* noch ein kleines Fragezeichen verblieben.[31] Präsident *Putin* nahm am Treffen der BRICS-Staaten in der Folge nur auf digitalem Wege teil – eine Auswirkung des Haftbefehls, die über dessen bereits für sich genommen hohe symbolische Bedeutung fühlbar in die Realität der internationalen hineinreicht.[32]

Neben den beiden genannten Haftbefehlen haben sich die Ermittlungen des Anklägers des *IStGH* in der Situation der Ukraine bislang – soweit ersichtlich – nicht zu Verfahren gegen bestimmte Beschuldigte verdichtet. Im weiteren Fortgang der Dinge wird es in rechtlicher Hinsicht interessant sein zu beobachten, welche Praxis sich hier zu dem in Art. 17 IStGH-Statut niedergelegten Prinzip der Komplementarität entwickeln wird, das der Aufgabenverteilung zwischen internationaler und nationaler Strafverfolgungsebene den rechtlichen Rahmen gibt. Diesem Prinzip zufolge ist ein Verfahren vor dem IStGH dann unzulässig, wenn ein Staat willens und fähig ist, seine Strafgerichtsbarkeit auszuüben. Im Hinblick auf die Situation der Ukraine laufen (völker-)strafrechtliche Ermittlungen zunächst einmal in der Ukraine selbst. Hauptschwierigkeit ist hier die schiere Fülle der Tatvorwürfe, denen ein mit der Verfolgung von Völkerstraftaten vielfach nicht vertieft vertrautes Personal unter den Bedingungen anhaltender Kampfhandlungen und teils fremder militärischer Besetzung des Tatorts nachzugehen hat. Auch ist geltend gemacht worden, die ukrainische Strafjustiz sei im Hinblick auf Unbestechlichkeit und Unabhängigkeit bis heute nicht durchgängig über jeden Zweifel erhaben. Die Ukraine erhält bei ihren Strafverfolgungsbemühungen, bei denen die dortige Generalbundesanwaltschaft mit ihrer Einheit für Kriegsverbrechen im Zentrum steht, Unterstützung von auswärtigen Staaten, so etwa im Rahmen der Atrocity Crimes Advisory Group, der neben der Europäischen Union Kanada, die USA und Großbritannien angehören. Auch Nichtregierungsorganisationen sind an dieser Stelle in bewundernswertem Umfang aktiv.[33] Doch bleibt die Herausforderung für die Ukraine gewaltig.[34] Umso bedeutsamer ist es, dass auch eine beachtliche Zahl dritter Staaten Ermittlungsverfahren zur Situation der Ukraine aufgenommen haben. Dabei zeigen sich im Einzelnen mancherlei Unterschiede, und zwar sowohl im Hinblick auf die in Anspruch genommene Strafgerichtsbarkeit als auch im Hinblick darauf, ob die Verfahren im jeweiligen Inland zum Abschluss geführt werden sollen oder ob lediglich Verfahren in der Ukraine oder vor dem *IStGH* zugearbeitet werden soll.[35] In Deutschland betreibt der Generalbundesanwalt gestützt auf den in § 1 S. 1 des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) verankerten Weltrechtspflegegrundsatz gegenwärtig ein sogenanntes Strukturermittlungsverfahren im Hinblick auf Taten im Zusammenhang mit dem russischen Angriffskrieg.[36] Zusammen genommen ergibt sich ein präzedenzlos facettenreiches Dreieck von Strafverfolgungsbemühungen erstens im Tatortstaat, zweitens auf der internationalen Ebene und drittens in tatortferneren Staaten. In Anbetracht dessen empfiehlt sich eine möglichst enge, fortlaufende Abstimmung zwischen den Akteuren. Hierzu diente die Bildung einer Gemeinsamen Ermittlungsgruppe für die Ukraine zwischen Litauen, Polen und der Ukraine bereits im April 2022, der sich später Estland, Lettland, die Slowakei und Rumänien anschlossen.[37] Dieser Gruppe, deren Arbeit von Eurojust[38] unterstützt wird, ist – in einem bislang einmaligen Schritt – auch die Anklagebehörde des *IStGH* beigetreten.[39] In welchem Umfang die Bemühungen um Koordination zwischenzeitlich zu Synergien geführt haben, bleibt von außen einstweilen schwer erkennbar. Abzuwarten bleibt, ob sich langfristig angelegte Formen der Arbeitsteilung entwickeln werden, und ob die deutsche Strafjustiz bereit sein wird, hierbei einen erheblichen Beitrag zu leisten. Im Hinblick auf in Syrien begangene Verbrechen gegen die Menschlichkeit hatte der Generalbundesanwalt zur Durchführung eines Strafverfahrens nach dem VStGB

30 In the High Court of South Africa Gauteng Division, Pretoria, In the matter between: Democratic Alliance and President of South Africa et al., Case No: 50604/23, Order of 21.7.2023, sub 1., 1.1.

31 *Kreß,* Art. 98, a.a.O. (Fn. 28), S. 2336–2339 (paras. 105-113).

32 *du Plessis/Coutsoudis*, The Putin-South Africa arrest warrant saga: A tale of a shrinking world for an accused war criminal, EJIL:Talk!, v. 18.8.2023, abrufbar unter: https://www.ejiltalk.org/the-putin-south-africa-arrest-warrant-saga-a-tale-of-the-shrinking-world-of-an-accused-war-criminal/ (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

33 Für nur ein Beispiel s. *Yahad*, in: Unum, The Russian War Crimes Project: Gathering Evidence, January 2023.

34 Für einen Überblick s. Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine a.a.O. (Fn. 1), paras. 842-862.

35 Für einen Überblick s. Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine a.a.O. (Fn. 1), paras. 863-867.

36 S. in diesem Zusammenhang die eingehend begründete Strafanzeige der Bundesminister a.D. *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* und *Gerhart R. Baum* v. 6.4.2022 abrufbar unter: https://www.leutheusser-schnarrenberger.de/media/pages/aktuelles/strafanzeige/44c9b0b9c9-1649316526/strafanzeige_sls_gb_gazeas_20220407.pdf (zuletzt abgerufen am 11.9.2023); zu den völkerrechtlichen Grundlagen der Weltrechtspflege s. *Kreß*, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 561 ff.

37 Hilfreiche Informationen bietet die Internetseite: https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/joint-investigation-team-into-alleged-core-international-crimes-committed-in-ukraine-milestones.pdf.

38 *MacLean*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 15. Lfg. (Stand: 04/2010), III A 3.7.

39 International Criminal Court, Statement by ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Investigation Team on international crimes committed in Ukraine, v. 25.4.2022, abrufbar unter: https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

erstmals ein Auslieferungsersuchen gestellt.[40] Hieran ließe sich in der Situation der Ukraine in Absprache mit diesem Staat und im Rahmen eines abgestimmten Vorgehens einer größeren Gruppe von unterstützungsbereiten Staaten anknüpfen.

IV. Sonderstrafgerichtshof für das Verbrechen der Aggression?[41]

Die laufenden Ermittlungen des *IStGH* zur Situation der Ukraine erstrecken sich nicht auf den Verdacht gegen Präsident *Putin* und andere in der Führung Russlands wegen des Verbrechens der Aggression.[42] Zwar ist die Zuständigkeit des *IStGH* über dieses Verbrechen mit Wirkung vom 17. Juli 2018 aktiviert worden.[43] Doch sind die Voraussetzungen für die Ausübung der Zuständigkeit bei diesem Verbrechen deutlich enger als bei den drei anderen Völkerstraftaten. Insbesondere sind dem Ankläger des IStGH im Fall der Aggression durch einen Nichtvertragsstaat (wie Russland) die Hände gebunden, es sei denn es kommt zu einer Überweisung der betreffenden Situation durch den VN-Sicherheitsrat (s. Art. 15 bis Abs. 4, 5 und Art. 15 *ter* IStGH-Statut). Zwar werden gegenwärtig in der Ukraine zahlreiche Strafverfahren wegen Angriffskriegs nach dem einschlägigen Straftatbestand des ukrainischen Strafgesetzbuchs geführt.[44] Doch fordert die Ukraine seit geraumer Zeit die Einsetzung eines internationalen Sonderstrafgerichtshofs für das Verbrechen der Aggression.[45] Dies zum einen deshalb, weil die russische Troika von Staats- und Regierungschef sowie Außenminister in ukrainischen Strafverfahren während ihrer Amtszeit persönliche Immunität genießt,[46] und zum anderen, weil man sich im Hinblick auf die „Ursünde" des Verbrechens der Aggression Urteile mit der denkbar stärksten expressiven Kraft wünscht. Vor kurzem ist die Einrichtung des International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression against Ukraine in Angriff genommen worden.[47] Diese bei Eurojust angesiedelte Koordinierungsstelle, zu deren Aufbau fünf Mitglieder der oben erwähnten Gemeinsamen Ermittlungsgruppe für die Ukraine beitragen, und an der auch die Anklagebörde des *IStGH* teilnimmt, lässt sich als die Keimzelle für einen späteren Sonderstrafgerichtshof ansehen.

Nachdem das ukrainische Anliegen zunächst von einer ganzen Reihe von parlamentarischen Gremien[48] aufgegriffen worden war, unterstützen inzwischen auch 38 Staaten erklärtermaßen die Einsetzung eines Sonderstrafgerichtshofs. In der sogenannten Kerngruppe[49], zu der sich diese Staaten zusammengeschlossen haben, stehen derzeit Fragen wie die der zeitlichen Zuständigkeit des *Gerichtshofs*, der Zusammensetzung des Personals von Anklagebehörde und Gericht sowie der Ausgestaltung des Verfahrens zur Debatte. Während die entsprechende Gespräche bislang hinter verschlossenen Türen geführt werden, ist öffentlich bekannt geworden, dass sich zu der Frage der rechtlichen Verankerung des *Gerichtshofs* gegenwärtig im Kern zwei Positionen gegenüberstehen: Die Ukraine und eine Reihe anderer vor allem mittel- und osteuropäischer Staaten[50] plädieren für eine völkerrechtliche Grundlage in Gestalt eines Vertrags zwischen der Ukraine und den VN, diese vertreten durch ihren Generalsekretär, der wiederum auf ein Ersuchen der Generalversammlung[51] hin tätig zu werden hätte. Dagegen steht die Präferenz vor allem der G 7-Staaten[52] für ein internationalisiertes Strafgericht, das in der ukrainischen Rechtsordnung wurzeln, indessen mit internationalen Elementen ausgestattet sein soll.[53]

Der Ausgang dieses diplomatischen Ringens ist im Zeitpunkt der Niederschrift dieses Beitrags offen. Völkerrechtspolitisch vorzugswürdig ist die von der Ukraine und

---

40 *Kreß*, in: Kaleck/Kroker, Syrische Staatsfolter vor Gericht/Syrian State Torture in Trial, 2023, S. 185.

41 Eingehender zum Folgenden *Kreß*, Nuremberg Academy Lecture 2023, abrufbar unter: https://www.nurembergacademy.org/events/nuremberg-academy-lecture-2023/ (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

42 Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan, on the Situation of Ukraine, v. 25.2.2022, abrufbar unter: https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-been-closely-following (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

43 *Kreß*, Journal of International Criminal Justice 16 (2018), 1 ff.; *Kreß/von Holtzendorff,* ZVN 2010, 260 ff.

44 Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine, a.a.O. (Fn. 1), para. 844.

45 S. nur die Haager Rede des ukrainischen Präsidenten v. 4.5.2023, abrufbar unter: https://www.president.gov.ua/en/news/vistup-volodimira-zelenskogo-pered-predstavnikami-gromadskos-82653 (zuletzt abgerufen am 11.9.2023); für die ukrainische Position wegweisend war der Aufsatz von *Sands*, Putin's use of military force is a crime of aggression, Financial Times v. 28.2.2022.

46 Advisory Committee on Public International Law, Challenges in prosecuting the crime of aggression: jurisdiction and immunities, Advisory report no. 40, 12.9.2022, 10, abrufbar unter: https://www.advisorycommitteeinternationallaw.nl/publications/advisory-reports/2022/09/12/challenges-in-prosecuting-the-crime-of-aggression-jurisdiction-and-immunities (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

47 Nützliche Informationen finden sich unter: https://bit.ly/3EzKGUA.

48 Besonders beeindruckend insoweit die Entschließung 2482 (2023) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats v. 26.1.2023, abrufbar unter: https://pace.coe.int/en/files/31620/html (zuletzt abgerufen am 11.9.2023); s. im Übrigen die Nachweise in Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine, a.a.O. (Anm. 1), para. 926 (dort in Anm. 625).

49 S. etwa das Joint Statement on efforts to establish a tribunal for the crime of aggression against Ukraine v. 9.5.2023, abrufbar unter: https://www.president.gov.ua/en/news/spilna-zayava-stosovno-zusil-zi-stvorennya-tribunalu-shodo-z-82785 (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

50 Zu der selten hinreichend berücksichtigten Perspektive dieser Staaten erhellend *Labuda*, Accountability for Russian Imperialism in the „Global East", Just Security v. 21.8.2023, abrufbar unter: https://www.justsecurity.org/87666/accountability-for-russian-imperialism-in-the-global-east/ (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

51 Zur Kompetenz der Generalversammlung eingehend *Stahn*, Case Western Reserve Journal of International Law 55 (2023), 251 ff.

52 Soweit ersichtlich erstmals im G 7 Japan 2023 Foreign Minister's Communiqué v. 18.4.2023, abrufbar unter: https://www.state.gov/g7-japan-2023-foreign-ministers-communique/ (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

53 Für weitere derzeit weniger aussichtsreiche Lösungsvarianten s. Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine, a.a.O. (Fn. 1), paras. 927-933.

zahlreichen mittel- und osteuropäischen Staaten bevorzugte Lösung.[54] Ein von den Ja-Stimmen von Staaten aus allen Weltregionen getragenes internationales Gericht würde die internationale Gemeinschaft als Ganze unter den gegebenen Umständen am besten verkörpern und deshalb das denkbar stärkste Signal für die sehr zu wünschende Neubefestigung des angegriffenen völkerrechtlichen Gewaltverbots aussenden können. Dass sich die Bundesregierung dieser Einsicht bislang verschließt und demgegenüber das G 7-Modell stark macht, muss vor dem Hintergrund des beharrlichen Einsatzes, den Deutschland über zwei Jahrzehnte hinweg für die Möglichkeit einer internationalen Ahndung des Verbrechens der Aggression erbracht hat,[55] erstaunen. Sollten die Weichen am Ende – wie neben der Bundesregierung vor allem von Frankreich, Großbritannien und den Vereinigten Staaten gewünscht – in die Richtung eines internationalisierten ukrainischen Strafgerichts gestellt werden, so möchte man hoffen, dass Deutschland sich wenigstens mit aller Kraft dafür einsetzt, dass die im internationalen Konsens angenommene und im Einklang mit dem geltenden Völkergewohnheitsrecht auszulegende Tatbestandsfassung in Art. 8 *bis* IStGH-Statut zur Anwendung gelangen wird, damit die Autorität dieser mit so viel Mühe erzielten Einigung nicht Schaden nimmt.

Vollends legitim wird die Errichtung eines Sonderstrafgerichtshofs für das Verbrechen der Aggression im Fall des russischen Angriffskriegs in der einen oder anderen Form schließlich nur dann sein, wenn dieser Schritt von der Entschlossenheit begleitet sein wird, die derzeit bestehende Lücke in der Architektur der Völkerstrafrechtspflege für die Zukunft[56] an deren Wurzel – im IStGH-Statut – zu schließen. Denn erst hiermit würde im Geist des Vermächtnisses der historischen Strafprozesse von Nürnberg und Tokyo gehandelt, auch die Strafverfolgung wegen des damals auf Vorschlag des sowjetischen Völkerrechtlers *Aron Trainin*[57] hin sogenannten Verbrechens gegen den Frieden an dem zentralen Gerechtigkeitspostulat der Gleichheit vor dem Recht auszurichten. Solange Frankreich, Großbritannien und die Vereinigten Staaten es an solcher Entschlossenheit nicht nur fehlen lassen, sondern im Gegenteil sogar mit Macht auf dem Fortbestand der bestehenden Schranken für die Zuständigkeitsausübung des *IStGH* bestehen, die vor allem auf ihr früheres Drängen zurückgehen,[58] solange fehlt es diesen drei Staaten bei ihrer Befürwortung eines Sonderstrafgerichtshofs für die russischen Tatverdächtigen an Überzeugungskraft. Die deutsche Außenministerin hat das Legitimitätsproblem demgegenüber klar benannt und hieraus zu Recht die Forderung einer zweigleisigen Strategie abgeleitet, die die Änderung des IStGH-Statuts einschließt.[59] Zu wünschen bleibt, dass die deutsche Außenpolitik nun auch den Mut zur Courage ihrer Chefin findet und gemeinsam mit einer Gruppe Gleichgesinnter den diplomatischen Prozess zur Vertragsreform alsbald in Gang bringt.[60] Da die meisten afrikanischen, asiatischen und lateinamerikanischen Staaten in den diplomatischen Verhandlungen ein stärkeres Zuständigkeitsregime zum Verbrechen der Aggression im IStGH-Statut bevorzugt hatten, böte sich Deutschland an dieser Stelle eine vortreffliche Gelegenheit, „stärker über den engen Freundeskreis hinauszugehen",[61] um so zugleich das Völkerrecht auf der institutionellen Ebene zu stärken.

V. Ausblick

Zum unmittelbaren Schutz der Ukraine und ihrer Menschen vermag das Völkerstrafrecht nach der Entfesselung des russischen Angriffskriegs bestenfalls ganz am Rande beizutragen. Aufgabe der Völkerstrafrechtspflege ist es, möglichst vielen ukrainischen Opfern russischer Völkerstraftaten ein Mindestmaß an Genugtuung widerfahren zu lassen und im besten Fall dazu beizutragen, dass größere Teile der russischen Bevölkerung[62] sich dazu verstehen werden, der Wahrheit des im Namen Russland geführten Angriffskriegs ins Gesicht zu schauen. Hierin besteht der Beitrag, den die Aufarbeitung der völkerstrafrechtlichen

---

54 Auch Persönlichkeiten des internationalen Lebens haben sich öffentlich für dieses Modell ausgesprochen; so etwa der frühere Generalsekretär der VN *Ban Ki-moon* in einem Beitrag für The Jakarta Post v. 20.4.2023, abrufbar unter: https://www.thejakartapost.com/opinion/2023/04/20/the-path-to-int...onal-tribunal-on-aggression-in-ukraine-must-run-through-unga.html (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

55 *Kaul,* in: Kreß, 10 Jahre Arbeitskreis Völkerstrafrecht. Geburtstagsgaben aus Wissenschaft und Praxis, 2015, S. 49 f., 58 ff.; *Kreß*, in: Linton/Simpson/Schabas, For the Sake of Present and Future Generations. Essays on International Law, Crime and Justice in Honour of Roger S. Clark, 2015, S. 31 ff.

56 Rechtlich kommt auch eine rückwirkende Reform des Zuständigkeitsregimes im IStGH-Statut in Betracht (s. *Hobe/Kreß/Nußberger*, Gegen den Frieden. Aggression bestrafen! – Eine Schwachstelle des Völkerstrafrechts muss beseitigt werden, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 12.1.2023). Daher wäre eine Änderung des IStGH-Statuts eigentlich auch im Hinblick auf den russischen Angriffskrieg die beste Lösung. Doch herrscht bei den Staaten die Überzeugung vor, für die Situation der Ukraine käme eine Lösung über eine Reform des IStGH-Statuts nicht rechtzeitig genug.

57 *Hirsch*, Soviet Judgment at Nuremberg. A New History of the International Military Tribunal after World War II, 2020, S. 7 f., 20 f., 35-43.

58 Coalition for International Criminal Justice, States Parties Should Strengthen the ICC's Ability to Prosecute Aggression, CICJ Statement No 3 v. 27.4.2023, abrufbar unter: https://cicj.eu/statement-3/ (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

59 *Baerbock*, Strengthening International Law in Times of Crisis v. 16.1.2023, abrufbar unter: https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/strengthening-international-law-in-times-of-crisis/2573492 (zuletzt abgerufen am 11.9.2023); ebenso nun Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry for Ukraine, a.a.O. (Fn. 1), para. 946; übereinstimmend *Peters/Stendel*, ZVN 2023, 74; bereits zuvor *Hobe/Kreß/Nußberger*, Gegen den Frieden. Aggression bestrafen! – Eine Schwachstelle des Völkerstrafrechts muss beseitigt werden, a.a.O. (Fn. 56); a.A. *Ambos*, ZVN 2023, 75; ähnlich skeptisch *Zimmermann/Berdefy*, EuGRZ, 2023, 47.

60 Zwischenzeitlich hat das Global Institute for the Prevention of Aggression einen voll ausgearbeiteten Textvorschlag mit Begründung vorgelegt, s. https://crimeofaggression.info/wp-content/uploads/GIPA-model-amendment-proposal.pdf (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

61 *Heusgen/Eisentraut*, ZVN 2023, 160 ff.

62 Ermutigend die mutige Brüsseler Erklärung einer Gruppe von russischen Völker- und Menschenrechtlern vom Juni, die sich für die Arbeit des *IStGH* und für die Einsetzung eines internationalen Sonderstrafgerichtshofs für das Verbrechen der Aggression ausspricht; s. *Bogush/Vasiliev*, The Brussels Declaration: Russian International and Human Rights Lawyers' Statement on Accountability, Just Security v. 12.6.2023, abrufbar unter: https://www.justsecurity.org/86911/the-brussels-declaration-russian-international-and-human-rights-lawyers-statement-on-accountability/ (zuletzt abgerufen am 11.9.2023).

Dimension des russischen Angriffskriegs gemeinsam mit dem Einsatz anderer rechtlicher und außerrechtlicher Instrumente auf längere Sicht zur Wiederannäherung im ukrainisch-russischen Verhältnis wird leisten können. Darüber hinaus geht es bei der völkerstrafrechtlichen Reaktion auf den russischen Angriffskrieg ganz wesentlich darum, dessen Anschlag auf die Grundpfeiler der geltenden Völkerrechtsordnung abzuwehren. Insoweit kommt der Strafverfolgung wegen des Verdachts von Verbrechen der Aggression im Hinblick auf die zukünftige Autorität des völkerrechtlichen Gewaltverbots eine hervorgehobene Bedeutung zu. Insgesamt sind die Herausforderungen gewaltig, und die Strafverfolgung steht auf allen Ebenen erst ganz am Anfang. Zugleich aber fällt es schwer, sich einen anderen völkerstrafrechtlich relevanten Großkonflikt in Erinnerung zu rufen, in dem das – immer noch fragile und in der Entwicklung begriffene – globale System der Völkerstrafrechtspflege bereits in der akuten Phase der Feindseligkeiten auf so vielen Ebenen parallel aktiviert worden ist. Das begründet – behutsame – Hoffnung: für die Menschen in der Ukraine, wie für die Zukunft der internationalen Rechtsordnung.

Vorsichtige Schritte in die richtige Richtung – Überlegungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts

*von Prof. Dr. Stefanie Bock**

Abstract
Seit gut 20 Jahren können in Deutschland völkerrechtliche Verbrechen auf Grundlage des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) verfolgt werden. Die Aufklärung von systematischen Menschenrechtsverletzungen, die ggf. weit entfernt vom Gerichtsort begangen werden, stellt die nationale Justiz jedoch vor erhebliche Herausforderungen. Zunächst gilt es, den internationalen Wurzeln des VStGB und seiner Einbindung in das internationale Justizsystem gerecht zu werden. Insbesondere soll ein Gleichklang mit Recht und Praxis des Internationalen Strafgerichtshofs hergestellt werden. Zudem stellt sich die Frage, ob und inwieweit das nationale Verfahrensrecht der Komplexität und den besonderen Anforderungen interkultureller Großverfahren gewachsen ist. Das Bundesministerium der Justiz hat nach einer Dekade VStGB Bilanz gezogen und einen Referentenentwurf zur Fortentwicklung des deutschen Völkerstrafrechts vorgelegt. Angestrebt wird insbesondere, den völkerstrafrechtlichen Schutz der sexuellen und reproduktiven Selbstbestimmung zu verbessern, die prozessualen Rechte der Opfer zu stärken und die Breitenwirkung von VStGB-Verfahren zu erhöhen. Die Vorschläge zielen in die richtige Richtung, sind aber tendenziell zurückhaltend und fragmentarisch. Der Gesetzgeber sollte mehr Mut zeigen, Völkerstrafverfahren neu zu denken.

For more than 20 years, crimes under international law can be prosecuted in Germany on the basis of the Code of Crimes against International Criminal Law (Völkerstrafgesetzbuch, VStGB). However, the investigation of systematic human rights violations, which may be committed far away from the place of trial, poses considerable challenges for the national judiciary. First of all, it is necessary to respect the international roots of the VStGB and to further its integration into the global international justice system. In particular, the national law is to be harmonised with the law and practice of the International Criminal Court. In addition, the question arises as to whether and to what extent national procedural law is able to cope with the complexity and special requirements of large-scale intercultural proceedings. The Federal Ministry of Justice has taken stock after a decade of the VStGB and presented a draft bill on the further development of German international criminal law. Its main aims are to improve the protection of sexual and reproductive self-determination, to strengthen the procedural rights of victims and to increase the transnational impact of VStGB proceedings. The proposals aim in the right direction, but tend to be cautious and fragmentary. The legislator should show more courage to rethink international criminal proceedings.

I. Hintergrund – Reformüberlegungen anlässlich eines runden Geburtstages

Im letzten Sommer feierte das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) seinen 20. Geburtstag. Es ist am 30.6.2002 in Kraft getreten und erweitert die bis zu diesem Zeitpunkt eher beschränkten Möglichkeiten der deutschen Justiz,[1] internationale Verbrechen zu ahnden. Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen können in Deutschland seitdem auf Basis des Universalitätsprinzips (§ 1 S. 1 VStGB) und damit unabhängig vom Tatort und der Nationalität von Täter:in und Opfer verfolgt werden. Mit Wirkung zum 1.1.2017 wurde das VStGB zudem um das Verbrechen der Aggression (§ 13 VStGB) ergänzt, das allerdings nur dann dem Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts unterfällt, wenn die Tat im Inland begangen wurde, der/die Täter:in die deutsche Staatsangehörigkeit hat oder sich die Taten gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet (§ 1 S. 2 VStGB).

1. Das VStGB als Baustein eines globalen Strafjustizsystem

Ungeachtet seiner formalen Verankerung im Nationalen muss das VStGB als Baustein eines globalen internationalen Justizsystems gesehen und verstanden werden. Es ist – zumindest auch – die deutsche Antwort auf das am 1.7.2002 in Kraft getretene Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut). Der *IStGH* ist nach dem in Art. 17 IStGH-Statut verankerten Komplementaritätsprinzip als „last resort“ gedacht. Er greift nur ein, wenn die fraglichen Verbrechen auf nationaler Ebene nicht ernsthaft verfolgt werden. Dabei wird in der Präambel des IStGH-Statuts davon ausgegangen, dass „es die Pflicht ei-

* *Prof. Dr. Stefanie Bock* ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung an der Philipps-Universität Marburg und Direktorin des Internationalen Forschungs- und Dokumentationszentrums Kriegsverbrecherprozesse.

[1] Bis zum Erlass des VStGB stellte das deutsche Recht völkerrechtliche Verbrechen – mit Ausnahme des Völkermordes (§ 220a StGB a.F.) und bestimmten Akten der Aggression (§ 80 StGB a.F.) – nicht als solche unter Strafe. Entsprechende Taten konnten lediglich als „gewöhnliche“ nationale Straftaten (Totschlag, Körperverletzung, Sachbeschädigung etc.) geahndet werden, was aber der kollektiven Dimension völkerrechtlicher Verbrechen nicht gerecht wird; zur deutschen Verfolgungspraxis vor 2002 siehe *Jeßberger*, in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Anwendungspraxis und Reformbedarf, 2023, S. 25.

nes jeden Staates ist, seine Strafgerichtsbarkeit über die für internationale Verbrechen Verantwortlichen auszuüben".[2] Mit dem IStGH-Statut soll damit ein mehrebiges System der internationalen Strafjustiz geschaffen werden, in dem die Hauptverantwortung für die effektive Durchsetzung des internationalen Strafrechts bei den Nationalstaaten liegt.[3] Deutschland hat den hierin enthaltenen Auftrag ernst genommen und mit dem VStGB die im IStGH-Statut genannten Verbrechen – wenn auch mit gewissen Modifikationen (siehe dazu auch II) – ins nationale Recht überführt. Hierdurch sollte auch sichergestellt werden, dass Deutschland i.S.d. Komplementaritätsprinzips stets in der Lage ist, völkerrechtliche Verbrechen selbst zu verfolgen und ggf. eine vorrangige Zuständigkeit gegenüber dem *IStGH* geltend machen kann.[4] Zugleich ist das VStGB – vor allem durch die Verankerung des Universalitätsprinzips[5] – ein starkes Signal Deutschlands, eine aktive Rolle im Kampf gegen die Straflosigkeit systematischer Menschenrechtsverletzungen übernehmen zu wollen.

2. Überblick über die Anwendungspraxis

Zu Beginn blieb die Anwendungspraxis allerdings hinter den Erwartungen zurück. Der Generalbundesanwalt (GBA) machte von seinen neugewonnenen Kompetenzen nur sehr zurückhaltend Gebrauch. Bestand der Verdacht, dass völkerrechtliche Verbrechen im Ausland begangen worden sind, wurden die Ermittlungen regelmäßig eingestellt.[6] Dies änderte sich im Zusammenhang mit dem Krieg in Syrien und der hierdurch ausgelösten Fluchtbewegung, die Täter:innen und Opfer völkerrechtlicher Verbrechen (auch) nach Deutschland führte.[7] Dies wurde gleichsam zu einer Initialzündung für das „deutsche" Völkerstrafrecht, das mittlerweile einen festen Platz im Justizalltag hat:[8] Die in Deutschland nach dem Völkerstrafgesetzbuch geführten Prozesse erregen internationale Aufmerksamkeit. Die wohl prominentesten Beispiele sind das Koblenzer Verfahren zu Staatsfolter in Syrien[9] und die Verurteilung *Taha Al-Js* wegen Völkermordes an den Jesid:innen durch das *OLG Frankfurt*.[10] Diese Prozesse gelangten auf die Titelseiten der internationalen Presse,[11] wurden von den Vereinten Nationen positiv zur Kenntnis genommen[12] und von Nichtregierungsorganisationen umfänglich dokumentiert.[13]

3. Herausforderungen völkerstrafrechtlicher Verbrechen

Diese Erfolgsbilanz darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Verfolgung von systematischen Menschenrechtsverbrechen, die in einem anderen Land und ggf. in einem anderen Kulturkreis begangen werden, die deutsche Justiz vor erhebliche Herausforderungen stellt.[14] Es gilt, Geschehnisse zu rekonstruieren, die sich tausende Kilometer entfernt vom Gerichtsort abgespielt haben. Die Erhebung und Würdigung von Beweisen wird durch sprachliche und kulturelle Barrieren erschwert und nicht selten werden Zeug:innen von regimetreuen Kräften bedroht und unter Druck gesetzt. Sehr anschaulich zeigten sich die Schwierigkeiten, die mit der dezentralen Durchsetzung des Völkerstrafrechts verbunden sind, im Stuttgarter Verfahren gegen hochrangige Mitglieder der *Forces Démocratiques de Libération du Rwanda* (FDLR). Die Angeklagten wurden verdächtigt, als Vorgesetzte für zahlreiche Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit verantwortlich zu sein, die Mitglieder des

---

2 Die Pflicht der Staaten zur Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen wird auch in der Rechtsprechung des *IStGH* betont: *IStGH*, Appeals Chamber, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, 25.9.2009, ICC-01/04-01/07-1234, Rn. 85; *IStGH*, Pre-Trial Chamber II, Prosecutor v. Ruto and Sang, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, 30.5.2011, ICC-01/09-01/11-101, Rn. 44.

3 *Bock*, in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Anwendungspraxis und Reformbedarf, 2023, S. 43 m.w.N.

4 Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches, BT-Drs. 14/8524, v. 13.3.2002, S. 12. Hierzu auch *Jeßberger* (Fn. 1), S. 29 sowie *Satzger*, NStZ 2002, 125 (126); *Zimmermann*, ZRP 2002, 97 (98).

5 *Klip*, in: Jeßberger/Geneuss, Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch. Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts", 2013, S. 141 (143): „Meisterleistung".

6 Rechtlicher Hintergrund ist der zeitgleich mit dem VStGB in Kraft getretene § 153f StPO, der dem GBA ein weites Einstellungsermessen bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen ohne Inlandsbezug einräumt, hierzu *Bock* (Fn. 3), S. 44 ff.

7 Hierzu *Bock* (Fn. 3), S. 49.

8 Siehe auch *Safferling*, ZRP 2023, 122.

9 Der erste Angeklagte, *Eyad A.*, wurde vom *OLG Koblenz* wegen Beihilfe zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu einer Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren verurteilt, *OLG Koblenz,* Urt. v. 24.2.2021 – 1 StE 3/21 bestätigt in *BGH*, Beschl. v. 20.4.2022 – 3 StR 367/21. Ungefähr ein Jahr später befand das *Oberlandesgericht* den Hauptangeklagten *Anwar R.* u.a. der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form der Tötung, Folter, Freiheitsberaubung, Vergewaltigung und sexueller Nötigung schuldig und verhängte eine lebenslange Freiheitsstrafe *OLG Koblenz*, Urt. v. 13.1.2022 – 1 StE 9/19 (noch nicht rechtskräftig).

10 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 30.11.2021 – 5-3 StE 1/20 - 4 - 1/20, bestätigt durch *BGH*, NJW 2023, 1138 mit Anm. *Bock;* siehe auch die Anm. von *Dillen*, KriPoZ 2023, 409 ff.

11 *Kampf*, Im Dunkel der Foltergefängnisse, SZ.de v. 20.8.2020, abrufbar unter: https://www.sueddeutsche.de/politik/prozess-im-dunkel-der-foltergefaengnisse-1.5005247 (zuletzt abgerufen am 18.9.2023); Germany Takes Rare Step in Putting Syrian Officers on Trial in Torture Case, New York Times v. 23.4.2020, abrufbar unter: https://www.nytimes.com/2020/04/23/world/middleeast/syria-germany-war-crimes-trial.html (zuletzt abgerufen am 18.9.2023); German court: Syrian man guilty of crimes against humanity, Arab-News v. 13.1.2022, abrufbar unter: https://www.arabnews.com/node/2003571/world (zuletzt abgerufen am 18.9.2023).

12 Siehe hierzu Statement of Germany in the UNGA sixth committee, The scope and application of the principle of universal jurisdiction, 12.10.2022, abrufbar unter: https://new-york-un.diplo.de/un-en/news-corner/-/2558190 (zuletzt abgerufen am 18.9.2023); UN panel welcomes landmark guilty verdict in Germany's prosecution of former Syrian intelligence officer for crimes against humanity v. 13.1.2022, abrufbar unter: https://www.ohchr.org/en/2022/01/un-panel-welcomes-landmark-guilty-verdict-germanys-prosecution-former-syrian-intelligence (zuletzt abgerufen am 18.9.2023); IIIM-Syria welcomes German Court's Crimes Against Humanity Verdict v. 14.1.2022, abrufbar unter: https://iiim.un.org/iiim-syria-welcomes-german-courts-crimes-against-humanity-verdict/ (zuletzt abgerufen am 18.9.2023).

13 Siehe zum Beispiel die Dokumentation des Koblenzer Folterverfahrens durch das Syrian Justice and Accountability Centre and das Marburger International Research and Documentation Centre for War Crimes Trials, abrufbar unter: https://syriaaccountability.org/the-trial-of-anwar-raslan-and-eyad-al-gharib/ (zuletzt abgerufen am 18.9.2023).

14 Siehe hierzu die interdisziplinären Beiträge in *Bock*/*Wagner*, Gerechtigkeit aus der Ferne? Herausforderungen der nationalen Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, 2023.

bewaffneten Flügels der FDLR zwischen Januar 2008 und November 2009 in der Demokratischen Republik Kongo begangen haben sollen – darunter Massentötungen, Menschenhandel, Vergewaltigung, Geiselnahme und unmenschliche Behandlung. Die Beweisführung vor Gericht erweis sich aber als schwierig; bereits während des Verfahrens wurden zahlreiche Anklagepunkte aus Mangel an Beweisen zurückgezogen.[15] Schlussendlich wurden die Angeklagten lediglich zu vergleichsweise niedrigen Freiheitsstrafen wegen Beihilfe zu Kriegsverbrechen bzw. Rädelsführerschaft in einer terroristischen Vereinigung verurteilt;[16] in der Revision wurde der Schuldausspruch teilweise vom *BGH* aufgehoben.[17] Zu der angesetzten Neuverhandlung kam es wegen des Todes des Hauptangeklagten allerdings nicht mehr.[18] Anhand dieses Verfahrens wurde von kritischen Stimmen die Sinnhaftigkeit einer nationalen Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen insgesamt in Frage gestellt. In diesem Sinne leitete der vorsitzende Richter des FDLR-Verfahrens, *Jürgen Hettich*, die Urteilsverkündung mit den Worten ein: „So geht es nicht".[19]

4. Eckpunkte des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz

Mittlerweile hat die Praxis zwar gezeigt, dass nationale Völkerstrafverfahren sehr wohl möglich sind;[20] die Debatte um eventuelle Reformbedarfe ist aber nie vollständig verebbt.[21] Mit dem aktuellen Referentenentwurf greift das Bundesministerium der Justiz (BMJ) diese auf und legt – auch in der Erwartung, dass das VStGB vor dem Hintergrund des Ukraine-Konflikts weiter an Bedeutung gewinnen wird[22] – erste Vorschläge zur Weiterentwicklung des nationalen Völkerstraf(-prozess)rechts vor.[23] Diese betreffen drei große Bereiche:

- Ergänzung des materiellen Rechts, um einen Gleichklang zwischen VStGB und IStGH-Statut zu gewährleisten (dazu unter II.).
- Stärkung von Opferrechten in VStGB-Verfahren (dazu unter III.).
- Verbesserung der Breitenwirkung völkerstrafrechtlicher Prozesse durch Verfahrensdokumentation und gerichtlichen Outreach (dazu unter IV.).

II. Anpassung des materiellen Völkerstrafrechts

Im materiellen Völkerstrafrecht sieht das BMJ Handlungsbedarf bei Völkerstraftaten gegen die sexuelle und reproduktive Selbstbestimmung, dem Verbrechen des Verschwindenlassens sowie den Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung.

1. Schutz der sexuellen und reproduktiven Selbstbestimmung

Mit dem IStGH-Statut wurden erstmals umfangreich und ausdifferenziert Straftaten gegen die sexuelle und reproduktive Selbstbestimmung völkerrechtlich kodifiziert.[24] Vergewaltigung, sexuelle Sklaverei, Nötigung zur Prostitution, erzwungene Schwangerschaft, Zwangssterilisation und jede andere Form sexueller Gewalt vergleichbarer Schwere können seitdem auf internationaler Ebene als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 Abs. 1 lit. g IStGH-Statut) oder Kriegsverbrechen (Art. 8 Abs. 2 lit. b xxii und lit. e vi IStGH-Statut) verfolgt werden. Bei der nationalen Implementierung dieser Vorschriften sah der deutsche Gesetzgeber zwei Schwierigkeiten: Die Auffangklausel „jede andere Form sexueller Gewalt" würde zu Spannungen mit dem Bestimmtheitsgrundsatz führen; zudem sollte ein gewisser Gleichklang mit dem nationalen Sexualstrafrecht erreicht werden.[25] Die internationalen Vorschriften wurden daher nur in modifizierter Form übernommen. Die einschlägigen deutschen Tatbestände umfassen fünf Begehungsformen: sexuelle Nötigung, Vergewaltigung, Nötigung zur Prostitution, Beraubung der Fortpflanzungsfähigkeit und Gefangenhaltung einer unter Anwendung von Zwang geschwängerten Frau (§§ 7 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB).

a) Ergänzung der sexuellen Nötigung durch den sexuellen Übergriff

Mit der Tatvariante der sexuellen Nötigung (die dem IStGH-Statut fremd ist) knüpfte der Gesetzgeber an das deutsche Sexualstrafrecht an. Sie bildete bei Inkrafttreten des VStGB den Grundtatbestand des § 177 StGB a.F., der auf dem Nötigungsmodell beruhte und voraussetzte, dass der/die Täter:in eine andere Person mit Gewalt, durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage zu sexuellen Handlungen nötigt. Mit Blick auf das IStGH-Statut soll die „sexuelle Nötigung" insbesondere die Auffangklausel „jede andere Form sexueller Gewalt" abdecken.[26] Ob dies vollständig gelingt, kann allerdings bezweifelt

[15] Hierzu *Ritscher*, in: Safferling/Kirsch, Völkerstrafrechtspolitik. Praxis des Völkerstrafrechts, 2014, S. 223 (231 ff.).
[16] *OLG Stuttgart*, Urt. v. 28.8.2015 – 5-3 StE 6/10.
[17] BGHSt 64, 10.
[18] Hierzu *Ritscher*, ZIS 2019, 599 (600).
[19] Siehe *Bentele*, ZIS 2016, 803; *Werle*/*Vormbaum*, JZ 2017, 12 sowie *Neumann*, in: Bock/Wagner, Gerechtigkeit aus der Ferne? Herausforderungen der nationalen Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, 2023, S. 113.
[20] Siehe auch *Epik*, in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Anwendungspraxis und Reformbedarf, 2023, S. 255 (256, 258).
[21] Siehe exemplarisch *Bentele*, ZIS 2016, 803; *Werle*/*Vormbaum*, JZ 2017, 12
[22] BMJ, Referentenentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 17.7.2023, S. 9.
[23] BMJ (Fn. 22).
[24] *IStGH,* Office of the Prosecutor, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, Juni 2014, Rn. 1. Siehe auch *Altunjan*/*Steinl*, Rechtswissenschaft 2021, 335 (337).
[25] Siehe Deutscher Bundestag (Fn. 4), S. 20, 21; auch BMJ (Fn. 22). S. 10.
[26] *Altunjan*/*Steinl*, in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Anwendungspraxis und Reformbedarf, 2023, S. 179-198 (181).

werden. Zwar scheint sich das völkerrechtliche Sexualstrafrecht am Nötigungsmodell zu orientieren,[27] es wird aber jedenfalls keine qualifizierte Nötigung nach dem Vorbild des § 177 StGB a.F. verlangt.[28] Zudem erscheint fraglich, ob nach dem deutschen Recht auch Formen sexueller Gewalt erfasst werden können, die – wie beispielsweise die erzwungene Nacktheit[29] – nicht mit körperlichen Kontakten zwischen Täter:in und Opfer einhergehen und auch nicht der Vorbereitung weiterer sexueller Handlungen dienen.[30]

Gravierender ist freilich, das mit der Sexualstrafrechtsreform von 2016 erhebliche Spannungen zwischen dem VStGB und dem deutschen Sexualstrafrecht entstanden sind. Im Einklang mit dem „Nein-ist-Nein"-Modell ist nunmehr der sexuelle Übergriff Grundtatbestand des § 177 StGB, der auf eine Nötigungskomponente verzichtet und ein Handeln gegen den Willen des Opfers genügen lässt. Die §§ 7 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB haben damit ihren ursprünglichen nationalen Bezugspunkt verloren. Dies führt zu nicht unerheblichen Auslegungsproblemen. Sollen die einschlägigen VStGB-Vorschriften weiterhin im Lichte des (abgeschafften) strengen Nötigungsmodells verstanden werden oder soll ein weiteres, autonomes Verständnis der „sexuellen Nötigung" entwickelt werden, das sich stärker am IStGH-Statut und der internationalen Rechtsprechung orientiert?[31] Der Vorschlag des BMJ sieht nun vor, die §§ 7 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB um die Tatvariante des sexuellen Übergriffs zu ergänzen. Damit würden die zwischen VStGB und StGB entstandenen Spannungen aufgelöst, Rechtsklarheit geschaffen und zudem die gegenüber dem IStGH-Statut bestehenden Strafbarkeitslücken abgebaut. Nicht verkannt werden darf aber, dass die Tatvariante des „sexuellen Übergriffs" mit dem vollständigen Verzicht auf eine Nötigungskomponente wohl über IStGH-Statut und den aktuellen Stand des Völkergewohnheitsrechts hinausginge.[32] Dies ist dann nicht unproblematisch, wenn Straftaten auf Basis des Universalitätsprinzips ohne konkreten Inlandsbezug verfolgt werden. Insoweit wird sich auch nach der Reform die Frage stellen, inwieweit das VStGB völkerrechtsorientiert und unabhängig vom StGB ausgelegt werden sollte.[33]

b) Sexuelle Sklaverei

Der Gleichklang zwischen IStGH-Statut und VStGB soll zudem weiter dadurch verstärkt werden, dass nun explizit die Tatbestandsalternative der sexuellen Sklaverei in das VStGB aufgenommen wird. Echte Strafbarkeitslücken dürften insoweit allerdings nicht bestehen, da die fraglichen Handlungen stets den Tatbestand der sexuellen Nötigung erfüllen dürften. Sie aber ausdrücklich als „sexuelle Sklaverei" einzuordnen, bringt im Sinne eines „fair labelling" das Unrecht der Tat klarer zum Ausdruck. Die Opfer werden nicht nur durch singuläre Akte in ihrer sexuellen Selbstbestimmung verletzt. Die Taten erfolgen vielmehr in einem Gesamtkontext, in dem die Opfer einer anderen Person eigentumsähnlich zugeordnet und so zu einem bloßen Objekt degradiert werden.[34]

c) Erzwungener Schwangerschaftsabbruch

Ebenfalls primär expressive Bedeutung hat die vorgeschlagene Ergänzung der §§ 7 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB um die Tatvariante des erzwungenen Schwangerschaftsabbruchs. Entsprechende Handlungen können derzeit (lediglich) als Folter und Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden (§§ 7 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 8, 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB) verfolgt werden. Hierdurch wird aber nicht erfasst, dass die Opfer nicht nur in ihrer körperlichen Integrität, sondern auch und vor allem in ihrer Reproduktionsfreiheit verletzt werden.[35] Die internationale Rechtsprechung kann insoweit auf die Auffangklausel der „anderen Formen sexueller Gewalt" zurückgreifen.[36]

Grundsätzlich sind die Bestrebungen des BMJ, Unterschiede zwischen VStGB und IStGH-Statut abzubauen und das den Opfern zugefügte Unrecht adäquat zu erfassen, uneingeschränkt zu begrüßen. Eine konsequente Umsetzung des rechtsgutsbezogenen Ansatzes würde es aber

[27] Vgl. Art. 7 (1) (g)-6 Nr. 1 der Verbrechenselemente zum IStGH-Statut: "The perpetrator committed an act of a sexual nature against one or more persons or caused such person or persons to engage in an act of a sexual nature by force, or by threat of force or coercion." Die Details sind allerdings sehr umstritten. Überblick über die Diskussion bei *Altunjan/Steinl*, Rechtswissenschaft 2021, 335 (342 f.); *Schwarz*, Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht. Sexualisierte und geschlechtsbezogene Gewalt vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2019, S. 207 ff.

[28] Siehe zu Strafbarkeitslücken unter der aktuellen Regelung auch BMJ (Fn. 22), S. 24 sowie ECCHR, Betroffenenrechte stärken – Strafbarkeitslücken schließen. Stellungnahme zum Reformbedarf des deutschen Völkerstrafrechts im Hinblick auf sexualisierte, reproduktive und geschlechtsbezogene Gewalt sowie prozessuale Rechte, Oktober 2021, S. 3.

[29] Hierzu aus völkerstrafrechtlicher Sicht *Schwarz* (Fn. 27), S. 338 sowie *IStGH,* Office of the Prosecutor (Fn. 24), S. 13.

[30] *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, Bd. 9., 4. Aufl. (2022), § 7 VStGB Rn. 82; *Altunjan/Steinl*, Rechtswissenschaft 2021, 335 (353); siehe auch Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zum Referent:innenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 25.8.2023, S. 1. Zum erzwungenen Schwangerschaftsabbruch sogleich unter II.1.c).

[31] Hierzu *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, § 7 VStGB Rn. 82; *Altunjan/Steinl*, Rechtswissenschaft 2021, 335 (339 ff.); *Altunjan/Steinl* (Fn. 26), S. 181 ff.; auch ECCHR (Fn. 28), S. 3.

[32] *Altunjan/Steinl*, Rechtswissenschaft 2021, 335 (342); *Altunjan/Steinl* (Fn. 26), S. 185.

[33] In diesem Sinne spricht sich das BMJ für eine völkerstrafrechtsfreundliche und kontextsensible Auslegung des Merkmals des Sexualbezuges in §§ 7 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB aus, BMJ (Fn. 22), S. 25.

[34] *Altunjan/Steinl*, Rechtswissenschaft 2021, 335 (351 f.); *Altunjan/Steinl* (Fn. 26), S. 194; ECCHR (Fn. 28), S. 2; auch BMJ (Fn. 22), S. 26; *Safferling*, ZRP 2023, 122 (122 f.) sowie Deutscher Juristinnenbund (Fn. 30), S. 2 unter Verweis auf die praktische Bedeutung des Tatbestandes der sexuellen Sklaverei. Eine andere (hier nicht zu vertiefende) Frage ist allerdings, ob der Tatbestand der sexuellen Sklaverei eine eigenständige Bedeutung gegenüber der „normalen" Sklaverei hat bzw. haben sollte, hierzu *Adams*, Criminal Law Forum 2018, 279. Das BMJ geht von einem gesteigerten Unrechtsgehalt gegenüber der „einfachen" Versklavung aus, BMJ (Fn. 22), S. 26, was aber möglicherweise unberücksichtigt lässt, dass Versklavungen typischerweise auch eine sexuelle Dimension haben.

[35] *Altunjan/Steinl*, Rechtswissenschaft 2021, 335 (354).

[36] Hierzu *Altunjan*, Reproductive Violence and International Criminal Law, 2020, S. 278 ff.; auch BMJ (Fn. 22), S. 27; Deutscher Juristinnenbund (Fn. 30), S. 2.

erfordern, klar zwischen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, Nötigung zur Prostitution, sexuelle Sklaverei) und Straftaten gegen die Reproduktionsfreiheit (Beraubung der Fortpflanzungsfähigkeit, erzwungene Schwangerschaft, erzwungener Schwangerschaftsabbruch) zu unterscheiden und sie in den §§ 7, 8 VStGB unter getrennten Nummern aufzuführen.[37] Zudem wirkt das Vorgehen des BMJ kasuistisch. Der Verzicht auf eine Auffangklausel führt dazu, dass der deutsche Gesetzgeber die Entwicklung der internationalen Rechtsprechung beständig beobachten und bei Bedarf neue Tatbestände – wie nun eben den des erzwungenen Schwangerschaftsbruchs – schaffen muss. Mit einer Auffangklausel könnte die deutsche Rechtsprechung Entwicklungen und Rechtsfortbildungen auf internationaler Ebene dynamisch nachvollziehen.[38] Bestimmtheitsbedenken sind grundsätzlich gewichtig – sie hindern den deutschen Gesetzgeber aber ja auch im Übrigen nicht daran, stark ausfüllungs- und interpretationsbedürftige Auffangklauseln zu verwenden.[39]

d) Erzwungene Schwangerschaft

Der letzte Änderungsvorschlag für die §§ 7 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB betrifft den Tatbestand der erzwungenen Schwangerschaft. Er wird im IStGH-Statut definiert als „die rechtswidrige Gefangenhaltung einer zwangsweise geschwängerten Frau in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen oder andere schwere Verstöße gegen das Völkerrecht zu begehen". Im deutschen Recht ist das Absichtserfordernis nur zur Hälfte umgesetzt.[40] Erfasst werden allein Fälle, in denen der/die Täter:in ethnisch motiviert handelt. Hier soll nun nachgebessert werden. Allerdings hält das BMJ die im IStGH-Statut verwendete Formulierung „oder andere schwere Verstöße gegen das Völkerrecht" für zu unbestimmt und will sie um einen konkreten Bezugspunkt ergänzen. Den Tatbestand soll zukünftig auch erfüllen, wer die geschützte Person gefangen hält, „um Taten nach den §§ 6 bis 13 VStGB zu begehen". Es bleibt abzuwarten, ob der konkretisierende Verweis auf die völkerrechtlichen Kernverbrechen dazu führt, dass das deutsche Recht weiterhin hinter dem IStGH-Statut zurückbleibt. Richtungsweisend ist allerdings, dass das BMJ den Tatbestand geschlechtsneutral formulieren will. Taugliche Opfer sollen zukünftig nicht mehr allein Frauen, sondern generell schwangere Personen sein. Die damit verbundene Einbeziehung von Transpersonen in den Schutzbereich der Norm ist ein kleiner, aber symbolträchtiger Beitrag zur Entwicklung eines gendersensiblen und gendergerechten Völkerstrafrechts.

2. Zwangsweises Verschwindenlassen

Der nächste Änderungsvorschlag betrifft das Verbrechen gegen die Menschlichkeit des zwangsweisen Verschwindenlassens. Hierbei handelt es sich um ein zweiaktiges Delikt. Der erste Akt ist die Festnahme, die Freiheitsentziehung oder die Entführung einer Person im Auftrag oder mit Billigung eines Staates oder einer politischen Organisation. Der zweite Akt besteht darin, dass die verantwortliche Person es unterlässt, die Freiheitsentziehung anzuerkennen oder Auskunft über das Schicksal und den Verbleib des Opfers zu teilen.[41] Zur Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit genügt die Begehung eines der beiden Teilakte (Freiheitsentziehung oder Auskunftsunterlassen), wobei der/die Täter:in in beiden Varianten in der Absicht handeln muss, das Opfer für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen. Bei der Schaffung des VStGB hat der deutsche Gesetzgeber den Tatbestand auf Konstellationen beschränkt, in denen die verantwortliche Person „auf Nachfrage" die Auskunft verweigert. Es wird also vorausgesetzt, dass sich jemand – zum Beispiel Angehörige des Opfers – aktiv nach dem Schicksal der festgenommenen Person erkundigt. Die bloße Nichterteilung einer Auskunft ohne vorherige Nachfrage erfüllt den Tatbestand nicht.[42] Dem IStGH-Statut ist ein solches Nachfrageerfordernis fremd; es erscheint auch nicht sinnvoll, da sich die Freiheitsentziehung nicht zwingend über einen längeren Zeitraum erstrecken muss und sich Angehörige in diktatorischen Regimen ggf. selbst in Gefahr bringen, wenn sie Nachforschungen über verschwundene Familienmitglieder anstellen.[43] Demensprechend wurde die deutsche Regelung international gerügt[44] und soll nun zu Recht durch Streichung des Nachfrageerfordernisses an menschenrechtliche Standards[45] angepasst werden.

3. Verbotene Mittel der Kampfführung

Schlussendlich soll das VStGB an die bereits 2017 beschlossene Ergänzung des Kriegsverbrechenkatalogs des IStGH-Statuts angepasst werden.[46] Betroffen ist § 12 VStGB, der u.a. durch die Pönalisierung bestimmter Mittel der Kriegsführung militärisch nicht erforderliche und damit überflüssige Schädigungen von Kombattant:innen

[37] Deutscher Juristinnenbund (Fn. 30), S. 2-3; siehe auch bereits *Altunjan*/*Steinl* (Fn. 26), S. 180. Grundlegend zur Unterscheidung zwischen sexueller Selbstbestimmung und Reproduktionsfreiheit *Altunjan* (Fn. 36), S. 21 ff.

[38] Siehe auch die Forderung in ECCHR (Fn. 28), S. 6.

[39] Siehe insbesondere § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB: „eine mit den Nummern 1 bis 7 vergleichbare Handlung".

[40] Siehe auch die Kritik in ECCHR (Fn. 28), S. 3.

[41] Art. 7 Abs. 2 lit. i IStGH-Statut, § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB; siehe auch *Ambos*, Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe, 5. Aufl. (2018), § 7 Rn. 216.

[42] Deutscher Bundestag (Fn. 4), S. 22; *Werle*/*Jeßberger*, in: MüKoStGB, § 7 VStGB Rn. 95.

[43] Committee on Enforced Disappearances, Concluding observations on the additional information submitted by Germany under article 29 (4) of the Convention, CED/C/DEU/OAI/1 v. 14.4.2023, Rn. 7; übernommen in BMJ (Fn. 22), S. 28.

[44] Committee on Enforced Disappearances (Fn. 43), Rn. 7 f.

[45] Siehe neben dem IStGH-Statut auch Art. 2 des Internationalen Übereinkommens vom 20.12.2006 zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen. Deutschland hat das Übereinkommen mit Gesetz vom 30.7.2009 ratifiziert (BGBl. II 2009, S. 932).

[46] Resolution on amendments to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, Resolution ICC-ASP/16/Res. 4 v. 14.12.2017. Deutschland hat diese Vertragsänderung durch Gesetz vom 8.12.2022, BGBl. II 2002, S. 635, ratifiziert, aber die Ratifizierungsurkunde noch nicht hinterlegt. Änderungen des IStGH-Statuts treten für jeden Staat individuell ein Jahr nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunde in Kraft (Art. 121 Abs. 5 IStGH-Statut).

verhindern will.[47] Im Einklang mit dem IStGH-Statut soll zukünftig auch die Verwendung von Waffen, deren Splitter nicht mit Röntgenstrahlen entdeckbar sind, sowie von dauerhaft blind machenden Laserwaffen völkerstrafrechtlich geahndet werden können.

III. Stärkung von Opferrechten

Ein zentrales Anliegen des Gesetzentwurfs ist die Stärkung der Rechte von Opfern völkerrechtlicher Verbrechen. Dies betrifft vor allem die Nebenklage, aber auch das Recht auf psychosoziale Prozessbegleitung.

1. Ausgangslage: Keine explizite Nebenklageberechtigung von Opfern völkerrechtlicher Verbrechen

Völkerrechtliche Verbrechen gehören derzeit nicht zu Straften, die nach § 395 Abs. 1 StPO zur Nebenklage berechtigen. Dies ist aus gesetzessystematischen Gründen verwunderlich, da sich der Katalog des § 395 Abs. 1 StPO grundsätzlich an der Schwere der Viktimisierung orientiert, die bei völkerrechtlichen Verbrechen, die zu schwersten physischen, psychischen, emotionalen und wirtschaftlichen Schäden bei den Opfer führen,[48] zweifelsohne gegeben ist.[49] Dies bedeutet zwar nicht, dass Völkerstraftatopfern eine aktive Beteiligung am Verfahren vollständig verwehrt wird. Vielmehr kann die Nebenklagebefugnis häufig über ein tateinheitlich verwirklichtes nebenklagefähiges Individualdelikt (z.B. versuchter Totschlag, Körperverletzung, Vergewaltigung) konstruiert werden.[50] Diese „Scheinlösung" ist aber für alle Prozessbeteiligten mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden.[51] Zudem wird verschleiert, dass die Nebenklageberechtigung nicht (allein) aus einer isolierten Individualverletzung fließt, sondern sich auf eine Tat stützt, die Teil eines systemischen Gesamtunrechtszusammenhangs ist und deswegen eine besondere, kollektive Unrechtsdimension aufweist.[52]

2. Individualschützende Wirkung völkerrechtlicher Straftatbestände?

Die kollektive Komponente völkerrechtlicher Verbrechen, also die Tatsache, dass die einzelnen Taten Teil eines übergeordneten, gesamtgesellschaftlichen Konflikts sind (also z.B. im Zusammenhang mit einem systematischen oder ausgedehnten Angriff auf die Zivilbevölkerung oder einem internationalen bewaffneten Konflikt stehen) dürfte freilich der dogmatische Grund sein, warum sie sich derzeit nicht im Katalog der Nebenklagedelikte finden. Die völkerrechtlichen Kernverbrechen bedrohen „den Frieden, die Sicherheit und das Wohl der Welt" (Präambel des IStGH-Statuts). Nach einem traditionellen Verständnis dient das Völkerstrafrecht damit dem Schutz von Kollektivrechtsgütern, die der internationalen Gemeinschaft (Weltfriede) oder bestimmten Gruppen (z.B. das Existenzrecht religiöser Gruppen) zustehen.[53] Hiernach wäre es durchaus konsequent, dass die VStGB-Taten nicht nebenklagefähig sind – es würde i.S.d. des § 373b StPO an einem individuellen Verletzten fehlen.[54]

Allerdings erscheint ein rein kollektivistisches Verständnis völkerrechtlicher Verbrechen im Lichte des in den letzten 30 Jahren immer mehr erstarkten Menschenrechtsdiskurses anachronistisch. Es verkennt, dass die kollektive Dimension der Taten aus der systematischen Verletzung individueller Menschenrechte heraus entsteht, wobei die einzelnen Rechtsverletzungen miteinander durch eine Gesamttat (Angriff auf die Zivilbevölkerung, bewaffneter Konflikt) verknüpft sind. Jedenfalls für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen ist daher mittlerweile anerkannt, dass sie zumindest auch Individualrechtsgüter schützen.[55] Beim Völkermord scheint hingegen der Kollektivgedanke stärker im Vordergrund zu stehen, da der/die Täter:in in der Absicht handeln muss, eine geschützte Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören. Die Gruppe ist damit das eigentliche Angriffsziel.[56] Dies hat den *BGH* zu der Schlussfolgerung veranlasst, dass das Schutzgut des Verbrechens des Völkermordes nicht die Individualrechtsgüter der von den objektiven Tathandlungen betroffenen einzelnen Personen sei, sondern (allein) die Existenz der Gruppe als solche.[57] Eine solche Sichtweise verkennt jedoch, dass jede genozidale Handlung stets mit der Verletzung von fundamentalen Menschenrechten einzelner Gruppenmitglieder einhergeht. § 6 VStGB jedwede individualschützende Funktion abzusprechen, ist vor diesem Hintergrund wenig überzeugend.[58] Hinzu kommt, dass sich der Völkermord aus den Verbrechen gegen die Menschlichkeit heraus entwickelt hat, so dass es entstehungsgeschichtlich naheliegend ist, dass beide Tatbestände vergleichbare Schutzrichtungen aufweisen.[59] Dies wird auch dadurch bestätigt, dass der *IStGH* bei der Ausgestaltung der prozessualen Opferbeteiligung in internationalen Strafverfahren (siehe Art. 68 Abs. 3 IStGH-Statut) keine deliktsspezifischen Unterschiede macht.[60] Lediglich bei dem Verbrechen der Aggression lässt sich nach wie vor diskutieren, ob es (auch) dem Schutz von Individualinteressen dient. Der Schwerpunkt der Tat liegt auf der Verletzung des Gewaltverbotes

---

47 *Kreß*, in: MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. (2022), § 8 VStGB Rn. 1.
48 Hierzu *Bock*, Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2010, S. 52 ff.
49 *Werkmeister*, in: Bock/Wagner, Gerechtigkeit aus der Ferne? Herausforderungen der nationalen Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, 2023, S. 119 (120); auch ECCHR (Fn. 28), S. 7.
50 *Werle/Vormbaum*, JZ 2017, 12 (15); *Werkmeister* (Fn. 49), S. 121.
51 Hierzu *Werkmeister* (Fn. 49), S. 123 f.; zu praktischen Problemen *Epik* (Fn. 20), S. 262.
52 Kritisch auch *Safferling*, ZRP 2023, 122 (123), der den Umweg über die nationalen Tatbestände für unangemessen hält.
53 *Triffterer*, ZStW 2002, 321 (341).
54 Siehe *Werkmeister* (Fn. 49), S. 131.
55 Hierzu *Ambos*, Treatise on International Criminal Law – Volume I: Foundations and General Part, 2. Aufl. (2021) S. 113 ff.; *Bock* (Fn. 48), S. 97 ff., 105 ff.; *Werkmeister* (Fn. 49), S. 131 f.; auch *BGH,* NJW 2023, 1138 Rn. 56 sowie BMJ (Fn. 22), S. 33.
56 Hierzu m.w.N. *Bock* (Fn. 48), S. 90 ff. Überblick über die Diskussion bei *Kreß*, in: MüKo-StGB, § 6 VStGB Rn. 1 ff.
57 BGHSt 45, 64 (80); in *BGH,* NJW 2023, 1138 Rn. 56 wurde die Frage nach dem individualschützenden Charakter des Völkermordes ausdrücklich offen gelassen.
58 Ausführlicher und m.w.N. *Bock* (Fn. 48), S. 92; *Ambos*, Treatise on International Criminal Law – Volume II: The Crimes and Sentencing, 2. Aufl. (2022), S. 4; auch *Epik* (Fn. 20), S. 261.
59 *Ambos* (Fn. 58), S. 4.
60 *Safferling*, ZRP 2023, 122 (123).

der UN-Charta und damit (zumindest vordergründig)[61] auf der Verletzung staatlicher Souveränitätsinteressen und des Weltfriedens.[62] Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass das BMJ die Nebenklageberechtigung grundsätzlich auf die Opfer von Völkermord,[63] Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen ausweiten will.

3. Der Reformvorschlag: Nebenklageberechtigung mit Einschränkungen

Konkret sollen zukünftig auch Opfer von versuchten Tötungsdelikten nach dem VStGB als Nebenkläger:innen agieren können (§ 395 Abs. 1 Nr. 2a StPO-E). Hierdurch wird § 395 Abs. 1 Nr. 2 StPO (Nebenklageberechtigung von Opfern von versuchten Tötungsdelikten nach §§ 211, 212 StGB) stimmig ergänzt. Bei vollendeten Taten steht die Nebenklagebefugnis dann den Kindern, Eltern, Geschwistern, Ehe- oder Lebensparter:iinnen der getöteten Person zu (§ 395 Abs. 2 Nr. 2 StPO).

Zudem soll der Katalog des § 395 StPO um Taten nach §§ 6-8, 10-12 VStGB ergänzt werden (§ 395 Abs. 1 Nr. 4a StPO-E). Ausgespart werden damit Kriegsverbrechen gegen Eigentum und sonstige Rechte (§ 9 VStGB). Dies scheint auf den ersten Blick konsequent, da auch im Übrigen Eigentumsdelikte nicht *per se* (sondern nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 395 Abs. 3 StPO) zur Nebenklage berechtigten.[64] Allerdings sind Eigentumsdelikte nach dem VStGB in Ausmaß und Wirkung nicht mit einem Diebstahl oder einer Sachbeschädigung i.S.d. nationalen Rechts vergleichbar. Vielmehr zerstören sie regelmäßig die wirtschaftliche und soziale Existenz der Opfer, entziehen ihnen die Lebensgrundlage und bedrohen sie in ihrer Identität. Es ist daher durchaus berechtigt, auch ihnen die Möglichkeit der Nebenklage zu eröffnen.[65] Dies würde auch dem Ansatz des *IStGH* entsprechen, der allen Opfern völkerrechtlicher Verbrechen, also auch denjenigen, die allein in materieller Hinsicht geschädigt wurden, ein Recht auf Verfahrensbeteiligung zuspricht.[66]

Im Übrigen macht der Referentenentwurf die Nebenklageberechtigung davon abhängig, dass die betroffene Person in ihren Rechten auf körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder auf religiöse, sexuelle oder reproduktive Selbstbestimmung oder als Kind in dem Recht auf ungestörte körperliche und seelische Entwicklung verletzt wurde. Durch diesen Rückbezug auf bestimmte Individualrechtsgüter soll eine Vergleichbarkeit mit den anderen Katalogdelikten erreicht werden, „die ebenfalls in erster Linie die höchstpersönlichen Rechtsgüter Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung der dadurch verletzten Personen schützen und zudem mit Blick auf die Tatfolgen für die Opfer der Straftat eine besondere Schwere aufweisen."[67] Dessen ungeachtet wirkt dieser Ansatz insoweit widersprüchlich, als es bei den anderen Nebenklagedelikte genügt, dass die betroffene Person durch die angeklagte rechtswidrige Tat verletzt wurde, also in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden ist oder unmittelbar einen Schaden erlitten hat (§§ 395 i.V.m. 373b StPO). Bei den besonderes gravierenden Völkerstraftaten nun eine Art doppelte Verletzungsprüfung einzuführen, erscheint wenig überzeugend.[68] Zudem führt sie dazu, dass Opfern bestimmter Völkerrechtsverbrechen die Nebenklage auch zukünftig verwehrt wird. Augenfällig ist insbesondere, dass Verletzungen der Menschenwürde und der seelischen bzw. psychischen Unversehrtheit unberücksichtigt bleiben. Beispielsweise Opfer von psychischer Folter i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 5 VStGB[69] bleiben daher von Nebenklage ausgeschlossen;[70] bei ihnen wird auch regelmäßig der „Umweg" über mitverwirklichte nationale Deliktstatbestände versperrt sein. Gleiches dürfte für die Opfer von Zwangsehen gelten, die von der internationalen Rechtsprechung tendenziell nicht als Form sexueller Gewalt, sondern als Angriff auf die Würde des Opfers und Missachtung der Eheschließungsfreiheit eingestuft werden.[71] Der Vorschlag des BMJ beinhaltet damit eine schwer zu rechtfertigende Hierarchisierung von Opfern völkerrechtlicher Verbrechen. Er steht dadurch auch im Widerspruch zur internationalen Praxis, die bei der Opferbeteiligung – wie bereits gesehen – keine rechtsgutsbezogenen Differenzierungen vornimmt.

4. Rechtsbeistand und gemeinschaftliche Nebenklagevertretung

Den nebenklageberechtigten Opfern völkerstrafrechtlicher Verbrechen wird durch § 397a StPO-E ein Recht auf Beiordnung eines Rechtsbeistandes auf Staatskosten zu-

61 Zwingend ist diese Sichtweise nicht. Man kann das Kernunrecht des Aggressionsverbrechens auch darin sehen, dass durch die Tat eine Situation geschaffen wird, in der Menschen in großem Ausmaß getötet und verletzt werden und dass diese Individualrechtsverletzungen ggf. sogar vom Humanitären Völkerrecht gedeckt und damit rechtmäßig sind, *Dannenbaum*, in: Bock/Conze, Rethinking the Crime of Aggression – International and Interdisciplinary Perspectives, 2022, S. 225 (240 ff.).

62 Siehe *Ambos* (Fn. 58), S. 221 sowie *Bock* (Fn. 48), S. 117 m.w.N. In diesem Sinne auch BMJ (Fn. 22), S. 37.

63 Im Eckpunktepapier war noch vorgesehen, nur Opfern von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen die Nebenklagebefugnis einzuräumen, BMJ, Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 23.2.2023, S. 2. Im Referentenentwurf werden nun zu Recht auch Opfer von Völkermord in die Nebenklage einbezogen, wobei das BMJ zur Begründung primär auf die Schwere des aus der Tat sprechenden menschenverachtenden Charakters abstellt, BMJ (Fn. 22), S. 34.

64 BMJ (Fn. 22), S. 37.

65 Deutscher Juristinnenbund (Fn. 30), S. 9 f.

66 Art. 68 Abs. 3 IStGH-Statut i.V.m. Regel 85 der Verfahrens- und Beweisregeln des *IStGH*. Siehe beispielhaft zur weiten Auslegung des Opferbegriffs unter gleichberechtigter Einbeziehung von physischen, materiellen, psychischen und emotionalen Schäden *IStGH,* Trial Chamber I, Prosecutor v. Lubanga, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 14.3.2012, ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 14 ii).

67 BMJ (Fn. 22), S. 37.

68 Siehe auch die Kritik in Deutscher Juristinnenbund (Fn. 30), S. 8.

69 Zur Tatbestandsmäßigkeit des Zufügens seelischer Schmerzen und Leiden *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, § 7 VStGB Rn. 72; international *Ambos* (Fn. 41), § 7 Rn. 207.

70 Zu Recht kritisch daher Deutscher Juristinnenbund (Fn. 30), S. 7.

71 Siehe z.B. *IStGH,* Trial Chamber IX, Prosecutor v. Ongwen, Trial Judgement v. 4.2.2021, ICC-02-04/01/15-1762-Red, Rn. 2748.

gestanden. Dies ist aufgrund der hohen Komplexität völkerstrafrechtlicher Verfahren und der Tatsache, dass die Opfer regelmäßig aus einem fremden Rechts- und Kulturkreis stammen, sinnvoll und angemessen. Um die Prozesse aber nicht durch eine zu hohe Anzahl von Prozessbeteiligten faktisch lahmzulegen – allein im Koblenzer Folterverfahren wurden 4.027 Opfer identifiziert[72] – soll zudem das Institut der kollektiven Nebenklagevertretung erweitert werden. Gem. § 397b StPO kann das Gericht für mehrere Nebenkläger:innen einen gemeinschaftlichen Rechtsbeistand bestellen, wenn die Verletzten gleichgelagerte Interessen verfolgen. Dies soll zukünftig bei Völkerstraftaten regelmäßig dann der Fall sein, wenn den jeweiligen Taten der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegt. Man kann der hiermit verbundenen Kollektivierung von Opfern kritisch gegenüberstehen;[73] sie ist in völkerstrafrechtlichen Verfahren aber eine prozessuale Notwendigkeit und entspricht der Praxis des *IStGH*.[74]

5. Anspruch auf psychosoziale Prozessbegleitung

Schlussendlich sieht § 406g StPO-E vor, dass den nebenklageberechtigten Opfern völkerrechtlicher Verbrechen auf Antrag ein:e psychosoziale:r Prozessbegleiter:in beigeordnet wird. Hierbei handelt es sich um eine besondere Form der nicht rechtlichen Begleitung im Strafverfahren für besonders schutzbedürftige Verletzte, die vor, während und nach der Hauptverhandlung stattfindet. Ziel ist es, durch Informationsvermittlung sowie die qualifizierte Betreuung und Unterstützung die individuelle Belastung der Verletzten zu reduzieren und die Gefahr einer Sekundärviktimisierung durch (Fehl-)Reaktionen der Strafverfolgungsbehörden zu reduzieren (siehe § 2 PsychPbG). Sie ist in völkerstrafrechtlichen Verfahren von zentraler Bedeutung, da die Opfer häufig stark traumatisiert sind, aus einem anderen kulturellen Umfeld stammen, daher mit den Abläufen des deutschen Strafverfahrens nicht vertraut und ggf. unsicher sind, wie sie sich zu verhalten haben und welche Erwartungen an sie gestellt werden. Dies kann zu belastenden interkulturellen Missverständnissen führen. Eine nicht unerhebliche Anzahl von Opferzeug:innen sieht sich zudem im Zusammenhang mit ihrer Aussage massiven Bedrohungen ausgesetzt. Sie in dieser Situation zu unterstützen ist daher nicht nur Ausdruck einer staatlichen Fürsorgepflicht,[75] sondern dient gleichzeitig dazu, die Qualität ihrer Aussage zu verbessern und damit der Wahrheitsfindung. Psychosoziale Prozessbegleitung sollte daher ein elementarer Bestandteil nationaler Völkerstrafprozesse sein.[76] Die vom BMJ vorgeschlagene Ergänzung des § 406g StPO ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Von zentraler Bedeutung wird aber die praktische Umsetzung sein. Insbesondere stellt sich die Frage, ob ausreichend geschulte Prozessbegleiter:innen zur Verfügung stehen, die sich mit den Opfern (die häufig der deutschen Sprache nicht mächtig sind) verständigen können und über die notwendigen psychotraumatologischen und interkulturellen Kompetenzen verfügen.

IV. Verbesserung von Dokumentation und Outreach

Der dritte Block der Änderungsvorschläge betrifft den weiten Bereich der (gerichtsexternen) Kommunikation. So will das BMJ die Möglichkeiten zur Aufzeichnung völkerstrafrechtlichen Verfahren erweitern und der internationalen Presse Zugriff auf gerichtliche Verfahrensdolmetschung gewähren.

1. Aufzeichnungen völkerstrafrechtlicher Verfahren

Ton- und Filmaufnahmen von deutschen Gerichtsverhandlungen sind bekanntermaßen gem. § 169 Abs. 1 S. 2 GVG unzulässig. Im Vergleich mit der Praxis der internationalen Strafgerichte ist dieser deutsche Ansatz sehr restriktiv. So strebt beispielsweise der *IStGH* danach, die Verfahren allen interessierten Personen zugänglich zu machen. Dementsprechend werden grundsätzlich alle öffentlichen Verhandlungen vor dem *IStGH* audio-visuell aufgezeichnet und mit einer Verzögerung von 30 Minuten[77] im Internet gestreamt; später können die Aufzeichnungen dann u.a. über den Youtube-Kanal des *Gerichtshofs* abgerufen werden. In Deutschland bleibt hingegen grundsätzlich nur die Möglichkeit, die Verhandlung vor Ort im Gerichtssaal zu verfolgen oder sich mittelbar aus den Medien über das Verfahren zu informieren. Die Prozesse können daher kaum Breitenwirkung erzielen. Sie werden zudem nicht (oder nur mittelbar) konserviert und stehen dem gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Diskurs über das verhandelte Geschehen allenfalls bedingt zur Verfügung. Dass dies jedenfalls bei Verfahren, die auf ein großes öffentliches Interesse stoßen, misslich ist, hat der Gesetzgeber im Kontext der NSU-Prozesse erkannt und 2018 das Verbot der Medienübertragung „moderat" gelockert.[78] § 169 Abs. 2 GVG erlaubt es nunmehr, zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken Tonaufnahmen (keine Filmaufnahmen) von „Verfahren von herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland" anzufertigen.

Versuche, diese Vorschrift in völkerstrafrechtlichen Verfahren fruchtbar zu machen, sind in der Vergangenheit regelmäßig gescheitert.[79] Anträge auf Audioaufzeichnung wurden von den Oberlandesgerichten u.a. deswegen abgelehnt, weil die Verfahren zwar möglicherweise für die Ge-

[72] Hierzu *Werkmeister* (Fn. 49), S. 121.
[73] Vgl. *Bock* (Fn. 48), S. 487 f.
[74] Siehe hierzu auch *Werkmeister* (Fn. 49), S. 122 m.w.N.; i.E. ebenso *Safferling*, ZRP 2023, 122 (124); *Epik* (Fn. 20), S. 263.
[75] Siehe hierzu *Bock*, in: FS Eisenberg, 2019, S. 363 (365).
[76] Hierzu auch *Rothkegel*, in: Bock/Wagner, Gerechtigkeit aus der Ferne? Herausforderungen der nationalen Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, 2023, S. 149.
[77] Die Verzögerung von 30 Minuten gibt dem Gericht die Möglichkeit, die Aufzeichnungen vor Veröffentlichung zu redigieren, falls dies notwendig sein sollte, um die Preisgabe vertrauliche Informationen (z.B. Namen von geschützten Zeuge:innen) zu verhindern.
[78] Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Menschen mit Sprach- und Hörbehinderungen (Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren – EMöGG), BT-Drs. 18/10144 v. 26.10.2016, S. 11, 19.
[79] Siehe zum Beispiel https://www.ecchr.eu/pressemitteilung/syrien-verfahren-koblenz-wissenschaftler-fordern-ton-aufzeichnung/ (zuletzt abgerufen am 18.9.2023).

sellschaft des Tatorts, nicht aber zwingend für die deutsche Gesellschaft von herausragender Bedeutung seien.[80] Dies greift bei der weltweiten Verfolgung von Völkerstraftaten zu kurz. Das Universalitätsprinzip – und die hierdurch ermöglichte Strafverfolgung ohne Inlandsbezug – zieht seine Legitimation daraus, dass die ihm unterstellten Taten – insbesondere die völkerrechtlichen Kernverbrechen – universell anerkannte Rechtsgüter in systematischer Weise verletzen und damit die gemeinsame Wertgrundlage der gesamten Staatengemeinschaft erschüttern.[81] Jedenfalls wenn – wie in Koblenz – erstmals über Staatsfolter in Syrien verhandelt wird oder wenn – wie in Frankfurt – sich erstmals ein ordentliches Gericht mit den Verbrechen an den Jesid:innen befasst, sind die Verfahren für die gesamte Staatengemeinschaft von grundlegender Bedeutung. Für den Staat, der als ihr Repräsentant *in casu* die Strafverfolgung übernimmt, kann nichts anders gelten.[82]

Unabhängig von solchen Auslegungsfragen will das BMJ dieser Deutschland-orientierten Argumentation den Boden entziehen. In § 169 Abs. 2 S. 1 GVG sollen die Wörter „für die Bundesrepublik Deutschland" gestrichen werden. Damit wird klargestellt, dass eine Aufzeichnung von Verfahren auch dann in Betracht kommt, wenn weder die Verfahrensbeteiligten, noch die Opfer oder der Verfahrensgegenstand einen unimittelbaren räumlichen oder sachlichen Bezug zur Bundesrepublik aufweisen.[83] Entscheidend soll allein sein, ob das Verfahren für sich genommen von herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung ist. Zudem sollen neben der schlichten Audioaufzeichnung zukünftig auch Filmaufnahmen von Prozessen möglich sein. Dies ist deswegen sinnvoll, weil Filmaufnahmen einen unmittelbareren Eindruck in das Verfahren erlauben und es ermöglichen, den Verfahrenshergang in seiner Gesamtheit unter Berücksichtigung non-verbaler Kommunikation und Interaktionen nachzuvollziehen. Die praktische Handhabbarkeit der Vorschrift soll dadurch erleichtert werden, dass für die Zwecke des § 169 GVG nicht zwingend eine eigene Aufnahme hergestellt werden muss, sondern stattdessen auf die ggf. eh im Rahmen der digitalen Verfahrensdokumentation anzufertigenden Bild-Ton-Aufnahmen zurückgegriffen werden kann (§ 169 Abs. 2 S. 2 GVG-E).[84]

Dessen ungeachtet erscheint fraglich, ob die geplante Reform tatsächlich zu einer Änderung in der Rechtsprechung führen wird.[85] Die Oberlandesgerichte haben sich nämlich regelmäßig auch deswegen gegen Aufzeichnungen von völkerstrafrechtlichen Verfahren ausgesprochen, weil dies zu einer Gefährdung der Zeug:innen führen und sich zudem negativ auf deren Aussageverhalten auswirken könnte.[86] An diesem Argumentationsstrang dürften die Gerichte auch unter der Neufassung festhalten (wollen). Gänzlich überzeugend ist er nicht: Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit einer Verfahrensaufzeichnung in Kenntnis der Tatsache geschaffen, dass sich diese in einem gewissen Umfang auf das Aussageverhalten auswirken kann. Seine Abwägungsentscheidung ist – und das ist für die Gerichte bindend – grundsätzlich zugunsten der Aufzeichnung ausgefallen. Wenn im konkreten Fall besondere Umstände vorliegen – eine besondere Schutzbedürftigkeit einer Zeugin oder gesteigerte Risiken einer Aussageverfälschung etc. – kann die Aufnahme teilweise untersagt werden. Eine pauschale Nichtaufzeichnung dürfte hingegen regelmäßig unverhältnismäßig sein. Dies gilt vor allem dann, wenn – wie in Koblenz – nicht einmal die Aufzeichnung der Plädoyers und der Urteilsverkündung zugelassen wird.[87] Der effektive Schutz von (Opfer-)Zeug:innen ist vor allem in völkerstrafrechtlichen Verfahren ein zentrales Thema. Hier wäre es sinnvoll gewesen, das Reformvorhaben nicht auf isolierte Aspekte zu beschränken, sondern die Verfahren als Ganzes zu betrachten. Konkret stellt sich die Frage, wie die nationalen Maßnahmen zum Zeug:innenschutz ausgestaltet und ggf. optimiert werden müssen, um die Risiken, die mit einer Verfahrensaufzeichnung verbunden sind, zu kompensieren. Dass dies (wohl) grundsätzlich möglich ist, indizieren die Erfahrungen der internationalen Gerichte[88] und anderer europäischer Staaten.[89]

Jedenfalls wird der Reformschlag nur bedingt die Breitenwirkung deutscher Völkerstrafprozesse erhöhen können. Es soll nämlich dabei bleiben, dass Aufzeichnungen nur zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken hergestellt werden können. Nach Abschluss des Verfahrens werden sie zunächst in den zuständigen Bundes- oder Landesarchiven verwahrt und grundsätzlich erst nach Ablauf der einschlägigen Sperrfristen herausgegeben. Damit stehen sie der tatbetroffenen Gesellschaft nur einge-

[80] Ausführliche kritische Analyse bei *Burghardt/Thurn*, KJ 2022, 109; siehe hierzu auch *Bock* (Fn. 3), S. 61.

[81] Vertiefend *Ambos*, Treatise on International Criminal Law – Volume III: International Criminal Procedure, 2016, S. 268 ff.; auch *Bock/Wagner*, NJW 2020, 3146 (3146-3147).

[82] Siehe auch die Ausführungen in BMJ (Fn. 22), S. 40 sowie *Epik* (Fn. 20), S. 266; *Safferling*, ZRP 2023, 122 (124).

[83] BMJ (Fn. 22), S. 40.

[84] Hierzu BMJ (Fn. 22), S. 41. Bezug genommen wird insoweit auf die geplante Neureglung des § 271 StPO. Hiernach sollen grundsätzlich alle Hauptverhandlungen, die erstinstanzlich vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht stattfinden, digital dokumentiert werden. Die zu diesem Zwecke erstellten Aufnahmen sind aber grundsätzlich – sofern sie nicht i.S.d. § 169 GVG archiviert werden – zu löschen, wenn das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen oder sonst beendet ist, siehe Bundesregierung, Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG) v. 10.5.2023.

[85] Ebenso *Gmel*, in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Anwendungspraxis und Reformbedarf, 2023, S. 271, 273.

[86] Hierzu *Gmel* (Fn. 85), S. 273 ff.

[87] *Bock* (Fn. 3), S. 61 f.

[88] Hierzu auch *Schmitt*, NStZ 2019, 1.

[89] Siehe auch *Epik* (Fn. 20), S. 267.

schränkt bzw. verzögert für Transitional Justice Prozesse[90] zur Verfügung.

2. Zugang zur gerichtlichen Übersetzung

Ebenfalls der Erhöhung der internationalen Sichtbarkeit deutscher Völkerstrafprozesse dient der § 185 Abs. 4 GVG-E. Dieser sieht vor, dass Medienvertreter:innen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, sich in Gerichtsverhandlungen einer Verdolmetschung bedienen dürfen. Zudem soll das Gericht die Nutzung gerichtlich bereitgestellter Verdolmetschungen zulassen können.

Dieser Regelungsvorschlag reagiert auf eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde im Koblenzer Folterverfahren. Hier beantragten Vertreter:innen der syrischen Presse und syrischer Nicht-Regierungsorganisationen sowie Opfer des Assad-Regimes, die Übersetzungen des gerichtlich bestellten Dolmetschers, der das Prozessgeschehen für die Angeklagten ins Arabische übersetzte, in den Zuschauer:innenraum zu übertragen. Die Vorsitzende wies den Antrag mit der Begründung zurück, dass die Gerichtssprache gem. § 184 GVG Deutsch sei. Zudem erfordere der begehrte Zugang zu den Übersetzungen zusätzliche technische Ausrüstung, die angeschafft, gewartet und desinfiziert werden müsse.[91]

Dies verkennt, dass es § 184 GVG allein darum geht, einen reibungslosen Prozessverlauf zu gewährleisten, das Risiko von Missverständnissen zu verringern und damit die Wahrheitsfindung zu fördern. Geregelt wird also das „Wie" der verfahrensinternen Kommunikation, nicht hingegen wer unter welchen Umständen hieran zu beteiligen ist.[92] Vorhandene gerichtliche Verdolmetschungen nicht zur Verfügung zu stellen, schließt ausländische Medienvertreter:innen faktisch vom Gerichtsgeschehen aus und lässt in völkerstrafrechtlichen Verfahren die berechtigten Informations- und Kommunikationsbedürfnisse der betroffenen Gesellschaft und der internationalen Gemeinschaft weitgehend außer Acht. Dies hat auch das *BVerfG* so gesehen, als es per einstweiliger Anordnung entschieden hat, dass es „akkreditierten Medienvertretern mit besonderem Bezug zum syrischen Konflikt" ermöglicht werden müsse, das Prozessgeschehen auf Arabisch zu verfolgen.[93] In der Begründung verweist das Gericht insbesondere darauf, „dass es sich um ein Strafverfahren handelt, das – namentlich in den Bevölkerungskreisen, für die die Beschwerdeführer zu berichten bezwecken – eine ungewöhnlich große öffentliche Aufmerksamkeit auf sich zieht und damit naheliegend auch auf das Interesse von Medienvertretern stößt, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind". Dies gelte „umso mehr" aufgrund der Anwendung des Universalitätsprinzips, die dem „besonderen, die internationale Gemeinschaft als Ganze berührenden Charakter der infrage stehenden Straftaten" geschuldet sei.[94]

Im Lichte dieser Entscheidung stellt § 185 Abs. 4 S. 1 GVG-E zunächst klar, dass ausländische Medienvertreter:innen das Recht haben, sich mittels einer selbstorganisierten Verdolmetschung in die Lage zu versetzen, dem Gang des Verfahrens zu folgen. Insbesondere können sie auf eigene Kosten Flüsterdolmetscher:innen einsetzen.[95] Dies war im Koblenzer Verfahren aufgrund pandemiebedingter Abstands- und Zugangsregeln nicht möglich und setzt im Übrigen voraus, dass den Medienvertreter:innen hinreichende finanzielle Ressourcen zur Verfügung stehen. § 185 Abs. 4 S. 2 GVG-E bietet als naheliegende Lösung an, dass ihnen Zugriff auf die gerichtliche Verdolmetschung gewährt wird, gibt ihnen hierauf aber keinen Anspruch. Vielmehr wird es in das Ermessen des zuständigen Gerichts gelegt, ob die Verdolmetschung für die Presse geöffnet wird. Es ist daher noch nicht abzusehen, in welchem Umfang die Praxis von dieser Neuregelung Gebrauch machen würde – zumal die Übertragung der Verdolmetschung in den Zuschauerraum mit einem gewissen Ressourcenaufwand verbunden ist.[96] Dessen ungeachtet dürfte in völkerstrafrechtlichen Verfahren aber im Licht der genannten *BVerfG*-Entscheidung häufig in dem Sinne eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegen, dass Medienvertreter:innen aus der Tatort- bzw. Opfergesellschaft Zugang zu der gerichtlichen Verdolmetschung zu gewähren ist, wenn sie sonst keine (zumutbare) Möglichkeit haben, den Prozess zu verfolgen.

Des Weiteren wird die praktische Bedeutung des Regelungsvorschlags von der Auslegung des Begriffs „Medienvertreter:in" abhängen. Bedenklich wäre eine Beschränkung auf akkreditierte Mitglieder der Presse. Gerade in Konfliktregion wie Syrien ist die Presse häufig stark staatlich kontrolliert und reglementiert; die Aufgabe der unabhängigen und objektiven Berichterstattung wird hier häufig von NGOs wahrgenommen. Auch und gerade diesen sollte daher Zugang zur gerichtlichen Verdolmetschung gewährt werden. Zudem ist es misslich, dass der Gesetzentwurf – entgegen seines Grundtenors (dazu unter III.) – an dieser Stelle die Recht der Verbrechensopfer außer Acht lässt. Zwar führt die Erweiterung der Nebenklage automatisch zu einer Erweiterung des Rechts auf Dolmetschleistung (siehe § 187 Abs. 4 GVG).[97] Dieses besteht aber nur insoweit, wie es zur Ausübung der straf-

[90] Mit dem Oberbegriff der „Transitional Justice" werden Übergangsprozesse bezeichnet, mit deren Hilfe die betroffene Gesellschaft nach systematischen Gewaltakten versucht, die Vergangenheit zu bewältigen und neue, friedliche (demokratische) Strukturen aufzubauen. Hierzu zählen die unabhängige und systematische Aufklärung der Geschehnisse, die Identifizierung der Verantwortlichen und (gegebenenfalls) ihre Sanktionierung, die Rehabilitation der Opfer und – soweit möglich – die Kompensation der erlittenen Schäden. Strafrechtliche Verfahren – auch wenn sie im Ausland auf Basis des Universalitätsprinzips geführt werden – können hierzu einen Beitrag leisten, hierzu m.w.N. *Bock/Wagner*, NJW 2020, 3146 (3147). Zur Bedeutung von Verfahrensaufzeichnungen für Transitional Justice Prozesse auch *Epik* (Fn. 20), S. 265 f.

[91] *OLG Koblenz*, Beschl. v. 9.7.2020 – 1 StE 9 /19, Rn. 7, 14, 15.

[92] Siehe auch *Gmel* (Fn. 85), S. 277, die darauf hinweist, dass die Entscheidung, den Medien oder der breiten Öffentlichkeit einen Dolmetscher zur Verfügung zu stellen, im sitzungspolizeilichen Ermessen des Gerichts liegt.

[93] *BVerfG*, NJW 2020, 3166; zustimmend *Gmel* (Fn. 85), S. 278.

[94] *BVerfG*, NJW 2020, 3166 (3167 Rn. 11).

[95] BMJ (Fn. 22), S. 41.

[96] Hierzu *Gmel* (Fn. 85), S. 278.

[97] Hierzu auch BMJ (Fn. 22), S. 19.

prozessualen Rechte notwendig ist. Ein nebenklageberechtigtes Opfer, das sich nicht aktiv in das Verfahren einbringen und keine Aktivrechte ausüben will, hat daher keinen zwingenden Anspruch auf Übersetzung. Diesbezüglich war auch das *BVerfG* zurückhaltend – es hat im Koblenzer Verfahren nur Medienvertreter:innen Zugang zur gerichtlichen Übersetzung gewährt. Personen, die – wie die Tatopfer – dem Verfahren nur aus privatem Interesse beiwohnen wollten, wurden darauf verwiesen sich „aus anderen Quellen über das Prozessgeschehen zu informieren".[98] Dies mag verfassungsrechtlich so sein, hindert den Gesetzgeber aber nicht daran, hierüber hinauszugehen und die (ausländischen) Verbrechensopfer auf kommunikativer Ebene stärker in das Verfahren einzubeziehen. Ihnen die offizielle Verdolmetschung zugänglich zu machen, würde anerkennen, dass sie durch die angeklagten Taten unmittelbar betroffen sind und ihnen daher eine besondere Rolle im Prozess der Tataufarbeitung zusteht. Will man den Opfern im und durch das Strafverfahren Gerechtigkeit widerfahren lassen, setzt dies zumindest voraus, dass sie dem Prozessgeschehen in einer ihnen vertrauten Sprache folgen können. In diesem Sinne etabliert Art. 3 der Opferrechtsrichtlinie der Europäischen Union[99] ein generelles Recht der Opfer „zu verstehen und verstanden zu werden".

Nicht geklärt wird im Gesetzentwurf zudem, wie die Informationsbedürfnisse der betroffenen Gesellschaft, der internationalen Gemeinschaft und der Opfer befriedigt werden können, wenn die angeklagte Person keines Dolmetschers bedarf.[100] Geregelt wird allein die Konstellation, dass eine eh anzufertigende Verdolmetschung weiteren Personen zur Verfügung gestellt werden kann. Fragen ließe sich aber auch, ob bei bestimmten Verfahren der Öffentlichkeit, ausländischen Medienvertreter:innen, den Opfern etc. nicht ein eigenständiger und von den Prozessbeteiligten unabhängiger Anspruch auf Übersetzung eingeräumt werden sollte.

V. Fazit

Im Referentenentwurf werden einige zentrale Punkte, in denen im deutschen Völkerstraf(prozess)recht Nachbesserungsbedarf besteht, erkannt. Die Reformvorschläge bleiben aber sehr zurückhaltend. Im Bereich des Sexualvölkerstrafrechts werden nur kleinere Anpassungen vorgenommen. Hier wäre eine klare Differenzierung zwischen sexueller und reproduktiver Gewalt wünschenswert. Zudem sollte die Übernahme des völkerrechtlichen Auffangtatbestandes ins VStGB erwogen werden. Die Ausdehnung der Nebenklage auf Opfer völkerrechtlicher Verbrechen ist dringend angezeigt. Sie wird im Referentenentwurf aber nur halbherzig, nämlich in Bezug auf ausgewählte Rechtsgutsbeeinträchtigungen vorgenommen. Die vorgesehenen Änderungen von §§ 169, 185 GVG dürften an der restriktiven Dokumentations- und Kommunikationspraxis der Oberlandesgerichte nur wenig ändern. Darüber hinaus gibt es weitere Bereiche, in denen möglicherweise gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Beispielhaft seien genannt die Überprüfung von Verfahrenseinstellungen in Völkerstrafverfahren,[101] der Umgang mit open source und digitalen Beweisen, der Opfer- und Zeug:innenschutz, die Integration von Sachverständigen aus den Bereichen Interkulturalität und Psychotraumatologie in Völkerstrafverfahren,[102] das Beweisantragsrecht auf Vernehmung von Auslandszeug:innen,[103] die Ausgestaltung von Dolmetschleistungen[104] oder die Übersetzung von Urteilen in Strafprozessen mit Auslandsbezügen.[105] Die Komplexität völkerstrafrechtlicher Verfahren verlangt nach einem ganzheitlichen, interdisziplinär abgesicherten Ansatz. Dies bedeutet ggf. auch, bestehende Bausteine des nationale Straf- und Strafverfahrensrechts noch weiter zu hinterfragen und Völkerstrafprozesse neu zu denken.

---

98 *BVerfG*, Entscheidung v. 18.8.2020 – 1 BvR 1919/20.

99 Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl. EU 2012 L 315.

100 Die ist beispielsweise im Frankfurter Verfahren gegen den ehemaligen syrischen Militärarzt *Alaa M.* der Fall. Der Angeklagte beherrscht die deutsche Sprache so sicher, dass über weite Teile des Verfahrens auf eine Verdolmetschung verzichtet wird.

101 *Werle/Vormbaum*, JZ 2017, 12 (13).

102 Zu den Herausforderungen interkultureller Zeug:innenvernehmungen *Helfrich*, in: Bock/Wagner, Gerechtigkeit aus der Ferne? Herausforderungen der nationalen Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, 2023, S. 159.

103 *Werle/Vormbaum*, JZ 2017, 12 (13).

104 Ausführlich *Oğlakcıoğlu*, in: Bock/Wagner, Gerechtigkeit aus der Ferne? Herausforderungen der nationalen Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, 2023, S. 171.

105 Ausführlich *Boe*, ZStW 2022, 926.

Der Rechtsstaat und das Fahren ohne Fahrschein (§ 265a StGB) – Was kostet die Verfolgung eines umstrittenen Straftatbestands?

von Dr. Nicole Bögelein und
*Dr. Frank Wilde**

Abstract
Die Beförderungserschleichung ist, spätestens seitdem der Rechtsausschuss des Bundestages im Juni 2023 darüber debattierte, wieder in der politischen Diskussion. Im Kern des Diskurses steht die Frage der Entkriminalisierung. Dieser Text errechnet, wie viel es den Staat kostet, den Straftatbestand zu verfolgen. Wir beziehen dabei Polizei, Staatsanwaltschaften, Gerichte und Justizvollzugsanstalten ein. Am Ende steht eine Zahl von rund 114 Millionen Euro. Auf dieser Basis werden Alternativen diskutiert und auch die Probleme aufgezeigt, die eine Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit mit sich bringen könnte: Sie könnte zu deutlich mehr Erzwingungshaft – also weiterhin einer Inhaftierung wegen Fahrens ohne Fahrschein – führen.

Fare evasion has been back in the political discussion at least since the Bundestag's Legal Affairs Committee debated it in June 2023. The discourse evolves around the question of decriminalization. This paper assesses how much it costs the state to prosecute the offense. We include police, public prosecutors, courts and prisons. The final figure is around 114 million euros. We then discuss alternatives and also point to the problems that a downgrading to a misdemeanor could entail: It would lead to significantly more coercive detention – and thus mean continued imprisonment for fare evasion.

I. Viele Unbekannte: Wie aufwändig ist der Straftatbestand § 265a StGB?

Am 19. Juni 2023 diskutierte der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs zur Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein auf Antrag der Fraktion Die Linke.[1] In der Debatte wurde festgestellt, dass bundesweite Statistiken darüber fehlen, welchen Aufwand die Justiz und der Justizvollzug betreiben, weil das Fahren ohne Fahrschein (FoF), auch Erschleichen von Leistungen, § 265a StGB, eine Straftat ist. Denn jede:r, der oder die ohne Ticket den öffentlichen Personennahverkehr oder den Fernverkehr nutzt, begeht eine Straftat. Befragt man Jugendliche, so gibt rund ein Viertel an, in den vergangenen 12 Monaten mindestens einmal ohne Ticket öffentliche Verkehrsmittel genutzt zu haben; im Laufe des Lebens haben es sogar mehr als ein Drittel einmal gemacht.[2] Befragte Erwachsene geben zu 23 % an, dass sie gelegentlich ohne Fahrschein fahren.[3] Damit ist es eines der verbreitetsten Delikte – und zugleich ist der Betrag, um den es hier geht, relativ gering. In vielen Großstädten kostet ein Ticket für das Stadtgebiet im Jahr 2023 rund 3,20 Euro.

Dieser Text setzt es sich daher zum Ziel, die Debatte um Zahlen anzureichern. Im Folgenden tragen wir zusammen, welchen finanziellen Aufwand die justizielle Verarbeitung von Delikten wegen § 265a verursacht. Damit soll die politische Diskussion über eine mögliche Reform von § 265a StGB mit Fakten angereichert werden. Der Text folgt in der Gliederung der Verarbeitung des Deliktes und beginnt beim Aufwand der Verkehrsbetriebe für Kontrollen und Verfolgung von Personen, die ohne Fahrschein fahren. Schließlich berechnen wir den Aufwand für Polizei, Staatsanwaltschaften, Gerichte und Justizvollzug. Zu Beginn arbeiten wir die Besonderheit und Genese der Norm auf und reflektieren eine mittlerweile weniger gebräuchliche Begrifflichkeit kurz.

II. Der Straftatbestand § 265a StGB

1. Inhalt der Norm

Der § 265a StGB besagt in Absatz 1:

„Wer die Leistung eines Automaten oder eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes, die Beförderung durch ein Verkehrsmittel oder den Zutritt zu einer Veranstaltung oder einer Einrichtung in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft (…).“

Die Norm umfasst also nicht nur die hier diskutierte Beförderungserschleichung, sondern weitere Leistungen, die erschlichen werden können. Was ist aber genau damit gemeint?

---

* *Dr. Nicole Bögelein* ist Soziologin am Institut für Kriminologie der Universität zu Köln. *Dr. Frank Wilde* ist Referent der Bundesarbeitsgemeinschaft für Straffälligenhilfe e.V. Der vorliegende Text geht zurück auf einen Austausch der beiden Autor:innen und des Gründers der Initiative Freiheitsfonds, *Arne Semsrott*. Er stellte fest, dass eine wissenschaftliche Auseinandersetzung zum Aufwand der Strafverfolgung und des Strafvollzugs von Delikten wegen Fahrens ohne Fahrschein (FoF) fehlt. Wir bedanken uns bei *Arne Semsrott* für hilfreiche Diskussionen.

1 BT-Drs. 20/2081.

2 *Bergmann/Kliem/ Krieg/Beckmann*, Jugendliche in Niedersachsen. Ergebnisse des Niedersachsensurveys 2017. Forschungsbericht Nr. 144. Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen e.v., 2019, online abrufbar unter: https://kfn.de/wp-content/uploads/Forschungsberichte/FB_144.pdf (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).

3 Statista Umfrage ÖPNV in Deutschland, 2019, online abrufbar unter: https://de.statista.com/prognosen/1035688/umfrage-zur-haeufigkeit-des-schwarzfahren-in-deutschland (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).

Nach der Rechtsprechung des *BGH* wird eine Beförderungsleistung im Sinne des § 265a Abs. 1 StGB dann erschlichen, „wenn der Täter ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen" (Leitsatz 1).[4] Dabei ist es nicht notwendig, dass er oder sie vorhandene Sicherheitsvorkehrungen oder regelmäßige Kontrollen umgehen muss.[5] Vielmehr verweist der Begriff des „Erschleichens" auf „die Herbeiführung eines Erfolges auf unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischem Wege" und enthält „allenfalls ein ‚täuschungsähnliches' Moment"[6]

2. Entstehungsgeschichte

Der *BGH* sieht sich dabei im Einklang mit der Entstehungsgeschichte der Norm. Die Vorschrift wurde in der Strafgesetznovelle 1935 in das Strafgesetzbuch eingefügt, um eine Lücke zu schließen. Die bis dahin allein für Betrug vorgesehene Norm des § 263 StGB hatte als Bedingung, dass die Tatbestandsmerkmale der „Täuschung" oder der „Irrtumserregung" auf eine natürliche Kontrollperson bezogen sein mussten, die bei einer realen Kontrollsituation tatsächlich betrogen werden musste.[7] Bei der zunehmenden Bedeutung von Massenleistungen im Verkehr und anderen Bereichen traf dies aber nicht mehr zu, so dass erstmalig 1908 das *RG* eine Person freisprechen musste, bei der zwar festgestellt werden konnte, dass sie über keinen gültigen Fahrschein verfügte – ihr konnte aber nicht nachgewiesen werden, dass sie hierfür eine:n Bahnmitarbeiter:in getäuscht hatte. Seitdem wurde eine neue Strafvorschrift gefordert. Im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches findet sich in den 1920er Jahren dann auch der entsprechende Entwurf zum „Erschleichen freien Zutritts". Die Strafrechtsreform kam vor der Machtergreifung der Nationalsozialisten nicht zum Ende. Erst 1935 wurde die Vorschrift des heutigen § 265a StGB zum Gesetz. Konkreter Anlass war in diesem Fall nicht die Beförderungserschleichung, sondern der Missbrauch eines Münzfernsprechers. Der Automatenmissbrauch galt in dieser Zeit als die „häufigste und volkswirtschaftlich gefährlichste Art der Leistungserschleichung".[8] Das *RG* hatte in einer Entscheidung am 18.12.1934 festgehalten, dass die missbräuchliche Nutzung eines Münzfernsprechers durch das Einwerfen einer Falschmünze nicht als Betrug zu werten sei, da Automaten über kein Vorstellungsvermögen verfügen, das man täuschen könne. Die Reichspost versuchte diese Nachricht noch in den Tageszeitungen zu verhindern, um keine Nachahmer anzuregen. Damit scheiterte sie aber, so dass sich der Gesetzgeber schon vor der geplanten Änderung des Strafgesetzbuches entschied, die oben genannte Novelle zu erlassen.[9]

Der § 265a StGB wurde also nicht aufgrund drängender Probleme mit der Beförderungserschleichung eingeführt, vielmehr ging es um den Missbrauch von Münzfernsprechern. Mittlerweile gibt es keine Telefonzellen mehr, stattdessen hat die Beförderungserschleichung die anderen Tatbestände nahezu verdrängt. Laut Polizeilicher Kriminalstatistik (PKS) umfasste sie im Jahr 2021 99 % der Fälle des § 265a StGB.[10]

3. Gründe für die strafrechtliche Verfolgung

Aus strafrechtlicher Perspektive wird für die Kriminalisierung des FoF argumentiert, dass es sich hierbei einerseits um eine Rechtsgutverletzung handele: Eine Leistung wird auf Kosten des Vermögens und der laufenden Kosten des Leistungserbringers bzw. der Leistungserbringerin erschlichen. Da die fehlenden Einnahmen der Verkehrsbetriebe durch diejenigen, die ihr Ticket zahlen bzw. durch Leistungen der Steuerzahlenden aufgefangen werden muss, handelt es sich andererseits um ein „gemeinschaftsschädliches" Verhalten, wenn Einzelne versuchen auf Kosten anderer „einfach durchzukommen". Dies sollte dann auch, insbesondere im Wiederholungsfall, strafrechtlich verfolgt werden.[11]

Insbesondere die Verkehrsbetriebe haben ein großes Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung, um so den Druck auf die Nichtzahler:innen zu erhöhen. In ihrer Stellungnahme für die o.g. Anhörung erläuterte der Verband der Verkehrsunternehmen, man hielte eine Abschaffung des Straftatbestandes für ein gefährliches Signal und prognostizierte einen deutlichen Anstieg derjenigen, die ohne Fahrschein fahren. Der Verband bezifferte den jährlichen Schaden auf 250 bis 300 Millionen Euro – ohne allerdings zu erklären, wie man auf diese Zahl kommt.[12] Nach einer Abschaffung könne zusätzlich der Eindruck entstehen, „nunmehr ohne spürbare Konsequenzen Schwarzfahren zu können".[13] Die Folge wäre ein deutlicher Anstieg der Missbrauchsquote, deren Schaden der ehrliche Fahrgast oder die öffentliche Hand zu tragen habe.[14] Mit einem solchen generalpräventiven Blickwinkel begründet auch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfrei-

4 *BGH*, Beschl. v. 8.1.2009 – 4 StR 117/08.
5 A.a.O., Rn. 14.
6 A.a.O.
7 Vgl. hierzu *Schwenke*, Zur Strafbarkeit der Beförderungserschleichung § 265a StGB, 2009.
8 *Schienle*, Die Leistungserschleichung (§ 265a StGB), 1938, S. 5.
9 A.a.O., S. 58.
10 Bundeskriminalamt, PKS 2022, Tabelle 01, online abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2022/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=211742 (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).
11 Vgl. hierzu die Redebeiträge der CDU/CSU Abgeordneten *Jung* und *Hoffmann* in der Debatte am 20.4.2018 im Deutschen Bundestag, Deutscher Bundestag, Wortprotokoll der 25. Sitzung am 7.11.2018, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/635546/553033325326fab6c15acbad377325e2/wortprotokoll-data.pdf (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).
12 VDV-Stellungnahme zur Anhörung im Bundestag am 7.11.2018, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/11/Stellungnahme-hilpert-janssen-vdv.pdf (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).
13 A.a.O., S. 1.
14 A.a.O.

heitsstrafen gemäß § 43 StGB“ ihr Votum gegen eine Entkriminalisierung.[15]

4. Kritik am § 265a StGB

Gegenüber diesen Argumenten wird seit Jahrzehnten für eine Entkriminalisierung des FoF geworben.[16] Insbesondere, weil die Beförderungserschleichung als Massendelikt eine erhebliche Zahl an strafrechtlicher Verfolgung auslöst. Im Jahr 2020 erfolgten allein 6 % der Verurteilungen nach allgemeinem Strafrecht aufgrund des Deliktes Erschleichen von Leistungen.[17] Diese Masse bindet Leistungen der Strafjustiz für ein Delikt, welches laut *OLG Brandenburg* „an der untersten Grenze desjenigen Bereichs menschlichen Verhaltens [liegt], den die Rechtsordnung mit Strafe bedroht“.[18] Gleichzeitig ist Fahren ohne Fahrschein dasjenige Delikt, bei welchem die Geldstrafe am häufigsten in eine Ersatzfreiheitsstrafe mündet. Jede siebte Person, die wegen § 265 a zu einer Geldstrafe verurteilt wird, tritt eine Ersatzfreiheitsstrafe an; bei Diebstählen ist es jede achte und bei Steuerdelikten gar nur jede 43.[19] Die härteste Sanktion des deutschen Strafrechts, die Freiheitsstrafe, wird also regelmäßig wegen des kleinsten Delikts vollzogen.[20]

Diese Praxis wird aus verschiedenen Gründen kritisiert. *Erstens* wird in Frage gestellt, ob die Beförderungserschleichung überhaupt als Straftat zu werten sei. Strafrecht und insbesondere die Freiheitsstrafe sollte nur als „ultima ratio“, als letztes Mittel, zum Zuge kommen. Die Tatbegehung des „Erschleichens“ erfordere aber nur eine „äußerst geringe kriminelle Energie“ und verursache nur einen sehr geringen Schaden.[21] Die Beförderungserschleichung sei allenfalls, so bspw. der Gesetzentwurf von Bündnis90/Die Grünen, als Ordnungswidrigkeit zu bewerten, wie auch das Falschparken.[22] Andere sehen selbst diese Androhung als nicht notwendig, da, wie im Gesetzentwurf der Linken vorgesehen, die Verkehrsbetriebe ja freiwillig auf Einlasskontrollen verzichten würden und das erhöhte Beförderungsentgelt als Androhung ausreiche.[23] *Zweitens* treffe diese Norm insbesondere sozial Schwache.[24] Diese hätten Schwierigkeiten sich die Tickets zu leisten, seien aber gleichzeitig auf den öffentlichen Nahverkehr angewiesen. Auch könnten sie, wenn sie sich bereits das Ticket nicht leisten können, auch nicht das erhöhte Beförderungsentgelt der Verkehrsbetriebe entrichten. Sie treffen also zusätzliche negative Folgen, unabhängig von der Kriminalisierung: So reichen die Verkehrsbetriebe bei Nichtzahlung des erhöhten Beförderungsentgeltes (60 EUR) die Forderung an Inkassounternehmen weiter. Solche Verfahren sind kostspielig und erhöhen die Kosten schnell um 50 % (siehe unten). *Drittens* wird die Verhältnismäßigkeit in Frage gestellt. Polizei, Staatsanwaltschaften, Gerichte und Justizvollzug müssen sich mit dem Massendelikt Fahren ohne Fahrschein beschäftigen, und setzen dabei wertvolle Ressourcen ein,[25] die folglich bei der Verfolgung schwerer Kriminalität und bei der Resozialisierung von Menschen, die schwere Straftaten begangen haben, fehlen.

Bereits 1993 brachte der Bundesrat einen Gesetzentwurf ein, in dem die Entkriminalisierung der (einfachen) Beförderungserschleichung und Herabstufung zu einer Ordnungswidrigkeit gefordert wurde.[26] Es folgten weitere Gesetzentwürfe und Vorschläge von Reformkommissionen, von denen jedoch keine eine Änderung des § 265a StGB erreichte. Zuletzt formulierte die Justizminister:innenkonferenz den Beschluss, dass sich die Justizminister:innen einig seien, dass „hinsichtlich des Fahrens ohne Fahrschein Beratungsbedarf“ bestehe (TOP II.23). Die Amtschef:innen der Justizministerien des Bundes und der Länder sollen sich der Thematik annehmen (1./2. Juni 2022). Auch die aktuelle Bundesregierung hat unter dem Stichwort „Entrümpelung des Strafrechts“ angekündigt, den Straftatbestand zu überprüfen. Justizminister *Marco Buschmann* äußerte sich hierzu klar: „Das Fahren ohne Fahrschein gehört nicht ins Sanktionenrecht, sondern wird im Rahmen der (…) geplanten Reform des besonderen Teils des Strafgesetzbuches überprüft werden“.[27]

---

15 Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Abschlussbericht Ersatzfreiheitsstrafen. Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 43 StGB, 2019, S. 133, online abrufbar unter: https://fragdenstaat.de/dokumente/142049-jumiko-blag-ersatzfreiheitsstrafen/?page=111 (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).

16 *Harrendorf*, in: FS Joecks, 2018, S. 97-116.

17 Destatis, Rechtspflege, Strafverfolgung 2020, Fachserie 10.3. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich aufgrund der Corona-Schutz-Maßnahmen im Jahr 2020 und eines entsprechend anderen Verhaltens der Bevölkerung, die Anzahl der Verurteilungen deutlich unter den Vorjahren liegt.

18 *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 19.1.2009 – 1 Ss 99/08.

19 *Bögelein/Ernst/Neubacher*, Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen: Evaluierung justizieller Haftvermeidungsprojekte in Nordrhein-Westfalen, 2014, S. 29.

20 Durch die Rechtsprechung ist die Verhängung von kurzen Freiheitsstrafen bei Bagatelldelikten abgesichert (zuletzt *OLG Hamm*, Beschl. v. 24.7.2018 –5 RVs 103/18).

21 Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zur öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages zum Gesetzentwurf der Linken zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein (BT-Drs. 20/2081), S. 4, online abrufbar unter: https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2023/DRB_230614_Stn_Nr_14_OEffentl._Anhoerung_RA_Bundestag_Befoerderungserschleichung.pdf (zuletzt abgerufen am 30.8.2023).

22 BT-Drs. 19/1690; ebenso *Mosbacher,* Stellungnahme zum Gesetzentwurf BT-Drs. 20/2081 (Entkriminalisierung des „Schwarzfahrens“), online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/953378/1b17993e5e86b39122085677be36c250/Stellungnahme-Mosbacher-data.pdf (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).

23 BT-Drs. 20/2081; ebenso *Hefendehl*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs. Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/953596/81d31a2e8f081772d2156d3b40a46bc8/Stellungnahme-Hefendehl-data.pdf (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).

24 BT-Drs. 20/2081; *Mosbacher*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf BT-Drs. 20/2081 (Entkriminalisierung des „Schwarzfahrens“), online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/953378/1b17993e5e86b39122085677be36c250/Stellungnahme-Mosbacher-data.pdf (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).

25 Stellungnahme Deutscher Richterbund (Fn. 21), S. 3.

26 BT-Drs. 12/6484.

27 Zit. n. zdf.de., online verfügbar unter: https://www.zdf.de/nachrichten/politik/schwarzfahren-straftat-umfrage-100.html (zuletzt abgerufen am 30.8.2023).

5. Anmerkung zur Begrifflichkeit

Apostel zeichnet die Diskussion nach, inwiefern der „gebräuchliche Begriff des ‚Schwarzfahrens' einen rassistischen Hintergrund aufweist".[28] Im Jahr 2012 setzte sich ein Münchener Stadtrat dafür ein, den Begriff zu ersetzen. Die Münchner Abendzeitung holte wissenschaftlichen Rat ein und beschrieb die Argumentation als „haltlos und hochgradig lächerlich". Sprachforschende würden in „schwarz" ein Synonym für illegal sehen. Alternativ könnte der Begriff auf den jiddischen Ausdruck „shvarts" zurückgehen, der „Armut" bedeutet. Dann wären die Menschen, die ohne Fahrschein fahren, also diejenigen, die zu wenig Geld für ein Ticket hätten. Der Arbeitskreis Panafrikanismus München e.V. hält den Begriff in seiner Verwendung für rassistisch, da Schwarz hier mit einer negativen Sache verbunden sei – genau wie bei Schwarzarbeit oder Schwarzsehen. Damit werde Schwarz negativ konnotiert, das Gegenteil weiß stehe für Reinheit und Unschuld. Wir nutzen die gebräuchlichen Termini „Fahren ohne Fahrschein", „Erschleichen von Leistungen" oder „Beförderungserschleichung".

III. Ablauf eines Falles von Fahren ohne Fahrschein

Wie aber gelangt ein Fall von Fahren ohne Fahrschein für gewöhnlich in den Zuständigkeitsbereich der Justiz? Zunächst wird eine Person ohne Fahrschein durch eine:n Kontrolleur:in angetroffen. Die Verkehrsbetriebe registrieren dies in ihren Daten, wird die Person binnen eines bestimmten Zeitraums wiederholt auffällig, leiten sie die Verfahren an die Polizei.[29] Bspw. ist aus Berlin bekannt, dass die Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) Anzeige erstatten, wenn, „mindestens drei Vorgänge von erhöhtem Beförderungsentgelt binnen eines Jahres bei einer Person festgestellt wurden".[30] Die Polizei prüft nach Eingang die Personalien, informiert die beschuldigte Person über die Anzeige und bietet die Möglichkeit zur Stellungnahme. Nach einer kurzen Frist wird die Anzeige mit oder ohne Stellungnahme an die Staatsanwaltschaft weitergereicht. Diese legt schließlich einen Vorgang an, zieht sich einen Auszug aus dem Bundeszentralregister (BZR) und entscheidet u.a. auf dieser Basis, ob der Fall verfolgt oder eingestellt wird. Handelt es sich um eine erste Straftat, so wird das Verfahren in aller Regel eingestellt. Ist die Person dagegen wiederholt auffällig, dann wird zumeist ein Verfahren eingeleitet. Die Staatsanwaltschaft kann entweder einen Antrag auf Strafbefehl stellen, d.h. sie schlägt nach Aktenlage eine Strafe vor. Stimmt das Gericht dieser zu, wird die Strafe dem/der Verurteilten dann per Brief mitgeteilt. Wenn hingegen Anklage erhoben wird, wird der/die Angeklagte zur Verhandlung geladen. Egal auf welchem Weg die Verurteilung geschieht, werden die Akten in jedem Fall an die Vollstreckungsabteilung der Staatsanwaltschaft geleitet. Im Falle einer Freiheitsstrafe wird von dort die Ladung versandt. Im Falle einer Geldstrafe erhält die verurteilte Person eine Zahlungsaufforderung. Kommt sie dieser nicht nach, folgt eine Mahnung, ggf. wird ein:e Gerichtsvollzieher:in eingeschaltet. Bleiben alle Versuche, das Geld zu erhalten, erfolglos, so wird schließlich zur Ersatzfreiheitsstrafe geladen. Im Falle eines Vermeidungsversuchs kommt ggf. eine Vermittlungsstelle für freie Arbeit ins Spiel. Alternativ können Ratenzahlungen geleistet werden. Bleibt die Tilgung aus und die Person stellt sich nicht bei einer JVA, so erlässt die Staatsanwaltschaft einen Haftbefehl und die Polizei holt sie zuhause ab.[31] Ist die Person nicht anzutreffen, so bleibt der Haftbefehl bestehen und ggf. werden geraume Zeit später bei einer zufälligen Personenkontrolle Polizist:innen auf die ausstehende Ersatzfreiheitstrafe aufmerksam. Dann nehmen sie die Person fest und liefern sie bei der nächstgelegenen Justizvollzuganstalt (JVA) ab. Dort wird sie aufgenommen, ggf. ist eine Ausnüchterung unter medizinischer Überwachung notwendig. Wenn die nächste JVA nicht die zuständige war, fällt möglicherweise noch ein Transport in die zuständige JVA an.

Am Verlauf wird deutlich, wie viele Institutionen und Personen beteiligt sind, wie viele Aktennotizen angelegt werden und wie lange sich ein Verfahren hinziehen kann. Eine Studie berechnete die Nettotilgungsdauer von Geldstrafen, also wie lange es real dauerte, bis ein Tagessatz getilgt war. Die Aktenanalyse untersuchte unterschiedlichen Delikte, nicht nur das Fahren ohne Fahrschein. Im schlechtesten Fall dauerte es fast 20 Tage bis ein einzelner Tagessatz getilgt war – in einem untersuchten Fall dauerte es aufgrund der Anzahl der Tagessätze etwas mehr als 1.000 Tage, also fast drei Jahre, bis die Geldstrafe getilgt war.[32]

IV. Die Verkehrsbetriebe – Forderungen und Anzeigeverhalten

1. Die Strafe vor der Strafe: Das erhöhte Beförderungsentgelt

In der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen § 9 ist das erhöhte Beförderungsentgelt geregelt. Ein Fahrgast muss es bezahlen, wenn er oder sie sich 1. „keinen gültigen Fahrausweis beschafft hat, 2. sich einen gültigen Fahrausweis beschafft hat, diesen jedoch bei einer Überprüfung nicht vorzeigen kann, 3. den Fahrausweis nicht oder nicht unverzüglich im Sinne des § 6 Abs. 3 entwertet hat oder entwerten ließ oder 4. den Fahrausweis auf Verlangen nicht zur Prüfung vorzeigt oder aushändigt." Das erhöhte Beförderungsentgelt von 60 EUR kann sich auf 7 EUR reduzieren, wenn binnen einer Woche der Fahrschein, der zum Zeitpunkt der Kontrolle vorhanden war, nachgewiesen

[28] *Apostel*, Zur Strafbarkeit des „Schwarzfahrens" in Deutschland: Bestrafung als Herrschaftsinstrument zur Regelung sozialer Ungleichheit am Beispiel eines Massendelikts, 2019 (unveröffentlichte Masterarbeit).

[29] VDV-Stellungnahme zur Anhörung im Bundestag am 7.11.2018, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/11/Stellungnahme-hilpert-janssen-vdv.pdf (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).

[30] Antwort auf eine schriftliche Anfrage im Berliner Abgeordnetenhause (LT-Drs. 19/13129).

[31] Zum Ablauf siehe *Laubenthal/Nestler,* Strafvollstreckung, 2. Aufl. (2018).

[32] Vgl. *Bögelein et al.* (Fn. 19), S. 43.

wird (Abs. 3). Die Verkehrsbetriebe übergeben bei Nichtzahlung den Fall an ein Inkassounternehmen, um das Geld einzutreiben. Dabei summieren sich schnell hohe Mahn- und Inkassogebühren. Nach bereits vier Wochen steigt der Betrag von 60 EUR um 50 % auf 90 Euro. Zudem erfolgen Meldungen und Einträge bei der Schufa, welche dann die Kreditwürdigkeit der Betroffenen herabstuft. Das erschwert die Teilnahme an Warenverkehr und die Suche nach Wohnraum deutlich. Der wichtigste Satz für die Frage der Bezahlung ist dieser: „Eine Verfolgung im Straf- oder Bußgeldverfahren bleibt unberührt." Das erhöhte Beförderungsentgelt ist also unabhängig davon, ob eine weitere Strafverfolgung angeregt wird oder nicht.

2. Anfallender finanzieller Aufwand für die Verkehrsbetriebe

Zwischen dem 1. Juni 2022 bis 31. August 2022 wurden bei der Berliner S-Bahn und der BVG insgesamt 3.281 Strafanträge bei der Staatsanwaltschaft gestellt.[33] Legt man den Preis für einen Einzelfahrschein in Berlin Stand August 2023 zugrunde, so betrug der **Schaden**, der durch die 3.281 Fälle entstanden war:

3 (weil Anzeige erst beim dritten Mal) x 3,20 EUR x 3.281 Fälle = 31.497,60 EUR.

Demgegenüber stehen **Einnahmen** durch das erhöhte Beförderungsentgelt von

3 x 60,00 EUR x 3.281 Fälle = 590.580,00 EUR.

Die Differenz aufseiten der Verkehrsbetriebe beliefe sich auf ein Plus von

590.580,00 EUR - 31.497,60 EUR = 559.082,40 EUR

Dabei handelt es sich um den Betrag, den die Verkehrsunternehmen einnehmen nach Abzug des Schadens. Freilich ist das zu kurz gesprungen. Die Verkehrsbetriebe begründen das erhöhte Beförderungsentgelt mit den Kosten für die Kontrolleur:innen: „Die durch das erhöhte Beförderungsentgelt generierten Erlöse unterliegen den marktüblichen Forderungsausfällen und decken die Kosten der S-Bahn Berlin GmbH im Rahmen der Verfolgung der Beförderungserschleichung."[34] Beispielhaft decken im öffentlichen Nahverkehr in Berlin durch S-Bahn und BVG die Einnahmen die Kosten der Kontrolle.[35] Weit mehr, die Einnahmen übersteigen die Kosten und die BVG hat in den Jahren 2010 bis 2014 jährlich im Durchschnitt über 800.000 EUR eingenommen, da Inkassounternehmen ca. 40-50 % des erhöhten Beförderungsentgeltes realisieren (2011-2014). Täglich sind dafür bis zu 220 Kontrolleur:innen im Einsatz (2013/2014).

3. Städte verzichten auf Anzeige

Die Verkehrsbetriebe müssen keine Anzeige erstatten, die Staatsanwaltschaft wird wiederum ohne Anzeige nicht tätig. Somit können die Verkehrsbetriebe die Entkriminalisierung vorantreiben. Diesen Weg gehen diverse Städte, nämlich Bremen, Bremerhaven und Düsseldorf: Hier werden keine Anzeigen aufgrund Fahrens ohne Fahrschein mehr gestellt.[36] Damit haben die Verkehrsbetriebe, bzw. die zuständigen Stadträte der oft städtischen Unternehmen, dort de facto das Fahren ohne Fahrschein als Straftat abgeschafft. Das erhöhte Beförderungsentgelt wird weiterhin fällig und von den Betrieben auch eingesammelt. Damit bleibt lediglich die zivilrechtliche Seite, also die Rechnung, die die Verkehrsbetriebe gegenüber dem Fahrgast geltend machen – die 60 EUR – bestehen.

V. Finanzieller Aufwand des Verfolgens einer Straftat in einem Jahr

Im Folgenden stellen wir im Einzelnen dar, welche Kosten innerhalb der Strafverfolgung an welcher Stelle anfallen. Um dies zu ermöglichen, errechnen wir den jährlichen zeitlichen Bedarf, der für die Verfolgung anfällt, in Vollzeitäquivalenten (VZÄ) und multiplizieren diese mit den Kosten für eine entsprechende Stelle pro Jahr.

1. Was kostet ein:e Beamtin im Jahr?

Da es im vertretbaren Rahmen nicht leistbar wäre, mit 16 Besoldungen der Länder zu arbeiten, legen wir die Kosten für den Bund zugrunde.[37] Wir gehen dabei von den Durchschnittsgehältern und den zusätzlichen Kostenfaktoren aus, die das Bundesfinanzministerium als Personal- und Sachkosten in der Bundesverwaltung für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Kostenberechnungen angibt, siehe Tabelle 1.

---

33 Die Zahl scheint nicht von dem zu der Zeit verfügbaren 9-Euro-Ticket verfälscht zu sein, da „die Stellung von Strafanträgen eine – fallbezogen durchaus unterschiedliche – Bearbeitungszeit erfordert und rückwirkend erfolgt. Die Tatzeit kann bis zu zwei Jahre zurückreichen und Anzeigen erfolgen in der Regel erst dann, wenn mindestens drei Vorgänge von erhöhtem Beförderungsentgelt binnen eines Jahres bei einer Person festgestellt wurden".

34 LT-Drs. 17/15637, S. 2.

35 LT-Drs. 17/15637, 17/15638 und 17/15819.

36 *Weingärtner,* buten un binnen v. 5.9.2023, online abrufbar unter: https://www.butenunbinnen.de/nachrichten/bremen-schwarzfahren-strafe-gefaengnis-100.html (zuletzt abgerufen am 6.9.2023); taz v. 25.6.2022, online abrufbar unter: https://taz.de/Fahren-ohne-Fahrschein/!5860759/ (zuletzt abgerufen am 29.8.2023); WDR v. 16.6.2023, online abrufbar unter: https://www1.wdr.de/nachrichten/rheinland/stadtrat-duesseldorf-gegen-anzeigen-wegen-schwarzfahren-100.html (zuletzt abgerufen am 6.9.2023).

37 Bundesfinanzministerium v. 7.7.2023, Personal- und Sachkosten in der Bundesverwaltung für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und Kostenberechnungen, online abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Oeffentliche_Finanzen/Bundeshaushalt/personalkostensaetze-2022-anl.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 4.9.2023).

Für die hier relevanten Berufsgruppen sind dies:

Tabelle 1: Personalkostensätze

Kosten pro Jahr	**Richter:in/ Staatsanwält:in[38]**	**Polizist:in/ Rechtspfleger:in[39]**
= Personalkostensatz Jahreswert	**214.185,67 EUR**	**119.260,00 EUR**
	…setzen sich zusammen aus:	
Personaleinzelkosten	**136.172,16 EUR**	**62.813,83 EUR**
davon:		
Steuerpflichtiges Jahresbrutto	*104.083,00 EUR*	*46.727,00 EUR*
Versorgung (Beamt:in und Richter:in) bzw. Personalnebenkosten Bezüge (Arbeitnehmer:in; z.B. Arbeitgeber:innenanteil zur gesetzlichen Krankenversicherung) ***=27,9 % d. Jahresbruttos***	*29.039,16 EUR*	*13.036,83 EUR*
sonstige Personalnebenkosten (z.B. Beihilfen, Trennungsgeld)	*3.050,00 EUR*	*3.050,00 EUR*
+ Sacheinzelkosten	**29.350,00 EUR**	**29.350,00 EUR**
davon:		
Investitionen	*5.650,00 EUR*	*5.650,00 EUR*
sächliche Verwaltungsausgaben	*14.250,00 EUR*	*14.250,00 EUR*
Büroräume	*9.450,00 EUR*	*9.450,00 EUR*
+ Gemeinkosten	**48.663,51 EUR**	**27.096,17 EUR**
Zuschlagssätze auf Personaleinzel- und Sacheinzelkosten 29,4 %	*48.663,51 EUR*	*27.096,17 EUR*

2. Polizei: Anzeigenaufnahme und Prüfung der Personalien

Im Jahr 2022 wurden laut Polizeilicher Kriminalstatistik (PKS) 133.915 Fälle wegen Erschleichens von Leistungen der Polizei gemeldet – hiervon 131.719 Fälle aufgrund von Beförderungserschleichung. Alle Taten, bei denen ein:e Tatverdächtige:r namentlich ermittelt werden kann, gelten als aufgeklärt und werden an die Staatsanwaltschaft übermittelt, 2022 waren das 130.053 Fälle.[40] Die sehr hohe Aufklärungsquote von 99 % liegt schlichtweg daran, dass in so gut wie allen Fällen mit der Anzeige die/der Täter:in mitgeliefert wird. 2022 wurden den 130.053 Fällen 87.593 Personen zugeordnet.

Der Zeitaufwand der Polizei konnte nicht exakt ermittelt werden, wie nähern uns mit folgender Überlegung. Die Polizei legt eine Akte an, überprüft die Personalien und stellt den Beschuldigten einen Fragebogen zu, indem sie sich zur Sache äußern können. Selbst wenn die Polizei für jeden Fall nur 30 Minuten aufwendet, so liegt die gesamte Zeit, die für Fahren ohne Fahrschein aufgewendet wurde, bei **65.860 Arbeitsstunden**. Wir nehmen nun ein Arbeitsjahr von 1.644 Stunden[41] an. Dies ist in der betriebswirtschaftlichen Rechnung bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 41 Stunden üblich. Folglich wendet die Polizei **40 VZÄ** jedes Jahr für FoF auf.

Kosten: 40 VZÄ x 119.260,00 EUR (Kosten Polizist:in/Jahr) = 4.770.400,00 EUR

[38] Wir legen zugrunde: Durchschnittliche:r Richter:in, nachgeordnete Behörde, a.a.O., S. 1

[39] Wir legen zugrunde: Durchschnittlicher Mittlerer Dienst, Bund, nachgeordnete Behörde, a.a.O., S. 1

[40] BKA, PKS Tabelle 01 und 07, Zeile 506; online abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2022/PKSTabellen/Bund-Falltabellen/bundfalltabellen.html?nn=211742 (zuletzt abgerufen am 13.9.2023).

[41] Vgl. https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/pdf/BMF-IIIA1-20110509-SF-A001.pdf (zuletzt abgerufen am 13.9.2023), S. 3 unten. Die Zahl von 1.644,26 wurde gerundet.

3. Justiz

Die Polizei übergibt das Verfahren an die Staatsanwaltschaft, wo sich die Zuständigen einen Auszug aus dem Bundeszentralregister (BZR) ziehen um einzuschätzen, inwiefern die/der Täter:in bereits vorher auffällig wurde und ob das Verfahren eingestellt werden kann oder ob es verfolgt wird.

a) Erledigungsarten bei der Staatsanwaltschaft

Die Erledigungsstatistik der Staatsanwaltschaft schlüsselt nicht einzeln nach Delikten auf.[42] Daher lässt sich nicht angeben, in wie vielen Verfahren der Beförderungserschleichung die Staatsanwaltschaft einstellt, gegen Auflagen einstellt, Antrag auf Strafbefehl stellt oder Anklage erhebt. In der Deliktgruppe „Betrug und Untreue" – darunter fällt die Anzahl der Verurteilungen aufgrund des § 265a StGB – wurden 2021 von den knapp eine Million Verfahren zunächst knapp 30 % weiter gereicht: Entweder an eine andere Staatsanwaltschaft (17 %) oder das Verfahren ging in ein anderes ein (11 %). Weitere 46 % werden eingestellt: Bei der größten Gruppe bestand kein hinreichender Tatverdacht (27 %), bei 10 % lagen schwerwiegendere Strafen vor und 9 % wurden wegen Geringfügigkeit eingestellt. Übrig blieben 16 % bei denen die Beschuldigten eine Auflage oder Sanktion erwartete: Bei der kleinsten Gruppe erfolgte eine Einstellung gegen Auflage (2 %). Bei 9,4 % wurde ein Strafbefehl erlassen. Bei 5 % wurde eine Verhandlung anberaumt.

b) Wie viele Menschen werden wegen Fahrens ohne Fahrschein verurteilt?

Im Jahr 2021 erfolgten insgesamt 36.909 Verurteilungen aufgrund des Erschleichens von Leistungen (6 % aller Verurteilungen nach allg. Strafrecht, s.o. und sogar immerhin 11 % aller Verurteilungen ohne Verkehrsdelikte).[43] Davon wurde in 1.724 Fällen (5 %) auf Freiheitsstrafe entschieden. Beim Rest handelt es sich um Geldstrafen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der Corona-Schutz-Maßnahmen im Jahr 2021 und eines entsprechend anderen Verhaltens der Bevölkerung die Anzahl der Verurteilungen deutlich unter den Vorjahren liegt.

Tabelle 2: Entwicklung der Verurteilungen zu § 265a StGB

Jahr	Verurteilungen
1995	20.595
2000	26.192
2005	39.457
2010	58.231
2015	65.816
2019	46.916
2021	36.909

c) Kosten bei der Justiz

Eine Anfrage an die 16 Justizministerien der Länder vom September 2022, zu dem die Antworten aller Länder bis zum Frühjahr 2023 vorlagen, ermöglicht es zu schätzen, wie viel Zeit die Justiz für die Arbeit aufwendet. Auch in der bundeseinheitlichen Geschäftsstatistik der Staats- und Amtsanwaltschaften wird ein Ermittlungsverfahren wegen § 265a StGB statistisch im Sammel-Sachgebiet 26 „Betrug und Untreue" zusammengefasst (mit allen übrigen Betrugs- und Untreuestraftaten). Für dieses Sachgebiet erfasst das Personalbedarfsberechnungssystem PEBB§Y unten genannte Zeiten. Der Zeitaufwand variiert minimal zwischen den Ländern, in den allermeisten ist er wie folgt:

Für Staatsanwält:innen und Amts:anwält:innen:
- 76 Minuten unabhängig von Art der Verfahrenserledigung
- zzgl. tatsächliche Sitzungsstunden – Annahme: 60 Minuten je Sitzung (inkl. Vor- und Nachbereitung)

Für Strafrichter:innen:
- 157 Minuten für ein Urteil
- 35 Minuten Strafbefehl

Für Rechtspfleger:innen:
- zwischen 22 und 110 Minuten für die Vollstreckung der Urteile (wir nehmen hier den Mittelwert: 66 Minuten)

Von welchen Fallzahlen gehen wir im Folgenden aus? Bei der Staatsanwaltschaft gingen im Jahr 2022 laut Polizeilicher Kriminalstatistik 130.053 Verfahren aufgrund des Deliktes § 265a StGB ein, die aufgeklärt waren (siehe 4.2). Im Jahr zuvor wurden in 9,4 % der Fälle ein Strafbefehlsverfahren (= 12.225) und in 5 % Anklage (= 6.503) erhoben. Nimmt man diese Zahlen hier auch an (aktuellere Zahlen liegen nicht vor), so wären das:

- Staatsanwaltschaft: 130.053 Verfahren + 6.503 Sitzungen
- Gericht: 12.225 Strafbefehle + 6.503 Sitzungen
- Rechtspflege: 12.225 Strafbefehle + 6.503 Sitzungen = 18.728 Vollstreckungen

Zudem gehen wir von 1.644 Stunden je VZÄ aus.[44]

Zeitaufwand Staatsanwält:innen bzw. Amtsanwält:innen:
- 76 Minuten unabhängig von Art der Verfahrenserledigung
  - 130.053 Fälle x 76 Minuten = 9.884.028 Minuten
  - *Das entspricht 164.734 Stunden oder 100,2 VZÄ*
- Zzgl. Tatsächliche Sitzungsstunden
  - 6.503 Fälle x 60 Minuten = 390.180 Minuten
  - *Das entspricht 6.503 Stunden oder rund 4 VZÄ*

[42] Destatis, Fachserie 10 Reihe 2.6.
[43] Destatis, Fachserie 10 Reihe 3, Tabelle 3.1 lang.
[44] Siehe Fn. 42.

Zeitaufwand Strafrichter:innen:

- 157 Minuten für ein Urteil
  - 6.503 Fälle x 157 Minuten = 1.020.971 Minuten
  - *Das entspricht 17.016 Stunden oder 10,4 VZÄ*
- 35 Minuten Strafbefehl
  - 12.225 Fälle x 35 Minuten = 427.875 Minuten
  - *Das entspricht 7.131 Stunden oder 4,3 VZÄ*

Zeitaufwand Rechtspfleger:innen:

- Wir nehmen hier den Mittelwert: 66 Minuten.
  - 18.728 Fälle x 66 Minuten = 1.236.048 Minuten
  - *Das entspricht 20.601 Stunden oder 12,5 VZÄ*

Anhand der ermittelten Stellen können jetzt mit unterschiedlichen Personalkosten (siehe 4.1), die Gesamtkosten ausgerechnet werden:

Gesamtkosten für Richter:innen /Staatsanwält:innen:

o StA Grunddauer für alle Verfahren:	100,2 VZÄ
o + StA Sitzungsstunden:	4,0 VZÄ
o + Gerichte Strafbefehl:	4,3 VZÄ
o + Gerichte Urteile:	10,4 VZÄ
=	118,9 VZÄ

Kosten:
118,9 VZÄ x 214.185,67EUR
(Richter:in/Staatsanw./Jahr) = 25.466.676,16 EUR

Gesamtkosten für Rechtspfleger:innen

o Rechtspfleger:innen (Vollstreckung): 12,5 VZÄ

Kosten:
12,5 VZÄ x 119.260,00 EUR
(Rechtspfleger:in/Jahr) = 1.490.750,00 EUR

Insgesamt entstehen in der Justiz also alleine für die Aburteilung der Verfahren wegen § 265a StGB jedes Jahr Kosten in Höhe von insgesamt **26.957.426,16 EUR**.

4. Justizvollzug

a) Wie viele Menschen sitzen wegen Fahrens ohne Fahrschein in Haft?

Man kann es ganz einfach halten mit der Antwort auf eine kleine Anfrage an die Bundesregierung.[45] Abgeordnete der Fraktion Die Linke fragten nach eben dieser Zahl.[46] Die Regierung antwortete: „Die Anzahl der im Zusammenhang mit einer Verurteilung wegen Beförderungserschleichung vollzogenen Ersatzfreiheitsstrafen wird in den Strafvollzugsstatistiken nicht ausgewiesen." Diese Antwort zeigt zum einen, wie unbefriedigend die Datenlage in vielen Bereichen der Justiz-Statistik ist.[47] Jedoch gibt es einige Näherungsmarker und so kann man die Zahlen schätzen. Wir betrachten hier die Zahlen für 2020, da dies zur Zeit der Verfassung des Artikels die aktuellsten Zahlen sind.[48] Die Gesamtzahl setzt sich aus zwei Gruppen zusammen:

(a) Personen, die zu einer *Freiheitsstrafe* verurteilt wurden (insg. 2.006). Davon wurden 506 Fälle zu einer unbedingten Freiheitsstrafe, also zur direkten Inhaftierung, verurteilt. Die restlichen 1.500 Freiheitsstrafen wurden zur Bewährung ausgesetzt. Wenn man davon ausgeht, dass rund 1/3 der Bewährungen widerrufen werden, so kamen hier noch einmal 500 Bewährungswiderrufe hinzu, also erneut Haftstrafen. Somit gehen wir von rund 1.006 Freiheitsstrafen wegen Fahrens ohne Fahrschein aus.

Hinzu kommen (b) Personen, die eine *Ersatzfreiheitsstrafe* (EFS) in Haft ableisten. In Nordrhein-Westfalen verbüßte in den Jahren 2010-2012 jede s*iebente Person*, die wg. Fahrens ohne Fahrschein zur Geldstrafe verurteilt war, eine Ersatzfreiheitsstrafe.[49] Wendet man diese Formel bundesweit an, so wären das bei 39.049 Geldstrafen, die 2020 wegen § 265a StGB verhängt wurden, 5.740 Ersatzfreiheitsstrafen.[50] Zählt man also zusammen, so erhält man:

- ⇨ 1.006 *Freiheitsstrafen*
- ⇨ *+ 5.740 Ersatzfreiheitsstrafen*
- ⇨ *= 6.746 Gefangene wegen § 265a StGB*

Vermutlich ist diese Zahl eher konservativ geschätzt. Geht man einmal von der letzten veröffentlichten Zugangszahl von Menschen in Ersatzfreiheitsstrafen von 56.000 EFS-Fällen[51] jährlich aus und wendet darauf die Forschungsergebnisse an, dass mind. jede fünfte Ersatzfreiheitsstrafe wegen § 265a StGB verbüßt wurde, wären schon das alleine: 11.200 Fälle; dazu kämen noch die Freiheitsstrafen (11.200+600+736 = 12.536). Somit ist Raum für Spekulation offen.

b) Kosten für den Vollzug

Die Antworten der Justizministerien erklärten, dass anders als im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Justizvollzug kein Personalbedarfsberechnungssystem (so z.B. „PEBB§Y") zum Einsatz kommt. Dort erfolgt keine

45 BT-Drs. 20/1568.
46 BT-Drs. 20/1391.
47 Die Rechtspflegestatistiken in Deutschland sind spärlich und im internationalen Vergleich fehlen Daten, die andere Länder mitteilen. Beispielsweise liefert Deutschland – neben z.B. Liechtenstein und Ungarn – keine Daten zur Bewährungshilfe und Führungsaufsicht an die vom Europarat geführte Statistik SPACE II – schlicht, weil diese nicht vorliegen. Vgl. zu diesem Thema: *Bögelein/Wolter*, Datafying Justice – Wie ist es um die amtlichen Rechtspflegestatistiken bestellt?, Gesis Blog, online abrufbar unter: https://blog.gesis.org/datafying-justice--wie-ist-es-um-die-amtlichen-rechtspflegestatistiken-bestellt/ (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).
48 Das Statistische Bundesamt hat im Jahr 2022 keine neuen Daten für 2021 veröffentlicht. Auf Anfrage wurde man auf Dezember 2023 vertröstet.
49 vgl. *Bögelein/Ernst/Neubacher* (Fn. 19), S. 26.
50 Destatis, Bestand der Gefangenen und Verwahrten (erscheint unregelmäßig, auf Anfrage erhältlich: Jan-Dez 2022), 4.679 Menschen in Ersatzfreiheitsstrafen, 31.12.2022. Leider lassen sich hieraus keine Straftaten ablesen.
51 Die Zahl wurde zuletzt 2002 erfasst, seither wird diese wichtige Zahl zum Monitoring der Rechtstatsachenfolgen nicht mehr erhoben (vgl. Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, 2006, S. 569).

Berechnung, wie viel Zeit pro gefangener Person durchschnittlich aufgewendet wird. Dafür sei ausschlaggebend, dass der Arbeitsaufwand von Fall zu Fall erheblich differiert, allerdings nicht nach Strafart oder Delikt, sondern nach den „Bedürfnislagen" der gefangenen Personen. Aus diesem Grund ist hier die Berechnung von Zeit nicht möglich und wir verlagern uns auf die Berechnung der Kosten.

Laut einer Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Linken vom April 2022 lagen die Länder-Tageshaftkosten im Jahr 2020 zwischen 126,02 EUR und 218,94 EUR, im Durchschnitt betrugen sie 157,72 EUR.[52]

Freiheitsstrafen

Die angenommenen 1.006 Freiheitsstrafen befinden sich laut Statistischem Bundesamt in der Regel unter sechs Monaten. In der Statistik wird nicht weiter ausdifferenziert. Da wir vorsichtig schätzen möchten, gehen wir hier von der Mitte, also 3 Monaten – 90 Tagen – aus.

Kosten je Fall Freiheitsstrafe zu § 265a StGB
- 157,72 EUR x 90= 14.194,80 EUR

Kosten Freiheitsstrafen:
14.194,80 EUR x 1.006 Fälle = 14.279.968,80 EUR

Der Staat gibt also 14.279.968,80 EUR für Freiheitsstrafen und widerrufene Bewährungsstrafen wegen Fahrens ohne Fahrschein aus.

Ersatzfreiheitsstrafen

Nimmt man nun die Zahlen von oben zum Ausgang und berechnet unter der Annahme, dass bei die durchschnittliche Tagessatzanzahl, die Gefangene in Haft verbüßen, bei Fahren ohne Fahrschein bei 74 Tagessätzen liegt[53], dann kommt man pro Fall von EFS wegen Fahrens ohne Fahrschein auf folgende Zahl:

Kosten je Fall EFS wegen § 265a StGB
- 157,72 EUR x 74 = 11.671,28 EUR

Legt man nun die errechnete Zahl zugrunde, so wären das:

Kosten Ersatzfreiheitsstrafen:
11.671,28 EUR x 5.740 Fälle = 66.993.147,20 EUR

Gesamtkosten Vollzug
14.279.968,80 EUR + 66.993.147,20 EUR = 81.273.116,00 EUR

Diese Zahlen verschleiern allerdings, dass der zeitliche (und damit finanzielle) Aufwand bei Menschen, die wegen Ersatzfreiheitsstrafen in Haft kommen, wesentlich höher sein dürfte als im Durschnitt. Gerade die Phase der Aufnahme und der Entlassung sind Prozesse, die viel Zeit binden und sie kommen bei den Ersatzfreiheitsstrafen im Vergleich zu Langstrafen aufgrund ihrer Kürze häufig vor. Zudem ist der Personenkreis multipel belastet, weist erhebliche Suchtbelastungen und psychische Erkrankungen auf[54] und ist so oft auf gesundheitliche Versorgung und Pflege angewiesen.

Der Anstaltsleiter der JVA Plötzensee *Meyer-Odewald*, welche in Berlin hauptsächlich für die Aufnahme von Ersatzfreiheitsstrafen zuständig ist, bei denen es nach seiner Aussage zu ca. 30-35 % um den § 265a StGB handelt, hat in einer Anhörung im Deutschen Bundestag den Allgemeinzustand der Aufzunehmenden plastisch dargelegt:

„Ca. 60-70 % weisen eine oft langjährige Drogen- und Alkoholproblematik auf und sind infolgedessen oftmals psychisch erkrankt. Sie werden dann entweder stationär oder immer wieder ambulant im hiesigen Justizvollzugskrankenhaus aufgenommen. Ferner müssen sie oftmals substituiert werden, leiden an Infektionskrankheiten wie Hepatitis und HIV oder auch Tuberkulose. Insgesamt muss im Justizvollzug für die Ersatzfreiheitsstrafer:innen eine überdurchschnittlich aufwändige medizinische Betreuung bereitgestellt werden (z.B. Zugangsuntersuchung, Entgiftung und Entzugsbehandlung, mehrfach täglich Medikamentenvergabe; insgesamt ca. 89.000 behandlerische Einzelleistungen im Jahr 2018)."[55]

Die Kosten der medizinischen Behandlungen trägt die Justiz.

5. Gesamtkosten für Polizei und Justiz

Wir haben bis hier die Kosten aufgelistet, welche aufgrund der Verfolgung, der Verurteilung und der Vollstreckung des Straftatbestandes des Beförderungserschleichung dem Staat entstehen. Das Ergebnis lautet wie folgt:

Polizei	4.770.400,00 EUR
+ StA und Richter:innen	26.957.426,16 EUR
+ Rechtspfleger:innen	1.490.750,00 EUR
+ Justizvollzug EFS	66.993.147,20 EUR
+ Justizvollzug Freiheitsstrafen	14.279.968,80EUR
=	**114.491.692,16 EUR**

Die Ergebnisse sind aufgrund der mangelnden Datenlagen vermutlich nicht ganz präzise. Im Bereich Verurteilung dürften die Werte zu hoch sein, da nur Daten aus dem Gesamtbereich „Betrug und Untreue" erhoben werden konnten. Allerdings dürfte das Fahren ohne Fahrschein deutlich schneller zu behandeln sein als andere Betrugsverfahren. Im Bereich Vollstreckung dürften die Werte dagegen zu niedrig sein. Kurze Freiheitsstrafen haben einen höheren Personalaufwand. Personen, gegen die eine Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt wird, benötigen häufig medizini-

[52] BT-Drs. 20/1568.
[53] *Bögelein/Graaff/Geisler*, Forum Strafvollzug 2021, 59-64.
[54] *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, Forum Strafvollzug 2020, 279-283.
[55] *Meyer-Odewald*, Stellungnahme aus justizvollzuglicher Sicht zum Gesetzentwurf BT-Drs. 19/1689 v. 18.4.2018 – Aufhebung der Ersatzfreiheitsstrafe, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/633058/e43f3ef7d61213935bbdc632c63e2dd3/meyer-odewald-data.pdf (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).

sche Leistungen, siehe V. 4. Auch Ausführungen in externe Krankenhäuser, die wiederum durch Vollzugspersonal begleitet werden müssen, finden statt. All das bindet Ressourcen in den JVAen und ist somit kostspielig.

Auch wollen wir an dieser Stelle auf weitere Folgen der Kriminalisierung des FoF hinweisen. Finanziell betrifft dies weitere Kosten für die Allgemeinheit: Personen verlieren ihre Wohnung und sind im Anschluss auf teure Wohnheimplätze der Kommune angewiesen. Diejenigen, die noch Arbeit hatten vor der Haft, verlieren diese womöglich und beziehen im Anschluss Sozialleistungen; Familien verlieren ihr Einkommen und sind auf Sozialleistungen angewiesen. Auch zahlen Gefangene keine Steuern: Es fallen also Lohn- und Mehrwertsteuer aus, ebenso wie Beiträge für die gesetzliche Krankenversicherung.

Neben den finanziellen Aspekten, kann eine Verurteilung wegen § 265a StGB auch wesentlich die Lebenschancen von Menschen beeinflussen: So kann eine Verurteilung wegen FoF für Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit erhebliche Konsequenzen haben. Sie können bereits bei Geldstrafen von 50 Tagessätzen ihre Aufenthaltserlaubnis verlieren (§ 19d Abs. 1b AufenthG; § 104c Abs. 1 AufenthG). Eltern werden aufgrund einer Inhaftierung von ihren Kindern getrennt. Schließlich kommt es immer wieder zu Suiziden im Strafvollzug von Menschen, die wegen FoF inhaftiert sind.[56]

VI. Kritik am Reformvorschlags § 265a StGB als Ordnungswidrigkeit

Die Ampel-Koalition plant eine Reform, die sie unter den Titel „Entrümpelung des Strafrechts" fasst: Der Straftatbestand des Fahrens ohne Fahrschein soll wegfallen, da bei dieser Tat keine strafrechtliche Reaktion notwendig sei. Es soll aber nicht ersatzlos gestrichen, sondern in eine Ordnungswidrigkeit umgewandelt werden. Hierfür gibt es noch keinen Entwurf. Die Fraktion Bündnis90/Die Grünen hatte einen entsprechenden Antrag zuletzt 2018 in den Bundestag eingebracht.[57] Was bedeutet dieser Schritt weg von Geldstrafe hin zu Geldbuße? Reduzieren sich Aufwand und Kosten für die Justiz?

Das Verfahren ähnelt zunächst dem oben beschriebenen bei einer Geldstrafe. Die Polizei ermittelt nach Mitteilung der Verkehrsbetriebe die Ordnungswidrigkeit. Im Anschluss entscheidet die zuständige Verwaltungsbehörde (Ordnungsamt, Polizei, Zoll, etc.), ob die Tat weiterverfolgt oder das Verfahren einstellt wird (§ 47 OWiG). Wird eine Geldbuße verhängt, so kann diese zwischen 5 bis 1.000 EUR hoch sein (§ 17 OWiG).[58] Die Vollstreckung der Zahlung erfolgt dann ähnlich der im Geldstrafenverfahren. Und auch hier kann es zu einer Inhaftierung kommen, der sogenannten Erzwingungshaft (§ 96 OWiG). Der Unterschied zur Ersatzfreiheitsstrafe ist der, dass diese nur angewandt werden soll, wenn Personen nicht zahlen *wollen*. Zahlungsunfähigkeit stellt ein Ausschlusskriterium dar. Ein Gericht hat zu prüfen, ob sie vorliegt. Der/die Betroffene muss mitwirken und die Zahlungsunfähigkeit nachweisen. Ein weiterer Unterschied zur Ersatzfreiheitsstrafe ist, dass die Erzwingungshaft ein reines Beugemittel ist. Sie soll die Zahlung der Geldbuße erzwingen. Wenn die Buße gezahlt wird, endet die Haft – alternativ kann sie bis zu sechs Wochen dauern, bei mehreren Geldbußen bis zu drei Monaten (§ 96 Abs. 3).[59] Durch die Haft wird der ausstehende Betrag aber nicht, wie bei der Ersatzfreiheitsstrafe, getilgt: Nach der Erzwingungshaft ist die Geldbuße weiterhin fällig. Allerdings ist es nicht möglich ein zweites Mal für dieselbe Geldbuße Erzwingungshaft anzuordnen (§ 96 Abs. 3 OWiG). Eine Verjährung erfolgt nach drei Jahren, sofern nicht bspw. eine Ratenzahlung bewilligt wurde (§ 34 OWiG). Wie bei der Ersatzfreiheitsstrafe erfolgt die Anordnung ohne mündliche Verhandlung.[60] Auch wird beim Verfahren kein:e Pflichtverteidiger:in gestellt.[61]

Auf den ersten Blick sind Aufwand und Kosten des Verfahrens vergleichbar. Allerdings hat im Bußgeldverfahren einerseits die Behörde einen größeren Spielraum, die Verfahren einzustellen.[62] Andererseits unterbleibt die Bußgeldvollstreckung, wenn dem/der Betroffenen die Zahlung nach seinen/ihren wirtschaftlichen Verhältnissen in absehbarer Zeit nicht möglich ist (§ 95 Abs. 2 OWiG).[63]

Die vorhandenen Daten zeigen, dass nur sehr wenige Menschen in Erzwingungshaft landen. So wurde in Nordrhein-Westfalen im Jahr 2017 von der Staatsanwaltschaft in 77.417 Fällen Erzwingungshaft angeordnet.[64] Demgegenüber waren an Stichtagen im Durchschnitt nur 12 Personen inhaftiert.[65] Über die Verweildauer ist nichts bekannt. Geht man von einer kurzen Verweildauer von 5 Tagen aus[66] und davon, dass an jedem Tag im Jahr 12 Haftplätze belegt waren, dann käme man auf 876 Personen, die im Jahr eine Erzwingungshaft verbüßt haben (365/5*12). Damit würde 1 % der Anordnungen zu einer

56 BT-Drs. 20/7996.

57 Siehe BT-Drs. 19/1690. In dem Entwurf soll die die Strafbarkeit der Beförderungserschleichung in § 265a Abs.1 StGB aufgehoben werden. Gleichzeitig wird die „Nutzung der Beförderung durch ein Verkehrsmittel ohne das dafür erforderliche Entgelt" zu einem Ordnungswidrigkeitstatbestand. „Ordnungswidrig handelt, wer ohne ein erforderliches Entgelt entrichtet zu haben ein Verkehrsmittel zur Beförderung nutzt. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden."

58 Wie hoch wäre eine Geldbuße beim Fahren ohne Fahrschein? Im Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen verglich man das FoF immer wieder mit dem Falschparken. Der aktuelle Bußgeldkatalog sieht hierfür Bußen von 10 bis 100 EUR vor. Diese werden einkommensunabhängig verhängt. Gleichzeitig verweist der Entwurf aber auf die Möglichkeit bei Vermögenden und „notorischen Schwarzfahrern" (S. 5) das Höchstmaß von 1000 EUR noch zu überschreiten.

59 Die Erzwingungshaft wird wie eine Freiheitsstrafe vollstreckt (§ 171 StVollzG).

60 *Krenberger/Krumm*, OWiG, 7. Aufl. (2022), § 96 Rn. 17.

61 *Krenberger/Krumm*, OWiG, § 96 Rn. 25.

62 BT-Drs. 19/1690.

63 Vgl. Arbeitsgruppe Sanktionenrecht des FES, Zurück zur Ultima Ratio des Strafrechts, 2023, S. 3.

64 Fachserie 2.6, 2018.

65 LT-Drs 17/3357.

66 In einer kleinen Anfrage im Abgeordnetenhaus Berlin wurde die Länge von 117 Fällen Erzwingungshaft wie folgt aufgeschlüsselt: Knapp 60 % dauerten wenige als eine Woche, weitere 25 % weniger als zwei Wochen, weitere 11 % weniger als drei Wochen und 7 % mehr als drei Wochen, LT-Drs. 17/10721.

Inhaftierung führen. Warum dies so ist, lässt sich nicht beantworten. Betreffen Bußgelder eine Gruppe, die eher über Geld verfügt, weil sie z.B. Autofahrer:innen sind und somit bezahlen sie die Geldstrafe? Alternativ könnten Bußgelder besonders arme Gruppen treffen, bei denen die Zahlungsunfähigkeit angenommen wird und so eine Haft entfällt. Oder besitzen diese Haftbefehle für die Polizei keine Priorität?

Was passiert, wenn jetzt 130.000 Verfahren wegen FoF hinzukommen? Welche Bearbeitungsroutinen sich bei den Behörden entwickeln werden, lässt sich hier nicht prognostizieren. Aber gegen die Idee, dass es geringen Aufwand für die Behörden und weniger Inhaftierung geben wird, sprechen zwei Argumente: Zum einen kann bei Zahlungsunfähigkeit die Vollstreckung unterbleiben. Über die Frage, wann eine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, streiten sich aber bereits jetzt die Gerichte. So entschied das *AG Bamberg*, dass von Zahlungsunfähigkeit erst auszugehen sei, „wenn es dem Betroffenen unmöglich ist, die Geldbuße unter zumutbaren Bedingungen auch aus pfändungs- und insolvenzfreiem Einkommen abzutragen."[67] In den Kommentaren heißt es hierzu: Zahlungsunfähigkeit liegt erst dann vor, wenn der/die Betroffene lediglich über das Existenzminimum verfügt, sein/ihr Gesundheitszustand, sein/ihr Alter und/oder die Arbeitsmarktlage die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht zulassen und er/sie auch sonst über kein verwertbares Vermögen verfügt.[68] Auch Personen, die Grundsicherung erhalten, ist eine (Raten-)Zahlung zuzumuten.[69] Es bleibt also die individuelle Prüfung und es wird keine pauschalen Befreiungen geben, so dass bspw. die Vollstreckung gegen Empfänger:innen von Bürger:innengeld nicht automatisch eingestellt wird.

Viel entscheidender ist aber, dass eine fehlende Mitwirkung zur Erzwingungshaft führen kann. Wenn Personen also ihre Post nicht öffnen, diese nicht verstehen oder keine gültige Meldeanschrift haben und nicht ihre wirtschaftliche Situation mitteilen, kann Haftbefehl erlassen werden. Dem ist dann keine persönliche Anhörung mehr vorgeschaltet. Diese Situation kennen wir bereits von der Ersatzfreiheitsstrafe. Es dürfte auch hier zu einem relevanten Problem werden.

Die Umwandlung des FoF von einem Straftatbestand in eine Ordnungswidrigkeit kann nach den bisher gemachten Vorschlägen nicht überzeugen. Es ist nicht auszuschließen, dass die hohe Arbeitslast nur die Abteilungen bzw. Behörde wechselt. Es ist vor allem zu befürchten, dass, wie bei der Ersatzfreiheitsstrafe, auf die Erzwingungshaft zurückgegriffen wird und sich die Situation in den Strafvollzügen nicht merklich verändert.

VII. Fazit

114 Millionen EUR wendet der Staat jedes Jahr auf, um das Fahren ohne Fahrschein zu verfolgen, zu verurteilen und die Urteile zu vollstrecken. Die Zahl verdeutlicht, welche erhebliche Kapazitäten die Strafverfolgung des § 265a StGB bindet. Man kann einwenden, dass das kein Argument gegen die Strafbarkeit darstellt. Denn Strafrecht dürfe nicht nach Kassenlage erfolgen: Nur, weil man Geld sparen müsse oder wolle, dürfe man Straftaten nicht weniger verfolgen. In einem System, welches an allen Stellen, von der Polizei, über die Gerichte bis zum Strafvollzug, über zu hohe Arbeitsbelastung, mangelnde Ausstattung und Sorgen bezüglich der zukünftigen Stellenbesetzungen klagt, kommt es aber darauf an, die Schwerpunkte richtig zu setzen. Statt ein Delikt, welches am untersten Ende der Strafbarkeit liegt, zu verfolgen und wenn nötig sogar bis zum letzten Tag (Ersatz-)Freiheitsstrafe zu vollstrecken, könnte man dieses Geld und Personal in strafrechtlich dringlichere und gesellschaftlich relevantere Bereiche stecken.

Betrachtet man den Justizvollzug, so ist die Zeit, die dort für diejenigen, die wegen § 265a StGB eine kurze (Ersatz-)Freiheitsstrafe antreten, Zeit die nicht zur Verfügung steht für die Arbeit mit Menschen, die lange in Haft sind. Sie fehlt für deren Entlassungsvorbereitung und auch für Resozialisierungsprogramme. Dieses Problem wird in den kommenden Jahren aufgrund des bereits bestehenden und zukünftig weiter wachsenden Personalmangels noch verschärft werden. Von der Justiz weiß jede:r Bürger:in, dass es sehr lange dauert, bis Straftaten tatsächlich verhandelt werden, ein Jahr oder länger ist keine Seltenheit. Wäre die Justiz befreit vom Bagatelldelikt Fahren ohne Fahrschein, so bliebe mehr Zeit für die Ermittlung und Bearbeitung anderer Delikte, die einen deutlich größeren gesellschaftlichen oder persönlichen Schaden anrichten.

Auch die Verkehrsbetriebe hätten nichts zu befürchten, da sie weiterhin mit der Androhung des erhöhten Beförderungsentgeltes abschrecken können.

Schließlich gibt es weitere Alternativen, die gerade im Lichte des großen Erfolgs des 49 EUR Tickets, das die Fahrgastzahlen um rund 25 % erhöht haben soll, noch einmal hinterfragt werden sollten. Ein freier öffentlicher Nahverkehr würde das Problem auflösen. Da hierfür aktuelle noch keine politischen Mehrheiten sichtbar sind, ist als Fazit zu formulieren: Die Entkriminalisierung des Fahrens ohne Fahrschein ist längst überfällig. Bei der Umsetzung sollte für eine moderne Gesellschaft als Leitsatz gelten: Es gilt unbedingt zu verhindern, dass weiterhin Menschen wegen weniger Euro in Haft kommen.

[67] *AG Bamberg*, Beschl. v. 14.9.2017 – 23 OWi 708/17.

[68] *Nestler*, in: BeckOK-OWiG, 39. Ed. (Stand: 1.4.2022), § 96 Rn. 17; *Mitsch*, in: KK-OWiG, 5. Aufl. (2018), § 96 Rn. 12.

[69] *Müller*, OWiG, 120. Lfg. (2019), § 96 Rn. 5.

Warum § 362 Nr. 5 StPO aufgehoben werden sollte

*von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch**

Abstract
Mit Spannung wird die Entscheidung des BVerfG zu § 362 Nr. 5 StPO erwartet. Die Verfassungsbeschwerde des Beschuldigten, der vor Jahrzehnten vom Vorwurf des Mordes rechtskräftig freigesprochen worden war und der nun befürchten muss, auf der Grundlage des § 362 Nr. 5 StPO wegen derselben Tat verurteilt zu werden, hat die verfassungsrechtliche Überprüfung der Vorschrift veranlasst. Zuvor waren bereits in zahlreichen Texten von Rechtswissenschaftlern Argumente für und gegen die Regelung ausgetauscht worden. Verständlicherweise steht dabei Art. 103 Abs. 3 GG im Vordergrund. Wer § 362 Nr. 5 StPO ablehnt, begründet das in erster Linie mit einer Verletzung des ne-bis-in-idem-Grundsatzes. Nicht wenige Befürworter der erweiterten Wiederaufnahmemöglichkeit verweisen – gefühlsgeleitet − auf „materielle Gerechtigkeit" sowie auf „schlechterdings unerträgliche Ergebnisse". Unbefriedigend ist das für Menschen, die es weder ungerecht noch unerträglich finden, dass ein Tatverdächtiger nach rechtskräftigem Freispruch bis an sein Lebensende als „unschuldig" gilt und zwar auch, wenn auf Grund neuer Beweismittel aus dem Freigesprochenen ein zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilter werden könnte. Dass das Festhalten am rechtskräftigen Freispruch richtig ist, dafür gibt es starke juristische Gründe. Auch für die Durchbrechung des Strafklageverbrauchs in den von § 362 Nr. 5 StPO erfassten Fällen gibt es gewiss beachtliche Gründe. Sie sind meines Erachtens jedoch nicht gewichtig genug. Im vorliegenden Text soll die verfassungsrechtliche Dimension außen vor bleiben. Eine neue Vorschrift, mit der das geltende Strafprozessrecht verändert wird, muss auch eine Prüfung am Maßstab des geltenden Strafprozessrechts durchlaufen, um akzeptiert werden zu können. § 362 Nr. 5 StPO fällt bei dieser Prüfung durch und sollte deshalb aufgehoben werden.

The decision of the Federal Constitutional Court on § 362 No. 5 of the Code of Criminal Procedure is eagerly awaited. The constitutional complaint of the defendant, who was finally acquitted of the charge of murder decades ago and who is now threatened with conviction for the same crime on the basis of § 362 No. 5 of the Code of Criminal Procedure, has prompted a constitutional review of the provision. Prior to this, arguments for and against the provision had already been exchanged in numerous texts by legal scholars. Naturally, the focus is on Article 103 (3) of the Basic Law. Those who reject § 362 No. 5 of the Code of Criminal Procedure base this primarily on a violation of the ne bis in idem principle. Quite a few advocates of the extended possibility of reopening refer – guided by emotion – to "material justice" as well as to "results that would be absolutely intolerable". This is unsatisfactory for people who find it neither unjust nor intolerable that a suspect is considered "innocent" for the rest of his life after a final acquittal, even if new evidence could turn the acquitted person into a person sentenced to life imprisonment. There are strong legal reasons why it is right to adhere to the final acquittal. There are certainly also considerable reasons for breaking with the discontinuance of criminal proceedings in the cases covered by § 362 No. 5 of the Code of Criminal Procedure. However, in my opinion, they are not weighty enough. In the present text, the constitutional dimension is to be left aside. A new provision that amends existing criminal procedural law must also be tested against existing criminal procedural law in order to be accepted. § 362 no. 5 of the Code of Criminal Procedure fails this test and should therefore be repealed.

I. Unklarheiten des Gesetzestextes

Handwerkliche Mängel von Gesetzestexten sind fast zu einem Markenzeichen moderner Gesetzgebungstätigkeit geworden. Wenig überraschend produziert auch der Text des § 362 Nr. 5 StPO Verständnisprobleme in beträchtlichem Umfang.

1. Der „freigesprochene Angeklagte"

Mehrdeutig ist das Merkmal „der freigesprochene Angeklagte", von dem man zwar erfährt, dass die neuen Tatsachen oder Beweise ihn zu einem Kandidaten für Verurteilung „wegen Mordes" usw. werden lassen. Von welchem strafrechtlichen Vorwurf und aus welchem rechtlichen Grund der Angeklagte seinerzeit freigesprochen wurde, lässt der Gesetzestext jedoch offen.[1] Da die am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten den Fall *Friederike von Möhlmann* vor Augen hatten, glaubten sie wohl, es könne sich nur um Verfahren handeln, in denen der Angeklagte mit dem Vorwurf des vollendeten Mordes konfrontiert war. Nach dem indifferenten Gesetzestext ließe sich der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten aber auch der Fall eines Freispruchs zuordnen, dem lediglich eine Anklage wegen Totschlags zugrunde lag, weil bereits bei Eröffnung des Hauptverfahrens feststand, dass die Erfüllung von Mordmerkmalen ausgeschlossen oder jedenfalls nicht erweislich ist.[2] Kommt zu den neuen „Tatsachen oder Beweismitteln", die den Totschlags-Freispruch als ein Fehlurteil erscheinen lassen, auch noch eine bisher unbekannte Information hinzu, wonach die Tat nicht als Totschlag,

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

1 *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (149).

2 So *Deiters et al.*, Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO, 2022, S. 1.

sondern als Mord zu bewerten ist, so steht nach dem Gesetzestext einem neuen[3] Strafverfahren nichts entgegen.[4] Nicht anders wäre es bei einem Freispruch, dem nicht einmal eine Anklage wegen vorsätzlicher Tötung vorausging, sondern z.B. wegen fahrlässiger Todesverursachung oder Körperverletzung. Man könnte meinen, dass es doch egal sei, auf welche Straftat sich der Freispruch bezog und es allein darauf ankomme, dass nun infolge der Wiederaufnahme ein Urteil zu erwarten ist, mit dem ein Schwerverbrecher seiner verdienten lebenslangen Freiheitsstrafe zugeführt wird. Aber zu bedenken geben sollte schon die Überlegung, dass der Angeklagte in diesen Fällen ab Vorliegen der Voraussetzungen des § 362 Nr. 5 StPO rückblickend besser stünde, wenn er nicht freigesprochen, sondern verurteilt worden wäre.[5] Eine Wiederaufnahme zu seinen Ungunsten wäre dann gegen seinen Willen[6] nur unter den Voraussetzungen des § 362 Nr. 1 bis 3 StPO zulässig. Der entscheidende Grund für eine Beschränkung der Wiederaufnahme auf Fälle des Freispruchs vom Vorwurf einer „Katalogtat" – also Mord usw. − ist aber das unterschiedlich gewichtige Vertrauen, das der Freigesprochene in die Unumkehrbarkeit des rechtskräftigen Verfahrensergebnisses haben darf. Dass das Interesse an einer Korrektur bei Angehörigen des Opfers, der Gesellschaft insgesamt sowie der Strafrechtspflege stärker ist, wenn dem Freigesprochenen von der Staatsanwaltschaft nicht eine fahrlässige Tötung, eine Körperverletzung mit Todesfolge oder ein Totschlag, sondern ein Mord angelastet wurde, liegt auf der Hand. Davon darf man ausgehen, auch wenn man es nicht für „unerträglich" hält, dass ein dringend des Mordes Verdächtiger aus Mangel an Beweisen unumkehrbar rechtskräftig freigesprochen wurde. Bei allen Straftaten außer Mord (§ 78 Abs. 2 StGB) darf der Beschuldigte darauf hoffen, dass eine Verfolgung irgendwann infolge Verjährung unzulässig geworden ist, was dann auch einer Wiederaufnahme des Verfahrens entgegenstünde.[7] Daher wird der Angeklagte naturgemäß nach dem rechtskräftigen Freispruch keine oder geringere Vorkehrungen für eine eventuell erforderlich werdende erneute Verteidigung treffen.[8] Auf die einmal getroffene Entscheidung muss er sich verlassen können.[9] Soweit also die Legitimation des § 362 Nr. 5 StPO auf einer Abwägung gegenläufiger Interessen beruht und in der Waagschale der einer Wiederaufnahme entgegenstehenden Interessen das schutzwürdige Vertrauen des freigesprochenen Angeklagten liegt, wird man dem Gewicht der Straftat, die dem Angeklagten in dem früheren Verfahren nicht nachgewiesen werden konnte, Bedeutung zumessen müssen. Die Möglichkeit der Wiederaufnahme sollte deshalb auf Fälle beschränkt werden, in denen schon dem rechtskräftig gewordenen Freispruch der Vorwurf eines Mordes oder einer gleichschwerwiegenden Straftat (nach dem VStGB) zugrunde lag.

2. Erfasst werden nur vollendete Verbrechen

Die Begründung des von den Fraktionen der CDU/CSU und der SPD in der 19. Legislaturperiode vorgelegten Gesetzesentwurfs[10] enthält auf Seite 9 den nicht auf Anhieb verständlichen Satz: „Erfasst werden nur vollendete Verbrechen".[11] Der Satz steht im Zusammenhang mit den Ausführungen zur „Unerträglichkeit" des Freispruchs bei Taten, die „mit der Höchststrafe belegt sind und nicht der Verjährung unterliegen".[12] Gemeint ist also wohl, dass die Wiederaufnahme nur dann zulässig ist, wenn die neuen Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe für die Prognose bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen *vollendeten* Mordes und nicht wegen *versuchten* Mordes verurteilt werden wird. Diese Beschränkung der Anwendung ist zwar schlechter als die Nichtanwendung und Aufhebung der Vorschrift, sie ist aber besser als die extensive Anwendung. Daher ist sie im Ergebnis zu begrüßen. Fraglich ist jedoch, ob das Ergebnis richtig ist.[13] Es stellen sich einige Fragen, auf die in den Gesetzesmaterialien Antworten nicht zu finden sind. Folgt der Ausschluss des versuchten Mordes aus dem Gesetzeswortlaut? Ist mit „vollendetes Verbrechen" nur vollendetes Täterverhalten gemeint oder fällt darunter auch Anstiftung oder Beihilfe zu einem vollendeten Mord usw.? Wie sieht es aus mit § 30 StGB in Verbindung mit einem der einschlägigen Straftatbestände? Der Wortlaut des § 362 Nr. 5 StPO scheint tatsächlich für die Beschränkung auf Vollendungen zu sprechen. Verurteilung „wegen Mordes" ist mehr als und nicht dasselbe wie Verurteilung „wegen versuchten Mordes". Andererseits gibt es im geltenden Recht zahlreiche Beispiele für ein die „besonderen Erscheinungsformen" der Straftat (Versuch, Teilnahme) mitumfassendes Verständnis der Deliktsbezeichnungen. Versuchter Mord, Teilnahme am Mord, ja sogar die Varianten des § 30 StGB in Verbindung mit § 211 StGB werden bekanntlich von der fast ganz h.M. dem Text „Verbrechen nach § 211 (Mord) verjähren nicht" in § 78 Abs. 2 StGB zugeordnet.[14] Jüngst hat der *BGH* bestätigt, dass ein „Mord" im Sinne des § 105 Abs. 3 S. 2 JGG auch ein Mordversuch sein könne.[15] Die Reihe der Beispiele ließe sich verlängern. In der Sache allerdings wäre eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf vollendete Taten richtig. Gerechtigkeitslücke und Unerträglichkeit –

[3] Ob das Strafverfahren nach erfolgreicher Wiederaufnahme ein „neues" ist oder es sich um eine Rückkehr in das ursprüngliche Verfahren handelt, sei hier dahingestellt.

[4] Anders *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. (2023), § 362 Rn. 10, nach dem der Anwendungsbereich der Nr. 5 „auf freisprechende Urteile wegen Straftaten…, welche mit der Höchststrafe belegt sind und nicht der Verjährung unterliegen" beschränkt sei.

[5] *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (149).

[6] § 362 Nr. 4 StPO entfällt, weil der Angeklagte auch dann kein „Freigesprochener" ist, wenn er „nur" wegen Totschlags verurteilt wurde, nachdem ihm zunächst ein Mord zur Last gelegt worden war. Der Verurteilte kann also nach Rechtskraft des Urteils gefahrlos erklären: „Ich habe doch aus Habgier getötet!".

[7] Ausführlich zu den verschiedenen Ansichten bezüglich der Verfolgungsverjährung nach einem rechtskräftigen Freispruch *Asholt*, Verjährung im Strafrecht, 2016, S. 672 ff.

[8] *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (147).

[9] *Grünewald*, ZStW 120, 545 (568).

[10] BT-Drs. 19/30399.

[11] Ebenso – ohne Erläuterung – *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 362 Rn. 12.

[12] BT-Drs. 19/30399, S. 8.

[13] *Deiters et al.,* S. 4.

[14] *Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 78 Rn. 1; *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), § 78 Rn. 4; *Greger/ Weingarten*, in: LK-StGB; Bd. 6, 13. Aufl. (2020), § 78 Rn. 6; *Heger*; in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 78 Rn. 6; *Saliger*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 78 Rn. 7; a.A. *Mitsch*, in: M. Vormbaum (Hrsg.), Spätverfolgung von NS-Unrecht, 2023, S. 249 (260).

[15] *BGH*, NJW 2020, 3537 m. Anm. *Mitsch*, JR 2021, 223.

wenn man denn diese legislatorischen Motive anerkennen möchte – haben zu wenig legitimatorisches Gewicht, wenn es um eine Straftat geht, deren Ahndung mit lebenslanger Freiheitsstrafe nicht obligatorisch ist, § 23 Abs. 2 StGB. Letztendlich kommt es also auf die Schwere des Tatvorwurfs an, dem mit der Wiederaufnahme zum Durchbruch verholfen werden soll.[16] Diese spiegelt sich in der Sanktionshöhe. Wird die Zulassung der Wiederaufnahme mit dem Bedürfnis nach gerechter Ahndung „schwerster Straftaten" begründet, können nur Taten in Betracht kommen, die bereits bei Anordnung der „Erneuerung der Hauptverhandlung" (§ 370 Abs. 2 StPO) die Prognose der lebenslangen Freiheitsstrafe zulassen. Deshalb müssen auch Beihilfe (§ 27 Abs. 2 S. 2 StGB) und der Versuch der Beteiligung (§ 30 Abs. 1 S. 2 StGB) ausgeklammert werden. Dagegen gibt es für die Nichtberücksichtigung der Anstiftung keinen Grund. Der Anstifter wird „gleich einem Täter" betraft, im Falle der §§ 211, 26 StGB also mit lebenslanger Freiheitsstrafe. Keinen Einfluss auf die Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO dürfen „außergewöhnliche Umstände" haben, die das Gericht zur Anwendung der „Rechtsfolgenlösung" und somit zum Abrücken von der absoluten lebenslangen Freiheitsstrafe veranlassen könnten. Zulässigkeit und Begründetheit der Wiederaufnahme des Verfahrens können davon nicht anhängig gemacht werden, weil derartige strafmaßrelevante Tatsachen erst in der nach Anordnung der Wiederaufnahme durchzuführenden Hauptverhandlung festgestellt werden können. Umgekehrt ist eine Einbeziehung des Totschlags in besonders schwerem Fall (§ 212 Abs. 2 StGB) nicht möglich, obwohl das Gesetz hier − wie in § 211 Abs. 1 StGB – lebenslange Freiheitsstrafe obligatorisch androht. Die „besondere Schwere", deren Feststellung der Gesetzgeber nicht einmal durch Regelbeispiele erleichtert hat, liegt außerhalb der Erkenntnismöglichkeiten, die der Entscheidung über die Wiederaufnahme des Verfahrens zugrunde liegen.

3. Korrekturen am Gesetzeswortlaut

Wenn § 362 Nr. 5 StPO nicht aufgehoben wird, sollte zumindest sein Anwendungsbereich verengt und dies im Gesetzestext abgebildet werden. Zum einen sollte klargestellt werden, dass bereits der Freispruch eine „Tat" im Sinne des § 264 StPO zum Gegenstand hatte, die – wenn das Gericht die Überzeugung von der Erfüllung der Strafbarkeitsvoraussetzungen gewonnen hätte – mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet worden wäre. Zum anderen muss auch das „Wideraufnahmeziel" auf Verurteilungen wegen vollendeter Tatbegehung als Täter oder Anstifter begrenzt werden. Ohne einen Zuwachs an „Sperrigkeit" lässt sich die Formulierung des Gesetzestextes nicht erreichen. Möglich wäre folgende Version (Änderungen in kursiv):

„… wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass als *Täter oder Anstifter* wegen *vollendeten* Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), *vollendeten* Völkermordes (§ 6 Absatz 1 des Völkerstrafgesetzbuches), *vollendeten* Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder *vollendeten* Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches) *ein Angeklagter verurteilt wird, der von dem Vorwurf einer solchen Tat freigesprochen worden war.*"

II. Die Systematik der Wiederaufnahmeregeln

1. Wiederaufnahmegründe in der Hauptverhandlung

§ 362 Nr. 1 bis 3 StPO knüpfen an Vorgänge an, die sich innerhalb der dem Urteil vorausgegangenen Hauptverhandlung ereignet haben. Dass eine Verurteilung des Angeklagten daran scheitern würde, war deshalb für das Gericht vor der Hauptverhandlung nicht vorhersehbar. Es bestand somit in dem Verfahren nicht die Möglichkeit, dem Freispruch vorzugreifen und das Verfahren in einem früheren Stadium durch Einstellung zu beenden. Letzteres hätte die Konsequenz gehabt, dass die verfahrensbeendende Entscheidung trotz formaler Rechtskraft keinen Strafklageverbrauch (Art. 103 Abs. 3 GG) erzeugt. Eine Verfahrensfortsetzung bei veränderter Tatsachen- und Beweislage wäre dann möglich gewesen, ohne dass es dafür einer Wiederaufnahme gemäß § 362 StPO bedurfte. § 362 Nr. 4 StPO ist ein Wiederaufnahmegrund, der sich auf keinen Grundgedanken zurückführen lässt, der auch die Varianten § 362 Nr. 1 bis 3 StPO umfasst. Weder hat das spätere Geständnis des Freigesprochenen mit dem rechtskräftigen Freispruch zwingend etwas zu tun noch begründet es die Erwartung, dass es nunmehr infolge der Wiederaufnahme des Verfahrens zu einer Verurteilung kommen werde. Das Geständnis muss keineswegs ein „dringender Grund" für eine solche Verurteilung sein.[17] Selbstverständlich behält der Angeklagte auch nach einem Geständnis sein Schweigerecht (§ 243 Abs. 5 S. 1 StPO). Macht er davon Gebrauch, muss das Geständnis durch Vernehmung von Personen in die Hauptverhandlung eingeführt werden, die Ohrenzeugen der Selbstbezichtigung gewesen sind. Gibt es davon nur einen einzigen und ist dieser verstorben, könnte das schwierig werden. § 362 Nr. 4 StPO passt weder zu § 362 Nr. 1 bis 3 StPO noch zu § 362 Nr. 5 StPO. Eine Stütze für § 362 Nr. 5 StPO ist § 362 Nr. 4 StPO nicht, im Gegenteil.[18] Im Fall des § 362 Nr. 4 StPO ist dem Angeklagten die Durchbrechung der Freispruchrechtskraft selbst zuzuschreiben.[19] Er kann sich also über den Wegfall des Schutzes, den Art. 103 Abs. 3 GG ihm gewährte, nicht beschweren. Im Fall des § 362 Nr. 5 StPO ist das anders.

2. Wiederaufnahmegründe außerhalb der Hauptverhandlung

Die Erörterung eines „Systems der Wiederaufnahme" ist unvollständig, wenn dabei nicht Verfahrensvorschriften

[16] *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158).

[17] Anders *von Bierbrauer zu Brennstein*, HRRS 2022, 118 (120), nach der im Fall des Geständnisses die "Schuld klar zu Tage" liege.

[18] *Deiters et al.,* S. 17; *Schweiger*, Zfistw 2022, 397 (402); a.A. *von Bierbrauer zu Brennstein*, HRRS 2022, 118 (120).

[19] *Kaspar*, GA 2022, 21 (30); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (146); *Scherzberg/Thiée*, ZRP 2008, 80 (82).

einbezogen werden, nach denen neue Tatsachen oder Beweismittel die Fortsetzung eines zuvor außerhalb einer Hauptverhandlung beendeten Strafverfahrens gestatten. Reichen die Tatsachen und Beweismittel, mit denen die Staatsanwaltschaft ihre Anklage verbunden hat, nach Einschätzung des Gerichts nicht aus, um die für eine Eröffnung des Hauptverfahrens notwendige Prognose einer wahrscheinlichen Verurteilung[20] zu begründen, erlässt das Gericht einen Nichteröffnungsbeschluss, § 204 StPO. Gegen diesen kann die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde einlegen, § 210 Abs. 2 StPO. Verzichtet sie darauf oder gibt das Beschwerdegericht dem Rechtsmittel nicht statt, wird der Nichteröffnungsbeschluss unanfechtbar. Das führt zwar nicht zu einem Strafklageverbrauch gemäß Art. 103 Abs. 3 GG. Die formell rechtskräftig gewordene Beendigung des Verfahrens entfaltet gleichwohl eine beschränkte Sperrwirkung.[21] Gemäß § 211 StPO kann das Verfahren nur noch auf der Grundlage neuer Tatsachen oder Beweismittel wieder aufgenommen werden. Vor der Einführung des § 362 Nr. 5 StPO konnte somit nicht behauptet werden, das geltende Strafprozessrecht schreibe dem Bekanntwerden neuer belastender Tatsachen oder Beweismittel nach Beendigung des Strafverfahrens keine rechtskraftdurchbrechende Wirkung zuungunsten des Beschuldigten zu. Eine unübersteigbare Sperre errichtete das geltende Strafprozessrecht in dem Fall einer erst in der Hauptverhandlung erkannten Beweismittelinsuffizienz, die verhinderte, dass die gerichtliche Verurteilungsprognose sich in eine urteilstragende richterliche Überzeugung (§ 261 StPO) verwandeln konnte. Für Verfahren, in denen das Gericht schon im Stadium vor Eröffnung des Hauptverfahrens feststellt, dass die Ermittlungsergebnisse eine Verurteilung des Angeschuldigten nicht erwarten lassen und sich daran in der Hauptverhandlung nichts ändern wird, besteht für eine Erweiterung des § 362 StPO kein Bedarf.[22] Auf § 362 Nr. 5 StPO angewiesen ist die Strafjustiz folglich nur in zwei Fällen. Erstens: Das Gericht durfte eine Verurteilung prognostizieren, hat deshalb zu Recht das Hauptverfahren eröffnet und in der Hauptverhandlung ist es zu einem unerwarteten Beweismittelausfall gekommen, weil z. B. ein Beweismittel nicht mehr zur Verfügung stand.[23] Zweitens: Die Beweislage war bereits vor Eröffnung des Hauptverfahrens nicht tragfähig und das Gericht hätte die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht beschließen dürfen. Welche Schlüsse lassen sich daraus im Hinblick auf § 362 Nr. 5 StPO ziehen? In dem zweiten Fall ermöglicht die Norm eine Wiederaufnahme des Verfahrens, die bei korrekter Verfahrensweise auch ohne § 362 Nr. 5 StPO auf der Grundlage des § 211 StPO möglich gewesen wäre. Auch im ersten Fall hätte § 211 StPO der Wiederaufnahme des Verfahrens das Tor geöffnet. Jedoch war nach zutreffender Einschätzung des Gerichts geboten, das Hauptverfahren zu eröffnen und die Hauptverhandlung durchzuführen.[24] Es bedarf keiner vertiefenden Erläuterung, dass die Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten auf Grundlage neuer Beweismittel oder Tatsachen nicht erforderlich ist, wenn das Gericht eine derartige Erweiterung nicht braucht. So verhält es sich in der zweiten genannten Variante: Das Gericht muss beschließen, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen und kann später bei veränderter Beweislage das Verfahren mit dem Erlass eines Eröffnungsbeschlusses fortsetzen. Setzt sich das Gericht über das Fehlen der Voraussetzungen für einen Eröffnungsbeschluss hinweg und kommt es sodann zum Freispruch des Angeklagten, darf der Verfahrensfehler beim Eröffnungsbeschluss nicht dadurch „belohnt" werden, dass eine weitere Chance der Verfahrensfortsetzung bei neuen Beweismitteln oder Tatsachen eingeräumt wird.[25] Genau diese Art von „Belohnung" stellt aber der neue § 362 Nr. 5 StPO dar. Auf die Interessenabwägung, mit der der Gesetzgeber und seine Unterstützer im Schrifttum dies zu rechtfertigen versuchen, kann nicht abgestellt werden, weil eine Abwägung widerstreitender Interessen bei Nichterforderlichkeit gar nicht zulässig ist. Das ist ein allgemeines Prinzip, das seine deutlichste Ausprägung in § 34 S. 1 StGB (Gefahr nicht anders abwendbar) erhalten hat, aber im Recht universell gilt, wenn es um die Befriedigung kontroverser Interessen geht. Können beide Interessen befriedigt werden, braucht nicht eines auf Grundlage einer Abwägung geopfert zu werden. Eine Abwägung des Interesses auf Durchsetzung strafrechtlicher „Gerechtigkeit" einerseits und der Aufrechterhaltung der durch den rechtskräftigen Freispruch geschaffenen Rechtssicherheit andererseits, deren Ergebnis die Schaffung einer Norm wie § 362 Nr. 5 StPO sein könnte, ist also nur in Bezug auf den ersten Fall möglich: Das Gericht hat auf der Grundlage einer tragfähigen Verurteilungsprognose das Hauptverfahren eröffnet und sah sich wegen des (nicht erwartbaren) insuffizienten Ergebnisses der Beweisaufnahme gezwungen den Angeklagten freizusprechen. Der geltende § 362 Nr. 5 StPO ist aber schon deshalb aufzuheben, weil er die Beschränkung auf diesen Fall nicht berücksichtigt. Die Norm erfasst auch den Freispruch, zu dem es gar nicht hätte kommen dürfen, weil die Voraussetzungen für die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht vorgelegen haben. Ob es dem Gesetzgeber gelingen kann, den Anwendungsbereich der Vorschrift in sprachlich verständlicher Weise so zu reduzieren, dass lediglich der erste Fall – Freispruch nach richtiger Eröffnung des Hauptverfahrens − berücksichtigt wird, sei hier dahingestellt. Nach hiesiger Ansicht muss die Abwägung ohnehin zugunsten des rechtskräftig freigesprochenen Angeklagten ausfallen. Die Unmöglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens zu seinen Ungunsten bei veränderter, Verurteilungswahrscheinlichkeit begründender Beweislage ist gewissermaßen die „Entschädigung"[26] dafür, dass er

[20] So die gängige Auslegung von „hinreichend verdächtig" (§ 203 StPO), *Schmitt,* in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 203 Rn. 2.

[21] *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 211 Rn. 1.

[22] Unrichtig ist insoweit die von Verteidigern und Gegnern des § 362 Nr. 5 StPO einheitlich aufgestellte Behauptung, zur Erreichung des „legitimen Zwecks" sei die Regelung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten „erforderlich". In Fällen, in denen das Gericht § 211 StPO anwendet, ist § 362 Nr. 5 StPO nicht erforderlich.

[23] Zum Beispiel nach § 252 StPO oder wegen des Widerrufs der Entbindung von der Schweigepflicht.

[24] § 203 StPO eröffnet keinen Ermessensspielraum („Das Gericht beschließt…").

[25] Zutr. stellt *Grünewald*, ZStW 120, 545 (572) fest, dass die Wiederaufnahme nicht dazu diene, Fehler, die sich schon im Hauptverfahren vermeiden ließen, im Nachhinein zu beseitigen. Tatsächlich hat aber § 362 Nr. 5 StPO diesen „Reparatur"-Effekt, wenn man ihn auf Fälle anwendet, in denen schon das Hauptverfahren nicht eröffnet werden durfte.

[26] Gegen eine solche „psychologisierende" Betrachtung *Grünewald*, ZStW 120, 545 (567).

die Belastung mit der (öffentlichen) Hauptverhandlung erdulden musste, obwohl – wie sich am Ende der Hauptverhandlung herausstellte – die ihn schützende Unschuldsvermutung nicht entkräftet worden ist.[27] Denn der Angeklagte hat nicht die Wahl zwischen Nichteröffnung des Hauptverfahrens mit der Gefahr späterer Wiederaufnahme wegen neuer Beweismittel (§ 211 StPO) oder Erduldung der Hauptverhandlung, § 210 Abs. 1 StPO. Er kann sich also nicht Freiheit von einer Hauptverhandlung „erkaufen" durch Eingehen des Risikos einer späteren Wiederaufnahme des Verfahrens wegen verbesserter Beweislage. Die „Entschädigung" des wiederaufnahmefesten rechtskräftigen Freispruchs darf ihm nicht entzogen werden, auch nicht im Fall einer wahrscheinlichen Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe. § 362 Nr. 5 StPO ist also nicht nur aufzuheben und mit reduziertem Regelungsgehalt zu erneuern, sondern die Aufhebung muss eine ersatzlose sein.

III. Weitere Gesichtspunkte

1. Unzulässigkeit von Ermittlungen in Bezug auf eine „nicht verfolgbare" Tat

Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen den Beschuldigten im Fall „*Friederike von Möhlmann*" beruht zum großen Teil auf neuen Erkenntnissen, die von der Staatsanwaltschaft infolge von Untersuchungen gewonnen wurden, die überhaupt nicht zulässig gewesen sind. Die Staatsanwaltschaft führt gemäß § 152 Abs. 2 StPO Ermittlungen durch, wenn tatsächliche Voraussetzungen des Verdachts einer „verfolgbaren Straftat" existieren. Diese Vorschrift bringt das „Legalitätsprinzip" zur Geltung. Dieses hat aber auch eine „negative" Komponente: Das „positive" Legalitätsprinzip besagt, dass die Strafverfolgungsbehörden zur Verfahrenseinleitung und Verfahrensdurchführung verpflichtet sind. Die Kehrseite, das „negative Legalitätsprinzip", ist das Verbot der Verfahrensdurchführung bei Fehlen der Voraussetzungen. Auch ein „wirklicher" Straftäter hat ein Recht darauf, von den staatlichen Behörden in Ruhe gelassen zu werden, sofern keine ausreichende Verdachtsgrundlage für staatliches Einschreiten besteht. Die mutmaßliche Tat des Angeklagten war infolge des rechtskräftigen Freispruchs keine „verfolgbare" Tat mehr, Art. 103 Abs. 3 GG.[28] So war die Rechtslage bis zum Inkrafttreten des neuen § 362 Nr. 5 StPO.[29] Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen einer Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen gemäß § 362 Nr. 1, 2, 3 oder 4 StPO existierten und existieren nicht. Eine „verfolgbare" Tat wäre die mutmaßliche Tötung des Opfers durch den Freigesprochenen allein im Lichte dieser Wiederaufnahmegründe.[30] Eine Rückwirkung dahingehend, dass mit der Einführung des § 362 Nr. 5 StPO das Fehlen einer Rechtsgrundlage für zulässige Straftatermittlungen ex tunc „geheilt" wird, kann niemand ernsthaft in Erwägung ziehen. Die Staatsanwaltschaft hat also Beweise gesammelt in Bezug auf eine Tat, deren Verfolgung ein Verfahrenshindernis entgegenstand. Bei Verfahren wegen verjährbarer Straftaten ist so etwas besonders perfide, weil die Strafverfolgungsbehörde für die Unzulässigkeit von Ermittlungen mit zusätzlicher Verfahrenszeit „entschädigt" wird, § 78b Abs. 1 Nr. 2 StGB. Schon weil die Missachtung des Verfolgungsverbots in vollem Bewusstsein seiner Existenz geschehen ist, muss die Konsequenz ein Verwertungsverbot sein. Würde man mit der Rechtsprechung dem Verwertungsverbot eine Abwägung vorschalten, die auf das Ergebnis eines das Verwertungsverbot ausschließenden „überwiegenden Interesses" an der Durchsetzung des möglicherweise bestehenden Strafanspruchs hinausliefe, wäre nicht nur das Gebot eines fairen, sondern sogar das Gebot eines rechtmäßigen Verfahrens ad absurdum geführt. Jedenfalls bei Verfahren wegen schwerster Verbrechen könnten sich die Strafverfolgungsbehörden mit direktem Vorsatz über geltendes Verfahrensrecht hinwegsetzen, ohne dass dies der Verurteilung des Beschuldigten entgegenstehen könnte. Für künftige Fälle ist dieser Einwand natürlich nicht mehr beachtlich, solange § 362 Nr. 5 StPO nicht aufgehoben wird. Auf Grund dieser Vorschrift sind Taten von zukünftig rechtskräftig freigesprochenen „Mördern" usw. weiterhin und wegen der Unverjährbarkeit (§ 78 Abs. 2 StGB) ohne zeitliches Limit bis zum Tod des Verdächtigen „verfolgbare" Straftaten i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO. Für Verfahren vor Einführung des § 362 Nr. 5 StPO – also das Verfahren gegen den des Mordes an *Friederike von Möhlmann* Verdächtigten und eventuell weitere Freigesprochene − darf diese Vorschrift jedoch keinen Freibrief erteilen und zwar unabhängig davon, ob darin auch ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot bestünde oder nicht.[31]

2. Unverhältnismäßigkeit lebenslanger Freiheitsstrafe

Den großen Zuspruch in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens verdankt § 362 Nr. 5 StPO nicht zuletzt seiner Beschränkung und Konzentration auf Verbrechen mit maximalem Strafwürdigkeitsgehalt. Das geltende Strafrecht droht in allen betroffenen Fällen lebenslange Freiheitsstrafe absolut an. Es steht außer Zweifel, dass dies in den Überlegungen zur Abwägung der widerstreitenden Interessen ein überragend wichtiger Akzent ist. Die Waagschale würde sich in eine andere Richtung bewegen, sähe das Strafrecht bei den betroffenen Delikten anstelle der lebenslangen Freiheitsstrafe oder zumindest neben ihr (z.B. § 251 StGB) zeitige Freiheitsstrafe vor. Dass dies einer kriminalpolitischen Forderung entspricht, die sich seit Jahrzehnten breiter Unterstützung erfreut und zuletzt während der 18. Legislaturperiode vehement und wohlbegründet geltend gemacht wurde[32], scheint aktuell und insbesondere in der Debatte um § 362 Nr. 5 StPO keine Rolle zu spielen. Das Gebot verhältnismäßiger Bestrafung kann

[27] *Pohlreich*, HRRS 2023, 140.

[28] *Walter*, Strafprozessrecht, 2020, Rn. 92.

[29] *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 152 Rn. 11: Wiederaufleben des positiven Legalitätsprinzips, wenn nach einer rechtskräftigen Abschlussentscheidung neue Strafverfolgung zulässig wird.

[30] *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 362 Rn. 1: „Die StA darf nicht ohne sachlichen Anlass neue Ermittlungen führen."

[31] Für ein Rückwirkungsverbot *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (254); *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103); *Kaspar*, GA 2022, 21 (34); *Lenk*, StV 2022, 118 (121); *Pabst*, ZIS 2010, 126 (130).

[32] Erinnert sei nur an den Aufsatz von *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9 ff.

aber selbstverständlich nicht dadurch außer Kraft gesetzt werden, dass es schlicht ignoriert wird. Unverhältnismäßig wäre die lebenslange Freiheitstrafe gegenüber einem Angeklagten, der über vier Jahrzehnte nach seinem rechtskräftigen Freispruch auf der Grundlage einer rechtlich höchst fragwürdigen Wiederaufnahme des gegen ihn geführten Verfahrens wegen Mordes verurteilt wird. Dass schon das beträchtliche Quantum verstrichener Zeit eine erhebliche Minderung der Sanktionierungsgründe bewirkt, steht außer Frage. Gleich, wie man das Institut der Strafverfolgungsverjährung begründet, prozessual, materiell oder gemischt[33]: nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Frist hat die gesetzlich vorgesehene Sanktionierung ihre Legitimität verloren. Bis zum Erreichen des Fristendpunkts vollzieht sich dieser Schwund zumindest linear, ab einem bestimmten Punkt vielleicht sogar exponentiell. Das gilt entgegen § 78 Abs. 2 StGB auch für Mord und andere mit absolut lebenslanger Freiheitsstrafe pönalisierte Verbrechen. Ausländische Strafrechtsordnungen, die ebenfalls die Unverjährbarkeit schwerster Verbrechen kennen, schreiben eine obligatorische Strafmilderung für den Fall vor, dass die Verurteilung erst nach Verstreichen einer längeren Zeitspanne erfolgt.[34] Wenn § 211 StGB es zuließe, müsste also auch die auf § 362 Nr. 5 StPO beruhende Bestrafung eines vor Jahrzehnten freigesprochenen Mörders zeitig begrenzt werden.[35] Dabei sind die sonstigen Strafmilderungsgründe, die etwa im Fall „*Friederike von Möhlmann*“ aufgewiesen werden können, noch gar nicht berücksichtigt. Die massive Missachtung des Art. 6 Abs. 2 MRK, ohne die es den Medien nicht möglich wäre, den rechtskräftig Freigesprochenen vorzuverurteilen und ein Stimmungsbild in der Gesellschaft entstehen zu lassen, das den energischen Ruf nach „Gerechtigkeit“ transportiert, muss in Ermangelung anderer rechtlicher Instrumente – z.B. Verfahrenshindernis – strafmildernd Berücksichtigung finden.[36] Dasselbe gilt für die oben skizzierte gravierende Durchbrechung der § 152 Abs. 2 StPO immanenten Verfolgungsschranke. Wenn – wie es hier vorgeschlagen wird – dieser Verstoß gegen das negative Legalitätsprinzip nicht bereits zu einem Verwertungsverbot führt, muss jedenfalls diese Rechtsverletzung gegenüber dem Beschuldigten durch Strafmaßreduzierung kompensiert werden. Daraus folgt: In der Diskussion um die Abwägung der widerstreitenden Gesichtspunkte können die Befürworter der erweiterten Wiederaufnahme kein Interesse an der Durchsetzung eines maximalen staatlichen Sanktionsanspruchs geltend machen. Der Täter, den sie der „verdienten“ gerechten Bestrafung zuführen wollen, „verdient“ keine lebenslange Freiheitsstrafe mehr. Vielmehr ist § 212 StGB (iVm § 213 StGB) der Maßstab, der für diesen Angeklagten geeignet erscheint.

3. Ungerechtigkeit

Nicht nur die Gesetzgebenden[37], sondern auch die § 362 Nr. 5 StPO verteidigenden Autoren berufen sich auf „Gerechtigkeit“ und bringen damit ein schweres Geschütz[38] in Stellung.[39] Indessen leidet diese Vorgehensweise an inhaltlichen und an methodischen Mängeln.[40] Suggeriert wird die Existenz einer dem geltenden Recht vorgegebenen Gerechtigkeit, an der das Recht zu messen und wegen der es – im Fall einer Abweichung − gegebenenfalls zu korrigieren sei. Im Ansatz und Grundsatz ist das richtig. Für die Gestaltung des Rechts muss es einen vorgelagerten Maßstab geben. Ansonsten wäre Rechtssetzung nichts anderes als Befriedigung von Interessen zugunsten derjenigen, die über die politische Durchsetzungsmacht verfügen. Die Anwendung von Recht soll Gerechtigkeit gewährleisten. Damit dies im konkreten Fall gelingt, müssen die Gesetze abstrakt einen gerechten Inhalt haben. Wie so oft steckt auch hier der Teufel im Detail. Von einem kleinen Kernbereich abgesehen, gibt es über das, was gerecht oder ungerecht ist, wenig gesichertes Wissen und gesellschaftlichen Konsens.[41] Das vorliegende Thema bestätigt dies. Unbestreitbar wurden und wird die vor der Einführung des § 362 Nr. 5 StPO geltende Rechtslage von vielen als gerecht eingeschätzt. Das bedeutet nicht, dass die frühere und nicht die jetzt geltende Rechtslage gerecht ist. Aber umgekehrt ist es genauso. Das Obsiegen der entgegengesetzten Ansicht im demokratischen Ringen um die beste rechtliche Regelung ist kein Gerechtigkeitsattest. Was die Mehrheit für richtig hält, kann dennoch falsch sein. Dass es sich hier so verhalten könnte, lassen die Verzerrungen erahnen, mit denen die Vertreter der Mehrheitsmeinung operieren. Frappierend ist die verbreitete Missachtung der Unschuldsvermutung[42], die selbst nach einer noch nicht rechtskräftigen Verurteilung ihre Schutzwirkung uneingeschränkt entfaltet.[43] Umso mehr verdient sie Beachtung, wenn der Angeklagte rechtskräftig freigesprochen wurde.[44] Selbstverständlich sind die meisten Beschuldigten tatsächlich nicht unschuldig, die Unschuldsvermutung ist „eine normative Setzung und keine empirische Tatsache“.[45] Anderenfalls würde es schon am Anfangsverdacht fehlen, die Strafverfolgung wäre unzulässig und sogar als Verbrechen strafbewehrt, § 344 StGB. Ob das zweite Verfahren, das infolge der Wiederaufnahme

---

33 *Saliger*, in: NK-StGB, Vorb. § 78 Rn. 3 ff.

34 Vgl. § 57 Abs. 1 S. 2 des österreichischen Strafgesetzbuches; Art. 101 Abs. 2 des schweizerischen Strafgesetzbuches.

35 *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 89.

36 *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 55.

37 „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“.

38 *Neumann*, in: FS Jung, 2007, S. 655 (662) weist auf das „allgemeine Prestige des Gerechtigkeitsbegriffs“ hin. Wer möchte schon Verteidiger einer „ungerechten“ Rechtslage sein?

39 *Hoven*, JZ 2021, (1157): „Bedeutung eines gerechten Strafurteils“; *Letzgus*, in: FS Geppert, 2011, S. 785 (793).

40 *Ruhs*, ZRP 2021, 88: „Zweifel hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit … werden dabei mit einem pauschalen Hinweis auf einen vermeintlich bestehenden unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß beiseite gewischt.“; *Kaspar*, GA 2022, 21 (31): Gerechtigkeit „uferlos und untauglich zur Grenzziehung“; *Kubiciel*, GA 2021, 380 (389): Gerechtigkeit „viel zu vage“; *Lenk*, StV 2022, 118 (123): „nebulöses Gerechtigkeitspostulat“. Abl. auch *Neumann*, in: FS Jung, S. 655 (663).

41 *Grünewald*, ZStW 120, 545 (574); *Lenk*, StV 2022, 118 (123); *Priebernig*, HRRS 2023, 156 (158).

42 Zutreffend *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (151): „grobe Verkennung der Unschuldsvermutung“; ebenso *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103); *Scherzberg/Thiée*, ZRP 2008, 80 (83).

43 *Pabst*, ZIS 2010, 126 (131).

44 *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (151).

45 *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158).

gemäß § 362 Nr. 5 StPO möglich geworden ist, „den tatsächlich verantwortlichen Täter“ trifft[46], ist jedoch eine Erkenntnis, über die im Stadium der Wiederaufnahmeentscheidung niemand verfügt.[47] Es ist schon erstaunlich, welche Verurteilungsantizipationen Befürworter der Wiederaufnahme in die Gerechtigkeits-Debatte einführen, indem sie vom „Täter“[48] und „Mörder“[49] sprechen, dessen Schuld überhaupt nicht mehr angezweifelt werden könne.[50] Nur mittels völliger Ausblendung der Unschuldsvermutung ist es möglich, dem „Opfer“ (oder Angehörigen des „Opfers“) ein „Recht auf Strafverfolgung“ zum Nachteil des rechtskräftig Freigesprochenen zuzusprechen.[51] Auch wenn es nicht so gemeint ist, wird doch das Bild einer zutiefst ungerechten Nichtbestrafung eines Mörders gezeichnet, dessen Schuld auf Grund der neuen Tatsachen und Beweismittel klar zutage liege.[52] Aber nicht die Ungerechtigkeit von Sanktionslosigkeit kann geltend gemacht werden, sondern allenfalls die Ungerechtigkeit prozessualer Untätigkeit. Es ist also eine unzulässige Vermischung von materiellem Strafrecht und Prozessrecht, wenn die Ungerechtigkeit der Nichtbestrafung betont wird. Ungerecht kann es höchstens sein, dass das Prozessrecht die Überwindung eines rechtskräftigen Freispruchs verweigert, obwohl neue Erkenntnisse geeignet wären, ein Strafgericht von der Schuld des Angeklagten und der Unrichtigkeit des Freispruchs zu überzeugen. Nicht um „Strafgerechtigkeit“, sondern nur um ein „gerechtes Verfahren“ kann es hier gehen. Dass ein Verfahren, das rechtskräftig Freigesprochene vor einer Wiederaufnahme bei Auftreten neuer Tatsachen oder Beweismittel bewahrt, ungerecht sei, kann aber niemand ernsthaft behaupten.

IV. Schluss

Es ist verständlich, dass Bürger es ungerecht finden, wenn jemand, von dessen Schuld sie überzeugt sind, freigesprochen wird und danach nicht mehr bestraft werden kann. Der Schutz des Art. 103 Abs. 3 GG erscheint in einer gerechten Rechtsordnung als Störfaktor, der beseitigt werden muss.[53] Ungerechtigkeit der Nichtbestrafung kann jedoch frühestens in dem Moment beginnen, in dem die „Unschuldsvermutung“ aufgehoben ist, eine Sanktion rechtskräftig angeordnet wurde und diese nunmehr zu vollstrecken ist. Ungerecht kann also z.B. eine Begnadigung sein, obwohl dies ein hoheitlicher Akt ist, der allenfalls wegen formaler Fehler rechtswidrig sein kann. Nicht nur ungerecht, sondern auch Unrecht ist die Nichtvollstreckung eines rechtskräftigen Urteils, wenn es für diese Untätigkeit der zuständigen Justizorgane keinen rechtlichen Grund gibt. Aber das wäre Strafvereitelung im Amt und deshalb selbst strafrechtlich zu ahnden. Dafür braucht man keinen auf die Ungerechtigkeit hinweisenden Appell, dafür gibt es positivgesetzliche Normen, § 258a StGB. Die Unmöglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens gegen einen rechtskräftig Freigesprochenen sollte man also nicht als „ungerechtes Recht“ diskreditieren. Immerhin kann der Angeklagte auch entgegen einer scheinbar erdrückenden Beweislast unschuldig sein.[54] Dann war es gerecht ihn freizusprechen und es wäre gerecht, das Verfahren gegen ihn nicht wiederaufzunehmen. Die Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO stellt dann nicht Gerechtigkeit her, sondern schafft eine Ungerechtigkeit. Das mag in drastischen Fällen unwahrscheinlich sein, ist aber niemals ganz auszuschließen.[55] Denn die meisten freigesprochenen Angeklagten sind tatsächlich unschuldig.[56] Zudem hat entgegen der in der Gesetzesbegründung vielleicht aus Versehen gemachten Äußerung die Bestrafung eines Unschuldigen nicht denselben, sondern einen höheren (Un-)Gerechtigkeitsgehalt als die Nichtbestrafung eines Schuldigen.[57] Das bestätigt schon die Existenz der §§ 153 ff. StPO. Unberechtigte Freisprüche können in Kauf genommen werden, inakzeptabel – in schweren Fällen „unerträglich“ – sind unberechtigte Bestrafungen.[58]

Die zum Teil in populistischer Manier[59] praktizierte Mobilisierung eines angeblichen Gerechtigkeitsbedürfnisses in der Bevölkerung[60] bedient sich einer Stimmungslage,

---

46 *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158).

47 So auch *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1159).

48 *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158).

49 *Letzgus*, in: FS Geppert, S. 785 (794): „Vertrauen des freigesprochenen Mörders“.

50 Bezeichnend ein Text des „Bundearbeitskreis Christlich Demokratischer Juristen“ (BACDJ): „Dem Vertrauen des freigesprochenen *Mörders* (Hervorh. v. Verf.) in den Bestand des Urteils…“ (…) “Der Freispruch *eines mehrfachen Mörders* (Hervorh. v. Verf.) kann ebenso gegen das Rechtsempfinden der Allgemeinheit verstoßen, wie die Verurteilung eines in Wahrheit Unschuldigen“.

51 So *Tatjana Hörnle*, in deren Text (GA 2022, 184 ff.) die Unschuldsvermutung mit keinem Wort erwähnt wird.

52 *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158): „Der Freispruch eines Angeklagten, der die Tat tatsächlich begangen hat …“; „(…) einen zu Unrecht erfolgten Freispruch …“.

53 Anschaulich spricht *Kubiciel*, GA 2021, 380 (381) von „Störgefühl“.

54 *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (254); *Grübl*, ZJS 2022, 1 (9); *Kaspar*, GA 2022, 21 (35).

55 *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1159); *Kaspar*, GA 2022, 21 (35).

56 *Scherzberg/Thiée*, ZRP 2008, 80 (81).

57 Anders aber *Letzgus*, in: FS Geppert, S. 785 (794), der sich sogar zu der Aussage versteigt, der Rechtsfrieden werde durch einen ungerechtfertigten Freispruch „in mindestens ebenso starkem Maße“ beeinträchtigt wie durch die Verurteilung eines Unschuldigen; ähnlich *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545 (568).

58 *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103); *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1161); *Leitmeier*, StV 2021, 341 (343); *Neumann*, in: FS Jung, S. 655 (663); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (151); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90).

59 *Scherzberg/Thiée*, ZRP 2008, 80 (83); ein abschreckendes Beispiel lieferte bereits vor einem Vierteljahrhundert der Text von *Stoffers*, ZRP 1998, 173 (177), wo mit Blick auf § 362 Nr. 4 StPO dem „trotz Vorliegens neuer erdrückender Schuldbeweise weiterhin die Tatbegehung“ leugnenden rechtskräftig freigesprochenen „Täter“ (!) der „weniger verschlagene und weniger abgebrühte Täter, der von Gewissensbissen geplagt wird und die Tat schließlich eingesteht“, gegenübergestellt wird.

60 *Letzgus*, in: FS Geppert, S. 785 (794): „Rechtsfrieden in der Bevölkerung“.

die auf unzureichender Kenntnis der rechtlichen Gegebenheiten beruht.[61] Hinzu kommt, dass die Bevölkerung von den (vermeintlichen) Tatsachen, die ihre Zweifel an der Strafgerechtigkeit befeuern, gar keine Kenntnis haben dürfte. Faktisch ist das nur deshalb ganz anders, weil heute kaum noch eine staatliche Tätigkeit möglich ist, über die nicht in Massenmedien berichtet wird, nachdem diese aus internen Quellen mit Informationen versorgt worden sind.[62] Aber die „Tatsachen" und „Beweismittel", die gemäß § 362 Nr. 5 StPO nach geltendem Recht eine so gewaltige Wirkung haben, dass sich nunmehr das Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungskonformität ihrer Berücksichtigung zum Nachteil des Freigesprochenen befassen muss, müssen von den Strafverfolgungsbehörden diskret behandelt werden. Dass die Öffentlichkeit von den Spermaspuren in der Unterwäsche der getöteten Frau und dem Ergebnis der DNA-Analyse (personenbezogene Daten) erfahren hat, ist ein Sachverhalt, dessen Zustandekommen ich mir nur als Resultat von Verstößen gegen Datenschutzrecht vorstellen kann. Abgesehen davon, dass wegen § 152 Abs. 2 StPO bereits die Gewinnung der Daten unzulässig war, sind Auskünfte an nichtöffentliche Stellen allein unter den Voraussetzungen des § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO erlaubt. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, weil kein „berechtigtes Interesse" des Auskunftsempfängers an der Information besteht und zudem der „frühere Beschuldigte" ein schutzwürdiges Interesse an Geheimhaltung hat.

Der in seinem Gerechtigkeitsempfinden erschütterte Bürger dürfte von all diesen Daten also frühestens in der Hauptverhandlung erfahren, die infolge gerichtlich angeordneter Wiederaufnahme nach Maßgabe des § 169 GVG unter Beobachtung durch die Öffentlichkeit durchgeführt wird. Die vorzeitige Weitergabe der Ermittlungsergebnisse an die Öffentlichkeit war ein grober Verstoß gegen das Gebot eines fairen Verfahrens. Der dadurch aufgebaute Verurteilungsdruck verschärft das Prozessunrecht dramatisch. Ein Angeklagter, gegen den auf Grund von § 362 Nr. 5 StPO erneut eine Hauptverhandlung durchgeführt wird, darf sich schon bei Betreten des Gerichtssaals als verurteilt betrachten.[63] „Vielen Dank, Rechtsstaat!", kann man da nur sagen.

[61] Zutreffend identifiziert *Priebernig*, HRRS 2023, 156 (161) die Emotionalität des kollektiven Gerechtigkeitsverlangens: „Rechtsgefühl der Gesellschaft". Ähnlich *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103): „emotionalisierter Begriff der Unerträglichkeit"; *Lenk*, StV 2022, 118 (123): „Beschwörung eines gemeinschaftlichen Rechtsgefühls der Gerechtigkeit"; *Pabst*, ZIS 2010, 126 (131): „Sehnsucht nach materieller Gerechtigkeit"; *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097: „Volkes Zorn sollte besänftigt werden", „Emotionalisierung des Rechts".

[62] *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (141).

[63] *Pabst*, ZIS 2010, 126 (131): „Verfahren mit Vorverurteilung"; ähnlich *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (151): „Schuldspruch ohne Verhandlung".

Herausforderungen des § 229 StPO in Post-Pandemie-Zeiten

von Dr. Jennifer Grafe, LL.M. und
*Dr. Christian Soll**

Abstract
Mit Wegfall der pandemiebedingten Ausnahmeregelungen bezüglich der Hemmung der Unterbrechungsfristen einer strafrechtlichen Hauptverhandlung nach § 229 StPO in § 10 EGStPO a.F. steht die Frage im Raum, ob der Gesetzgeber für Fälle höherer Gewalt eine allgemeingültige Regelung schaffen sollte. Unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen der Konzentrationsmaxime mit der Funktionsfähigkeit der Justiz ist ein Weg einzuschlagen, der eine Hemmung der Unterbrechungsfristen sowie eine Unterbrechung unter geringeren Voraussetzungen in Fällen höherer Gewalt vorsieht, zeitgleich eine Verkettung mehrerer Hemmungen und Unterbrechungen unterbindet.

With the omission of pandemic-related temporary exceptions (§ 10 EGStPO old version) to the periods of interruption of the main hearing of the criminal trial (§ 229 StPO), question arises whether the legislature should create a generally applicable provision for cases of force majeure. When taking into account the opposing interests of the concentration maxim and the functioning of the judiciary system, a path should be taken that provides for an inhibition of interruption periods as well as an interruption under lower requirements in cases of force majeure, while at the same time preventing a chain of several inhibitions and interruptions.

I. Einleitung

Die Folgen des Auftretens des SarsCov2-Virus veranlassten den Gesetzgeber ab dem Frühjahr 2020 zur Schaffung einer Vielzahl von – überwiegend als Übergangsvorschriften ausgestalteten – Gesetzen und Verordnungen zur (vermeintlichen) Abmilderung der Folgen der Pandemie. Während der überwiegende Anteil dieser Vorschriften bereits längerfristig wieder außer Kraft getreten ist, bestand bis zum 8. April 2023 – und damit noch überraschend lang – mit § 10 EGStPO a.F. eine Vorschrift zur Hemmung der Unterbrechungsfristen im Strafprozess, solange die Hauptverhandlung „auf Grund von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus (COVID19-Pandemie) nicht durchgeführt werden kann“. Selbstredend sieht sich das Gerichtswesen nicht nur möglichen weiteren pandemiebedingten Herausforderungen ausgesetzt. Neben bereits ganz tatsächlichen Hindernissen für die geordnete Durchführung eines Strafverfahrens, etwa durch Naturkatastrophen wie Erdbeben, Unwetter oder Überschwemmungen wie jene 2021 im Ahrtal haben auch die Entwicklungen des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine die Diskussion darüber entfacht, ob die in § 229 StPO bestehenden Möglichkeiten zur zwischenzeitlichen Unterbrechung der strafrechtlichen Hauptverhandlung den gegenwärtigen Herausforderungen genügen und inwieweit die Vorschrift reformiert werden könnte. Nicht erst seit dem Auftreten der Pandemie ist die Frage nach der Unterbrechung der Hauptverhandlung im Strafprozess ein Debattenthema.[1] Das Spannungsfeld zwischen strafprozessualen Maximen wie etwa dem Beschleunigungs- und Unmittelbarkeitsgebot und die praktische Notwendigkeit nach Unterbrechungen der Hauptverhandlungen auch angesichts zunehmender Überlastung der Justiz bestimmen die neuere Diskussion um § 229 StPO. So schlug etwa das Land Niedersachsen in einer Bundesrats-Entschließung im vergangenen Jahr vor, die Hemmungstatbestände des § 229 StPO um Fälle der „höheren Gewalt“ zu ergänzen.[2] Diese erneute Gesetzgebungsinitiative sowie das Außerkrafttreten des § 10 EGStPO a.F. sollen zum Anlass genommen werden, die aktuellen Reformbestrebungen einer kritischen Überprüfung zu unterziehen und sodann einen eigenen Vorschlag zur Reform der Vorschrift zu entwerfen.

II. Aktuelle gesetzgeberische Konzeption

Das Gesetz unterscheidet nach dem Wortlaut des § 228 StPO zwischen Aussetzung und Unterbrechung der Hauptverhandlung. Unter einer Aussetzung der Hauptverhandlung ist der Abbruch der bereits laufenden Hauptverhandlung mit der Folge des Verlustes des bereits gesammelten Prozessstoffes zu verstehen.[3] Demgegenüber handelt es sich bei einer Unterbrechung um eine zeitlich befristete Pausierung der Hauptverhandlung, in der der bisherige Prozessstoff erhalten bleibt, soweit die Fortsetzung der Hauptverhandlung innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Fristen erfolgt.[4] Über eine (auch innerhalb der Fristen einer Unterbrechung mögliche[5]) Aussetzung und Unterbrechung entscheidet das Gericht.

Die Fristen, innerhalb derer eine Unterbrechung der Hauptverhandlung möglich ist, sind nach Wegfall des § 10 EGStPO a.F. nunmehr wieder abschließend in § 229 StPO geregelt.

---

* *Dr. Jennifer Grafe* und *Dr. Christian Soll* sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Internationales Strafrecht von *Prof. Dr. Gereon Wolters* an der Ruhr-Universität Bochum.

1 Vgl. etwa bei *Gehb/Drange,* ZRP 2003, 231; *Bertram*, NJW 1994, 2186; *Herrmann* ZStW 85, 255; zusammenfassend: *Mandla*, NStZ 2011, 1.

2 BR-Drs. 402/22.

3 *Gmel/Peterson*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 228 Rn. 1; *Gorf,* in: BeckOK-StPO, 47. Ed (2023), § 228 Rn. 1.

4 *Gmel/Peterson*, in: KK-StPO, § 228 Rn. 1; *Gorf,* in: BeckOK-StPO, § 228 Rn. 2.

5 *BGH*, NStZ 2008, 113 (114).

Im Ausgangsfall ist nach § 229 Abs. 1 StPO eine Unterbrechung von bis zu drei Wochen möglich; hat die Hauptverhandlung davor an jeweils mindestens zehn Tagen stattgefunden, verlängert sich diese Höchstdauer nach § 229 Abs. 2 StPO auf einen Monat. Mit dieser seit 2004 geltenden Fassung hat der Gesetzgeber im Rahmen des 1. JuMOG vom 24. August 2004[6] die Unterbrechungsfristen erheblich erweitert, bis dato war im Ausgangsfall nur eine Unterbrechung von bis zu zehn Tagen möglich.

Für den Fall, dass die Hauptverhandlung bereits an zehn Tagen stattgefunden hat, besteht im Rahmen des § 229 Abs. 3 StPO die Möglichkeit der Hemmung der Fristen der Absätze 1 und 2. Ein Hemmungsgrund liegt nach § 229 Abs. 3 Nr. 1 StPO vor, wenn ein Angeklagter oder eine zur Urteilsfindung berufene Person[7] wegen Krankheit nicht an der Hauptverhandlung teilnehmen kann; nach § 229 Abs. 3 Nr. 2 StPO, wenn eine zur Urteilsfindung berufene Person wegen gesetzlichen Mutterschutzes oder der Inanspruchnahme von Elternzeit am Erscheinen zur Hauptverhandlung gehindert ist. Die Hemmung über § 229 Abs. 3 StPO ist ihrerseits auf höchstens zwei Monate begrenzt, wobei die Frist nach § 229 Abs. 3 S. 2 StPO frühestens zehn Tage nach Ablauf der Hemmung abläuft. Dabei ist auch eine mehrfache Hemmung denkbar, insofern ist nur erforderlich, dass zwischen zwei Unterbrechungen an mindestens einem Tag verhandelt worden ist.[8] Notwendig ist dabei eine Verhandlung „zur Sache", woran sich die in Rechtsprechung und Schrifttum unveränderte Kontroverse zur Recht- und Zweckmäßigkeit von so genannten „Schiebeterminen" zur Wahrung und zum Neubeginn der Unterbrechungsfristen anschließt.[9] In der Instanzrechtsprechung wurden entsprechende Termine in einigen Fällen genutzt, um eine Sicherung des Prozessstoffs zu gewährleisten, nicht immer hielt dieses Vorgehen der höchstrichterlichen Überprüfung stand.[10] Stimmen im Schrifttum forderten in diesem Rahmen, die Anforderungen an die Sachverhandlung zu erhöhen und in diesem Rahmen den Anwendungsbereich von „Schiebeterminen" zu verkleinern.[11] Der *BGH* hat diesbezüglich mittlerweile entschieden, dass ein solcher Termin, in der keine Prozesshandlungen oder Erörterungen zu Sach- oder Verfahrensfragen vorgenommen werden, der also nicht geeignet ist, das Verfahren einer Sachentscheidung erheblich näher zu bringen, zur Wahrung der Unterbrechungsfrist nicht genügt.[12] Gleichwohl geht er davon aus, dass auch durch eine Befassung ausschließlich mit Verfahrensfragen eine Förderung des Verfahrensstandes in der Sache erreicht werden kann,[13] solange es dem unterbrechenden Gericht nicht erkennbar nur darum geht, mit der Verfahrenshandlung die Wahrung der Unterbrechungsfrist zu ermöglichen.[14] Bei der Fristberechnung ist ferner zu berücksichtigen, dass die Fristberechnung nicht nach den §§ 42, 43 StPO erfolgt, sodass weder der Tag, an dem die Unterbrechung beschlossen wurde, noch der Tag der Wideraufnahme der Sachverhandlung in die Fristen einzurechnen sind.[15] Technische Störungen berücksichtigt nunmehr § 229 Abs. 5 StPO.[16]

Können die Unterbrechungsfristen des § 229 Abs. 1 bis Abs. 3 StPO nicht eingehalten werden, so hat die Hauptverhandlung – wie sich aus § 229 Abs. 4 StPO ergibt – von Neuem zu beginnen, der bis zur Unterbrechung gesammelte Verfahrensstoff geht verloren.

III. Die Unterbrechung im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Verfahrensgrundsätze

Dass die praktischen Gegebenheiten einer behördlichen Struktur wie etwa bei den Staatsanwaltschaften und den Strafgerichten, aber auch die persönlichen Belange der übrigen Beteiligten verlangen, dass eine Hauptverhandlung im Strafprozess gelegentlich unterbrochen werden muss und dass angesichts schon jetzt bestehender Überlastung der Justiz nicht jeder Fall einer Unterbrechung zugleich die Aussetzung und den Neubeginn des Hauptverfahrens bedeuten kann, drängt sich auf.[17] Diese praktischen Begebenheiten stehen dabei im Spannungsfeld verfassungsrechtlich garantierter Verfahrensgrundsätze. Die Bedeutung dieser Verfahrensmaximen macht eine kritische Bewertung einer Unterbrechung des Strafprozesses notwendig und verlangt eine detaillierte Betrachtung jeder Fristenverlängerung.

Insofern ist besonders herauszuheben, dass die Unterbrechung der Hauptverhandlung nach der gesetzlichen Konzeption Ausnahmecharakter haben sollte: Sowohl die Konzentrationsmaxime als auch die Einheit der Hauptverhandlung, die letztlich Ausflüsse des Gebots effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG sind,[18] gebieten eine möglichst kompakte und einheitliche Durchführung des Strafverfahrens.[19] Dabei ist eine zeitnahe Gewinnung dieser Erkenntnisse vor allem deswegen zwingend, weil in einem Strafprozess nur das mündlich Erörterte Grundlage eines Strafurteils sein darf.[20] Ferner droht bei weiterem zeitlichem Voranschreiten der Hauptverhandlung nicht zuletzt auch der Verlust von Beweismitteln, so erscheinen Erinnerungslücken bei Zeugen mit zunehmendem Abstand zum Tatgeschehen naheliegend.[21] Eine solche gebündelte Hauptverhandlung ermöglicht es dem Ge-

6 BGBl. 2004 I, S. 2198.
7 Gemeint sind lediglich Berufsrichter und Schöffen, nicht dagegen etwa Verteidiger, Urkundsbeamte oder Staatsanwälte, vgl. *Gorf,* in: BeckOK-StPO, § 229 Rn. 6.
8 Vgl. etwa *BGH*, NJW 2021, 959 (960) m.w.N.
9 Vgl. hierzu etwa *BGH*, NJW 2018, 297 (298) m. krit. Anm. *Gubitz*; *Mosbacher*, JuS 2013, 699 (702 f.); *Wölfl*, JuS 2000, 277.
10 Etwa *BGH*, NStZ 2008, 115; *BGH*, NStZ 2011, 532.
11 Vgl. dazu etwa *Knauer*/*Wolf*, NJW 2004, 2932 (2934)*; Knauer*, StV 2007, 340 (341).
12 *BGH*, NJW 2018, 297 (298) m. krit. Anm. *Gubitz*.
13 *BGH*, NJW 2018, 297 (298) m. krit. Anm. *Gubitz*.
14 *BGH*, NStZ 2023, 365; *BGH*, NStZ 2012, 343.
15 *BGH*, NStZ 2020, 622; StraFo 2016, 209; NStZ 2014, 469; *Gmel*/*Peterson*, in: KK-StPO, § 229 Rn. 9.
16 Eingefügt durch das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5. Juli 2017 (BGBl. 2017 I, S. 2208).
17 So auch *BGH*, NJW 1996, 3019; *OLG Düsseldorf*, StV 1994, 362.
18 *Schmidt-Assmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 99. EL (2022), Art. 19 Abs. 4 Rn. 263.
19 Vgl. etwa *Gmel*/*Peterson*, in: KK-StPO, § 228 Rn. 3; *OLG Düsseldorf*, NStZ-RR 1996, 142.
20 Statt vieler *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. (2023), § 250 Rn. 1 ff., § 261, Rn. 7; *Lesch*, JA 1995, 691.
21 Vgl. BGHSt 23, 224 (226); *OLG Karlsruhe*, Justiz 1988, 72.

richt, seine richterliche Überzeugung (§ 261 StPO) aus einem besonders unmittelbaren und direkten Inbegriff der Hauptverhandlung, also aller eingeführten Beweismittel, der Einlassung und dem Auftreten von Angeklagten zu gewinnen.[22] Diese beiden Prozessmaximen nehmen vor allem die einzelnen Unterbrechungen zwischen den Verhandlungstagen in den Fokus und verlangen, dass die Pausen so kurz gehalten werden, dass das Gericht sein Wissen aus dem Gehörten und nicht aus den Protokollen vergangener Verhandlungstage schöpft.[23] Der Beschleunigungsgrundsatz aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 EMRK soll die psychischen und physischen Belastungen eines Strafprozesses für die Beteiligten, wobei insbesondere Zeugen und Angeklagte in den Blick zu nehmen sind, minimieren.[24] Diese Prozessmaxime verlangt einen umfassenden Blick auf das gesamte Strafverfahren und damit auf die Summe der einzelnen, zwischen den Verhandlungstagen erfolgten Pausen und ihre Gesamtminimierung.

Zugleich begegnet die Durchführung einer derart gebündelten Durchführung der Hauptverhandlung in vielen Fällen praktischen Hürden: Vor allem bei umfangreichen Verfahren wird es, auch angesichts einer Vielzahl von Verfahrensbeteiligten, kaum möglich sein, die Beweisaufnahme ohne zwischenzeitliche Unterbrechungen von wenigstens wenigen Tagen durchzuführen.[25] Die Möglichkeit, die Hauptverhandlung unter den Voraussetzungen des § 229 StPO zu unterbrechen, gestattet den Erhalt des bis zur Unterbrechung gesammelten Prozessstoffes, gewährleistet damit letztlich eine Entlastung der Justiz und dient der Funktionsfähigkeit des Rechtsstaats.[26] Im Sinne der Verfahrensökonomie sind dabei die hohen Kosten zu berücksichtigen, die ein Neubeginn der Hauptverhandlung verursachen. Zudem ist stets zu berücksichtigen, dass ein menschenwürdiger Strafprozess auch Phasen der Regeneration und Erholung vorsehen muss, sodass eine Unterbrechung auch dem Rechtsschutz der Beteiligten dienlich sein kann.[27] Insofern muss es der Anspruch der Unterbrechungsvorschriften sein, einen möglichst gerechten Ausgleich zwischen dem Unmittelbarkeitsgrundsatz auf der einen und dem Interesse an der sinnvollen Einlegung von Verhandlungspausen, ohne zugleich den bisherigen Prozessstoff zu „verlieren", zu schaffen.[28]

IV. Modifizierung des Regelungsinhalts von § 229 StPO durch § 10 EGStPO a.F.

Mit Beginn der Corona-Pandemie trat zu diesen Überlegungen der Gesundheitsschutz als abwägungserhebliches Rechtsgut hinzu. Da § 229 Abs. 3 Nr. 1 StPO nach dem eindeutigen Wortlaut nur bei einer tatsächlich vorliegenden Erkrankung, nicht aber bei einem Infektionsrisiko Anwendung finden kann, fehlte es an einem geeigneten Instrument, auf die bestehenden Beschränkungen des sozialen Lebens und das Infektionsrisiko auch im Strafprozess reagieren zu können. Im Zuge des „Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz und Strafverfahrensrecht"[29] wurde mit einer Neufassung des § 10 EGStPO a.F. die Möglichkeit geschaffen, den Lauf der in § 229 StPO genannten Unterbrechungsfristen für längstens zwei Monate zu hemmen, solange die Hauptverhandlung auf Grund von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus nicht durchgeführt werden kann.[30] Die Vorschrift trat zum 28. März 2020 in Kraft. Zu dem bestehenden Hemmungstatbestand des § 229 Abs. 3 StPO, den der Gesetzgeber anlässlich der Corona-Pandemie für nicht ausreichend hielt,[31] stellte die Norm in mehrfacher Hinsicht eine Modifikation dar: Anders als § 229 Abs. 3 StPO war eine Hemmung unabhängig von der bisherigen Dauer der Hauptverhandlung möglich, sodass die Vorschrift auch für kürzere Hauptverhandlungen Anwendung fand.[32] Zudem war, anders als nach § 229 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StPO gerade nicht erforderlich, dass eine der genannten Personengruppen selbst erkrankt[33] war, vielmehr wurde die Norm bewusst weit gefasst, um sämtliche Gründe zu erfassen, die einer ordnungsgemäßen Durchführung einer Hauptverhandlung aufgrund von Infektionsschutzmaßnahmen der Gerichte und Gesundheitsbehörden entgegenstehen konnten.[34] Darunter waren etwa Fälle häuslicher Quarantäne, Einschränkungen des Gerichtsbetriebs oder die Beteiligung vulnerabler Personengruppen.[35] Selbst ärztliche Empfehlungen zur Kontaktvermeidung schon in Bezug auf den Ehegatten eines Verfahrensbeteiligten können nach der Rechtsprechung genügen.[36] Insbesondere die Möglichkeit, die Hemmungsmöglichkeit unabhängig von der bisherigen Dauer der Hauptverhandlung zu implementieren, stieß in Teilen auf Kritik.[37]

In seiner ursprünglichen Fassung trat § 10 EGStPO a.F., nachdem die Geltung zunächst auf ein Jahr befristet[38] und dann noch einmal verlängert wurde[39] mit Wirkung zum 30. Juni 2022 wieder außer Kraft.

Gleichwohl sah der Gesetzgeber nach wie vor die Notwendigkeit, angesichts der zu diesem Zeitpunkt noch bestehenden Einschränkungen durch die Corona-Pandemie eine Hemmungsmöglichkeit bei pandemiebedingten Un-

22 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 261 Rn. 5 ff; *Tiemann*, in: KK-StPO, § 261 Rn. 56.
23 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 229 Rn. 1.
24 *Lohse/Jakobs*, in: KK-StPO, MRK § 6 Rn. 26.
25 *Gmel/Peterson*, in: KK-StPO, § 229 Rn. 1.
26 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 229 Rn. 1.
27 Vgl. *BGH*, NStZ-RR 2013, 86; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 229 Rn. 1.
28 Vgl. auch *BGH*, NJW 1996, 3019; *OLG Düsseldorf*, StV 1994, 362.
29 BGBl. 2020 I, S. 569.
30 Zu der Frage, ob die Durchführung nicht mit entsprechenden Schutzmaßnahmen möglich ist, vgl. *Gorf,* in: BeckOK-StPO, § 229 Rn. 13 f; *Gmel/Peterson*, in: KK-StPO, § 229 Rn. 13-17.
31 Vgl. BT-Drs. 19/18810, S. 3.
32 BT-Drs. 19/18810, S. 32.
33 Vgl. zum Begriff Erkrankung *Gorf*, in: BeckOK-StPO, § 229 Rn. 7; *Gmel/Peterson,* in: KK-StPO, § 229 Rn. 13.
34 BT-Drs. 19/18810, S. 32.
35 BT-Drs. 19/18810, S. 32 f. Vgl. allgemein zu den Rechten und Pflichten der Verfahrensbeteiligten in der Corona-Pandemie *Rau*, COVuR 2020, 406.
36 *BGH*, BeckRS 2020, 35778.
37 Stellungnahme *DAV* Nr. 21/2020, S. 4 f.
38 BGBl. 2020 I, S. 569.
39 Art. 4a des Gesetzes zur Verlängerung von Sonderregelungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beim Kurzarbeitergeld und anderer Leistungen v. 23.3.2022 (BGBl. 2022 I, S. 482).

terbrechungssituationen zu erhalten. Im Rahmen des „Gesetz[es] zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19“[40] wurde auf Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses[41] die Hemmungsvorschrift (wieder)eingeführt, um für den Zeitraum ab Herbst 2022 bis zum Frühjahr 2023 ein Instrument für die pandemiebedingte Hemmung der Unterbrechungsfristen nutzen zu können.[42] Angesichts der im Vergleich zur Situation im Frühjahr 2020 nunmehr verkürzten Isolationszeit (zu diesem Zeitpunkt noch fünf Tage) wurde die mögliche Höchstdauer der Hemmung im Vergleich zur vorherigen Fassung jedoch auf nunmehr einen Monat reduziert.[43] Wie bereits ursprünglich vorgesehen, trat § 10 EGStPO a.F. mit Wirkung vom 8. April 2023 außer Kraft und wurde angesichts des Wegfalls auch der übrigen pandemiebedingten Beschränkungen seitdem nicht wieder diskutiert.

Zwar sah § 10 Abs. 1 S. 2 EGStPO a.F. vor, dass Beginn und Ende der Hemmung durch unanfechtbaren Beschluss festgestellt werden. Nach der Rechtsprechung des *BGH* trat die Hemmung jedoch ipso iure und damit unabhängig vom Vorliegen des insofern nur deklaratorischen Charakters entfaltenden Beschlusses ein.[44] Jedoch ist an den Beschluss die konstitutive Wirkung der Unanfechtbarkeit der Feststellung der Hemmung geknüpft.[45]

V. Reformbemühungen des Gesetzgebers

Bereits unter dem höchst akuten Eindruck des erstes so genannten „Corona-Lockdowns“ im Frühjahr 2020 wurde durch das Land Niedersachsen ein Gesetzesantrag zur Reform des § 229 StPO eingebracht.[46] In diesem Antrag wurde ein praktisches Bedürfnis herausgestellt, auch (weitere) Fälle höherer Gewalt als Grund für die Hemming der Unterbrechungsfristen anzuerkennen.[47] Während die Grundkonzeption der Unterbrechungsfristen also unangetastet bleiben sollte, wurde eine Erweiterung des Hemmungskatalogs des § 229 Abs. 3 StPO um Fälle höherer Gewalt angestrebt. Unter den Begriff der „höheren Gewalt“ sollten hiernach Ereignisse fallen, die „unter den gegebenen Umständen auch durch die größte nach den Umständen des gegebenen Falls vernünftigerweise von dem Betroffenen unter Anlegung subjektiver Maßstäbe – also unter Berücksichtigung seiner Lage, Erfahrung und Bildung – zu erwartende und zumutbare Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte“.[48] Wohl vor dem Eindruck, dass in der Sitzung des Bundesrats am 27. März 2020 die oben dargestellte Vorschrift des § 10 EGStPO a.F. beschlossen wurde, wurde der Gesetzesantrag jedoch von der Tagesordnung abgesetzt.[49]

Mit Antrag vom 24. August 2022 wurde durch das Land Niedersachsen erneut eine Reform des § 229 StPO angeschoben. Mit diesem Antrag knüpfte die niedersächsische Landesregierung ausdrücklich an ihren Antrag aus dem März 2020 an, modifizierte diesen jedoch um die Maßgabe, dass in Fällen einer Hemmung aus Gründen höherer Gewalt abweichend von der Grundkonzeption des § 229 Abs. 3 StPO eine Mindestdauer der Hauptverhandlung von 10 Tagen nicht erforderlich sein soll.[50] In der Sitzung des Bundesrates vom 7. Oktober 2022 wurde die Entschließung durch den Bundesrat angenommen und der Bundesregierung zugeleitet. Diese hat kürzlich verlauten lassen, dass vor einer Entscheidung, ob das Anliegen aufgegriffen werden soll, vorausgehende Gespräche mit den Verbänden der Richter- und Anwaltschaft geführt werden sollen.[51] Angesichts der Folgen des Klimawandels und der globalen Entwicklung scheint es angezeigt, eine allgemeine Regelung für Fälle ähnlich der Pandemiesituation zu treffen, die ein schnelles und spontanes Handeln verlangen – im Sinne der Rechtsstaatlichkeit verhilft eine solche Regelung zum einen zum schnelleren Eingreifen, zum anderen schafft es Rechtsklarheit und Reaktion ohne gesetzgeberisches Handeln abzuwarten. Eine solche Regelung jetzt auf den Weg zu bringen wäre sinnvoll und vorausschauend, fehlende Eile und gesellschaftliche Wahrnehmung werden aber voraussichtlich dazu führen, dass das Gesetzesvorhaben nicht allzu schnell Gegenstand der Bundestagsdebatten sein wird.

VI. Vorschläge zur Anpassung des § 229 StPO

Jegliche Reformüberlegung ist vor einer weiteren Beleuchtung der Zweckmäßigkeit im Lichte der betroffenen Prozessmaximen zu diskutieren. Nur eine solche Überarbeitung des § 229 StPO, die dem Ziel des Ausgleichs der Interessen an einer Sicherung des gesammelten Verfahrensstoffes mit dem Unmittelbarkeitsprinzip gerecht werden kann und zeitgleich zu keiner überlangen Verfahrensdauer führt, dürfte sich angesichts soeben dargestellten Verfahrensmaximen eignen. Rein vorsorglich sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Verjährungsfristen insofern weder Instrument noch Maximum einer Begrenzung abbilden. Nach § 78c Abs. 1 Nr. 8 StGB löst jede Anberaumung einer Hauptverhandlung den Neubeginn des Fristenlaufs aus (§ 78c Abs. 3 S. 1 StGB). Selbst bei Änderung der Vorschrift dergestalt, dass nur die erstmalige Anberaumung der Hauptverhandlung den Fristenlauf neu beginnen lässt, wird die Höchstfrist der Verjährung (§ 78c Abs. 3 S. 2 StGB) dem Zwecke nicht gerecht, überlange Verfahrensdauern zu verhindern.

1. Zu den vorliegenden Gesetzesentwürfen

Betrachtet man den aktuellen niedersächsischen Gesetzesentwurf[52] näher, fällt auf, dass insbesondere die gesamte Verfahrensdauer unter Anwendung des dortigen

40 Gesetz v. 17.9.2022, BGBl. I, S. 1454.
41 BT-Drs. 20/3328, S. 37.
42 BGBl. 2022 I, S. 1454.
43 BT-Drs. 20/3328, S. 38.
44 *BGH*, NStZ 2021, 186 (187) m. Anm. *Matthias Lang* = COVuR 2021, 117.
45 Vgl. diesbezüglich zu § 229 Abs. 3 StPO etwa *BGH*, NStZ-RR 2016, 178.
46 BR-Drs. 155/20.
47 BR-Drs. 155/20, S. 2.
48 BR-Drs. 155/20, S. 2.
49 Stenografischer Bericht 988. Sitzung des Bundesrats (27.3.2020), S. 98.
50 BR-Drs. 402/22, S. 3.
51 Unterrichtung durch die Bundesregierung zu der BR-Drs. 402/22 v. 16.3.2023.
52 BR-Drs. 402/22.

§ 229 StPO-E in vielen möglichen Fallkonstellation überlang zu werden droht. Dazu sei auf folgendes Anschauungsbeispiel verwiesen: Zur Durchführung einer Hauptverhandlung setzt der Strafrichter zwei Sitzungstage an, wobei auf den zweiten Tag nur noch eine letzte Zeugenvernehmung sowie die Schlussvorträge nebst Urteilsverkündung folgen sollen. Nach dem ersten Verhandlungstag sorgt eine Überschwemmung in der Region („höhere Gewalt" im Sinne des Entwurfs) dafür, dass ein fortgesetztes Funktionieren der Strafrechtspflege im Gerichtsbezirk vorübergehend nicht mehr möglich ist. Nach dem eingebrachten Gesetzesentwurf wäre die Hauptverhandlung nunmehr gehemmt. Legt man die Maximaldauer der Hemmung von zwei Monaten und die Höchstdauer einer Unterbrechung von (hier) weiteren 21 Tagen zugrunde, wäre de lege ferenda also eine Unterbrechung der Hauptverhandlung von beinahe drei Monaten möglich. Von einer Einheitlichkeit und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung kann in dieser Konstellation nur noch schwerlich gesprochen werden, zudem ist nicht davon auszugehen, dass in dem ersten Verhandlungstermin solch eine Fülle von Prozessstoff gesammelt werden konnte, dass eine erneute Aufnahme in einem neu begonnenen Prozess mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden wäre. Die Problematik lässt sich sogar noch weiterführen: Geht man im soeben gebildeten Fall davon aus, dass nunmehr nach Ausreizung der Unterbrechungsfrist der zweite Hauptverhandlungstermin stattfindet und wird hiernach, wider Erwarten, noch ein dritter Termin nötig, ist es möglich, dass (etwa bei einer erneuten Verschlechterung der Verhältnisse) die Sache erneut gehemmt und bis zur zeitlichen Begrenzung der Vorschrift unterbrochen wird.[53]

Hiervon ausgehend begegnet der Gesetzesentwurf der Niedersächsischen Landesregierung erheblichen Bedenken, wobei weniger der Vorschlag einer Erweiterung der Hemmungstatbestände des § 229 Abs. 3 StPO, dagegen aber der Wegfall der Mindestdauer von zehn Tagen in einer Abwägung der kollidierenden Interessen nur schwerlich zu einem gerechten Ausgleich kommen dürfte.

2. Überlegungen zu einer interessengerechten Lösung

Unbenommen dürfte den Vorschlägen zuzuerkennen sein, dass die sich ständig ändernde geopolitische Situation, Herausforderungen infolge der Erderwärmung und erneute Pandemien eine angemessene Reaktion der Gerichtsbarkeit erforderlich machen können, wozu auch die Möglichkeit einer Hemmung der strafrechtlichen Hauptverhandlung zählen muss.

a) Einführen eines Hemmungstatbestands der „höheren Gewalt"

Ausgangspunkt einer Überlegung zur Einführung des Hemmungstatbestands der „höheren Gewalt" ist der Gesetzesentwurf aus Niedersachen aus März 2020. Dieser sah die Schaffung eines neuen Hemmungstatbestandes für „höhere Gewalt" vor, knüpfte diesen jedoch, wie dies de lega lata auch für die bestehenden Hemmungstatbestände der Fall ist, an eine Mindestdauer der Hauptverhandlung von 10 Tagen, veränderte also die bestehenden Fristen nicht. Die enge Verbindung zwischen Hemmungsmöglichkeit und einer bestimmten Verfahrensdauer erkennt insoweit an, dass bei einer Hauptverhandlung, die bereits an mindestens 10 Tagen stattgefunden hat, ein durchaus erheblicher Verfahrensstoff gesammelt worden sein dürfte, demnach also auch im Sinne der Entlastung der Justiz ein erhebliches Interesse daran besteht, den aufgenommenem Verfahrensstoff beibehalten zu können und die Hauptverhandlung nicht von neuem beginnen zu lassen. Anders als bei Hauptverhandlungen, die vor einer längerfristigen Hemmung nur an einem oder zwei Tagen stattgefunden haben, liegt hier auf der Hand, dass das Interesse an einer Sicherung des Prozessstoffes ungleich größer einzuordnen ist und das Unmittelbarkeitsprinzip hierneben jedenfalls teilweise zurücktreten muss. Dabei darf nicht vollständig außer Acht gelassen werden, dass in den Fällen höherer Gewalt anders als bei den bisherigen Hemmungstatbeständen des § 229 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StPO je nach Art der höheren Gewalt auch ein Verlust von Beweismitteln droht, mithin der gesammelte Verfahrensstoff der ersten zehn Tagen der Hauptverhandlung nicht zwingend gleichermaßen effizient neu eingeführt werden kann, wie es etwa bei Krankheit eines Verfahrensbeteiligten der Fall ist.

Letztlich berücksichtigt der Gesetzesentwurf aber nicht, dass bei Fällen einer höheren Gewalt die Gefahr einer „Kettenhemmung", also die Notwendigkeit einer erneuten Hemmung der Unterbrechung nach einer zwischenzeitlich durchgeführten weiteren Verhandlung, aufgrund der hierunter zu begreifenden Sachverhaltskonstellationen ungleich größer einzuschätzen sein dürfte als dies bei den bislang geregelten Konstellationen, also Krankheit, Mutterschutz oder Elternzeit.

So hat der Verlauf der Corona-Pandemie gezeigt, dass insbesondere der wellenartige Verlauf von Krankheitsaufkommen und die hiermit verbundenen notwendigen Schutzmaßnahmen und gesetzlichen Auflagen zu einem unvorhersehbaren Entstehen und Entfallen von Hindernisgründen für die Durchführung einer strafrechtlichen Hauptverhandlung führen können. Keineswegs unrealistisch erscheint daher, dass bereits nach einem weiteren Verhandlungstermin nach Ablauf einer Hemmung nach § 229 Abs. 3 StPO-E eine erneute Hemmung eintreten könnte. Freilich verschiebt jede weitere Hemmung und die damit einhergehende Verzögerung der Sachentscheidung die Interessenabwägung zulasten des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, sodass insbesondere bei mehrfachen Hemmungen in kurzer Zeit ein Korrektiv notwendig erscheint, um den grundgesetzlich verbrieften Rechten des Angeklagten zur Wahrung zu verhelfen.

Eine Gesetzesänderung, die den Hemmungstatbestand der höheren Gewalt in § 229 Abs. 3 StPO einführt, müsste sich eines Instruments der Begrenzung der Hemmung bedienen. Zunächst könnte daran zu denken sein, die Höchstdauer (einer) Hemmung wegen höherer Gewalt, abweichend von § 229 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StPO, bei denen eine Höchstdauer von zwei Monaten vorgesehen

[53] *BGH*, BeckRS 2020, 36552.

ist, auf einen Monat zu begrenzen. Ebenfalls möglich wäre daneben, eine absolute Höchsthemmungsdauer in die Vorschrift aufzunehmen, die im Falle einer Hemmung wegen höherer Gewalt etwa auf drei Monate festgesetzt werden könnte. Durch Schaffung einer solchen absoluten Höchsthemmung bliebe es dem Gericht möglich, auch innerhalb einer Hauptverhandlung ausgehend von den tatsächlichen Begebenheiten mehrfach von demselben Hemmungstatbestand Gebrauch zu machen. Zugleich würde hierdurch dem Gedanken Rechnung getragen, dass ab einer gewissen Gesamtunterbrechung einer Hauptverhandlung eine aus der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung getroffene Sachentscheidung nicht mehr möglich sein dürfte und damit ein Urteil gegebenenfalls zum Nachteil des Angeklagten ergeht.

b) Anpassung der Hemmungsfristen ohne Schaffung eines neuen Hemmungstatbestands

Ebenfalls diskutierbar könnte eine Anpassung der Unterbrechungsvorschrift sein, die ohne die Schaffung eines weiteren zusätzlichen Hemmungstatbestandes auskommen und zugleich eine an die gegenwärtigen Herausforderungen angepasste Reaktion auf Hindernisse für die weitere Durchführung von Hauptverhandlungsterminen darstellen könnte. Ansatz ist die Flexibilisierung der längeren Unterbrechungsdauer von bis zu einem Monat (§ 229 Abs. 2 StPO). Nach der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung ist eine Unterbrechung von bis zu einem Monat nur zulässig, wenn die Hauptverhandlung vor der Unterbrechung an *jeweils* 10 Tagen stattgefunden hat. Noch verschärft im Kontrast zu § 229 Abs. 3 StPO, der ebenfalls eine Mindestdauer der Hauptverhandlung von zehn Tagen fordert, besteht die einmonatige Unterbrechungsmöglichkeit nur, wenn die Hauptverhandlung zuvor an jeweils zehn Tagen stattgefunden hat. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist damit die einmonatige Unterbrechung der Hauptverhandlung nur dann möglich, wenn die Hauptverhandlung bis zur Nutzung der einmonatigen Unterbrechung an zehn aufeinanderfolgenden Hauptverhandlungstagen stattgefunden hat, die lediglich von Unterbrechungen nach § 229 Abs. 1 StPO, also von maximal drei Wochen, getrennt worden sein dürfen. Der Zweck der gegenwärtigen Formulierung dürfte darin begründet liegen, dass auch bei längeren Hauptverhandlungen die Gerichte nicht grundsätzlich von großzügigeren Unterbrechungen Gebrauch machen und trotz der hohen Zahl an stattgefundenen Hauptverhandlungsterminen nur mit den höchstens dreiwöchigen Unterbrechungen nach § 229 Abs. 1 StPO terminieren.

Gleichwohl scheint eine Anpassung des Wortlauts des § 229 Abs. 2 StPO an den dritten Absatz der Vorschrift durch Streichung des Wortes „jeweils“ gewisse Vorteile zu bieten: Zunächst bleibt sichergestellt, dass Hauptverhandlungen, die weniger aufwändig sind und daher in bis zu zehn Hauptverhandlungstagen zum Abschluss gebracht werden können, nur durch die kürzeren Unterbrechungsfristen des § 229 Abs. 1 StPO unterbrochen werden können. Die Beibehaltung dieser Grenze dient dem hier noch deutlich überwiegenden Interesse an einer zeitnahen Sachentscheidung, die sich auch tatsächlich aus dem unmittelbaren Ergebnis der richterlichen Überzeugung ergibt. Zugleich würde der so geänderte § 229 Abs. 2 StPO in stärkerem Maße ankernennen, dass in Hauptverhandlungen, die an insgesamt zehn oder mehr Hauptverhandlungstagen stattgefunden haben, bereits erheblicher Prozessstoff gesammelt wurde und ein Neubeginn des Prozesses dem Interesse der Verfahrensbeteiligten und auch dem Ziel einer möglichen Entlastung der Rechtspflege widersprechen würde. Dieses gesteigerte Interesse, dem der Gesetzgeber durch die Möglichkeit von Hemmungen nach § 229 Abs. 3 StPO ja gerade Rechnung getragen hat, besteht nach hiesiger Ansicht jedoch völlig unabhängig davon, ob zuvor eine „Verhandlungskette“ von „jeweils“ zehn Verhandlungstagen stattgefunden hat oder ob die Gesamtzahl von zehn Verhandlungstagen nur insgesamt überschritten wurde. Durch die Verlängerung der Unterbrechungsfrist auf einen Monat wird dem Gericht die Möglichkeit gegeben, mit größerer Flexibilität auf besondere Ereignisse höherer Gewalt im Einzelfall reagieren und damit im Einzelfall auch längere Unterbrechungen stattfinden lassen zu können, ohne die Rechtsfolge des § 229 Abs. 4 S. 1 StPO eintreten zu lassen. Selbstverständlich ist in diesem Rahmen auch zu berücksichtigen, dass es sich bei den Unterbrechungsfristen des § 229 Abs. 1 und Abs. 2 StPO um Höchstfristen handelt, die durch das Gericht nicht ausgenutzt werden müssen und ohne Vorliegen zwingender Gründe auch nicht sollten, schließlich gebieten die Verfahrensgrundrechte die möglichst einheitliche und konzentrierte Durchführung der Hauptverhandlung und eine zeitige Sachentscheidung. Dass eine hier vorgeschlagene Erweiterung schwerpunktartig der Reaktion auf außergewöhnliche Hindernisse bei der weiteren Durchführung einer langwierigen Hauptverhandlung dient und nicht wider den Interessen einer angeklagten Person dazu genutzt wird, die nun längeren Unterbrechungsfristen ohne Not einzusetzen, wird dabei ganz maßgeblich von der Disziplin der Gerichte abhängen. Hier liegt insbesondere das Problem einer solchen Regelung begründet, da angesichts der schon mehrfach angesprochenen Überlastung der Justiz und sich verändernder Umstände nicht gewährleistet werden kann, dass sich keine neue, unter verfassungsrechtlichen Garantien zweifelhafte Entwicklung etabliert, die eine längere Verfahrensdauer unter Ausnutzung der Streichung des Wortes „jeweils“ zur Gewohnheit werden lässt. Ein Korrektiv hierfür ist kaum denkbar.

c) Kombination

Um den Nachteilen beider Vorschläge entgegenzuwirken, dem Strafprozess aber zeitgleich krisensichere Instrumente für die Gewährleistung von Hauptverhandlungen und einer funktionierenden Strafverfolgung an die Hand zu geben, bietet sich eine Kombination aus beiden Optionen an. Wir schlagen daher vor, in § 229 StPO einen Absatz 3a einzufügen, der sich Fällen höherer Gewalt zuwendet. Dieser soll lauten:

„Der Lauf der in Absatz 1 und 2 genannten Fristen ist einmalig gehemmt, solange ein Fall höherer Gewalt vorliegt,

längstens aber für einen Monat. Absatz 3 Satz 3 findet entsprechend Anwendung. In Fällen höherer Gewalt darf die Hauptverhandlung auch bis zu einem Monat unterbrochen werden, wenn sie davor an mindestens zehn Tagen stattgefunden hat."

Dieser Vorschlag kombiniert einen (zur Vermeidung einer Kettenhemmung einmaligen) Hemmungstatbestand mit einer flexiblen Möglichkeit der Unterbrechung bei Vorliegen von bereits zehn Verhandlungstagen, die aber, abweichend zur Regelung des § 229 Abs. 2 StPO nicht an die Voraussetzung geknüpft ist, dass *jeweils* zehn Verhandlungstage stattgefunden haben.

Zur Definition des Begriffs der "höheren Gewalt" kann in Anlehnung an die bestehenden Gesetzesinitiativen auf eine gefestigte Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Hierunter zu fassen wären damit Hinderungsgründe, die "unter den gegebenen Umständen auch durch die größte nach den Umständen des gegebenen Falls vernünftigerweise von dem Betroffenen unter Anlegung subjektiver Maßstäbe – also unter Berücksichtigung seiner Lage, Erfahrung und Bildung – zu erwartende und zumutbare Sorgfalt nicht abgewendet werden" können.[54]

VII. Ausblick

Eine Überarbeitung des § 229 StPO wird angesichts globaler Krisen, Naturereignissen und unvorhersehbarer Veränderungen zunehmend dringend. Fälle höherer Gewalt sollte der Gesetzgeber vor Eintritt des Ereignisses regeln, um das staatliche Sanktionssystems arbeitsfähig zu halten und betroffene Verfassungsprinzipien in eine verhältnismäßige Abwägung mit praktischen Gegebenheiten zu bringen. Der aktuell vorliegenden Gesetzesentwurf aus Niedersachsen wird dem Beschleunigungsgrundsatz nicht gerecht, weil die Gefahr einer Kettenhemmung besteht und damit eine überlange Verfahrensdauer droht. Dieser Gefahr begegnet der hiesige Vorschlag dadurch, dass die Hemmung wegen höherer Gewalt nur einmalig möglich sein soll. Zusätzlich sollte die Unterbrechungsmöglichkeit des § 229 Abs. 2 StPO über einen Monat bei Fällen höherer Gewalt auch dann Anwendung finden, wenn nicht jeweils, sondern insgesamt zehn Hauptverhandlungstage stattgefunden haben. Das wird der besonderen Situation Fällen höherer Gewalt gerecht, in denen einzelne Verhandlungstage aufgrund der erwarteten Unterbrechungsdauer derartiger Katastrophen im Angesicht des Unmittelbarkeitsprinzips sowie eine Wiederholung erfordern, aber gleichzeitig bei großen Prozessen mit vielen Verhandlungstagungen die Notwendigkeit bestehen kann, häufiger als nach jeweils zehn Verhandlungstagungen die Hauptverhandlung zu unterbrechen. Die damit gestattete Flexibilität sichert staatliche Strafverfolgung, ohne die Rechte der Prozessbeteiligten zu untergraben.

[54] Vgl. zu BR-Drs. 155/20, S. 4 etwa BGHZ 109, 224 (229); 81, 353 (355) sowie BVerwGE 105, 288 (300).

Der Richtervorbehalt bei der körperlichen Untersuchung

von Dr. Magali Böger und
*Dorothee Gellenbeck**

Abstract
Durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017 ist der Richtervorbehalt bei Blutprobenentnahmen im Zusammenhang mit bestimmten Verkehrsdelikten entfallen. Begründet wurde diese Änderung des § 81a StPO vornehmlich mit Praktikabilitätserwägungen, denn die gerichtliche Anordnung erschöpfe sich regelmäßig in telefonischen Sofortentscheidungen. Die Inaugenscheinnahme des Körpers zur Feststellung von Tatfolgen oder Spuren blieb im Rahmen der Gesetzesnovelle hingegen unberücksichtigt, obwohl in diesem Anwendungsbereich ein ebenso schnelles Handeln zur Beweissicherung gefordert ist. Ob der Verzicht auf einen Richtervorbehalt bei der körperlichen Untersuchung ebenfalls sinnvoll und auch rechtlich möglich wäre, ist Gegenstand dieses Beitrags.

As a result of the Act on More Effective and Practicable Criminal Procedure of August 17, 2017, the requirement for a judicial order to take blood samples in connection with certain traffic offenses has been dropped. This amendment to Section 81a of the German Code of Criminal Procedure (StPO) was justified primarily by practicality considerations, as the court order is regularly exhausted by immediate decisions by telephone. However, the amendment did not take into account physical examinations to determine consequences or traces of the crime, even though this area of application requires equally rapid action to preserve evidence. This article examines whether it would be both useful and legally possible to also waive the requirement for a judicial order to conduct a physical examination.

I. Einleitung

Die körperliche Untersuchung von Beschuldigten oder Zeugen[1] ist in der polizeilichen Praxis von hoher Relevanz, ohne dass dem Rechtsanwender im Einzelfall immer bewusst ist, dass das konkrete Eingriffshandeln bereits den strengen Voraussetzungen der Befugnisnorm unterliegt.

Durch eine körperliche Untersuchung nach § 81a Abs. 1 StPO darf der Körper eines Beschuldigten in Augenschein genommen werden.[2] Diesen Grundsatz zugrunde legend, fällt bereits die Betrachtung eines unbekleideten Oberkörpers zwecks Feststellung, ob die von Zeugen beschriebene Tätowierung vorliegt[3] sowie die Feststellung des Verletzungsbildes bei Tätern oder Opfern, wie die Nachschau unter dem Pullover nach einer vorhandenen Kratzspur am Arm oder das Leuchten in die Augen eines Verkehrsteilnehmers zur Überprüfung der Pupillenreaktion in der Dunkelheit, in den Anwendungsbereich dieser Standardmaßnahme, sofern keine freiwillige Mitwirkung gegeben ist. Die Anordnung einer körperlichen Untersuchung steht nach § 81a Abs. 2 S. 1 StPO dabei grundsätzlich dem Richter zu.[4]

Daran gemessen, dass Polizeibeamte als Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft z.B. bei dem Verdacht einer Straftat nach § 315a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 3, § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 und 3 oder § 316 StGB standardmäßig sogar Blutproben gem. § 81a Abs. 2 S. 2 StPO selbstständig anordnen dürfen, erscheinen die strengen Voraussetzungen für eine einfache körperliche Untersuchung hingegen wenig nachvollziehbar. Es steht daher zu befürchten, dass diesen in der Praxis nicht immer die erforderliche Aufmerksamkeit durch die Rechtsanwender geschenkt wird.

Eine Missachtung der richterlichen Anordnungsbefugnis hat zwar nicht zwingend die Unverwertbarkeit der hierdurch erlangten Beweise zur Folge.[5] Anderes gilt hingegen für die bewusste, willkürliche Umgehung des Richtervorbehalts.[6] Ordnet der am Einsatzort befindliche Polizeibeamte gegenüber dem Beschuldigten ohne dessen Einwilligung und unter bewusster Missachtung der richterlichen Anordnungskompetenz z.B. an, seinen Pullover hochzukrempeln, um die Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage zu überprüfen und nach einer Kratzspur zu suchen, wird die aufgefundene Spur am Körper des Beschuldigten und das damit aufgefundene Beweismittel der Ge-

* *Dr. iur. Magali Böger* ist hauptamtliche Dozentin für Eingriffsrecht und Staatsrecht an der HSPV NRW. Polizeidirektorin *Dorothee Gellenbeck* ist hauptamtliche Dozentin für Eingriffsrecht, Einsatzlehre und Führungslehre an der HSPV NRW. Als Sachbearbeiterin im gehobenen Polizeidienst war sie in den Jahren 2008-2012 mit dem Verfahren und der Dienstanweisung zur Entnahme von Blutproben in einer großen nordrhein-westfälischen Kreispolizeibehörde befasst. Die in diesem Zusammenhang erworbenen Kenntnisse und allgemeinen Erfahrungen aus dem Polizeidienst sind in diesen Beitrag mit eingeflossen.

1 Die Verfasserinnen haben sich nach umfänglichen Überlegungen in alter juristischer Manier gegen das Gendern entschieden, weil die meisten geschlechtsneutralen Formulierungen dazu führen, dass der Aufsatz entweder nicht mehr gut lesbar oder die Arbeit nicht mehr exakt am Gesetzestext erfolgt. Sämtliche Formulierungen gelten daher für alle Geschlechter gleichermaßen.

2 *Brauer*, in: HK-StPO, 6. Aufl. (2019), § 81a Rn. 1; *Hadamitzky*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 81a Rn. 1.

3 *Kastner*, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl. (2018), Körperliche Untersuchung.

4 *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 8 m.w.N.

5 *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 13 m.w.N.

6 *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 13 m.w.N.

fahr einer fehlenden Verwertbarkeit im späteren Strafverfahren ausgesetzt.[7]

Nachdem es in der Vergangenheit vorwiegend im Zusammenhang mit der Anordnung von Blutprobenentnahmen bei Verkehrsdelikten zu Anwendungsschwierigkeiten gekommen war, brachte die Bundesregierung im Februar 2017 einen Gesetzesentwurf auf den Weg, der den bislang nur bei Gefahr im Verzug entfallenden Richtervorbehalt beschränkte und die Anordnungskompetenz auf die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungsbeamten übertrug.[8] Begründet wurde dies u.a. damit, dass eine vertiefte richterliche Prüfung in diesen Konstellationen aufgrund der hohen Eilbedürftigkeit der Maßnahmen und des Bedarfs der effektiven Strafverfolgung ohnehin regelmäßig nicht ernsthaft in Frage komme und allenfalls eine telefonische Anordnung durch den Richter auf der Grundlage der von dem Polizeibeamten vor Ort getroffenen Feststellungen erfolge.[9] Die Neuregelung ist 2017 in Kraft getreten.[10]

Mit Blick auf diese Änderung des § 81a Abs. 2 StPO und die damit einhergehende Begrenzung des Richtervorbehalts, die in der Praxis zu einer erheblichen Beschleunigung von Verfahrensabläufen geführt hat, stellt sich die Frage, ob nicht auch die im Vergleich zum körperlichen Eingriff weniger eingriffsintensive einfache körperliche Untersuchung ebenfalls zu Gunsten einer effektiveren Strafverfolgung aus dem Anwendungsbereich des Richtervorbehaltes herausgenommen werden sollte.[11] Die Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung soll der Inhalt dieses Beitrages sein.

II. Anordnungsbefugnis für die körperliche Untersuchung nach der aktuellen Rechtslage

Nach § 81a Abs. 2 S. 1 StPO steht die Anordnung der körperlichen Untersuchung grundsätzlich dem Richter zu. Dem Wortlaut der Norm nach, wird für die Anordnungsbefugnis nicht zwischen der einfachen körperlichen Untersuchung und dem körperlichen Eingriff differenziert.[12] Der einfachgesetzliche Richtervorbehalt gilt damit sowohl für körperliche Eingriffe als auch körperliche Untersuchungen.[13] Dies war dem Gesetzgeber bewusst, als er erstmals Bestrebungen zur Überarbeitung des § 81a Abs. 1 StPO unternahm.[14] Wie selbstverständlich befasste er sich bei der Änderung des § 81a StPO lediglich mit der Blutprobenentnahme als Unterfall des körperlichen Eingriffs, ohne sich mit der einfachen körperlichen Untersuchung auseinanderzusetzen. Da sich der Gesetzgeber zuletzt mit einer Beschränkung des Richtervorbehalts bei dem körperlichen Eingriff beschäftigte, soll dieser zuerst beleuchtet werden, bevor im Weiteren eine Übertragbarkeit auf die körperliche Untersuchung erörtert wird.

1. Körperlicher Eingriff – insbesondere Blutprobenentnahme

Der körperliche Eingriff umfasst jede Feststellung der Beschaffenheit des menschlichen Körpers, die über die reine sinnliche Wahrnehmung hinausgeht.[15] Dies ist der Fall, wenn dem Körper natürliche Körperbestandteile, insbesondere Zellen und Proben von Körperflüssigkeiten entnommen oder ihm andere Stoffe zugeführt werden oder auf sonstige Weise in das hautumschlossene Innere des Körpers eingegriffen wird.[16] Beispielhaft aufgeführt seien hier die Entnahme von Körperzellen, Blut, Liquor (Gehirn- oder Rückenmarkflüssigkeit), Samen, Harn oder Speichel, aber auch die Zuführung von Stoffen in den menschlichen Körper (z.B. Verabreichen von Kontrastmitteln) oder jedes sonstige Eingreifen in das muskelumschlossene Innere des Körpers.[17]

Nach § 81a Abs. 2 S. 1 StPO ist beim körperlichen Eingriff im Regelfall der Richter anordnungsbefugt.[18]

a) Ausnahme: Gefahr im Verzug, § 81a Abs. 2 S. 1 StPO

Bei Vorliegen der Voraussetzungen von Gefahr im Verzug geht die Anordnungskompetenz nach § 81a Abs. 2 S. 1, zweiter HS StPO auf die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen über. Die Voraussetzungen für die Annahme von Gefahr im Verzug sind jedoch streng.[19] Das *BVerfG* hat den Maßstab für die Annahme von Gefahr im Verzug bei Durchsuchungen auf den einfachgesetzlich geregelten Richtervorbehalt bei der Blutprobenentnahme übertragen.[20] Verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt ist hierfür Art. 19 Abs. 4 GG.[21] Die Annahme von Gefahr im Verzug setzt damit regelmäßig voraus, dass zumindest vergeblich versucht wurde, eine richterliche Anordnung zu erlangen.[22] Die Anrufversuche sind aktenkundig zu machen.[23] Zudem muss die Gefährdung des Untersuchungserfolges mit einzelfallbezogenen Tatsachen begründet werden, die der Dokumentationspflicht unterliegen, wenn die Dringlichkeit nicht evident ist.[24]

---

7 Vgl. bzgl. § 81c StPO Anm. in Kriminalistik 2012, 426 zum Beschl. des *LG Dresden* v. 22.11.2011 – 14 Kls Js 41068/08.
8 Vgl. BT-Drs. 18/11272, S. 10; BR-Drs. 792/16, S. 1, 15 ff.
9 BR-Drs. 792/16, S. 1.
10 BGBl. I 2017, S. 3202, 3203.
11 Ob nicht eine umfassende Neuordnung der Anordnungskompetenzen in § 81a StPO angezeigt wäre, wurde bereits in der Dissertation von *T. R. Disselkamp* thematisiert, wobei dort ein besonderes Augenmerk auf die Blutprobenentnahme gelegt wurde: Der Richtervorbehalt bei der Blutprobenentnahme gemäß § 81a Abs. 2 StPO, 2019, S. 277 ff.
12 Vgl. *Decker*, Systematik der Beweisverwertung, 2021, S. 50.
13 BT-Drs. 17/4232, S. 1 (Entwurf aus 2010); s.a. *Decker*, Systematik der Beweisverwertung, 2021, S. 50.
14 Vgl. BT-Drs. 17/4232, S. 1 (Entwurf aus 2010).
15 *Kastner*, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, Körperliche Untersuchung.
16 *Brauer*, in: HK-StPO, § 81a Rn. 9; *Decker*, Systematik der Beweisverwertung, 2021, S. 51 m.w.N.
17 Vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. (2023), § 81a Rn. 14, 15.
18 *Werner*, in: Weber, Rechtswörterbuch, 30. Ed. (2023), Körperliche Untersuchung im Prozess.
19 *BVerfG*, Urt. v. 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00, juris = BVerfGE 103, 142.
20 *BVerfG*, Beschl. v. 12.02.2007 – 2 BvR 273/06, juris Rn. 13.
21 *BVerfG,* Beschl. v. 12.2.2007 – 2 BvR 273/06, juris Rn. 10 ff.; *Peglau*, NJW 2010, 2850 (2850).
22 *BVerfG*, Urt. v. 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00, juris Rn. 48; *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 8 m.w.N.
23 Zum Inhalt dieser Dokumentationspflicht siehe *Fritsche*, Neue Justiz 2009, 367 (371).
24 *BVerfG*, Beschl. v. 11.6.2010 – 2 BvR 1046/08, juris Rn. 26 m.w.N.; *BVerfG*, Urt. v. 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00, juris Rn. 61 ff.

b) Ausnahme: Blutprobenentnahme bei Verkehrsdelikten, § 81a Abs. 2 S. 2 StPO

Mit der Gesetzesänderung von 2017[25] ist der Richtervorbehalt bei der Anordnung von Blutprobenentnahmen durch die Einfügung von § 81a Abs. 2 S. 2 StPO für bestimmte Verkehrsstraftaten ausgenommen worden.[26] Nunmehr bedarf es abweichend von § 81a Abs. 2 S. 1 StPO keiner richterlichen Anordnung mehr, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass eine Straftat nach § 315a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 3, § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 und 3 oder § 316 StGB begangen worden ist, vgl. § 81a Abs. 2 S. 2 StPO. Im Zuge dieser Gesetzesnovelle ist zudem in § 46 Abs. 4 OWiG ein Satz 2 eingefügt worden,[27] der konstitutiv feststellt, dass es abweichend von § 81a Abs. 2 S. 1 StPO beim Verdacht einer Ordnungswidrigkeit nach den §§ 24a und 24c StVG keiner richterlichen Anordnung bedarf.[28] Die Gesetzesänderung war dringend erforderlich, weil die bis 2007 durchgängig geübte Praxis, den Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO vor dem Hintergrund eines möglichen Abbaus der Blutalkoholkonzentration durch zeitliche Verzögerung bei Anrufung des Gerichts, konsequent zu missachten,[29] durch die Rechtsprechung[30] nicht länger getragen worden war.

Dies stellte die Polizei seinerzeit vor ein Dilemma: Die Bindung an Gesetz und Recht erforderte regelmäßig zumindest den Versuch der Einholung einer richterlichen Anordnung.[31] Der dabei zu beschreitende Weg differierte je nach dem zugrundeliegenden Anlass:

Bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach §§ 24a Abs. 1-3, 24c Abs. 1 und 2 StVG, ist die Polizeibehörde selbst zuständige Verwaltungsbehörde, solange sie die Sache nicht an die Kreisordnungsbehörde oder die Staatsanwaltschaft abgegeben hat, vgl. § 26 Abs. 1 StVG, § 1 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 der Verordnung zur Bestimmung der für die Verfolgung und Ahndung von Verkehrsordnungswidrigkeiten zuständigen Verwaltungsbehörden. Die Ermittlungen führt sie eigenverantwortlich und nimmt auch Beweisaufnahmen ohne Weisungsgebundenheit im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft selbst vor.[32] Im Umkehrschluss ist die Polizei als zuständige Verwaltungsbehörde in diesen Fällen auch unmittelbar bei Gericht antragsbefugt.

Anders ist dies hingegen im Strafverfahren: Hier obliegt der Staatsanwaltschaft infolge ihrer Sachleitungsbefugnis gem. §§ 160 Abs. 1, 162 Abs. 1 S. 1 u. 2 StPO, RiStBV 10 und ihrer Weisungsbefugnis gem. § 152 Abs. 1 GVG, RiStBV 11 das alleinige Recht, Anträge bei Gericht zu stellen,[33] sodass eine unmittelbare Anrufung des Gerichts durch die Polizei grundsätzlich nicht zulässig ist.[34] Außerdem hatte das *BVerfG* im Zusammenhang mit Ausführungen zur Eilkompetenz bei Gefahr im Verzug die Nachrangigkeit der polizeilichen gegenüber der staatsanwaltschaftlichen Anordnungsbefugnis angenommen,[35] sodass infolge dieses Stufenverhältnisses stets eine Kontaktaufnahme der Polizei mit der Staatsanwaltschaft angezeigt war.[36]

In praxi endete der Versuch, im Strafverfahren eine richterliche Anordnung zu erwirken, jedenfalls zwischen 21:00 und 06:00 Uhr, der Hauptzeit für strafprozessuale Blutprobenentnahmen, mangels nächtlichem richterlichen Bereitschaftsdienst allerdings regelmäßig bei der Staatsanwaltschaft. Deren Vertreter zeigten sich in Wahrnehmung ihrer eigentlichen Aufgabe, einer Rufbereitschaft für Kapitalsachen, nachvollziehbar von den zahlreichen nächtlichen Blutprobenanrufen nicht selten wenig begeistert, da die Personalsituation am nächsten Tag wieder die Aufnahme des Regeldienstes erforderte.[37]

Die daraufhin im Jahr 2017 vorgenommene Gesetzesänderung wurde überwiegend für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten: Dem Grundgesetz seien lediglich Richtervorbehalte für Freiheitsentziehungen und Wohnungsdurchsuchungen zu entnehmen, woraus folge, dass ein Richtervorbehalt für einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nicht zum rechtsstaatlichen Mindeststandard gehöre.[38] Insoweit stehe der einfachgesetzliche Richtervorbehalt in § 81a StPO zur Disposition des Gesetzgebers.[39] Begründet wurde die Gesetzesänderung primär mit Praktikabilitätserwägungen:[40] Insbesondere seien nicht alle Bereitschaftsrichter dazu bereit, telefonische Sofortentscheidungen auf der Grundlage der Schilderungen des vor Ort anwesenden Polizeibeamten zu treffen.[41] Aufgrund der Eilbedürftigkeit der Anordnung sei indessen ausschließlich eine telefonische Anordnung möglich, um eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten.[42] Kritisiert wurde in diesem Zusammenhang, dem Rechtsstaat sei im Ergebnis ohnehin nicht gedient, wenn die richterliche Anordnung in ein schematisches Abnicken[43] münde.[44]

---

25 BGBl. I 2017, S. 3202, 3203.
26 Vgl. BT-Drs. 18/12785, S. 7; *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 8.
27 BT-Drs. 18/12785, S. 31.
28 BGBl. I 2017, S. 3202, 3210 f.
29 *Krumm*, ZRP 2009, 71.
30 Überblick bei *Krumm*, ZRP 2009, 71 (72 f.).
31 Vgl. auch *BVerfG*, Beschl. v. 12.2.2007 – 2 BvR 273/06, juris Rn. 17 = *BVerfG*, NZV 2007, 581 (582).
32 Vgl. *Krenberger/Krumm*, OWiG, 7. Aufl. (2022), § 35 Rn. 16-21.
33 So im Ergebnis auch *Fritsche*, Neue Justiz 2009, 367 (371) vgl. dort insb. auch Fn. 31 am Ende.
34 Vgl. *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 163 StPO Rn. 26.
35 *BVerfG*, Beschl. v. 12.2.2007 – 2 BvR 273/06, juris Rn. 17 = *BVerfG*, NZV 2007, 581 (582).
36 *Fritsche*, Neue Justiz 2009, 367 (371); a.A. (Gleichrangigkeit zwischen StA und Polizei bei Gefahr im Verzug) *Fikenscher/Dingelstadt*, NStZ 2009, 124 (128).
37 So die Erfahrungen im Rahmen der Sachbearbeitung in den Jahren 2008 – 2012 (siehe Fn. 1).
38 BT-Drs. 18/11272, S. 21.
39 BT, Stenografischer Bericht 221. Sitzung des BT v. 9.3.2017, Plenarprotokoll 18/221, S. 22288.
40 Vgl. BT-Drs. 18/11272, S. 21 f.
41 *Kastner*, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, Körperliche Untersuchung.
42 BR-Drs. 792/16, S. 1.
43 BR, Stenografischer Bericht 953. Sitzung des BR v. 10.2.2017, S. 38.
44 S.a. BT, Stenografischer Bericht 221. Sitzung des BT v. 9.3.2017, Plenarprotokoll 18/221, S. 22285; dahingehend auch u.a. Stellungnahme zum Gesetzesvorhaben in Neue Richtervereinigung, 2016, S. 4.

Hinzu trete, dass keine besonderen Schwierigkeiten bei der Feststellung der Voraussetzungen der Maßnahme ersichtlich seien: *„Dass bei alkoholbedingten Verkehrsdelikten, bei denen die Feststellung des Blutalkohols zum Tatbestand gehört, ein Arzt eine Blutprobe entnehmen muss, weiß jedes Kind in unserem Lande. Das muss kein Richter oder Staatsanwalt gesondert anordnen, (…).*“[45] Ergänzend trat der praktische Aspekt hinzu, durch die Beschränkung des Richtervorbehalts bei Blutprobenentnahmen könne der richterliche Bereitschaftsdienst entlastet werden.[46] Schließlich würde hierdurch Rechtsklarheit bei einer kaum noch zu überblickenden Rechtsprechung zum Vorliegen der Voraussetzungen von Gefahr im Verzug geschaffen.[47]

c) Sonderfall: Einwilligung

Die wirksame Einwilligung des Beschuldigten eröffnet eine weitere und effiziente Möglichkeit zur Durchführung der Maßnahme. Bereits der Gesetzeswortlaut des § 81a Abs. 1 S. 2 StPO offenbart die Einwilligungsmöglichkeit des Beschuldigten. Willigt der Beschuldigte in die körperliche Untersuchung, die Blutprobenentnahme oder andere leichte körperliche Eingriffe ein, lässt dies das Erfordernis einer Anordnung entfallen.[48] „Eine wirksame Einwilligung setzt die Erkenntnis des Eingriffs sowie das Erkennen der Sachlage und damit die Erkenntnisfähigkeit für Art und Bedeutung des Eingriffs voraus.“[49] Darüber hinaus muss der Beschuldigte sein Weigerungsrecht kennen und die Einwilligung ausdrücklich, eindeutig und aus freiem Entschluss erklären.[50] Die bloße Hinnahme oder Duldung des Eingriffs reicht hingegen nicht aus.[51] Nach wohl überwiegender Auffassung erfordert dies in der Regel die vorausgegangene Belehrung des Beschuldigten.[52] Der Geschäftsfähigkeit bedarf es nicht unbedingt,[53] allerdings ist die genügende Verstandesreife, den Sinn und die Tragweite der Entscheidung zu erkennen, Voraussetzung einer wirksamen Einwilligungserklärung.[54]

Nachdem die bisherige Praxis, den Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO konsequent zu missachten, seit etwa 2007 zu einem veränderten Bewusstsein in Rechtsprechung und Schrifttum geführt hatte,[55] wurde die weit überwiegende Anzahl an Blutprobenentnahmen bis zur Gesetzesnovelle 2017 in der polizeilichen Praxis zunehmend auf die Einwilligungslösung gestützt. Zwar hat dies häufig zu einer effizienten Lösung im konkreten Fall geführt, gleichwohl ging damit für die verantwortlich handelnden Polizeibeamten die Gefahr späterer Einwände der Verteidigung und letztlich das Risiko der Feststellung der Unwirksamkeit einer erteilten Einwilligungserklärung einher.[56] Eine gänzlich ohne Einwilligung und ohne Anordnung entnommene Blutprobe führt unweigerlich zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme und soll außerdem die Unverwertbarkeit der Untersuchungsergebnisse zur Folge haben.[57] Damit sahen sich die verantwortlichen Polizeibeamten stets dem Spannungsverhältnis zwischen Legalitätsprinzip und letztlich der Gefahr einer eigenen strafrechtlichen Verfolgung wegen Körperverletzung im Amt[58] ausgesetzt, wenngleich dies in der Praxis nur selten der Fall gewesen sein dürfte.[59]

So war die Gesetzesänderung jedenfalls auch vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit für die Ausführungsorgane zu begrüßen.

2. Körperliche Untersuchung

Die körperliche Untersuchung bezweckt ebenso die Feststellung der Beschaffenheit bzw. der Funktionsweise des menschlichen Körpers.[60] Geht es bei der Maßnahme aber ausschließlich um die schlichte sinnliche Wahrnehmung des Körpers, d.h. eine „Nachschau“[61], wird von einer einfachen körperlichen Untersuchung gesprochen.[62] Bei der körperlichen Untersuchung wird der menschliche Körper zum Augenscheinsobjekt.[63] Insoweit ist der Beschuldigte verpflichtet, eine Inaugenscheinnahme seines Körpers zu dulden. Hierfür muss er sich der Untersuchung stellen.

---

45 BR, Stenografischer Bericht 953. Sitzung des BR v. 10.2.2017, S. 38.

46 BR, Stenografischer Bericht 953. Sitzung des BR v. 10.2.2017, S. 38.

47 BR-Drs. 792/16, S. 16 f.; vgl. auch *Lampe*, in: KK-OWiG, 5. Aufl. (2018), § 46 Rn. 37; ausführlich zu der Problematik u.a. *Görlinger*, in: jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl. (Stand: 1.12.2021), § 81a StPO Rn. 26 ff.; *Kraft*, JuS 2011, 591 (591 ff.); *Krumm*, ZRP 2009, 71 (71 ff.); *Peglau*, NJW 2010, 2850 (2850 ff.); allg. zum Richtervorbehalt im Strafverfahrens- und Polizeirecht: *König*, Kriminalistik 2003, 513 (513 ff.).

48 *Krause,* in: LR-StPO, Bd. 2, 27. Aufl. (2017), § 81a Rn. 12; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81a Rn. 3 jeweils m.w.N.

49 *OLG Hamm*, Beschl. v. 2.11.2010 – III – 3 RVs 104/10, juris Rn. 20.

50 *Schmitt*, in: Meyer Goßner/Schmitt, StPO, § 81a Rn. 4; *OLG Hamm*, Beschl. v. 2.11.2010 – III – 3 RVs 93/10, juris Rn. 20.

51 *OLG Hamm*, Beschl. v. 28.4.2009 – 2 Ss 117/09 BeckRS 2009, 21051 Rn. 14.

52 Streitig, so jedenfalls *Trück*, in: MüKo-StPO, 2. Aufl. (2023), § 81a Rn. 26; zustimmend wohl auch *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 7.5.2004 – 2 Ws 77/04, juris Rn. 5; nach anderer Auffassung (*Krause,* in: LR-StPO, § 81a Rn. 95) soll aus einer unterlassenen Belehrung zumindest kein Verwertungsvorbot folgen.

53 *Schmitt*, in: Meyer Goßner/Schmitt, StPO, § 81a Rn. 4.

54 Vgl. *OLG Hamm*, Beschl. v. 28.4.2009 – 2 Ss 117/09, BeckRS 2009, 21051 Rn. 14; *OLG Hamm*, Beschl. v. 2.11.2010 – III – 3 RVs 93/10, juris Rn. 21; *Heinrich*, NZV 2010, 278 (281).

55 Z.B. *BVerfG*, NJW 2007, 1345; *BVerfG*, Beschl. v. 28.7.2008 – 2 BvR 784/08, Beck RS 2008, 37714; *OLG Hamm*, DAR 2009, 336; *AG Essen*, Beschl. v. 11.10.2007 – 44 Gs 4677/07, BeckRS 2008, 4027; *AG Essen*, Beschl. v. 4.4.2008 – 44 Gs 2086/08, BeckRS 2009, 17525; insgesamt dazu auch *Krumm*, ZRP 2009, 71 ff.

56 So die Erfahrungen im Rahmen der Sachbearbeitung in den Jahren 2008 – 2012 (siehe Fn. 1).

57 Vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81a Rn. 33; *Brauer*, in: HK-StPO, § 81a Rn. 34 jeweils m.w.N.

58 Siehe dazu: *Krumm*, ZRP 2009, 71 (73).

59 So zumindest entsprechend den Erfahrungen im Rahmen der Sachbearbeitung in den Jahren 2008 – 2012 (siehe Fn. 1).

60 Vgl. *Brauer*, in: HK-StPO, § 81a Rn. 6; *Decker*, Systematik der Beweisverwertung, 2021, S. 50 m.w.N.; *Kastner*, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, Körperliche Untersuchung.

61 *Kastner*, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, Körperliche Untersuchung.

62 So auch *Goers*, in: BeckOK-StPO, 48. Ed. (Stand: 1.7.2023), § 81a Rn. 7.

63 Vgl. *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 1; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81a Rn. 1.

Eine darüber hinausgehende Pflicht, aktiv an der Untersuchung mitzuwirken, besteht nicht.[64] Erfordert der Zweck der Maßnahme jedoch eine sinnliche Wahrnehmung des Körpers unterhalb der Kleidung, umfasst die Duldungspflicht des Beschuldigten zugleich die Entkleidung des Körpers an der zu begutachtenden Stelle.[65]

Bei der Inspektion natürlicher Körperöffnungen ergeben sich regelmäßig Abgrenzungsschwierigkeiten, ob diese der körperlichen Untersuchung oder dem körperlichen Eingriff zuzurechnen sind.[66] Vor dem Hintergrund, dass für körperliche Eingriffe zwingend die Vornahme durch einen Arzt vorgeschrieben ist, erweist sich die Abgrenzung stets als relevant.[67]

Die visuelle Untersuchung natürlicher Körperöffnungen wie Mund, After, Scheide, aber auch Nase und Ohren, ist nach der wohl überwiegenden Auffassung als körperliche Untersuchung anzusehen.[68] Bei der kleinsten Wahrscheinlichkeit, dass auch noch so geringe Verletzungen entstehen, liegt dagegen ein körperlicher Eingriff vor.[69] Nach anderer Auffassung soll bereits jedes Eindringen in natürliche Körperöffnungen einen körperlichen Eingriff darstellen.[70] Diese Auffassung findet ihre Stütze vor allem im Wortsinn des „Eingriffs". Andererseits führt die Befugnisnorm selbst die Blutprobe als Regelfall des körperlichen Eingriffs auf, sodass es der Systematik der Norm widerspräche, bereits jedes einfache und folgenlose Eindringen als körperlichen Eingriff zu verstehen.[71]

Vor diesem Hintergrund sind diejenigen Auffassungen vorzugswürdig, die erst ab einer gewissen Schwelle, z.B. der Beifügung einer – wenn auch noch so geringen – Läsion einen körperlichen Eingriff annehmen wollen und in allen anderen Fällen eines Eindringens ohne Verletzungsgefahr und ohne Erfordernis der Verwendung technischer Hilfsmittel, wie ärztliche Instrumente, eine körperliche Untersuchung sehen.[72] Die Aspekte einer Verwendung von Hilfsmitteln und die generelle Verletzungsgefahr erweisen sich insoweit als geeignete Abgrenzungskriterien, um einerseits der Schwere des Eingriffs im Einzelfall gerecht werden zu können und anderseits nicht gleich jedes Hineingreifen in natürliche Körperöffnungen als körperlichen Eingriff mit der Folge der Notwendigkeit einer ärztlichen Durchführung ansehen zu müssen.[73]

Abzugrenzen ist die körperliche Untersuchung zudem von einer Durchsuchung der Person, bei der am Körper bzw. in den zugänglichen natürlichen Körperöffnungen nach Gegenständen gesucht werden soll.[74] Der Grundstein dieser Abgrenzung ist die Definition der körperlichen Untersuchung durch den *BGH*. Dieser beschreibt die körperliche Untersuchung als die Feststellung der körperlichen Beschaffenheit des Beschuldigten, die sich auf die äußere und innere Seinsweise des Körpers einschließlich in diesen geratener Fremdkörper, sowie unter Umständen auch das körperliche Verhalten gegenüber äußeren Einflüssen, wie beispielsweise Alkohol, erstreckt.[75] Das maßgebliche Differenzierungskriterium ist in diesem Fall einerseits der Zweck der Maßnahme; so dient die Durchsuchung nach § 102 StPO dem Auffinden von Beweis- oder Einziehungsgegenständen[76] und eben nicht der Feststellung der Beschaffenheit bzw. der Funktionsweise des menschlichen Körpers; so jedenfalls, soweit es um die äußerliche Inaugenscheinnahme geht. Wird die Suche hingegen in das Körperinnere verlagert, weil der Gegenstand etwa bereits verschluckt wurde, handelt es sich bei der Maßnahme um einen nach § 81a StPO abschließend geregelten körperlichen Eingriff und nicht mehr um eine Durchsuchung.[77] Werden bei der Suche medizinische Hilfsmittel eingesetzt, ist die Maßnahme demzufolge von § 81a StPO erfasst.[78]

Der Wortlaut des § 81a Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 StPO ist eindeutig und verankert auch für die einfache körperliche Untersuchung einen Richtervorbehalt.[79] Der Gesetzgeber war sich bei den ersten Reformbestrebungen des § 81a StPO auch dessen bewusst, dass der Richtervorbehalt für die einfache körperliche Untersuchung ebenfalls greift.[80] Dennoch schuf er nur für Blutprobenentnahmen im Zusammenhang mit bestimmten Verkehrsdelikten eine Ausnahme.[81] Nur die in Bezug genommenen Straßenverkehrsdelikte unterliegen der richterlichen Anordnungsbefugnis nicht mehr, sodass der Richter im Übrigen primär für die Anordnung der Maßnahme zuständig bleibt.[82] Vor diesem Hintergrund wäre eine andere, einschränkende Auslegung des § 81a Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 StPO, die einen Richtervorbehalt bei der einfachen körperlichen Untersuchung für entbehrlich hielte, nur schwerlich zu vertreten. Somit kann nach der aktuellen Gesetzeslage – außerhalb des Anwendungsbereichs von § 81a Abs. 2 S. 2

64 *Bosch*, Jura 2014, 50 (54); *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 4.
65 *LG Düsseldorf*, NJW 1973, 1930 (1931); *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 4.
66 Hierzu z.B. *Rogall*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2018), § 81a Rn. 34-40.
67 Vgl. *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 11.
68 So jedenfalls *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 6; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81a Rn. 14, 15; *Goers*, in: BeckOK-StPO, § 81a Rn. 7; Rogall, in: SK-StPO, § 81a Rn. 28.
69 Vgl. z.B. *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 6 m.w.N.; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81a Rn. 14, 15; zustimmend auch *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 11.
70 *Bosch*, in: KMR-StPO, 48. Lfg. (2007), § 81a Rn. 7; *ders.*, Jura 2014, 50 (51); so im Ergebnis auch *Frister*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. (2021), Kap. F (§ 81c) Rn. 277, der bereits den Vaginalabstrich dem körperlichen Eingriff zurechnet, mit der Folge, dass für diesen auch nach einem Sexualdelikt eine wirksame Einwilligung der Unverdächtigen Voraussetzung ist; differenzierend dazu *Rogall*, in: SK-StPO, § 81a Rn. 37, der auf die erforderliche Sachkunde bei der Inspektion von natürlichen Körperöffnungen abstellt.
71 Vgl. *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 11.
72 *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 11; *Brauer*, in: HK-StPO, § 81a Rn. 9.
73 So im Ergebnis auch *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 11. Für das Abstellen auf, wenn auch geringfügige, Verletzungen des Körpers als Abgrenzungskriterium beim Hineingreifen in natürliche Körperöffnungen etwa *LG Trier*, NJW 1987, 722 (722). Hinsichtlich der Einordnung des Eindringens in Körperöffnungen mit Hilfe von Instrumenten als körperlicher Eingriff z.B. *Brauer*, in: HK-StPO, § 81a Rn. 9.
74 *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl. (2020), Rn. 374.
75 *BGH*, NJW 1954, 649 (650).
76 *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 7.
77 *Krause*, in: LR-StPO, § 81a Rn. 20.
78 *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 7.
79 BT-Drs. 17/4232, S. 1 (Entwurf aus 2010); vgl. *Decker*, Systematik der Beweisverwertung, 2021, S. 50.
80 BT-Drs. 17/4232, S. 1 (2010).
81 BT-Drs. 18/11272, S. 1, 21 f.
82 *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 8.

StPO – nur bei Gefahr im Verzug von der Einholung einer richterlichen Entscheidung Abstand genommen werden (vgl. § 81a Abs. 2 S. 1 StPO).[83]

Dies ist für die Rechtsanwender im Polizeidienst nicht immer unproblematisch. So erfordert die Aufnahme des objektiven Tatbefundes doch häufig zumindest einen kurzen Blick auf Tatspuren oder Verletzungen am menschlichen Körper.

Werden dabei Spuren oder Verletzungsbilder für jedermann wahrnehmbar, z.B. am unbedeckten Kopf oder Handrücken in einem nicht besonders geschützten Raum festgestellt, bedarf dies mangels Grundrechtseingriffs schon gar keiner Befugnisnorm.[84] Etwas anderes muss jedoch gelten, wenn dafür z.B. Kleidungsstücke entfernt oder beiseite geschoben werden müssen. In diesen Fällen liegt ein Grundrechtseingriff vor, der nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes einer Ermächtigungsgrundlage und somit in der Folge grundsätzlich auch einer richterlichen Anordnung gem. § 81a Abs. 2 S. 1 StPO bedarf.[85] Entbehrlich wird dieselbe lediglich, wenn der Beschuldigte wirksam in die Maßnahme einwilligt[86] oder die polizeiliche Ermittlungsperson aus Anlass von Gefahr im Verzug von ihrer Eilkompetenz Gebrauch machen darf.

Gefahr im Verzug setzt voraus, dass die gesetzlich beschriebenen Verfahrenswege (hier die Einholung einer richterlichen Anordnung) nicht eingehalten werden können, ohne dass die Ermittlungsmaßnahme gefährdet wäre.[87] Bei der körperlichen Untersuchung wäre in den meisten Fällen zwar nicht die Ermittlungsmaßnahme an sich, jedoch der konkrete Untersuchungserfolg gefährdet, da bei Tatfolgen regelmäßig zwar noch zu einem späteren Zeitpunkt Verletzungen festgestellt werden können, die Beweiskraft des Ergebnisses jedoch leiden würde. So sind gerade Verletzungsbilder oder Spuren unmittelbar nach der Tat für die Kausalität der Tathandlung aus kriminalistischer Sicht besonders wertvoll, bevor erste Veränderungen stattgefunden haben.[88] Neben körperlichen Veränderungsprozessen hat in diesem Zusammenhang insbesondere das Hinzutreten nachfolgender Verletzungen oder die Veränderung von Spuren eine besondere Bedeutung. Da das Vorliegen von Gefahr im Verzug jedoch auf den Einzelfall bezogen anhand von Tatsachen zu begründen ist,[89] stellt dies den Rechtsanwender in der Praxis regelmäßig vor Probleme. Denn es handelt sich oftmals nur um die bloße – auf kriminalistische Erfahrung gestützte – Annahme, dass sich am Körper Verletzungen oder Tatspuren finden lassen und im Nachgang Veränderungen zu befürchten sind. Der Grat zwischen dem Vorliegen der vom *BVerfG* geforderten einzelfallbezogenen Tatsachen[90] und bloßen, auf kriminalistische Erfahrung gestützten Vermutungen ist dabei sehr schmal, insbesondere wenn es darum geht, lediglich eine Negativabgrenzung vorzunehmen, um letztlich sichergehen zu können, dass keine Verletzungen als unmittelbar sichtbare Tatfolgen vorhanden sind.[91]

Darüber hinaus und umso gewichtiger, darf nicht verkannt werden, dass der Rückgriff auf die Eilkompetenz eindeutig Ausnahmecharakter hat und nicht den Regelfall darstellen darf.[92] Die derzeitige Gesetzeslage vermag den Bedürfnissen der Praxis bei der körperlichen Untersuchung mit Blick auf dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis jedoch nicht gerecht zu werden.[93]

III. Notwendigkeit des Richtervorbehalts bei der körperlichen Untersuchung?

Zahlreiche Ausführungen, die im Zusammenhang mit dem damaligen Gesetzgebungsprozess getätigt wurden, können auf die einfache körperliche Untersuchung übertragen werden:

Wenn ein Richtervorbehalt bei einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich nicht vorgesehen ist und damit nicht zu den rechtsstaatlichen Mindeststandards gehört,[94] gilt dies erst recht für den oftmals weniger grundrechtsintensiven Eingriff der körperlichen Untersuchung. Die körperliche Untersuchung führt nämlich noch nicht zu einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit.[95] Vielmehr kann ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vorliegen,[96] sofern eine Entkleidung erforderlich bzw. eine Berührung des Körpers unabdingbar ist[97] oder ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht kommen, soweit personenbezogene Daten erhoben werden.[98] Andernfalls liegt, soweit sich der Eingriff in einer reinen Duldungspflicht erschöpft, lediglich ein Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG vor.[99] Eine Beschränkung der Allgemeinen Handlungsfreiheit ist unter Beachtung der Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG zulässig, mithin zum Schutz der Rechte anderer, des Sittengesetzes und der verfassungsmäßigen Ordnung.[100] Diese Schranken sind auch für einen Eingriff in das Allgemeine Per-

83 Vgl. *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81a Rn. 8.
84 Vgl. BVerfGE 120, 274 (344) zur Online-Durchsuchung; so im Ergebnis auch *Bäuerle*, in: BeckOK-POR Hessen, 29. Ed. (Stand: 15.4.2023), HSOG, § 13 Rn. 39; *Soiné*, StPO, 141. Lfg. (3/2023), § 81a Rn.7 m.w.N.
85 Im Ergebnis so wohl auch *Rogall*, in: SK-StPO, § 81a Rn. 22, der im Einklang mit *Beling*, ZStW 15, 471 (472) auf das Nichtvorliegen einer körperlichen Untersuchung abstellt.
86 *Krause*, in: LR-StPO, § 81a Rn. 12; vgl. *OLG Hamburg*, NJW 2008, 2597 (2599).
87 Ganz herrschende Auffassung; *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1123) zur Durchsuchung; so z.B. auch *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 31 m.w.N.
88 Vgl. hierzu *Schneider*, KR 2017, 537 (540).
89 *BVerfG*, NJW 2011, 1121 (1123); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81a Rn. 25, 25a; *Moldenhauer/Wenske*, JA 2017, 206.
90 *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1123).
91 Auf den Erfahrungen im Polizeidienst beruhend.
92 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00, juris Rn. 48.
93 Auf den Erfahrungen im Polizeidienst beruhend.
94 *BVerfG*, Beschl. v. 24.2.2011 – 2 BvR 1596/10, juris Rn. 13; *BVerfG*, Beschl. v. 28.7.2008 – 2 BvR 784/08, juris Rn. 12; zu der Problematik s. *Kreuz*, KriPoZ 2017, 184 (186).
95 *Decker*, Systematik der Beweisverwertung, S. 50 m.w.N.
96 Vgl. *BVerfG*, NJW 1978, 1149 (1149 f.).
97 *Decker*, Systematik der Beweisverwertung, S. 50 f.
98 Vgl. *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 1 mit Verweis auf die Verwendungs- und Vernichtungsregelung des § 81a Abs. 3 StPO.
99 *Decker*, Systematik der Beweisverwertung, S. 50 f.
100 *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. (2021), Kap. 13 Rn. 647 m.w.N.

sönlichkeitsrecht heranzuziehen, allerdings nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.[101] Ein Richtervorbehalt ist damit verfassungsrechtlich nicht gesetzt.

Kritisch wurde schon damals geäußert, der Beschuldigte sei dazu verpflichtet zu dulden, dass sein Körper als Beweismittel gegen sich selbst gemacht wird, sodass von einem relevanten Eingriff gesprochen werden müsse.[102] Dem darf keine überschießende Bedeutung beigemessen werden, denn die Argumentation ist im Ergebnis zirkelschlüssig. So könnte jeder StPO-Maßnahme, die der Überführung eines Beschuldigten dient, dieses Argument entgegengesetzt werden. Um einen Eingriff zu rechtfertigen, bedarf es einer verfassungsgemäßen Befugnisnorm nach der StPO, die rechtmäßig angewendet wird.[103] Eine solche ist in Form des § 81a StPO existent. Nur für besonders eingriffsintensive Maßnahmen, wird – als Ausgleich für die Schwere des Grundrechtseingriffs – eine zusätzliche Kontrollinstanz in Form des einfachgesetzlichen Richtervorbehalts geschaffen.[104]

Zur Gewährleistung dieses Gehaltes könnte ein solcher einfachgesetzlicher Richtervorbehalt daher sinnvoll erscheinen. Denn bei Eingriffen in die Sozialsphäre oder gar in die Privatsphäre sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je intensiver in den Bereich privater Lebensführung eingegriffen wird.[105] Beispielhaft sei hier allerdings auf die ebenfalls in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifende und sich hauptsächlich in ihrer Zweckrichtung von der körperlichen Untersuchung unterscheidende erkennungsdienstliche Behandlung nach § 81b Abs. 1, 1. Alt. StPO verwiesen, die ebenfalls keinen Richtervorbehalt enthält. Die Befugnisnorm dient ebenso der Feststellung der Täterschaft oder Schuld eines Beschuldigten gegen seinen Willen[106] und rechtfertigt im Einzelfall selbst die Entkleidung, sofern z.B. Aufnahmen von Tätowierungen an nicht ohne weiteres frei zugänglichen Körperstellen gefertigt werden müssen.[107]

Dem könnte allerdings entgegengehalten werden, dass eine strafprozessuale körperliche Durchsuchung wiederum dem Richtervorbehalt unterliegt. Häufig werden einfachgesetzliche Richtervorbehalte im Strafverfahren als verfahrensrichterliches Kontrollinstrument im Ermittlungsverfahren statuiert, wenn die Sachlage noch unzureichend geklärt ist und der Betroffene weder informiert noch angehört werden soll.[108] Eine Vergleichbarkeit mit der körperlichen Untersuchung besteht jedoch nur insoweit, als dass der Sachverhalt noch nicht vollends geklärt ist. Desungeachtet kann die einfache körperliche Untersuchung dazu verhelfen, rasch zur Klärung des Sachverhaltes beizutragen, die für nachfolgende Ermittlungshandlungen, wie z.B. eine Durchsuchung, maßgeblich ist. Die strafprozessuale Durchsuchung ermächtigt außerdem zu Eingriffen in die Privatheit der Wohnung (Art. 13 GG). Ein Richtervorbehalt ist unerlässlich und hierbei zwingend vorgegeben, um die verfassungsmäßigen Anforderungen an die Einschränkbarkeit des Grundrechts zu wahren (Art. 13 Abs. 2 GG),[109] sodass auch insoweit keine Vergleichbarkeit besteht. Hinzu tritt, dass die Eingriffstiefe allenfalls moderat ausfallen kann. Das Erfordernis eines zusätzlichen Kontrollinstruments als Verfahrensvorschrift zur Bewirkung eines hinreichenden Grundrechtsschutzes (Grundrechtsschutz durch Verfahren) entfällt somit.

Zutreffend ist, dass § 81a StPO lediglich einen Anfangsverdacht voraussetzt, weshalb das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine herausragende Bedeutung erlangt.[110] Der daraus gezogene Schluss, dass die verlagerte Anordnungskompetenz auf einen Richter die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes garantieren könne,[111] trifft vorliegend nicht vollends zu. Wie zuvor dargestellt, geht es bei den Fällen der körperlichen Untersuchung vornehmlich um Maßnahmen, die unmittelbar am Einsatzort angeordnet werden müssen. Somit entfällt die Möglichkeit für den Richter, nach Aktenlage zu entscheiden. Es ist eine rasche Entscheidung vonnöten. Insoweit ist der Mehrwert mit Blick auf die bei ihrer Entscheidung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebundenen Polizeibeamten begrenzt. Hinzu kommt, dass jede unnötige weitere Verzögerung durch die Entscheidung des Ermittlungsrichters nicht nur eine Gefahr für die Sicherung des Strafverfahrens darstellt, sondern zugleich eine zeitliche Mehrbelastung für den Beschuldigten mit sich bringt.

Auch das *BVerfG* hat bei der Übertragung der Rechtsprechung zu der Durchsuchung von Wohnräumen auf die einfachgesetzlich geregelte Blutentnahme nach § 81a StPO betont, dass es sich um eine Zeitspanne handelt, in welcher eine gerichtliche Entscheidung kaum eingeholt werden kann.[112] Hauptanwendungsfall sei das Ergehen einer richterlichen Entscheidung nur aufgrund telefonisch mitgeteilter Informationen.[113] Dies trifft allerdings auch auf einen großen Teil der Anwendungspraxis der körperlichen Untersuchung zu. Während die Nachschau nach einer Tätowierung noch nach einer gewissen Zeitspanne erfolgen kann, gilt dies z.B. nicht für eine frische Prellung, Wunde, Blut- oder Kratzspur am Körper des Beschuldigten. Bei einem längeren Abwarten bestünde hier die Gefahr einer

[101] *Epping,* Grundrechte, Kap. 13 Rn. 648.
[102] StN der Strafverteidigervereinigungen, 2016, S. 2 f.; *Kreuz*, KriPoZ 2017, 184 (184).
[103] *Nimtz/Thiel*, Eingriffsrecht NRW, 2. Aufl. (2020), Rn. 1-4; vgl. zum Vorbehalt des Gesetzes z.B. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 100. EL (01/2023), Art. 20 Rn. 75; zum Vorrang des Gesetzes ebd. Rn. 72 ff.
[104] Vgl. BT-Drs. 18/11272, S. 21 mit Verweis auf die Rechtsprechung des *BVerfG*; vgl. etwa *BVerfG*, NJW 2007, 1345 (1345), Rn. 13; *BVerfG*, Beschl. v. 28.7.2008 – 2 BvR 784/08, juris Rn. 8.
[105] Vgl. grundsätzlich zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei § 81a StPO *Brauer*, in: HK-StPO, § 81a Rn. 1; *Epping*, Grundrechte, Kap. 13 Rn. 648 f.
[106] *Brauer*, in: HK-StPO, § 81b Rn. 2.
[107] *VG Cottbus*, Beschl. v. 14.2.2018 – 3 L 95/18, juris Rn. 15 ff.
[108] *Lisken*, NVwZ 1991, 609 (610).
[109] Vgl. hierzu *Papier*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 13 Rn. 21.
[110] Zu besonderen Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei § 81a StPO bereits *BVerfG*, Beschl. v. 10.6.1963 – 1 BvR 790/58, juris.
[111] BT, Stenografischer Bericht 221. Sitzung des BT v. 9.3.2017, Plenarprotokoll 18/221, S. 22288.
[112] *BVerfG*, Beschl. v. 12.2.2007 – 2 BvR 273/06, juris Rn. 16.
[113] BT-Drs. 18/11272, S. 1; BT-Drs. 17/4232, S. 6 (Entwurf aus 2010).

maßgeblichen Veränderung oder Beseitigung von Spuren am Körper und eines Beweismittelverlustes. DNA-fähiges Material wie z.B. Blutanhaftungen oder andere Körperflüssigkeiten könnten z.B. durch Abwaschen unmittelbar vernichtet werden.

Das Rechtsinstitut der Gefahr im Verzug würde nur bedingt weiterhelfen. Da mit Gefahr im Verzug, also die Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch die Einholung der richterlichen Entscheidung anhand von auf den Einzelfall bezogenen Tatsachen begründet werden muss,[114] müsste zumindest das Vorhandensein vergänglicher Spuren offensichtlich sein und ein Beweismittelverlust konkret drohen. Zur Sicherung des Strafverfahrens haben die Ermittlungsbehörden jedoch be- und entlastende Umstände zu ermitteln.[115] Der Untersuchungserfolg ist nicht nur erreicht, wenn der beweiserhebliche Umstand bewiesen, sondern auch, wenn er zu Gunsten der Beschuldigten widerlegt ist.[116] Hierzu würde zum Zeitpunkt der Befunderhebung gehören, dass sich eben keine Spur oder Folge einer Straftat am Körper des Beschuldigten befindet.[117] Eine standardmäßige pauschale Nachschau ließe sich ohne Weiteres jedenfalls nicht vertretbar auf Gefahr im Verzug stützen. Die stattdessen nach § 81a Abs. 2 S. 1 StPO notwendige Einholung einer richterlichen Entscheidung über die Staatsanwaltschaft kann dann schon aus Gründen des Beweismittelschutzes einen Transport zur Dienststelle und die dortige Inaugenscheinnahme des Körpers erforderlich machen.[118] Dabei darf nicht verkannt werden, dass diese Verfahrensweise notwendigerweise mit einem größeren zeitlichen Aufwand und damit auch stärkeren Grundrechtseingriff für den Beschuldigten verbunden ist,[119] sofern dieser nicht in die Maßnahme einwilligt.

Insoweit ist die Sachlage nicht mit der Situation bei der Blutprobenentnahme vergleichbar, wo bereits rein faktisch noch während der Wartezeit auf den Arzt versucht werden kann, eine richterliche Anordnung zumindest telefonisch einzuholen. Bei der körperlichen Untersuchung/bloßen Inaugenscheinnahme des Körpers durch Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft kann mit der Einholung einer richterlichen Anordnung nämlich ein weiterer Grundrechtseingriff – nunmehr in das Recht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG – einhergehen, der im Einzelfall und je nach zeitlicher Dauer eine unterschiedliche Intensität erreichen kann.[120] Auch praktische Folgeprobleme, wie die Gewährleistung des Spurenschutzes z.B. bei dem einfachen Wunsch nach einem Toilettengang, können infolgedessen entstehen.[121]

In der Praxis überholt die normative Kraft des Faktischen nicht selten die rechtliche Wirklichkeit. Wie eingangs dargestellt, ist dem Rechtsanwender nicht immer bewusst, dass schon die Aufforderung, den Pullover ein Stück anzuheben, um einen Blick auf ein mögliches Verletzungs- oder Spurenbild zu erhalten, bereits in den Anwendungsbereich des § 81a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 StPO und damit auch des Richtervorbehalts fällt, sofern keine wirksame Einwilligung nach Belehrung über das Weigerungsrecht vorliegt.

Der Gesetzgeber ist somit aufgefordert, die Unwucht, die durch die sachgerechte aber eindimensionale Gesetzesänderung im Jahr 2017 entstanden ist, nachzubessern. Selbsterklärend ist, dass die Notwendigkeit der Einholung einer richterlichen Entscheidung für Folgemaßnahmen durch den Wegfall des Richtervorbehalts bei der körperlichen Untersuchung nicht entfiele. Durch die Möglichkeit der Nachschau, ob überhaupt eine entsprechende Spur am Körper zu sehen ist, wäre aber bereits die erste praktische Hürde genommen. Das Ergebnis der körperlichen Untersuchung könnte den Tatverdacht sowohl bestärken als auch entkräften und somit ebenso be- als auch entlastend für den Beschuldigten wirken.

IV. Wertungswiderspruch durch Einbeziehung des § 81c StPO?

Selbst bei Einbeziehung der Untersuchung anderer Personen gem. § 81c StPO kann sich keine andere Bewertung ergeben, solange das Eingriffshandeln dem Anwendungsbereich des ersten Absatzes der Norm, der einfachen körperlichen Untersuchung, unterliegt.

Die Norm als solche gewährleistet den Schutz der Freiheitsrechte von Unverdächtigen, die vor hoheitlichen Eingriffen in Form körperlicher Zwangsmaßnahmen weitgehend geschützt werden sollen.[122] Vor diesem Hintergrund waren die ursprünglich in § 81a StPO mitenthaltenen Duldungspflichten anderer Personen als Beschuldigte aus der Ursprungsnorm herausgelöst und in § 81c StPO mit einer eigenen Vorschrift bedacht worden. Hierdurch wurde einerseits der Umfang zulässiger Maßnahmen beschränkt, andererseits aber auch das Zeugnisverweigerungsrecht in der Norm verankert und damit auf ein Untersuchungsweigerungsrecht erstreckt.[123] Denn diese beiden Rechte hatte das Reichsgericht zuvor als aliud angesehen und dem Zeugen kein Untersuchungsweigerungsrecht zugestanden.[124] Der heutige § 81c Abs. 1 StPO ermöglicht auch ohne Einwilligung die Untersuchung anderer Personen als Be-

[114] *BVerfG*, Beschl. v. 11.6.2010 – 2 BvR 1046/08, juris Rn. 26 m.w.N.
[115] *Weingarten*, in: KK-StPO, § 160 Rn. 22.
[116] *Rogall*, in: SK-StPO, § 81a Rn. 66.
[117] Dahingehend wohl *Rogall*, in: SK-StPO, § 81a Rn. 66.
[118] Dass § 81a StPO auch eine zulässige Einschränkung der Bewegungsfreiheit erfassen kann, soweit dies notwendiger Weise mit der Vollziehung der rechtlich zulässigen Maßnahme einhergeht und verhältnismäßig ist, hat bereits das *OLG Schleswig* im Zusammenhang mit der Vollziehung einer Blutprobenentnahme entschieden, NJW 1964, 2215 (2216 f.).
[119] So im Ergebnis auch *Osterlitz*, Eingriffsrecht im Polizeidienst, Bd. II, 16. Aufl. (2019), S. 15.
[120] Dazu, dass im Regelungsbereich des § 81a StPO neben in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Körperliche Unversehrtheit) auch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Freiheit der Person) betroffen sein kann, z.B. *BVerfG*, NJW 1978, 1149 (1150); Freiheitsbeschränkungen auf Grundlage von § 81a StPO bejahend auch *OLG Schleswig*, NJW 1964, 2215; vgl. auch *Krause*, in: LR-StPO, § 81a Rn. 73.
[121] Nicht entscheidungserheblich, aber dennoch vom Beschuldigten vorgetragen im Zusammenhang mit Blutprobenentnahme vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 12.2.2007 – 2 BvR 273/06, juris Rn. 8.
[122] *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81c Rn. 2.
[123] Vgl. *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81c Rn. 2.
[124] RGSt 19, 364 (366).

schuldigte, somit von Personen, die nicht der Tat verdächtig sind, sofern bei ihnen Spuren oder Tatfolgen vermutet werden.[125]

§ 81c Abs. 1 StPO erklärt nach h.M. nur körperliche Untersuchungen für zulässig,[126] jedoch keine anderen körperlichen Eingriffe, als die in § 81c Abs. 2 StPO abschließend aufgeführte Abstammungsuntersuchung und Blutprobenentnahme.[127] In diesem Zusammenhang ist es selbsterklärend, dass derartige Eingriffe entsprechend den Ausführungen zu § 81a StPO einem gesonderten Verfahrensschutz durch Richtervorbehalt unterliegen müssen.

Wenngleich der Wortlaut der Norm des § 81c Abs. 1 StPO die Untersuchung nur gestattet, soweit zur Erforschung der Wahrheit festgestellt werden muss, ob sich „am" Körper eine bestimmte Spur oder Folge einer Straftat befindet, will die h.M. auch eine Untersuchung der ohne Weiteres zugänglichen Körperöffnungen, jedenfalls soweit deren Inneres ohne ärztliche Eingriffe sichtbar gemacht wird, für zulässig erachten.[128] Im Einklang mit den oben aufgeführten Abgrenzungskriterien zum körperlichen Eingriff und zur körperlichen Untersuchung beim Beschuldigten, muss auch für die Untersuchung anderer Personen gelten, dass die Zufügung von – noch so kleinen – Läsionen oder das Eindringen in natürliche Körperöffnungen unter Anwendung technischer Hilfsmittel, zum Vorliegen eines körperlichen Eingriffs führt.

Die vorstehenden Ausführungen zu § 81a StPO sind auf den Anwendungsbereich des § 81c Abs. 1 ohne Weiteres übertragbar, solange die Eingriffstiefe der körperlichen Untersuchung nicht die hier festgelegte Schwelle zum körperlichen Eingriff überschreitet.

Für den Wegfall des Richtervorbehalts bei körperlichen Untersuchungen ergibt sich im Anwendungsbereich des § 81c Abs. 1 StPO noch ein besonderer Bedarf: Legt man allein die häufigen Anwendungsfälle familiärer Streitigkeiten zugrunde, so wird sehr schnell deutlich, dass die Erhebung von (ggf. auch fehlenden) Verletzungsbildern oder Spuren einer Tat bei Opfern in der Praxis zeitkritisch und in der Regel noch am Einsatzort vonnöten ist, da im weiteren Verfahren nicht selten Aussagen zurückgezogen oder geändert werden. Darüber hinaus können im Nachgang der eigentlichen Tat noch Verletzungen (durch Dritte oder aber ggf. auch durch den Unverdächtigen selbst) beigebracht werden, die im weiteren Verlauf möglicherweise wahrheitswidrig als Tatfolgen nachgemeldet werden.

Gleiches gilt für die Inaugenscheinnahme des Körpers von Menschen mit geistiger Behinderung oder Minderjährigen, insbesondere Säuglingen, um neben der hier besonders zeitkritischen Erhebung des objektiven Befundes auch die Basis für weitergehende Maßnahmen, wie z.B. die Veranlassung einer ärztlichen Untersuchung legen bzw. über Folgemaßnahmen entscheiden zu können.

Problematisch gestaltet sich die Sachlage in diesem Zusammenhang allerdings, wenn ein Berechtigter der elterlichen Sorge der Tat selbst oder einer Teilnahme an dieser verdächtig ist. Im Zusammenhang mit einem bestehenden Zeugnisverweigerungsrecht und dem Ausschluss des gesetzlichen Vertreters an der Entscheidung über die Ausübung desselben, wird eine gesonderte Anordnung des Gerichts erforderlich, vgl. § 81c Abs. 3 StPO. Im Fall der Unerreichbarkeit besteht eine Eilkompetenz ausschließlich für die Staatsanwaltschaft.[129] Denn im Zuge des 2. Opferrechtsreformgesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren vom 29.07.2009[130] ist aus Gründen der Beweissicherung zum Zweck einer effektiven Strafverfolgung, aber auch der Verbesserung der Opfersituation, die Eilfallkompetenz der Staatsanwaltschaft in § 81c Abs. 3 StPO verankert worden.[131]

Beamte des Polizeidienstes sind als Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft hingegen auch bei Gefahr im Verzug in diesen Fällen von einer Anordnung ausgeschlossen, vgl. § 81c Abs. 3 S. 3 StPO. Die Beschränkung der Eilkompetenz auf die Staatsanwaltschaft ist hier durchaus sachgerecht. Diese Fälle stellen einerseits nicht die Regel dar, und es handelt sich dabei anderseits um einen äußerst sensiblen Bereich, in dem der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens eine intensive Abwägung vorbehalten bleiben sollte, welche Maßnahmen der Beweissicherung für eine effektive Strafverfolgung letztlich im Einzelfall unabdingbar sind.

In allen anderen Fällen, die dem Anwendungsbereich des § 81c Abs. 1 StPO unterliegen, stellt der Richtervorbehalt eine Hürde dar, die weder von Verfassungs wegen noch verfahrensrechtlich geboten ist. Der Gesetzgeber hat sich bislang vermutlich nur noch nicht damit befasst, weil der praktische Bedarf mangels Handlungsdrucks offenbar nicht gesehen wurde. Denn in der polizeilichen Praxis werden diese Fälle oftmals schlicht weg pragmatisch gelöst, ohne dass im Einzelfall die strengen rechtlichen Voraussetzungen eingehend abgewogen werden könnten.[132] Dass „selbst vergleichsweise kurze zeitliche Verzögerungen (…) fatale Folgen für die Aufklärbarkeit einer Straftat haben"[133] können, war dem Gesetzgeber bereits bei dem Entwurf des 2. Opferrechtsreformgesetzes bewusst, als die Einführung der staatsanwaltschaftlichen Eilkompetenz im Falle der Beschuldigung der gesetzlichen Vertretung erörtert wurde. Derartige Verzögerungen vermögen die Wahrheitsfindung im Strafprozess jedoch auch in weit weniger sensiblen Fällen alltäglicher Gewaltkriminalität,

125 *Bosch*, Jura 2014, 50 (60).
126 *Krause*, in: LR-StPO, § 81c Rn. 19; im Ergebnis wohl auch *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81c Rn. 14, 17; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81c Rn. 16.
127 So auch *Bosch*, Jura 2014, 50 (60).
128 Vgl. *Trück*, in: MüKo-StPO, § 81c Rn. 15; *Krause*, in: LR-StPO, § 81c Rn. 19 m.w.N.; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81c Rn. 16; im Ergebnis wohl auch *Bosch*, Jura 2014, 50 (60).
129 *Krause,* in: LR-StPO, § 81c Rn. 48.
130 BGBl. 2009 I, 2280 (2281).
131 Vgl. *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81c Rn. 19.
132 Auf den Erfahrungen im Polizeidienst beruhend.
133 BT-Drs. 16/12812 v. 29.4.2009, S. 10.

wie z.B. (ggf. auch wechselseitig begangene) Körperverletzungsdelikte, erheblich zu beeinträchtigen, da ohne Einwilligung und richterliche Anordnung keine zeitnahe objektive Begutachtung von Verletzungen oder Spuren erfolgen kann.

In diesen Fällen hingegen stets das Rechtsinstitut der Gefahr im Verzug zu bemühen, kommt einer Überdehnung gleich und macht die Ausnahme zur Regel.

Da der Gesetzgeber bei der Untersuchung anderer Personen als Verdächtigen neben dem Untersuchungsweigerungsrecht noch weitere Vorkehrungen getroffen hat, die dem Schutz von Unverdächtigen im Verfahren dienen, bestehen auch vor diesem Hintergrund keinerlei Bedenken gegen einen Wegfall des Richtervorbehalts bei § 81c Abs. 1 StPO. Denn neben der Zumutbarkeit aus Abs. 4 stellt § 81c Abs. 6 S. 2 StPO als wohl wichtigste Verfahrensvorschrift konstitutiv fest, dass unmittelbarer Zwang nur auf besondere Anordnung des Richters angewandt werden darf.

Insoweit ist der Rechtsgüterschutz anderer Personen auch ohne Richtervorbehalt in ausreichender Form gewährleistet.

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass kein bedeutender Mehrwert in puncto Rechtssicherheit durch die Beibehaltung der richterlichen Anordnungskompetenz für die körperliche Untersuchung nach § 81a StPO oder § 81c Abs. 1 StPO besteht. Ein solches verfahrensrechtliches Kontrollinstrument erscheint mit Blick auf den Grundrechtseingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. die Allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG nicht zwingend. Daran ändert auch die strenge Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nichts. Vielmehr wird hierdurch ein unnötiges Hindernis für die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen auf Kosten einer effektiven Strafverfolgung geschaffen. Deshalb wird angeregt, die körperliche Untersuchung unterhalb des körperlichen Eingriffs in Gänze vom Richtervorbehalt auszunehmen.

Bis dahin sind die handelnden Polizeibeamten gut beraten, das Vorliegen von Gefahr im Verzug auch bei körperlichen Untersuchungen einzelfallbezogen und tatsachengestützt zu begründen, soweit nicht auf eine ausdrückliche Einwilligung nach erfolgter Belehrung über das Weigerungsrecht zurückgegriffen werden kann. In jedem Fall ist beides sorgfältig zu dokumentieren und schriftlich im Vorgang niederzulegen.

Perspektiven einer Kompetenzerweiterung der Europäischen Staatsanwaltschaft

Wird die Europäische Staatsanwaltschaft bald für Sanktionsverstöße zuständig sein?

*von Dr. Sarah Pohlmann**

Abstract

„Ja, wir können es tun, wir sind dazu bereit." So lautete die Antwort der Europäischen Generalstaatsanwältin Laura Codruta Kövesi im Gespräch mit einer Nachrichtenagentur zur Frage, ob die Europäische Staatsanwaltschaft zukünftig auch Verstöße gegen die Russland-Sanktionen ahnden will.[1] Welche Vorteile und Risiken eine solche Kompetenzerweiterung haben kann, soll dieser Beitrag klären. Dabei wird zunächst der Auftrag der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA) dargelegt. Nachdem der Aufbau und die wesentlichen Organisationsmerkmale der seit Juni 2021 operierenden EUStA erläutert wurden, wird das Augenmerk auf den Schutz der finanziellen Interessen gelegt. Dabei wird deutlich das die EUStA als spezielle Behörde zum Schutz von Finanzdelikten konzipiert wurde. Finanzielle Unionsinteressen sind supranationale Rechtsgüter, dessen Schultz folglich auch durch eine supranationale Behörde wie der EUStA gewährleistet werden kann. Kern der Abhandlung sind die Perspektiven einer Erweiterung auf Sanktionsverstöße, die bisher durch nationale Behörden umgesetzt werden. Zunächst wird das Verfahren für eine Kompetenzerweiterung dargelegt, welches insbesondere eine Einstimmigkeit im Rat erfordert. Sodann werden die Umrisse des Erweiterungsvorhabens, welches auf eine deutsch-französische Initiative zurückgeht, vorgestellt. Dabei werden politische Erwägungen mit praktischen Vorteilen einer Kompetenzerweiterung auf Sanktionsverstöße abgewogen. Der Beitrag schließt mit einem kritischen Blick auf eine solche Kompetenzerweiterung.

"Yes, we can do it. We are ready to do it." This was the answer of the European Chief Prosecutor Laura Codruta Kövesi in an interview with a news agency on the question of whether the European Public Prosecutor's Office (EPPO) will also prosecute violations of the Russia sanctions in the future.[2] This article aims to clarify what advantages and risks such an expansion of competence may have. In doing so, the mission of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) will first be outlined. After explaining the structure and main organizational features of the EPPO, which has been operating since June 2021, the focus will be on the protection of financial interests. It becomes clear that the EPPO was designed as a special authority for the protection of financial crimes. Financial interests of the Union are supranational legal interests, whose protection can be guaranteed by a supranational authority like EPPO. The core of the paper is the perspectives of an extension to sanctions violations that have been implemented by national authorities so far. First, the procedure for an extension of competence is outlined, which in particular requires unanimity in the European Council. Then, the outlines of the extension project, which goes back to a Franco-German initiative, are presented. Political considerations are weighed against the practical advantages of extending jurisdiction to sanctions violations. The article concludes with a critical view of such an extension of competence.

I. Der Auftrag der Europäischen Staatsanwaltschaft

Nach zahlreichen Vorarbeiten u.a. im Corpus Juris 2000 und im Grünbuch der Kommission[3] (dort Art. 280a EGV) wurde im Oktober 2017 auf der primärrechtlichen Grundlage des Art. 86 AEUV im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit von 20 EU-Mitgliedstaaten die EUStA-Verordnung[4] verabschiedet und der Startschuss zur Europäischen Staatsanwaltschaft gegeben.

Das Ziel der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA, engl. EPPO) ist die Gewährleistung einer besseren und effektiveren Strafverfolgung insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten sowie eine bessere Einziehung illegaler Vermögenswerte. Dies ist auch dringend notwendig, wenn man einen Blick auf die immensen Schadenssummen wirft, die durch grenzüberschreitende Vermögensdelikte verursacht werden: Schätzungen zufolge gingen allein im Jahr 2018 140 Mrd. Euro an Mehrwertsteuereinnahmen durch grenzüberschreitenden Betrug verloren, Tendenz – nicht zuletzt wegen der COVID-19-Pandemie – steigend; daneben wurden in 2015 etwa 638 Mio. Euro an Strukturfondsmitteln der EU missbräuchlich verwendet.[5] An der Erforderlichkeit der Bekämpfung grenzüberschreitender Finanzkriminalität wird kaum noch gezweifelt.[6] Wohl aber die Ausgestaltung der Kompetenzen sorgt immer wieder für Diskussionen.

---

* *Dr. Sarah Pohlmann* ist Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft München I und derzeit abgeordnet in die Europaabteilung des Auswärtigen Amts in Berlin.

1 Äußerung am 2.3.2023 gegenüber der Nachrichtenagentur AFP, abrufbar unter: https://www.euractiv.de/section/innenpolitik/news/eu-staatsanwaltschaft-geht-gegen-untergrabung-von-russlandsanktionen-vor/ (zuletzt abgerufen am 10.7.2023).

2 Statement on 2.3.2023 to the news agency AFP, available at: https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/europes-top-prosecutor-sets-sights-on-russia-sanctions-busters/ (last accessed 10.7.2023).

3 Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., Art. 280a EGV.

4 Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA), ABl. L 283 S. 1.

5 Zahlen abrufbar auf der Seite des Europäischen Rats unter: https://www.consilium.europa.eu/de/policies/eppo/ (zuletzt abgerufen am 14.9.2022).

6 Zusammenfassend auch *Thomas,* KriPoZ 2021, 106 ff.

Nach ihrem Selbstverständnis soll die EUStA gemeinsam mit dem Europäischem Gerichtshof die Säule der Justiz in Europa bilden sowie für die Vertretung europäischer öffentlicher Interessen sorgen.[7] Das Geld der europäischen Steuerzahler:innen soll besser geschützt werden, sodass die EuStA Fälle von Betrug, Veruntreuung, Korruption und weitere Fälle von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union mit grenzüberschreitender Dimension verfolgt.[8]

Nach Aufnahme der operativen Arbeit im Juni 2021 hat die Europäische Staatsanwaltschaft, die in bislang 22 Mitgliedstaaten tätig ist, bereits einige Erfolge vorzuweisen: Im Rahmen von Ermittlungen zu einem Umsatzsteuerkarussell wurde ein Angeklagter im November 2022 vom *LG München I* zu 3 Jahren und 3 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt.[9] Es wurden Gelder im Wert von 23 Mio. Euro beschlagnahmt und an den Ermittlungen waren Behörden in Tschechien, Rumänien und der Slowakei beteiligt.[10] Ebenfalls für viel Aufsehen gesorgt, hat der Fall von gewerbs- und bandenmäßigen Steuerhinterziehung in mehr als 130 Einzelfällen bei der Einfuhr hochwertiger Kraftfahrzeuge aus Drittländern in die Europäische Union.[11]

II. Aufbau und Organisation

Gem. Art. 3 EUStA-VO wurde die EUStA als Einrichtung der Union mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet. In ihrer Struktur besteht sie aus einer zentralen und einer dezentralen Ebene.[12]

Die zentrale Ebene besteht gem. Art. 8 Abs. 3 EUStA-VO aus dem Kollegium, den Ständigen Kammern, der Europäischen Generalstaatsanwältin, ihren Stellvertretern sowie den Europäischen Staatsanwält:innen und dem Verwaltungsdirektor. Die Europäische Generalstaatsanwältin ist Leiterin der Einrichtung, Art. 11 Abs. 1 EUStA-VO. Ihre Aufgabe ist es, die Arbeit der EUStA zu organisieren und Entscheidungen gemäß der Verordnung und der Geschäftsordnung zu treffen.

Entsprechend der Anzahl an teilnehmenden Mitgliedstaaten – aktuell 22[13] – gibt es je eine Europäische Staatsanwältin bzw. Staatsanwalt. Diese fungiert als Bindeglied zwischen der zentralen Ebene und der dezentralen mitgliedstaatlichen Ebene, wo die Delegierten Europäischen Staatsanwält:innen die konkreten Ermittlungs- und Strafverfolgungsaufgaben durchführen.

Auf der dezentralen Ebene handeln gem. Art. 8 Abs. 4 EUStA-VO die Delegierten Europäischen Staatsanwälte. Diese sind in die nationalen Strafverfolgungsbehörden eingebettet. Den Delegierten Europäischen Staatsanwält:innen obliegt die Ermittlungsarbeit in den Mitgliedstaaten. Sie sind für die Anklageerhebung zuständig. Gem. Art. 13 der EUStA-VO handeln die Delegierten Europäischen Staatsanwälte im Namen der EUStA in ihrem jeweiligen Mitgliedstaat und haben neben und vorbehaltlich der ihnen übertragenen besonderen Befugnisse und des ihnen zuerkannten besonderen Status in Bezug auf Ermittlungen, Strafverfolgungsmaßnahmen und Anklageerhebung die gleichen Befugnisse wie nationale Staatsanwälte.[14] Vorgesehen sind mind. zwei Delegierte Europäische Staatsanwälte je Mitgliedstaat, Art. 13 Abs. 2 EUStA-VO. In Deutschland wurden insgesamt fünf Zentren benannt, aus denen die Fälle bearbeitet werden, eine weitere Stelle ist beim Generalbundesanwalt angesiedelt.[15] Räumlich betrachtet halten sich die Delegierten Europäischen Staatsanwälte in den Mitgliedstaaten auf.[16]

Im Hinblick auf die Arbeitsweise hat die EUStA die Befugnis zur strafrechtlichen Untersuchung und Verfolgung sowie Anklagerhebung in Bezug auf Personen, die als Täter oder Teilnehmer von Straftaten zulasten des EU-Haushalts bzw. damit zulasten der Steuerzahler in der EU in Betracht kommen.[17] Die sachliche Zuständigkeit der EUStA richtet sich nach Art. 22 EUStA-Verordnung und zielt auf die Verfolgung der sog. PIF-Delikte.[18]

---

7 Vgl. Jahresbericht der EUStA 2021, S. 8 (abrufbar unter: https://bit.ly/3EHV7Fz (zuletzt abgerufen am 14.9.2023).

8 Vgl. dazu auch *Strauch*, ZEuS 2021, 685.

9 Entscheidung des *LG München I* v. 5.4.2022 – 6 Kls 501 Js 17/21.

10 Vgl. die Pressemeldungen unter: https://www.eppo.europa.eu/de/node/280 und https://www.eppo.europa.eu/en/news/six-arrests-and-seizures-worth-eu23-million-czechia-romania-slovakia (zuletzt abgerufen am 14.9.2023).

11 Vgl. die Pressemeldungen unter: https://bit.ly/46fhKgp (zuletzt abgerufen am 18.9.2023).

12 Vgl. Verordnung (EU) 2017/1939, ABl. Nr. L 283 v. 12.10.2017, S. 1 ff.; näher zu Aufbau und Kompetenz *Satzger/von Maltitz*, Jura 2018, 153 ff.; *Brodowski*, StV 2017, 684 ff.

13 Neben den 20 Unterzeichnerstaaten Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik, und Zypern hat die Europäische Kommission am 1.8.2018 die Teilnahme der Niederlande (Beschluss [EU] 2018/1094 der Kommission zur Bestätigung der Beteiligung der Niederlande an der Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der EUStA, ABl. Nr. L 196 v. 2.8.2018, S. 1 f.) und am 7.8.2018 die Teilnahme von Malta (Beschluss [EU] 2018/1103 der Kommission zur Bestätigung der Beteiligung Maltas an der Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der EUStA, ABl. Nr. L 201 v. 8.8.2018, S. 2 f.) bestätigt. Nicht dabei sind: Ungarn, Irland, Polen, Schweden und Dänemark.

14 Näher zur Betrachtung der (Delegierten) Europäischen Staatsanwält:innen als Europäische Amtstäger:innen vgl. *Pohlmann*, Strafrechtliche Gleichstellungsklauseln für ausländische und Europäische Amtsträger, 2021, S. 139 ff.

15 Zum 1.7.2023 waren in Deutschland 16 Delegierte Europäische Staatsanwält:innen tätig; vgl. auch *Brodowski*, StV 2017, 684 (685).

16 Die fünf Zentren befinden sich in Berlin, Frankfurt a.M., Hamburg, Köln und München.

17 Vgl. Art. 86 Abs. 2 EuStA-VO.

18 Ausführlich zu der Konzeption der sachlichen Zuständigkeit vgl. *Strauch*, ZEuS 2021, 703 f.

III. Schutz der finanziellen Interessen der Union

Nachdem das Ziel der EUStA insbesondere der Schutz der finanziellen Interessen der Union ist, gilt es ein besonderes Augenmerk auf diese finanziellen Interessen der Union zu werfen. Finanzielle Interessen sind „sämtliche Einnahmen, Ausgaben und Vermögenswerte, die durch [die Haushaltspläne der Union bzw. ihrer Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen] erfasst, erworben oder geschuldet werden“[19]. Dabei handelt es sich um ein sog. supranationales Rechtsgut.[20]

Um die Aufgaben der EUStA und die Rechtfertigung der Übertragung von Kompetenzen auf die EUStA näher zu untersuchen, gilt es auf die Konzeption des Rechtgüterschutzes ein kurzes Schlaglicht zu werfen: Supranationale Rechtsgüter sind keine inländischen Rechtsgüter und stellen damit eine Unterart der ausländischen Rechtsgüter dar. Der Begriff der Supranationalität wird als wesentliches Kennzeichen des Rechts der Europäischen Union bezeichnet. Einigkeit besteht darin, dass mit „Supranationalität“ eine spezifische Form der Wirkung in den mitgliedstaatlichen Systemen gemeint ist.[21] Supranationalität drückt „Überstaatlichkeit“ aus, die die Auswirkungen des europäischen Rechts auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen betrifft.[22]

Supranationale Rechtsgüter haben daher die Aufgabe, solche Interessen zu schützen, die die Union in besonderem Maße betreffen. Dazu zählen im Wesentlichen die finanziellen Interessen der EU und der Schutz des EU-Haushalts und der Verwaltung. Geht man zurück zu den Anfängen der EU als Wirtschaftsunion, so lässt sich schnell begründen, dass die EU ein ureigenes Interesse an der Verwendung ihrer aus Steuern und Agrarabschöpfungen generierten Einnahmen und der zweckentsprechenden Verwendung von Subventionen hat.[23] Daneben können beispielsweise folgende Schutzgüter als „supranational“ eingeordnet werden: Die Unbestechlichkeit der EU-Beamten, die Wahrung des Dienstgeheimnisses, die europäische Rechtspflege und die Realisierung der Grundfreiheiten.[24]

IV. Perspektiven einer Erweiterung

In Anbetracht der schwierigen Umstände, die die Schaffung der EUStA begleiteten,[25] erscheint es fast schon anachronistisch nun über die Perspektiven einer Erweiterung nachzudenken. Dabei ist stets im Hinterkopf zu behalten, dass die EUStA grundsätzlich nicht als Universal-Strafverfolgungsbehörde konzipiert wurde, sondern laut AEUV und EUStA-VO als Spezialbehörde für Finanzdelikte.[26]

1. Verfahren zur Ausdehnung der Befugnisse

Die Rechtsgrundlage für eine Erweiterung findet sich in Artikel 86 Abs. 4 AEUV. Eine Ausweitung auf schwere grenzüberschreitende Kriminalität ist dabei ausdrücklich vorgesehen, wobei insbesondere die in Art. 83 Abs. 1 AEUV genannten Deliktsfelder gemeint sind. Derartige Kriminalitätsbereiche sind: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.

Die Zuständigkeit der EUStA kann über Art. 86 Abs. 1 und 2 AUEV hinaus im Wege einer vereinfachten Vertragsänderung erweitert werden. Erforderlich ist das einstimmige Fassen eines Beschlusses des Europäischen Rates nach Art. 86 Abs. 4 und AEUV und sodann das Zustandekommen einer entsprechenden Verordnung gem. Art. 86 Abs. 1 S. 2 AEUV, die von der Ausweitung der Befugnisse Gebrauch macht.

Bereits in der Vergangenheit intensiv diskutiert wurde, das Mandat der Europäischen Staatsanwaltschaft auf Grundlage von Art. 86 AEUV auf die Untersuchung und Verfolgung grenzüberschreitender terroristischer Straftaten auszuweiten.[27] Dies wird allerdings ganz überwiegend kritisch gesehen: Bedenken bestehen vor allem mit Blick auf die von Terrorismusdelikten geschützten, nationalen Rechtsgüter und dem Umstand, dass beide Deliktstypen nicht zwingend eine grenzüberschreitende Natur aufweisen.[28]

Aktuell dreht sich die Diskussion um die Erweiterung der Zuständigkeit der EUStA auf Verstöße gegen EU-Sanktionen: Zurückgehend auf eine deutsch-französische Initiative haben der französische Justizminister *Éric Dupond-Moretti* und der deutsche Justizminister *Marco Buschmann* dafür zuletzt sehr wortreich und politisch wirkungsvoll in einem Presseartikel geworben.[29]

2. Umrisse des Erweiterungsvorhabens auf Sanktionsverstöße

Die deutsch-französische Idee fußt auf dem Gedanken, dass Sanktionsverstöße nicht nur gemeinsam bestraft wer-

---

19 Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a der RL (EU) 2017/1371.

20 Näher dazu *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. (2021), Kap. 7 Rn. 30; vgl. auch *Weigend*, ZStW 1993, 774 (800 f.).

21 Vgl. *Nettesheim,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, 79. EL (2023), Art. 1 AEUV Rn. 65.

22 Vgl. Handlexikon der EU, Stichwort „Supranationalität“.

23 Vgl. *Weigend*, ZStW 1993, 774 (800 f.).

24 Vgl. die Aufzählung bei *Hecker*, Europäisches Strafrecht, Kap. 7 Rn. 31.

25 Zur Genese der EUStA vgl. *Dannecker,* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. (2018), Art. 86 Rn. 18.

26 So treffend *Meyer,* in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 3 Rn. 13.

27 COM (2018) 641 final, S. 1 ff.

28 Näher dazu: *Meyer,* in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 3 Rn. 22.

29 Le Monde v. 29.11.2022: „L’appel des ministres français et allemand de la justice: „Nous souhaitons l’extension de la compétence du parquet européen aux violations des sanctions prises par l’UE“, abrufbar unter: https://bit.ly/3Lr7vh0 (zuletzt abgerufen am 18.9.2023); Artikel bei LTO v. 29.11.2022 „Europäische Staatsanwaltschaft muss Strafverfolgung übernehmen“, abrufbar unter: https://bit.ly/3PIiNju (zuletzt abgerufen am 18.9.2023).

den sollten, sondern auch gemeinsam verfolgt werden. Auch die Europäische Kommission hat sich bereits verhalten positiv zu dieser Initiative geäußert.[30]

Freilich kann nicht außer Betracht gelassen werden, dass der Vorschlag zur Erweiterung der Kompetenzen in engem politischen Zusammenhang mit dem russischen Angriffskrieg auf die Ukraine zu sehen ist.

Unter dem Stichwort „Sanktionsverstöße" sind strafrechtlich relevante Verstöße gegen restriktive Maßnahmen zu verstehen, die die EU auf der Grundlage von Art. 21 Abs. 1, 23, 28 Abs. 1 EUV in Verbindung mit Artikel 215 AEUV verhängen kann, um auf internationaler Ebene Grundwerten wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte und Grundfreiheiten Geltung zu verschaffen. Im politischen Mittelpunkt stehen dabei die im Zusammenhang mit dem russischen Angriffskrieg auf die Ukraine und der bislang kontinuierlich angepassten Ratsverordnung (EU) Nr. 269/2014 gegen natürliche und juristische Personen sowie Gruppierungen und nichtstaatliche Einheiten verhängten restriktiven Maßnahmen.[31] Verordnungen wie diese gelten gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV in den Mitgliedstaaten unmittelbar. In Deutschland erfolgt die Umsetzung bisher im Wesentlichen nach den Bestimmungen des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung und wird durch die örtlich zuständigen Staatsanwaltschaften verfolgt.[32] Nun könnte diese Befugnis also auf die EUStA übergehen.

Durch Beschluss des Rates vom 28.11.2022 wurde der Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union als Kriminalitätsbereich im Sinne des Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV qualifiziert.[33] Damit ist ein erster wegweisender Schritt getan. Eine Erweiterung der Zuständigkeiten ist nach Art. 86 Abs. 4 AEUV erst nach entsprechender Harmonisierung des Kriminalitätsbereichs möglich.[34] Dazu wird auf europäischer Ebene der Richtlinienentwurf zur Definition von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union diskutiert.[35] Sofern eine solche Harmonisierung erfolgt ist, könnte – als letzter von drei Schritten - auch eine Kompetenzübertragung an die EUStA erfolgen.

3. Politische Erwägungen oder logische Fortentwicklung der Arbeit der Europäischen Staatsanwaltschaft?

Nachdem ein Blick auf die bisherigen Aufgaben der EUStA geworfen wurde, gilt es zu hinterfragen, ob eine Ausweitung der Kompetenzen mit dem bisherigen Schutz der finanziellen Interessen der Union vereinbar wäre und welche Vorteile und Risiken neue Befugnisse mit sich bringen würden.

Politisch wäre die Botschaft natürlich lautstark und eindeutig: „Ab jetzt ermittelt die EUStA, die Durchsetzung von Sanktionen ist nun noch europäischer, effektiver und koordinierter." Neben diesen Erwägungen gilt es aber, das Augenmerk auf die Vorteile und etwaigen Risiken einer Kompetenzerweiterung zu richten.

Abgesehen von den durchaus zweifelhaften Erfolgsaussichten einer solchen Kompetenzerweiterung, sollte sich diese an der Frage messen lassen, ob eine Strafverfolgung von Sanktionsverstößen durch die EUStA sinnvoll wäre. Ein erheblicher Vorteil, den die Ermittlungstätigkeit der EUStA bietet, ist die sich langsam einspielende grenzüberschreitende Zusammenarbeit.[36] Leitend ist dabei das sog. „single office concept" wonach einheitliche Entscheidungs- und Verfolgungsstrukturen gegeben sind, die einer national ermittelnden Staatsanwaltschaft überlegen sein können. Dies wird insbesondere dann deutlich, wenn sich strafrechtliche Sanktionen und insbesondere vermögensabschöpfende Maßnahmen nicht nur gegen natürliche oder juristische Personen aus einem europäischen Mitgliedsstaat richten, sondern sich eine juristische Person beispielsweise aus Gesellschaften zusammensetzt, die in mehreren europäischen Mitgliedsstaaten (die auch an der EUStA teilnehmen) tätig sind. Die EUStA könnte somit ihr Fachwissen im Bereich der Finanzkriminalität nutzen, um durch Untersuchung komplexer finanzieller Systeme die Umgehung von Sanktionen zu verhindern. Dabei sind insbesondere die Strukturen der EUStA gegenüber der herkömmlichen und oft langwierigen Rechtshilfe mit Territorialitätsschranken entscheidend im Vorteil.[37]

Betrachtet man hingegen den Rechtsgüterschutz, so würde die strafrechtliche Verfolgung von Sanktionsver-

---

30 EU-Justizkommissar *Reynders* antwortete auf eine parlamentarische Anfrage, dass effektive Strafverfolgung durch die EuStA für die Kommission eine hohe Priorität habe: „The effective functioning of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) is a high priority for the Commission. In the short-term, it is of utmost importance to provide the EPPO with the necessary means to deliver effectively on its current competence. At the same time, the Commission has started assessing what role the EPPO could play in the investigation and prosecution of violations of EU restrictive measures (sanctions)." Vgl. Parliamentary question - E-003966/2022(ASW).

31 ABl. L 78 v. 17.3.2014, S. 6 ff.

32 Zur Komplexität der EU-Sanktionen gegen Russland, vgl. *Schwendinger/Göcke*, EuZW 2022, 499 ff.

33 Beschl. (EU) 2022/2332 Des Rates v. 28. November 2022 über die Feststellung des Verstoßes gegen restriktive Maßnahmen der Union als einen die Kriterien nach Artikel 83 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllenden Kriminalitätsbereich, ABl. L 308 v. 29.11.2022, S. 18 ff.

34 Ausführlich zu der Konzeption der sachlichen Zuständigkeit vgl. *Strauch*, ZEuS 2021, 703 f.

35 Vgl. COM(2022) 684 final, S. 1 ff. Im Juni 2023 hat der Rat hat seine Verhandlungsposition (allgemeine Ausrichtung) für einen EU-Rechtsakt festgelegt, mit dem Straftatbestände und Sanktionen bei Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der EU eingeführt werden.

36 Vgl. dazu Art. 31 der EUStA-VO, zu den grenzüberschreitenden Maßnahmen ausführlich *Niedernhuber,* in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 7 Rn. 124 ff.

37 Vgl. näher zur Rechtshilfe *Ambos/Gronke,* in: Ambos/König/Rakow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. (2020), Kap. 1, Rn. 25 ff.

stößen nicht unmittelbar dem Schutz der finanziellen Interessen der Union zugutekommen. Damit würde sich die grundsätzliche Ausgestaltung der EUStA als Strafverfolgungsbehörde von EU-Finanzschutzdelikten ändern. Im Vergleich zu der Verfolgung der PIF-Delikte, wird durch eine Strafverfolgung durch die EUStA in Bezug auf Sanktionsverstöße eben kein Steuergeld der Europäischen Steuerzahler:innen zurückgeholt. Der Schritt zu einer solchen Kompetenzerweiterung betrifft daher die grundlegende Frage, ob ein Rollenwandel der EUStA von einer Spezial- zur Universalbehörde gewünscht ist.[38] Diese Frage ist daher nicht weniger als ein Paradigmenwechsel in der Landschaft des Europäischen Strafrechts, da sie im Kern die Abgabe nationaler Kompetenzen betrifft und der EUStA als europäische Strafverfolgungsbehörde erheblich mehr Gewicht geben würde.

Wenn auch nicht der Schutz der finanziellen Interessen bedient wird, könnte die Kompetenzerweiterung auf Sanktionsverstöße gleichwohl dem Schutz supranationaler Rechtgüter dienen: Die Verhängung restriktiver Maßnahmen soll gemeinsamen EU-Grundwerten, die in Artikel 2 des Vertrags von Lissabon und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union festgeschrieben sind, zur Geltung verhelfen. Dazu zählen auch Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Die Verordnung selbst nimmt in ihren Erwägungsgründen zwar keinen direkten Bezug auf den Schutz dieser Rechtgüter.[39] Es ist dennoch nicht von der Hand zu weisen, dass diese Erwägungen und gemeinsame europäischen Werte für die die Schaffung der Verordnung leitend waren.

Weitere praktische Erwägungen sind zu berücksichtigen: Die EUStA hat ihre operative Arbeit erst im Juni 2021 aufgenommen. Obwohl einige Ermittlungserfolge bereits vorzuweisen sind, handelt es sich noch um eine junge Behörde, bei der sich insbesondere die Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden noch einspielen muss.[40] Eine zu frühe Kompetenzerweiterung könnte die noch nicht final abgestimmten Prozesse gefährden und insgesamt die Ermittlungserfolge der EUStA gefährden.

V. Fazit

Die erforderliche Einstimmigkeit im Rat, bei er im Übrigen auch die Mitgliedstaaten stimmberechtigt sind, die nicht bei der EUStA teilnehmen, ist eine hohe Hürde. Abgesehen von den verfahrensrechtlichen Herausforderungen wurde jedoch gezeigt, dass die bei der EUStA gebündelten Kenntnisse und effektivere grenzüberschreitende Strafverfolgungsmöglichkeiten gerade bei der Verfolgung von Sanktionsverstößen in Zukunft einen Mehrwert bieten könnten. Davon abgesehen ist eine Kompetenzerweiterung der EUStA auf Sanktionsverstöße allerdings kritisch zu beurteilen:

Der Schutz der finanziellen Interessen der Union ist das bisherige Hauptaufgabengebiet der EUStA. Eine Ausweitung der Kompetenzen muss sich an der Frage messen lassen, ob diese Aufgabe den Charakter der Behörde gänzlich ändern würde. Dies ist im Ergebnis zu bejahen. Zwar kann dem Anliegen der Verfolgung von Sanktionsverstößen ein übergeordnet europäisches Interesse nicht abgesprochen werden, eine Subsumtion unter das Rechtsgut der finanziellen Interessen der Union bzw. präzise andere EU-Rechtsgüter gelingt nicht ohne Friktionen. Eine Kompetenzerweiterung auf Sanktionsverstöße würde den Anstoß für eine Ausgestaltung als Universal-Strafverfolgungsbehörde geben. Ob dieser Schritt – unter möglicher Abgabe weiterer originärer mitgliedstaatlicher Kompetenzen im Strafrecht – gegangen werden sollte, muss in Politik, Wissenschaft und Praxis weiterhin aufmerksam diskutiert werden.

[38] Ebenfalls kritisch dazu *Meyer,* in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 3 Rn. 22.

[39] Vgl. Ratsverordnung (EU) Nr. 269/2014; ABl. L 78 v. 17.3.2014, S. 6 ff.

[40] Vgl. *Ritter*, in: Niedernhuber, Die neue Europäische Staatsanwaltschaft, 2023, S. 15 ff.

ENTSCHEIDUNGEN

BGH nimmt erstmalig zum Straftatbestand des Völkermordes gem. § 6 VStGB Stellung

BGH, Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22

1. Schwere körperliche oder seelische Schäden im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB und des § 7 Abs. 1 Nr. 8 VStGB sind solche, die eine gravierende und langanhaltende Beeinträchtigung der Fähigkeit des Mitglieds der geschützten Gruppe zur Folge haben, ein normales und konstruktives Leben zu führen.

2. Ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit kann einen Individualgüter schützenden Tatbestand des allgemeinen Strafrechts konkurrenzrechtlich verdrängen.

3. Die im Katalog des § 7 Abs. 1 VStGB angeführten Begehungsweisen sind rechtlich nicht lediglich als unselbständige Tatmodalitäten eines Tatbestandes, sondern als eigene Tatbestände zu werten. Werden sie durch eine Handlung verwirklicht, stehen sie grundsätzlich im Verhältnis ungleichartiger Tateinheit zueinander.

[…]

B.

9 I. Die Verfahrensrügen versagen aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts dargelegten Gründen.

10 II. Die auf die Sachbeschwerde veranlasste umfassende materiellrechtliche Überprüfung des Urteils führt lediglich zur Änderung des Schuldspruchs. Auf der Grundlage der vom Oberlandesgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ist der Angeklagte schuldig des Völkermordes in Tateinheit mit den Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Versklavung, Folter, Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden und Freiheitsentziehung jeweils mit Todesfolge sowie mit dem Kriegsverbrechen gegen Personen durch Folter mit Todesfolge, nicht dagegen der Beihilfe zu dem Kriegsverbrechen gegen Personen durch Vertreibung in zwei tateinheitlichen Fällen sowie der Körperverletzung mit Todesfolge. Im Übrigen weist das Urteil keinen den Angeklagten benachteiligenden Rechtsfehler auf. Der Strafausspruch bleibt von der Schuldspruchänderung unberührt.

11 1. Die Verurteilung des Angeklagten wegen Völkermordes nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB, Verbrechen gegen die Menschlichkeit mit Todesfolge nach § 7 Abs. 1 Nr. 3, 5, 8 und 9 jeweils i.V.m. Abs. 3 VStGB und eines Kriegsverbrechens gegen Personen mit Todesfolge nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 4 Satz 1 VStGB hält – mit Ausnahme der konkurrenzrechtlichen Beurteilung (dazu unten 3.) – der Nachprüfung stand. Der näheren Erörterung bedürfen insoweit nur die mit der Zufügung schwerer körperlicher und seelischer Schäden begründete Strafbarkeit gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB und § 7 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 VStGB.

12 a) Der Angeklagte ist des Völkermordes schuldig. Zwar verwirklichte er nicht die Tatbestandsvariante des § 6 Abs. 1 Nr. 1 VStGB, da nach den vom *OLG* getroffenen Feststellungen Re. s Tötung nicht gemäß § 2 VStGB, § 15 StGB vom Vorsatz des Angeklagten umfasst war (vgl. *Kreß*, in: MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. [2022], § 6 VStGB Rn. 70; *Weigend/Kuhli*, in: MüKo-StGB, § 2 VStGB Rn. 8), jedoch diejenige des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB. Diese Tatmodalität liegt vor, wenn der Täter einem Mitglied der nationalen, rassischen, religiösen oder ethnischen Gruppe, die er als solche ganz oder teilweise zu zerstören beabsichtigt, schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 StGB bezeichneten Art, zufügt. Nach den Urteilsfeststellungen sind diese Voraussetzungen erfüllt.

13 aa) Der Angeklagte handelte mit der notwendigen eigenen Völkermordabsicht.

14 Die unter § 6 Abs. 1 VStGB fallenden einzelnen objektiven Tatmodalitäten erhalten ihren besonderen Unrechtsgehalt als Völkermord erst durch die von dieser Vorschrift vorausgesetzte Absicht, eine der geschützten Gruppen als solche ganz oder teilweise zu zerstören (zu § 220a StGB a.F. s. *BGH*, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98, BGHSt 45, 64 [86]). Der erstrebte Erfolg muss durch die entsprechende Täterabsicht im Subjektiven gleichsam als überschießende Innentendenz vorweg erfasst werden (zu § 220a StGB a.F. s. *BGH*, Urt. v. 21.2.2001 – 3 StR 372/00, BGHSt 46, 292 [295]). Dieses subjektive Unrechtsmerkmal setzt voraus, dass es dem Täter selbst im Sinne eines zielgerichteten Wollens auf die vollständige oder teilweise Zerstörung der Gruppe zumindest in ihrer sozialen Existenz ankommt (s. *BGH*, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, BGHR, VStGB § 6 Absicht 1 Rn. 13; zu § 220a StGB a.F. *BGH*, Beschl. v. 21.2.2001 – 3 StR 244/00, BGHR StGB § 220a Absicht 1; ferner *BGH*, Beschl. v. 29.8.1996 – AK 30/96, BGHR, StGB § 220a Tatverdacht 2). Ausreichend ist, wenn der von ihm erstrebte Erfolg sein Zwischenziel bildet; die Zerstörung muss für ihn weder Endziel noch Triebfeder, Beweggrund oder Motiv sein (s. *BGH*, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, BGHR, VStGB § 6 Absicht 1 Rn. 16).

15 Das *OLG* hat seiner Entscheidung diese rechtlichen Maßstäbe zugrunde gelegt. Es hat im Einzelnen festgestellt und belegt, dass der Angeklagte bei den vom ihm gegen die Nebenklägerin und deren Tochter vorgenommenen Handlungen seinerseits im Sinne der IS-Ideologie zielgerichtet die abgrenzbare religiöse Gruppe der Jesiden als solche – die jesidische Religion, das Jesidentum sowie seine Angehörigen – vernichten wollte und sich dieser Wille „motivational als prägend" darstellte. Wie ausgeführt, ist unschädlich, dass es sich dabei nach den Urteilsfeststellungen nur um ein Zwischenziel des Angeklagten handelte und er im Sinne der IS-Ideologie das Endziel verfolgte, ein islamisches Kalifat zu errichten, in dem „Abtrünnigen" – wie Jesiden – anders als „Schriftbesitzern" – wie Juden und Christen – prinzipiell kein Existenzrecht zustehen sollte.

16 bb) Der Angeklagte fügte jeweils wissentlich und willentlich der Fünfjährigen zumindest schwere körperliche und der Nebenklägerin jedenfalls schwere seelische Schäden zu.

17 (1) Unter bei dem Mitglied der geschützten Gruppe eingetretenen schweren Schäden im Sinne der Tatmodalität des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB sind solche zu verstehen, die eine gravierende und langanhaltende Beeinträchtigung der Fähigkeit dieses Menschen zur Folge haben, ein normales und konstruktives Leben zu führen („that results in a grave and long-term disadvantage to a person's ability to lead a normal and constructive life" [*JStGH*, Urt. v. 2.8.2001 – IT-98-33-T – Krstic, Rn. 513; v. 8.4.2015 – IT-05-88/2-A – Tolimir, Rn. 201 f., 215; v. 24. März 2016 – IT-95-5/18-T – Karadzic, Rn. 543]). Physische oder psychische Verletzungsfolgen der in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten Art sind nicht erforderlich; allerdings gibt die Bezugnahme auf den Tatbestand der schweren Körperverletzung einen Hinweis auf das notwendige Gewicht der durch die Verletzungshandlung verursachten körperlichen oder gesundheitlichen Nachteile. Diesem Verständnis liegen folgende Erwägungen zugrunde:

18 (a) Die Vorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB entspricht weitgehend der bis zum 29. Juni 2022 gültigen Vorgängerregelung des § 220a Abs. 1 Nr. 2 StGB. Der Gesetzeswortlaut wurde lediglich – klarstellend (vgl. zu § 220a Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. *BGH*, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98, BGHSt 45, 64 [70]; ferner *Gropengießer/Kreicker,* in: Eser/Kreicker, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 1 [2003], S. 99, 101; *Kreß,* in: MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. [2022], § 6 VStGB Rn. 49, 52) – insoweit geändert, als der Plural „Mitgliedern" durch den Singular „einem Mitglied" ersetzt wurde.

19 § 220a StGB war durch das Gesetz vom 9. August 1954 (BGBl. II, S. 729) über den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu der Konvention vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes (BGBl. II 1954, S. 730 ff.) in das Strafgesetzbuch eingefügt worden. Dabei hatte sich der Gesetzgeber bewusst für eine grundsätzlich enge Anlehnung des Wortlauts der neu geschaffenen Regelung an Art. II der Völkermordkonvention entschieden, in dem die objektiven und subjektiven Merkmale des völkerstrafrechtlichen Verbrechens des Genozids tatbestandlich umschrieben sind (vgl. *BGH,* Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98, BGHSt 45, 64 [79] m.w.N.; *Kreß*, in: MüKoStGB, § 6 VStGB Rn. 26, 28). Diese völkerrechtliche Vertragsnorm benennt als eine der erfassten Handlungen, „die in der Absicht begangen wird, eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören", – unter (b) – die „Verursachung von schwerem körperlichem oder seelischem Schaden an Mitgliedern der Gruppe".

20 Allerdings hatte der Regierungsentwurf vom 23. Dezember 1953 zum Gesetz über den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Völkermordkonvention für die zweite Tatmodalität in Absatz 1 des geplanten § 220a StGB noch den Wortlaut vorgesehen: „Mitgliedern der Gruppe Körperschäden der in § 224 (StGB a.F.) bezeichneten Art zufügt". Die Angleichung an die damalige Strafvorschrift über die schwere Körperverletzung hatte das Ziel verfolgt, den Tatbestand des Völkermordes möglichst präzise zu fassen und eine einheitliche Auslegung schwerer Verletzungsfolgen im Strafgesetzbuch zu gewährleisten (BT-Drs. II/162, S. 2, 4). Erst aufgrund der Beratung des Bundestagsausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht am 3. Mai 1954 hatte die zweite Tatmodalität des § 220a Abs. 1 StGB die Fassung erhalten, die der aktuell gültigen Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB entspricht. Der Grund hierfür war, dass nach Ansicht der Sitzungsteilnehmer der Tatbestand der schweren Körperverletzung (allein) die schweren seelischen Schäden nicht vollständig abdeckte. Deshalb bezogen die Ausschussmitglieder – entgegen dem Wortlaut des einstimmig gebilligten Gesetzesvorschlags – den Zusatz „insbesondere" ausschließlich auf die psychischen Beeinträchtigungen (vgl. Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, 16. Ausschuß, Protokoll Nr. 13 [13. Sitzung am 3. Mai 1954], S. 12 f.; *Kreß*, in: MüKo-StGB, § 6 VStGB Rn. 50 f.).

21 Ob sich aus dieser Gesetzgebungsgeschichte Folgen für die Auslegung der schweren körperlichen und seelischen Schäden im Sinne des § 220a Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. ergeben, kann indes dahingestellt bleiben. Ebenso wenig von Bedeutung ist, ob dem zu Straftaten des Völkermordes im ehemaligen Jugoslawien ergangenen Urteil des Senats vom 20. April 1999 (3 StR 215/98, BGHSt 45, 64) ein einheitliches Verständnis der tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift und des § 224 Abs. 1 StGB a.F. entnommen werden könnte (vgl. a.a.O., S. 84).

22 (b) Denn jedenfalls seitdem § 220a StGB a.F. durch § 6 VStGB ersetzt wurde, ist eine den Gesetzeswortlaut einschränkende Interpretation nicht mehr zu rechtfertigen. Eine Auslegung, nach der schwere (körperliche) Schäden im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 2 nur vorliegen, wenn es sich um Verletzungsfolgen der in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten Art handelt, liefe dem Willen des Gesetzgebers bei Einführung des Völkerstrafgesetzbuches zuwider.

23 Mit diesem weitgehend eigenständigen Regelungswerk sollten die Strafvorschriften des Römischen Statuts des *Internationalen Strafgerichtshofs* (IStGH-Statut) umgesetzt werden. Hierdurch sollte sichergestellt werden, dass

die Bundesrepublik Deutschland stets in der Lage ist, die in die Zuständigkeit des *Internationalen Strafgerichtshofs* (*IStGH*) fallenden Verbrechen selbst zu verfolgen. In der Orientierung an den Strafvorschriften des IStGH-Statuts einschließlich der dazu formulierten sog. Verbrechenselemente („elements of crimes") sah der Gesetzgeber einen wesentlichen Schritt zur Umsetzung gesicherten Völkergewohnheitsrechts in nationales Recht; denn er betrachtete den gewohnheitsrechtlich verfestigten Bestand des Völkerstrafrechts im Wesentlichen als im IStGH-Statut festgeschrieben. Deshalb wollte er einen Gleichlauf der deutschen Rechtslage mit dem IStGH-Statut, seinen Verbrechenselementen und seiner Auslegung durch den *IStGH* unter Berücksichtigung der Rechtsprechung anderer internationaler Strafgerichte herbeiführen (vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 12 f.; *BGH*, Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17, BGHSt 62, 272 Rn. 19; *Werle/Epik*, JZ 2018, 261 [262]; a.A. *Berster*, ZIS 2017, 264 [265]).

24 Für die mit Art. 6 Buchst. b IStGH-Statut inhaltsgleiche Regelung des Art. 4 Nr. 2 Buchst. b des Statuts des *Internationalen Strafgerichtshofs* für das ehemalige Jugoslawien (JStGH-Statut) ist anerkannt, dass körperliche und seelische Schäden als schwer einzustufen sind, wenn sie eine gravierende und langanhaltende Beeinträchtigung der Fähigkeit der geschädigten Person zur Folge haben, ein normales und konstruktives Leben zu führen („that results in a grave and long-term disadvantage to a person's ability to lead a normal and constructive life" [*JStGH*, Urt. v. 2.8.2001 – IT-98-33-T – Krstic, Rn. 513; v. 8.4.2015 – IT-05-88/2-A – Tolimir, Rn. 201 f., 215; v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T – Karadzic, Rn. 543]). Ähnlich ist dies für den ebenfalls gleichlautenden Art. 2 Nr. 2 Buchst. b des Statuts des *Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda* (RStGH-Statut) entschieden (vgl. *RStGH*, Urt. v. 12.9.2006 – ICTR-00-55A-T – Muvunyi, Rn. 487). Ein bloß vorübergehender gesundheitlicher Nachteil genügt danach nicht, wenngleich er nicht dauerhaft oder irreversibel sein muss (so *RStGH,* Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T – Akayesu, Rn. 502; v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T – Kayishema et al., Rn. 110; v. 12.3.2008 – ICTR-01-66-A – Seromba, Rn. 46; zum Ganzen *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. [2020], Rn. 897 m.w.N.).

25 Die Übernahme dieser Definition aus dem internationalen Völkerstrafrecht für die Tatbestandsvariante des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB erweist sich nach der mit der Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs verbundenen gesetzgeberischen Intention als sachgerecht (ebenso *Kreß*, in: MüKo-StGB, § 6 VStGB Rn. 50). Für ein solches gegenüber § 226 Abs. 1 StGB weiteres Verständnis dieser Tatmodalität spricht zudem, dass die Tatbestandsvariante des Art. 6 Buchst. b IStGH-Statut in einer Fußnote der Verbrechenselemente dahin erläutert wird, dass das Zufügen schwerer körperlicher und seelischer Schäden eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung („inhuman or degrading treatment") einschließen kann. Die Verbrechenselemente sind zwar nicht rechtsverbindlich, dienen aber nach Art. 9 Abs. 1 S. 1 IStGH-Statut zur Auslegung der in Art. 6, 7, 8 und 8bis IStGH-Statut normierten Straftaten (vgl. dazu *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 235 ff.). Sie können auch im deutschen Recht als Anwendungshilfen herangezogen werden (vgl. *BGH*, Beschl. v. 8.9.2016 – StB 27/16, BGHR, VStGB § 8 Abs. 1 Nr. 9 Zu schützende Person 1 Rn. 2; *Werle/Epik*, JZ 2018, 261, [262]; kritisch *Ambos*, NJW 2017, 3672).

26 (2) Das *OLG* hat seiner rechtlichen Würdigung das dargelegte Verständnis der Merkmale des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB zugrunde gelegt und zutreffend angenommen, dass der Angeklagte vorsätzlich handelnd schwere körperliche Schäden bei Re. und schwere seelische Schäden bei der Nebenklägerin verursachte.

27 Die physischen Beeinträchtigungen der fünfjährigen Tochter der Nebenklägerin waren Folge fortgesetzter Züchtigungen über mehrere Wochen hinweg, indem der Angeklagte ihr unter anderem täglich Schläge versetzte. Die Tätlichkeiten waren mitunter derart massiv, dass das Mädchen einige Tage das Bett hüten musste. Zuletzt setzte der Angeklagte die Fünfjährige in der Mittagshitze gefesselt mit den Armen rechts und links in Kopfhöhe direkter Sonneneinstrahlung aus, was – ungeachtet des nicht vorsätzlich verursachten Todes – sehr ernste Folgen für ihre Gesundheit hatte. Hinzu kam, dass er dem in der körperlichen Entwicklung begriffenen Kind zu wenig Nahrung zuteilte und es somit fortwährend hungern ließ. Die Beeinträchtigungen waren nicht bloß vorübergehender Natur, vielmehr auf unbestimmte Dauer angelegt und hielten bereits eine ganz erhebliche Zeitspanne an.

28 Die psychischen Beeinträchtigungen der Nebenklägerin selbst wurden nicht nur durch ihre eigenen vom Angeklagten über mehrere Wochen hinweg diktierten – von Gewalt, Freiheitsentzug, Arbeits-, Gebetszwang, Mangel und Angst gekennzeichneten – Lebensbedingungen verursacht, sondern insbesondere dadurch, dass sie das Leiden ihrer Tochter ertragen musste, ohne dem Einhalt gebieten zu können. So nässte die Nebenklägerin bei einer Gelegenheit nach gegen das Mädchen und sie gerichteten Schlägen ein. Bei einer anderen Gelegenheit drohte der Angeklagte mit dem Tod des Kindes. Nachdem es den Hitzschlag erlitten hatte, versagte er der Mutter, es in das Krankenhaus zu begleiten. Über den Verbleib des Leichnams ließ er sie im Ungewissen. Die Nebenklägerin bedarf noch heute psychologischer Betreuung.

29 Nach alledem sind die vom Vorsatz des Angeklagten umfassten bei Re. hervorgerufenen körperlichen und bei der Nebenklägerin entstandenen seelischen Schäden als schwer einzustufen, weil sie, wie er wusste, beider Fähigkeit, ein normales und konstruktives Leben zu führen, gravierend und langanhaltend beeinträchtigten. In Übereinstimmung mit dem *OLG* ist der Schweregrad zudem als mit den Auswirkungen von Verletzungsfolgen im Sinne des § 226 Abs. 1 StGB vergleichbar zu werten.

30 cc) Es spricht vieles dafür, dass die Tatbestandsvariante des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB neben der Völkermordabsicht ein Element der objektiven Eignung zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolgs enthält. Ein derartiges ungeschriebenes Merkmal wäre dahin zu definieren, dass das

schadensverursachende Handeln des Täters entweder geeignet ist, die vollständige oder teilweise Zerstörung der Gruppe als solche zu bewirken, oder im Zusammenhang mit einem deutlich erkennbaren Muster ähnlicher gegen die Gruppe gerichteter Handlungen anderer steht und sich das Gesamtvorgehen zu dieser Zerstörung eignet. Ob es dieser einschränkenden Interpretation des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB bedarf, kann hier letztlich dahinstehen. Denn zum einen werden diese Voraussetzungen in der zweiten Alternative durch die Urteilsfeststellungen belegt; zum anderen sind an ein solches objektives Element jedenfalls keine weitergehenden Anforderungen zu stellen. Im Einzelnen:

31 (1) Das Erfordernis der tatsächlichen Eignung zur Erfolgsherbeiführung kann den Verbrechenselementen zu Art. 6 IStGH-Statut entnommen werden, zumal die Begründung des von der Bundesregierung vorgelegten Entwurfs des Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches hinsichtlich des Tatbestands des § 6 VStGB ausdrücklich auf diese Regelungen Bezug nimmt (s. BT-Drs. 14/8524, S. 19).

32 Nach Ziffer 4 der Verbrechenselemente zu Art. 6 Buchst. b IStGH-Statut ist Bestandteil des Völkermordes durch Verursachung von schwerem körperlichem oder seelischem Schaden, dass das zu beurteilende Verhalten im Zusammenhang mit einem deutlich erkennbaren Muster ähnlicher gegen die Gruppe gerichteter Verhaltensweisen stand oder seinerseits ihre – an anderer Stelle näher bestimmte – Zerstörung bewirken konnte („took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or ... could itself effect such destruction"). Dies legt es nahe, dass die internationale Strafvorschrift nicht zur Anwendung kommen soll, wenn das Handeln des Täters sowohl für sich gesehen als auch in Verbindung mit gleichgelagerten Handlungen anderer von vorneherein ungeeignet ist, den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen.

33 (2) Dass das Verbrechen des Genozids ein ungeschriebenes Merkmal betreffend das objektive Verhältnis der Zufügung schwerer Schäden zur beabsichtigten (Teil-)Zerstörung der Gruppe umfasst, steht in Einklang mit der Rechtsprechung des *Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (JStGH), des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda (RStGH) und des Internationalen Gerichtshofs (IGH).*

34 Der *JStGH* und der *RStGH* haben ein derartiges Erfordernis grundsätzlich anerkannt. In den einzelnen Judikaten ist es allerdings nicht einheitlich definiert. So wird einerseits die notwendige Qualität der verursachten Schäden – ähnlich einem Urteil des *IGH* vom 3.2.2015 (Kroatien v. Serbien, I.C.J. Reports 2015, S. 3 Rn. 157) – dahin beschrieben, dass sie zur Zerstörung der Gruppe oder eines Teils von ihr beitragen oder beizutragen vermögen („to contribute or tend to contribute to the destruction of the group or part thereof" [JStGH, Urt. v. 27.9.2006 – IT-00-39-T - Krajsnik, Rn. 862; v. 12.12.2012 – IT-05-88/2-T – Tolimir, Rn. 738; vgl. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 897]). Andererseits findet sich die – auf Arbeiten der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen zurückgehende (Yearbook of the International Law Commission 1996, Volume II, Part 2 [YILC 1996 II-2], S. 46 Nr. 14) – Formulierung, die den Mitgliedern zugefügten Schäden müssten so schwerwiegend sein, dass die Zerstörung der Gruppe als ganze oder in einem Teil droht („of such a serious nature as to threaten its destruction in whole or in part", *RStGH*, Urt. v. 12.3.2008 – ICTR-01-66-A – Seromba, Rn. 46; v. 20.12.2012 ICTR-99-54-T – Ngirabatware, Rn. 1326; nahezu identisch *JStGH*, Urt. v. 8.4.2015 – IT-05-88/2-A – Tolimir, Rn. 212; vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. [2018], § 7 Rn. 132 m.w.N.; ablehnend *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Volume II, 2014, S. 12).

35 Die Definition in den erstgenannten Entscheidungen kommt dem hier zugrunde gelegten Element der objektiven Eignung zur Erfolgsherbeiführung jedenfalls nahe. Dabei weist der Wortlaut („to contribute or tend to contribute") darauf hin, dass das Täterverhalten nicht allein maßgebend, vielmehr nach den Umständen des Falls im Kontext mit gleichgerichteten Handlungen anderer zu bewerten ist.

36 Die letztgenannten Entscheidungen können zwar dahin verstanden werden, dass sie auf die Gefahr des Erfolgseintritts („to threaten") abstellen (so Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 132). Ein solches Kriterium stimmte indes im Wesentlichen mit dem Element der Eignung überein. Denn ist ein Geschehen zur Erfolgsherbeiführung geeignet, wird, wenn es tatsächlich stattgefunden hat, regelmäßig auch ein entsprechendes Risiko bestehen. Dahinstehen kann, ob der betreffenden von den internationalen Strafgerichten gewählten Formulierung ein Verständnis zugrunde liegt, wonach es im Rahmen der Beurteilung einer solchen Zerstörungsgefahr lediglich auf das isoliert zu betrachtende Verhalten des Täters ankommen soll. Aus ihnen ergibt sich eine derartige Auslegung des JStGH- und des RStGH-Statuts nicht ohne Weiteres. Jedenfalls wäre sie für die Tatbestandsvariante des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB nicht maßgebend (ebenso *Kreß*, in: MüKo-StGB, § 6 VStGB Rn. 50).

37 (3) Das der Nebenklägerin und Re. schwere Schäden zufügende Handeln des Angeklagten war in Verbindung mit gleichgelagerten Handlungen anderer IS-Mitglieder geeignet, die religiöse Gruppe der Kurden jesidischen Glaubens zu vernichten.

38 Nach den Urteilsfeststellungen fügte sich die Tat des Angeklagten in das zentral geplante Vorgehen gegen die in der Sindschar-Region lebenden Jesiden ein. Denn auch die Nebenklägerin und deren Tochter waren bei dem militärischen Angriff gefangengenommen und in der Folgezeit als Sklavinnen verkauft worden. Ihre Versklavung durch den Angeklagten war Grundlage der von ihm vorgenommenen physischen wie psychischen Misshandlungen und Teil des Gesamtgechehens, das durch die Masse der von einem unbedingten Vernichtungswillen getragenen ähnlichen Verhaltensweisen geprägt war. Gerade die organisierte, zumal mit religiöser Umerziehung verbundene, Versklavung von Frauen und Mädchen diente der

Vernichtung der religiösen Minderheit der Jesiden zur Errichtung eines islamischen Kalifats. Insgesamt war das Vorgehen zur Herbeiführung des Erfolgs – der (Teil-)Zerstörung dieser Gruppe als solcher – geeignet.

39 b) Der Angeklagte ist eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit durch Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden mit Todesfolge (§ 7 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 VStGB) schuldig.

40 Da der Angeklagte auf der Grundlage der vom *OLG* getroffenen Feststellungen vorsätzlich der Tochter der Nebenklägerin zumindest schwere körperliche und dieser selbst jedenfalls schwere seelische Schäden zufügte, verwirklichte er aus dem Katalog der Einzeltaten in § 7 Abs. 1 VStGB den Tatbestand der Nummer 8. Der Gesetzgeber griff insoweit bewusst die Fassung der Tatmodalität des Völkermordes nach § 220a Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. bzw. § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB auf (s. BT-Drs. 14/8524, S. 22; *Gropengießer/Kreicker,* in: Eser/Kreicker, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 1, 2003, S. 137 f.). Somit ist für dieses Menschlichkeitsverbrechen ebenfalls ausreichend, aber auch erforderlich, dass die beim Verletzten verursachten Schäden eine gravierende und langanhaltende Beeinträchtigung seiner Fähigkeit zur Folge haben, ein normales und konstruktives Leben zu führen (vgl. *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, § 7 VStGB Rn. 99 [Verweis auf § 226 StGB nur beispielhaft], 102).

41 Keiner näheren Darlegung bedarf, dass der IS gegen die in der Sindschar-Region lebende jesidische Zivilbevölkerung einen ausgedehnten und systematischen Angriff führte (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157 Rn. 24 ff.; v. 9.2.2021 – AK 5/21, juris Rn. 32 f. m.w.N.), das Handeln des Angeklagten funktional in diese Gesamttat eingebunden war (vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.10.2021 – AK 43/21, juris Rn. 24 m.w.N.) und für ihn vorhersehbar Re. s Tod zur Folge hatte.

42 2. Die Verurteilung wegen Beihilfe zu dem Kriegsverbrechen gegen Personen durch Vertreibung in zwei tateinheitlichen Fällen (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB, § 27 Abs. 1, § 52 StGB) und wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 223 Abs. 1, § 227 Abs. 1 StGB) hat hingegen zu entfallen.

43 a) Der Angeklagte leistete keine – sukzessive – Beihilfe zu dem Kriegsverbrechen gegen Personen durch Vertreibung im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB, das IS-Mitglieder zum Nachteil der Nebenklägerin und deren Tochter oder zum Nachteil der Jesiden im Allgemeinen begingen.

44 aa) Zwar verwirklichten Angehörige der terroristischen Vereinigung rechtswidrig den Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB. Hiernach macht sich strafbar, wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person (§ 8 Abs. 6 VStGB), die sich rechtmäßig in einem Gebiet aufhält, vertreibt oder zwangsweise überführt, indem er sie unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts durch Ausweisung oder andere Zwangsmaßnahmen in einen anderen Staat oder in ein anderes Gebiet verbringt.

45 (1) Die Strafvorschrift beruht auf den Regelungen des Art. 8 Abs. 2 Buchst. a (vii) IStGH-Statut für den internationalen Konflikt und des Art. 8 Abs. 2 Buchst. e (viii) IStGH-Statut für den nichtinternationalen Konflikt, die der Gesetzgeber unter Beibehaltung ihres sachlichen Gehalts zusammenfasste (s. BT-Drs. 14/8524, S. 27). Letztgenannte Rechtsnorm ist aus Art. 17 Abs. 1 S. 1 des II. Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nichtinternationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977 (BGBl. II 1990, S. 1637; nachfolgend: ZP II) abgeleitet. Hiernach darf die Verlegung der Zivilbevölkerung nicht aus Gründen im Zusammenhang mit einem solchen Konflikt angeordnet werden, sofern dies nicht im Hinblick auf die Sicherheit der betreffenden Bevölkerung oder aus zwingenden militärischen Gründen geboten ist. Die Regelung ist an den Rechtsgedanken des – für den internationalen bewaffneten Konflikt geltenden – Art. 49 Abs. 1 und 2 des IV. Genfer Abkommens vom 12. August 1949 zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (BGBl. II 1954, S. 917; fortan: GK IV) angelehnt (s. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1343). § 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB stellt allerdings nicht die Anordnung der Verlegung, sondern diese selbst unter Strafe; dabei genügt es, wenn sie auch nur eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person betrifft (s. BT-Drs. 14/8524, S. 27; *Geiß/Zimmermann*, in: MüKo-StGB, § 8 VStGB Rn. 170, 172; zur Beschränkung des Tatbestands auf Zivilisten in Übereinstimmung mit Art. 147 GK IV vgl. *Gropengießer/Kreicker,* in: Eser/Kreicker, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 1, 2003, S. 172).

46 Als Tathandlung erfasst § 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB mit dem Vertreiben und dem zwangsweisen Überführen jede Form des gegen den freien Willen erzwungenen tatsächlichen Verbringens von dem rechtmäßigen Aufenthaltsort an einen anderen (s. BT-Drs. 14/8524, S. 20, 27; *Geiß/Zimmermann*, in: MüKo-StGB, § 8 VStGB Rn. 173 f.), im Fall des Vertreibens außerhalb des Staatsgebiets, im Fall des Überführens innerhalb desselben (zum internationalen Recht s. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1343). Beide Alternativen erfordern ein Handeln unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG (vgl. Geiß/Zimmermann, in: MüKo-StGB, a.a.O., Rn. 26, 177).

47 (2) Das Verhalten der IS-Mitglieder bei dem Angriff gegen die in der Sindschar-Region ansässigen Jesiden erfüllt die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB.

48 Nach den Urteilsfeststellungen verschleppte der IS planmäßig jesidische Frauen und Kinder. Unter Androhung von Waffengewalt verbrachte er sie zunächst über Sammelstellen in nicht weit entfernte Gruppenunterkünfte. Sodann verteilte er sie unter Anwendung von Zwang in die von ihm besetzten Gebiete, vorzugsweise nach M. und

R. Dabei wurden Frauen und ältere Mädchen bereits direkt von diesen Unterkünften aus als Haushalts- und Sexsklavinnen“ vermarktet“; daneben wurden sie über zentrale Sklavenmärkte und Online-Auktionen vermittelt, später überdies privat „gehandelt“. Auch die Nebenklägerin und ihre Tochter Re. waren am 3. August 2014 von IS-Kämpfern in der Sindschar-Region nahe ihrer Heimatstadt gefangengenommen worden. Sie waren von Vereinigungsmitgliedern über verschiedene Aufenthaltsstationen im Irak zwangsweise nach R. verbracht worden. Dort wurden sie mehrfach als Sklavinnen ver- und gekauft, bevor sie schließlich zum Angeklagten kamen.

49 Bei den jesidischen Zivilisten handelte es sich um nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Personen im Sinne des § 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB (zu den Voraussetzungen s. *BGH*, Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, BGHSt 64, 10 Rn. 78 ff., 84 ff.; Beschl. v. 4.4.2019 – AK 12/19, NStZ-RR 2019, 229 [231]). Das zwangsweise Verbringen dieser Menschen in andere Gebiete stand im notwendigen funktionalen Zusammenhang mit dem damals im Irak herrschenden nichtinternationalen bewaffneten Konflikt (vgl. *BGH*, Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17, BGHSt 62, 272 Rn. 55 m.w.N.; Beschl. v. 17.10.2019 – AK 56/19, juris Rn. 38). Dabei verstieß das Handeln der tatausführenden IS-Mitglieder, für das kein legitimer sachlicher Grund bestand, gegen eine in den Vorschriften des GK IV und des ZP II zum Ausdruck kommende allgemeine Regel des Völkerrechts (vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 21, 27; *Geiß/Zimmermann*, in: MüKo-StGB, § 8 VStGB Rn. 179 m.w.N.).

50 bb) Das *OLG* hat jedoch keine Feststellungen getroffen, welche seine Wertung tragen, dass der Angeklagte zu diesem Haupttatgeschehen im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB Hilfe leistete.

51 (1) Indem der Angeklagte die Nebenklägerin und Re. aus Syrien in den Irak nach F. verbrachte, nahm er keinen tauglichen Gehilfenbeitrag durch ein Vertiefen deren Vertreibung vor.

52 Eine sukzessive Beihilfe durch Förderung der Haupttat nach deren Vollendung, aber vor ihrer materiellen Beendigung (vgl. *BGH*, Urt. v. 24.6.1952 – 1 StR 316/51, BGHSt 3, 40 [43 f.]; Beschl. v. 5.5.2021 – 3 StR 465/20, NStZ-RR 2021, 374 m.w.N.) liegt hier nicht vor. Die Vertreibung der Nebenklägerin und deren Tochter war abgeschlossen, nachdem die IS-Mitglieder sie aus der Sindschar-Region im Irak über die Staatsgrenze hinweg nach Syrien verschleppt hatten. Dass der Angeklagte sie von dort auf irakisches Staatsgebiet zurückführte, vermag die Tathandlung oder den Taterfolg nicht zu vertiefen. Das gilt umso mehr, als F. vom Ort der Gefangennahme nicht erheblich weiter als R. entfernt liegt und nicht dargetan oder sonst ersichtlich ist, dass sich die zwei Jesidinnen rechtmäßig auf syrischem Staatsgebiet aufhielten.

53 (2) Weder mit diesen oder weiteren gegen die Nebenklägerin und Re. gerichteten Handlungen noch darüber hinaus erbrachte der Angeklagte einen Förderungsbeitrag zu der vom IS im Allgemeinen geübten Vertreibungs- und Überführungspraxis, insbesondere nicht im Wege psychischer Beihilfe (vgl. dazu *BGH*, Beschl. v. 11.1.2022 – 3 StR 452/20, juris Rn. 33 m.w.N.).

54 Zwar ist in den Blick zu nehmen, dass bei organisierten Massenverbrechen Adressaten psychisch vermittelter Einwirkung Führungskräfte sein können, welche die Deliktsbegehung anweisen oder dirigieren (s. *BGH*, Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, BGHSt 64, 10 Rn. 107). Dies kommt namentlich in Betracht, wenn die Führungspersonen in der Lage sind, für ein von ihnen erwogenes verbrecherisches Unternehmen auf eine feste Struktur aus willigen, gehorsamen und zuverlässigen Befehlsempfängern zurückzugreifen. Deren erkennbare Bereitschaft zu einem bestimmten deliktischen Handeln kann die Entscheidungsträger im Willen zur Anordnung der entsprechenden Straftaten bestärken (vgl. *BGH*, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, BGHSt 61, 252 Rn. 23 ff.; v. 6.6.2019 – StB 14/19, BGHSt 64, 89 Rn. 78). Dass der Angeklagte auf eine solche Art und Weise in die Vertreibungs- und Überführungspraxis, mithin ein System zur praktischen Umsetzung der zentral angeordneten zwangsweisen Verbringung jesidischer Zivilisten, eingebunden gewesen wäre, ist jedoch nicht festgestellt.

55 b) Die Körperverletzung mit Todesfolge tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter die Verbrechen gegen die Menschlichkeit mit Todesfolge nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 und 8, Abs. 3 VStGB sowie das Kriegsverbrechen gegen Personen mit Todesfolge nach § 8 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 S. 1 VStGB zurück (zur Anwendung der §§ 7 und 8 VStGB neben § 6 VStGB s. *Kreß*, in: MüKoStGB, § 6 Rn. 110; *Werle/Jeßberger*, in: MüKoStGB, § 7 VStGB Rn. 142 f.; *Ambos*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 8 VStGB Rn. 47). Ob dies auch für den Völkermord gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB gilt, bedarf hier keiner Entscheidung (vgl. zu § 220a StGB a.F. *BGH*, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98, BGHSt 45, 64 [85, 91]; ferner *Kreß*, in: MüKoStG, a.a.O., Rn. 107).

56 Nicht nur ein Kriegsverbrechen gegen Personen (s. *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 82), sondern auch ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit kann einen Individualgüter schützenden Tatbestand des allgemeinen Strafrechts konkurrenzrechtlich verdrängen. Denn unabhängig von der Schutzrichtung des § 6 VStGB (vgl. einerseits *BGH*, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98, BGHSt 45, 64 [81 f.] zu § 220a StGB a.F.; Beschl. v. 3.2.2021 – AK 50/20, StV 2021, 596 Rn. 48; *Gropengießer/Kreicker,* in: Eser/Kreicker, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, S. 96 ff.; andererseits *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 125; Kreß, in: MüKo-StGB, § 6 Rn. 1 f.; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 870, jeweils m.w.N.) bezweckt § 7 VStGB zumindest auch den Schutz der höchstpersönlichen Rechtsgüter der von den objektiven Tathandlungen betroffenen einzelnen Personen (s. *BGH,* Beschl. v. 3.2.2021 – AK 50/20, a.a.O., Rn. 45).

57 Gesetzeseinheit ist gegeben, wenn ein Verhalten zwar mehrere Strafvorschriften erfüllt, zur Erfassung des Unrechtsgehalts der Tat aber die Anwendung bereits einer

von ihnen ausreicht, hinter der die übrigen in der Folge zurücktreten (vgl. allgemein *BGH*, Beschl.v. 29.4.2020 – 3 StR 532/19, NStZ-RR 2020, 243 m.w.N.; ferner *BGH*, Beschl. v. 11.6.2020 – 5 StR 157/20, BGHSt 65, 36 Rn. 19 ff.; Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 82 [zu § 8 VStGB]). So liegt es bei § 223 Abs. 1, § 227 Abs. 1 StGB im Verhältnis zu § 7 Abs. 1 Nr. 5 und 8, Abs. 3 sowie § 8 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 S. 1 VStGB. Die todesverursachende Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden sowie erheblicher körperlicher oder seelischer Schäden oder Leiden (Folter) im Rahmen des Angriffs auf die Zivilbevölkerung bzw. im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt stellt sich zumindest regelmäßig und typischerweise auch als Körperverletzung mit Todesfolge dar. Ein Ausnahmefall, in dem allein seelische Schäden oder Leiden, die den Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB nicht erfüllen, den Tod des Verletzten zurechenbar zur Folge haben, scheint kaum denkbar und ist für die konkurrenzrechtliche Bewertung zu vernachlässigen.

58 Für das Recht der Nebenklage ist das Zurücktreten eines Nebenklagedelikts im Sinne des § 395 Abs. 1 Nr. 3 StPO nicht von Belang, weil der Wirksamkeit der Anschlusserklärung nicht entgegensteht, wenn zwischen dem Offizialdelikt und ihm Gesetzeskonkurrenz besteht (vgl. *Allgayer*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 395 Rn. 19 m.w.N.).

59 3. Im Übrigen sind die Konkurrenzen als Grundlage für die Neufassung des Schuldspruchs wie folgt zu bewerten:

60 a) Im Hinblick auf die Verbrechen gegen die Menschlichkeit mit Todesfolge nach § 7 Abs. 1 Nr. 3, 5, 8 und 9, Abs. 3 VStGB stehen die vier vom Angeklagten aus dem Katalog verwirklichten Tatbestände untereinander in ungleichartiger Idealkonkurrenz. Diese Einzeltaten sind daher in die Urteilsformel aufzunehmen; dabei empfiehlt es sich (vgl. § 260 Abs. 4 S. 5 StPO), die in der Begründung des Entwurfs des Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches angeführten Kurzbezeichnungen zu verwenden: Versklavung, Folter, Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden sowie Freiheitsentziehung (s. BT-Drs. 14/8524, S. 20 ff.).

61 aa) Dass die Katalogtaten des § 7 Abs. 1 VStGB grundsätzlich miteinander idealkonkurrieren, ergibt sich insbesondere aus seiner Schutzrichtung und Deliktsstruktur. Insoweit unterscheidet sich das Verbrechen gegen die Menschlichkeit vom Völkermord, bei dem die umschriebenen Begehungsweisen keine selbständigen Tatbestände, sondern Tatmodalitäten desselben von der Völkermordabsicht des Täters geprägten Delikts darstellen (s. *BGH*, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98, BGHSt 45, 64 [81 f.] zu § 220a StGB a.F.; Beschl. v. 3.2.2021 – AK 50/20, StV 2021, 596 Rn. 48).

62 Von den Einzeltaten, die in Abs. 1 des, wie dargelegt, zumindest auch dem Schutz höchstpersönlicher Rechtsgüter dienenden § 7 VStGB geregelt sind, werden ganz unterschiedliche Individualinteressen erfasst, namentlich Leben, Gesundheit, Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung (vgl. *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, § 7 VStGB Rn. 1). Danach liegt es, wenngleich beim Menschlichkeitsverbrechen – anders als beim Kriegsverbrechen gegen Personen (s. *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 80) – die allgemeinen Regeln für Delikte gegen höchstpersönliche Rechtsgüter nicht uneingeschränkt Anwendung finden (s. *BGH*, Beschl. v. 3.2.2021 – AK 50/20, StV 2021, 596 Rn. 49), nahe, die Katalogtaten des § 7 Abs. 1 VStGB wie bei § 8 Abs. 1 VStGB (s. etwa *BGH*, Beschl. v. 21.9.2020 – lStB 28/20, juris Rn. 24) – rechtlich nicht als Tatmodalitäten, sondern als eigene Tatbestände zu werten (vgl. aus jüngerer Zeit *BGH*, Beschl. v. 4. Mai 2022 – AK 17/22, NStZ-RR 2022, 227 [228]; v. 12.12022 – AK 32/22, juris Rn. 8; ferner *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, a.a.O., Rn. 144). Hierfür spricht außerdem der nach der gesetzlichen Wertung abgestufte Unrechtsgehalt, der dadurch zum Ausdruck kommt, dass für die Einzeltaten drei verschiedene Strafrahmen vorgesehen sind.

63 Hinzu kommt, dass die Annahme von Tateinheit der Rechtsprechung der internationalen Strafgerichte entspricht, wonach die einzelnen Tatvarianten des Menschlichkeitsverbrechens prinzipiell nebeneinander verwirklicht werden können (etwa *JStGH*, Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23 u. IT-96-23/1-A – Kunarac et al., Rn. 179, 186; s. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1121 m.w.N.).

64 bb) Von diesem Grundsatz ist für die hier erfüllten Tatbestände des § 7 Abs. 1 Nr. 3, 5, 8 und 9 VStGB keine Ausnahme zu machen, weil keiner von ihnen durch einen der anderen verdrängt wird. Das gilt auch für das Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden: Soweit Art. 7 Abs. 1 Buchst. k IStGH-Statut („andere unmenschliche Handlungen ähnlicher Art“), auf den § 7 Abs. 1 Nr. 8 VStGB zurückgeht (s. BT-Drs. 14/8524, S. 22; *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, § 7 VStGB Rn. 98), als subsidiäre Auffangnorm konzipiert wurde (s. *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 219; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1115, 1122), lässt sich dies nicht auf jene nationale Strafvorschrift übertragen. Denn deren Tatbestand wurde wegen des Bestimmtheitsgebots gemäß Art. 103 Abs. 2 GG bewusst enger als sein internationales Vorbild gefasst (s. BT-Drs. 14/8524, S. 22); auch er verkörpert infolgedessen einen spezifischen Unwert.

65 b) Soweit die allgemeinen Regeln für Delikte gegen höchstpersönliche Rechtsgüter anwendbar sind (s. soeben a] aa]), kommt zwar entgegen der Ansicht des *OLG* im Fall einer (Teil-)Identität der Ausführungshandlungen zum Nachteil verschiedener Opfer gleichartige Tateinheit auf der Grundlage nur einer materiellrechtlichen Tat in Betracht (vgl. allgemein *BGH*, Beschl. v. 4.4.2019 – AK 12/19, juris Rn. 60; ferner *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 80). Mit Blick auf die Klarheit und Verständlichkeit des Schuldspruchs sieht der Senat aber davon ab, dieses Konkurrenzverhältnis in die Entscheidungsformel aufzunehmen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 31.5.2016 – 3 StR 54/16, NStZ-RR 2016, 274 [275]; Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, a.a.O., Rn. 84).

66 c) Der Schuldspruch ist entsprechend § 354 Abs. 1 StPO

zu ändern. Die Vorschrift des § 265 StPO steht nicht entgegen, weil sich der Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. Das Verschlechterungsverbot nach § 358 StPO hindert die teilweise Verschärfung des Schuldspruchs nicht (s. *BGH*, Beschl. v. 7.9.2022 – 3 StR 165/22, juris Rn. 30).

67 4. Der Strafausspruch kann bestehen bleiben. Es ist auszuschließen, dass das *OLG* von der nach § 6 Abs. 1 VStGB als Regelstrafe vorgesehenen lebenslangen Freiheitsstrafe abgesehen und einen minder schweren Fall nach § 6 Abs. 2 VStGB angenommen hätte, wenn es eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen tateinheitlicher Beihilfe zum Kriegsverbrechen gegen Personen durch Vertreibung verneint und die Konkurrenzen zutreffend beurteilt hätte. Die Beihilfetat ist für die Strafrahmenwahl gemessen an der Vielzahl weiterer täterschaftlich verwirklichter schwererer Delikte ersichtlich nicht von ausschlaggebender Bedeutung gewesen. Das Konkurrenzverhältnis berührt den Unrechts- und Schuldgehalt regelmäßig – wie auch hier – nicht (vgl. etwa *BGH*, Beschl. v. 25.6.2019 – 3 StR 130/19, juris Rn. 9 m.w.N.; v. 3.11.2021 – 3 StR 231/21, juris Rn. 18).

[…]

ANMERKUNG

Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 30.11.2022 – 3 StR 230/22

*von Kira Dillen**

Am 30.11.2022 hat der *3. Strafsenat* des *BGH* mit einem Beschluss das erste deutsche Gerichtsverfahren abgeschlossen, in dem eine Strafbarkeit wegen Völkermordes nach § 6 VStGB festgestellt wurde. Das Urteil hat auch international Beachtung erfahren. Insbesondere hat die Regierung Großbritanniens den Angriff auf die Jesiden unter Bezugnahme auf dieses Urteil offiziell als Völkermord eingestuft.[1]

Der *BGH* hat die Verurteilung des Angeklagten u.a. wegen Völkermordes nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB an zwei Jesidinnen durch das *OLG Frankfurt* vom 30.11.2021 (Az.: 5-3 StE 1/20 - 4 - 1/20) dem Grunde nach bestätigt. Als problematisch sieht der *Senat* dabei nur die mit der Zufügung schwerer körperlicher und seelischer Schäden begründete Strafbarkeit gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB und § 7 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 VStGB an.[2] Von grundsätzlichem Interesse sind die Feststellungen des Senats zur Strafbarkeit nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB.

Der Angeklagte hat sich des Völkermordes nicht in der Variante des § 6 Abs. 1 Nr. 1 VStGB strafbar gemacht, da ihm der hierzu nötige Tötungsvorsatz fehlte. In Betracht kam also nur eine Strafbarkeit gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB. Hiernach genügt die vorsätzliche Zufügung von schweren körperlichen oder seelischen Schäden insbesondere der in § 226 StGB bezeichneten Art, sofern die Tathandlung von der Absicht getragen ist, eine nationale, rassische, religiöse oder ethnische Gruppe als solche, ganz oder teilweise zu zerstören.

Das Gericht nimmt eine entsprechende Zerstörungsabsicht beim Angeklagten mit der Vorinstanz an und hält bezüglich der Voraussetzungen der Völkermordabsicht an der bisherigen Rechtsprechung fest.[3]

Auch nimmt das Gericht an, dass der Angeklagte der Nebenklägerin wissentlich und willentlich jedenfalls schwere seelische und ihrer fünfjährigen Tochter jedenfalls schwere körperliche Schäden zugefügt hat. Unter Schäden im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB seien solche zu verstehen, die eine langanhaltende und gravierende Beeinträchtigung der Fähigkeit des Opfers, ein normales und konstruktives Leben zu führen, verursachen. Der *BGH* folgt hier der internationalen Rechtsprechung, so wie sie insb. der *JStGH* entwickelt hat.[4] In Übereinstimmung mit der heute herrschenden Auffassung geht der *BGH* in diesem Zusammenhang davon aus, dass der Verweis in § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB „insbesondere auf Schäden nach § 226 StGB“ lediglich einen Hinweis auf „das notwendige Gewicht der durch die Verletzungshandlung verursachten körperlichen oder gesundheitlichen Nachteile“ darstelle; eine der in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten schweren Folgen müsse demgegenüber nicht eintreten.[5] Der *BGH* betont an dieser Stelle zu Recht die Intention des Gesetzgebers des VStGB, dessen Straftatbestände grundsätzlich „im Gleichlauf mit dem IStGH-Statut, seinen Verbrechenselementen und seiner Auslegung durch den *IStGH* unter Berücksichtigung der Rechtsprechung anderer internationaler Strafgerichtshöfe“ zu interpretieren.[6]

Näherer Erläuterung bedurfte nach diesem Maßstab vor allem die Entscheidung, den Eintritt eines schweren körperlichen Schadens bei der fünfjährigen Tochter zu bejahen. Denn bei dieser hatten die physischen Beeinträchtigungen zum Tod geführt. Der Verweis auf Schäden insbesondere der in § 226 StGB bezeichneten Art hat für die Auslegung des deutschen Tatbestandes eine Leitfunktion, wie auch der *BGH* anerkennt.[7] Schäden gemäß § 226 StGB zeichnen sich dabei durch ihre Langwierigkeit aus und eine solche wird im Fall des alsbald eintretenden Todes regelmäßig abgelehnt.[8] Der *BGH* merkt mit Blick auf die Langwierigkeit der Beeinträchtigung an, dass die körperlichen Züchtigungen und die Vorenthaltung hinreichender Nahrung auf unbestimmte Dauer angelegt waren und im Todeszeitpunkt bereits eine ganz erhebliche Zeitspanne angehalten hatten. Durch seine Formulierung, nach der eine schwere körperliche Schädigung „ungeachtet des Todes“ anzunehmen sei,[9] stellt er klar, dass gerade nicht der Todeseintritt die mit § 226 StGB vergleichbar schwere Schädigung darstellt. Anderes wäre wohl auch als gemäß Art. 103 Abs. 2 GG unzulässige Analogie anzusehen. Es ist denkbar, dass das Gericht an dieser Stelle zum Ausdruck bringen und berücksichtigen wollte, dass die genannten „ernsten Folgen für die Gesundheit“ auch

* *Kira Dillen,* Mag. iur., hat im Juli 2023 das erste Staatsexamen abgelegt.

1 Presseerklärung vom 1.8.2023, abrufbar unter: https://www.gov.uk/government/news/uk-acknowledges-acts-of-genocide-committed-by-daesh-against-yazidis (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).

2 *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 11.

3 *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 14 m.w.N.

4 *JStGH*, Urt. v. 12.12.2012 – Az.: IT-05-88/2-T, Prosecutor vs. Tolimir, Rn. 755; *JStGH*, Urt. v. 2.8.2001 – Az.: IT-98-33-T, Prosecutor vs. Krstić, Rn. 513.

5 *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 17.

6 *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 23.

7 *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 17.

8 *BGH*, Urt. v. 14.12.2000 – Az.: 4 StR 327/00, NJW 2001, 980; *BGH*, Urt. v. 22.1.1997 – Az.: 3 StR 522/96, NStZ 1997, 233 (234).

9 *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 27.

im Falle des Überlebens zu einer schweren körperlichen Schädigung geführt hätten.[10] Indessen hätte dann näher begründet werden sollen, warum die Berücksichtigung von nur angelegten, dann aber des Todeseintritts wegen nicht verwirklichte körperliche Schäden trotz des Verweises auf (tatsächlich eingetretene) Schäden nach § 226 StGB in Betracht gezogen werden durften. An dieser Stelle hätte man sich daher mehr Klarheit über die genaue Bedeutung der Urteilsfeststellung gewünscht. Sollte der *BGH* entscheidend allein auf die „ganz erhebliche Zeitspanne" abgestellt haben, während derer es tatsächlich zu körperlichen Schäden gekommen war, so hätte man sich näheren Aufschluss zur Vereinbarkeit mit der internationalen Rechtsprechung gewünscht, zumal diese Zeitspanne hart an der Grenze dessen liegen dürfte, die sich im Hinblick auf die Leitbildfunktion des Verweises auf § 226 StGB rechtfertigen lässt.

Die in rechtlicher Hinsicht bei weitem interessanteste Feststellung trifft der *BGH* im Rahmen eines *obiter dictums*. Der *Senat* meint, dass vieles für ein Element der objektiven Eignung zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges spreche.[11] Zwar wird der Punkt im Ergebnis offen gelassen, da ein solches Erfordernis in diesem Fall ohnehin erfüllt wäre. Doch begründet der *Senat* seine Befürwortung der Annahme eines solchen Eignungserfordernisses mit einer Reihe von Argumenten, die besondere Beachtung verdienen.

Dabei ist vorweg anzumerken, dass aus den Urteilsgründen nicht klar hervorgeht, ob der *Senat* eine objektive Eignung im Rahmen des Völkermordtatbestandes durchgängig befürwortet, oder ob es ihm – wie der Vorinstanz – um eine Konkretisierung speziell der Tatvariante des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB geht, so wie sie in der internationalen Rechtsprechung bereits mehrmals befürwortet wurde. In beiden Fällen ist die Frage sehr umstritten, und der *BGH* setzt sich mit ihr in seinem Beschluss vermutlich zumindest deshalb erstmals auseinander, um der zukünftigen deutschen Rechtsprechung einen Wegweiser zu geben, womöglich aber auch deshalb, um der zukünftigen internationalen Rechtsprechung eine Anregung zu geben.

Das von ihm befürwortete Eignungserfordernis versteht das Gericht so, „dass das schadensverursachende Handeln des Täters entweder geeignet ist, die vollständige oder teilweise Zerstörung der Gruppe als solche zu bewirken, oder im Zusammenhang mit einem deutlich erkennbaren Muster ähnlicher gegen die Gruppe gerichteter Handlungen anderer steht und sich das Gesamtvorgehen zu dieser Zerstörung eignet".[12] Diese Formulierung orientiert sich an den Verbrechenselementen zum IStGH-Statut. Hiernach würde für die Annahme einer Völkermordtat ähnlich einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit ein kollektiver Handlungszusammenhang (eine sog. Gesamttat) oder aber eine Eignung der einzelnen Tat zur mindestens teilweisen Zerstörung der Gruppe verlangt.

Für ein solches Erfordernis der objektiven Eignung spricht dem *BGH* zufolge das entsprechend formulierte gleichlautende letzte Element der Verbrechenselemente zu Art. 6 IStGH-Statut und die Inbezugnahme der Verbrechenselemente in den Gesetzgebungsmaterialien zum Völkerstrafgesetzbuch.[13] Indessen ist die Vereinbarkeit dieses Verbrechenselements mit der Verbrechensdefinition selbst in der internationalen Rechtsauffassung umstritten.[14]

Zwar stellt der *BGH* zutreffend fest, dass in mehreren internationalen Urteilen zum Völkermord ein Erfordernis der objektiven Eignung der Tathandlung zur Zerstörung der Gruppe gefordert wird. Allerdings ging es hier nicht um das in dem gleichlautenden letzten Verbrechenselement zu Art. 6 IStGH-Statut stipulierte Kontextelement. Vielmehr hat die internationale Rechtsprechung seit dem Kommentar der *International Law Commission* der UN zu Art. 17 des Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind,[15] mehrfach angenommen, dass speziell bei der Tatvariante der Verursachung eines schweren körperlichen oder seelischen Schadens der körperliche oder seelische Schaden so schwerwiegend sein muss, dass er die Gruppe zumindest teilweise zu zerstören droht („The bodily or mental harm inflicted on members of a group must be of such a serious nature as to threaten its destruction in whole or in part"[16]).[17]

Soweit es um die Frage eines tatbestandsübergreifenden Kontextelements geht, ist im Ausgangspunkt nicht außer Acht zu lassen, dass der Völkermordtatbestand ein solches Gesamttaterfordernis anders als der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit nicht vorsieht. Der Völkermordtatbestand ist vielmehr als Delikt mit überschießender Innentendenz ausgestaltet. Das bedeutet, dass es gerade keines mit der Zerstörungsabsicht im subjektiven Tatbestand korrespondierenden objektiven Merkmals bedarf. Vielmehr wird die Strafbarkeit vorverlagert, sodass bereits die erste der enumerierten Tathandlungen, die mit der nötigen Zerstörungsabsicht ausgeführt wird, zu einer Strafbarkeit wegen Völkermordes führen kann. Dass objektive Vorliegen eines Gesamtkontextes weiterer ähnlicher Taten oder die objektive Eignung der Einzeltat zur Zerstörung der Gruppe ist bei dieser Deliktsart typischerweise gerade nicht notwendig. Die einzige – man könnte

[10] *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 27.
[11] *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 30.
[12] *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 30.
[13] *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 31 unter Hinweis auf BT Drs. 14/8524, S. 19.
[14] *Kreß,* in: MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. (2022), § 6 VStGB Rn. 14 m.w.N.
[15] UN Doc. A/51/10 in A/CN.4/SER.A/1996/Add.l (Part. 2) (Yearbook of the International Law Commission, 1996 Vol. 2, Part 2) S. 46, Rn. 14.
[16] UN Doc. A/51/10 in A/CN.4/SER.A/1996/Add.l (Part. 2) (Yearbook of the International Law Commission, 1996 Vol. 2, Part 2) S. 46, Rn. 14.
[17] *IGH*, Urt. v. 3.2.2015 – Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), I.C.J. Reports 2015, S. 3 (S. 69 f. Rn. 157, 160); *JStGH*, Urt. v. 8.4.2015 – Az.: IT-05-88/2-A, Prosecutor vs. Tolimir, Rn. 203, 212; *JStGH*, Urt. v. 12.12.2012 – Az.: IT-05-88/2-T, Prosecutor vs. Tolimir, Rn. 755; *RStGH*, Urt. v. 31.3.2011 – Az.: ICTR-2000-61-T, Prosecutor vs. Gatete, Fn. 584; *RStGH*, Urt. v. 12.3.2008 – Az.: ICTR-2001-66-A, Prosecutor vs. Seromba, Rn. 46; *JStGH*, Urt. v. 27.9.2006 – Az.: IT-00-39-T, Prosecutor vs. Krajišnik, Rn. 862.

sagen: die Regel bestätigende – Ausnahme findet sich in § 6 Abs. 1 Nr. 3 VStGB. Hierin wird ausdrücklich gefordert, dass die Lebensbedingungen geeignet sind, die mindestens teilweise körperliche Zerstörung der Gruppe herbeizuführen.

Bei der Verursachung schwerer körperlicher und seelischer Schäden wurde indessen durch die *ILC* sowie in Urteilen internationaler Gerichte ein Element der objektiven Eignung gefordert, um speziell dieser Tatvariante in einem hinreichend strengen Sinn zu konkretisieren. Im deutschen Völkermordtatbestand wird eine hinreichend enge Auslegung bereits dadurch gewährleistet, dass auf das Leitbild der Schäden nach § 226 StGB verwiesen wird. Sollte der *BGH* ein Erfordernis der objektiven Eignung nur für die Tatvariante der Verursachung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden befürworten, so wäre dem also zu widersprechen.[18]

Doch geht es dem *BGH* möglicherweise um ein tatbestandsübergreifendes Erfordernis der objektiven Eignung im Sinne des gleichlautenden letzten Verbrechenselements zu Art. 6 IStGH-Statut. Dafür spricht, dass der Völkermord ohne ein solches Element systematisch von den Verbrechen gegen die Menschlichkeit entkoppelt würde, obwohl jener in den Nürnberger Nachfolgeprozessen als besonders schwere Ausprägung dieser Verbrechen in Bezug genommen wurde.[19] Auch würde ein isolierter Einzeltäter, welcher mit Zerstörungsabsicht handelt, sich u.U. auch dann des Völkermordes schuldig machen, wenn die Verwirklichung der Absicht ganz fernliegt. Dies wiederum würde bedeuten, dass unter den Tatbestand des Völkermordes auch Delikte fallen, deren Unrecht wesentlich weniger schwer wiegt als das der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Aus diesen Gründen scheint es – insoweit mit dem *BGH* – verfehlt anzunehmen, dass es keines Elements der „Realisierbarkeit" im Sinne eines Gesamtkontextes oder einer Eignung der Tat als solcher die Gruppe (zumindest teilweise) zu zerstören bedarf, um von einer Völkermordtat auszugehen. Allerdings zwingt dies – insoweit anders als vom *BGH* angenommen – nicht unbedingt zur Annahme eines selbständigen objektiven Elements der Eignung. Vielmehr ist auch eine Lösung im subjektiven Tatbestand möglich, und zwar durch das Erfordernis einer realistischen (Völkermord-)Absicht. Aufgrund der Ausformung des § 6 VStGB als Delikt mit überschießender Innentendenz ist diese Auslegung vorzugswürdig.[20]

Zu erwähnen ist schließlich ein Aspekt der Auseinandersetzung des *BGH* mit den Konkurrenzen. Interessant ist hier, dass der *BGH* seine bisherige Rechtsprechung, nach der sich die Schutzrichtung des § 6 VStGB in der Erhaltung der Existenz der Gruppe erschöpfen soll,[21] zwar nicht aufgibt, er aber ausdrücklich auch auf die Ansicht im Schrifttum hinweist, wonach der Völkermordtatbestand auch individuelle Rechtsgüter schützt.[22] Dies ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz vom 17.7.2023 bemerkenswert, nach dem auch Opfer von Völkerstraftaten, die in ihrem Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder auf religiöse, sexuelle oder reproduktive Selbstbestimmung oder als Kind in ihrem Recht auf ungestörte körperliche und seelische Entwicklung beeinträchtigt wurden, als Nebenkläger zugelassen werden können.[23] Denn wohl nur wenn auch Individualrechtsgüter Schutzgüter des § 6 VStGB sind, wären die von einem Völkermord betroffenen Gruppenmitglieder insoweit als Verletzte einzustufen und von der geplanten Erweiterung der §§ 395, 397a f. StPO erfasst. Auch aus diesem Grund ist die behutsame „Öffnung" des *BGH* in der Rechtsgutsfrage zu begrüßen.

---

18 So i. Erg, auch *Kreß,* in: MüKo-StGB, § 6 VStGB Rn. 50.

19 *Kreß,* in: MüKo-StGB, § 6 VStGB Rn. 22 (bei und in Rn. 116-118).

20 So auch *Kreß,* in: MüKo-StGB, § 6 VStGB Rn. 14 ff. m.w.N.

21 Seit *BGH*, Urt. v. 30.4.1999 – Az.: 3 StR 215/98, BGHSt 45, 64 (81).

22 *BGH,* Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 56.

23 RefE, BMJ v. 17.7.2023 (S. 6 f.), abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Fortentwicklung_Voelkerstrafrecht.html?nn=110490 (zuletzt abgerufen am 23.8.2023).

Sonja Fleck: Hasskriminalität in Deutschland. Eine Untersuchung des Phänomenbereichs mit europäischen und internationalen Bezügen und Erstellung eines Lagebilds der Praxis seit der Aufnahme von Vorurteilsmotiven in § 46 Abs. 2 StGB

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2022, Verlag Dr. Kovac, ISBN: 978-3-339-13040-2, S. 417, Euro 139,80.

In der Dissertation wird sich der Frage gewidmet, inwieweit sich die mit der Neuregelung in § 46 Abs. 2 StGB und der Aufnahme von Hassmotiven gesetzten Ziele des Gesetzgebers eignen, die sorgfältige Ermittlung und Berücksichtigung derartiger Beweggründe im gesamten Verfahren zu gewährleisten. Dabei wird durchaus ein Blick über den deutschen Tellerrand hinausgewagt und auch das europäische Ausland und die USA in die Erwägungen mit einbezogen. Hierdurch soll untersucht werden, ob und inwiefern sich die Behandlung des Kriminalitätsphänomens Hasskriminalität in Deutschland von der in anderen Ländern unterscheidet. Zudem wird eine empirische Studie durchgeführt, in der Richter und Staatsanwälte ihre Einschätzungen und Erfahrungen zur Behandlung der Hasskriminalität und die Einschätzungen der Strafzumessungslösung in der Praxis darlegen sollten (der Fragebogen ist in der Anlage auf S. 411 ff. verfügbar).

Begonnen wird mit einer Einführung in die Thematik, wobei der Frage nachgegangen wird, ob es sich bei Hasskriminalität um einen wachsenden Phänomenbereich handelt. Hierzu wurden nicht nur Statistiken ausgewertet, sondern auch im Rahmen einer Umfrage versucht, Einschätzungen zu generieren. Fremdenfeindlichkeit und Rassismus im Rahmen von rechten bzw. rechtsextremistischen Taten stellen die bei Hasskriminalität am häufigsten vorkommenden Motive dar.

In einem nächsten Schritt wird die historische Entwicklung sowie Begriffsbestimmung nachgezeichnet, um ein Grundlagenverständnis des Kriminalitätsphänomens Hasskriminalität zu schaffen (S. 45 ff.). Festgestellt werden muss, dass es keine einheitliche Definition und Behandlung von Hasskriminalität gibt. Wann Kriminalität als Hasskriminalität erfasst wird, hängt primär davon ab, ob das Vorurteil der Täter der Deliktskategorie zugeordnet wird oder nicht (S. 122). Zu konstatieren ist, dass von allen Staaten die Vorurteilsmotive Ethnizität, Religion oder Weltanschauung, sexuelle Orientierung und Behinderung als Hasskriminalität angesehen werden. Das Vorurteilsmotiv des Geschlechts wird in den Vereinigten Staaten, Österreich und Deutschland dem Phänomenbereich zugeordnet, im Vereinigten Königreich jedoch nicht. Eine Tabelle gibt eine Übersicht über die Zuordnung unterschiedlicher, der Hasskriminalität zugeordneten, Vorurteilsmotive für die USA, Deutschland, Österreich und das Vereinigte Königreich (S. 123).

Die Verfasserin konstatiert, dass eine Gesetzgebung gegen Hasskriminalität ein beliebtes Mittel sei, um die eigene moralische Korrektheit und Bereitschaft, Minderheiten zu unterstützen, öffentlichkeitswirksam zu untermauern. Zudem sei Hasskriminalitätsgesetzgebung auch stets eine symbolische Nachricht an die jeweilige Opfergruppe. Schwierigkeiten bereite auf der anderen Seite aber der Umstand, dass Vorurteilsmotive von den ermittelnden Behörden nicht ohne weiteres erkannt werden.

Im dritten Unterkapitel widmet sich die Verfasserin der Sanktionierung von Hasskriminalität auf Strafzumessungsebene in Deutschland und deren Auswirkungen auf die Verbüßung der Strafe. Hier werden sehr dezidiert die Gesetzesbegründung sowie die Stellungnahmen wiedergegeben und so ein umfassendes Bild des Gesetzgebungsprozesses sowie der begleitenden Kritik gezeichnet. Auch werden kritische Stimmen gegen die Novellierung der befragten Richter und Staatsanwälte wiedergegeben. Unklar bleibt an dieser Stelle – noch – wie viele Experten diesbezüglich befragt wurden und warum *Fleck* hier gerade diese wenigen Aussagen für ihr Zwischenfazit herausgezogen hat. Soweit der Hinweis folgt, die Auswertung dieser Aussagen sollte die Möglichkeit schaffen, ganz konkret die Kritikpunkte der Novellierung in der Rechtspraxis zu untersuchen, so bleiben die Auswahlkriterien bzgl. der aufgenommenen Aussagen an dieser Stelle im Nebel.

Den Abschluss des zweiten Kapitels bildet das Phänomen der „Hassreden" in Deutschland. Hier wird das NetzDG und die Änderungen des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität kurz wiedergegeben. Regelungen zur Bekämpfung von Hassreden seien essenziell, um einem rechtsfreien Raum im Internet entgegenzuwirken. Allerdings müssten diese Regelungen auch durchgesetzt werden, um eine Wirkung zu entfalten (S. 199). Hier soll – insofern zeitlich nach Drucklegung der Arbeit – nun das Eckpunktepapier des BMJ zum Gesetz gegen digitale Gewalt mehr Durchsetzungskraft gewährleisten.[1]

Weiteres Hauptkapitel ist die Darstellung der Studie zum Umgang mit Hasskriminalität in der Justizpraxis. Zunächst werden schon durchgeführte Studien von *Krupna* und *Lang* wiedergegeben. Diese bildeten die Grundlage für die Entwicklung des Fragebogens von *Fleck*. Die Umfrage wurde 2017 durchgeführt. Es kam zu einem Rücklauf von 340 Online-Fragebögen und 15 Fragebögen in Papierform. Davon beantworteten 150 Staatsanwälte und 204 Strafrichter die Umfrage, eine Person machte keine

[1] S. hierzu https://kripoz.de/2023/04/12/gesetz-gegen-digitale-gewalt/ (zuletzt abgerufen am 15.9.2023).

Angaben zu ihrer Berufszugehörigkeit. Auf den geringen Rücklauf und die Frage der Repräsentativität wird ausführlich eingegangen (S. 255 ff.). Es folgt eine dezidierte, graphisch anschaulich aufbereitete Wiedergabe des Antwortverhaltens, dessen Lektüre auf jeden Fall lohnt – eine Darstellung im Rahmen der Rezension würde aufgrund der Kleinteiligkeit zu weit führen. Zusammenfassend lässt sich aber festhalten, dass die Befragten der Auffassung sind, dass sich Vorurteilsmotive bei der Tatbegehung sowohl auf die Durchführung eines TOA als auch auf die Sozialprognose bei der Beurteilung, ob die Strafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann, auswirken. Die überwiegende Mehrheit der Befragten ist aber der Ansicht, dass ein TOA auch bei Taten mit Vorurteilsmotiv durchgeführt werden kann. Dieses Vorurteilsmotiv habe aber negative Auswirkungen auf die Aussetzung der Strafe zur Bewährung.

61,7 Prozent der Befragten äußerste sich kritisch im Hinblick auf die Ausermittlung von Vorurteilsmotiven, dies sei problematisch und Hasskriminalität als solche oftmals nicht erkannt. Hier sei eine besondere Sensibilisierung der Ermittlungspersonen erforderlich.

Der Frage danach, ob die Straftaten im Phänomenbereich in den letzten zehn Jahren angestiegen sei, konnte von den Befragten nur teilweise bestätigt werden (26,2 Prozent). Als häufigste Vorurteilsmotive gaben die Studienteilnehmer Fremdenfeindlichkeit und Rassismus an, gefolgt von Religion und Weltanschauung. Interessant war das Ergebnis der Befragung im Hinblick auf die Vorurteilsmotive der sexuellen Orientierung und Behinderung. Hier wurde überwiegend angegeben, solche Motive nicht strafschärfend berücksichtigt zu haben. Andererseits war man der Auffassung, dass man diese hypothetisch berücksichtigen würde – so dass ein großer Unterschied zwischen hypothetischer und tatsächlicher Berücksichtigung dieser Vorurteilsmotive in der Justizpraxis besteht.

Der letzte Fragenkomplex zielte auf die Beurteilung der Novellierung des § 46 Abs. 2 StGB durch die Justizpraxis ab. Durch die Novellierung, so das Ergebnis der Befragung, seien Vorurteilsmotive als strafschärfender Faktor nicht stärker in den Fokus gerückt. Die gewählte Gesetzesformulierung „sonstige menschenverachtende Beweggründe“ wurde von der Mehrheit der Befragten als hinreichend bestimmt angesehen (58,6 %). Allerdings betonten auch 37,7 Prozent, dass dies nicht so sei. Die Studienteilnehmer gaben an, diesen Beweggrund sehr selten strafschärfend zu berücksichtigen.

Über 90 % der Befragten beantworteten die Frage nach der Gleichbehandlung von einer Tat von einem Deutschen zum Nachteil einer ausländischen Person und einer Tat von einem Ausländer zum Nachteil einer deutschen Person auf der Strafzumessungsebene zustimmend. Insgesamt wird die Novellierung von der Justizpraxis eher befürwortet (60% der Befragten).

Die Verfasserin befürchtet auch keine Ausuferung der Formulierung und eine daraus resultierende Unübersichtlichkeit der Vorschrift des § 46 Abs. 2 StGB. Explizit greift sie hier den 2021 – also nach der Befragung – eingefügten antisemitischen Beweggrund auf. Es wäre interessant zu erfahren, ob sie dies auch für die im Gesetz zur Änderung des Sanktionenrechts vorgesehenen geschlechtsspezifischen sowie gegen die sexuelle Orientierung gerichteten Motive so sieht.[2]

Betont wird, dass die symbolische Benennung von Vorurteilsmotivationen als strafschärfende Faktoren isoliert betrachtet nur sehr begrenzt Wirkung entfalten könnten. Ohne die Ermittlung solcher Motive könne auch keine strafschärfende Berücksichtigung erfolgen. Um die Ermittlungen zu erleichtern und zu optimieren sei es notwendig, den Ermittlungsbeamten Fortbildungen hinsichtlich dieses Phänomenbereichs anzubieten und so eine Sensibilisierung zu schaffen. Kulturelles-Bewusstseins-Training sei von großer Bedeutung, um diese Verbrechen auch angemessen verfolgen zu können. Wie dieses Training aussehen soll, wird leider nicht näher erläutert.

Insgesamt bietet die Dissertation von *Fleck* nicht nur einen guten Überblick über das Phänomen der Hasskriminalität sowie die Berücksichtigung von Vorurteilsmotiven im Rahmen der Strafzumessung, sondern auch interessante Antworten im Zusammenhang mit der 2017 durchgeführten Befragung von Staatsanwälten und Richtern rund um diese Thematik. Wichtig ist, dieses Phänomen weiterhin empirisch zu begleiten – sei es durch Befragungen, aber auch weitere Gesetzesanalysen. Schließlich scheint die Aufnahme weiterer Vorurteilsmotive, auch angesichts der neuerlichen Reformüberlegungen zum Sanktionenrecht, noch lange nicht abgeschlossen.

---

[2] Informationen hierzu abrufbar unter: https://bit.ly/3EKOJO0 (zuletzt abgerufen am 15.9.2023), mittlerweile verkündet im BGBl. I 2023, Nr. 203.

Fabian Klahr: Schuld und Strafmaß. Modelle der Bestimmung rechtlicher Schuld im Strafrecht und die Methodik der Strafmaßfindung im Rahmen der Sanktionsentscheidung

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2022, Verlag Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-18412-5, S. 613, Euro 119,90.

Die Dissertationsschrift differenziert zwischen zwei gedanklichen Hauptteilen – nämlich Schuld und Strafmaß. Dennoch, so macht der Verfasser bereits in seiner Einführung deutlich, stehen beide Teile trotz des selbstständigen Charakters nicht unverbunden zueinander. Denn die Straftatlehre könne man auch lediglich als Vorfrage für die Rechtsfolgenentscheidung behandeln (S. 20).

Im ersten Teil seiner Dissertation widmet sich *Klahr* der Schuld und umreißt dazu zunächst den Schuldbegriff. Dazu beleuchtet er Schuld als soziales Phänomen, geht den sprachlichen Implikationen von Schuld nach und leitet dann über zur Transformation zum Rechtsbegriff. Zudem werden rechtsdogmatische und ideengeschichtliche Grundlagen ausführlich beschrieben, von der „Anthropologie der Schuldidee" über die „verfassungsrechtlichen Implikationen im Schuldbegriff" bis zu den „rechtstheoretischen Ableitungen" werden alle Facetten dezidiert wiedergegeben, bevor sich der strafrechtlichen Schuld in entwicklungsgeschichtlicher Perspektive zugewandt wird. Auch hier streift der Verfasser alle Aspekte sehr kenntnisreich und dezidiert, spürt Phasen des Naturalismus, des Neukantianismus, des Irrationalismus, des Finalismus der Nachkriegszeit und dem „Post-Finalismus" (S. 122) nach. Dabei bleibt er bei einer reinen Wiedergabe nicht stehen, sondern reichert die diversen Aspekte mit „Kommentaren" an.

Überführt werden diese Aspekte in eine „normativ-funktionale Dichotomie" des dogmatischen Status quo (S. 129). Beschrieben werden die Typen der Vorwerfbarkeit wie bspw. der Schuld als „Andershandelnkönnen", als Ausdruck rechtlich missbilligter Gesinnung und als unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit. Daneben werden Funktionale Schuldlehren kenntnisreich beschrieben und die Kritiker des Schuldprinzips aufgeführt, wie bspw. abolitionistische Perspektiven, die die Abschaffung des Strafens fordern. Der Verfasser konstatiert allerdings, dass weder die Abschaffung des Strafrechts noch eine unbedingte Haftung konsensfähig sein dürften. Zwar erscheine eine paradigmatische Neubestimmung des Strafrechts möglich, aber nicht unbedingt erfolgsversprechend. Auch eine Verschiebung in das Polizeirecht mit Blick auf Gefährlichkeitspostulate sei nicht zielführend (S. 158).

Im Folgenden wird der Status quo der Schuldtheorie beschrieben. An eine gegenwärtige Schuldtheorie werden laut Verfasser zwei Aufgaben gestellt: einmal muss sie die bestehende Rechtslage erklären können, wenn sie als Basis derselben auftreten will. Zum anderen müsse in der Schuldtheorie der Grund für eine subjektive Zurechnung gefunden werden können. Letztlich kreise die Schulddiskussion um die Frage der Vorwerfbarkeit eines strafbaren Handelns. Als Ergebnis der vorliegenden Untersuchung kennzeichnet Schuld sozialpsychologisch ein Zurückbleiben hinter den gesellschaftlichen Anforderungen. Dies ist dem Täter dann zurechenbar, wenn die Erwartung der Einhaltung der gesellschaftlichen Anforderungen prinzipiell gerechtfertigt ist. Der Verfasser meint, dies könne man als Typus von Vorwerfbarkeit auffassen, da eine solche Schuld stets individuell adressiert werde (S. 166 f.).

Die „Erwartungsenttäuschung" münde in eine Idee der „Zumutbarkeit der Normbefolgung" (S. 167). Schuld bleibe dabei im Grunde Willensschuld, allerdings sei die entscheidende Frage, welchen Zugang man zum Willen wählt. Laut Verfasser kommt es auf eine Internalität entsprechend dem Substrat klassischer Schuldbegründung, als Initiator des Willens, rechtstheoretisch nicht primär an. Die kommunikative Dimension mache Schuld zum Inhalt einer Diskussion (S. 167).

Klahr spürt sodann dem Schuldparadigma im Kreuzfeuer der Neurowissenschaften nach. Die Debatte um die Willensfreiheit hat seit den Experimenten von *Libet* einen Aufschwung erfahren und es gibt eine fast unüberschaubare Anzahl – auch – an deutschsprachiger Literatur. Der Verfasser zeichnet diesen Diskurs konzise nach, mahnt aber auch an, dass die Diskussion generell „an zu wenig reflektiver Sprache" leide (S. 171). Er betont die „justizielle Aufgabe der Entscheidung"; Gerichte müssten Entscheidungen auch auf Unsicherheitsbasis treffen (S. 189). Dem mag man entgegenhalten, dass Unsicherheiten eigentlich in eine in dubio pro reo Interpretation münden müssten. Gleichwohl ist der Verfasser der Auffassung, dass „solange das Schuldprinzip in der Verfassung verortet wird, solange" sei „auch das Schuldstrafrecht über die derivative Argumentationskette abgesichert" (S. 190).

Im zweiten Kapitel des ersten Teils widmet sich der Verfasser dem „Unrecht-Schuld-Konnex" (S. 190). Zunächst geht er der Frage nach dem Gehalt und Inhalt einer rechtlich verstandenen Schuld nach. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die drei gesetzlichen Säulen der §§ 17, 20, 35 StGB sich als notwendige, aber auch hinreichende Träger einer Architektur der Schuld erweisen. Weitere Schuldmerkmale hätten in diesem Konzept keinen legitimen Platz. Allerdings sei die gültige strafrechtliche Schuld von diesen gesetzlichen Säulen auch nicht unlöslich. Sie lasse sich nur anhand der gesetzlichen Vorschriften entwickeln und bedürfe keiner gesetzlichen Definition der Schuldfähigkeit als solcher (S.284). Dies ist erstaunlich. Auch

wenn es eine Definition der Schuldfähigkeit nicht gibt, so ist doch gesetzlich eine Definition der Schuldunfähigkeit festgeschrieben. Dass Schuld stets positivistisch zu verstehen ist, hätte daher einer näheren Erläuterung bedurft. Der Verfasser stellt hier auf das „unsichere(n) Wissen" im Bereich des § 20 StGB ab (S. 285). Auch hier bleibt er eine Erklärung schuldig, warum dieses Wissen so unsicher ist.

Im nächsten Unterkapitel wird der Strafzumessungs- und Strafbegründungsschuld im Straftatsystem nachgegangen. Eine Zusammenführung sei nur dann zu gewährleisten, wenn von einem umfassenden Tatbegriff ausgegangen werde, der die Anschauung des Unrechts modifiziert. Über die Kategorie des verschuldeten Unrechts trete keine Diskrepanz mehr auf. Denn dadurch, dass sämtliche Merkmale der herkömmlichen Strafzumessungsschuld als Differenzierungen der Unrechtsausprägung geführt werden, könnten diese mittels der Operatoren der Strafbegründungsschuld dem bewährten Zurechnungsmodus unterworfen werden. Das Unrecht müsse immer Bestandteil des Schuldtatbestands der Strafbegründung sein. Auf diese Weise könne auch der deduktive Prüfungsmechanismus der Straflosigkeit problemlos eingesetzt werden (S. 302 f.).

Schließlich münden die Ausführungen in ein „Trichtermodell der Verbrechenslehre" (S. 327). Die vorgeschlagene extensive Auslegung des Tatbegriffs führt zu einem Modell, in dem es kein Nebeneinander von Unrecht und Schuld gibt, welches einen Tat-Täter-Dualismus suggeriere. Schuld komme ohne Unrecht nicht aus, da es keine abstrakte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit gäbe, aus denen Schuld im Strafrecht erwachse. Vielmehr bezöge sich die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit stets auf einen konkreten Sachverhalt, der ein mögliches Unrecht in der Tatsituation zur Überführung stelle. Unrecht und Schuld seien zwar aufeinander bezogen, aber eigenständige Begriffe. Dies sei der Unrecht-Schuld-Konnex im Schuldstrafrecht (S. 331). Das Trichtermodell der Verbrechenslehre sei nicht nur zufällig an das kriminologische Trichtermodell angelehnt, sondern von der Hypothese geleitet, dass sich ein fundamentaler Zusammenhang auf systemtheoretischer Basis ergründen lasse (S. 332).

Im zweiten Teil des ersten Kapitels wendet sich *Klahr* der Dogmatik der Strafzumessung zu. Auch hier führt er zunächst übersichtlich und differenziert in die straftheoretischen Grundlagen ein. Er kommt zu dem sicher zutreffenden Ergebnis, dass keiner der aufgezeigten Ansätze gemessen an den Anforderungen der Strafbemessung vollkommen ist. Insofern müsse sinnvoll auf einer Meta-Ebene die Synthese von einzelnen Ansätzen herausgearbeitet werden. Die beiden Hauptaufgabenfelder der Strafzumessungswissenschaft seien Integration und Konkretisierung (S. 362), wobei sich die folgenden Ausführungen der Dissertation auf das Potential der Integration beschränken.

Der Verfasser kommt zu der Schlussfolgerung, dass das determinierende Element der Strafmaßfindung stets die Differenzierung sein müsse. Dabei könne es theoretisch für einen Sachverhalt nur eine Strafgröße geben (S. 373). Eine differentielle Strafzumessung sei ein „offener" und damit ausdrücklich integrativer Ansatz (S. 374). Allerdings setze das Recht auch Differenzierungsschranken, die sich aus der Verfassung, wie etwa durch das Schuldprinzip, Art. 3 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG, ergeben. Jedoch sei die potenzielle Pluralität der Strafmaßbegründungen keine reale mehr, da der angestoßene Prozess der „Verrechtlichung" der Strafzumessungslehre das ehemals „freie Ermessen" stark zurückgedrängt habe. Es sei zu erwarten, dass sich in Zukunft weitere Direktiven der Strafzumessung als Konsens der Diskussion herauskristallisieren werden (S. 375).

Im nächsten Schritt wird den Strafzumessungsfaktoren nachgegangen, die eine direkte Konkretisierung differentieller Methodik seien. Dezidiert werden hier die Beweggründe und Ziele des Täters, die erkannte Tätergesinnung sowie der Täterwille, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters und seine Lebensumstände, das Nachtatverhalten und sonstige Strafzumessungstatsachen beschrieben. Neben den Strafzumessungstatsachen im engeren Sinn wird weiteren sanktionsdeterminierenden Faktoren Raum gegeben, bei denen es inhaltlich um die Frage der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne gehe (S. 416).

Sodann wird sich dem Vorgang der Strafzumessung gewidmet, wobei sich hier im „anwendungsorientierten Teil" die Darstellung auf die „notwendig zu vollziehenden Denkschritte" beschränkt (S. 438). Nach Ausführungen zur Bestimmung des Strafrahmens folgt ein Unterabschnitt zur Einstellung und Gewichtung der relevanten Strafzumessungstatsachen. Dabei meine das Einstellen relevanter Strafzumessungstatsachen im Grunde eine Zusammenstellung des Bewertungsstoffs (S. 453). Aufgabe der Stoffsammlung sei es nur, das Strafzumessungsmaterial seiner Bedeutung nach zu strukturieren, um dieses für eine Abwägung fruchtbar zu machen (S. 458). Beim Abwägungsvorgang als Gewichtung der Faktoren seien die Strafzumessungstatsachen nach ihrer relativen Bedeutung zu gewichten. D.h. die einzelnen Umstände seien zueinander ins Verhältnis zu setzen und ihrer Bedeutung nach zu ordnen. Denkbar sei – so der Verfasser – die Einführung eines Punktwertverfahrens analog der Praxis statistischer Kriminalprognose, um so den Relationen rechnerisches Gewicht zu verleihen. Allerdings stünde die Entwicklung eines solchen Manuals noch aus. Erwähnt wird hier aber die Modellierung bei *Giannoulis* (Studien zur Strafzumessung), an die angeknüpft werden könnte. Insofern wird hier der Weg gewiesen für weitere zukünftige Arbeiten, die sich einer solchen Aufgabe widmen. Allerdings müsste vor der Entwicklung eines Punktwertverfahrens meiner Meinung nach die Sinnhaftigkeit eines solchen geprüft werden. Schließlich sieht sich auch die Praxis statistischer Kriminalprognose durchaus Kritik ausgesetzt. So räumt auch *Klahr* letztlich der Entwicklung eines solchen Manuals nur beschränkten Erkenntnisgewinn ein. Allerdings müsse der gewichtigste Faktor in der Abwägung regelmäßig eine leitende Funktion haben, so dass die anderen Strafzumessungsgründe um diesen Kern- und Leitfak-

tor herum „andocken“ könnten. Diese Strafzumessungsgründe führten ausgehend vom Mindestmaß des Strafrahmenanfangs grundsätzlich zu einem Anwachsen der Strafe (S. 459).

Bei der Umwertung in den Strafrahmen gehe es schließlich darum, dem abzuurteilenden Fall ein festes Strafmaß aus dem Strafrahmen zuzuordnen. Dies sei „das Kardinalproblem der Strafzumessung“ (S. 460). Der entscheidende Schritt zum Strafmaß sei die Verknüpfung des Sachverhalts mit einem Zahlenwert, für den der Verfasser mehrere Wege aufzeigt. Dabei böte der gedankliche Mittelweg, der zunächst einen Fall mittels der Vergleichsmethode anhand einer pauschalen Typizität klassifiziert und anschließend die Einzel- und Besonderheiten würdige, die aussichtsreichste Vorgehensweise. Das eigentliche Problem bestehe aber darin, den Bezugspunkt, von dem aus ein Vergleich gezogen werden soll, einem bestimmten Strafmaß zuzuordnen (S. 465).

Daher wird anschließend die Frage aufgeworfen, ob nicht die Etablierung von Strafzumessungsrichtlinien ein gangbarer Ausweg sei. Diese Frage wurde in letzter Zeit vielfach diskutiert, hier aber nur grob angerissen und resümiert, dass einer gesetzlichen Determinierung durch Richtlinien generell nur eine begrenzte Reichweite zukomme (S. 471).

Auch eine Feinjustierung der Strafe mittels nochmaliger Bemühung der Strafzwecke verspräche letztlich keinen Erfolg. Der Verfasser ist der Ansicht, dass es ein fundamentales Missverständnis des § 46 Abs. 1 StGB sei, wenn aus der redaktionellen Gestaltung gefolgert werde, zunächst müsse zwingend die Schuld als Grundlage bestimmt werden, um anschließend den Strafzwecken Geltung zu verschaffen (S. 476). Vielmehr stelle sich Strafe im Ergebnis insgesamt in den Dienst der Zwecklehre. Schuld sei der basale Grundgedanke, der in Ausgleich mit den Rechten des Betroffenen zu bringen sei (S. 478).

Das zweite Kapitel widmet sich der Strafzumessung in der Revision und geht zunächst der Revisibilität der tatrichterlichen Strafzumessung nach. Zunächst werden konzise die Grundlagen der Strafzumessungsrevision beschrieben und sodann eine Fehlertypologie erstellt, wobei eine ausführliche Kasuistik – so der Verfasser – den Kommentaren und Rechtsprechungsübersichten vorbehalten bleibe (S. 492). Dennoch wird auch durch die etwas schmaleren Ausführungen deutlich, dass in jeder der Strafzumessungsphasen Fehler auftreten können, die in der Revision beanstandet werden können, so dass das Strafmaß prinzipiell „voll revisibel“ sei. Die Einschränkung der Revision folge erst aus den eingeschränkten kognitiven Möglichkeiten der Revisionsinstanz, dem Tatgericht einen Fehler nachzuweisen (S. 503).

Hinsichtlich der eigenen Strafzumessung des Revisionsgerichts wird die Kritik an der Ausdehnung revisionsrechtlicher Strafzumessung wiedergegeben und sich dieser angeschlossen. Von der Grundidee des § 354 Abs. 1 habe sich der Abs. 1a merklich entfernt, was mit dem Regelungskonzept der StPO nicht zu vereinbaren sei. Insofern sei eine restriktive Auslegung anzumahnen. Die Kompetenz nach § 354 Abs. 1a StPO könne nur so weit reichen, wie sich das Revisionsgericht des zugrunde liegenden Sachverhalts sicher sein kann. Die Anwendung scheide aus, wenn der Schuldumfang unvollständig oder unzutreffend ermittelt wurde und eine neue Verhandlung dem Angeklagten ein günstigeres Ergebnis einbringen kann (S. 521).

Aufgrund der „ein Stück weit unbefriedigend(en)“ Position wird die Frage aufgeworfen, ob die Etablierung eines Rechtsmittels sui generis ein Lösungsweg wäre (S. 521). Der Verfasser spricht sich für eine erweiterte Revision de lege ferenda nach österreichischem Vorbild durch Einführung einer speziellen Strafmaßrüge aus. Ihr Gegenstand wäre auf die Rechtsfolge beschränkt und in diesem Bereich volle Tatsacheninstanz. *Klahr* ist sich bewusst, dass seine „Forderung evident gegen den Trend“ läuft (S. 522). Er ist aber mutig genug, sie auszusprechen und es ist ihm recht zu geben. Vielleicht sollte man noch mutiger sein und die Revisionsmöglichkeiten (noch) mehr öffnen. Schließlich wird schon seit langem durchaus beklagt, dass in landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Verfahren eine 2. Tatsacheninstanz fehlt und die Überprüfungsmöglichkeiten erstinstanzlicher Entscheidungen beschränkt sind. Bedenken gegen eine Strafmaßrüge jedenfalls räumt der Verfasser aus.

Im abschließenden Kapitel 3 werden die Perspektiven für Schuld und Strafmaßfindung zusammengeführt. Der Verfasser resümiert, dass sich das Schuldstrafrecht in einer „veritablen Krise“ befindet (S. 524). Die Terminologie sollte aber trotz aller Unsicherheiten im Detail nicht ohne Not aufgegeben werden. Insoweit scheine es neben der Realpolitik auch eine Form von „Realjurisprudenz“ zu geben und sei auch in neuerer Zeit ein „wehrhaftes“ Schuldstrafrecht zu erwarten (S. 528). Der Streit um den Schuldbegriff scheine zu einem überwiegenden „Teil ein bloß scholastischer zu sein“. Zwar erweise sich § 20 StGB nur als bedingt strukturalisierbar, allerdings sicherten verfassungsrechtliche Implikationen eine „gerechte“ Schuldspruchpraxis ab (S. 528 f.).

Krahl sieht in der Frage nach den prägenden Unrechtsfaktoren im Rahmen der Strafzumessung die Zukunftsaufgabe der Strafrechtswissenschaft (S. 530) und zieht ein „offenes Fazit“. So sei angesichts des steten gesellschaftlichen Wandels eine zeitüberdauernde Lösung der vom Schuldprinzip tangierten Probleme nicht zu erwarten. Die Diskussion über Schuld und Strafe müsse demnach lebendig bleiben (S. 533).

Der Verfasser legt eine umfangreiche und ausgewogene Monografie über Schuld und Strafmaß vor. Sie überzeugt durch die kunstvolle Verknüpfung von Rechtsanwendung und theoretischen Grundlegungen, die in eigene Betrachtungen münden. Diese generieren eine Fülle von Ideen, an die man anknüpfen kann. Bleibt zu hoffen, dass sich zukünftigen Arbeiten diesen Ideen annehmen, sich damit auseinandersetzen und sie weiterentwickeln.

TAGUNGSBERICHT

Tagungsbericht: 8. Deutsch-Taiwanesisches Strafrechtsforum in Passau (3. bis 7. Juli 2023): „Das Strafrecht der Zukunft“

*von Dr. Oliver Harry Gerson, Elisa Holzinger, Ulrike Koch, Yi-Chien Lin, Romina Milles und Lena Nerb**

I. Das Deutsch-Taiwanesische Strafrechtsforum – eine Institution

Das mittlerweile 8. Deutsch-Taiwanesische-Strafrechtsforum[1] zur Förderung des strafrechtlichen Austausches zwischen Deutschland und Taiwan fand in diesem Jahr vom 3. bis 7. Juli 2023 erstmals an der Universität Passau statt. Das Strafrecht Taiwans weist in Dogmatik und Grundkonzeption erhebliche Parallelen zum deutschen Strafrecht auf, was als Frucht eines langjährigen und intensiv gepflegten Austausches beider Strafrechtssysteme (Rezeption) in Wissenschaft und Praxis angesehen werden kann. Das im Jahr 2011 ins Leben gerufene Forum zielt auf die Intensivierung dieses fachlichen Austauschs zwischen Deutschland und Taiwan auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts ab. Die Veranstaltung erfolgt alle zwei Jahre, jeweils abwechselnd an einer der beteiligten Universitäten in Taiwan bzw. Deutschland.

Inzwischen engagieren sich auf dieser Plattform insgesamt sieben Universitäten (drei deutsche sowie vier taiwanesische), um den regelmäßigen Dialog der beiden Länder in strafrechtlichen Fragen aufrecht zu erhalten. Ergänzend können stets auch hochrangige externe Gäste für die Tagung gewonnen werden. Neben den Organisatoren des diesjährigen Forums, *Prof. Dr. Robert Esser* (Universität Passau, Forschungsstelle HRCP), *Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn* (Universität Osnabrück) und *Prof. Dr. Mark A. Zöller* (LMU München) referierten von taiwanesischer Seite sechs Vertreter der Nationaluniversität Taiwan (NTU) Taipeh, der Cheng-Kung-Nationaluniversität (NCKU) Tainan, der Chung-Hsing-Nationaluniversität (CHNU) Taichung und der Nationaluniversität Kaohsiung (NUK). Als weitere Gäste der Veranstaltung wurden der Repräsentant Taiwans in der Bundesrepublik Deutschland *Prof. Dr. Jhy-Wey Shieh*, der Justizminister Taiwans *Ching-hsiang Tsai* sowie der Generaldirektor der Taipeh Vertretung in der Bundesrepublik Deutschland (München) *Prof. Dr. Ian-Tsing Joseph Dieu* sowie der Generaldirektor des Deutschen Instituts Taipeh, *Dr. Jörg Polster*, in Passau empfangen. Darüber hinaus nahmen externe Strafrechtswissenschaftler:innen, Strafrechtspraktiker:innen sowie Nachwuchswissenschaftler:innen am Forum teil. Ermöglicht wurde dessen Durchführung durch die finanzielle Unterstützung der Fritz-Thyssen-Stiftung, des Vereins der Freunde und Förderer der Universität Passau e.V. sowie der Taipeh Vertretung in der Bundesrepublik Deutschland.

II. Fachprogramm

Nach einer durch die Corona-Pandemie (2020-2022) bedingten vierjährigen Zwangspause wurden unter dem Oberthema „Das Strafrecht der Zukunft“ aktuelle Fragestellungen thematisiert, die Deutschland und Taiwan in den nächsten Jahren intensiv beschäftigen werden (u.a. Umweltvölkerstrafrecht/Ökozid, Deepfakes, Identitätsdiebstahl, automatisierte und autonome Systeme, Digitalisierung, Best-Practice-Guidelines für Strafgesetzgebung, Unternehmensstrafrecht, Entkriminalisierung). Dieser Chapeau bot den Referent:innen zudem die Möglichkeit über weltpolitisch aktuelle und gesellschaftlich brisante Themen, wie beispielsweise den russischen Angriffskrieg, den Klimawandel sowie den strafrechtlichen Umgang mit der rasant fortschreitenden Digitalisierung zu diskutieren. Dieser Austausch erweist sich für beide Seiten als gewinnbringend: Taiwan ist als Asiens *„digital leader“* bekannt und kann in diesem Bereich als *„role model“* für Deutschland dienen. Beim Umweltschutz sieht Taiwan sich mit vergleichbaren, wenn nicht aufgrund seiner geografischen Lage sogar noch erheblicheren Problemen als Deutschland konfrontiert. Da die Inselrepublik

* Der Verf. *Gerson* ist Habilitand, die Verf. *Holzinger*, *Koch, Milles* und *Nerb* sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches sowie Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von *Prof. Dr. Robert Esser* an der Universität Passau. Die Verf. *Lin* promoviert an diesem Lehrstuhl.

[1] Zu den vorangegangenen Tagungen die im Anschluss erfolgten Publikationen: *Zöller/Sinn* (Hrsg.), Neujustierung des Strafrechts durch Terrorismus und Organisierte Kriminalität, 2. Deutsch-Taiwanesisches Strafrechtsforum Trier/Osnabrück 2012 (2013); *Sinn Wang/Wu/Zöller* (Hrsg.), Strafrecht ohne Grenzen, 3. Deutsch-Taiwanesisches Strafrechtsforum Kaohsiung/Tainan/Taipeh 2013 (2015); *Zöller/Sinn/Esser* (Hrsg.), Lebensschutz im Strafrecht, 4. Deutsch-Taiwanesisches Strafrechtsforum Berlin 2014 (2017); *Sinn/Zöller/Esser* (Hrsg.), Reform der Vermögensabschöpfung, 6. Deutsch-Taiwanesisches Strafrechtsforum Berlin 2017 (2019); *Wu/Esser/Sinn/Zöller* (Hrsg.), Digitalisierung und Strafrecht, 7. Deutsch-Taiwanesisches Strafrechtsforum Taipeh 2019 (2023; im Druck).

mit 23 Millionen Einwohnern inzwischen zu einer der 20 größten Volkswirtschaften der Welt mit einem hohen Lebensstandard erwachsen ist, kommt schon aus Eigenschutz ein schlichtes Ignorieren der Themen Nachhaltigkeit und Ökologie für Taiwan nicht mehr in Betracht.

1. Veranstaltungstag

Das fünftägige Forum (davon an drei Tagen mit Fachsitzungen) wurde am Dienstag, den 4.7.2023, mit dem Grußwort des Dekans der Juristischen Fakultät der Universität Passau, *Prof. Dr. Jörg Fedtke*, eröffnet. Dem schlossen sich die Eröffnungsworte von *Prof. Dr. Ian-Tsing Joseph Dieu* an, in denen er die erhebliche Bedeutung der deutschen Strafrechtswissenschaft für die Entwicklung des taiwanesischen Strafrechts betonte. Es folgten Grußworte von *Prof. Dr. Robert Esser*, der sich bei den sieben permanent teilnehmenden Universitäten und hochrangigen externen Gästen für ihre engagierte Teilnahme bedankte.

Eröffnet wurde die erste Fachsitzung (moderiert von *Prof. Dr. Jiuan-Yih Wu*) durch *Prof. Dr. Ian-Tsing Joseph Dieu*, dem Generaldirektor der Taipeh Vertretung in der Bundesrepublik Deutschland (Büro München) mit einem Vortrag zur *„Perspektive Taiwans im Völkerstrafrecht der Zukunft“*. *Dieu* bettete seine Ausführungen in den aktuellen Konflikt in der Ukraine ein. Er konkludierte, dass effektive Gegenmaßnahmen gegen Aggressionen nicht nur auf militärischer, sondern auch auf völkerrechtlicher Ebene ergriffen werden müssten. Aufgrund der Erfahrungen aus Anlass des russischen Angriffskrieges plane Taiwan sein Strafgesetzbuch um ein Völkerstrafgesetzbuch, vergleichbar dem deutschen VStGB von 2002, zu ergänzen. Hauptanliegen sei dabei, die Straflosigkeit von schwersten Völkerrechtsverbrechen zu verhindern. Derzeit pflege Taiwan bilaterale Beziehungen im Hinblick auf Strafsachen mit 16 Ländern, u.a. Deutschland, Polen und der Slowakei. Das taiwanesische VStGB könnte dabei wie das Römische Statut die *core crimes* des Völkermords, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, der Kriegsverbrechen und der Aggression enthalten. Der *IStGH* würde sodann eine komplementäre Rolle zur nationalen taiwanesischen Strafgerichtsbarkeit einnehmen. Durch weitere Rechtshilfeabkommen könnte Taiwan sich Joint Investigation Teams zur Aufklärung von Völkerrechtsbrechen anschließen und von deren Erfahrungen profitieren. Über all diesem schwebe allerdings das Problem der Anerkennung der Staatlichkeit Taiwans. Taiwan sei zwar einerseits als selbstständiges Zollgebiet nach Art. XII Abs. 1 des WTO-Übereinkommens in der Welthandelsorganisation vertreten und pflege quasi-diplomatische Beziehungen zu gewissen Staaten. Exemplarisch hierfür regele der Taiwan Relations Act 1979 die internationalen Beziehungen Taiwans zu den Vereinigten Staaten. Andererseits werde Taiwan von einem großen Teil der Staatengemeinschaft nicht als selbstständiger Staat anerkannt. Auch die Implementierung eines echten Weltrechtsprinzips (i.S.d. § 2 VStGB) könne eine doch eher kleine Entität wie Taiwan zudem vor nicht zu bewältigende organisatorische Herausforderungen stellen. Es sei daher wichtig, dass Taiwan mit anderen, bereits im Völkerstrafrecht etablierten Staaten den Erfahrungsaustausch suche.

Im zweiten Vortrag des Tages ging *Prof. Dr. Robert Esser* von der Universität Passau auf das Thema *„Strafrecht in der 20. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages – Auch eine Zeitenwende?“* ein. Auch *Esser* griff als Einstieg den völkerrechtswidrigen Angriff Russlands auf die Ukraine auf und bestätigte das in der Politik seither oft kolportierte Schlagwort der „Zeitenwende“. Eine eben solche wurde allerdings bereits zuvor von der Bundesregierung auch im Kontext des Strafrechts ausgelobt. Weitgehend unklar bleibe nach *Esser* dabei, ob damit gemeint sei, dass sich das Strafrecht (als Ganzes?) grundlegend ändern müsste, oder ob es lediglich „anders“ als in den Zeiten zuvor gehandhabt werden sollte. Gleichzeitig wurde von Seiten des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) angekündigt, noch in diesem Jahr den kompletten Besonderen Teil des StGB auf die „Höhe der Zeit“ zu bringen.[2] Diese Formulierung nahm *Esser* auf und wies anhand zahlreicher Beispiele nach, an welchen Stellen ein Reformbedürfnis des Besonderen Teils des StGB, zum Teil bereits seit Jahren, angenommen werden könne, so u.a. bei der Umformulierung der Tötungsdelikte, beim weiterhin ungleich (Art. 3 GG) ausgestalteten § 183 StGB und bei der Handhabe der sog. „Bagatelldelikte“. Ferner gäbe es große regionale Unterschiede im Rahmen der Strafverfolgung zahlreicher Delikte, deren Ausgleich auch durch Regelungen außerhalb des StGB, so zum Beispiel in den RiStBV, möglich wäre. Auch bei der geplanten Entkriminalisierung des Konsums von Cannabis zeige sich, dass der Gesetzgeber zwar eine echte Reform in Aussicht gestellt habe, durch sehr kleinteilige und zum Teil schwer überprüfbare Regelungen allerdings – zumindest bislang und auf dem Papier – mehr Bürokratie als Freiräume kreiere.[3] Ebensolche bis heute drängenden, zugleich aber weiterhin ungelösten Lebensphänomene sieht *Esser* in dem Containern von Lebensmitteln, im sog. Schwarzfahren (§ 265a StGB) und beim Umgang mit den Protestaktionen der „Letzten Generation“. Ein weiterer Bereich, in dem es seit langem an einem großen Wurf fehle, sei auch das Sexualstrafrecht; als eines von vielen Themen bleibe herauszugreifen, dass weiterhin kein valider Vorschlag zur Bestrafung oder Nichtbestrafung des sog. *„Cat*

[2] Vgl. hierzu https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/geplante-reform-des-strafgesetzbuchs-marco-buschmann-will-alte-tatbestaende-streichen/ (zuletzt abgerufen am 30.7.2023).

[3] Vgl. hierzu https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/gesundheit-cannabisgesetz-fdp-warnt-lauterbach-vor-buerokratiemonster-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-230721-99-478072 (zuletzt abgerufen am 30.7.2023).

Calling" auf dem Tisch liege.[4] Die Zeitenwende, die *Esser* sich wünscht, wäre demnach eine, in der die sog. Bagatelldelikte weitgehend aus dem Kernstrafrecht entfernt würden, sei es, indem sie komplett gestrichen werden, eine Art Wesentlichkeitsschwelle bei der Prüfung eingefügt oder aber noch größere Flexibilität bei der prozessualen Einstellung entsprechender Taten an den Tag gelegt werden.

Den dritten Vortrag des ersten Panels hielt *Prof. Dr. Heng-da Hsu* von der Nationaluniversität Taiwan (NTU) Taipeh, zum Thema *„Hat die Rechtsgutstheorie eine Zukunft? – Überlegungen zu den strafrechtsdogmatischen Funktionen des Rechtsgutsbegriffs"*. *Hsu* referierte zunächst über den Ursprung der Ausgestaltung des Rechtsgutsprinzips im deutschen Strafrecht und dessen Rezeption im taiwanesischen Diskurs. Er attestierte dem Prinzip eine doppelte Funktion, nämlich zum einen eine gesetzgebungskritische, die der Bestimmung der zulässigen Grenze der Strafgesetze im Allgemeinen diene, zum anderen eine strafrechtsdogmatische, bei der es darum gehe, die Strafbarkeitsgrenze im Einzelfall zu bestimmen. *Hsu* hinterfragte insbesondere die kritische Potenz des gesamten Konzepts, d.h. ob das Rechtsgutskonzept überhaupt dafür geeignet sei, eine taktische Kriminalisierungsgrenze festzustellen, was insbesondere in Bezug auf lediglich moralische oder die Sittlichkeit verletzende Handlungen nicht immer attestiert werden könne. Insbesondere hinterfragte *Hsu*, inwieweit ein rechtsdogmatischer Topos zulässigerweise Beschränkungen für den Gesetzgeber ausbuchstabieren dürfe. In seiner eigenen Deutung unternahm es *Hsu*, den Rechtsgutsbegriff mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Einklang zu bringen. Der Rechtsgutsbegriff könne ihm zufolge die erforderliche Hilfestellung für die Prüfung bieten, ob ein geschütztes Gut auch als wichtiges Gemeinschaftsinteresse bei der Festlegung des legitimen Zwecks im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung angesehen werden könne.

Im letzten Vortrag der ersten Fachsitzung referierte *Prof. Dr. Mark A. Zöller* von der LMU München zur „*Qualitätskontrolle für die Strafgesetzgebung – Zukunftsmodell oder Illusion?*". *Zöller* eröffnete seine Ausführungen mit dem Hinweis, dass die Diskussion über gute bzw. schlechte Strafgesetze meist abseits der Gesellschaft und außerhalb der Fachliteratur, d.h. hinter vorgehaltener Hand oder lediglich auf Fachtagungen erfolge – eine der wenigen Ausnahmen sei § 217 StGB gewesen.[5] Dies bewirke, dass sich der Einfluss von Vertretern außerhalb der Politik auf die Strafgesetzgebung eher gering halte. Abseits des Umstands, dass „schlechte" Gesetze (was als Bezeichnung zumeist einer subjektiven Bewertung entspringe) durchaus existieren, sei die weitaus intrikatere Frage, wie es überhaupt zu entsprechenden Missgriffen kommen könne. *Zöller* führte beispielhaft an § 127 StGB aus, dass diese Vorschrift sachlich nicht erforderlich sei und die realen Probleme schlicht unzutreffend adressiere, u.a. weil sie schlecht formuliert („Handelsplattform" für Tauschbörsen) oder aber technisch unsauber konzipiert sei (u.a. die unklare Subsidiaritätsklausel in § 127 Abs. 1 S. 1 a.E. StGB). Obwohl sich in der Entstehungsgeschichte der Norm sechs Sachverständige in den Anhörungen gegen die Vorschrift ausgesprochen hätten, seien die vorgebrachten Bedenken ignoriert bzw. in den Wind geschlagen worden. Als Ursachen schlechter Gesetze arbeitete *Zöller* die zum Teil irrationalen Rahmenbedingungen in den Gesetzgebungsprozessen, insbesondere in der Sicherheitsgesetzgebung, heraus: Sehr oft sei dort „wenig Rechtsgutslehre, dafür aber viel Handlungszwang" bzw. die Angst vor Verantwortlichkeit zu erkennen. Zudem würden Fragen der Einsatztaktik der Sicherheitsbehörden und rechtliche Rahmenbedingungen miteinander vermengt. Entkriminalisierung habe in der Sicherheitsgesetzgebung schlicht keine Lobby. Werden zudem als Sachverständige Personen beauftragt, die politisch in eindeutig abgrenzbaren politischen Lagern stünden und kombiniere man dies mit erheblichem Zeitdruck und fehlender Sachkenntnis seitens der verantwortlichen Politiker, sei es weitaus weniger verwunderlich, wenn Qualitätsmängel sich immer mehr häuften. Die Strafrechtswissenschaft müsse allerdings anerkennen, dass nicht jedes Gesetz, das einem selbst unbillig sei, automatisch als schlecht oder verfassungswidrig abgetan werden könne. Positiv sei zu bewerten, dass im aktuellen Koalitionsvertrag die Evaluation der Sicherheitsgesetzgebung, die Etablierung einer Freiheitskommission, die Gründung eines Zentrums für Legistik wie auch die Durchführung einer Überwachungsgesamtrechnung auf die Agenda gesetzt wurden.[6] Dies stelle einen Schritt in die richtige Richtung dar.

Der Nachmittag stand im Lichte des „Umweltstrafrechts" mit sowohl rechtsvergleichenden Ansätzen zwischen dem taiwanesischen und dem deutschen Recht als auch unter Einbeziehung völkerrechtlicher Bezüge. Die Moderation übernahm *Prof. Dr. Mark A. Zöller.*

Eröffnet wurde die nachmittägliche 2. Sitzung von *Prof. Dr. Chih-Jen Hsueh* von der Nationaluniversität Taiwan (NTU) Taipeh, der zum Thema „Aktuelle Probleme des Umweltstrafrechts in Taiwan" vortrug. *Hsueh* stellte die aktuellen Entwicklungen des Umweltstrafrechts anhand einer detaillierten Auseinandersetzung mit den Argumenten zur Reform des § 190a taiwStGB dar, welcher Verschmutzungen von Umweltmedien unter Strafe stellt. Dessen Auslegung hatte in den zurückliegenden Jahren

[4] Zur Petition „Es ist 2020. Catcalling sollte strafbar sein" vgl. https://www.openpetition.de/petition/argumente/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein#petition-main (zuletzt abgerufen am 23.7.2023); eine Regelung im StGB oder OWiG fordert der DJB (Hrsg.), Policy Paper: „Catcalling" – abrufbar unter https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st21-09_policy_paper_catcalling.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2023); *Dechering*, KriPoZ 2021, 122 (130 ff.) plädiert die Schaffung eines eigenen Straftatbestandes; gegen die Schaffung eines eigenständigen Tatbestandes sprechen sich *Steiner*, ZRP 2021, 241 (242) und *Windsberger*, NK 2022, 342 (350 ff.) aus.

[5] *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a., BVerfGE 153, 182 ff.

[6] Hierzu auch *Esser/Zöller et al.*, KriPoZ 2022, 326 ff. sowie *Gerson*, KriPoZ 2022, 404 ff.

der Verfolgung Schwierigkeiten bereitet. Ein entscheidender Faktor sei die fehlende Verwaltungs(rechts)akzessorietät, d.h. der Umstand, dass der Straftatbestand nicht damit gekoppelt sei, ob eine behördliche Genehmigung für die in Frage stehende umweltschädigende Handlung vorliege oder nicht. So fand § 190a taiwStGB in der früheren Ausgestaltung als konkretes Gefährdungsdelikt in der Praxis nur auf insgesamt 48 Fälle Anwendung: Die Strafverfolgung scheiterte stets an der Nachweisbarkeit der Kausalität der Tathandlung für den Eintritt der konkreten Gefahr, wie es u.a. beim spektakulären Fall der Schwermetall-Verschmutzung des Houjin-Flusses der Fall war. Seit der Reform des Gesetzes im Jahr 2018 wurde diese anthropozentrische Rechtsgutsbetrachtung aufgegeben und der Straftatbestand in ein abstraktes Gefährdungsdelikt umgewandelt. Zudem wurden eine Bagatellklausel eingefügt sowie der Anwendungsbereich auf Arbeitnehmer erweitert. Dies stellt eine konkrete Reaktion auf zurückliegende Ereignisse dar, da in der alten Fassung des Tatbestands nur Geschäftsführer, Planer und Kontrolleure im Qualifikationstatbestand mit der erhöhten Strafe von sieben Jahren Freiheitsstrafe bedroht waren, im Falle des Houjin-Flusses allerdings Mitarbeiter des verantwortlichen Unternehmens die Umweltverschmutzung eingeleitet hatten. Laut *Hsueh* bleibe jedoch weiterhin die Frage offen, ob die Wirksamkeit der Norm verbessert werden konnte, da nunmehr das Strafbarkeitsrisiko für den normalen Bürger verschärft worden sei. Zudem bestehe Unsicherheit hinsichtlich der Bagatellklausel sowie hinsichtlich der Rechtsnatur und des Anwendungsbereichs der Norm. In seinen abschließenden Reformüberlegungen sprach er sich daher für eine Strafbarkeit der hinter den Tathandlungen stehenden juristischen Personen und einen eigenen Abschnitt für Umweltstraftaten aus, da aktuell die Straftatbestände weiterhin sehr unspezifisch und im gesamten taiwStGB verstreut seien. Darüber hinaus werde die Implementierung einer weitgehenden Verwaltungsakzessorietät das Strafrecht widerspruchsfreier gestalten.

Als zweiter Referent des Nachmittags schloss sich *Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn* von der Universität Osnabrück an, der der Frage *„Ökozid als Völkerrechtsverbrechen?“* nachging. *Sinn* eröffnete seinen Vortrag mit einem Rekurs über den Angriff der russischen Streitkräfte auf den Kachowka-Staudamm in der Ukraine. Diese bewusste Zerstörung des Bauwerks sei nicht nur eine Kriegseinwirkung, sondern aufgrund der langfristigen und noch weit in die Zukunft reichenden Folgen für die Bevölkerung auch eine systematische Vernichtung der Lebensgrundlage für Generationen. Diese Problematik stellte den Ankerpunkt für die Frage dar, ob die dadurch vorliegende „Zerstörung der Lebensgrundlagen“ mit dem völkerrechtswidrigen Verbrechen des Genozids (vgl.§ 6 VStGB) assoziiert werden könnte. *Sinn* sieht das Ausweiten der Strafbarkeit des Ökozides von der von den Staaten national zu verfolgenden Umweltkriminalität zu einer Strafbarkeit auf Makroebene deshalb als geboten an, weil bei entsprechenden Taten häufig auch Regierungen beteiligt seien. Meist stünden überdies wirtschaftliche Interessen hinter systematischen Umweltzerstörungen – die Umweltkriminalität sei nach Betäubungsmittelverstößen und dem Handel mit gefälschten Waren sogar auf Platz drei der weltweiten Kriminalitätsphänomene angesiedelt. *Sinn* diskutierte, inwieweit der Ökozid im Rahmen der Makrokriminalität der *core crimes* eingeordnet werden könnte oder ob es an der Erforderlichkeit einer völkerrechtlichen Strafbarkeit fehle, da Staaten aus eigenem Antrieb Umweltkriminalität verfolgen sollten. Nach *Sinn* überwiege hierbei der Gedanke, dass die Lebensgrundlagen für so viele Generationen auf dem Spiel stünden und zumindest diejenigen, die sich systematisch an ihrer Zerstörung beteiligten, um sich daran zu bereichern, anders nicht verfolgt werden könnten. Die Vorteile der Ausgestaltung als Völkerrechtsverbrechen lägen in der gleichzeitigen Zentralisierung und Ausweitung der Strafverfolgung durch das Weltrechtsprinzip. Zuletzt legte *Sinn* die Kriterien der ELI-Musterrichtlinie zu Mindeststandards für den Straftatbestand des Ökozids[7] dar.

Den Abschluss des Dienstags bildete *Prof. Dr. Chen-Chung Ku* von der Cheng-Kung-Nationaluniversität (NCKU) Tainan mit einem Vortrag über das *„Sonderdelikt im taiwanesischen Abfallstrafrecht.“ Ku* zeigte den gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu § 46 GfEA (Gesetz für Entledigung des Abfalls) auf. Die Problematik sieht *Ku* vor allem darin, dass es sich bei der Abfallbeseitigung eigentlich um ein Sonderdelikt handelt, das jedoch in gewissen Teilen nach einer Anordnung der Großen Kammer des *höchsten taiwanesischen Gerichtshofs* faktisch als Jedermann-Delikt ausgestaltet sei. Durch eine detaillierte Darstellung aller Tatbestandsalternativen für unterschiedlichste Tätergruppen im Handlungskatalog werde dies besonders deutlich: Aufgrund der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen werde die Strafbarkeit bestimmter Abfallentledigungen von einer Genehmigung abhängig gemacht. Insoweit beinhalte § 46 GfEA nach der ausdrücklichen Verweisung auf § 41 GfEA zufolge eine Pflicht zur Beantragung einer Anlagenbetriebsgenehmigung. Zudem sei die aufgelistete Bandbreite möglicher Täter ein erheblicher Kritikpunkt. *Ku* schlug im Rahmen der anschließenden Diskussion die Brücke zum § 190a taiwStGB und zu möglichen Integrationsversuchen der beiden Vorschriften. Während § 190a taiwStGB kaum angewendet werde, würde gegen § 46 GfEA oft verstoßen, da hier die bloße Handlung für eine Strafbarkeit genüge. *Ku* verwies zudem auf die geplante Reform des § 46 GfEA, welche sich seiner Meinung nach am § 326 des deutschen StGB als Vorbild orientieren solle. Besondere Aufmerksamkeit wurde der Widersprüchlichkeit des Tatbestandes und dabei dem Umstand gezollt, dass in Taiwan kein Äquivalent zur deutschen Zurechnungsnorm des § 14 StGB existiert. Derartige Fälle würden vielmehr durch eine Regelung zum sog. fiktiven Mittäter (§ 31 Abs. 1 taiwStGB) gelöst, wobei nur natürliche Personen als Gewerbetreibende erfasst würden.

[7] European Law Institute, ELI Report on Ecocide, 2023, abrufbar unter: ELI_Report_on_Ecocide.pdf (europeanlawinstitute.eu).

2. Veranstaltungstag

Der zweite Tag des Fachprogramms stand unter dem Generalthema *„Digitalisierung und KI im Strafrecht – Wieviel Autonomie verträgt das Strafrecht?“* und umfasste insgesamt vier Vorträge. Moderiert wurde die Arbeitssitzung von *Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn.*

Der erste Referent, *Prof. Dr. Hsiao-Wen Wang* von der Cheng-Kung-Nationaluniversität (NCKU) Tainan, befasste sich mit dem Thema *„Digitalisierung und Datenschutz aus der Sicht des taiwanesischen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts“*. *Wang* legte dar, dass die durch den technologischen Fortschritt hervorgebrachte Digitalisierung das menschliche Leben zwar immer komfortabler gestalte. Gleichzeitig würden allerdings außerordentlich große Datenfluten produziert, die auch missbraucht werden könnten. Man müsse daher versuchen, die umfassende Digitalisierung und den effektiven Datenschutz durch ein vernünftiges Datenschutzrecht in Balance zu bringen. Er stellte dazu die §§ 41 ff. des taiwanesischen Datenschutzgesetzes vor und legte dazu den Bedeutungsgehalt der Begriffe „Erhebung“, „Verarbeitung“ und „Nutzung“ von Daten in zahlreichen Beispielen dar. Er wies dabei auf die erheblichen Parallelen zum deutschen BDSG von 2018 hin. Bis auf wenige Ausnahmen seien die genannten Tatbestände Allgemeindelikte und zugleich abstrakte Gefährdungsdelikte. Im Anschluss daran stellte Wang Tatbestände aus dem Kernstrafrecht vor, die entsprechend den deutschen §§ 202a, 303a StGB ausgestaltet seien. Zusammenfassend schloss er, dass das taiwanesische Datenschutzstrafrecht eine Vielzahl von Vorschriften aufweise, deren Binnenverhältnis noch nicht abschließend geklärt sei. Es bedürfe daher weitergehender Harmonisierung.

Kathrin Zitzelsberger, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von *Prof. Dr. Robert Esser*, schloss sich in ihrem Vortrag zu *„Autonomen Systemen im Strafrecht“*[8] als zweite Referentin des Vormittags an. Sie eröffnete ihren Vortrag mit einem Zukunftsszenario, in dem fast alle täglichen Geschäfte, von der Fahrt in die Arbeit, über Einkäufe bis hin zur Haus- und Pflegearbeit von autonomen Maschinen übernommen würden. Im Anschluss daran zeigte sie die Formen und Voraussetzungen von Smarten Systemen, u.a. deren „Kontextsensitivität“, die Vernetzung mit anderen Systemen bzw. dem Internet, die weitgehende Unvorhersehbarkeit von Aktionen sowie die verschiedenen, unterscheidbaren Stufen autonomen bzw. „automatisierten“ Verhaltens auf. Als Bedrohungen durch entsprechende Systeme identifizierte *Zitzelsberger* zum einen die Gefahren von „innen“ durch Produktfehler, die vorrangig über das Produktstrafrecht gelöst würden, sowie etwaige Bedrohungen von „außen“ durch Cyberangriffe, die dem Regelungsregime des Computer- bzw. Datenschutzstrafrechts unterfallen. Im Produktstrafrecht drehe es sich maßgeblich um die Fahrlässigkeitstatbestände der §§ 222, 229 StGB. Typische Probleme ergäben sich bei der Frage nach der Verwirklichung einer Tathandlung durch aktives Tun und Unterlassen (z.B. Inverkehrbringen von Produkten, fehlerhafte Programmierung, unzureichendes Training von KI-Systemen, mangelnde Instruktionen oder Produktbeobachtung, Unterlassen eines Rückrufs) und beim Kreis der Verantwortlichen (Führungsebene beim Hersteller, Leitungspersonal aus dem Bereich der Softwareentwicklung bzw. Programmierung). Ganz grundsätzlich sei in jedem Fall genauer zu hinterfragen, ob eingetretene Verletzungserfolge auch kausal und objektiv zurechenbar seien. Nach der Rechtsprechung genüge es, wenn alle anderen außerhalb des Produktfehlers liegenden, potentiellen Ursachen ausgeschlossen werden können. Der Grad der erforderlichen Sorgfalt steige jedenfalls mit der Höhe des Risikos an, wobei regelmäßig eine Einschränkung mithilfe der Rechtsfigur des erlaubten Risikos erfolgen müsse, um Hersteller von KI und Smarten Systemen nicht unverhältnismäßig stark zu belasten und einzuschränken. Beim Eingreifen von Hackern in das System könne auch die Lehre vom Dazwischen-Treten eines Dritten, die zurechnungsdurchbrechend wirke, fruchtbar gemacht werden. Abschließend ging *Zitzelsberger* kurz auf die Frage ein, ob auch eine Strafbarkeit des KI-Systems selbst in Frage käme; dies verneinte sie unter Bezugnahme auf den verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz.

Im dritten Vortrag des Tages ging es um *„Deepfakes in Taiwan“*, vorgetragen von *Prof. Dr. Chun-Wei Chen* von der Chung-Hsing-Nationaluniversität (NCHU) Taichung. *Chen* legte dar, dass sich der taiwanesische Gesetzgeber im Februar 2023 für die Schaffung zweier Strafnormen zur Bekämpfung von sog. Deepfakes entschieden habe. § 319d taiwStGB verbiete Deepfakes als solches, § 339d taiwStGB verbiete sie speziell als Mittel zum Betrug. Hintergrund für die Einführung des neuen § 319d in das taiwStGB war ein Youtuber-Fall im Jahr 2021. Einem in Taiwan sehr bekannten Youtuber wurde vorgeworfen, seit Juli 2020 im Internet die sog. Face-Swap-Technologie genutzt zu haben, um Gesichter bekannter Personen (meist weiblicher Prominenter) in pornografische Videos zu montieren. Er verdiente mit der Bereitstellung dieser Fakes umgerechnet 400.000 Euro. Im Juli 2022 verurteilte das *Amtsgericht Neu-Taipeh* den Angeklagten wegen Missbrauchs personenbezogener Daten, Beschaffung pornografischer Bilder und Verleumdung in mehreren Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten. Nach der Urteilsverkündung wurden Stimmen laut, die eine eigenständige strafrechtliche Vorschrift für den Missbrauch der Deepfake-Technologie forderten. Daraufhin legte das taiwanesische Justizministerium einen Gesetzesentwurf vor, der im Januar 2023 verabschiedet wurde. Die neue Vorschrift des § 319d taiwStGB umfasst nunmehr die Tathandlungen des Herstellens, des Verbreitens sowie des Übertragens der manipulierten sexuellen Bildaufnahme(n). Zudem existiert eine Qualifikation der zuvor genannten Handlungen bei Vorliegen von Gewerbe- oder Verkaufsabsicht. Die neue, als Eignungsdelikt ausgestaltete Vorschrift des § 319d taiwStGB liegt im

[8] Vgl. vertiefend zum Thema des Vortrags: *Zitzelsberger*, Smart Strafrecht – Strafrechtlicher Schutz privater Nutzer smarter Systeme des Internets der Dinge. Eine Untersuchung des Produkt- sowie des Computer- und des Datenschutzstrafrechts, Dissertation (2023).

ebenfalls neu eingefügten Abschnitt 28a *„Straftaten gegen die sexuelle Privatsphäre und manipulierte sexuelle Bilder“*. Dass die neue Vorschrift nur Bilder mit sexuellem Bezug umfasse und nicht zugleich auch andere Bereiche wie z.B. die Politik, sei eine ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers, der auf die früheren Deepfake-Fälle möglichst schnell reagieren wollte. *Chen* kritisierte insoweit, dass in Fällen, in denen das Opfer von Deepfakes nur die Person ist, deren Bildnis missbraucht wird, die neue Strafvorschrift gerade nicht die Intimsphäre des Opfers und damit auch nicht dessen Privatsphäre schützen könne. Er schließt daraus, dass die Privatsphäre kein Rechtsgut dieser Vorschrift sei, sondern allein die Persönlichkeit. Wegen der schwierigen Abgrenzung zwischen Persönlichkeit und Ehre sei weiterhin zu kritisieren, dass die Ehrverletzungsdelikte trotz des geringeren Strafmaßes die gleiche Drohwirkung entfalten könnten wie § 319d taiwStGB. Wenn der Gesetzgeber tatsächlich die Persönlichkeit schützen wollte, bliebe außerdem fraglich, wieso nur die sexuelle Seite der Persönlichkeit durch die neue Vorschrift geschützt werden solle. *Chen* bezweifelt insgesamt die kriminalpolitische Wirksamkeit dieser Vorschrift im Kampf gegen den Missbrauch von Deepfakes und sieht darin vor allem symbolisches Strafrecht.

Im letzten Vortrag des zweiten Sitzungstages trug *Dr. Oliver Harry Gerson*, Habilitand am Lehrstuhl von *Prof. Dr. Robert Esser*, zum Thema *„Identitätsdiebstahl: Regelungslücke oder Strafrecht im Übermaß?“* vor. Im Einstieg zeichnete er in Form einer Dystopie nach, wie weit die Schädigung von Privatpersonen reichen kann, wenn sie aufgrund von Datenmissbrauch und der Erstellung von Fake-Accounts nach und nach die Kontrolle über ihr tägliches Leben verlieren. Im weiteren Verlauf unterschied er unter dem Begriff des „Identitätsdiebstahls“ (der offenkundig laienhaft gewählt ist) zwischen dem sog. Phishing (d.h. dem Erlangen von Bank- und Kontodaten mittels manipulierter E-Mails) als *Identitätsmissbrauch* und dem relativ neuen Phänomen des Erstellens von Fake-Accounts als *Identitätsübernahme*, bei denen die Täter vorgeben, von einer real existenten Person zur Erstellung der digitalen Identität autorisiert worden zu sein. Das Phishing von Kontodaten ist eine seit dem Jahr 2003 weltweit angelegte Täuschungsmasche, bei der weitverzweigte Tätergruppen über eine Vielzahl von Handelsrouten mittels der zu Unrecht erlangten Kontodaten Gelder oder Gegenstände für den Erwerb und die Weiterveräußerung erlangen. Die Strafbarkeit des Phishings hängt jeweils von der Art und Weise der Erlangung der Daten, dem Stadium der Datennutzung sowie der Position der involvierten Personen im Gefüge ab. Infrage kommen §§ 263, 263a, 269/270, § 202a StGB sowie im weiteren Verlauf auch Anschlussdelikte wie die Hehlerei (§§ 259 f. StGB) oder die Geldwäsche (§ 261 StGB). *Gerson* konkludierte insoweit, dass kein eigener neuer Straftatbestand für das Phänomen des Phishings erforderlich sei, da schon jetzt jede Tathandlung des Phänomens bereits isoliert einer Strafbarkeit nach dem StGB unterfalle. Schwierigkeiten ergäben sich letztlich weniger auf der Ebene des materiellen Rechts als vielmehr bei der Aufdeckung der Machenschaften und bei der prozessualen Verfolgung der Täter. Anders könne die Bewertung für das noch recht neue Phänomen der Erstellung von Fake-Accounts ausfallen. Die Beweggründe für die Erstellung solcher falschen Social-Media-Profile dürften dabei vielgestaltig sein: So seien zwar auch beleidigende oder verleumderische sowie nachstellerische Motive denkbar (und damit auch nach den §§ 185 ff., 238 StGB zu ahnden). Da sich mit Fake-Accounts und deren Inhalten (generierte „Klicks“ und „Likes“ sowie Abonnements) beträchtlicher Umsatz generieren lasse, seien immer häufiger jedoch auch wirtschaftliche Interessen ausschlaggebend. Hier erscheine es deshalb nicht ausgeschlossen, dass eine Strafnorm, die die Erstellung von Fake-Accounts zur Vornahme von ehrverletzenden Handlungen oder aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten gesondert unter Strafe stellt, erforderlich sein könnte. Probleme ergäben sich insbesondere in Bezug auf das geschützte Rechtsgut, das nicht die Persönlichkeit als Ganze, sondern allenfalls die *„digitale Identität“* erfasst werden solle. *Gerson* stellte dazu einen Gesetzesvorschlag vor, der entsprechende Verhaltensweisen (sprich: die Erstellung einer nicht autorisierten digitale Identität) umfassen könnte.[9]

3. Veranstaltungstag

Unter der Leitung von *Prof. Dr. Hsiao-Wen Wang* von der Cheng-Kung-Nationaluniversität (NCKU) Tainan wurde die vierte Sitzung zum Thema „Sanktionenrecht, Strafvollzug“ eröffnet.

Den ersten Vortrag lieferte *Prof. Dr. Anne Schneider* von der Universität Düsseldorf zum Thema *„Aktuelles zur Einziehung von Vermögenswerten / Unternehmensstrafrecht“*. Zu Beginn des Panels bot *Schneider* einen Überblick über das aktuelle Unternehmensstrafrecht sowie die Regelungen zur Einziehung (§§ 73 ff. StGB) in Deutschland. Bislang existiere im deutschen Strafrechtssystem keine echte Kriminalstrafe für Unternehmen. Grund dafür sei die Ablehnung der Konstruktion der Schuldfähigkeit von Unternehmen, die weiterhin unabdingbare Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach dem deutschen Strafgesetz sei. Dennoch erlaube § 30 OWiG bereits jetzt eine Sanktionierung von Verbänden, wenn ein vertretungsberechtigtes Organ der juristischen Person eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen und dadurch entweder Pflichten der juristischen Person verletzt oder diese sich bereichert hat. Die unternehmerische Haftung werde zudem durch § 130 OWiG erweitert, wonach eine ahndbare Ordnungswidrigkeit auch dann vorliege, wenn der Inhaber des Unternehmens seine Aufsichtspflicht verletzt und dadurch eine Straftat eines Mitarbeiters nicht verhindert

[9] „Wer durch die Verwendung eindeutig zuordbarer echter Personendaten eine nicht autorisierte digitale Identität in der Absicht erstellt, den berechtigten Dateninhaber in seinem Ansehen oder seinem Ruf zu schädigen oder sich aufgrund der Datennutzung zu bereichern, wird mit …. bestraft.“

wird. Dabei ist es irrelevant, ob die Aufsichtspflichtverletzung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt ist. *Schneider* ging im Folgenden darauf ein, aus welchen Gründen die Einführung eines Unternehmensstrafrechts in Deutschland dennoch erforderlich sei. Zum einen fordere das EU-Recht ausdrücklich eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktion für Unternehmen. Auf der anderen Seite stehe die bisherige Handhabe im OWiG einer differenzierteren Strafzumessung im Wege; zugleich werde das Unternehmen im Strafverfahren nicht ausreichend repräsentiert. Neben den sog. „Kölner"[10] und „Münchner"[11] Entwürfen eines Verbandssanktionengesetzes sowie dem in der 19. Legislaturperiode eingebrachten Regierungsentwurf eines VerSanG[12] beleuchtete *Schneider* die aktuell parlamentarisch beratenen Konkretisierungen unternehmerischer Pflichten durch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz[13] zum Schutz von Mensch und Umwelt, der Produktsicherheitsverordnung,[14] die gewisse Standards für Produkte normiert, sowie des Hinweisgeberschutzgesetzes,[15] das Pflichten zur Einführung eines Whistleblowing-Systems festlege. Diese Kodifikationen wiesen bereits in die Richtung einer ersten Materialisierung eines zukünftigen Unternehmensstrafrechts, sei es auch nur insoweit, als dass sie Sorgfaltspflichten näher konkretisieren. Anschließend zeichnete *Schneider* die Leitlinien der großen Reform des Rechts der Vermögensabschöpfung in Deutschland im Jahr 2017 nach, deren Regelungen weitgehend auf das EU-Recht zurückführbar seien. Die Einziehungsanordnung sei nunmehr obligatorisch (§ 73 Abs. 1 StGB) und werde sogar bei Dritten für zulässig erachtet (u.a. §§ 73c, 74a StGB). Unter den Voraussetzungen des § 76a StGB sei sogar die selbstständige Einziehung, d.h. unabhängig von einer etwaigen strafrechtlichen Verurteilung, möglich. Zuletzt ging *Schneider* mit deutlicher Kritik an der Linie der Rechtsprechung auf das Folgeproblem einer etwaig rückwirkenden Anwendung der Neureglungen ein. Das *BVerfG* halte die Rückwirkung für verfassungskonform (Art. 103 Abs. 2 GG), da die Einziehung keine Strafe im Sinne des StGB sei, sondern lediglich der Abschöpfung vorhandener Bereicherungen diene und das Vertrauen auf den Erhalt des Gewinnes aus einer rechtswidrigen Handlung überdies nicht schützenswert sei.[16] Der Vortrag schloss mit dem Appell, dass in beiden Teilbereichen weiterhin Handlungs- und Reformbedarf bestehe.

Der zweite Referent des Vormittags war *Prof. Dr. Jiuan-Yih Wu* von der Nationaluniversität Kaohsiung (NUK). Er referierte zum Thema *„Digitale Beweismittel im taiwanesischen Strafprozess"*. *Wu* legte dar, dass Informationen im Zuge der Digitalisierung zunehmend rein digital erzeugt und verarbeitet würden. Daher steigen zugleich auch das Bedürfnis und das Erfordernis, Daten als Beweismittel in das Strafverfahren einführen zu können, um dadurch der Wahrheitsfindung als oberstes Ziel des Strafprozesses gerecht zu werden. Besonders bei „Cybercrime", das sich nur schwerlich anhand der herkömmlichen, d.h. analogen Beweismittel nachweisen lasse, nehme die Bedeutung digitaler Beweismittel zu. Die Besonderheit digitaler Beweismittel liege zum einen darin, dass die zugrundeliegenden Daten leicht veränderbar seien und infolgedessen eine erhöhte Unsicherheit bezüglich der Echtheit und Richtigkeit des Beweismittels bestehe. Um deren Authentizität sicherstellen zu können, werde in Taiwan über die Nutzung des „Hashwertes" diskutiert. Digitale Daten müssten zwingend diverse Zwischenschritte durchlaufen, um für das Strafverfahren nutzbar zu sein. Ihr Vorteil bestünde allerdings darin, dass nachträgliche Veränderungen nicht spurlos erfolgen und daher aufgedeckt werden können. Zum anderen könne auch die Zuordnung der ermittelten Informationen zu einer bestimmten Person erschwert sein, wenn beispielsweise ein öffentlich zugänglicher Computer genutzt wurde. Die Anwendung digitaler Beweismittel ist in §§ 122 ff. taiwStPO geregelt. Die digitalen Beweismittel bzw. deren Datenträger würden zunächst als Augenscheinbeweis eingebracht und mit Hilfe eines Sachverständigen auf Integrität und Authentizität hin geprüft. Grundsätzlich gelte auch in Taiwan der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (vgl. § 155 taiwStPO), weshalb der Beweiswert digitaler Beweismittel mit dem von analogen Beweismitteln weitgehend vergleichbar sei. Voraussetzung für die Verwertbarkeit digitaler Beweismittel sei allerdings der nachweisliche Ausschluss ihrer Veränderung im und durch das Ermittlungsverfahren. Abschließend ging *Wu* auf die anhaltende Debatte über den Mangel an einer präzisen Definition „digitaler Beweismittel" ein. Der Schwerpunkt der Diskussionen liege aber nach *Wu* bei der Wahrung der Authentizität des Beweismittels und der Verhinderung etwaigen Missbrauchs. Er konkludierte, dass digitalen Beweismitteln kein erhöhter Beweiswert im Vergleich zu herkömmlichen Beweismitteln zukomme und dies aufgrund der fortbestehenden Unsicherheiten bei der Prüfung der Echtheit und Richtigkeit auch nicht angestrebt werden sollte.

In der letzten Fachsitzung des Forums referierte *Prof. Dr. Brian Valerius* von der Universität Passau zur *„Audio-visuellen Dokumentation in der Hauptverhandlung"*. *Valerius* stellte zunächst die aktuelle Gesetzeslage dar und

[10] Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2017, https://jpstrafrecht.jura.uni-koeln.de/sites/iss_juniorprof/Projekte/Koelner_Entwurf_eines_Verbandssanktionengesetzes__2017.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2023).

[11] *Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber* (Hrsg.), Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2019; abrufbar unter https://www.familienunternehmer.eu/fileadmin/familienunternehmer/positionen/unternehmernahe_politik/dateien/famu_muenchner_entwurf_eines_versang_inkl_begruend_11.09.2019_final.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2023).

[12] Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 21.10.2020, BT-Drs. 19/23568.

[13] Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, BGBl. I 2021, S. 2959 ff.

[14] Verordnung (EU) 2023/988 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 10.5.2023 über die allgemeine Produktsicherheit, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 87/357/EWG des Rates.

[15] Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, BGBl. 2023 I v. 2.6.2023.

[16] *BVerfG*, Beschl. v. 10.22.2021 – 2 BvL 8/19 = BeckRS 2021, 3384 Rn. 106 ff., 130 ff.

ging dabei vor allem auf die Problematik der lückenhaften Dokumentation der Hauptverhandlung, insbesondere des Inhalts der Beweisaufnahme, ein. Hierzu nahm er auch auf das Begleitpapier zum Regierungsentwurf des Gesetzesvorhabens (RegE DokHVG) Bezug.[17] Protokolle von Elternabenden dokumentierten die Redebeiträge zu einer Klassenfahrt besser als es das Protokoll i.S.d. §§ 271 ff. StPO für das Strafverfahren tue, was angesichts der gravierenden Folgen für den Beschuldigten offenkundig widersprüchlich sei. *Valerius* unternahm sodann einen historischen Streifzug bis ins Jahr 1963 und zeigte die bisherigen Reformentwürfe auf, die die lückenlose Dokumentation der Hauptverhandlung erwogen hatten. Dazu spannte er den Bogen von den Beratungen zum StPÄG, über die Darstellung der Prüfempfehlungen der Expertenkommission aus dem Jahr 2015[18] bis hin zum aktuellen Regierungsentwurf.[19] Im Anschluss diskutierte er die Vorteile und Risiken der digitalen Dokumentation, wobei u.a. die Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen auf das Aussageverhalten der Akteure des Verfahrens besprochen wurden. Positiv sieht *Valerius* die Entwicklung hin zu einer objektiveren und transparenteren Dokumentation der Hauptverhandlung, weil auf diese Weise eine Verbesserung der Nachverfolgung des Verfahrensablaufs ermöglicht und eine Überprüfung der Entscheidungsgrundlage des Tatgerichts eröffnet würden. Seiner Einschätzung zufolge könnte das dem Entstehen von Diskrepanzen zwischen divergierenden Wahrnehmungen und Erinnerungen der einzelnen Prozessbeteiligten entgegenwirken und dadurch Meinungsverschiedenheiten auflösen. Vor diesem Hintergrund wurden sodann die wesentlichen Gesichtspunkte des RegE DokHVG besprochen. Vornehmlich soll in den erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor den Landes- und Oberlandesgerichten eine Tonaufnahme im Grundsatz verpflichtend bestehen, die automatisch transkribiert werden soll. Die zusätzliche Bildaufzeichnung bleibe hingegen optional und den einzelnen Bundesländern vorbehalten. Innerhalb der Tatsacheninstanz soll hierdurch dem Vorsitzenden die Möglichkeit eröffnet werden, auf die Aufzeichnungen zurückzugreifen und diese gegebenenfalls auf Anregung der Verfahrensbeteiligten als Vorhalt gegenüber weiteren zu vernehmenden Personen zu nutzen. Eine „Beweisaufnahme über die Beweisaufnahme" solle es hingegen nach wie vor nicht geben. In der Revisionsinstanz diene die vorgesehene Dokumentation nur der besseren Nachvollziehbarkeit einzelner Verfahrensschritte und könne zudem Verfahrensmängel besser illustrieren als das Hauptverhandlungsprotokoll. Dies ändere jedoch nichts an dem Umstand, dass grundsätzlich keine Rekonstruktion der Hauptverhandlung erfolgen solle. *Valerius* war der Auffassung, dass die geplante Transkription das Hauptverhandlungsprotokoll auf keinen Fall ersetzen, sondern dieses vielmehr ergänzen sollte. Als problematisch werden aus den Reihen der Praktiker vor allem die Regelungen der Ausnahmetatbestände wie § 273 Abs. 2 RegE DokHVG gesehen, der auf § 172 Nr. 1 und 1a GVG verweist. Dadurch bestünde die Gefahr des Missbrauchs etwaiger Rügemöglichkeiten der richterlichen Entscheidungen mittels (Konflikt-)Verteidigung, was Gerichtsverfahren noch weiter verlangsamen könnte. Auch *Valerius* sieht den RegE DokHVG teilweise als zu vage an, insbesondere in Bezug auf Zugriffsmöglichkeiten der am Verfahren Beteiligten im Rechtsmittelverfahren und in Bezug auf die Persönlichkeitsrechte der am Verfahren Beteiligten, insbesondere zum Schutz der Zeugen.

III. Rahmenprogramm

Die Teilnehmer und Gäste der Tagung wurden am Abend vor dem ersten offiziellen Sitzungstag bei angenehmen Sommertemperaturen feierlich am historischen Rathausplatz in Passau begrüßt. Im Rahmen des anschließenden Sektempfangs ergriff der Justizminister Taiwans, *Ching-hsiang Tsai*, das Wort und bedankte sich für die gelebte deutsch-taiwanesische Freundschaft, die für Taiwan eine sehr große Bedeutung habe und durch Veranstaltungen wie die Tagung in Passau gestärkt werde. Der Generaldirektor des Deutschen Instituts Taipeh, *Dr. Jörg Polster*, schloss sich mit Grußworten an und führte aus, dass derartige Zusammentreffen *in persona* – nach der Corona-Abstinenz – enorm wichtig seien und nunmehr endlich wieder stattfinden könnten. Im *Ratskeller* klang der Abend sodann beim Genuss typisch bayerischer Spezialitäten aus.

Am Mittwochnachmittag folgte eine zweistündige Bootsfahrt mit dem *„Kristallschiff"* auf der Donau. Begleitet von Informationen über Passau und die Geschichte der Stadt konnten die Gäste zunächst die Passauer Altstadt mit ihrem italienischen Flair, den Dom St. Stephan, das Dreiflüsse-Eck und die Burganlage Veste Oberhaus bestaunen. Während der Fahrt nach Kasten, Obernzell und wieder zurück nach Passau gab es zum Ausklang des Nachmittags einzigartige Ausblicke auf die malerischen Donaulandschaften.

Am Freitag schloss das Rahmenprogramm mit einer Stadtführung inklusive eines Besuchs des *LG Passau*. Der Vizepräsident des Landgerichts und Vorsitzende der dortigen Schwurgerichtskammer *Wolfgang Hainzlmayr* präsentierte die historischen Räumlichkeiten des Gerichts; danach schloss sich eine Diskussion über aktuelle Entwicklungen in der deutschen Strafjustiz an.

[17] Begleitpapier: Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG), abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2022_DokHVG_Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz.html?nn=110490 (zuletzt abgerufen am 30.7.2023).

[18] Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Oktober 2015, abrufbar unter: https://krimpub.krimz.de/frontdoor/deliver/index/docId/188/file/Anlage_1_StPO_Kommission.pdf. (zuletzt abgerufen am 30.7.2023).

[19] Regierungsentwurf des BMJ, Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG), abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_DokHVG_Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 30.7.2023).

IV. Abschluss

Der Zustand des Strafrechts ist stets ein aussagekräftiger Indikator für den Modernisierungsgrad einer Gesellschaft. Tiefenströmungen des Wandels werden früher oder später auch in materielles Strafrecht „übersetzt", technologische Entwicklungen verändern sowohl die Formen und Möglichkeiten von Kriminalität, aber auch deren Bekämpfung und Aburteilung. Zukunftsfähiges Recht setzt daher zwangsläufig eine fruchtbare Zusammenarbeit zwischen dem Gesetzgeber, der Wissenschaft und der Justizpraxis voraus. Dabei muss bei allen Beteiligten ein Bewusstsein dafür geschaffen werden, welche Reformen politisch in Planung sind, an welcher Stelle Nachbesserungsbedarf besteht und wo sich neue Herausforderungen ergeben können. Das Forum schafft daher auch in Zukunft eine Plattform für den praktischen und vertrauensvollen Austausch erfahrungsbasierten Expertenwissens zur Bewältigung drängender Fragen des Strafrechts. Die Veranstalter lobten im Zuge einer Schlussbetrachtung den regen Austausch und die angenehme und kollegiale Atmosphäre des Forums, das aufgrund der exzellenten Sprachkenntnisse der Teilnehmer aus Taiwan ausschließlich in deutscher Sprache veranstaltet wurde. Die Beiträge werden in einem Tagungsband veröffentlicht.

Zugänge zum Recht – zugängliche Rechte?
Fünfter Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen

*von Büşra Akay**

"Solche Schwierigkeiten hat der Mann vom Lande nicht erwartet; das Gesetz soll doch jedem und immer zugänglich sein, denkt er (...)."

Franz Kafka, Vor dem Gesetz

"Zugänge zum Recht – zugängliche Rechte?", so lautete der Titel des fünften Kongresses der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, der vom 21. bis 23. September 2023 an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck stattfand. Dem Netzwerk gehören Wissenschaftler:innen aus den wissenschaftlichen Vereinigungen und Institutionen aus Schweiz, Österreich und Deutschland an, die interdisziplinär zu Recht forschen.

Mehr als 250 Rechtssoziolog:innen und Wissenschaftler:innen aus verwandten Disziplinen widmeten sich in über 150 Panelvorträgen, die thematisch in 9 Tracks eingeteilt waren, Fragen rund um das Thema der Zugänglichkeit des Rechts im sozialen Sinne und den theoretischen und methodischen Zugängen der Rechtsforschung.

Die Eröffnungs-Keynote hielt *Hemma Mayrhofer* (Universität Innsbruck) mit dem Titel "Zugängliche Rechtsforschung?", in der sie durch selbstreflexive Betrachtungen das Wechselverhältnis von Wissenschaft, Empirie und Praxis untersuchte. Sie bezog sich auf die Zugänglichkeit und die gesellschaftliche Nützlichkeit der eigenen Disziplin und forderte eine proaktive Gestaltung im Sinne einer translationalen Forschungsleistung. *Michael Wrase* (Universität Hildesheim) brachte die interdisziplinäre Rechtsforschung in Deutschland ein. Er führte aus, dass es ihr Ziel sei, trotz des Rechts immer wieder mit dem Recht darauf zu schauen, wie die Gesellschaft funktioniert. Dabei sei die entscheidende Frage, wie das, was wir mit Recht schaffen, auch in der Gesellschaft wirkt. Recht könne nicht allein normativ-dogmatisch betrachtet werden. In diesem Sinn trug *Rüdiger Lautmann* (Universität Bremen) in der anschließenden Diskussion bei, dass die entscheidende Frage darin läge, wie die Jurisprudenz befähigt werden könne, sozialwissenschaftliche Erkenntnisse in der normativen Begründung von juristischen Entscheidungen zu berücksichtigen.

Die inhaltlichen Schwerpunkte der folgenden Panels lagen bei Themen wie „Strategische Mobilisierung von Verfassungsgerichten", „Gefangenenrechte", „Zugang zum sozialgerichtlichen Rechtsschutz", „Rassismus in der Rechtswirklichkeit am Beispiel des Jugendamts", „Umwelt vor Gericht", „Künstliche Intelligenz und staatliche Institutionen der (Un)Sicherheit", um nur einige Beispiele zu nennen. Dieser Beitrag konzentriert sich hauptsächlich auf die Panels mit einem kriminalpolitischen Bezug.

I. Zugänglichkeit des Rechts

Wie in Kafkas Türhüterlegende, in der dem „Mann vom Lande" der Eintritt in das Gesetz verwehrt wird, gibt es auch in Rechtspraxis und Rechtswissenschaft beharrliche Türhüter, die den Zugang erschweren. Zentrales Thema des Kongresses war, inwiefern die Zugänglichkeit des Rechts für gesellschaftlich verschiedenpositionierte Gruppen und Personen unterschiedlich hoch verteilt und abhängig von Herkunft, sozialer Schicht, Geschlecht oder Behinderung ist. Der Rechtszugang marginalisierter Gruppen wurde in mehreren Beiträgen unter den Stichpunkten der Rechtsmobilisierung und der Responsivität des Rechts beleuchtet.

Michael Wrase stellte das Projekt „Zugang zum Recht in Berlin" vor.[1] Die Studie des Wissenschaftszentrums Berlin für Sozialforschung (WZB) untersucht auf empirischer Grundlage, wie der tatsächliche Zugang für Bürger:innen zum Recht und Justiz in Berlin gewährleistet ist. Die Prämisse ist, dass immer dann, wenn soziale Rechte tangiert sind, auch ihre Durchsetzung möglich sein muss. Ein Recht, das normativ da ist, aber in der typischen Realität nicht angenommen werden kann, sei wertlos.

II. Zugänge zum Strafrecht

Von besonderem kriminalpolitischem Interesse war der Track „Zugänge zum Strafrecht". Untersucht wurde, wie Zugänge zum Strafrecht ausgestaltet sind, wo und wie sie für wen offenstehen oder verschlossen sind und inwiefern sie gesellschaftlich ungleich verteilt sind.

1. Ungleiche Zugänge für Gefangene, ungleiche Haftrisiken

In dem Panel „Ungleiche Zugänge für Gefangene, ungleiche Haftrisiken" ging *Susanne Niemz* vom Ministerium der Justiz des Landes Brandenburg auf den Vollzug der Sicherungsverwahrung in Deutschland ein. Sie berichtete über die Einrichtung für den Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bei der JVA Brandenburg an der Havel und über die seit 2015 im Rahmen der Qualitätssicherung stattfindende Begleitforschung durch den Kriminologischen Dienst des Landes Brandenburg.[2] Sie

* *Büşra Akay* ist als Akademische Rätin a.Z. am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln tätig.

1 https://www.wzb.eu/de/forschung/forschungsgruppe-der-praesidentin/forschungsgruppe/zugang-zum-recht-in-berlin (zuletzt abgerufen am 24.9.2023).

2 Vgl. § 93 BbgSVVollzG v. 13.5.2013.

ging auf die erstmals 2022 qualitativ im Rahmen von narrativen Interviews mit den Untergebrachten erhobenen Daten ein.

Anschließend stellte *David Mühlemann* (Universität Bern) den Zugang zum Recht für Gefangene aus drei Dimensionen vor: Verfahrensrechtlich, sozialpsychologisch und institutionell.

Walter Hammerschick (Universität Innsbruck) ging rechtsvergleichend auf die Praxis der Untersuchungshaft als Ausdruck von Rechtskulturen ein. Abschließend wurden Chancen und Risiken von Haftalternativen diskutiert.

2. Polizeiliche Gewalt und ihre strafrechtliche Aufarbeitung

Im nächsten strafrechtlichen Panel lag der Fokus auf polizeilicher Gewalt und ihrer strafrechtlichen Aufarbeitung. *Tobias Singelnstein* (Goethe-Universität Frankfurt) und sein Team stellten das DFG-geförderte Forschungsprojekt „Körperverletzung im Amt durch Polizeibeamt:innen" (KviAPol) vor.[3] Das Projekt untersucht auf Basis einer Betroffenenbefragung mit über 3.300 Teilnehmenden und über 60 qualitativen Interviews einschlägige Interaktionsgeschehen sowie ihre strafrechtliche Aufarbeitung. Zentrales Thema war zunächst die Anzeigebereitschaft: Nicht einmal jede:r zehnte Befragte entschloss sich zu einer Anzeige gegen die handelnden Polizeibeamt:innen. *Laila Abdul-Rahman* ging in ihrem Vortrag der Frage nach, welche Faktoren eine Anzeige und damit Zugänge zum Strafrecht erschweren, wer davon betroffen ist und welche anderen Umgangsweisen abseits des Strafrechts für Betroffene existieren. Dabei wurden Ergebnisse aus der Betroffenenbefragung, aber auch aus Interviews mit Opferberatungsstellen und Rechtsanwält:innen vorgestellt.

In seinem Vortrag über die Maßstäbe und Perspektiven bei der Bewertung polizeilicher Gewaltanwendungen ging *Tobias Singelnstein* auf die divergierenden Bewertungsmaßstäbe bei polizeilichen Gewaltanwendungen ein. Er zeigte auf, dass bei der Deutung der Situationen mit polizeilichem Gewaltbezug neben einem rechtlichen auch ein gesellschaftlicher sowie ein polizeilicher Maßstab für die Bewertung existiert,[4] was sich bei den Betroffenenangaben aus der Online-Befragung sowie den Interviews mit Angehörigen von Polizei und Justiz deutlich zeige. Die Maßstäbe können den Zugang zur rechtlichen Bearbeitung einer Gewaltanwendung beeinflussen.

Hannah Espín Grau ging in dem Vortrag über die strafjustizielle Aufarbeitung von Vorwürfen rechtswidriger Gewaltausübung auf die justiziellen Bearbeitungsprozesse ein. Sie betonte, dass nur 2 % aller von den Staatsanwaltschaften bearbeiteten Strafverfahren wegen Gewaltausübungen durch Polizeibeamt:innen in Deutschland zur Anklage gebracht werden. Der überwiegende Teil wird eingestellt. Aufbauend auf den Ergebnissen der vorangegangenen Vorträge zeichnete sie nach, wie eine funktionale Dominanz der Polizei den Verlauf von Strafverfahren gegen Polizeibeamt:innen beeinflusst. Im Anschluss wurden Vorschläge und Ansätze zu Veränderung, insbesondere bezüglich der Problematik um das Berichtwesen und der internen Ermittlungen, diskutiert.

3. Zugänge zum Strafverfahren für Verletzte

In dem Panel „Zugänge zum Strafverfahren für Verletzte" gingen *Hauke Bock* und *Tim Nicklas Festerling* (Universität Leipzig) auf Potenziale und Grenzen digitaler Angebote im Rahmen der Opferhilfe ein. Am Beispiel des „Weißen Rings e.V." wurden Möglichkeiten der digitalen Zugänge zur organisierten Hilfe für Opfer von Straftaten analysiert.

Anschließend ging *Marius Riebe* (Universität Leipzig) auf Verletzteninteressen und das inkludierende Potenzial des Strafverfahrens ein.

Im letzten Vortrag beleuchtete *Ezgi Aydınlık* (Deutsches Institut für Menschenrechte, Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention) die Wechselwirkung von Gewalt und Behinderung. Sie ging auf Barrieren beim Zugang zur Justiz ein und bezog sich auf nationale und internationale (Dunkelfeld-)Studien die zeigen, dass Menschen mit Behinderungen weitaus häufiger von Gewalt- und Sexualstraftaten betroffen sind als Menschen ohne Behinderungen.

In der anschließenden Diskussion wurden Vorschläge hinsichtlich einer gleichberechtigten Ausgestaltung des Strafverfahrens besprochen. Ableismussensible Strafverfolgung birgt auch für andere vulnerable Gruppen Potenziale, da strukturelle Barrieren im Strafverfahren insgesamt gemindert werden sollen. Gerade der Aspekt der Übersetzung juristischer Sprache in Leichte Sprache fand Anklang bei den Teilnehmenden. Die Dringlichkeit von entsprechenden Reformen wurde lebhaft gefordert.

III. Klassenjustiz durch Armutsbestrafung?

In einer abschließenden Keynote diskutierten *Nicole Bögelein* (Universität Köln), *Gesine Fuchs* (Hochschule Luzern) und *Oliver Scheiber* (Bezirksgericht Meidling und Universität Wien) zum Thema "Klassenjustiz durch Armutsbestrafung? Die Situation in der Schweiz, Österreich und Deutschland".

Nicole Bögelein definierte zunächst, was Armut ist.[5] Personen niedriger sozio-ökonomischer Stellung haben einerseits weniger Möglichkeiten, ihre Rechte und Ansprüche geltend zu machen, sind aber andererseits in besonderer Weise von Kriminalisierung betroffen. Dies zeigt sich insbesondere in der Praxis der Strafbefehlsverfahren, der Ersatzfreiheitsstrafe und der Kriminalisierung von Armutsdelikten, wie dem Erschleichen von Leistungen (§ 265a StGB), um ein Beispiel für Deutschland zu nennen.

[3] https://kviapol.uni-frankfurt.de (zuletzt abgerufen am 24.9.2023).

[4] Aufbauend auf *Seth W. Stoughton, Jeffrey J. Noble, Geoffrey P. Alpert,* New York University Press, 2020.

[5] Vgl. *Neubacher/Bögelein,* MschrKrim 2021, 107 (108).

Im Rahmen der anschließenden offenen Diskussion wurde auf den Bezug von Strafe zum Aufenthaltsrecht hingewiesen. Ebenso wurden Wohnungsräumungen aufgegriffen. Einen zusammenfassenden Ausblick bildeten die Frage, wie weit man mit abolitionistischen Forderungen gehen will und der Hinweis, dass diese den aktuellen gesellschaftlichen und politischen Diskursen widersprechen, die in eine sozialdarwinistische Richtung gehen.

IV. Fazit und Zugang zu(r) Wissen(schaft)

Gerade im Hinblick auf diese besorgniserregende Entwicklung, die zum allgemeinen Zeitgeist – dem sog. Rechtsruck – passt, ist die interdisziplinäre Analyse des Rechts unverzichtbar und bietet kritisches Potential. Die drei Tage waren belebt von solchen kritischen, aber auch positiven Stimmen, die häufig konkrete rechtssoziologische Lösungsansätze boten. Aus meiner Sicht blieb das kritische Potential der interdisziplinären Rechtsforschung jedoch teilweise ungenutzt, wenn weniger ein offener Diskussionsraum als eher ein Raum für exklusive wissenschaftsinterne Kommunikation unter Expert:innen mit entsprechendem wissenschaftlichem Habitus entstand. Dieser Habitus blockiert nicht nur – wie in der Eröffnungskeynote befürchtet – die Anschlussfähigkeit der Praxis, sondern erschwert zugleich auch den Zugang für Nachwuchswissenschaftler:innen.

Nicht nur die Rechtssetzung und Rechtspraxis, sondern auch die Rechts*wissenschaft* hütet Barrieren, die Interessierten den Zugang erschweren.

1. Socio-Legal World Café

In diesem Rahmen ist zunächst besonders positiv hervorzuheben, dass der Berliner Arbeitskreis Rechtswirklichkeit am Vortag des Kongresses ein Socio-Legal World Café für Promovierende abgehalten hat, um Forschende mit ähnlichen Forschungsinteressen zu vernetzen. Das World Café bot die Möglichkeit, in deutsch- und englischsprachigen Gruppen mit anderen Promovierenden und Forschenden proaktiv ins Gespräch zu kommen und Erfahrungen auszutauschen. Es wurden hilfreiche Tipps für die interdisziplinäre Forschung, Methoden und für den eigenen Karriereweg ausgetauscht und mitgegeben.

2. Weiße Deutungshoheit in der deutschen Rechtswissenschaft

Durch den Ausfall zwei der drei geplanten Vorträge im Panel „Epistemische Hierarchien im Recht“ ergab sich ein freier Zeitslot und damit eine zufällige und zugleich einmalige Gelegenheit, sich in einem offenen Gesprächsformat mit *Cengiz Barskanmaz* (Hochschule Fulda) über die weiße Verfasstheit der deutschen Rechtswissenschaft auszutauschen und dabei persönliche Erfahrungen mitzuteilen und gemeinsam aufzuarbeiten.

Cengiz Barskanmaz hielt einleitend einen Vortrag zur weißen Wissensproduktion in der deutschen Rechtswissenschaft. Er zeigte auf, wie in über nahezu allen Themen in der Rechtswissenschaft eine weiße Deutungshoheit herrscht, während Schwarzen oder of Color Jurist:innen zum einen die Wissenschaftlichkeit aufgrund möglicher Betroffenheit abgesprochen und zum anderen der Zugang zur Wissensproduktion aufgrund der Aufrechterhaltung der Exklusivität weißer Expert:innenkreise verwehrt bleibt. Unter der Moderation von *Dilan Deniz Kilic* wurde ein sicherer Raum für die Teilnehmenden eröffnet, die ihre persönlichen Erfahrungen als migrantisierte oder rassifizierte Personen in der juristischen Ausbildung und als Nachwuchswissenschaftler:innen einbrachten.

Gerade dieses Format lässt den Ausblick in eine Rechtswissenschaft in Deutschland wagen, die *zugänglicher* ist.