

# KriPoZ

## Kriminalpolitische Zeitschrift

### KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

### Herausgeber

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

### Schriftleitung

Ass. iur. Sabine Horn  
Stellv.: Wiss. Mit. Tim Stephan

### 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. 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. Dongyi Syn PhD  
Prof. Dr. Davi Tangerino  
Prof. Dr. Merab Turava  
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 148 – 206

- 148 | Fortschritte im Notwehrrecht?**  
*von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*
- 157 | Der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung: Ins Vorfeld. Weiter, immer weiter...?**  
*von Dr. Anneke Petzsche und Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Heger*
- 167 | Diskursverbesserung durch Diskursverkürzung? Der Praxistest des § 126a StGB als Mahnung zu politischer Neutralität des Strafrechts**  
*von Prof. Dr. Elisa Hoven und Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski*
- 175 | Research Honeypots – Strafbarkeitsrisiken für IT-Sicherheitsforschende?**  
*von PD Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M.*
- 181 | Das Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen bei den Besitzdelikten § 184b StGB – Mit Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit der Besitzdelikte und zu weiterem Reformbedarf im Pornographiestrafrecht**  
*von PD Dr. Anja Schmidt*
- 189 | Die Positivierung des Einsatzes von V-Personen und im Besonderen von agents-provocateurs: Rechtsstaatlichkeit auf halbem Wege oder mit der Brechstange?**  
*von Prof. Dr. Gunnar Duttge*
- 198 | Ganz seltsame Blüten... Das neue Cannabisgesetz im Überblick und der Versuch einer ersten Konsolidierung**  
*von Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu und Patrick Welke*

## ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 207 – 221

- 207 | **Zur allgemeinen Funktionsträgerimmunität bei Völkerstrafverfahren**  
*BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24*
- 216 | **Unmissverständliche Klarstellung zur funktionellen Immunität aus Karlsruhe – Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 21.2.2024 – AK 4/24**  
*von Dr. Svenja Raube, LL.M.*

## BUCHBESPRECHUNGEN | 222 – 225

- 222 | **Amadeus Peters: Smarte Verdachtsgewinnung. Eine strafprozessuale und verfassungsrechtliche Untersuchung der Verdachtsgewinnung mittels Künstlicher Intelligenz**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*
- 224 | **Michael Koenen: Auswertung von Blockchain-Inhalten zu Strafverfolgungszwecken**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

## TAGUNGSBERICHTE | 226 – 244

- 226 | **Erlanger Cybercrime Tag 2023: Open Source Intelligence in der Strafverfolgung**  
*von Tabea Seum und Prof. Dr. Christian Rückert*
- 237 | **5. Annual Human Factor in Cybercrime Conference**  
*von Joline Wochnik und Dr. Nicole Selzer*
- 241 | **5. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste: Nachrichtendienste und bewaffnete Konflikte**  
*von Jannik Luhm und Maximilian Schach*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Fortschritte im Notwehrrecht?

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch\*

## Abstract

Der untenstehende Text ist eine recht spontane Reaktion auf Bemerkungen, die jüngst von den Kollegen Armin Engländer und Christian Rückert zu einem Kodifizierungsvorschlag für die Regelungsthemen Notwehr, Notwehrexzess und subjektives Rechtfertigungselement in der Zeitschrift „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“ präsentiert wurden. Den Entwurfstext hat eine – kleine – Gruppe von Strafrechtslehrern erarbeitet. Er wurde letztes Jahr mittels eines Aufsatzes von Elisa Hoven und Wolfgang Mitsch – ebenfalls im „Goldammer’s Archiv“ – vorgestellt und erläutert. Engländer und Rückert äußern stellenweise Zustimmung, üben aber auch zu vielen Punkten des Entwurfs und seiner Begründung Kritik. Da der hiesige Verfasser sowohl an der Entwicklung des Entwurfstextes als auch an dem genannten GA-Aufsatz als Ko-Autor beteiligt war, möchte er – im Folgenden: ich – zu einigen der Kritiken Stellung nehmen.

The following text is a spontaneous reaction to the comments of colleagues Armin Engländer and Christian Rückert regarding the proposed changes of the provisions for self-defense, self-defense excess and the subjective element of a justification that were published in the journal “Goldammer’s Archiv für Strafrecht”. The proposal was created by a small group of criminal law professors. It was also the basis of a published article by Elisa Hoven and myself in the aforementioned journal. Engländer and Rückert in part approve of the proposed changes, whilst also criticizing various other points of the text itself or the reasoning behind it. Since the present author was not just a part of the group of criminal law professors that created the original proposal but is also co-author of the earlier GA-article, he – hereinafter: I – wants to comment on some critical notions that were brought forth.

## I. Vorbemerkung

Vorausschicken möchte ich, dass in den Beratungen der Gruppe oftmals mehr oder weniger stark voneinander abweichende Auffassungen zu einzelnen Bestandteilen des Normtextes aufeinanderprallten und lang und mühsam um eine wenigstens von der Mehrheit getragene Lösung gerungen wurde. Was in der Endfassung steht, erfährt deshalb punktuell meine Zustimmung nicht, worauf es hier jedoch nicht ankommt. Es hat aber zur Folge, dass ich mich in dem einen oder anderen Punkt den Kollegen Engländer und Rückert anschließe und diesbezüglich hier

nicht zum diesen Entwurf verteidigenden advocatus aufschwingen möchte. Des Weiteren vermag ich momentan nicht zu allen Einwänden, die von Engländer und Rückert sehr pointiert und mit schönen eingängigen Beispielen vorgetragen werden, eine Stellungnahme abzugeben, weil mir – jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt – dazu schlicht nicht genügend einfällt. Vielleicht dazu später. Von selbst versteht es sich, dass der vorliegende Text nicht dem Bedürfnis entsprang, einer gekränkten Wissenschaftlerseele oder verletzten Eitelkeit Linderung zu verschaffen. Soweit von den Autoren auf Verbesserungsbedarf hingewiesen wird, für den ich als (Mit-)Urheber des Beanstandeten auch persönlich verantwortlich bin, nehme ich das gern an, wenn es zutrifft und versuche im Übrigen, sachlich dagegen zu argumentieren. Das gelingt vorderhand – wie gesagt – nur in Bezug auf einige Punkte. Abschließend noch ein Satz zu der Einleitung des Textes von Engländer/Rückert: Dass wir eine Reform des Notwehrrechts „brauchen“, hat meines Wissens keiner der Entwurfsverfasser geäußert und findet sich auch nicht in dem GA-Aufsatz von Elisa Hoven und mir. Wir würden uns ein besseres Notwehrrecht natürlich wünschen, so wie viele schon lange eine „Reform der Tötungsdelikte“ wünschen. Aber wir machen uns keine Illusionen: ob der „Gesetzgeber“ die Anregungen, die von uns gegeben werden, jemals zur Kenntnis nehmen wird, das werden die Älteren unter uns wahrscheinlich nicht erleben. Deswegen wird niemand enttäuscht sein, wenn – was wahrscheinlich ist – in der nächsten Legislaturperiode im Koalitionsvertrag kein Wort zur „Reform des Notwehrrechts“ stehen wird.

## II. Geeignete und erforderliche Verteidigung

## 1. Geeignetheit

Engländer und Rückert vermissen in dem Entwurf eine Regelung zur Geeignetheit der Verteidigungshandlung.<sup>1</sup> Dieses Notwehrmerkmal sei sehr umstritten, was natürlich ein wichtiger Grund für gesetzliche Klarstellung ist, sofern die Praxisrelevanz dem Streit der Theoretiker entspricht. Einen eigenen Regelungsvorschlag zu dieser Rechtfertigungsvoraussetzung machen die Autoren nicht. Mir ist auch nicht bekannt, ob jemals irgendein Autor einen Normtext präsentiert hat, der explizit die Anforderungen an die Abwehrtauglichkeit der Notwehrhandlung darstellt. In Lehrbüchern und Kommentaren findet man zur Geeignetheit auch nicht viel.<sup>2</sup> Eindeutig unrichtig ist die

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

<sup>1</sup> Engländer/Rückert, GA 2024, 121 (123).

<sup>2</sup> Rückert, Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht, 2017, S. 250: „stiefmütterlich behandelt“.

von der h.M. praktizierte Herleitung des Geeignetheitserfordernisses aus dem Notwehrmerkmal „erforderlich“.<sup>3</sup>

Eine Handlung, die ungeeignet ist, ist schon gar keine „Verteidigung“.<sup>4</sup> Absurd wäre zum Beispiel die Aussage, das Beschädigen des dem Angreifer gehörenden und an einem Laternenpfahl angeschlossenen Fahrrads (§ 303 StGB) während der vom Fahrradeigentümer begangenen Vergewaltigung sei eine nicht erforderliche „Verteidigung“.<sup>5</sup> Kein Mensch käme auf die Idee, diese Handlung überhaupt als „Verteidigung“ zu bezeichnen.<sup>6</sup> Wenn also über Konkretes zur Geeignetheit diskutiert wird, dann geht es letztlich um die Frage, was eine „Verteidigung“ ist. Wer jahrzehntelang als Strafrechtsprofessor tausende von gesprochenen oder geschriebenen studentischen Aussagen zur Notwehr gehört und gelesen hat, weiß, dass ca. 99 Prozent der Studenten nicht wissen, dass es das gesetzliche Notwehrmerkmal „Verteidigung“ überhaupt gibt, bzw. dass es eine – von der Erforderlichkeit zu trennende – eigenständige Bedeutung hat.<sup>7</sup> Jedenfalls erwähnen sie es bei der Prüfung der Rechtfertigungsvoraussetzungen nicht, sondern springen sogleich nach Bejahung der „Notwehrlage“ zur „Erforderlichkeit“.<sup>8</sup> Dass nur eine den Angreifer bzw. seine Rechtsgüter beeinträchtigende Handlung die Qualität „Verteidigung“ hat,<sup>9</sup> scheint kaum jemand zu wissen. In der Angreifergerichtetheit erschöpft sich der Bedeutungsgehalt des Begriffs „Verteidigung“ aber nicht. Dazu gehört die Angriffsabwendungstauglichkeit.

Hier soll nun nicht weiter um Worte gestritten werden, sondern etwas zu der von *Engländer* und *Rückert* als umstritten bezeichneten Inhaltsbestimmung des Merkmals beigetragen werden. Die Verunsicherung rührt vor allem daher, dass in der Strafrechtslehre behauptet wird, es gebe Fälle ungeeigneter Verteidigung und die Ausübung einer solchen Verteidigung sei eine nicht gemäß § 32 StGB gerechtfertigte, somit rechtswidrige und strafbare Tat des Verteidigenden. Ungeeignet sei eine Handlung, wenn ex ante keinerlei Aussicht besteht<sup>10</sup>, durch sie den Angriff erfolgreich abzuwehren. Berücksichtigt wird dabei bereits, dass es als erfolgreiche Abwehr auch gilt, wenn die Angriffsintensität gemildert, der Angriff hinausgezögert oder

sonst dem Angreifer die Durchführung seiner Attacke erschwert wird.<sup>11</sup> Als Lehrbuchbeispiel wird z.B. der Fall einer Frau genannt, die von einem körperlich überlegenen Mann oder sogar mehreren Männern vergewaltigt wird und nicht den Hauch einer Chance hat, ihre Situation durch tatbestandsmäßige Gegenwehr zum Nachteil der Angreifer („Kratzen, Beißen, Treten“<sup>12</sup>) zu verbessern.<sup>13</sup> Allerdings wird letzteres auch wieder bestritten und behauptet, es sei ex ante nie völlig auszuschließen, dass der geleistete Widerstand (z.B. Beschimpfungen, Beschädigungen an Sachen) den Angreifer zur Aufgabe des Angriffs veranlasst.<sup>14</sup> Realitätsnäher erscheint indessen die Annahme, dass eine vom Angreifer wahrgenommene Erfolgsaussicht des Verteidigenden jenen eher zur Steigerung als zur Minderung seiner Angriffsintensität motivieren wird.<sup>15</sup>

Es ist somit unklar, ob der akademische Streit nennenswerte praktische Relevanz hat, ob es tatsächlich überhaupt Fälle geben kann, in denen die tatbestandsmäßige Handlung des Angegriffenen oder eines Nothelfers zwar die Eigenschaft „Verteidigung“ hat, wegen Ungeeignetheit aber keine rechtfertigende Notwehr ist.<sup>16</sup> Warum also soll der Gesetzgeber oder der Verfasser eines Gesetzesentwurfs den ohnehin schon umfangreichen und komplizierten Normtext mit einer klärenden Stellungnahme zu einem praktisch derart unbedeutenden Detail belasten? Da die Diskussion aber nicht im luftleeren Raum stattfindet, sei hier einmal unterstellt, dass es Fälle „völliger Ungeeignetheit“ gibt. Wie vor allem *Volker Erb* überzeugend dargelegt hat, ist die Verneinung der Rechtfertigung eine inakzeptable Rechtsfolge. Dem sollen hier noch einige Überlegungen hinzugefügt werden.

Keinem Zweifel unterliegt, dass ein Angegriffener in vollkommen aussichtsloser Lage vom Angreifer die sofortige Beendigung des Angriffs verlangen darf. Die vergewaltigte Frau darf also ihre Peiniger anschreien, um sie zur Einstellung ihres schändlichen Tuns zu bewegen. Wenn der Angreifer ein empfindliches Gehör hat, ist die Erzeugung lauter unangenehmer Geräusche (tatbestandsmäßig gem. § 223 StGB) möglicherweise sogar eine geeignete Verteidigung. Auf eine Bekräftigung der Forderung durch

<sup>3</sup> So z.B. *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2022), Rn. 508; *Rengier* Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. (2023), § 18 Rn. 33; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. (2019), § 32 Rn. 167.

<sup>4</sup> *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. (2021), § 15 Rn. 30; *ders.*, KriPoZ 2022, 238 (244).

<sup>5</sup> Dasselbe gilt für das Beispiel von *Rosenau*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 32 Rn. 24; Der Eingekerkerte tötet das Kaninchen des Entführers.

<sup>6</sup> Siehe auch *Rückert*, Effektive Selbstverteidigung, S. 257 ganz unten: „Wenn nur ungeeignete Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen, wäre deren Anwendung keine ‚Verteidigung‘, sondern ‚Vergeltung‘.“

<sup>7</sup> An diesem Zustand nicht ganz unschuldig ist die Ausbildungsliteratur, weil viele Anleitungsbücher zwar Falllösungen und Schemata zur Notwehrprüfung präsentieren, dabei aber das Wort „Verteidigung“ nicht erwähnen, vgl. z.B. *Beulke/Zimmermann*, Klausurenkurs im Strafrecht III, 6. Aufl. (2023), Rn. 79; *Hilgendorff/Valerius*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2022), § 5 Rn. 20; *Kudlich*, Prüfe dein Wissen Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2021), Nr. 73 (S. 57); *Valerius/Ruppert*, Examenskurs Strafrecht, 2023, § 4 Rn. 16; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 53. Aufl. (2023), Rn. 551.

<sup>8</sup> Zuletzt erlebt in der mündlichen Prüfung beim Gemeinsamen Juristischen Prüfungsamt der Bundesländer Berlin und Brandenburg am 21.3.2024.

<sup>9</sup> *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 15 Rn. 32

<sup>10</sup> *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 32 Rn. 26.

<sup>11</sup> *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 32 Rn. 25; *Krey/Esser*, AT, Rn. 508; *Rengier*, AT, § 18 Rn. 33; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 171; *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 32 Rn. 23.

<sup>12</sup> Dies wird aber z.B. von *Rengier*, AT, § 18 Rn. 34 als geeignete Abwehr bewertet.

<sup>13</sup> *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 169.

<sup>14</sup> *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 171; *Rückert*, Effektive Selbstverteidigung, S. 259; krit. dazu *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 151.

<sup>15</sup> *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 151.

<sup>16</sup> *Rengier*, AT, § 18 Rn. 35: „Völlig ungeeignete Notwehrhandlungen kommen kaum vor.“

Beschimpfungen (§ 185 StGB, hier rechtfertigt gewiss auch § 193 StGB) dürfte das auch zutreffen. Unterstreicht die Frau ihr berechtigtes Verlangen nach Angriffsbeendigung mit Kratzen, Beißen, Treten, ist das eine geeignete Verteidigung auch dann, wenn ex ante keine Aussicht besteht, dass der oder die Angreifer sich dadurch zur Aufgabe bewegen lässt bzw. lassen. Denn wie an anderer Stelle schon ausgeführt<sup>17</sup>, verteidigt ein Angriffopfer mit „symbolischer“ Gegenwehr erfolgreich seine Würde – oder Selbstachtung –, indem es nicht kapituliert, sondern heldenhaft „erhobenen Hauptes“, „mit fliegenden Fahnen“ untergeht, statt sich kampflös zu ergeben. Man sage nicht, das sei kein oder kein beachtlicher Verteidigungserfolg, nur weil das Rechtsgut schwierig zu definieren oder im Strafgesetzbuch kein Straftatbestand zu finden ist, der dieses Rechtsgut schützt. Das Gefühl, vom Angreifer gedemütigt zu werden, kann für den Betroffenen unerträglicher sein als die physischen Schmerzen, die ihm z.B. durch Folter zugefügt werden. Wenn es dem Angegriffenen hilft, durch „aussichtslose“ Aktionen, die dem Angreifer „Nadelstiche“ beibringen, dieses Gefühl zu lindern, ist das eine erfolgreiche Verteidigung. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass unser Strafgesetzbuch einem aus „grobem Unverstand“ an das Erreichen eines unerreichbaren Ziels glaubenden Täter attestiert, einen beachtlichen – strafbarkeitsbegründenden – Handlungswillen zu haben, freilich zu seinen Ungunsten, § 23 Abs. 3 StGB. Sollte dann nicht auch umgekehrt einem Angegriffenen, der in objektiv völlig aussichtsloser Lage meint, sein Schicksal noch wenden zu können, wenigstens ein Erlaubnistatbestandsirrtum gutgeschrieben werden?

Bedenklich sind vor allem weitere rechtliche Folgen der Notwehrverneinung, Folgen, zu denen man in den Texten der Befürworter einer notwehrein-schränkenden Geeignetheits-Hürde nichts findet. Während bei Nichterfüllung anderer Notwehrvoraussetzungen – z.B. „reine Tierangriffe“<sup>18</sup>, fehlende Gegenwärtigkeit des Angriffs<sup>19</sup>, Verletzung eines nichtangreifenden Dritten<sup>20</sup> – auf andere Rechtfertigungsgründe (§§ 228 BGB, § 34 StGB) oder zumindest einen Entschuldigungsgrund (§ 35 StGB) ausgewichen werden kann, ist das alles bei fehlender Geeignetheit verschlossen. Die Untauglichkeit zur Abwendung der gegenwärtigen Gefahr muss konsequenterweise einer Rechtfertigung<sup>21</sup> oder Entschuldigung<sup>22</sup> durch Notstand entgegenstehen. Lediglich § 33 StGB soll bei Durchbrechen der „Untergrenze“ helfen, vorausgesetzt, der Angegriffene befindet sich in einem asthenischen Affekt.<sup>23</sup> Sofern also nicht dieser Entschuldigungsgrund greift, verschlechtert sich die Rechtslage des Angegriffenen in der Situation einer „Gegennotwehr“ bzw. „Gegennothilfe“: diese unterliegt keinen „sozialethischen Einschränkungen“, jedenfalls nicht solchen, die an reduzierte Verantwortlichkeit des Angreifers<sup>24</sup> anknüpfen (dazu sogleich). Kurios ist des Weiteren, dass Dritte, die – ohne selbst aktiv verteidigen zu können – dem Angegriffenen in Teilnehmermanier z.B. durch Anfeuerungsrufe – „Wehr

dich!“ – Beistand leisten wollen, sich zurückhalten müssen. Die Aufforderung zur aussichtslosen Gegenwehr ist strafbare Anstiftung zu einer rechtswidrigen Tat. Diesen Teilnehmern und dem Notwehrübenden selbst droht also infolge der Verteidigungsuntauglichkeit ihres Handelns eine Rollenvertauschung mit ungünstigen rechtlichen Folgen. Der Angegriffene ist nun selbst rechtswidrig Angreifer und deshalb Ziel gerechtfertigter Notwehr- und Nothilfeaktionen aus dem Lager der ursprünglichen Angreifer. Wie oben schon angedeutet handelt es sich nicht einmal um einen entschuldigten Angriff, weshalb die Gegner sich nicht durch „sozialethische Notwehrein-schränkungen“, die an ein Schuldefizit beim Angreifer anknüpfen, bremsen lassen müssen. Allerdings sind diese Angreifer, die nun zu Angegriffenen geworden sind, selbstverständlich weiterhin verpflichtet, ihren primären Angriff sofort zu beenden. Damit würden sie auch geeigneten Verteidigungsmaßnahmen des Angegriffenen den rechtlichen Boden entziehen. Dieser müsste seinerseits seine Abwehrbemühungen einstellen. Setzt er hingegen diese fort, steht nunmehr dem früheren Angreifer, dessen Angriff nicht mehr gegenwärtig ist, ein Notwehrrecht zu, gegen das Einwände nicht zu erheben sind.

Die Angriffsbeendigungspflicht des Angreifers ist der wahre Grund für das „scharfe“ Notwehrrecht.<sup>25</sup> Rücksichtnahme auf den Angreifer zuungunsten des Angegriffenen ist im „Normalfall“ nicht begründet.<sup>26</sup> Schon der Limitierung der Verteidigungsbefugnis durch den Ausschluss nicht erforderlicher Handlungen korrespondiert auf Angreiferseite kein Schutzbedürfnis. Auch vor Exzessen des Notwehrübenden kann sich der Angreifer durch Nichtangreifen oder durch Angriffsbeendigung schützen (dazu sogleich 2.). Zumal die Erlaubnis von Verteidigungsexzessen einen wünschenswerten Abschreckungseffekt haben dürfte. Der BGH hat bei seiner Behandlung des Mordmerkmals „Heimtücke“ im Fall der vorsätzlichen Tötung eines Angreifers zutreffend ein Arglosigkeitsdefizit angenommen.<sup>27</sup> Das passt zu dem hier vertretenen grundlegend „viktimo-dogmatischen“ Notwehrverständnis. Für eine Beschränkung der Abwehrbefugnis auf Handlungen, die nicht ex ante als völlig abwehruntauglich erscheinen, gibt es demnach keinen Grund. Solange der Angreifer die Möglichkeit hat, seinen Angriff abzubringen, darf der Angegriffene oder ein Nothelfer jede Handlung vollziehen, die eine „Verteidigung“ ist, gleich ob damit eine minimale Chance verbunden ist, den Angreifer zur Angriffsbeendigung zu nötigen. Besteht eine solche geringe Chance (das Fahrrad ist sehr wertvoll, sein Eigentümer „hängt“ an ihm und schon der kleinste Kratzer am Rahmen bringt ihn aus der Fassung), dann kann sogar die Sachbeschädigung im obigen (bei Fußnote 5) Fahrrad-Vergewaltiger-Beispiel gerechtfertigt sein. Die Notwendigkeit einer diesbezüglichen Klarstellung im Text des § 32 StGB sehe ich nicht. Ich wüsste auch nicht, wie man sie formulieren könnte. Engländer und Rückert haben offenbar auch keine Idee, sonst hätten sie das ja vielleicht in

<sup>17</sup> Mitsch, KriPoZ 2022, 238 (245).

<sup>18</sup> Rengier, AT, § 18 Rn. 7.

<sup>19</sup> Rengier, AT, § 18 Rn. 22.

<sup>20</sup> Rengier, AT, § 18 Rn. 32.

<sup>21</sup> Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 34 Rn. 19.

<sup>22</sup> Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 35 Rn. 7.

<sup>23</sup> Rückert, Effektive Selbstverteidigung, S. 256, 258.

<sup>24</sup> Rengier, AT, § 18 Rn. 66.

<sup>25</sup> Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 15 Rn. 2.

<sup>26</sup> Rückert, Effektive Selbstverteidigung, S. 260.

<sup>27</sup> BGHSt 48, 207; BGH, NSTZ 2022, 288.

ihrem GA-Aufsatz zumindest angedeutet.

## 2. Erforderlichkeit

Mit guten Gründen erklären die *Verfasser* das Notwehrmerkmal „Erforderlichkeit“ zum wunden Punkt der Notwehrrechtsprechung. In vielen Entscheidungen werden die Anforderungen an den Notwehrübenden überspannt und ihm der Nichtgebrauch angeblich hinreichend effektiver „milderer Mittel“ vorgehalten. Oftmals dürfte das eine Überforderung sein. Verständlich ist deshalb der Vorschlag, dieser Praxis durch Gestaltung des Normtextes einen Riegel vorzuschieben. Der geltende § 32 StGB enthält dazu nichts, der Entwurf der Arbeitsgruppe bietet dazu nichts an, *Engländer* und *Rückert* im Übrigen auch nicht. Nun ist grundsätzlich für auf falscher Anwendung des Gesetzes beruhende falsche Gerichtsentscheidungen nicht der Gesetzgeber verantwortlich. Vom Verfasser von Gesetztestexten zu verlangen, die Gesetze so zu gestalten, dass selbst ein zu falscher Gesetzesanwendung neigendes Gericht im Einzelfall zu im Ergebnis richtigen Entscheidungen kommt, ist deshalb zwar vielleicht pragmatisch, jedoch nicht normativ begründet. Indessen wurde hier bereits angedeutet, dass der Beschränkung der Notwehr auf den Gebrauch des „mildsten Mittels“ keine Schutzbedürftigkeit und keine Schutzwürdigkeit des Angreifers korrespondiert. Eine Beseitigung der Notwehrschranke „erforderlich“ stünde mit den berechtigten Schutzinteressen des Angegriffenen und des Angreifers durchaus in Einklang. Jedoch hätte eine derart radikale „Entgrenzung“ des Notwehrrechts ein massives Akzeptanzproblem. Entfernte man die Worte „die erforderlich ist“ aus dem Text des § 32 Abs. 2 StGB, würden mit Sicherheit Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft alsbald die als notwendig erachteten Notwehrbegrenzungen über die „Gebotenheit“ anstreben. Am Ende wäre gar nichts gewonnen, im Gegenteil: die vormals halbwegs bestimmte Rechtfertigungsvoraussetzung „erforderlich“ wäre nicht aufgehoben, sondern im Sammelbecken der schwammigen Gebotenheits-Floskel versunken. Wer wollte dagegen Einspruch erheben, wenn ein Gericht urteilt, die Verteidigung mit einem Messerstich sei „nicht geboten“ gewesen, weil der Notwehrübende den Angriff hinreichend effektiv mit einem wuchtigen Faustschlag hätte abwenden können?

Vernünftiger erscheint daher eine Aufweichung der Erforderlichkeits-Grenze, mit der vor allem der reduzierten kognitiven und emotionalen Fähigkeit des Angegriffenen zum Erkennen des hinreichend geeigneten und mildsten Mittels Rechnung getragen werden könnte.<sup>28</sup> Da die kritischen Fälle diejenigen sind, bei denen der Angegriffene sich mit dem Einsatz einer Schusswaffe, eines Messers oder eines anderen gefährlichen Gegenstands zur Wehr setzt, sollte das, was bereits im Bedeutungsgehalt von „erforderlich“ angelegt ist, klarstellend bekräftigt werden: „Sofern es zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist, darf der Notwehrübende auch Waffen und sonstige gefährliche

Mittel oder Werkzeuge einsetzen.“ Da dies lediglich deklaratorischen Charakter hat, ist die Rechtsposition des Notwehrübenden durch diesen Satz noch nicht verbessert. Gerichte wären nicht daran gehindert die Erforderlichkeit zu verneinen und zu behaupten, der Angegriffene hätte sich auch ohne Waffe oder gefährlichen Gegenstand erfolgreich verteidigen können. Deswegen bedarf es zusätzlich einer Verschiebung der starren Erforderlichkeitsgrenze, wodurch Handlungen, die objektiv betrachtet<sup>29</sup> nicht erforderlich sind, rechtfertigungstauglich werden. Da die Erforderlichkeits-Schranke nicht vollständig abgebaut werden soll, bietet sich eine Offensichtlichkeits-Klausel an: „Eine Verteidigung ist zur Abwendung des Angriffs nicht erforderlich, wenn dieser Verteidigungserfolg offensichtlich mit einem milderen Mittel erreichbar gewesen wäre.“<sup>30</sup> Die Möglichkeit einer milderen Verteidigung schließt also die Rechtfertigung gravierender verletzender Abwehrmaßnahmen nicht aus, wenn sie nicht offensichtlich ist. Ein Teil von Fällen, die ansonsten dem Erlaubnistatbestandsirrtum anheim fielen, bleibt somit im Bereich der objektiven Rechtfertigung.<sup>31</sup> Das gilt nicht für einen mit Sonderwissen ausgestatteten Verteidiger, dem ein milderes Mittel erkennbar ist, das der „durchschnittliche“ Betrachter nicht zu erkennen vermag. Wenn die Möglichkeit der milderen Verteidigung allein für ihn offensichtlich ist, muss das genügen, um den Gebrauch des schwerer verletzenden Abwehrmittels zu untersagen.

Mit dem Vorschlag wird die Grauzone und der Grenzbereich am Rand der Erforderlichkeit nicht beseitigt, aber zugunsten des Notwehrübenden verschoben. Selbstverständlich wird es Grenzfälle geben, in denen nicht die Erforderlichkeit, sondern die Offensichtlichkeit der Nichterforderlichkeit streitig sein wird. Wenn dann das Gericht zuungunsten des Notwehrübenden entscheidet, trifft das immerhin einen Täter, der ohnehin ein nicht erforderliches Verteidigungsmittel einsetzte. Ein intensiver Exzess liegt auch dann vor, wenn die tatsächlich gegebene Möglichkeit der erfolgreichen Verteidigung mit einem milderen Mittel nicht offensichtlich war. Nach geltendem Recht wäre der Täter in diesem Fall nicht gerechtfertigt. Ihm käme somit die Lockerung der Anforderungen an die Wahl des Verteidigungsmittels zugute, obwohl er dies eigentlich nicht verdient hat. Er sollte sich also nicht beschweren, wenn ein Gericht zutreffend die Nichterforderlichkeit feststellt und zugleich unzutreffend deren Offensichtlichkeit behauptet. Dagegen schützt das Offensichtlichkeits-Merkmal den Verteidiger, der tatsächlich die Grenze der Erforderlichkeit nicht überschreitet, dies vom Gericht aber nicht attestiert bekommt. Die richterliche Überspannung der Anforderungen an den Notwehrübenden schadet diesem nicht, sofern das Gericht seine Nichterforderlichkeits-Entscheidung nicht mit einer Offensichtlichkeits-Behauptung verstärken kann. Dies wird nicht gelingen, wenn die Verneinung der Erforderlichkeit ohnehin falsch ist.

<sup>28</sup> *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 131.

<sup>29</sup> Obwohl das Maß und die Grenze des Erforderlichen ex ante zu bestimmen sind, urteilen die Gerichte natürlich stets ex post, was die Gefahr impliziert, dass die ex-post-Perspektive Einfluss auf die Entscheidung gewinnt.

<sup>30</sup> In § 3 Abs. 1 S. 2 des österreichischen StGB wird die Vokabel „offensichtlich“ verwendet, um den Notwehrübenden vor rechtlichen Nachteilen nicht erkennbarer Unverhältnismäßigkeit oder Unangemessenheit zu bewahren.

<sup>31</sup> Ähnlich *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 132.

### III. Notwehrein-schränkungen

#### 1. Unbestimmtheit

Die Kodifizierung der Notwehrein-schränkungen in Absatz 3 des Entwurfs zieht aus zwei Gründen den Vorwurf mangelnder Bestimmtheit auf sich: In Satz 2 hat der Katalog klassischer Fallgruppen in Gestalt des Wortes „insbesondere“ ein Einfallstor. Die Strafrechtspraxis kann also weitere Fallgruppen erfinden und durch dieses Tor dem Anwendungsbereich der Norm hinzufügen.<sup>32</sup> Die Norm akzeptiert damit Notwehrein-schränkungen, deren Voraussetzungen im Wortlaut nicht abgebildet sind. Eine striktere Regelung wäre möglich, hätte allerdings Nebenwirkungen, deren Einfluss auf die Akzeptanz der Norm nicht unterschätzt werden darf. Durch Streichung des Wortes „insbesondere“ wäre die Liste der Einschränkungs-fälle geschlossen. Dies schüfe ein Maximum an Normbestimmtheit. Der Preis dafür wäre aber der Ausschluss jeglicher Ergänzung des Katalogs durch neuartige Falltypen. Das Lehrbuch von *Kristian Kühn* zeigt eine beeindruckende Reihe „Weiterer Gebotenheits-Fälle“<sup>33</sup> außerhalb des klassischen „Quartetts“.<sup>34</sup> Auch wenn ein Teil der Probleme dieser Fälle über andere Notwehrmerkmale gelöst werden kann,<sup>35</sup> bleibt gewiss ein Rest, für den die Einschränkung des Notwehrrechts eine willkommene Notlösung ist. Man denke etwa an die „Rettungs-Folter“, die vor dem Fall „Daschner“ noch gar nicht auf dem Schirm der Strafrechtswissenschaft wahrnehmbar gewesen ist.<sup>36</sup> Die Entwurfsverfasser können der Forderung nach einer undurchlässigen Außengrenze des Gesetzeswortlauts nur dadurch entsprechen, dass sie entweder der Notwehrrechtseinschränkung bei Rettungsfolter und anderen Fällen eine klare Absage erteilen oder umgekehrt diese Fälle in den gesetzlichen Katalog aufnehmen. Wer sich an die Auseinandersetzungen in den Jahren 2003 bis 2005 über die Nothilfe-Folter erinnert, kann sich die Heftigkeit der Kritik vorstellen, die eine restriktiv enumerative Normierung unter Ausschluss der Folter und anderer umstrittener Konstellationen auf sich zöge. Die andere Variante – eine auf Vollständigkeit bedachte Aufnahme aller denkbaren Fälle – ist praktisch nicht umsetzbar, da bei der Vielzahl und Vielfalt der in Betracht kommenden

Regelungsgegenstände eine Konsensbildung illusorisch erscheint.<sup>37</sup> Das erkennt man schon daran, dass die meisten bei *Kühn* genannten Fälle in anderen Lehrbüchern<sup>38</sup> und Kommentaren<sup>39</sup> unter der „Gebotenheit“ keine Erwähnung finden.

Die zweite Aufweichung der Normgrenze im Entwurfstext beruht darauf, dass gemäß Absatz 3 Satz 3 die Erfüllung der Einschränkungs-voraussetzungen nur „in der Regel“ den Wegfall der „scharfen“ Verteidigungsbefugnis zur Folge haben soll. Nach dem Entwurf ist es also möglich, dass die Voraussetzungen eines normierten Einschränkungs-Falles erfüllt sind, dem Notwehrübenden gleichwohl das uneingeschränkte Abwehrrecht erhalten bleibt. Da der Normwortlaut keine Auskunft darüber gibt, von welchen Voraussetzungen diese Rückausnahme abhängt, ist der Gesetzestext an dieser Stelle unbestimmt.<sup>40</sup> Das halte ich aber nicht für problematisch und sehe darin keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG, da der Vorbehalt „in der Regel“ den Täter begünstigt. Er gibt ihm ein Recht zurück, das ihm der vorgelagerte Normtext entzogen hatte.

#### 2. Einzelne Einschränkungsgründe

Die Fülle umstrittener Einzelfragen der sozialetischen Notwehrein-schränkungen ist gewaltig und nicht jedes Detail lässt sich abstrakt durch ein Gesetz so eindeutig festlegen, dass dem Rechtsanwender kein Spielraum mehr verbleibt. Manches muss der einzelfallbezogenen Wertung des Strafrechtsanwenders überlassen bleiben, wie z.B. die Entscheidung über eine Notwehrein-schränkung bei einem Angreifer, der zwar nicht schuldlos, aber mit verminderter Schuldfähigkeit handelt. Man kann wohl nicht pauschal und unterschiedslos Fälle dieser Art entweder der Notwehrein-schränkung ausnahmslos unterstellen oder sie ganz aus diesem Bereich heraushalten. Dies würde schon den unterschiedlichen Graden verminderter Schuldfähigkeit nicht gerecht werden. *Engländer* und *Rückert* kritisieren das Fehlen einer eindeutigen Stellungnahme des Entwurfs und beklagen die infolge der Verwendung des Wortes „insbesondere“ poröse Grenze des Normbereichs. Oben wurde aber bereits erläutert, wieso

<sup>32</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (126).

<sup>33</sup> *Kühn*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), § 7 Rn. 265.

<sup>34</sup> *Frisch*, Strafrecht, 2022, § 4 Rn. 179 ff.; *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht, 2016, Rn. 599; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. (1996), S. 344 ff.; *Kühn*, AT, § 7 Rn. 168; *Rengier*, AT, § 18 Rn. 57 ff.; *Valerius/Ruppert*, Examenskurs, § 4 Rn. 30-40.

<sup>35</sup> So wird beispielsweise die Nichtanwendbarkeit des § 32 StGB bei „Rettungsfolter“ im Nomos-Kommentar einfach damit begründet, dass Folter keine „Verteidigung“ sei, *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 32 Rn. 87.

<sup>36</sup> Man recherchiere dazu beispielsweise im Notwehrkapitel des Lehrbuches von *Jescheck/Weigend*, (S. 334-350).

<sup>37</sup> Treffend *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2022), Rn. 361 Fn. 799: „Die Entwicklung ist hier noch im Fluss“.

<sup>38</sup> Bei *Krey/Esser*, AT, ist allein die „Notwehr gegen Schweigegelderpressung“ aufgeführt (Rn. 565), bei *Wessels/Beulke/Satzger*, AT zusätzlich die „Abwehr rechtswidriger Polizeimaßnahmen“ (Rn. 545); letzteres nicht bei *Rengier*, AT, dafür „Folter“ (Rn. 94-99) und „Nothilfe beim tatbestandslosen Schwangerschaftsabbruch“ (Rn. 100); *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. (2022), erwähnt „Schweigegelderpressung“ (§ 25 Rn. 103) sowie „Rettungsfolter“ (§ 25 Rn. 104); ebenso *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 15 Rn. 100-107c; *Eisele/Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2023), Rn. 247 ff.; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (2023), § 16 Rn. 27 ff und *Hilgen-dorff/Valerius*, AT, § 5 Rn. 43 ff. nennen gar keine Einschränkungen jenseits der anerkannten klassischen Gruppen.

<sup>39</sup> Bei *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 62 a wird die Rettungsfolter unter „Gebotenheit“ eingeordnet, dagegen die „Notwehr gegen erpresserische und nötigende Drohungen“ als ein Thema der „Gegenwärtigkeit“ behandelt, a.a.O. Rn. 18. *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024) behandelt die Verteidigung gegen Schweigegelderpressung als Gebotenheits-Problem (§ 32 Rn. 38) und diskutiert über „Folter als Nothilfe“ (§ 32 Rn. 13) ohne erkennbare Zuordnung zu einem bestimmten Merkmal des § 32 StGB.

<sup>40</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (127).

diese Gesetzestechnik als alternativlos erscheint. Deshalb muss hier in Kauf genommen werden, dass im Einzelfall ein Gericht eine Notwehreinschränkung schon dann bejaht, wenn der Angreifer „nur“ eingeschränkt schuldfähig gewesen ist. Im Regelfall dürfte der Notwehrübende aber eine gute Chance haben, dass ihm ein unbeschränktes Notwehrrecht zugebilligt wird, zumal das Gericht erhöhten Begründungsanforderungen unterliegt, wenn es einen „unbenannten“ Fall eingeschränkten Notwehrrechts bejahen will. Das ist nicht anders als bei der Annahme eines unbenannten „besonders schweren Falls“ i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 1 StGB.<sup>41</sup>

Entschieden entgegenzutreten ist dem Vorschlag von *Engländer* und *Rückert*, das zentrale Merkmal der Fallgruppe „Notwehr in engen persönlichen Verhältnissen“ dem bei § 13 StGB etablierten Sprachgebrauch anzupassen und von „Garantenpflichten“<sup>42</sup> statt – wie der Entwurf es tut – von „Rücksichtnahmepflichten“ zu sprechen.<sup>43</sup> *Engländer* und *Rückert* zitieren *Elisa Hoven* und mich ungenau, indem sie darauf hinweisen, dass wir diese Notwehreinschränkung mit „Garantenpflichten i.S.v. § 13 StGB“ identifizierten. In unserem Aufsatz erwähnen wir ausdrücklich „Beschützergarantenstellungen“,<sup>44</sup> womit unausgesprochen die Kategorie der „Überwachergarantenstellungen“ ausgegrenzt wird. Das ist auch keine redaktionelle Nachlässigkeit, sondern eine bewusste Absichtung, die den sachlichen Gründen der Notwehreinschränkung korrespondiert. Gegenüber einem Überwachergaranten macht die Reduktion der Verteidigungsbefugnis keinen Sinn. Warum sollte der Halter eines Hundes, der von einem Straßenräuber mit einem Messer oder einer Handfeuerwaffe angegriffen wird, verpflichtet sein, den verteidigungsbereiten Hund zurückzuhalten und sich von ihm gegen den Angriff nur dann schützen zu lassen, wenn eine Flucht aussichtslos ist? Und warum sollte wiederum eine derartige Rechtsbeschränkung dann wegfallen, wenn der Angreifer seinerseits Halter eines Hundes ist und diesen dabei hat? Die Erfolgsabwendungspflichten des Überwachergaranten sind keine Pflichten zur „Rücksichtnahme“. Die Verwendung des Wortes „Garantenpflicht“ würde aber zunächst einmal ohne Unterschied Beschützer- und Überwachergaranten in die Notwehreinschränkungsregel einbeziehen. Da das nicht richtig sein kann, müssten dann im Rechtsanwendungsprozess die unpassenden Überwachergarantenstellungen wieder umständlich unter Überwindung der Wortlautgrenze aus der Vorschrift hinausbefördert werden. Das haben wir durch den Begriff „Rücksichtnahme“ vermieden. Zudem verdeutlicht dieses Wort viel anschaulicher den materiellen Grund für die Pflicht zur Schonung des Angreifers. Ein abstrakter technischer Ausdruck wie „Garant“ ist für den Laien unverständlich und nicht geeignet, die Einsicht in die Richtigkeit der Beschränkung des Verteidigungsrechts zu fördern. Im Übrigen: Dass wir über eine „ausdifferenzierte Dogmatik, der Garantenpflichten“<sup>45</sup> verfügen, die

auch jenseits des ureigenen Wirkungsbereichs des § 13 StGB gewinnbringend eingesetzt werden kann, wage ich zu bezweifeln.

Was die Fallgruppe der „Notwehrprovokation“ anbelangt, rechne ich mich noch immer<sup>46</sup> zu der kleinen Meinungsgruppe, die diesem Aspekt jegliches Einschränkungspotential abspricht und zwar auch in Bezug auf den Extremfall der „Absichtsprovokation“. Da diese Fallgruppe praktische Bedeutung allein im Verhältnis zu Angreifern haben kann, denen gegenüber nicht schon aus anderen Gründen das Notwehrrecht eingeschränkt ist, es also insbesondere um vorsätzlich und schuldhaft handelnde Angreifer geht, die erhebliche Angriffe begehen, deren Schädigungspotential zu den erwartbaren Verteidigungsfolgen in keinem Missverhältnis steht, gibt es keinen relevanten Grund für eine Beschneidung der Rechte des Notwehrübenden, denen auf der Gegenseite eine Erweiterung der Rechte des Angreifers einschließlich etwaiger Angriffshelfer – die sogar zu „Nothelfern“ avancieren, wenn der Angegriffene mit seiner Reaktion die Grenze seines beschränkten Verteidigungsrechts überschreitet – korrespondieren würde.<sup>47</sup> Ich kann daher auch der Empfehlung von *Engländer* und *Rückert*, im Normtext den verschiedenen Erscheinungsformen von Angriffsprovokation (absichtlich, vorsätzlich, fahrlässig) ein differenziertes und abgestuftes Rechtsfolgensystem entgegenzusetzen<sup>48</sup>, nichts abgewinnen. Zudem dürfte der Gesetzgeber mit einer solchen Aufgabe schlicht überfordert sein.

## IV. Nothilfe

### 1. Erforderlichkeit

Es trifft zu, dass der Entwurf in § 32 Abs. 4 keine Auskunft darüber gibt, welches die „erforderliche Verteidigungshandlung“ ist, wenn Angegriffener und Nothelfer über unterschiedlich schädliche Abwehrmittel verfügen. Nach *Engländer* und *Rückert* soll dann stets nur das – mittels „Gesamtbetrachtung“ festzustellende – mildeste Mittel erforderlich sein.<sup>49</sup> Das hat zur Folge, dass derjenige, der dem Angriff nur mit einem gravierenderen Verteidigungsmittel effektiv entgegenzutreten kann, entweder überhaupt nicht verteidigen darf oder sich mit dem Einsatz einer zur Angriffsabwehr nicht ausreichenden Maßnahme begnügen muss. Soweit dies den mit einem Messer ausgestatteten Angegriffenen betrifft, der zu schwach ist, um sich allein mit einem Faustschlag zu verteidigen, ist das eigentlich kein Nothilfe-Thema. Reduziert ist die Selbstverteidigungsbefugnis des Angegriffenen, weil es einen potentiellen Nothelfer gibt, der den Angreifer mit weniger schädigender Handlung zurückschlagen kann. Der Angegriffene dürfe „mit seiner Verteidigung nicht über die Mittel hinausgehen, die dem Dritten zur Abwehr des Angriffs ausreichen würde“.<sup>50</sup> Dieser Satz ließe den Leser verwirrt und ratlos zurück, wenn nicht im übernächsten Satz die

<sup>41</sup> *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 243 Rn. 61.

<sup>42</sup> Grundsätzlich skeptisch gegenüber dem Rückgriff auf § 13 StGB im vorliegenden Zusammenhang *Koschmieder*, StV 2024, 138 (140); ähnlich *Engländer*, NSTZ 2016, 527 (528); *Murmann*, Grundkurs, § 25 Rn. 100.

<sup>43</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (128).

<sup>44</sup> *Hoven/Mitsch*, GA 2023, 241 (254).

<sup>45</sup> So *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (128).

<sup>46</sup> Seit *Mitsch*, GA 1986, 533 ff; *Mitsch*, Strafbare Provokation strafbarer Taten, 1986, S. 109 ff.

<sup>47</sup> Ebenso *Hardtung/Putzke*, Examinatorium, Rn. 608.

<sup>48</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (128).

<sup>49</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (130).

<sup>50</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (130).

notwendige Klarstellung folgte: Diese Begrenzung der Selbstverteidigungsbefugnis gelte nur, wenn „das Eingreifen der potentiellen Nothelferin so sicher ist, dass es sich tatsächlich um ein relativ milderes Mittel handelt“.<sup>51</sup> Dem ist grundsätzlich nicht zu widersprechen. Streiten kann man darüber, wie sich die Situation in den Augen des Angegriffenen darstellen muss, damit das Nothelfereingreifen „so sicher“ ist. Ich würde dem Angegriffenen die Benutzung des Messers erst dann untersagen, wenn der Nothelfer tatsächlich begonnen hat, den Angreifer mit Faustschlägen zurückzudrängen.<sup>52</sup> Selbstverständlich muss dem Angegriffenen der Messereinsatz jederzeit gestattet bleiben, sollte sich herausstellen, dass die „mildere“ Intervention des Nothelfers zur Angriffsabwehr doch nicht ausreicht. Auch in der umgekehrten Konstellation stimme ich *Engländer* und *Rückert* im Ergebnis zu: „Überlässt“ der Angegriffene, der sich selbst erfolgversprechend mit milderem Mittel wehren könnte, die Verteidigung dem Nothelfer, der nur mit einer schädlicheren Vorgehensweise dem Angriff erfolgreich entgegentreten kann, soll dieser nicht gerechtfertigt sein, wenn er tatsächlich eine die Grenze des mildesten Mittels überschreitende Verteidigungsaktion ausführt.<sup>53</sup> Zur Begründung dieses Ergebnisses würde ich aber auf § 32 Abs. 4 Halbsatz 2 des Entwurfs abstellen: Wer sich nicht mit dem ihm zur Verfügung stehenden abwehrtauglichen mildesten Mittel verteidigen will, sondern auf das härtere Eingreifen eines Dritten vertraut, der hat auf den maximalen Schutz, den das Notwehrrecht ihm gewährt, verzichtet. Mit dem „Einspannen“ des Nothelfers hat der Angegriffene zugleich in Kauf genommen, dass rechtskonforme Verteidigung nur noch submaximalen Schutz bieten kann.

## 2. Sozialethische Einschränkungen

Eine die Verteidigungsbefugnisse hemmende Rücksichtnahmepflicht soll nach *Engländer* und *Rückert* für das Nothilferecht nur dann beachtlich sein, wenn der Angegriffene zum Angreifer in dem besonderen Rücksichtnahmeverhältnis steht. Deshalb soll der Ehemann gegen seine einen Dritten angreifende Ehefrau ein unbeschränktes Verteidigungsrecht haben. Der Angegriffene dürfe nicht mit den „Kosten der Rücksichtnahmepflicht“, für die der Nothelfer zuständig ist, belastet werden.<sup>54</sup> Dieser Einwand überzeugt mich nicht. Die Stellung des Angegriffenen, der Beistand nur von einem Nothelfer bekommen kann, dem aus rechtlichen Gründen die „Hände gebunden“ sind, ist dieselbe, wie wenn ihm lediglich ein Dritter zur Seite steht, der entweder überhaupt zu schwach ist oder ausschließlich mit Handlungen wirksam verteidigen könnte, die wegen Überschreiten der Erforderlichkeitsgrenze unzulässig sind. Wenn der Nothelfer ungeeignet ist, trägt der Angegriffene immer die „Kosten“ dieses Mangels, gleich was der Grund dafür ist. Im umgekehrten Fall halte ich es entgegen *Engländer* und *Rückert* für richtig, dass das Verteidigungsrecht des Nothelfers nicht eingeschränkt ist, wenn allein den Angegriffenen gegenüber

dem Angreifer eine Rücksichtnahmepflicht trifft.<sup>55</sup> Daran kann auch die vertretbare Konzeption eines „akzessorischen“ Nothilferechts nichts ändern. Die Rücksichtnahmepflicht ist nämlich ein „besonderes persönliches Verhältnis“ i.S.d. §§ 14 Abs. 1, 28 StGB und entfaltet spezifische Rechtswirkungen nur bei Personen, die an diesem Verhältnis beteiligt sind. Zweifellos ist weder Absatz 1 noch Absatz 2 des § 28 Abs. 2 StGB direkt anwendbar. Der dahinterstehende Rechtsgedanke gibt aber dem hier vertretenen Ergebnis argumentativen Rückhalt.

Was die Behandlung der Angriffsprovokation in Nothilfsituationen angeht, kann ich nur wiederholen, was ich bereits zur Provokation in dem Selbstverteidigungs-Fall zu Protokoll gegeben habe (oben III.2.): Provokationen, die weder die Erfüllung der Notwehrvoraussetzungen ausschließen noch das Eingreifen eines sonstigen Notwehreinschränkungsgrundes auslösen, lassen das volle Verteidigungsrecht des Angegriffenen sowie jedes Nothelfers unberührt. Ein Nothelfer darf dem Angreifer deshalb auch dann mit dem scharfen Schwert des Notwehrrechts begegnen, wenn der Angegriffene den Angreifer in einer Weise provoziert hat, die nach h.M. das Selbstverteidigungsrecht einschränkt oder sogar ausschließt.<sup>56</sup>

## 3. Aufgedrängte Nothilfe

*Engländer* und *Rückert* halten die im Entwurfstext abgebildete „Zulässigkeit der aufgedrängten Nothilfe“ für zu weitgehend. Die Rechtfertigungswirkung muss nach ihnen immer ausgeschlossen sein, wenn der Angegriffene die Nothilfe wirksam ablehnt.<sup>57</sup> Die im Entwurf festgelegte Grenze des „Verzichts“ seitens des Angegriffenen entfalte zu wenig prohibitive Wirkung gegen unerwünschte Nothilfeaktionen. Sie unterscheide sich nur wenig von der den Angriff rechtfertigenden und damit schon die Entstehung einer Notwehrlage verhindernden Einwilligung.<sup>58</sup> Der Unterschied zwischen einer Einwilligung in die durch den Angriff verursachte Rechtsgutsverletzung und dem Verzicht auf eine Verteidigung durch den Nothelfer lässt sich aber nicht leugnen.<sup>59</sup> Dass ein Angegriffener das konkrete Hilfeangebot eines Dritten ablehnt, bedeutet nicht zugleich Beseitigung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, womit ja auch das Selbstverteidigungsrecht entfele. Zudem sollte trotz Zurückweisung der Einmischung eines unerwünschten Nothelfers die gerechtfertigte Nothilfe eines anderen erwünschten weiteren Nothelfers möglich bleiben, wenn z.B. der Angegriffene sich von diesem einen besseren Schutz erhofft als von dem ersten Nothelfer. Zugegebenermaßen wird diese Differenzierung durch die Formulierung „auf den Schutz des betroffenen Rechtsguts wirksam verzichtet“ nicht optimal zum Ausdruck gebracht. „Verzicht auf Schutz“ klingt nach „alles oder nichts“, was ich für eine zu starke und vor allem den Interessen des Angegriffenen zuwiderlaufende Beschneidung zulässiger Nothilfe halte. Das stärkste Argument gegen Eingriffe in das Nothilferecht ist entgegen *Engländer*

<sup>51</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (130).

<sup>52</sup> *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 143; *Mitsch*, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 10 Rn. 8.

<sup>53</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (130); ebenso *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 206.

<sup>54</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (131).

<sup>55</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (131).

<sup>56</sup> Anders *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (131).

<sup>57</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (133).

<sup>58</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (131).

<sup>59</sup> *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 1999, 444 (445).

und *Rückert* der Umstand, dass von dem Nothilfeverbot in erster Linie der Angreifer profitiert, obwohl dieser das nicht verdient hat.<sup>60</sup> Entfällt die Rechtfertigungswirkung der Nothilfe, macht sich der Nothelfer wegen tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Verletzung des Angreifers strafbar. Für den Angegriffenen ist damit nichts gewonnen. Vielmehr entgeht ihm ein möglicher Schutz seines dem Angriff ausgesetzten Rechtsgutes, wenn der Nothelfer das Verbot beachtet. Notwendig ist ein Reglement, mit dem passgenau auf die Missachtung der legitimen Interessen des Angegriffenen am Unterbleiben unerwünschter Nothilfe reagiert werden kann. Teilweise ist das nach geltendem Recht möglich. Das bedeutendste Gegeninteresse basiert auf der Furcht des Angegriffenen, durch eine risikante Verteidigungsaktion des Nothelfers oder eine durch die Nothilfe ausgelöste Eskalation des Angriffs verletzt zu werden.<sup>61</sup> Realisiert sich dieses Risiko, wird also die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen<sup>62</sup> verletzt, macht sich der Nothelfer aus §§ 223 ff StGB strafbar. Auch bei glimpflichem Ausgang des gefährlichen Verteidigungsunternehmens steht möglicherweise eine Versuchsstrafbarkeit im Raum. Ob eine Bestrafung des Nothelfers eine vernünftige strafrechtliche „Aufarbeitung“ des Geschehens ist, wenn das Bemühen des Nothelfers erfolgreich gewesen ist und der Angegriffene keinen oder nur verhältnismäßig geringen Schaden davongetragen hat, sei dahingestellt. Immerhin besteht bei § 223 StGB ein Strafantragserfordernis (§ 230 StGB) und bei § 224 StGB kann mit §§ 153, 153a StPO operiert werden. In schlimmeren Fällen – der Nothelfer hält mit Grund sogar den Tod des Angegriffenen als „Kollateralschaden“ für möglich – dürfte die Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags trotz eines an ein Wunder grenzenden Verteidigungserfolgs ohne Schädigung des Angegriffenen richtig sein. Nothilfe darf kein Glücksspiel mit dem Leben des Angegriffenen sein. Mit dieser strafrechtlichen Sanktionierung ist aber die Übergriffigkeit des Nothelfers hinreichend vergolten. Eine zusätzliche Strafbarkeit wegen Verletzung des Angreifers halte ich für unbegründet.<sup>63</sup> Ein anderer beachtlicher Grund zur Ablehnung der Nothilfe ist das Interesse des Angegriffenen an Schonung des Angreifers.<sup>64</sup> Hier fällt mit der Bestrafung des Nothelfers wegen Verletzung des Angreifers die Sanktionierung der Missachtung des Gegeninteresses des Angegriffenen zusammen. Komplizierter wird die Rechtslage, wenn der Angriff von mehreren ausgeführt wird und der Angegriffene nicht allen Angreifern gegenüber ein Schonungsinteresse hat. „Aufgedrängt“ ist die Nothilfe in einem solchen Fall nur, soweit sie sich gegen den Angreifer richtet, an dessen Unversehrtheit der Angegriffene interessiert ist. Auch dieses Beispiel zeigt, dass eine differenzierungstaugliche Regelung einer „Alles-oder-nichts-Regelung“ vorzuziehen ist. Das ist mit dem Entwurf noch nicht in wünschenswerter Weise gelungen, *Engländer* und *Rückert* bieten aber auch nichts Besseres an.

## V. Subjektives Rechtfertigungselement

Obwohl *Engländer* und *Rückert* dem Vorschlag der Entwurfsverfasser zum Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements und zur rechtlichen Konsequenz seines Fehlens (§ 34a StGB-E) ohne Einschränkung zustimmen<sup>65</sup>, sind hier einige kritische Bemerkungen veranlasst. Der Verzicht auf ein „voluntatives Element“ hat m.E. nichts mit der (Un-)Beachtlichkeit von Motiven zu tun. Ein „Motiv“ wäre der Fall, dass der Täter sich zur Abwehr des Angriffs veranlasst fühlt, weil er damit einer von ihm verehrten Frau imponieren will bzw. weil er den Angegriffenen mag. Beides ist für die rechtliche Bewertung der Tat irrelevant. Diskussionsbedürftig wird die Sache, wenn es dem Täter in der ersten Motiv-Variante egal ist, ob seine Verteidigungsaktion auch erfolgreich sein wird, also den Angriff abwendet. Ist der Eintritt dieses Erfolges mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten und weiß der Täter dies, bedarf es keiner über diese kognitive Einstellung hinausgehender voluntativen Begleitung der Handlung. Ob dem Täter der Abwehrerfolg egal, erwünscht oder unerwünscht ist, macht keinen Unterschied. Die Tat ist gerechtfertigt. Problematisch sind die Fälle, in denen es ex ante ungewiss ist, ob die erforderliche Verteidigung den Angriff tatsächlich abwenden wird. Denkbar ist z.B. der Fall, dass der Täter aus großer Entfernung mit einem Gewehr auf den Angreifer schießt und es für möglich hält, dass der erste Schuss den Angreifer verfehlt oder zwar trifft, den Angriff aber noch nicht unterbindet. Hier sollte man von dem Täter verlangen, dass er von vornherein die Bereitschaft hat, noch einen zweiten oder dritten Schuss abzufeuern, um den Angegriffenen vor den Folgen eines erfolgreichen Angriffs zu bewahren. Schießt der Täter nur, um den Angreifer zu erschrecken und eventuell zu verletzen, ist ihm aber die mit seiner Handlung verbundene Rettung des Angegriffenen gleichgültig, halte ich die Verneinung einer Rechtfertigung für ein vertretbares Ergebnis. Dieser Fall steht in einer Reihe mit der vorläufigen Festnahme i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, die der Festnehmer allein zu dem Zweck vollzieht, den Festgenommenen einige Stunden durch Einsperrung in einem dunklen Keller zu schikanieren, ohne die Polizei zu informieren und die Durchführung eines Strafverfahrens gegen den Festgenommenen zu ermöglichen.<sup>66</sup> Die „unvollkommene Zweiaktigkeit“ dieses Rechtfertigungsgrundes<sup>67</sup> ist auch in Notwehrfällen möglich. Deshalb ist die Verwendung des Wortes „Kenntnis“<sup>68</sup> zur Kennzeichnung des subjektiven Rechtfertigungselements nicht die beste Wahl. In Bezug auf den Verteidigungserfolg verkümmert die kognitive Komponente zu einer ex-ante-Prognose. „Kennen“ kann der Täter die gegenwärtigen Umstände, von denen auf einen mehr oder weniger sicheren künftigen Verteidigungserfolg geschlossen werden kann. Der Verteidigungserfolg selbst ist hingegen kein „Umstand“, den der Notwehrübende bei Ausführung der

<sup>60</sup> Mitsch, KriPoZ 2022, 238 (246).

<sup>61</sup> Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 1999, 444 (445) Fallkonstellation 4.

<sup>62</sup> Nicht bloß das „Selbstbestimmungsrecht“ oder die „Autonomie“ des Angegriffenen, so aber anscheinend Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 1999, 444 (447); Engländer/Rückert, GA 2024, 121 (132).

<sup>63</sup> Mitsch, KriPoZ 2022, 238 (246).

<sup>64</sup> Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 1999, 444 (445) Fallkonstellation 2.

<sup>65</sup> Engländer/Rückert, GA 2024, 121 (134).

<sup>66</sup> Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, § 10 Rn. 21.

<sup>67</sup> Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 14 Rn. 49.

<sup>68</sup> Engländer/Rückert, GA 2024, 121 (134).

tatbestandsmäßigen Handlung schon „kennen“ kann.<sup>69</sup> Zum Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements bei fahrlässigen Taten dürfte das letzte Wort auch noch nicht gesprochen sein. Der Entwurfstext nimmt dazu nicht explizit Stellung, es sei denn, man deutet den Wortlaut dahingehend, dass das Kenntniserfordernis ohne Unterschied für vorsätzliche wie für fahrlässige Taten gilt. Jedenfalls geht die in Satz 2 der Entwurfsvorschrift offen gehaltene Versuchsstrafbarkeit in Bezug auf fahrlässige Taten gegenwärtig ins Leere, da das geltende Strafrecht keine Strafbarkeit fahrlässiger Versuche anerkennt. Natürlich kann § 34a S. 2 StGB-E nicht unter Umgehung des § 23 Abs. 1 StGB eine Strafbarkeit fahrlässiger Versuche begründen.

## VI. Notwehrexzess

Die Einbeziehung des „vorzeitig-extensiven“ Notwehrexzesses in die Entschuldigungsvorschrift war in der Arbeitsgruppe sehr umstritten. Es überrascht nicht, dass *Engländer* und *Rückert* diese Weite des § 33 Abs. 1 S. 2 StGB-E kritisieren.<sup>70</sup> Die durchaus zutreffende Feststellung, nach dem Wortlaut der Vorschrift müsse es auch beim extensiven Notwehrexzess „tatsächlich zu einem gegenwärtigen Angriff gekommen sein“, ist aber kein überzeugendes Argument gegen die Berücksichtigung des vorzeitigen Exzesses. Dass der Täter seine prophylaktische Abwehr ausführte, bevor ein Angriff überhaupt begonnen hatte, schließt ja nicht aus, dass im Anschluss an die Verteidigung der Angriff stattfindet und vielleicht sogar erfolgreich durchgeführt wird. Der Exzess setzt nur voraus, dass mit der Verteidigung „zu früh“ begonnen wird, nicht, dass sie den Angriff bereits „im Keim erstickt“, es also niemals zu einem Angriff kommt. Sieht der Täter, wie der künftige Angreifer mit Angriffsvorbereitungen beginnt, begeht er einen vorzeitigen extensiven Notwehrexzess, wenn er schon in diesem Stadium aus Furcht vor dem bevorstehenden Angriff auf ihn einschlägt. Bleibt daraufhin der geplante Angriff im Vorbereitungsstadium stecken, liegt die Situation vor, auf die sich die Kritik von *Engländer* und *Rückert* richtet. Der Einwand, der Wortlaut des

§ 33 Abs. 1 S. 2 StGB-E („mit dem gegenwärtigen Angriff“) erfasse diesen Fall nicht, ist berechtigt. Anders, wenn der geprügelte Angriffsvorbereiter trotz Misshandlung den Angriffsplan verwirklicht. Wenn man also den Entschuldigungsgrund nicht auf den vorzeitigen Notwehrexzess ausdehnen will, muss das anders begründet werden. Meines Erachtens ist es der fehlende Kausalzusammenhang zwischen Angriff und asthenischem Affekt, der gegen die Gleichstellung von vorzeitigem und nachzeitigem Notwehrexzess spricht. Dass die Gemütsregung als solche kein ausreichender Grund für die Delegitimierung eines Schuldvorwurfs ist, zeigt am deutlichsten das Fehlen einer entsprechenden Regelung beim rechtfertigenden Notstand („Notstandsexzess“). Nur weil der Angreifer mit seinem rechtswidrigen Angriff eine erhebliche Mitverantwortung für den asthenischen Affekt trägt, ist die Strafllosigkeit des exzessiv Notwehrrübenden plausibel. Solange der Angreifer die Grenze zum gegenwärtigen Angriff noch nicht überschritten hat, wiegt seine Verantwortung für die Gemütslage des noch nicht Angegriffenen nicht schwer genug. Mit ihrem diesbezüglichen Hinweis, die Schuldminderung des Täters sei „nicht notwehr-, sondern notstandsbezogen“, haben *Engländer* und *Rückert* im Ergebnis Recht.

## VII. Schluss

Fortschritte im Recht und in der Rechtswissenschaft resultieren aus einem Wettstreit, in dem der Konkurrent seinen in Vorlage gegangenen Mitstreiter entweder mit einer besseren Idee überholt oder durch mehr oder weniger gut begründete Kritik an dessen Vorschlägen zur Steigerung seiner Bemühungen anspornt. Texte wie der von *Engländer* und *Rückert* sind deshalb sehr willkommen, weil sie uns alle weiterbringen und sei es auch nur dadurch, dass sie die Verfasser eines Gesetzesentwurfs auf Irrtümer aufmerksam machen. Denselben Effekt in der entgegengesetzten Richtung erhoffe ich mir von den eigenen Worten, zu denen mich die Kollegen inspiriert haben, wofür ich ihnen dankbar bin.

<sup>69</sup> Unzulässige Verkürzung der kognitiven Komponente ist jedoch die Reduzierung auf „Kenntnis der Notwehrlage“, so *Valerius/Ruppert*, Examenkurs, § 4 Rn. 41. Zumindest die objektiven Notwehrmerkmale „Verteidigung“ und „erforderlich“ sind taugliche Kenntnisgegenstände.

<sup>70</sup> *Engländer/Rückert*, GA 2024, 121 (135).

# Der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung: Ins Vorfeld! Weiter, immer weiter ...?

von Dr. Anneke Petzsche und  
Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Heger\*

## Abstract

Der vor kurzem vom Kabinett beschlossene Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung soll nach deutlicher Rüge von Umsetzungsdefiziten im deutschen Recht und einem eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren durch die Kommission das deutsche Terrorismusstrafrecht an die europäischen Vorgaben anpassen. Der vorliegende Beitrag analysiert die darin enthaltenen zentralen Änderungen kritisch und untersucht sie auf ihre europarechtliche Determinierung. Dabei werden auch die von der Kommission behaupteten Umsetzungsdefizite kritisch hinterfragt. Der Beitrag kritisiert die im Entwurf enthaltenen weiteren erheblichen Vorverlagerungen im Bereich des Terrorismusstrafrechts, insbesondere im Hinblick auf die vorgesehenen Versuchsstrafbarkeiten, und mahnt eine Berücksichtigung der europarechtlich bestehenden Spielräume im weiteren Gesetzgebungsverfahren an.

*The draft law on the implementation of Directive (EU) 2017/541 on combating terrorism, which was recently passed by the German cabinet, is intended to bring German criminal law on terrorism into line with European requirements, following clear criticism of implementation deficits in German law and the initiation of infringement proceedings by the European Commission. This article critically analyses the central changes contained in the draft law and examines them with regard to their determination by European law. It also critically examines the transposition deficits alleged by the Commission. The article criticises the further significant expansion of substantive terrorism law in the proposed draft, especially with regard to the planned introduction of further inchoate offences, and calls for the existing scope under European law to be taken into account in the further legislative process.*

## I. Die Vorgeschichte

Der internationale und insbesondere europäische Einfluss auf das deutsche Terrorismusstrafrecht hat eine lange Geschichte.<sup>1</sup> Schon früh hat die internationale Staatengemeinschaft erkannt, dass die Bekämpfung des Terrorismus eine internationale Aufgabe ist.<sup>2</sup> Verstärkt wurde diese Tendenz durch die fortschreitende Globalisierung des Terrorismus, u.a. durch die grenzüberschreitende Nutzung des Internets sowie die weltweite Vernetzung verschiedener terroristischer Gruppen und die damit einhergehende Reisetätigkeit sog. ausländischer terroristischer Kämpfer (*foreign terrorist fighters*). Diese Entwicklung wurde nicht zuletzt durch spektakuläre terroristische Anschläge in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt. Zu nennen sind die Anschläge auf das World Trade Center und das Pentagon (9/11) in den USA, deren Täter zum Teil ihre Flugausbildung in Deutschland absolviert hatten, und verschiedene terroristische Taten auf europäischem Boden beginnend mit den Anschlägen in Madrid im März 2004 und London im Mai 2005<sup>3</sup> sowie ein Jahrzehnt später die eine riesige Welle beginnenden Anschläge in Paris im Januar (u.a. Charlie Hebdo) und im November 2015, im März 2016 in Brüssel, im Juni 2016 in Nizza, im Dezember 2016 in Berlin oder im Mai 2017 in Manchester, die allesamt von ausländischen terroristischen Organisationen wie Al-Qaida oder dem IS begangen wurden oder diesen zuzurechnen sind. Als Reaktion darauf traten auch internationale und supranationale Organisationen wie die Vereinten Nationen (UNO) oder die Europäische Union (EU) vermehrt als Akteure auf, die gezielt rechtliche Entwicklungen oder vielmehr Verschärfungen im Bereich des Terrorismusstrafrechts und seinen Begleitregelungen durchsetzten.<sup>4</sup>

Speziell auf Ebene der EU wurde die Bedeutung der Terrorismusbekämpfung schon früh betont.<sup>5</sup> So trat im Jahr 2002 ein Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung

\* Prof. Dr. Martin Heger ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Die Mitautorin Dr. Anneke Petzsche, M.Sc. (Oxford) ist dort als Wissenschaftliche Mitarbeiterin beschäftigt und hat als Expertin die EU Kommission hinsichtlich der Umsetzung der EU Richtlinie 2017/541 beraten.

<sup>1</sup> Siehe dazu Petzsche, GLJ 2012, 1056–1065; Petzsche, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, 2013, 58 ff.; Petzsche/Coenen, in: Rothenberger/Krause/Jost/Frankenthal, Terrorismusforschung: Interdisziplinäres Handbuch für Wissenschaft und Praxis, 2022, S. 463 f.; allgemein zu der historischen Entwicklung des deutschen Terrorismusstrafrechts Heger, in: Petzsche/Heger/Metzler, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, 2019, S. 47 ff.

<sup>2</sup> Siehe beispielsweise das internationale Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 9.12.1999.

<sup>3</sup> Dazu Heger, ZIS 2015, 537; Cancio Meliá, ZIS 2015, 538 ff.; Walker, ZIS 2015, 545 ff.; Petzsche, ZIS 2015, 556 ff.

<sup>4</sup> Petzsche/Coenen, in: Rothenberger/Krause/Jost/Frankenthal, Terrorismusforschung, S. 463 f.

<sup>5</sup> So wurde deren Bedeutung nicht nur in verschiedenen Programmen der EU betont (z.B. Tampere Programm 1999, Stockholmer Programm 2009), sondern der Bereich fand auch ausdrücklich Erwähnung bei der durch den Vertrag von Lissabon neu geschaffenen strafrechtlichen Richtlinienkompetenz (Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV); zu dem bisherigen europäischen Einfluss auf das deutsche Terrorismusstrafrecht Petzsche, in: Petzsche/Heger/Metzler, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 210 ff.

(im Folgenden: Rb 2002)<sup>6</sup> in Kraft, der die Pönalisierung bestimmter terroristischer Handlungen vorsah.<sup>7</sup> Der Schwerpunkt lag dabei auf den sog. terroristischen Straftaten und der terroristischen Vereinigung. Dieser Rahmenbeschluss erfuhr bereits 2008 eine Reform und Erweiterung durch den Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates vom 28. November 2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung (in der Folge: Rb 2008), der insbesondere eine Ausweitung auf terroristische Vorbereitungshandlungen vorsah.<sup>8</sup>

Basierend auf den Veränderungen im Primärrecht durch den Vertrag von Lissabon<sup>9</sup> erfolgte eine Konsolidierung und erneute Erweiterung des Terrorismusstrafrechts durch die Richtlinie 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2005/671/JI des Rates (im Folgenden: RL 2017/541),<sup>10</sup> die am 20. April 2017 in Kraft trat und bis zum 8. September 2018 von den Mitgliedstaaten umzusetzen war. Während Deutschland der Kommission eine fristgerechte Umsetzung meldete, bestanden nach einem Bericht der Kommission noch gewisse Defizite.<sup>11</sup> Auf die darin geäußerte Kritik reagierte Deutschland zunächst nicht. Nachdem die Europäische Kommission jedoch im April 2023 die zweite Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens u.a. gegen Deutschland wegen unzureichender Umsetzung der RL 2017/541 beschlossen hatte,<sup>12</sup> legte das Bundesministerium der Justiz (BMJ) im November 2023 einen Referentenentwurf (RefE) vor, der Mitte Mai 2024 im Bundeskabinett als besonders eilbedürftig beschlossen und dem Bundesrat zugeleitet wurde.<sup>13</sup> Dieser Entwurf soll – laut der enthaltenen Erläuterungen – der Umsetzung der RL 2017/541 dienen und die „Rügen – soweit sie nachvollziehbar erscheinen – unter Wahrung der deutschen Strafrechtssystematik“<sup>14</sup> ausräumen. Inwieweit dies gelungen ist und wie die vorgeschlagenen Änderungen des deutschen Rechts zu bewerten sind, soll hier im Folgenden näher beleuchtet werden.

Dabei ist vorwegzunehmen, dass der deutsche Gesetzgeber europarechtlich an die zwingenden (Mindest-)Vorgaben der Richtlinie gebunden ist. Insofern gilt es, den Umsetzungsspielraum auszuloten, den das Instrument der Richtlinie belässt, die „nur“ hinsichtlich der normierten Ziele Bindungswirkung entfaltet, in der Umsetzung den Mitgliedstaaten aber Freiheit gewährt. Damit gilt aber zugleich, dass viele – dies sei vorweggenommen – problematische Elemente europarechtlich bindend gemacht worden sind, auch wenn sie aus deutscher Sicht verfassungsrechtlich problematisch erscheinen mögen.<sup>15</sup> Insofern wurde eine Intervention durch Deutschland bereits im Vorfeld der Schaffung der RL 2017/541 versäumt. Die Folge davon zeigt sich in dem Reformversuch durch den vorgelegten Referentenentwurf, dessen Änderungsvorschläge für das deutsche Anti-Terrorstrafrecht im Folgenden dargestellt, auf ihre europarechtliche Determinierung hin untersucht und einer kritischen Analyse unterzogen werden sollen.

## II. Kernregelungen der Richtlinie

Zunächst soll ein kurzer Überblick über die zentralen Regelungen der RL 2017/541 gegeben werden: Die im Jahr 2017 in Kraft getretene Terrorismusrichtlinie stellt eine Fortentwicklung des Rechtsrahmens für die strafrechtliche Terrorismusbekämpfung der EU-Mitgliedstaaten dar. Inhaltlich knüpft die Terrorismusrichtlinie an die Terrorismus-Rahmenbeschlüsse von 2002 und 2008 an. Deren Regelungen wurden im Wesentlichen übernommen. Darüber hinaus enthält die Richtlinie einige Erweiterungen. Neben der grundlegenden Definition terroristischer Straftaten (Art. 3) und weiteren Begriffsbestimmungen (z.B. „terroristische Vereinigung“) enthält die RL 2017/541 eine Pönalisierungspflicht für verschiedene terroristische Straftaten, nämlich für Straftaten im Zusammenhang mit einer terroristischen Vereinigung – wobei sowohl das Anführen als auch die Beteiligung erfasst werden soll (Art. 4) – sowie für verschiedene Straftaten im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten. Letztere können zwar auch

<sup>6</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung, 2002/475/JI.

<sup>7</sup> Vertiefend dazu *Petzsche* (Fn. 1) 2013, S. 61 ff.

<sup>8</sup> Vertiefend dazu *Petzsche* (Fn. 1) 2013, S. 66 ff.

<sup>9</sup> Konkret zu der Bedeutung für das „Europäische Strafrecht“ *Heger*, ZIS 2009, 406 ff.

<sup>10</sup> Dies ist zwar die zentrale Richtlinie, was das Terrorismusstrafrecht betrifft, daneben gibt es aber weitere Richtlinien, die Teilbereiche betreffen. Insbesondere für Bezüge zu Finanzfragen siehe auch die Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. L 141 vom 5.6.2015, S. 73).

<sup>11</sup> European Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council based on Article 29(1) of Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA, v. 30.9.2020; siehe auch zuvor bereits *Petzsche*, in: *Petzsche/Heger/Metzler*, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 209 ff.

<sup>12</sup> [https://germany.representation.ec.europa.eu/news/vertragsverletzungsverfahren-deutschland-muss-bei-regeln-fur-saisonarbeitskraefte-und-2023-04-19\\_de](https://germany.representation.ec.europa.eu/news/vertragsverletzungsverfahren-deutschland-muss-bei-regeln-fur-saisonarbeitskraefte-und-2023-04-19_de) (zuletzt abgerufen am 30.4.2024).

<sup>13</sup> <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/gesetzentwurf-bmj-bundeskabinett-terrorismus-bekaempfung-stgb-buschmann/> (zuletzt abgerufen am 16.5.2024).

<sup>14</sup> Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung, 2023, S. 1.

<sup>15</sup> Dazu siehe insbesondere *Zöller*, Terrorismusstrafrecht: Ein Handbuch, 2009, S. 562 ff.; siehe auch *Zöller*, Stellungnahme des Instituts für Digitalisierung und das Recht der Inneren Sicherheit (IDRIS) der Ludwig-Maximilians-Universität München zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung, v. 22.12.2023, S. 6 ff.

im Rahmen terroristischer Vereinigungen begangen werden, zielen aber insbesondere auf das Handeln von Einzeltätern ab. Geregelt werden die öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat (Art. 5), die Anwerbung für terroristische Zwecke (Art. 6), die Durchführung und Absolvierung einer Ausbildung für terroristische Zwecke (Art. 7 und 8), die Reisetätigkeit für terroristische Zwecke (Art. 9) einschließlich deren Organisation oder sonstiger Erleichterung (Art. 10) sowie die Terrorismusfinanzierung (Art. 11). Im Vordergrund steht damit das Vorfeld terroristischer Anschläge, was durch die ausdrückliche Feststellung unterstrichen wird, dass generell weder die tatsächliche Begehung einer terroristischen Straftat noch ein Bezug zu einer konkreten terroristischen Straftat erforderlich ist (Art. 13). Dass – anders als bisher – nunmehr auch die Beihilfe, Anstiftung und der Versuch zu nahezu allen geregelten Vorbereitungshandlungen unter Strafe gestellt werden muss (Art. 14), führt zu einer weiteren – von der Richtlinie vorgesehenen – Ausweitung der Strafbarkeit. Neben den Pönalisierungsanforderungen enthält die Richtlinie auch Regelungen zu verschiedenen „angrenzenden“ Rechtsbereichen wie Ermittlungsinstrumente (Art. 20), Maßnahmen gegen Online-Inhalte (Art. 21) sowie Opferrechte (Art. 24 ff.).

### III. Änderungen im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht

Deutschland erfüllt im Bereich des Terrorismusstrafrechts bereits viele Anforderungen der RL 2017/541.<sup>16</sup> Gleichwohl ergeben sich durch die Erweiterung der Richtlinie im Vergleich zum Rb 2008 einige Lücken, die durch den RefE durch verschiedene Änderungen – oder treffender: Erweiterungen – insbesondere im materiellen Strafrecht geschlossen werden sollen.<sup>17</sup>

#### 1. Neue Begrifflichkeit: „terroristische Straftat“

Die zentrale Neuerung des Referentenentwurfs stellt eine rein sprachliche Änderung dar. Der für die §§ 89a, 89b und 91 StGB zentrale Begriff der „schweren staatsgefährdenden Gewalttat“ wird durch den Begriff der „terroristischen Straftat“ ersetzt. Dies entspricht dem Wortlaut der Richtlinie, die in Art. 3 von „terroristischen Straftaten“ („*terrorist offences*“, „*Infractions terroristes*“, „*Delitos de terrorismo*“) spricht. Art. 3 RL 2017/541 stellt für die Umschreibung einer solchen terroristischen Straftat auf die terroristische Zielsetzung ab und verknüpft diese mit einem Katalog bestimmter Straftaten, die zudem objektiv ein zusätzliches Gefährdungsmoment aufweisen müssen. Art. 3 RL 2017/541 wird nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers im Wesentlichen durch § 89a StGB abgebildet.<sup>18</sup> Mit dem vorgelegten Referentenentwurf soll § 89a StGB weiter an Art. 3 RL 2017/541 angenähert werden, insbesondere durch eine stärkere Anpassung an den dort

enthaltenen Straftatenkatalog sowie durch die Übernahme der Bezeichnung als „terroristische Straftat“.

Hintergrund dieser sprachlichen Änderung ist, dass die fehlende Bezeichnung als „terroristische Straftaten“ von der Kommission ausdrücklich gerügt wurde, die in ihrem Bericht betont, dass Art. 3 Abs. 1 RL 2017/541 nicht nur die Verpflichtung beinhalte, bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, sondern auch, diese ausdrücklich als „terroristische Straftaten“ zu bezeichnen („*does not just entail a requirement to criminalise specific acts, but also that such acts are labelled as terrorist offences in national legislation*“).<sup>19</sup> Diese fragwürdige<sup>20</sup> Forderung ist vor dem Hintergrund der Notwendigkeit eines Informationsaustausches auf europäischer Ebene im Bereich des Terrorismus zu verstehen. So weist die Kommission selbst in ihrem Umsetzungsbericht darauf hin, dass eine gemeinsame Einstufung als „terroristische Straftat“ wichtig sei, um die Instrumente der Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung effektiv nutzen zu können.<sup>21</sup> Bereits der in diesem Zusammenhang zitierte Beschluss 2005/671/JI des Rates vom 20. September 2005 über den Informationsaustausch und die Zusammenarbeit betreffend terroristische Straftaten offenbart jedoch die Zirkularität dieses Arguments. Der genannte Beschluss bezeichnet „terroristische Straftaten“ ausdrücklich als die später in der Richtlinie (EU) 2017/541 aufgeführten Straftaten. Insofern spielt die Bezeichnung als terroristische Straftat für den Informationsaustausch selbst keine Rolle, sondern Grundlage hierfür sind die nationalen Normen, die eben diese Richtlinie – unabhängig von ihrer Bezeichnung – umsetzen.

Darüber hinaus ist mehr als fraglich, ob die EU überhaupt die Kompetenz hat, den Mitgliedstaaten vorzuschreiben, bestimmte Straftatbestände mit einer bestimmten Bezeichnung zu versehen. Die primärrechtliche Kompetenz des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV besteht ausdrücklich (nur) für „Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen“. Als Instrument ist die Richtlinie vorgesehen, die eben (nur) in ihrer Zielsetzung (hier: dass das genannte Verhalten unter Strafe gestellt wird) verbindlich ist. Sie regelt das „Ob“ („Straftat“), nicht das „Wie“ (u.a. bestimmte Bezeichnung der Straftat). Art. 288 UAbs. 3 AEUV stellt das generell für Richtlinien noch einmal klar, wenn es dort heißt: „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“. Auch vor dem Hintergrund des für das Unionsrecht zentralen Grundsatzes der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 3 EUV) besteht daher wohl keine Kompetenz, bei der Umsetzung einer Richtlinie vorzuschreiben, wie ein bestimmter Straftatbestand zu bezeichnen ist. Dies würde angesichts der unzähligen Sprachfassungen innerhalb der EU<sup>22</sup> und der nationalen Besonderheiten gerade im Strafrecht auch

<sup>16</sup> Petzsche, in: Petzsche/Heger/Metzler, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 217 ff.

<sup>17</sup> Auf die Änderung der Selbstständigen Einziehung nach § 76a StGB wird hier nicht näher eingegangen, da sich die Verweisung in Abs. 4 Nr. 1 a) und b) zwar künftig deutlich komplizierter liest, es sich inhaltlich aber um keine Ausweitung, sondern die Beibehaltung des status quo handelt.

<sup>18</sup> Bundesministerium der Justiz (Fn. 14), S. 18.

<sup>19</sup> European Commission (Fn. 11), S. 4 (Hervorhebung durch Verf.).

<sup>20</sup> Dazu siehe sogleich.

<sup>21</sup> European Commission (Fn. 11), S. 19.

<sup>22</sup> Zu den Konsequenzen für das Strafrecht vgl. nur Langheld, *Viel-sprachige Normverbindlichkeit im Europäischen Strafrecht*, 2016.

schon praktisch auf erhebliche Hindernisse stoßen. Dass die Verpflichtung zu einer bestimmten Bezeichnung nicht besteht, zeigt sich auch daran, dass es nicht zwingend ist, ein bestimmtes strafbares Verhalten über seine konkrete Beschreibung hinaus überhaupt zu benennen. Bester Beleg hierfür ist die deutsche Strafrechtsgeschichte selbst, denn bis zum 31. Dezember 1974, d.h. auch während der ersten 17 Jahre nach den Römischen Gründungsverträgen der Europäischen Gemeinschaften, trugen die Bestimmungen des StGB keinerlei amtliche Bezeichnung. Und weil nach Art. 67 Abs. 1 AEUV gerade für den Titel über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in welchem sich die Strafrechtsharmonisierungskompetenzen des Art. 83 AEUV befinden, die individuellen „Rechtsordnungen und -traditionen“ berücksichtigt werden müssen, müsste es Deutschland natürlich jederzeit möglich sein, zu seinem über mehr als hundert Jahre tradierten System des Verzichts auf amtliche Bezeichnungen zurückzukehren. Vor diesem Hintergrund geht die von der EU behauptete (vorgebliche) Verpflichtung aller Mitgliedstaaten zu einer bestimmten Terminologie über die ihr in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV gegebene Mindestharmonisierungskompetenz hinaus. Da diese aber eben nur Mindestvorgaben enthalten kann, können die Mitgliedstaaten nach ihrem Ermessen über die verbindlichen Vorgaben hinausgehend auch terminologische Anregungen der EU aufgreifen.

Wenngleich die Kritik an der Bezeichnung als „schwere, staatsgefährdende Gewalttat“ berechtigt<sup>23</sup> und eine Bezeichnung als „terroristische Straftat“ gerade aus Opfer-sicht vorzugswürdig sein mag,<sup>24</sup> ist im Hinblick auf die vorgeschlagene sprachliche Änderung wichtig festzuhalten, dass es dem deutschen Gesetzgeber freisteht, eine neue Bezeichnung für die erfassten Taten zu wählen; europarechtlich zwingend ist dies hingegen nicht.

Abschließend sei noch auf ein kleines Detail hingewiesen: Auch wenn die Bedeutung des innereuropäischen Informationsaustausches für die Kritik der Kommission an der deutschen Bezeichnung handlungsleitend gewesen sein mag,<sup>25</sup> wird das Problem durch die vorgesehene begriffliche Änderung nicht vollends gelöst. Die Ausgestaltung des § 89a StGB als reines Vorbereitungsdelikt<sup>26</sup> führt dazu, dass vermeintlich eindeutige Fälle wie der rechtsterroristische Anschlagversuch in Halle 2019 nicht zwingend einen Informationsaustausch auslösen.<sup>27</sup> Bei dieser Tat hatte der rechtsextreme Täter *Stephan Balliet* versucht, an Jom Kippur einen Massenmord in einer Synagoge in Halle zu begehen. Er versuchte – per Helmkamera

als Livestream übertragen – mit Waffengewalt in die Synagoge einzudringen, um die dort versammelten Menschen zu töten, was ihm jedoch nicht gelang. Auf der Flucht erschoss er zwei Personen. Der Täter wurde wegen Mordes in zwei Fällen, versuchten Mordes in einer Vielzahl von Fällen und weiterer Delikte zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt.<sup>28</sup> Da sich die Ermittlungen in einem solchen Fall richtigerweise auf die (versuchten) Tötungsdelikte sowie ergänzende Delikte wie Volksverhetzung konzentrieren, bleiben die Vorbereitungshandlungen (nach §§ 89a, 89b oder 91 StGB) zumeist ausgeklammert. Nur diese stellen jedoch unzweifelhaft die nationalen Umsetzungsnormen der europarechtlich determinierten (ausdrücklich als solche bezeichneten oder nicht) terroristischen Straftatbestände dar. Einen „terroristischen Mord“ kennt das deutsche Recht hingegen nicht.<sup>29</sup> Damit verbleibt bei einer Mordermittlung die Einschätzungsprärogative bei den deutschen Behörden, ob ein – zu meldender – terroristischer Mord(-versuch) vorliegt oder nicht. Dient mithin die sprachliche Änderung der Erfüllung der – rechtlich gesehen nicht bindenden – Forderung aus Brüssel, ist damit noch nicht in jedem Fall das erreicht, was sich dahinter verbirgt: die Pflicht zum Informationsaustausch über alle „terroristischen Straftaten“ im Sinne der RL 2017/541.

## 2. Erweiterungen des Straftatenkatalogs von § 89a StGB

Neben der rein sprachlichen Änderung der Bezeichnung soll § 89a StGB auch eine inhaltliche Änderung und Erweiterung erfahren. Er wird (noch) stärker an Art. 3 RL 2017/541 ausgerichtet und strukturiert. Art. 3 RL 2017/541 stellt für die Bestimmung einer terroristischen Straftat auf eine terroristische Zielsetzung ab und verknüpft diese mit einem Katalog bestimmter Straftaten, denen objektiv ein zusätzliches Gefährdungsmoment zukommt. Der Art. 3 RL 2017/541 umsetzende § 89a StGB hat bisher einen – durchaus als ungewöhnlich zu bezeichnenden – Aufbau: Absatz 1 Satz 1 umschreibt den Tatbestand und nennt das mögliche Strafmaß („Wer eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.“). Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 konkretisieren den Tatbestand, indem ersterer eine Legaldefinition der schweren staatsgefährdenden Gewalttat enthält („Eine schwere staatsgefährdende Gewalttat ist eine Straftat gegen das Leben in den Fällen des § 211 oder des § 212 oder gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b, die nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates

<sup>23</sup> Zöller, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. (2019), § 89a Rn. 12 ff.; Gazeas, in: Leipold/Tsambiakos/Zöller, AnwK-StGB, 3. Aufl. (2020), § 89a Rn. 24 ff.

<sup>24</sup> Petzsche (Fn. 1) 2013, S. 273.

<sup>25</sup> European Commission (Fn. 11), S. 19.

<sup>26</sup> Zu der Kritik Zöller (Fn. 15) 2009, S. 564 ff.; Petzsche (Fn. 1) 2013, S. 131 ff.

<sup>27</sup> Ein weiteres Beispiel ist der Anschlag von Halle, bei dem sich am Ende der Täter jedoch selbst das Leben nahm, so dass es nicht zu einem Strafprozess kam. Auch hier hätten sich die Ermittlungen und das Strafverfahren aber wohl auf die tatsächlichen Morde konzentriert, so dass es wiederum der Einschätzung der deutschen Ermittlungsbehörden überlassen gewesen wäre zu entscheiden, ob die Meldepflicht nach Beschluss 2005/671/JI ausgelöst ist.

<sup>28</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 21.12.2020 – 1 St 1/20, bestätigt durch BGH, Beschl. v. 22.3.2022 – 3 StR 270/21.

<sup>29</sup> Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass solche Motive nicht berücksichtigt würden. Sie können u.a. die „niedrigen Beweggründen“ im Rahmen des Mordparagrafen, § 211 StGB, begründen. Eine ausdrückliche Bezeichnung bzw. Verurteilung wegen terroristischer Motive würde jedoch nicht erfolgen.

oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben.“) und letzterer die möglichen Vorbereitungshandlungen aufführt („Absatz 1 ist nur anzuwenden, wenn der Täter eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, indem er [...]“). Im Ergebnis macht sich danach strafbar, wer eine im Katalog des § 89a Abs. 2 StGB aufgeführte Vorbereitungshandlung begeht und dadurch eine – in § 89a Abs. 1 S. 2 StGB legaldefinierte – schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet.

Als Vorbereitungshandlung nennt der abschließende Katalog des § 89a Abs. 2 StGB u.a. die Unterweisung einer anderen Person oder das Sichunterweisenlassen in der Herstellung von oder im Umgang mit Schusswaffen, Sprengstoffen, Spreng- oder Brandvorrichtungen, Kernbrenn- oder sonstigen radioaktiven Stoffen oder in sonstigen Fertigkeiten sowie die Herstellung, das Verschaffen oder Verwahren solcher Waffen, Stoffe oder Vorrichtungen. Eine Einschränkung in subjektiver Hinsicht ist dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung verlangt jedoch in verfassungskonformer, einschränkender Auslegung des subjektiven Tatbestandes, dass der Täter bei Vornahme der in § 89a Abs. 2 StGB normierten Vorbereitungshandlungen bereits fest entschlossen sein muss, die schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen.<sup>30</sup> Durch die Beibehaltung dieser unglücklichen Gesetzestechnik soll nach dem Willen des Referentenentwurfs auch die bisherige Rechtsprechung zu § 89a StGB weiterhin Anwendung finden,<sup>31</sup> die leider nicht ausdrücklich in den Gesetzeswortlaut aufgenommen werden soll, was jedoch zu befürworten wäre.<sup>32</sup>

Inhaltlich werden damit reine Vorbereitungshandlungen strafrechtlich erfasst. An diesem komplizierten Aufbau ändert auch der Regierungsentwurf im Grundsatz nichts. § 89a Abs. 1 S. 1 RefE beschreibt den Tatbestand nach wie vor als Vorbereitung einer – nunmehr terroristischen – Straftat. Diese wird in § 89a Abs. 1 S. 2 RefE legaldefiniert und § 89a Abs. 2 RefE beschreibt – mit einigen wenigen inhaltlichen Änderungen – weiterhin die konkreten Vorbereitungshandlungen. Die größte Änderung erfährt dabei die in § 89a Abs. 1 S. 2 RefE geregelte Legaldefinition, die sich inhaltlich nunmehr deutlich stärker an Art. 3 RL 2017/541 orientiert. Während sich die ursprüngliche Fassung der Legaldefinition der schweren staatsgefährdenden Gewalttat an der Staatsschutzklausel des § 120 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a, b GVG orientierte,<sup>33</sup> folgt die vorgeschlagene Ausgestaltung nunmehr Art. 3 RL 2017/541, indem sie einen (erweiterten) Deliktskatalog an eine subjektive Zielrichtung und objektive Gefährlichkeit knüpft. Damit nähert sich § 89a StGB auch den Regelungen in §§ 89c und 129a StGB weiter an, die bereits zuvor die Struktur der Rahmenbeschlüsse (und nunmehr der RL 2017/541) abbildeten. Der so geschaffene Gleichlauf ist

aus Gründen der besseren Verständlichkeit zu begrüßen. Auch wenn gegen diese Neustrukturierung grundsätzlich nichts einzuwenden und eine Vereinheitlichung mit den §§ 89c, 129a StGB zu befürworten ist, ist darauf hinzuweisen, dass mit der Umstrukturierung auch eine erhebliche Erweiterung des Katalogs der erfassten Taten einhergeht, die jedoch europarechtlich determiniert ist:

Der neue Absatz 1 Satz 2 des § 89a StGB enthält neben dem Straftatenkatalog (Nr. 1 bis 8) nunmehr auch eine Androhungsvariante (Nr. 9).<sup>34</sup> Auch dies entspricht europarechtlichen Vorgaben. Darüber hinaus enthält der an den europäischen Wortlaut angepasste Katalog eine deutliche Erweiterung der erfassten Straftaten über die bisher (nur) genannten §§ 211, 212, 239a, 239b StGB hinaus, die jedoch weiterhin in Nr. 1 bzw. Nr. 3 geregelt sind. Der neue Katalog versucht die weiteren aufgeführten Straftaten – in ihren Entsprechungen im deutschen Recht – abzubilden. Interessant ist Nr. 2, die nunmehr ausdrücklich auch Körperverletzungen im Sinne der §§ 224 und 226 StGB erfasst, darüber hinaus aber auch jede Körperverletzung, die „schwere körperliche oder seelische Schäden“ verursacht.<sup>35</sup> Dafür spricht der Wortlaut, der nur beispielhaft auf die Folgen des § 226 StGB verweist („Schäden, insbesondere der in § 226 bezeichneten Art“). Diese Formulierung findet sich (ohne Nennung des § 224 StGB) bereits in § 129a Abs. 2 Nr. 1 StGB, ist aber unter Bestimmtheitsgesichtspunkten zu kritisieren. Die RL 2017/541 spricht in diesem Zusammenhang von Angriffen auf die körperliche Unversehrtheit („*attacks upon the physical integrity of a person*“, „*les atteintes à l'intégrité physique d'une personne*“, „*atentados contra la integridad física de una persona*“; siehe Art. 3 Abs. 1 b) RL 2017/541). Die Wahl des Begriffs „Angriffs“ (*attacks, atteintes, atentados*) verdeutlicht dabei, dass eine gewisse Schwere der Tat erforderlich ist. Wenngleich die Aufnahme der §§ 224 und 226 StGB in den Katalog im Hinblick auf die in den letzten Jahren vermehrt aufgetretenen, terroristisch motivierten Messerattacken sinnvoll und durch Art. 3 Abs. 1 b) RL 2017/541 determiniert ist, stellt sich die Frage, ob auch eine Erweiterung über die Folgen des § 226 StGB hinaus erforderlich ist. Denn ob es darüber hinaus der Nennung (weiterer) schwere körperlicher oder seelischer Schäden bedürft hätte und ob es dafür überhaupt einen Anwendungsbereich gibt, ist mit Blick auf den Wortlaut der Richtlinie sowie die Bestimmtheit fraglich. Insofern wäre eine Beschränkung des § 89a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und des § 129a Abs. 2 Nr. 1 RefE auf den Regelungsgehalt der §§ 224, 226 StGB vorzuzugewürdigt.

Auch die in § 89a StGB bereits enumerativ aufgelisteten Vorbereitungshandlungen erfahren eine – wenn auch geringfügige – Erweiterung. Zunächst wird der (engere) Begriff der Schusswaffe durch Waffen im Allgemeinen ersetzt. Hinsichtlich der (zumeist) gefährlichen Gegenstände, auf die sich die Vorbereitung einer terroristischen

<sup>30</sup> BGHSt 62, 102; siehe dazu auch Petzsche, HRRS 2015, 33 ff.

<sup>31</sup> Bundesministerium der Justiz (Fn. 14), S. 18.

<sup>32</sup> Zöller (Fn. 15) 2023, S. 7.

<sup>33</sup> Siehe Petzsche (Fn. 1) 2013, S. 124 ff.; kritisch auch Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling, NSTZ 2009, 593 (594 f.).

<sup>34</sup> Dazu vertiefend unter III.6.

<sup>35</sup> Konsequenterweise soll § 224 StGB auch in § 129a Abs. 2 Nr. 1 StGB aufgenommen werden, was dem Verständnis der RL 2017/541 entspricht.

Straftat bezieht, erfolgt ebenfalls eine Erweiterung der erfassten Tathandlungen, da nunmehr auch die Beförderung dieser Gegenstände<sup>36</sup> und hinsichtlich bestimmter (atomarer, biologischer, chemischer) Stoffe bereits die Forschung<sup>37</sup> im Hinblick auf deren Entwicklung oder Herstellung erfasst wird. Gerade im Hinblick auf die letztgenannte Ergänzung stellt sich die Frage, ob diese Handlung zumindest im Hinblick auf Kernwaffen nicht bereits durch § 19 Abs. 1 Nr. 1 des Kriegswaffenkontrollgesetzes (KrWaffKonG, „entwickeln“) hinreichend erfasst ist. Eine einheitliche Regelung im Rahmen des § 89a StGB mag jedoch der Übersichtlichkeit dienen.

### 3. Die Strafbarkeit von Reisetätigkeiten

Auch hinsichtlich der strafbaren Reisetätigkeiten sieht der Regierungsentwurf eine deutliche Erweiterung vor. Dies ist insbesondere dem Umstand geschuldet, dass das geltende Recht in § 89a Abs. 2a StGB nur die Ausreise bzw. – genauer – das Unternehmen der Ausreise aus Deutschland unter Strafe stellt.<sup>38</sup> Die dadurch entstehenden Lücken, die durch § 129a StGB teilweise, aber nicht vollständig geschlossen werden, hat die *Mitautorin* dieses Beitrags bereits 2019 identifiziert.<sup>39</sup> Während sie bei der Schließung dieser Lücken für Zurückhaltung plädierte,<sup>40</sup> geht die Regierung mit dem beschlossenen Entwurf einen anderen Weg. In Umsetzung von Art. 9 RL 2017/541 soll die Reisetätigkeit gänzlich neu strukturiert und sowohl eine Ausreise- (§ 89a Abs. 2 Nr. 4 RefE) als auch eine Einreisevariante (§ 89a Abs. 2 Nr. 5 RefE) ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen werden.

Neben dieser Ergänzung auch um die Einreise (§ 89a Abs. 2 Nr. 5 RefE) soll der subjektive Tatbestand neu geregelt werden. Bisher war die subjektive Zielsetzung wie folgt formuliert: „unternimmt, zum Zweck der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat oder der in Absatz 2 Nummer 1 genannten Handlungen [= Unterweisen oder Unterweisenlassen in terroristischen Fähigkeiten] aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen, um sich in einen Staat zu begeben, in dem Unterweisungen von Personen im Sinne des Absatzes 2 Nummer 1 erfolgen.“ Der Tatbestand regelt damit die Ausreise aus Deutschland zu bestimmten terroristischen Zwecken. Nunmehr soll das subjektive Element der Ausreise wie folgt differenziert werden: „um a) zum Zweck der Begehung einer terroristischen Straftat oder einer in Nummer 1 genannten Handlung sich in einen Staat zu begeben, in dem Unterweisungen von Personen im Sinne der Nummer 1 erfolgen, oder b) sich an einer Vereinigung im Sinne des § 129a, auch in Verbindung mit § 129b, als Mitglied zu beteiligen“. Dies bildet die Formulierung der Richtlinie ab, in der das objektive Element der Ausreise

um drei subjektive Zielrichtungen ergänzt wird: 1. die Begehung einer terroristischen Straftat (oder zu ihrer Begehung beizutragen), 2. die Beteiligung an den Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung oder 3. eine Ausbildung für terroristische Zwecke. Auch wenn die Ausreisevariante bereits zuvor vollständig durch die §§ 89a und 129a erfasst war<sup>41</sup> und insofern diese Änderung zur Umsetzung der Richtlinie nicht zwingend ist, dient sie der Klarstellung und dem Gleichlauf mit der neuen Einreisevariante. Nach dem Referentenentwurf soll die Einreise in das Bundesgebiet in Verbindung mit den folgenden subjektiven Zielsetzungen unter Strafe gestellt werden: „um a) eine terroristische Straftat oder eine in Nummer 1 genannten Handlung zu begehen oder b) sich an einer Vereinigung im Sinne des § 129a, auch in Verbindung mit § 129b, als Mitglied zu beteiligen oder um eine solche Vereinigung zu unterstützen.“ Damit wird auch hier der Dreiklang der RL 2017/541 – Ziel der Begehung einer terroristischen Straftat, der Unterweisung oder Beteiligung/Unterstützung einer terroristischen Vereinigung – übernommen.

Mit dieser Neuformulierung der Reisezwecke sowie der Einführung einer Einreisevariante wurde sicherlich auch dem Vorwurf des Umsetzungsberichts Rechnung getragen, dass die Ausreise mit Ziel der Teilnahme an Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung mangels ausdrücklicher Bezugnahme nicht ausreichend abgebildet wurde.<sup>42</sup> Ob für diesen speziellen Fall aber tatsächlich eine Strafbarkeitslücke besteht, ist zweifelhaft.<sup>43</sup> Zum einen gilt angesichts der Kompetenzgrundlage auch hier, dass die europäischen Vorgaben (nur) inhaltlich umzusetzen sind, nicht aber eine bestimmte Form oder Formulierung vorschreiben können. Dass eine Regelung in § 129a StGB grundsätzlich ausreicht, ergibt sich zudem aus der Terrorismusrichtlinie selbst. In Erwägungsgrund 12 wird klar gestellt, dass nicht die Reise als solche unter Strafe gestellt werden muss, sondern das entsprechende Verhalten auch als Vorbereitungshandlung zu einer terroristischen Handlung geregelt werden kann. Handelt es sich bei dem Ausreisenden um ein Mitglied einer terroristischen Vereinigung, wird in der Regel entweder eine mitgliedschaftliche Beteiligung (nach § 129a Abs. 1 oder 2 StGB) oder eine Unterstützungshandlung nach § 129a Abs. 5 S. 1 StGB vorliegen. Es liegt nahe, dass der Täter, der ausreist, um sich an den Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung zu beteiligen, einen hinreichenden Bezug zu der Vereinigung hat, um zumindest eine der beiden Varianten zu erfüllen. Gegebenenfalls sind die entsprechenden Tatbestandsmerkmale im Einklang mit der Richtlinie weit auszulegen. Reisetätigkeiten mit dem Ziel, sich an den Bestrebungen einer terroristischen Vereinigung zu beteiligen, sind daher in den allermeisten Fällen bereits nach gel-

<sup>36</sup> Konsequenterweise soll auch § 310 Abs. 1 S. 1 StGB – Vorbereitung eines Explosions- oder Strahlungsverbrechens – dementsprechend ergänzt werden.

<sup>37</sup> Auch darauf wurde ausdrücklich in dem Bericht der Kommission hingewiesen, siehe European Commission (Fn. 11), S. 5.

<sup>38</sup> Vertiefend dazu *Petzsche*, in: *Petzsche/Heger/Metzler*, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 221.

<sup>39</sup> *Petzsche*, in: *Petzsche/Heger/Metzler*, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 221 ff.

<sup>40</sup> *Petzsche*, in: *Petzsche/Heger/Metzler*, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 225 f.

<sup>41</sup> *Petzsche*, in: *Petzsche/Heger/Metzler*, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 222 f.

<sup>42</sup> European Commission (Fn. 11), S. 8.

<sup>43</sup> So bereits *Petzsche*, in: *Petzsche/Heger/Metzler*, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 222 f.

tendem Recht von § 129a StGB erfasst. Vor diesem Hintergrund steht die Neuregelung dieser Variante dem deutschen Gesetzgeber frei; europarechtlich zwingend ist sie nicht.

Die klare Benennung der Tathandlung als Ein- bzw. Ausreise ist sicherlich gegenüber dem „Unternehmen“, d.h. auch dem Versuch der bislang genannten Tathandlung (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) vorzugswürdig. Auch die Neustrukturierung des Reisezweckes trägt zur Verständlichkeit bei. Die in dieser Norm enthaltene erhebliche Vorverlagerung der Strafbarkeit ist zwar generell zu bedauern, aber zum Teil den – zwingenden – europarechtlichen Vorgaben geschuldet. Verbleibende Spielräume sollte der Gesetzgeber jedoch dringend nutzen und von einer umfassenden Ausweitung absehen.

#### 4. Die Strafbarkeit der Terrorismusfinanzierung

Auch der 2015 neu geschaffene Straftatbestand der Terrorismusfinanzierung in § 89c StGB soll nach dem vorgelegten Referentenentwurf erweitert werden. Da er bereits zuvor in seiner Struktur stärker an die europäischen Vorgaben angepasst worden war, sind die Änderungen hier weniger tiefgreifend. Zum einen ist eine Vereinfachung des Absatzes 1 vorgesehen durch den Verweis auf die – nunmehr in § 89a Abs. 1 S. 2 RefE legaldefinierte – terroristische Straftat. Die dort vorgenommene Erweiterung des Katalogs wirkt damit auch im Rahmen des § 89c StGB.<sup>44</sup> So wird beispielsweise auch die Finanzierung von Ein- und Ausreisetätigkeiten nach § 89a Abs. 2 Nr. 4 und 5 RefE ausdrücklich erfasst. Geregelt ist – wie bisher – die Finanzierung sowohl geplanter fremder als auch eigener terroristischer Straftaten. Absatz 2 soll darüber hinaus künftig auch die Finanzierung bestimmter terroristischer Vorbereitungshandlungen – wenn auch mit einem geringeren Strafraumen – unter Strafe stellen, wie es die RL 2017/541 in Artikel 11 i.V.m. Artikel 3 Abs. 1 j) und Artikel 5, 6, 7, 8 und 10 vorsieht. § 89c Abs. 1 und 2 RefE (letzterer mit entsprechend geringem Strafraumen) differenzieren sinnvollerweise entsprechend der Schwere der finanzierten Tat. Insofern enthält die Neuregelung keine wesentliche Erweiterung, sondern stellt vor allem eine (noch) engere Umsetzung der RL 2017/541 dar.

Darüber hinaus soll in § 89c Abs. 8 RefE eine – bisher nicht vorgesehene – Versuchsstrafbarkeit eingeführt werden. Dies stellt eine weitere erhebliche Ausweitung der Strafbarkeit in Umsetzung von Art. 14 Abs. 3 i.V.m. Art. 11 RL 2017/541 dar. Zu diesem problematischen Bereich der deutlichen Erweiterungen auch auf den Versuch der normierten terroristischen Vorbereitungshandlungen sogleich.

#### 5. Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit

Die deutliche Ausweitung bereits auf den Versuch der normierten terroristischen Vorbereitungshandlungen ist

eine zentrale Erweiterung gegenüber den bisherigen Rahmenbeschlüssen 2002 und 2008 durch die Richtlinie 2017/541. Während der Rb 2002 eine Versuchsstrafbarkeit nur für terroristische Straftaten und terroristische Aktivitäten vorsah (dort Art. 4 Abs. 2), da die weiteren Vorbereitungshandlungen erst mit der Änderung durch den Rb 2008 eingeführt wurden, überließ dieser Rahmenbeschluss den Mitgliedstaaten immerhin noch die Entscheidung, ob sie eine Versuchsstrafbarkeit hinsichtlich der dort normierten Vorbereitungshandlungen der Anwerbung und Ausbildung für terroristische Zwecke unter Strafe stellen wollen („kann“, siehe dort Art. 4 Abs. 4). Dies hat sich durch Art. 14 Abs. 3 RL 2017/541 geändert, der nunmehr eine Versuchsstrafbarkeit für die Art. 3, 6, 7, Art. 9 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2 a), Art. 11 und 12 vorsieht, wobei der Besitz nach Art. 3 Abs. 1 f) sowie die Androhungsvariante nach Art. 3 Abs. 1 j) ausgenommen sind. Gleichwohl handelt es sich auch hier wieder um eine erhebliche Erweiterung, wenn man sich den weitreichenden und vorverlagerten Regelungsgehalt der genannten Artikel vergegenwärtigt. Als Beispiel sei nur Art. 6 RL 2017/541 genannt, der zwar nach seiner Bezeichnung (nur) die Anwerbung für terroristische Straftaten erfasst. Inhaltlich ist aber neben der Bestimmung zur Begehung einer terroristischen Straftat auch die Bestimmung zur Beihilfe zu deren Begehung erfasst („*soliciting another person to [...] contribute to the commission*“, „*instar a otra persona a que [...] contribuya a la comisión*“, „*soliciter une autre personne [...] pour contribuer à la commission*“). Damit wird bereits im Rahmen des Art. 6 eine Form der Anstiftung zur Beihilfe geregelt. Eine solche kann nach deutscher Dogmatik (noch) als Beihilfehandlung erfasst werden. Durch die umfangreiche Verweisung in Art. 14 Abs. 3 RL 2017/541 soll nun aber nicht nur die bereits problematische versuchte Anstiftung, sondern sogar die versuchte Anstiftung zur Beihilfe unter Strafe gestellt werden. Dieser unerträglichen Ausweitung hätte deutscherseits angesichts der offensichtlichen Friktion mit § 30 StGB eigentlich bereits bei der Formulierung der Richtlinie entgegengewirkt werden müssen. Dies ist leider nicht geschehen. Es ist zu vermuten, dass die erhebliche Ausweitung des Art. 14 Abs. 3 RL 2017/541 möglicherweise nicht allen Mitgliedstaaten klar war, da ansonsten sicherlich das Ziehen der „Notbremse“ des Art. 83 Abs. 3 AEUV in Betracht gekommen wäre.

Nach Art. 14 Abs. 3 RL 2017/541 besteht daher grundsätzlich eine europarechtliche Umsetzungspflicht für eine solche erweiterte Versuchsstrafbarkeit, die allerdings für einige extreme Teilaspekte in Frage gestellt werden kann. In diesem Zusammenhang ist nämlich zu bedenken, dass sich die Versuchsstrafbarkeit ausschließlich nach dem nationalen Recht des jeweiligen Landes richtet. Nicht alle Mitgliedstaaten der EU kennen jedoch wie Deutschland die Strafbarkeit bereits des untauglichen Versuchs, vor allem wenn das Versuchsunrecht primär objektiv begründet wird.<sup>45</sup> Damit erfasst der „deutsche“ Versuch schon nach der inneren Logik des Strafrechts deutlich mehr Verhaltensweisen als dies in anderen Ländern der Fall ist. Um

<sup>44</sup> Damit wird dem Vorwurf der unzureichenden Umsetzung, siehe European Commission (Fn. 11), S. 9, begegnet.

<sup>45</sup> Vgl. dazu Schubert, Der Versuch - Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung, 2005, S. 281.

dies und die damit verbundenen weitreichenden Konsequenzen zu verdeutlichen, mag das folgende Beispiel hilfreich sein. Da das deutsche Recht den untauglichen und sogar den grob unverständigen untauglichen Versuch kennt und unter Strafe stellt (vgl. § 23 Abs. 3 StGB), wäre von der Versuchsstrafbarkeit auch erfasst, wenn ein Täter einen anderen (erfolglos) dazu zu überreden versucht, ein Flugzeug (aus terroristischen Motiven) mit Pfeil und Bogen abzuschießen. Dies würde nach den (nicht umgesetzten) Vorgaben der Richtlinie für eine Strafbarkeit der versuchten Anstiftung zur Beihilfe sogar dann gelten, wenn der Täter einem anderen Pfeil und Bogen übergibt, damit dieser sie wiederum einem Dritten überlässt, damit dieser damit ein Flugzeug abschießt. Zwar steht die Bestrafung im Ermessen des Gerichts, § 23 Abs. 3 StGB, doch dürften hier erhebliche Zweifel an der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit eines solchen Verhaltens bestehen.<sup>46</sup>

Die grundsätzliche Versuchsstrafbarkeit für das Delikt des § 89a soll in § 89a Abs. 2a RefE umgesetzt werden, wobei auch hier die in der Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen, insbesondere hinsichtlich des Besitzes, ausgenommen werden. Darüber hinaus sieht § 89a Abs. 2b RefE – in Erweiterung des auf Verbrechen beschränkten § 30 StGB – eine Regelung der versuchten Anstiftung für alle Varianten des § 89a StGB vor. Damit wird weit in den bisher begrenzten Bereich des § 30 StGB als der Norm mit der weitestgehenden Vorverlagerung überhaupt im StGB für Vergehen hineingeregelt. Zwar findet sich die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen auch in wenigen anderen Normen, so etwa in § 159 StGB, doch handelt es sich dabei um seltene Ausnahmen, bei denen der Unrechtsgehalt dem eines Verbrechens (vgl. § 159 und §§ 154 i.V.m. § 30 Abs. 1 StGB) so nahe kommt, dass der Gesetzgeber für eine Differenzierung keinen Raum sah. Ob diese Wertung auf alle Varianten des § 89a StGB übertragen werden kann, ist mehr als zweifelhaft. Damit kommt man in einen Bereich, in dem es zweifelhaft ist, ob man ihn überhaupt regeln muss.<sup>47</sup> Immerhin hat der deutsche Gesetzgeber davon abgesehen, die versuchte Anstiftung zur Beihilfe nach Art. 14 Abs. 3 i.V.m. Art. 6 Var. 2 RL 2017/541 unter Strafe zu stellen. Das deutsche Recht kennt eine solche Strafbarkeit nicht, wie sich aus dem Umkehrschluss aus § 30 Abs. 1 StGB ergibt. Dies ist sicherlich auch der Bereich, in dem eine Umsetzung nicht erfolgen sollte, sondern das sehr geringe Umsetzungsdefizit wegen des ansonsten bestehenden erheblichen Bruchs mit der Gesamtrechtsordnung hinzunehmen ist.<sup>48</sup>

Darüber hinaus sieht ein neuer § 89c Abs. 8 RefE eine Versuchsstrafbarkeit im Rahmen der Terrorismusfinanzierung vor sowohl für Absatz 1 als auch für Absatz 2 Nr. 1 bis 4 RefE, da Art. 14 Abs. 3 RL 2017/541 für die

Versuchsstrafbarkeit umfassend auf die verschiedenen terroristischen Straftaten verweist. Ausgenommen ist lediglich die Finanzierung der Androhung einer terroristischen Straftat nach § 89a Abs. 8 RefE. Eine Versuchsstrafbarkeit soll auch für den – im Übrigen von der geplanten Reform inhaltlich nicht berührten – § 91 Abs. 1 Nr. 1 StGB<sup>49</sup> eingeführt werden, § 91 Abs. 4 RefE. Damit wäre künftig der Versuch des Zugänglichmachens, aber auch des Anpreisens einer – vereinfacht ausgedrückt – Anleitung zur Begehung einer terroristischen Straftat strafbar, was auch hier eine kritikwürdige, aber europarechtlich determinierte Ausweitung darstellt.

Schließlich ist noch die geplante Erweiterung im Rahmen des § 129a StGB von Interesse. Auch hier wird im Rahmen des § 129a Abs. 5 S. 3 i.V.m. Abs. 5 S. 1 Alt. 1 RefE eine Versuchsstrafbarkeit eingeführt, um die versuchte Unterstützung einer terroristischen Vereinigung zu erfassen. Verweist der Referentenentwurf hier auf das gerügte Umsetzungsdefizit hinsichtlich Art. 11 i.V.m. Art. 14 Abs. 3 RL 2017/541 in Bezug auf die versuchte Finanzierung einer terroristischen Vereinigung,<sup>50</sup> so ist anzumerken, dass die Rüge aus Europa hier wohl auch als willkommener Anlass gesehen wurde, um eine schon länger bestehende politische Forderung durchzusetzen.<sup>51</sup> So hatte die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder bereits 2017 einen Beschluss gefasst, wonach die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit für die Unterstützung terroristischer Vereinigungen geprüft werden soll.<sup>52</sup> Die Erweiterung durch die geplante Einführung der Versuchsstrafbarkeit bezieht sich im Übrigen selbstverständlich nicht nur auf versuchte finanzielle Unterstützungshandlungen, sondern auf Unterstützungshandlungen im Allgemeinen. Damit würde – da das deutsche Recht, wie oben dargelegt, den untauglichen Versuch kennt, vgl. § 23 Abs. 3 StGB – auch das Brauen und Versenden eines Zauberkrauts zur vermeintlichen Stärkung der Kämpfer einer terroristischen Vereinigung, der diese im Übrigen gar nicht erreicht, weil er vom Zoll beschlagnahmt wird, mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren bedroht, die aber zumindest gemildert werden kann (§ 23 Abs. 2 StGB) oder von der Bestrafung sogar abgesehen werden kann (§ 23 Abs. 3 StGB). Beides liegt im Ermessen des Gerichts. Zwar wäre die Regelung einer Rückausnahme für den untauglichen Versuch über § 23 StGB möglich, doch stellte dies einen erheblichen Bruch mit der bisherigen Regelungstechnik des StGB dar. Diese erhebliche Ausweitung ist kritisch zu sehen. Eine europarechtliche Determinierung besteht nur für einen kleinen Bereich – den Versuch der Finanzierung einer terroristischen Vereinigung. Insofern kann sich der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich der generellen Strafbarkeit der versuchten Unterstützung einer terroristischen Vereinigung

<sup>46</sup> Für die Möglichkeit einer Ausklammerung untauglicher Förderungshandlungen aus der deutschen Versuchsstrafbarkeit aufgrund von Versuchsvorgaben der EU *Brons*, Binnendissonanzen im AT, 2014, S. 295 ff.

<sup>47</sup> So mit Blick auf § 233a StGB a.F. *Brons* (Fn. 46), S. 295.

<sup>48</sup> *Brons* (Fn. 46), S. 575.

<sup>49</sup> Vertiefend zu dieser Strafnorm siehe *Petzsche* (Fn. 1) 2013, S. 200 ff.

<sup>50</sup> Bundesministerium der Justiz (Fn. 14), S. 25 f.

<sup>51</sup> Zu der gesetzgeberischen Tendenz Europa als Anlass für erhebliche Erweiterung zu nehmen, die auch über die europäischen Vorgaben hinausgehen, siehe *Petzsche* (Fn. 1) 2013, S. 429 f.

<sup>52</sup> 89. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (2018): Einführung einer Versuchsstrafbarkeit bei Unterstützung terroristischer Vereinigungen – Beschluss abrufbar unter: [https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2018/Fruhjhrskonferenz\\_2018/II-15-BY---Einfuehrung-einer-Versuchsstrafbarkeit-bei-Unterstuetzung-terroristischer-Vereinigungen.pdf](https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2018/Fruhjhrskonferenz_2018/II-15-BY---Einfuehrung-einer-Versuchsstrafbarkeit-bei-Unterstuetzung-terroristischer-Vereinigungen.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.4.2024); kritisch *Petzsche/Coenen*, in: Rothenberger/Krause/Jost/Frankenthal, Terrorismusforschung, S. 470.

auch nicht auf die europäischen Vorgaben berufen. § 129a Abs. 5 S. 3 RefE sollte daher dringend wieder gestrichen werden.<sup>53</sup> Vorzugswürdig wäre stattdessen eine Regelung im Rahmen des § 89c StGB, die den engeren Vorgaben der RL 2017/541 hinreichend Rechnung trägt.

## 6. Androhung

Entsprechend den Vorgaben der Richtlinie ist eine Erweiterung hinsichtlich der Strafbarkeit der Androhung terroristischer Straftaten vorgesehen. Es soll – entsprechend Art. 3 Abs. 1 j) RL 2017/541 – nunmehr sowohl die Androhung terroristischer Straftaten selbst eine terroristische Straftat darstellen, s. § 89a Abs. 1 S. 2 Nr. 9 RefE als auch die Androhung einer terroristischen Straftat (ausgenommen ihrerseits deren Androhung) mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft werden können, § 89a Abs. 8 RefE. Eine solche Androhungsvariante war bereits in § 129a Abs. 3 StGB geregelt. Interessanterweise sieht dieser denselben Strafrahmen vor, obwohl es sich hier um eine Drohung im Rahmen einer terroristischen Vereinigung handelt, die im Gegensatz zum Handeln eines Einzeltäters deutlich gefährlicher ist. Angesichts der ohnehin erheblichen Vorverlagerung durch § 89a StGB mag man den Unrechtsgehalt der Androhungsvariante bezweifeln. Sie ist jedoch europarechtlich determiniert.

Zumindest wirft der vorgesehene Strafrahmen aber Verhältnismäßigkeitsbedenken auf, sieht die Androhungsvariante doch denselben Strafrahmen vor wie der in § 89a Abs. 5 StGB geregelte minder schwere Fall. Aufgrund der in § 89a StGB ohnehin vorgesehenen starken Vorverlagerung dürfte die Anwendung des Strafrahmens des minder schweren Falles bereits bei der Regelstrafbarkeit nach § 89a StGB regelmäßig angezeigt sein.<sup>54</sup> Überdies ist der vorgesehene Strafrahmen auch in systematischer Hinsicht bedenklich. So ist zu berücksichtigen, dass die Bedrohung mit Verbrechen nach § 241 Abs. 2 StGB „nur“ eine Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren vorsieht und damit deutlich unter der Androhung der Vergehen des § 89a StGB liegt. Selbst der vergleichbare und auch auf Vergehen verweisende § 126 StGB sieht mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe einen deutlich niedrigeren Strafrahmen vor. Wird die Androhungsvariante in Umsetzung der Richtlinie 2017/541 in das deutsche Strafgesetzbuch aufgenommen, so sollte zumindest der Strafrahmen aus Verhältnismäßigkeitserwägungen noch weiter abgesenkt werden.

## 7. Strafanwendungsrecht

§ 89a Abs. 3 StGB enthält bereits aufgrund der bisherigen europäischen Vorgaben eine sehr weit gefasste Klausel für die Erfassung auch von Auslandstaten; für die Territorien der anderen EU-Staaten gilt nach Satz 1 das Weltrechtsprinzip.<sup>55</sup> Dies ist deshalb nicht übergriffig, weil

diese ja ihrerseits von Europarechtswegen die gleichen Strafnormen in ihre nationalen Strafgesetze zu implementieren hatten. Gleichwohl gab es seitens der EU Kritik an der in den deutschen §§ 3 ff. StGB in der Tat nicht vorgesehenen Erfassung auch bloß gebietsansässiger Täter, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen.<sup>56</sup> Art. 19 Abs. 1 S. 1 RL 2017/541 verpflichtet nämlich die Mitgliedstaaten in Bezug auf ihr Strafanwendungsrecht für die vorgegebenen Tatbestände u.a. wie folgt: „Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, um seine Gerichtsbarkeit in Bezug auf die Straftaten nach den Artikeln 3 bis 12 und 14 in folgenden Fällen zu begründen: [...] c) der Täter ist Staatsangehöriger oder Gebietsansässiger des Mitgliedstaats.“

Das in § 89a Abs. 3 S. 1 StGB aktuell geregelte Weltrechtsprinzip erlaubt es selbstverständlich auch Gebietsansässige, die im EU-Ausland handeln, zu erfassen. Zudem regelt § 89a Abs. 3 S. 2 StGB für Handeln außerhalb der EU, dass § 89a Abs. 1 StGB auch dann gelten soll, wenn der Täter Ausländer mit Lebensgrundlage im Inland ist. Gebietsansässige sind folglich sowohl inner- als auch außerhalb der EU vom deutschen Recht nach § 89a Abs. 3 StGB erfasst. Mithin kommt es auf das Verhältnis von § 89a Abs. 3 StGB zu den §§ 3 ff. StGB an. Entscheidend ist, dass der deutsche Gesetzgeber mit § 89a Abs. 3 StGB nicht bloß – wie wohl bei der Pate stehende Regelung des § 129b StGB, der bloß eine Ausdehnung des tatbestandlichen Anwendungsbereichs auf ausländische kriminelle und terroristische Vereinigungen vorsieht, ohne dass damit zugleich das Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB überspielt würde, – den Tatbestand auf Auslandshandlungen ausgedehnt, sondern damit zugleich auch das Strafanwendungsrecht in einer Spezialvorschrift zu den §§ 3 ff. StGB ausgeweitet hat.<sup>57</sup> Daher ist das Monitum der EU in der Sache gar nicht begründet; das deutsche Strafanwendungsrecht ergibt sich für die Taten nach § 89a Abs. 3 StGB und erfüllt damit seit jeher alle EU-Vorgaben.<sup>58</sup>

## 8. Änderungen der StPO

Abschließend ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber in dem Referentenentwurf tatsächlich bemüht ist, die Ausweitung der materiellen Strafbarkeit nicht mit einer deutlichen Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse einhergehen zu lassen. Dort, wo sich die §§ 89a, 89c und 129a StGB in verschiedenen Ermittlungskatalogen finden (u.a. § 100a StPO, die Überwachung der Telekommunikation; § 100b StPO, die Online-Durchsuchung; § 100c StPO, die Akustische Wohnraumüberwachung; § 103 StPO, die Durchsuchung bei anderen Personen; – § 111 StPO, die Errichtung von Kontrollstellen an öffentlich zugänglichen Orten; § 443 StPO, die Vermögensbeschlagnahme), werden die Formulierungen dahingehend geändert, dass als Anknüpfungstat nur die auch bisher der Norm unterfallende Handlungen dienen können. In der Tat kommt es so

<sup>53</sup> So auch Zöller (Fn. 15) 2023, S. 9.

<sup>54</sup> Dafür plädiert bereits Petzsche (Fn. 1) 2013, S. 165.

<sup>55</sup> Vgl. nur Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 89a Rn. 5.

<sup>56</sup> European Commission (Fn. 11), S. 13 f.

<sup>57</sup> Vgl. nur Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 89a Rn. 21.

<sup>58</sup> Die geltende Regelung erfasst nur bisher die neu geschaffene Veruchsstrafbarkeit in § 89a Abs. 8 RefE; nicht diese wäre ggf. zu ergänzen.

nur zu einer geringfügigen Erweiterung, die sich überwiegend aus den Änderungen in § 89a Abs. 2 Nr. 1 und 2 RefE ergibt, in denen der Begriff der Schusswaffe auf Waffen im Allgemeinen ausgedehnt und auch die Forschung zu bestimmten Gegenständen erfasst wird. Interessant ist, dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, die Einreisevariante nach § 89a Abs. 2 Nr. 5 RefE durch Verweisung in den Katalog aufzunehmen, so dass (weiterhin) nur die Ausreisevariante die Ermittlungsbefugnisse auslöst.

Problematisch ist allerdings, dass die Anwendung durch die komplizierte Verweisungs- und Regelungstechnik erheblich erschwert wird. Zur Verdeutlichung sei nur das Beispiel des § 100a StPO genannt, der bisher u.a. auf die §§ 89a und 89c Abs. 1 bis 4 StGB verwies und für den nunmehr wortwörtlich die folgende Verweisung vorgesehen ist: „89a Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 erste und zweite Alternative und Nummer 3 jeweils in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1, 2, 3 und 4 erste Alternative, Absatz 2a in Verbindung mit Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 erste und zweite Alternative und Nummer 3 jeweils in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 4 erste Alternative, Absatz 3 und 4, § 89c Absatz 1, 3 und 4 mit Ausnahme der Finanzierung von Handlungen nach § 89a Absatz 1 Satz 2 Nummer 9, Absatz 2 Nummer 2, 4 zweite und dritte Alternative und Nummer 5“. Die Schwierigkeiten sowohl für den Rechtsanwender als auch für die Betroffenen dürften bei dieser Formulierung auf der Hand liegen. Dass das lobenswerte Anliegen der Regierung, die strafprozessualen Befugnisse nicht auszuweiten, in der Umsetzung Schwierigkeiten bereitet, wird zudem durch die enthaltene Bezugnahme auf „Absatz 2 Nummer [...] 4 erste Alternative“ deutlich. § 89a Abs. 2 Nr. 4 RefE (Ausreisevariante) enthält eine Variante a) und eine Variante b) mit verschiedenen Zielsetzungen für die Reise, nicht aber zwei Handlungsalternativen. Worauf wird also genau Bezug genommen? Es liegt auf der Hand, dass diese Frage angesichts der Komplexität des Verweises nicht einfach zu beantworten ist. Die gewählte Regelungstechnik ist aus Gründen der Normenklarheit und Bestimmtheit bedenklich und sollte dringend überarbeitet werden.

#### IV. Fazit

Alles in allem ist mit dem vorgelegten Referentenentwurf sicherlich nicht der große Wurf gelungen; es handelt sich vielmehr um eine weitere Ausdehnung eines Bereichs, der ohnehin schon wegen seiner Überdehnung erheblicher und berechtigter Kritik ausgesetzt ist. Dabei darf nicht übersehen werden, dass viele der vorgeschlagenen Ände-

rungen – wie auch der Umsetzungsbericht der Kommission deutlich macht – europarechtlich determiniert sind und der deutsche Gesetzgeber daher wenig bis gar keinen Gestaltungsspielraum hat. Um die schlimmsten Auswüchse (insbesondere durch die weitgehende Versuchsstrafbarkeit in Art. 14 Abs. 3 RL 2017/541) zu verhindern, hätte es bereits im Gesetzgebungsverfahren der Richtlinie einer Intervention bedurft (etwa durch das Ziehen der „Notbremse“ des Art. 83 Abs. 3 AEUV). Dies ist jedoch unterblieben. Ein interessanter Nebenaspekt dieser somit grundsätzlich bestehenden europarechtlichen Verpflichtung ist, dass mit dem Umsetzungsbericht auch in Bereichen Druck ausgeübt wurde, in denen die Kompetenz der EU zweifelhaft ist. Die oben erläuterten Beispiele der Einstufung als terroristische Straftat und der Formulierung des subjektiven Bezugs bei der Reisestrafbarkeit verdeutlichen dies. Die genannten Regelungen stehen dem nationalen Gesetzgeber frei, europarechtlich zwingend sind sie hingegen nicht.

Bei der Umsetzung sollten gerade vor dem Hintergrund der europarechtlichen Verpflichtung die bestehenden Spielräume genutzt werden. Der deutsche Gesetzgeber sollte in Nutzung dieser Spielräume von einer über die Vorgaben der RL 2017/541 hinausgehende Ausdehnung des materiellen Terrorismusstrafrechts möglichst absehen. Dies gilt insbesondere für den Versuch der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung (§ 129a Abs. 5 S. 3 RefE), der wieder gestrichen werden sollte. Weitere Bedenken bestehen im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit einzelner Regelungen, wie z.B. der Androhungsvariante in § 89a Abs. 8 RefE. Hier sollte zumindest eine Absenkung der Strafandrohung erfolgen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die komplizierte Struktur des § 89a StGB eine Bezugnahme auf ihn deutlich erschwert und – wie die Änderungen der Kataloge verschiedener Ermittlungsmaßnahmen der StPO zeigen – erhebliche Bedenken hinsichtlich der Normenklarheit und -bestimmtheit aufwirft.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der vorgelegte und kürzlich nunmehr als besonders eilbedürftig im Kabinett beschlossene Entwurf die bereits durch die letzten Reformen eingeleitete Entwicklung einer Ausweitung des deutschen Terrorismusstrafrechts in nahezu unerträglicher Weise fortsetzt. Es ist zu hoffen, dass es noch zu einer Überarbeitung und Rücknahme der größten – europarechtlich nicht determinierten – Auswüchse im weiteren Gesetzgebungsverfahren kommt und es nicht einfach weiter und weiter ins Vorfeld geht.

# Diskursverbesserung durch Diskursverkürzung? Der Praxistext des § 126a StGB als Mahnung zu politischer Neutralität des Strafrechts

von Prof. Dr. Elisa Hoven und  
Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski \*

## Abstract

Der Gesetzgeber dringt seit einigen Jahren vermehrt mit Strafvorschriften in den offenen Meinungs­austausch ein, um eine Verbesserung des Diskursklimas herbeizuführen. Mit der Einführung des § 126a StGB, der das Verbreiten sog. „Feindeslisten“ unter Strafe stellt, steht erneut die politische Neutralität des Strafrechts in Frage. Der Vorschrift stehen relevante verfassungsrechtliche Bedenken entgegen. Sie ist nicht zuletzt Einfallstor für doppelte Standards in der gerichtlichen Bewertung unterschiedlicher Meinungs­lager, was eine aktuelle Entscheidung des LG Köln zeigt. Vor diesem Hintergrund plädieren die Autorinnen für eine Streichung des § 126a StGB und eine politische Zurückhaltung des Strafrechts.

For some years now, the legislator has been increasingly intruding into the open exchange of opinions with criminal laws in order to improve the climate of discourse. The creation of § 126a StGB, which criminalises the distribution of so-called ‘enemy lists’, once again calls into question the political neutrality of criminal law. The regulation raises relevant constitutional concerns. It is not least a gateway for double standards in the judicial assessment of different camps of opinion, as a recent decision by the Cologne District Court (LG Köln) shows. Against this background, the authors argue in favour of deleting § 126a StGB and political restraint of criminal law.

## I. Einleitung

Dem Gesetzgeber ist aufgefallen, dass die gesellschaftlichen Diskurse seit einigen Jahren an Qualität einbüßen.<sup>1</sup> Der Ton ist rauer geworden, zumal es in der kaum mehr zu überblickenden Aneinanderreihung politisch mal mehr, mal weniger gut gelöster gesellschaftlicher Großkrisen (Pandemie, Ukraine-Krieg, Klima) offenkundig viel zu streiten gibt. Hinzu kommt die Allseits-Bedrohung auf digitalen Schauplätzen, die scheinbar unbegrenzte Möglichkeiten eröffnen, Kritik und deren Mitwisser zu

potenzieren. Weil gleichzeitig bei den Bürgern immer weniger Resilienz im Umgang mit verbaler Kritik vorausgesetzt wird,<sup>2</sup> ist für viele klar: Das Strafrecht muss es richten.<sup>3</sup> So auch der gesetzgeberische Impetus bei Schaffung des wenige Jahre alten § 126a StGB, der das gefährdende Verbreiten personenbezogener Daten, insbesondere sogenannter „Feindeslisten“, unter Strafe stellt. Die Vorschrift wurde als neuerlicher Eingriff des Strafrechts in den offenen Meinungs­austausch früh kritisiert.<sup>4</sup> Gekommen ist sie trotzdem. Ein jüngerer Beschluss des LG Köln unterzieht § 126a StGB dem Praxistest und belegt eindrucksvoll, wie gefährlich es ist, wenn der Gesetzgeber durch Strafvorschriften weit in den politischen Meinungskampf vordringt. Gerade das Strafrecht ist der politischen Neutralität verpflichtet. Hieran nachdrücklich zu erinnern, ist Anlass des Beitrags.

## II. Genese und Voraussetzungen von § 126a StGB

Wie so oft in der jüngeren Vergangenheit, hat der Strafgesetzgeber „Lücken“ im strafrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz ausgemacht und durch § 126a StGB einen neuerlichen Versuch unternommen, dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts zu Leibe zu rücken. Konkret zielte die gesetzgeberische Bemühung dabei auf das Phänomen sogenannter „Feindeslisten“. Dabei soll es sich um „Sammlungen von Daten, vor allem Adressdaten, aber auch Informationen über persönliche Umstände oder Fotos, von Personen [handeln], die – vorwiegend im Internet – verbreitet und zum Teil mit ausdrücklichen oder subtilen Drohungen oder Hinweisen verbunden werden“ wie etwa, dass dem Betreffenden einmal ein „Besuch“ abgestattet werden könne.<sup>5</sup> Die Verbreitung solcher Listen berge die Gefahr, andere zu Straftaten an den Genannten zu motivieren; geschütztes Rechtsgut sei dabei der öffentliche Rechtsfrieden.<sup>6</sup> Durch das geltende Strafrecht werde diese subtilere Form der Einschüchterung und Bedrohung nicht erfasst: §§ 111 StGB und 126 StGB scheiden aus, wenn

\* Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienstrafrecht an der Universität Leipzig. Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Universität zu Köln und Mitglied des Deutschen Ethikrats.

<sup>1</sup> S. zu diesem Befund *Mau/Lux/Westheuser*, Triggerpunkte. Konsens und Konflikt, 2. Aufl. (2023); *Rostalski*, Die vulnerable Gesellschaft. Die neue Verletzlichkeit als Herausforderung der Freiheit, 2024, S. 106 ff.

<sup>2</sup> S. zum Ganzen *Rostalski* (Fn. 1), insbesondere S. 61 ff.

<sup>3</sup> Vgl. nur die wenig kritischen Stellungnahmen der im Gesetzgebungsverfahren angehörten Sachverständigen *Eisele*, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/842334/6d123255de53767f105a339e9cbba313/stellungnahme-eisele.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.4.2024), sowie *Kubiciel*, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/842718/03620e078ff3b41838eba0c5a1a49bd4/stellungnahme-kubiciel-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.4.2024).

<sup>4</sup> S. nur die Stellungnahme des Sachverständigen *Basar*, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/842738/3875cd3e09341c9384444202721d1e2/stellungnahme-basar.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.4.2024).

<sup>5</sup> BT-Drs. 19/28678, S. 1.

<sup>6</sup> BT-Drs. 19/28678, S. 8.

es an der Aufforderung zu bzw. der Androhung einer bestimmten Tat fehlt. Auch §§ 240, 241 StGB kommen nicht in Betracht, wenn keine direkte Drohung vorliegt oder der Bezug zu einer konkreten Straftat nicht hinreichend deutlich ist. Für eine Strafbarkeit nach § 238 StGB bedürfte es der Wiederholung spezifischer Verhaltensweisen des Täters, was bei „Feindeslisten“ regelmäßig nicht der Fall ist.<sup>7</sup> § 42 BDSG stellt zwar das unberechtigte Zugänglichmachen oder Übermitteln von Daten einer großen Zahl von Personen unter Strafe, allerdings nur im Hinblick auf nicht allgemein zugängliche personenbezogene Daten.

§ 126a StGB bestraft denjenigen, der öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) personenbezogene Daten einer anderen Person in einer Art und Weise verbreitet, die geeignet und nach den Umständen bestimmt ist, diese Person oder eine ihr nahestehende Person der Gefahr eines gegen sie gerichteten Verbrechens (Nr. 1) oder einer gegen sie gerichteten sonstigen rechtswidrigen Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder gegen eine Sache von bedeutendem Wert (Nr. 2) auszusetzen.

Die Vorschrift geht zunächst über § 42 BDSG hinaus, indem sie sämtliche personenbezogenen Daten einer anderen Person ausreichen lässt, also gerade auch öffentlich zugängliche Informationen.<sup>8</sup> Der Begriff der personenbezogenen Daten erfasst gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Personen beziehen; bereits der Name genügt.<sup>9</sup> Damit ist die eigentliche Tathandlung von § 126a StGB denkbar weit formuliert und für sich genommen gänzlich sozialadäquat,<sup>10</sup> auch der Gesetzgeber sieht, dass es „zahlreiche Fälle“ gibt, „in denen das Verbreiten personenbezogener Daten in seiner Zielrichtung neutral, konstruktiv oder sogar erwünscht ist“.<sup>11</sup>

Die Beschränkung des Tatbestandes auf strafwürdiges Unrecht soll vor diesem Hintergrund dadurch erreicht werden, dass das Verhalten des Täters „geeignet und nach den Umständen bestimmt“ ist, die betroffene Person der Gefahr bestimmter Straftaten auszusetzen. Die Eignung liegt nach der Gesetzesbegründung vor, „wenn nach Art und Weise des Verbreitens sowie den sonstigen relevanten konkreten Umständen des Falles bei einer Gesamtwürdigung die Besorgnis gerechtfertigt ist, es könne zu einer rechtswidrigen Tat kommen.“<sup>12</sup> Im Schrifttum wird zu

Recht darauf hingewiesen, dass der Voraussetzung der Eignung kaum relevantes Potential zur Einschränkung des Tatbestandes zukomme; im Kontext politisch kontroverser Fragen wird selten auszuschließen sein, dass Menschen mit Gewalt auf sie reagieren.<sup>13</sup>

Das Bestimmungserfordernis wurde nachträglich infolge der Stellungnahme des Bundesrats eingefügt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll es die „Zielsetzung“ des Täters als subjektives Element erfassen.<sup>14</sup> Der Zusatz, dass die Verbreitung „nach den Umständen“ zur Gefahrschaffung bestimmt sein muss, legt allerdings nahe, dass es sich der Sache nach um ein zusätzliches objektives Tatbestandsmerkmal handelt.<sup>15</sup> In der Praxis wird den Gerichten ohnehin wenig anderes übrig bleiben, als aufgrund der objektiven Umstände der Verbreitung auf die subjektive Tatseite zu schließen. Insoweit kommt dem Merkmal der Bestimmtheit nur geringe strafrechtsbegrenzende Bedeutung zu, die nicht entscheidend über das Eignungserfordernis hinausgeht. § 126a StGB enthält in der Summe also eine äußerst weitgefassete Tathandlung, die auch nach der Einschätzung des Gesetzgebers sozialadäquate Fälle erfasst. Das Unrecht – und die Legitimation für den Eingriff des Strafrechts – soll sich dann aus zwei Merkmalen herleiten, die selbst in erheblicher Weise wertungs Offen sind.

### III. Grundsätzliche Legitimationsdefizite des § 126a StGB

*Eines* steht fest: Kaum einer wird es gutheißen, wenn seine Daten in eine Liste aufgenommen und breit öffentlich zugänglich gemacht werden, soweit diese Dokumentation dazu dient, Kritik an der eigenen Person bzw. der eigenen Meinung zum Ausdruck zu bringen. Und in der Tat kann ein solches Vorgehen einschüchtern – ein Beispiel liefert hier nur die sogenannte Liste der „Feinde der Ukraine“, die von dem technischen Analyse-Unternehmen *Molfar OSINT* im Internet betrieben wird und frei zugänglich ist.<sup>16</sup> Die Liste verfolgt die Zielsetzung, persönliche Daten von Menschen zur Verfügung zu stellen, die eine Bedrohung für die Ukraine darstellen sollen. Darin finden sich neben Unternehmern, Intellektuellen und sonstigen Privatpersonen zahlreiche Journalisten, bei denen es sich zu einem nicht geringen Anteil um deutsche Staatsbürger handelt. Derartige Listen können in der Tat zu sog. chilling effects führen, mithin die Selbstzensur von Menschen bewirken, die befürchten, im Fall einer of-

<sup>7</sup> Stellungnahme von *Eisele* (Fn. 3), S. 2.

<sup>8</sup> Absatz 2 enthält eine Qualifikation des Grunddelikts, sofern die Daten nicht allgemein zugänglich sind.

<sup>9</sup> *Rackow*, in: BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 01.11.2023), § 126a Rn. 5.

<sup>10</sup> Stellungnahme von *Eisele* (Fn. 3), S. 2; *Rackow*, in: BeckOK-StGB, § 126a Rn. 6.

<sup>11</sup> BT-Drs. 19/28678, S. 11. Diese Wirkung hat der Gesetzgeber dadurch einzuhegen versucht, dass er über § 126a Abs. 3 StGB in Verbindung mit § 86 Abs. 4 StGB geregelt hat, dass die Vorschrift keine Anwendung findet, „wenn die Handlung der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dient“.

<sup>12</sup> BT-Drs. 19/28678, S. 11.

<sup>13</sup> Stellungnahme von *Eisele* (Fn. 3), S. 3; *Rackow*, in: BeckOK-StGB, § 126a Rn. 8.

<sup>14</sup> BT-Drs. 19/29638, S. 8.

<sup>15</sup> *Heger*, in: LKH-StGB, 23. Aufl. (2023), § 126a Rn. 4; *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 126a Rn. 8.

<sup>16</sup> Online abrufbar unter: <https://molfar.com/en/enemies> (zuletzt abgerufen am 3.4.2024).

fenen Meinungskundgabe auf ebensolchen Listen zu landen.<sup>17</sup> Zudem geht mit jeder Dokumentation von Verhalten oder Äußerungen, die andere kritisch sehen, immer eine abstrakte Gefahr einher, dass es in der Folge zu Gewalt kommt. Das ist so bei jedem Zeitungsartikel, der über kontroverse Ereignisse berichtet, bei jeder Dokumentationsstätte, die sich mit Unrecht von Menschen befasst, die selbst oder deren Nachkommen heute noch leben etc. Kenntniserlangung kann bei manchen das Motiv auslösen, Taten folgen zu lassen – die abstrakte Gefahr ist immer da und wird nur teilweise von den geltenden Strafvorschriften erfasst.

Zumindest unter Strafrechtswissenschaftlern ist allerdings bekannt: Nur weil etwas nicht geregelt ist, heißt das nicht, dass es auch geregelt werden sollte. Wie andere staatliche Eingriffe in die Freiheit des Einzelnen müssen Strafgesetze den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen, also zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>18</sup> Eine entsprechende Begründungslast hat der Gesetzgeber bei der Einführung von § 126a StGB offenbar nicht wirklich gesehen; er hat wenig bis keine Mühe darauf verwendet, die Angemessenheit von § 126a StGB zu erläutern.

Bei der Vorschrift handelt es sich um einen Eingriff in die Meinungsfreiheit. Dabei gilt: Selbst noch so anstößige Meinungen, die in „Feindeslisten“ zum Ausdruck kommen können, sind von Art. 5 GG geschützt.<sup>19</sup> Es ist dem freien Spiel des Meinungs austauschs überlassen, sie zurückzudrängen – nicht aber dem Strafgesetzgeber. Dieser hat sich aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zurückzuhalten, ganz besonders bei der Meinungsfreiheit. Auch „Feindeslisten“ können aus der Perspektive des Art. 5 GG einen Nutzen aufweisen. Die Dokumentation öffentlich zugänglicher Daten wie etwa Meinungskundgaben verbunden mit Angaben zu denjenigen, die sie getätigt haben, können einen erheblichen informativen Charakter haben. Gerade in einer immer schwerer zu überschauenden Kommunikationsgesellschaft mit all ihren verschiedenen Äußerungsmedien kann es hilfreich sein, ein gewisses Meinungsspektrum zu bündeln, um anderen Einblicke darin zu liefern.

In der Gesetzesbegründung findet sich insoweit zwar der knappe Hinweis, dass die neue Vorschrift die Meinungsfreiheit berühre. Der Eingriff sei allerdings gerechtfertigt,

weil es dem Gesetzgeber erlaubt sei, „an Meinungsäußerungen anzuknüpfen, die über die Überzeugungsbildung hinaus mittelbar auf Realwirkungen angelegt sind und etwa in Form von Appellen zum Rechtsbruch, aggressiven Emotionalisierungen oder der Herabsetzung von Hemmschwellen rechtsgutgefährdende Folgen unmittelbar auslösen können“.<sup>20</sup> Die Gesetzesbegründung beruft sich hier auf den Beschluss des *BVerfG* zu § 130 Abs. 4 StGB. Was bei dieser Bezugnahme jedoch fehlt, ist der unter legitimatorischen Gesichtspunkten nicht unerhebliche Hinweis, der dem genannten Zitat in der Entscheidung unmittelbar vorangestellt ist. Er lautet: „Soweit der Gesetzgeber darauf zielt, Meinungsäußerungen insoweit einzuschränken, als mit ihnen die Schwelle zur individualisierbaren, konkret fassbaren Gefahr einer Rechtsverletzung überschritten wird, verfolgt er einen legitimen Zweck.“<sup>21</sup>

Dies dürfte ein Knackpunkt des neuen § 126a StGB sein. Das *BVerfG* macht deutlich, dass eine „Beunruhigung, die die geistige Auseinandersetzung im Meinungskampf mit sich bringt“, „notwendige Kehrseite der Meinungsfreiheit“ ist und daher „für deren Einschränkung kein legitimer Zweck sein“ kann.<sup>22</sup> Zu Recht setzt das Gericht deshalb die Nähe zu einer konkreten Rechtsgutsverletzung voraus; eine Einschränkung der Meinungsfreiheit legitimiert sich nur durch ihren Bezug zu einer individuellen Bedrohung, es „geht um einen vorgelagerten Rechtsgüter schutz, der an sich abzeichnende Gefahren anknüpft, die sich in der Wirklichkeit konkretisieren.“<sup>23</sup>

Vorschriften wie § 111, § 126 oder § 130 StGB setzen daher auch einen deutlich engeren Bezug zur potenziellen Rechtsgutsverletzung voraus: Für § 111 StGB bedarf es der Aufforderung zu einer konkreten Tat, für § 126 StGB deren Androhung, und § 130 Abs. 1 StGB sieht unter anderem das Aufstacheln zum Hass oder die Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen vor. Der Täter hat sich hier also bereits selbst unzweifelhaft affirmativ zu Angriffen auf ein bestimmtes Rechtsgut verhalten, sein Handeln geht klar über den Bereich des Sozialadäquaten hinaus. Demgegenüber bewegt sich § 126a StGB weit im Vorfeld einer tatsächlichen Rechtsgutsverletzung. Zwischen der Veröffentlichung der Liste und einer realen Verletzung von Personen steht ein normativ entscheidender Schritt: der freiverantwortliche Entschluss eines Dritten für die Begehung einer Straftat an der auf der Liste genannten Person. Das durch die „Feindesliste“ geschaffene Unrecht begrenzt sich mithin auf die bloß indirekte und

<sup>17</sup> BT-Drs. 19/29638, S. 8. Zum Phänomen etwa *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (870); *Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (105); *Hestermann/Hoven/Autenrieth*, KriPoZ 2021, 204 (204 f.). Silencing effects infolge von Hate Speech wurden 2020 in einer Studie nachgewiesen durch die Forschungsgruppe *g/d/p* in Kooperation mit der Universität Leipzig, Hate Speech – Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage (S. 1), abrufbar unter: [https://www.jura.uni-leipzig.de/fileadmin/Fakult%C3%A4t\\_Juristen/Professuren/Hoven/gdp\\_Ergebnisse\\_HateSpeech\\_Kurzbericht.pdf](https://www.jura.uni-leipzig.de/fileadmin/Fakult%C3%A4t_Juristen/Professuren/Hoven/gdp_Ergebnisse_HateSpeech_Kurzbericht.pdf) (zuletzt abgerufen am 8.4.2024).

<sup>18</sup> Zur Legitimation von Verhaltens- und Sanktionsnormen durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit s. *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 52 ff. insbes. S. 87; *Timm (Rostalski)*, Gesinnung und Straftat. Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht, 2012, S. 64 ff.; *dies.*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2021, S. 70 ff.; *Freund*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), Vorb. § 13 Rn. 27; *ders.*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 59 Rn. 7; *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2019), § 1 Rn. 55 ff.; zur zweifachen Relevanz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes s. auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 74 f., 77 f. *BVerfG*, NJW 2018, 2861 (2863). Vgl. auch *BVerfG*, NJW 2010, 47 (53).

<sup>20</sup> BT-Drs. 19/28678, S. 11.

<sup>21</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 47 (52).

<sup>22</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 47 (52 f.).

<sup>23</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 47 (53).

unausgesprochene Motivation eines freiverantwortlich handelnden Dritten zur Begehung von Straftaten – fordert der Absender der Liste ausdrücklich zu einer Straftat auf, ist sein Handeln bereits nach § 111 StGB oder § 30 StGB strafbar.

Besonders weitreichend erscheint es, dass es nach der gegenwärtigen Gesetzesfassung genügt, *öffentlich zugängliche* Daten auf die „Feindesliste“ zu nehmen. Ihre Unrechtsqualität liegt dann nur noch darin, ohnehin für jedermann zugängliche Informationen an einer Stelle gebündelt zusammengefasst zu haben. Der Dritte, der sich durch die Liste zu seiner späteren Tat motivieren lässt, hätte also sämtliche Informationen, mit denen ihn die Liste versorgt, ohne Weiteres eigenständig erlangen können.

Die Meinungsfreiheit steht im Zentrum einer freiheitlichen Demokratie, deren Herzstück der offene Diskurs ist. Mit Strafgesetzen, die die Meinungsfreiheit tangieren, ist daher besonders zurückhaltend zu verfahren. Denn Selbstzensur droht nicht bloß, weil man vor den Reaktionen anderer (etwa in Gestalt von „Feindeslisten“) Angst hat. Sie droht insbesondere dann, wenn befürchtet wird, durch die eigene Meinungskundgabe der strafrechtlichen Ahndung unterzogen zu werden.<sup>24</sup> Gerade Strafgesetze, die die Meinungsfreiheit regulieren, tragen das erhebliche Risiko von sog. chilling effects. Vor diesem Hintergrund wirft § 126a StGB erhebliche Legitimationsdefizite auf. Dabei sollte man sich nicht von dem moralisch stark aufgeladenen Begriff der „Feindes“-Liste täuschen lassen. Einen Feind zu haben oder mehrere, Hass zu empfinden und ihn zu äußern – all dies mag moralisch anstößig sein, ist für sich genommen aber kein Grund, eine rechtliche Regulierung oder gar strafrechtliche Konsequenzen folgen zu lassen. Zumindest in seiner gegenwärtigen Fassung, die das strafbare Verhalten weit im Vorfeld einer konkreten Rechtsverletzung ansiedelt, erscheint die Vorschrift verfassungsrechtlich kaum haltbar.

#### IV. § 126a StGB als Einfallstor für politisches Strafrecht

Mit der Vorschrift des § 126a StGB greift der Strafgesetzgeber in den Bereich gesellschaftspolitischer Interaktion

ein: Das Strafgesetz liefert ein Einfallstor für eine staatliche Bewertung und Sanktionierung gesellschaftlicher Meinungskämpfe. In der Gesetzesbegründung heißt es: „Vor dem Hintergrund der festzustellenden zunehmenden Verrohung in der gesellschaftlichen Auseinandersetzung und im politischen Diskurs bei zugleich steigenden Fallzahlen politisch motivierter Straftaten, insbesondere im Bereich der Hasskriminalität und aus dem extremistischen Spektrum, erzielt eine ‚Feindesliste‘ in der Öffentlichkeit eine bedrohliche und einschüchternde Wirkung.“<sup>25</sup> Die hieraus gezogene Konsequenz einer strafrechtlichen Inkriminierung von „Feindeslisten“ lässt interessante Rückschlüsse auf die Logik des Gesetzgebers zu. Die erklärte Zielsetzung, den Diskurs zu *verbessern*, soll nämlich offenbar dadurch gelingen, dass der Diskurs zumindest teilweise *beschnitten* wird. Diese Strategie erweist sich alles andere als zielführend: Tabus oder spezifische Äußerungsverbote zu etablieren, kann, vor allem wenn die Vorschriften zu weit reichen, auch das Gegenteil bewirken: Insbesondere ein nicht mehr maßvoller Eingriff des Strafgesetzgebers in den offenen Meinungskampf führt zu einer Verhärtung von Frontstellungen, die es indessen unbedingt aufzubrechen gälte, um das gesellschaftliche Gespräch wieder auf ein konstruktiveres Niveau zu heben.

Anstatt allerdings Wege zu ersinnen, um die innerhalb der Gesellschaft vorhandenen Brüche zu überwinden, wählt der Gesetzgeber immer häufiger die Waffe des Strafrechts, um Schweigen zu gebieten, wo eigentlich die Möglichkeit verbleiben sollte, im Gespräch zueinander zu finden. Ein weiteres Beispiel liefert die neu eingeführte Vorschrift des § 130 Abs. 5 StGB, der unter bestimmten Voraussetzungen die Leugnung, Billigung oder grobe Verharmlosung von Völkerrechtsverbrechen unter Strafe stellt. Zwar wahrt die Vorschrift im Gegensatz zu § 126a StGB die Anforderungen, die das *BVerfG* im Zusammenhang mit § 130 Abs. 4 StGB an strafgesetzliche Eingriffe in die Meinungsfreiheit aufgestellt hat. Gleichwohl unterbindet sie spezifische Diskurse, wenn es nämlich darum geht, epistemische Ungewissheit über das Vorliegen von Verstößen gegen die Straftatbestände des Völkerstrafgesetzbuchs in aktuellen oder vergangenen völkerrechtlichen Auseinandersetzungen im gesellschaftlichen Diskurs zu klären.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Grimm, NJW 1995, 1697 (1703) sowie BVerfGE 43, 130 (136) („einschüchternde Wirkung“).

<sup>25</sup> BT-Drs. 19/28678, S. 8.

<sup>26</sup> Hoven, Der neue § 130 ist eine Gefahr für die kritische Diskussion, erschienen in der WELT am 26.10.2022, online abrufbar unter: <https://www.welt.de/kultur/plus241798753/Volksverhetzung-Der-neue-130-ist-eine-Gefahr-fuer-die-kritische-Diskussion.html> (zuletzt abgerufen am 8.4.2024); s. weitere Kritik bei Strate, Kriminalisierung des politischen Gegners, erschienen im Cicero am 3.10.2022, online abrufbar unter: <https://www.cicero.de/innenpolitik/verharmlosung-von-kriegsverbrechen-volksverhetzung-meinungsfreiheit> (zuletzt abgerufen am 8.4.2024); Rhein-Fischer, Regieren der Erinnerung durch Recht, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/regieren-der-erinnerung-durch-recht/> (zuletzt abgerufen am 8.4.2024); Steinke, Leugnen zwecklos, erschienen in der SZ am 25.10.2022, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/holocaust-voelkermord-leugnung-deutschland-1.5681387> (zuletzt abgerufen am 8.4.2024) und Rebmann/Schlicksupp, ZStW 2023, 84 (93). Bloße Anwendungsschwierigkeiten sieht freilich Kubiciel, Welcher Skandal?, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/welcher-skandal/> (zuletzt abgerufen am 8.4.2024). Mitsch, KriPoZ 2023, 17 (17 ff.) kritisiert lediglich den „schwammigen“ Wortlaut der Vorschrift.

Die Anwendung des Strafrechts gerade in diskurssensiblen Bereichen birgt die Gefahr, die Korridore gesetzlich zulässiger Meinungsäußerung immer weiter zu verengen. Dies fügt sich in das Bild eines Rechts, das zunehmend bereit ist, Meinungskontrollen etwa auch im gefahrenabwehrrechtlichen Bereich wie etwa jüngst durch Erweiterungen des Bundesverfassungsschutzgesetzes<sup>27</sup> zuzulassen. In einer Situation, in der mehr als 48 Prozent der Deutschen angeben, es sei bei der Äußerung einer politischen Meinung „besser, vorsichtig zu sein“,<sup>28</sup> müssen staatliche Zugriffe auf die freie Meinungsäußerung mit größter Zurückhaltung erfolgen. Die notwendige Vorsicht bei der Regulierung von Meinungsäußerungen hat der Gesetzgeber mit der Einführung von § 126a StGB nicht gewahrt. Ein aktueller Fall aus Nordrhein-Westfalen zeigt die Probleme bei der Anwendung der Norm und die weitreichenden Folgen eines politisierten Strafrechts.

### V. Wenn das Kind in den Brunnen fällt – § 126a StGB in der Praxis am Beispiel des Beschlusses LG Köln 113 Qs 1/24 - 330 Js 188/22

Wenig überraschend fällt § 126a StGB im Praxistest durch. Schnell zeigte sich, dass die Vorschrift eine problematische Reichweite staatlichen Zugriffs auf Vertreter der Presse zulässt; angesichts ihres weiten Interpretationsspielraums trägt die Regelung des § 86 Abs. 4 StGB nur wenig zur Schadensbegrenzung bei.<sup>29</sup> Ein weiteres Beispiel dafür, wie problematisch sich § 126a StGB in der Praxis auswirkt, liefert jüngst ein Beschluss des *LG Köln*. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt veröffentlichte der Angeklagte auf der Online-Plattform „Twitter“ (mittlerweile „X“) einen Beitrag mit u.a. folgendem Inhalt:

*„Wir haben mitgemacht! Wir haben ausgegrenzt, diffamiert, diskreditiert, beleidigt und Menschen gecancelt. Im Dienste der Wissenschaft! Auf vielfachen Wunsch dieser knackige Thread, mit Aussagen, die man nicht vergessen sollte: #Wirhabenmitgemacht #Wir haben ausgegrenzt“.*

Nachfolgend listete der Beschuldigte 24 Zitate von Einzelpersonen auf, zu denen Prominente, Politiker, Journalisten, aber auch weniger bekannte Mediziner oder Arztpraxen gehörten, die sich während der Corona-Pandemie öffentlich über ungeimpfte Personen geäußert hatten. Darunter finden sich Zitate von *Udo Lindenberg* („Wenn die hirntoten Risikopiloten durch die Aerosole ziehen, wird es ganz viele noch erwischen.“), *Joachim Gauck* („Impfgegner sind Bekloppte“), *Markus Söder* („Es handelt sich um eine Pandemie der Ungeimpften.“), des Landtagsabgeordneten aus Ebersberg in Oberbayern *Thomas Huber* („Impfen Macht Frei“), der Stadt Erkelenz („Deine Party ist Omas Tod.“), der Technischen Universität Berlin („Quer-

denker\*innen wegimpfen“) oder des Journalisten *Christian Ortner* („Lasst uns Impfvweigerer mit dem Blasrohr jagen, Waidmanns Heil!“). Einige Stunden später ergänzte der Beschuldigte einen zweiten Post, in dem er die Website „ich-habe-mitgemacht.de“ in Bezug nahm, die sich als „Archiv für Corona-Unrecht“ ausweist. Darauf findet sich eine lange Liste mit kritischen Äußerungen gegenüber Menschen, die sich während der Pandemie gegen Impfungen oder Coronaschutzmaßnahmen gewandt haben. Den Zitaten sind deren jeweilige Urheber namentlich zugeordnet sowie eine Quelle, unter der die Äußerung öffentlich einsehbar ist. Zudem findet sich dort das Zitat: „Wenn der Faschismus wiederkehrt, wird er nicht sagen: ‚Ich bin der Faschismus.‘ Nein, er wird sagen: ‚Ich rette euch vor einem Virus.““ Die Staatsanwaltschaft Köln klagte den Beschuldigten wegen eines gefährdenden Verbreitens personenbezogener Daten nach § 126a StGB an. Das *AG Köln* lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens durch Beschluss ab, wogegen die Kölner Staatsanwaltschaft Beschwerde einlegte und damit vor dem *LG Köln* erfolgreich war. Im Sommer wird es nunmehr zu einer Verhandlung des Falles vor einer anderen Abteilung des *AG Köln* kommen.

#### 1. Der Beschluss des *LG Köln*

Sowohl *LG* als auch Kölner Staatsanwaltschaft gehen von einer Strafbarkeit des Verhaltens nach § 126a StGB aus. Das Eignungsmerkmal begründet das Gericht im Rahmen einer Gesamtwürdigung damit, dass die betreffenden Beiträge „im Sommer 2022 und damit im zeitlichen Kontext einer aufgeheizten gesellschaftlichen Debatte“ über den Umgang mit der Corona-Pandemie veröffentlicht wurden.<sup>30</sup> Zudem habe der Angeklagte die Veröffentlichung auf seinem Twitter-Profil vorgenommen, mit dem er hauptsächlich Menschen erreichte, die „überwiegend dieselben Auffassungen vertreten“. Personen, die weniger kritisch gegenüber der offiziellen Corona-Politik eingestellt waren, würden „als politische und gesellschaftliche Gegner ausgewiesen“; der Hashtag „#Wirhabenausgegrenzt“ habe eine Prangerwirkung. Ferner sei zu berücksichtigen, dass der Angeklagte in seinem Post die Website „ich-habe-mitgemacht.de“ einbezog. Diese beinhalte keine „sachlich-informative Berichterstattung zu Fragen der COVID-19-Pandemie und COVID-19-Impfungen. Vielmehr lässt sie eine rechtsfeindliche Ausrichtung erkennen, da die in der dortigen Zitatesammlung aufgelisteten [...] Personen [...] als ‚Täter‘ bezeichnet werden, von denen ‚Unrecht‘, ‚menschenverachtende Formulierungen‘ und ‚Drangsalierungen‘ ausgingen.“ Außerdem liege in dem an ein Zitat des italienischen Schriftstellers Ignazio Silone angelehnten Leitspruch der Website ein „Faschismus-Vergleich“.

<sup>27</sup> S. nur den neuen § 22a BVerfSchG, der die Kompetenzen der Verfassungsschutzbehörden erweitert auf die Übermittlung personenbezogener Daten an inländische nichtöffentliche Stellen.

<sup>28</sup> Vgl. <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/freiheitsgefuehl-der-deutschen-leichtes-hoch-nach-talfahrt-18564165.html> (zuletzt abgerufen am 3.4.2024).

<sup>29</sup> *Assion/Schmidt*, Neues Feindeslisten-Strafrecht im Einsatz gegen Journalisten, erschienen bei LTO am 2.6.2024, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/durchsuchungen-tuerkische-journalisten-strafrecht-verfassungsrecht-gg-feindeslisten-126a-stgb-staatsanwaltschaft-darmstadt/> (zuletzt abgerufen am 3.4.2024).

<sup>30</sup> Sämtliche Zitate sind *LG Köln* 113 Qs 1/24, 330 Js 188/22 – bislang noch unveröffentlicht, liegt *Verf.* vor – entnommen.

Vor diesem Hintergrund ist das *LG Köln* der Auffassung, die Twitter-Beiträge des Angeklagten seien nicht auf eine „rein geistig bleibende Überzeugungsbildung angelegt“ gewesen. Die Rede von Feinden, Unrecht und der möglichen Wiederkehr des Faschismus „stellen vielmehr insofern einen Bezug zu Straftaten gegen die benannten Personen her, als diese insinuierten, dass man sich gegen ‚Täter‘, ‚Unrecht‘ und ‚Faschismus‘ – ggf. auch körperlich – wehren darf und unter Umständen sogar wehren muss.“ Die Posts besäßen daher die Eignung, andere Twitter-Nutzer dazu zu motivieren, die Genannten aufzusuchen und sie zu verletzen.

Das *LG* ist ebenfalls davon überzeugt, dass der Beschuldigte die Verbreitung hierzu bestimmt habe. Dabei betont es zwar, dass das Bestimmungserfordernis eine tatbestandseinschränkende Funktion aufweisen soll. Seine Begründung fällt dann allerdings denkbar knapp aus: Nach Ansicht des *LG* ließen die Gesamtumstände darauf schließen, „dass der Angeklagte es für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat, dass es zu entsprechenden Straftaten zu Lasten der benannten Personen kommen kann und er die Gefährdung dieser Personen in seinen Willen aufgenommen hat.“ Die Sozialadäquanzklausel des § 86 Abs. 4 StGB sei außerdem nicht einschlägig, da der Angeklagte nicht sachlich-informativ berichtet, sondern auf eine rechtsfeindlich ausgerichtete Website Bezug genommen habe.

## 2. Keine Strafbarkeit nach § 126a StGB im Kölner Fall

Die Entscheidung überzeugt an keiner Stelle. Sowohl der Post des Angeklagten als auch die in Bezug genommene Website dienen der Dokumentation gesellschaftlicher Ereignisse während der Corona-Pandemie. Vor dem Hintergrund, dass sich nach wie vor weite Teile der Politik gegen eine parlamentarische Aufarbeitung der Pandemiezeit stemmen, erweist es sich als Mehrwert für die Öffentlichkeit, wenn zumindest zivilgesellschaftliche Initiativen in diese Richtung erfolgen.<sup>31</sup> Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass der Post während einer Zeit erfolgte, in der die gesellschaftliche Diskurslage besonders angespannt war. Für Dokumentation gibt es keinen falschen Zeitpunkt. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der Beschuldigte in seinem Post klar wertend gegenüber denjenigen geäußert hat, deren öffentliche Wortmeldungen er dokumentierte.

Sein Urteil, dass es sich bei den Äußerungen um „Unrecht“ handele und die nachfolgend konsequente Annahme einer Täterschaft, ist Ausdruck seiner Meinungsfreiheit. Die Bewertung zwischenmenschlicher Handlungen als „Unrecht“ ist ein legitimer Diskursbeitrag; diese Einschätzung obliegt nicht ausschließlich dem Staat als Machtapparat. Individuelle Kritik an gesellschaftlichen

Praktiken, hier der Umgang mit ungeimpften Personen, darf der Bürger in einem freiheitlichen Rechtsstaat nicht nur dann als „Unrecht“ anprangern, wenn diese Einschätzung von der Justiz geteilt wird. Opfer müssen subjektiv erlebtes Unrecht als solches benennen können, selbst wenn sie mit ihrer Meinung darüber allein dastehen. Häufig ist es erst die Betroffenenperspektive, die ein gesellschaftlich relevantes Umdenken anstoßen kann. Dabei ist nicht vorausgesetzt, dass es sich um „Unrecht“ im rechtstechnischen Sinne handelt. „Unrecht“ gibt es in einem dem Recht vorgelagerten Bereich des sozialen Miteinanders. Die bloße Tatsache, dass es keinen Straftatbestand erfüllt, ändert nichts daran, dass es für die Gesellschaft und deren Heilung nach einer langen Zeit erheblicher sozialer Auseinandersetzung wichtig sein kann, Geschehenes auch als genau das zu bezeichnen, was es in den Augen der davon negativ Betroffenen war: als „Unrecht“. Es muss vor diesem Hintergrund verwundern, dass das Gericht die Verwendung von Begriffen wie „Unrecht“ und „Täter“ als rechtsfeindliche „Sprache“ einordnet und darin einen Bezug zu potentiellen Straftaten Dritter herstellt sieht.

Hinzu tritt, dass einige der von dem Beschuldigten in seinem Post zitierten Äußerungen zumindest nah an der Grenze des strafrechtlich Relevanten liegen. Die Bezeichnung von Ungeimpften als „hirnlos“ oder als „Bekloppte“ ist herabwürdigend; fraglich dürfte allein sein, ob die Anforderungen an die Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung erfüllt sind.<sup>32</sup> In Betracht kommt auch eine Strafbarkeit nach § 130 StGB, wenn man in den verschiedenen Äußerungen ein Aufstacheln zum Hass gegen Ungeimpfte als Teile der Bevölkerung sieht. Unter dem Gesichtspunkt der Bedrohung (§ 241 StGB) oder der Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB) erscheint die Aufforderung, Ungeimpfte „mit dem Blasrohr“ zu „jagen“, ebenso prüfenswert wie die Äußerung, „Impfen Macht Frei“, die eindeutige Assoziationen weckt, wie mit denjenigen zu verfahren sei, die sich nicht impfen lassen wollen.

Einen Bruch mit der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Meinungsfreiheit stellt auch der Umgang des *LG* mit dem modifizierten Salome-Zitats dar. Das Gericht unterstellt dem Beschuldigten hier einen Schritt in die Selbstjustiz und damit die Abkehr vom staatlichen Gewaltmonopol. Der Hinweis auf die Gefahren eines faschistischen Systems insinuiert, dass sich die Bürger selbst gegen diejenigen (körperlich) zur Wehr setzen sollten, die die vermeintliche Wiederkehr des Faschismus vorantreiben. Das *BVerfG* hat wiederholt entschieden, dass bei mehrdeutigen Äußerungen alle denkbaren Varianten zu berücksichtigen sind und im Zweifel die für den Beschuldigten günstigere anzunehmen ist.<sup>33</sup> Es ist daher unverständlich, weshalb das *LG* nicht die naheliegende<sup>34</sup> Erwägung anstellt,

<sup>31</sup> S. zu einer solchen etwa <https://pandemieaufarbeitung.net/> (zuletzt abgerufen am 3.4.2024).

<sup>32</sup> S. zur Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), Vorb. § 185 Rn. 56 ff.; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. § 185 Rn. 5 ff.; *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 1.2.2024), § 185 Rn. 8 ff.; *Geppert*, NStZ 2013, 553 (553 ff.); *Rüthers*, NJW 2016, 3337 (3337 ff.).

<sup>33</sup> *BVerfG*, NJW 2006, 3769 (3773); *BVerfG*, NJW 2009, 3016 (3018, Rn. 31).

<sup>34</sup> Eine solche Auslegung der Stellungnahme steht in offenkundigem Einklang mit der Zielsetzung der Website, die Zeit der Pandemie aufzuarbeiten.

dass der Beschuldigte mit seiner Aussage auf demokratische Defizite während der Pandemie hinweisen wollte – die im Übrigen von verschiedener Seite seriös kritisiert wurden, und die sich zum Beispiel in Gestalt des verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen Organs der „Ministerpräsidentenkonferenz“ mit weitgehender Gewaltkulmination in den Händen der Exekutive kaum ernstlich bestreiten lassen.<sup>35</sup> Ohne Zweifel ist die Parallele zu faschistischen Systemen in problematischer Weise überspitzt. Doch in einem freiheitlichen Rechtsstaat wird Übertreibung bis hin zur Polemik als Mittel des öffentlichen Meinungskampfes von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt;<sup>36</sup> sie sind ein bekanntes und häufig herangezogenes Stilmittel, um Aufmerksamkeit für den eigenen Standpunkt zu wecken. Aus der Kritik des Beschuldigten eine Eignung zur Begehung von Straftaten zu lesen, verletzt das Grundrecht der Meinungsfreiheit.

Zudem offenbart sich im Kölner Fall die Schwäche des Bestimmungserfordernisses. Woraus das *LG* den Schluss zieht, dass der Beschuldigte durch seine Posts andere zu Straftaten veranlassen wollte, bleibt im Dunkeln. Das *LG* bleibt eine Erklärung schuldig, weshalb es angesichts des offensichtlichen politischen Engagements des Beschuldigten nicht davon ausging, dass er auf eine Dokumentation des von ihm als „Unrecht“ empfundenen öffentlichen Verhaltens anderer Personen während der Pandemie zielte – auch um die gebotene gesellschaftliche Aufarbeitung zu ermöglichen.

Weil das *LG Köln* einen Schwerpunkt seiner Argumentation sowohl für das Eignungs- als auch das Bestimmungserfordernis auf die Tatsache stützt, dass der Angeklagte anderen „Unrecht“ vorgeworfen und sie als „Täter“ bezeichnet hat, wäre es erforderlich gewesen, sich mit dem Gehalt des Vorwurfs inhaltlich auseinanderzusetzen. Der Beschluss enthält hierzu allerdings keinerlei Erwägungen. Insoweit wird auch der doppelte Standard deutlich, den das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legt. Wirft es dem Angeklagten vor, „Unrecht“ fälschlich angeprangert und dadurch seine Rechtsfeindlichkeit unter Beweis gestellt zu haben, müsste das Gericht doch fragen, ob nicht das Auffordern zum „Wegimpfen“ von Corona-Kritikern oder das „Jagen“ Ungeimpfter „mit dem Blasrohr“ eben solches Unrecht darstellt.

Der Blick auf den strafrechtlichen Umgang mit Meinungsäußerungen während der Pandemie lässt daher ein gewisses Ungleichgewicht vermuten. Von Anklagen gegen Personen, die Ungeimpfte oder Gegner von Corona-Schutzmaßnahmen öffentlich diffamiert haben, ist jedenfalls wenig bekannt.<sup>37</sup> Weshalb herabwürdigende Äußerungen gegenüber Ungeimpften die Justiz nicht beschäftigen, wohl aber eine wörtliche und öffentliche Dokumentation eben dieser Äußerungen die Eröffnung einer Hauptverhandlung rechtfertigen soll, lässt sich weder kriminal- noch gesellschaftspolitisch erklären. Für das Recht und

damit die Rechtsprechung sollte *eines* feststehen: Unabhängig von der jeweiligen Weltanschauung ist vor dem Recht jeder gleich zu behandeln. Meinungen werden nicht deshalb zu Straftaten, weil sie politisch unerwünscht sind; auf Mehrheitsverhältnisse darf es bei der Bewertung öffentlicher Äußerungen im Meinungskampf selbstverständlich nicht ankommen. Durch seine offene Formulierung und den breiten Spielraum bei der Bewertung denkbarer Folgen einer Meinungsäußerung birgt § 126a StGB die strukturelle Gefahr, die praktische Anwendung des Strafrechts den politischen Einschätzungen des jeweiligen Entscheiders zu unterwerfen.

### 3. Der Kölner Fall als Mahnung für die gebotene politische Zurückhaltung des Strafrechts

Im Kölner Fall zeigt sich, wie gefährlich es ist, wenn Strafgesetze immer weiter in den politischen Meinungskampf vordringen. Bei der Fassung der Vorschrift des § 126a StGB ist der Gesetzgeber hinter den Anforderungen an die strafrechtliche Regulierung der Meinungsfreiheit zurückgeblieben. Das Ergebnis ist ein Strafgesetz, das weit in das Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen ausgreift und jede klare Konturierung der Gefährlichkeit des konkreten Verhaltens vermissen lässt.

Die als Begrenzungen der Strafnorm gedachten Merkmale der Eignung und der Bestimmung erweisen sich auch in der Praxis als zu vage. Die Gesetzesbegründung hilft wenig weiter, indem sie die Rechtsanwendung auf eine Gesamtwürdigung der Tatumstände und damit auf eine Einzelfallbetrachtung verweist. Dies läuft letztlich darauf hinaus, dass das jeweilige Tatgericht das Anliegen einer Dokumentation, deren potenzielle Folgen und die Motivlage des Verfassers bewerten muss. Damit wird das Gericht notwendig in den politischen Meinungskampf hineinversetzt und hat darüber zu entscheiden, ob ein für sich genommen neutrales Verhalten (die Zusammenfassung und Veröffentlichung öffentlich zugänglicher Daten) im konkreten Fall so gefährlich ist, dass sie Strafe verdient. Diese Argumentation wird – wie der Kölner Fall zeigt – nicht ohne eine Bewertung der Position dessen auskommen, der die Dokumentation vornimmt. Welche Gesinnung haben der Verfasser und seine Adressaten? Wie gehaltvoll ist seine Meinung? Hierdurch werden gerade Minderheitspositionen einem erhöhten Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt. Diese gesetzgeberische Logik begründet praktisch auch die Gefahr eines Verstoßes gegen die strafrechtsdogmatische Einsicht, dass ein für sich genommen rechtlich neutrales Verhalten nicht deshalb ein verbotenes wird, weil derjenige, der es ausübt, eine „schlechte“ oder „verwerfliche“ Gesinnung hat.<sup>38</sup>

Im Kölner Fall haben sich diese Befürchtungen bewahrheitet. Das *LG* hat die Eignung und damit die Gefährlichkeit des Verhaltens – wie sollte es auch anders sein –

<sup>35</sup> S. umfassend Kingreen, NJW 2021, 2766 ff.; Brocker, NVwZ 2020, 1485; Waldhoff, NJW 2021, 2772; Dreier, DÖV 2021, 229; Gusy, DÖV 2021, 757; Brocker, DÖV 2021, 1; Boehme-Nefler, DÖV 2021, 243.

<sup>36</sup> BVerfG, NJW 2009, 908 (909); BVerfG, NJW 1983, 1415 (1416); BVerfG, NJW 2009, 749 (749); BVerfG, NJW 1995, 3303 (3303).

<sup>37</sup> Zumindest wir konnten keine einschlägigen Anklagen oder Verurteilungen ausfindig machen.

<sup>38</sup> Timm (Rostalski) (Fn. 18), S. 80, 86 f.

durch eine Bewertung der Meinungsinhalte vorgenommen, die der Beschuldigte vertrat und mit anderen teilte. Der Beschuldigte stand während der Pandemie Impfungen mit den COVID-19-Vakzinen kritisch gegenüber. Dass er anderen unter Heranziehung einschlägiger und nachweislich tatsächlich von ihnen stammender Zitate vorwarf, ihn und andere Ungeimpfte ausgegrenzt, diffamiert, diskreditiert, beleidigt und gecancelt zu haben, versteht das *LG Köln* als Anhaltspunkt für eine rechtsfeindliche Gesinnung. Dabei geht es mit keiner Silbe darauf ein, dass es jedem Bürger prinzipiell freisteht, auf von ihm wahrgenommenes Unrecht hinzuweisen. Die Fokussierung der Strafjustiz auf den Beschuldigten unter Ausblendung der Frage, ob auch nur eine der Äußerungen, die der Beschuldigte in seinem Post zitiert, strafrechtlich relevant ist, lässt die strafgerichtliche Aufarbeitung von Äußerungsdelikten in der Pandemie politisch einseitig erscheinen.

Die Nachwehen der Pandemie dauern bis heute an und beschäftigen die Gerichte noch immer. In dieser Situation erweist es sich als besonders schädlich, wenn sich die diskursive Schieflage während der Pandemie nunmehr in einer ebenso einseitigen strafrechtlichen Sanktionierung von Meinungsäußerungen fortsetzt. Insofern ist der Kölner Fall als Mahnung zu verstehen: Strafrecht ist der politischen Neutralität verpflichtet. Werden neue Strafgesetze geschaffen, sollte der Gesetzgeber die Risiken eines politisierten Strafrechts und dessen erhebliche Eingriffstiefe in die Meinungsfreiheit gerade von Minderheiten bedenken.

## **VI. Resümee: Plädoyer für eine Streichung von § 126a StGB**

Pandemie, Klimawandel, ein Krieg in Europa – die Zeiten halten Herausforderungen bereit, für die unsere Gesellschaft Antworten finden muss. In einer Demokratie ge-

lingt dies über praktische Deliberation, in deren Zentrum der freie Meinungs Austausch steht. Im Grunde liegt hierin eine große Zumutung, setzen gesellschaftliche Aushandlungsprozesse doch die ständige Konfrontation mit Andersdenkenden und deren Argumenten voraus. Dennoch zeigt sich hierin gerade die Stärke eines demokratischen Gemeinwesens. Vor diesem Hintergrund erweist es sich als misslich, wenn der Ton in den Debatten rauer wird, wenn ganze Themen nicht mehr offen miteinander besprochen werden, und Menschen sich stattdessen in ihre jeweiligen „Lager“ zurückziehen. Hierfür müssen von Seiten der Politik Lösungen gefunden werden. *Eines* steht dabei allerdings fest: Diskurse werden nicht unbedingt besser, wenn sie beschnitten werden. Das gilt auch und gerade für neue Strafgesetze. In seiner Rechtsprechung hat das *BVerfG* wiederholt strenge Grenzen dafür formuliert, unter welchen Voraussetzungen Strafgesetze die Meinungsfreiheit regulieren dürfen. Für ein demokratisches Gemeinwesen erweist es sich als gefährlich, den strafrechtlichen Korridor scharf an der Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen zulasten der freien Rede immer weiter auszudehnen. Aus diesem Grund sollte die Vorschrift des § 126a StGB in seiner jetzigen Fassung, die keine durch das Verhalten hervorgerufene Gefahr verlangt, nicht länger fortbestehen. Für ihre Streichung spricht nicht zuletzt, dass Entscheidungen wie die des *LG Köln* eine erheblich negative Auswirkung auf die Meinungsfreiheit in einer freien Gesellschaft haben. Das Judikat wirkt einschüchternd; auch, weil aus ihm ein doppelter Standard erkennbar wird, den die Gerichte bei der Bewertung der unterschiedlichen Meinungs Lager während der Pandemie zugrunde legen. In einer freiheitlichen Demokratie hat sich das Strafrecht im gesellschaftlichen Meinungskampf zurückzuhalten, solange Rechtsgüter anderer nicht tatsächlich erkennbar bedroht sind. § 126a StGB wird diesen Voraussetzungen nicht gerecht und sollte gestrichen werden.

## Research Honeypots – Strafbarkeitsrisiken für IT-Sicherheitsforschende?

von PD Dr. Georgia Stefanopoulou, L.L.M.\*

### Abstract

Eine in der IT-Sicherheit eingesetzte Technik zur Analyse von Cyberangriffen und zur Detektion von Sicherheitslücken sind sog. honeypots. Dabei handelt es sich um Rechnernetz-Simulationen, die absichtlich mit Schwachstellen versehen sind, um Angreifer anzulocken. Hackertaktiken können dann beobachtet und studiert werden. Werden Honeypots bei der Analyse und Bekämpfung von sog. D[R]DoS-Attacken eingesetzt, entsteht folgende Besonderheit: Erst durch den Honeypot wird der Angriff möglich. Dies wirft die Frage auf, ob sich IT-Forschende wegen Beihilfe zu den Straftaten des Cyberangreifers strafbar machen. Mit dieser Frage befasst sich der vorliegende Beitrag.

Honeypots are a technique used in IT security to analyse cyber attacks and detect security vulnerabilities. These are computer network simulations that are deliberately designed with weak points so that they can attract attackers. Hacker tactics can then be observed and studied. If honeypots are used to analyse and combat so called D[R]DoS attacks, the following peculiarity has to be taken into account: the attack is only made possible by the honeypot. This raises the question of whether IT researchers are liable to prosecution for aiding and abetting the cyber attacker's criminal offences. This article deals with this question.

### I. Einleitung

„Da ist der Hacker. Und da bin ich. [...] Da ist der Köder. Na komm, beiß schon an! [...] Ha! Er hat den Haken geschluckt! Der Kuckuck hat seine Eier in das falsche Nest gelegt.“<sup>1</sup> So beschreibt der US-Amerikaner Clifford Stoll in seinem Sachbuchklassiker zum Computerhacking – „Kuckucksei“ – die ersten Momente seines Erfolgs gegen die Spione in dem Computernetzwerk des Lawrence Berkeley National Laboratory Ende der achtziger Jahre. Den Erfolg brachte nach einer langen Spurensuche der Einbau einer Falle. Stoll, der derjenige war, der aufgrund eines Abrechnungsfehlers im System als erster die Computereinbrüche bemerkte, berichtet über die Einrichtung eines fiktiven Netzwerks mit vielen Informationen über erfundene Militärbasen, vermeintliche Sergeants und Colonels.<sup>2</sup> Dieses fiktive Netzwerk lockte die nach militäri-

schen Geheimnissen suchenden Hacker so lange an, wie es nötig war, um ihre Langzeitverbindungen zu verfolgen und sie schließlich in Hannover zu lokalisieren.

Die Überlistungseinrichtung, die Stoll Ende der Achtziger einsetzte, als „Computerpiraterie“<sup>3</sup> und Computersicherheit noch in ihren Anfängen waren, ist heute eine in der IT-Sicherheit etablierte und mit einer bildhaften Bezeichnung versehene Technik: *honeypot*. Eine Rechnernetz-Simulation mit fiktiven Daten, bei der bewusst schwache Stellen eingebaut sind, soll bei Hackern so ablenkend bzw. verlockend wirken wie ein Topf mit Honig bei Bären. Damit sollen Angriffe auf das echte Netzwerk vermieden, Angriffe in der kontrollierten Umgebung des simulierten Netzwerks beobachtet und Eindringlinge identifiziert werden. Sog. *product honeypots* bieten sich als Bestandteil einer effektiven IT-Sicherheitsstrategie von Unternehmen an. Man kann nicht nur gegenwärtige Angriffe rechtzeitig bemerken, sondern, indem man die Taktiken der Angreifer beobachtet, auch Sicherheitslücken schließen und sich für zukünftige Gefährdungen besser ausrüsten.

Gerade diese letzte Möglichkeit, Cyberangriffe innerhalb der simulierten Umgebung zu studieren und damit Sicherheitsvorkehrungen zu verbessern, macht den Einsatz von Honeypots auch für IT-Sicherheitsforschende attraktiv.<sup>4</sup> In diesem Zusammenhang spricht man von sog. *research honeypots*. Absichtlich verwundbare Systeme werden als Attrappen verwendet, damit Angriffsmuster analysiert werden können.<sup>5</sup> Eingesetzt werden sie unter anderem bei der Analyse und Bekämpfung von sog. D[R]DoS-Attacken (Distributed[-Reflected]-Denial-of-Service-Angriffen).<sup>6</sup>

Mit Blick auf dieses Anwendungsfeld von Research Honeypots wird in der noch eher übersichtlichen Literatur zum Thema diskutiert, ob durch diese Methode Strafbarkeitsrisiken für IT-Forschende entstehen. Da der Honeypot „Bestandteil des Angriffs“<sup>7</sup> werden kann, kommt nach einer Ansicht Strafbarkeit wegen Beihilfe zu den Straftaten in Betracht, die mit D[R]DoS-Attacken in Verbindung stehen.<sup>8</sup> Über diese Auffassung wird im Folgenden auf dem Boden der Beteiligungsdogmatik nachgedacht.

\* PD Dr. Georgia Stefanopoulou vertritt im Sommersemester 2024 den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Universität Leipzig.

<sup>1</sup> Stoll, Kuckucksei. Die Jagd auf die deutschen Hacker, die das Pentagon knackten, 1996, S. 302 f., 308.

<sup>2</sup> Stoll (Fn. 1), S. 296.

<sup>3</sup> So Stoll (Fn. 1), S. 423.

<sup>4</sup> Wörner/Blocher, in: Golla/Brodowski, IT-Sicherheitsforschung und IT-Strafrecht, 2023, S. 57 (72).

<sup>5</sup> Böken, in: Kipker, Cybersecurity, Rechtshandbuch, 2. Aufl. (2023), 19. Kap. Rn. 83; Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 72.

<sup>6</sup> Böken, in: Kipker, 19. Kap., Rn. 84; Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 72; Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 ff.

<sup>7</sup> Böken, in: Kipker, Cybersecurity, 19. Kap. Rn. 84.

<sup>8</sup> Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (294); Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 72 ff.

Am Beispiel des Betriebens von Honeybots wird außerdem gezeigt, dass digitale Vorgänge nicht einfach in die herkömmlichen dogmatischen Schemata hineingezwängt werden können. Dies bedeutet nicht, dass etablierte und ausdifferenzierte Begriffe und Strukturen aufgegeben werden müssen. Sie sollten nur nicht ohne Anpassung an die Besonderheiten von digitalen Vorgängen angewandt werden. Damit ist generell die Aufgabe des sog. Internet- bzw. Computerstrafrechts angesprochen: dass unter Berücksichtigung der Besonderheiten digitaler Vorgänge Lösungen erarbeitet werden, die an die Spezifitäten des digitalen Phänomenbereichs angepasst sind. Diese Vorgehensweise empfiehlt sich auch bei der Frage der Strafbarkeit von Research Honeybots. Das uns zur Verfügung stehende Instrumentarium der Teilnahmelehre ist an die Besonderheiten digitaler Abläufe anzupassen und so auf das konkrete Problem anzuwenden.

## II. Betreiben von Honeybots als strafbare Teilnahme an den Straftaten des D[R]DoS-Angreifers?

### 1. Kritische Würdigung der Ansichten im Schrifttum

Bei den D[R]DoS-Angriffen wird gezielt die Internetverbindung des Opfers durch die Zusendung einer Flut von Daten (Zusendung einer Vielzahl von Anfragen) überlastet, so dass die Kontaktaufnahme mit dem Server bzw. der Webseite unmöglich wird.<sup>9</sup> D[R]DoS-Attacken sind wegen Datenunterdrückung nach § 303a StGB strafbar und auch gem. § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB (eingeführt durch das 41. StrÄndG vom 7.8.2007<sup>10</sup>) als Computersabotageakt erfasst.<sup>11</sup> Da der Täter die Lähmung der Internetverbindung oft mit Erpressungsabsicht vornimmt – der D[R]DoS-Angriff soll nach Zahlung eines Lösegeldes beendet werden –, ist in diesen Fällen auch § 253 StGB erfüllt.<sup>12</sup> Die Überlastung der Internetverbindung von Online-Shops und anderen groß angelegten Webseiten, die gerade für eine hohe Zahl von Besucher:innen errichtet sind, lässt sich allerdings nicht allein durch Datenpakete erreichen, die durch einen einzelnen Server geschickt werden.<sup>13</sup> Der Zugang zu größeren Webseiten kann erst ver-

sperrt werden, wenn der Angreifer sog. *Amplifier* einsetzt, d.h. Internetdienste, die die Datenvolumen vergrößern.<sup>14</sup> Die Anziehungskraft von Honeybots als Lockmittel besteht darin, dass sie sich als Amplifier einsetzen lassen.<sup>15</sup> Werden sie entdeckt, können sie zur Durchführung eines Angriffs verwendet werden.<sup>16</sup> Forschende können so neue Angriffstechniken und Angriffstools beobachten und studieren.

Das strafrechtsdogmatische Problem, das sich hierbei stellt, springt gleich ins Auge. IT-Forschende, die Honeybots Cyberkriminellen gezielt zur Verfügung stellen, wirken an sich daher an tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Haupttaten anderer mit – sie „setzen sich mithin ‘in das Boot’ jener Angreifer“<sup>17</sup>. Das Betreiben eines Honeybots könnte daher möglicherweise als strafbare Teilnahme einzustufen sein. Dabei wird eine Teilnahme in Form der Anstiftung in der Literatur zu Recht schnell abgelehnt.<sup>18</sup> Geht man von der herrschenden Kommunikationstheorie<sup>19</sup> aus, liegt ein Bestimmen im Sinne des § 26 StGB nicht vor.<sup>20</sup> Durch Einrichten eines Honeybots schafft der Betreiber zwar eine verführende Situation, die kausal den Tatentschluss hervorruft, es fehlt jedoch an einem geistigen Kontakt zwischen ihm und der Täter:in des D[R]DoS-Angriffs.<sup>21</sup> Es verhält sich hier nicht anders als beim klassischen Lehrbuchbeispiel, bei dem der Provokateur P an einem für den Täter T gut erreichbaren Ort Geldscheine deponiert, um T wegen Diebstahls überführen zu können. Ein kommunikatives Einwirken auf T, das die Bestrafung des Provokateurs „gleich einem Täter“ rechtfertigen könnte, liegt nicht vor.<sup>22</sup> Auch zwischen dem Honeybot-Betreiber und dem D[R]DoS-Angreifer besteht keine kommunikative Beziehung.<sup>23</sup>

Kann man Teilnahme in Form der Anstiftung relativ zügig ablehnen, gilt dies nicht für die Beihilfe. Hier gibt es mehr Diskussionsbedarf. Einer Ansicht nach ist das Betreiben von Honeybots zur Analyse von D[R]DoS-Attacken als vorsätzliche Beihilfe zur Computersabotage zu bewerten.<sup>24</sup> Das Betreiben des Honeybots ermögliche objektiv durch die Verstärkung der Datenvolumen und die Weiter-

<sup>9</sup> Kochheim, *Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik*, 2. Aufl. (2018), S. 270; Hilgendorf, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 303b Rn. 10; s. auch Hilgendorf/Kusche/Valerius, *Computer- und Internetstrafrecht*, 3. Aufl. (2023), Rn. 414, 433.

<sup>10</sup> BGBl. I, S. 1786 (Umsetzung des Übereinkommens des Europarats über Computerkriminalität und der Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates vom 24. Februar 2005 über Angriffe auf Informationssysteme [ABl. EU Nr. L 69 S. 67]).

<sup>11</sup> Hilgendorf, in: SSW-StGB, § 303b Rn. 10; s. auch Hilgendorf/Kusche/Valerius, *Computer- und Internetstrafrecht*, Rn. 414, 592; Kochheim (Fn. 9), S. 270.

<sup>12</sup> Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 73.

<sup>13</sup> Böken, in: *Cybersecurity*, Kipker, 19. Kap. Rn. 84; Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (292).

<sup>14</sup> Böken, in: Kipker, *Cybersecurity*, 19. Kap. Rn. 84; Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (292).

<sup>15</sup> Böken, in: Kipker, *Cybersecurity*, 19. Kap. Rn. 84; Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (292).

<sup>16</sup> Böken, in: Kipker, *Cybersecurity*, 19. Kap. Rn. 84.

<sup>17</sup> Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 73.

<sup>18</sup> Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (293).

<sup>19</sup> Dazu Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht AT*, 53. Aufl. (2023), Rn. 885; Rengier, *Strafrecht AT*, 15. Aufl. (2023), § 45 Rn. 27 ff.

<sup>20</sup> Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (293). Zu einem anderen Ergebnis würde man allerdings auf dem Boden der Verursachungstheorie kommen, wonach das bloße kausale Hervorrufen des Tatenschlusses und somit die gezielte Schaffung tatprovokierender Umstände für das Bestimmen ausreichend sind, s. dazu Rengier, *Strafrecht AT*, § 45 Rn 27 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht AT*, Rn. 885. Geht man von der Verursachungstheorie aus, sollte man gleichwohl mit Blick auf einen möglicherweise bereits bestehenden Tatenschluss nicht zu schnell das Bestimmen bejahen (sog. omnimodo facturus). Es sollte den Intentionen der Honeybot-Betreiber doch gerade entgegenkommen, dass ihre Honeybots von bereits zur Tat entschlossenen Tätern gefunden werden, vgl. Hübner, *Rechtsstaatswidrig, aber straflos? Der agent provocateur-Einsatz und seine strafrechtlichen Konsequenzen*, 2020, S. 49. Die Frage der Tatenschlossenheit oder der bloßen Tatgeneigtheit wird außerdem in einer großen Zahl von Fällen mit praktischen Feststellungsschwierigkeiten verbunden sein, Hübner (Fn. 20), S. 49.

<sup>21</sup> Vgl. Rengier, *Strafrecht AT*, § 45 Rn. 27.

<sup>22</sup> Rengier, *Strafrecht AT*, § 45 Rn. 30.

<sup>23</sup> Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (293).

<sup>24</sup> Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (294); s. auch Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 73 f., wonach auch eine Beihilfe zur Erpressung in Betracht kommt.

leitung der Informationen zum Server des Opfers den Angriff.<sup>25</sup> Ein Hilfeleisten liege damit vor. Das Betreiben des Honey pots sei auch nicht eine neutrale, berufstypische Handlung ohne deliktischen Bezug, über die ein Zurechnungsausschluss begründet werden könnte, denn die IT-Forschenden intendieren ja gerade den deliktischen Einsatz des Honey pots durch den Haupttäter.<sup>26</sup> Auch die Figuren des erlaubten Risikos und der Sozialadäquanz seien nicht zugunsten der Forschenden heranzuziehen.<sup>27</sup> Bejaht wird auch der Gehilfenvorsatz. Die Argumentation bezieht sich hier zunächst auf die Anforderungen an die Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes, die bekanntermaßen gering sind.<sup>28</sup> Der Vorsatz des Gehilfen muss nicht ein „konkret-individualisiertes Geschehen“ erfassen.<sup>29</sup> Daher ist richtig, wenn darauf hingewiesen wird, dass der Vorsatz nicht daran scheitern kann, dass der Honey pot-Betreiber nicht alle Einzelheiten der späteren Haupttat kennt.<sup>30</sup> Ebenso richtig ist, dass der Haupttäter von der Hilfeleistung nicht notwendigerweise Kenntnis haben muss.<sup>31</sup> Fraglicher wird allerdings die Argumentation, wenn sie sich mit den konkreten Motiven der IT-Forschenden auseinandersetzt. Ob sie auf die Verbesserung der IT-Sicherheit abzielen und die Haupttat in der Sache nicht billigen, spielt nach dieser Auffassung keine Rolle.<sup>32</sup> Es komme allein darauf an, ob ihnen bewusst sei, dass ihre Handlung (das Betreiben des Honey pots) geeignet ist, den D[R]DoS-Angriff zu fördern.<sup>33</sup> Mit Blick auf die vergleichbare Problematik des Einsatzes von Lockspitzeln, bei der die Frage der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens mit Blick auf die mittelbaren Bestrebungen der Ermittler sehr ausdifferenziert behandelt wird, erfolgt die Bejahung des Teilnehmervorsatzes an dieser Stelle etwas zu pauschal.<sup>34</sup>

Die Bejahung des Gehilfenvorsatzes bei einem Honey pot-Einsatz bleibt daher zu Recht in der Literatur nicht unwidersprochen. Die Gegenansicht bezweifelt mit Blick auf den Beschluss des *BVerfG* zu § 202c StGB<sup>35</sup> (Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten) die Richtigkeit des oben dargestellten Ansatzes.<sup>36</sup> So wie der Hackerbegriff zweierlei bedeuten kann – Softwarespezialisten oder Personen, die illegal in Rechnersysteme eindringen –,<sup>37</sup> können auch „Hacker-Tools“ auf zweierlei Weise eingesetzt werden: zur Entwicklung von Sicherheitssoftware oder zur Schädigung von Rechnersystemen.<sup>38</sup> Man spricht

in diesem Zusammenhang von „dual use tools“.<sup>39</sup> Inwieweit diese als Tatobjekt des § 202c StGB erfasst werden können, lasse sich anhand des Zwecks ihrer Entwicklung klären, so das *BVerfG*<sup>40</sup>: „Tatobjekt des § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB kann nur ein Programm sein, dessen Zweck die Begehung einer Straftat nach § 202a StGB (Ausspähen von Daten) oder § 202b StGB (Abfangen von Daten) ist. Danach muss das Programm mit der Absicht entwickelt oder modifiziert worden sein, es zur Begehung der genannten Straftaten einzusetzen. Diese Absicht muss sich ferner objektiv manifestiert haben. Schon nach dem Wortlaut nicht ausreichend wäre, dass ein Programm – wie das für so genannte dual use tools gilt – für die Begehung der genannten Computerstraftaten lediglich geeignet oder auch besonders geeignet ist.“<sup>41</sup>

Die Ansicht, wonach das Betreiben von Honey pots keine Beihilfe ist, weist auf die Funktion von IT-Systemen wie Honey pots als „dual-use-Vorrichtungen“<sup>42</sup> hin und wendet die Vorgaben des *BVerfG* in folgender Weise an: Strafbar kann der Einsatz von dual-use-tools nur sein, wenn diese zum Zweck der Schädigung und nicht zu dem legitimen Zweck der Sicherheitsanalyse entwickelt wurden.<sup>43</sup> Diese Leitlinie gelte auch für die Frage, ob ein Beihilfenvorsatz vorliegt.<sup>44</sup> Der Einsatz von Honey pots sei ein anerkanntes Mittel zur Verbesserung der IT-Sicherheitsvorkehrungen, das auch in § 7b Abs. 4 BStG und in § 100 Abs. TKG genannt wird.<sup>45</sup> Sie dienten nicht einem Schädigungszweck, deshalb sei ein Gehilfenvorsatz zu verneinen.<sup>46</sup> Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als sie den Gehilfenvorsatz besonders problematisiert und, anders als die erste Auffassung, auch die ferneren bzw. mittelbaren Bestrebungen der IT-Forschenden berücksichtigt.

Gleichwohl lässt sich erwidern: Aus den Ausführungen des *BVerfG* ergibt sich keine Reduzierung des Schädigungszwecks auf eine eng verstandene Absicht, eine Schädigung herbeizuführen. Erfasst wird auch die Absicht für sich, das Tool zur Begehung von Schädigungen einzusetzen. Der Schädigungszweck ist nicht allein von dem gewünschten Taterfolg her zu definieren, sondern auch durch die zum Erfolg eingesetzten Mittel, d.h. nicht nur vom Endziel der Schädigung her, sondern auch vom Zwischenziel der Missbrauchgefährdung. Fehlt es zwar

<sup>25</sup> *Vogelgesang/Möllers/Potel*, MMR 2017, 291 (293 f.); *Wörner/Blocher* (Fn. 4), S. 73 f.

<sup>26</sup> *Wörner/Blocher* (Fn. 4), S. 73 f.

<sup>27</sup> *Wörner/Blocher* (Fn. 4), S. 73 f.

<sup>28</sup> Statt vieler *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 27 Rn. 22.

<sup>29</sup> Dazu *Rengier*, Strafrecht AT, § 45 Rn. 115.

<sup>30</sup> *Vogelgesang/Möllers/Potel*, MMR 2017, 291 (293); *Wörner/Blocher* (Fn. 4), S. 74.

<sup>31</sup> *Vogelgesang/Möllers/Potel*, MMR 2017, 291 (293); *Wörner/Blocher* (Fn. 4), S. 75.

<sup>32</sup> *Vogelgesang/Möllers/Potel*, MMR 2017, 291 (293); *Wörner/Blocher* (Fn. 4), S. 75.

<sup>33</sup> *Wörner/Blocher* (Fn. 4), S. 75.

<sup>34</sup> Auf die Ähnlichkeit der Konstellationen weist auch die hier dargestellte Ansicht hin, allerdings nur kurz und allein in Bezug auf Rechtfertigungsfragen, s. *Wörner/Blocher* (Fn. 4), S. 75.

<sup>35</sup> *BVerfG*, HRRS 2009 Nr. 560.

<sup>36</sup> *Böken*, in: Kipker, Cybersecurity, 19. Kap. Rn. 86.

<sup>37</sup> Darauf verweist schon *Stoll* in seinem am Anfang zitierten Report: „Das Wort Hacker hat zwei sehr verschiedene Bedeutungen. Die Leute, die ich kannte und die sich Hacker nannten, waren Softwarespezialisten, die es fertigbrachten, sich auf kreative Weise aus engen Ecken herauszuprogrammieren. [...] Im allgemeinen Sprachgebrauch jedoch ist ein Hacker jemand, der in Computer einbricht. [...] Softwarespezialisten alten Stils sind stolz auf den Namen Hacker und empört über die Kerle, die sich diesen Namen angeeignet haben.“, *Stoll* (Fn. 1), S. 15 f.

<sup>38</sup> *Böken*, in: Kipker, Cybersecurity, 19. Kap. Rn. 86.

<sup>39</sup> *Krüger/Sorge/Vogelgesang*, in: Schweighofer/Kummer/Saarenpää/Schafer, Datenschutz/Legal Tech, Data Protection/Legal Tech, 2018, S. 529 (531); *Kochheim* (Fn. 9), S. 831.

<sup>40</sup> *BVerfG*, HRRS 2009 Nr. 560, Rn. 60.

<sup>41</sup> *BVerfG*, HRRS 2009 Nr. 560, Rn. 61.

<sup>42</sup> *BVerfG*, HRRS 2009 Nr. 560, Rn. 26.

<sup>43</sup> *Böken*, in: Kipker, Cybersecurity, 19. Kap. Rn. 86.

<sup>44</sup> *Böken*, in: Kipker, Cybersecurity, 19. Kap. Rn. 86.

<sup>45</sup> *Böken*, in: Kipker, Cybersecurity, 19. Kap. Rn. 86.

<sup>46</sup> *Böken*, in: Kipker, Cybersecurity, 19. Kap. Rn. 86.

im Fall des IT-Forschenden an der Absicht, das Endziel zu erreichen, steht gleichwohl die Missbrauchsgefahr-schaffungsabsicht im Hinblick auf ein notwendiges Zwischenziel fest: dass nämlich die Vorrichtung durch andere in schädigender Weise verwendet wird. Die Priorisierung des Endziels bzw. die Unterordnung des unmittelbaren Zwischenziels zur Ablehnung des Schädigungszwecks und des Beihilfevorsatzes erklärt sich nicht ohne weiteres. Einer solchen Priorisierung widerspricht zunächst auch die herkömmliche Bestimmung des strafrechtlichen Absichtsbegriffs, wonach das Streben nach einem notwendigen (Zwischen-)Ziel ausreicht und das Endziel nicht entlastet. Das Sprichwort „Der Zweck heiligt die Mittel“ lässt sich bei der Frage des Vorsatzes nicht ohne weiteren Begründungsaufwand verwenden.

## 2. Die Vollendung als Gegenstand des Vorsatzes

Argumentationshilfe für eine dogmatisch untermauerte Priorisierung des fernerer Ziels der IT-Sicherheit bei der Frage des Gehilfenvorsatzes lässt sich durch die bereits angesprochene Diskussion über die Strafbarkeit des Lockspitzels (agent provocateur) gewinnen. Beim Lockspitzel geht es zwar schwerpunktmäßig um die Bestimmung des Anstiftervorsatzes, die gleichen Vorsatzprobleme stellen sich jedoch auch beim Gehilfenvorsatz.<sup>47</sup> Die Lösungsansätze, die für die Konstellation des Lockspitzels angeboten werden, lassen sich daher auf die Beihilfe und somit auf die Frage der Beihilfestrafbarkeit von Honey-pot-Betreibern übertragen. Ausgangspunkt der Überlegungen ist hierbei die in der Strafrechtswissenschaft unstrittige Auffassung, dass der Vorsatz des Teilnehmers stets auf die Vollendung der Haupttat gerichtet sein muss.<sup>48</sup> Will der Teilnehmer die Vollendung der Haupttat nicht oder weiß er, dass ihre Vollendung nicht möglich ist, scheidet die Teilnahme (Anstiftung wie Beihilfe) aus.<sup>49</sup> Damit kommt es für die Frage der Strafbarkeit des Teilnehmers auf die Frage an, was als Vollendung zu verstehen ist. Auch der Gehilfenvorsatz des Honey-pot-Betreibers lässt sich nicht ohne Beachtung dieser dogmatischen Kategorie erörtern.<sup>50</sup>

Wendet man sich der Frage zu, was als Vollendung und als Vollendungsvorsatz anzusehen sind, lässt sich eine Lösung bereits auf der Tatbestandsebene finden, ohne dass man sich auf die Suche nach einem Rechtfertigungsgrund machen müsste, die in den meisten Fällen auch eher fruchtlos bleiben wird. Notwehr kommt als Rechtfertigung nicht in Betracht.<sup>51</sup> Es fehlt an einem gegenwärtigen Angriff, denn Honey-pots sollen nur zukünftige Angriffe verhindern.<sup>52</sup> Als antizipierte Nothilfe können die Pots nicht erfasst werden, da sie zunächst den Angriff nicht verhindern, sondern sie gerade ermöglichen. Sie sind daher kein geeignetes Mittel, um einen konkreten Angriff abzuwenden.<sup>53</sup> Auch ein rechtfertigender Notstand scheidet aus demselben Grund aus.<sup>54</sup> Ebenso wenig können sich der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung bzw. das Einverständnis zu Gunsten der IT-Forschenden auswirken. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die IT-Forschenden im Vorfeld des Angriffs keine Kenntnisse über die Person der Angegriffenen verfügen; erst nach dem Starten des Angriffs können sie Kenntnisse über die Angriffsrichtung erlangen, für das Einholen der Einwilligung ist es dann zu spät.<sup>55</sup> Zur Frage einer mutmaßlichen Einwilligung wird zutreffend angemerkt, man solle in Anbetracht der schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen einer D[R]DoS-Attacke für das Opfer nicht vorschnell von einer solchen ausgehen.<sup>56</sup> Vor diesem Hintergrund wird das Heranziehen der Wissenschaftsfreiheit<sup>57</sup> gem. Art. 5 Abs. 3 Alt. 2 GG als allgemeiner Rechtfertigungsgrund oder die Rechtfertigung über den Gedanken der Ausübung einer beruflichen Pflicht diskutiert,<sup>58</sup> die rechtliche Lage bleibt allerdings letztlich einstweilen ungeklärt. Daher auch die Aufforderung an den Gesetzgeber, durch die Einführung eines expliziten Rechtfertigungsgrunds für IT-Forschende die Rechtsunsicherheiten zu beseitigen.<sup>59</sup>

Zweifellos wäre das Tätigwerden des Gesetzgebers die optimale Lösung, um das Feld erlaubter IT-Forschung genau zu bestimmen und Rechtsunsicherheiten auszuräumen. Bis dahin ist es jedoch schon jetzt möglich, eine Leitlinie zu entwerfen, die dabei helfen kann, strafwürdige von nicht-strafwürdiger Forschung zu unterscheiden.

<sup>47</sup> Roxin, Strafrecht AT, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 271.

<sup>48</sup> Statt vieler Rengier, Strafrecht AT, § 45 Rn. 65 ff.

<sup>49</sup> Rengier, Strafrecht AT, § 45 Rn. 65.

<sup>50</sup> Vgl. Sommer, JR 1986, 485.

<sup>51</sup> Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (293 f.); Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 76.

<sup>52</sup> Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (293 f.); Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 76. Man muss hier nicht unbedingt die Gegenwartigkeit ablehnen. Man könnte überlegen, die Gegenwartigkeit der Gefahr in Form der Dauer Gefahr zu bejahen. Dies wird auch in Bezug auf ohne Beauftragung durchgeführte proaktive Sicherheitstests zur Aufdeckung von Sicherheitslücken („Penetrationstests“) angenommen, die später von Cyberkriminellen ausgenutzt werden. Die Dauer Gefahr („Ticking-Time-Bomb-Situationen“) wird aufgrund der vorhandenen Sicherheitslücken bejaht, die jederzeit entdeckt und ausgenutzt werden können, Bao/Zech, in: Golla/Brodowski, IT-Sicherheitsforschung und IT-Strafrecht, 2023, S. 131 (145). Solche Sicherheitsdefizite sollen auch durch den Einsatz von Honey-pots identifiziert werden. Allerdings müsste man, anders bei dem Fall der proaktiven Sicherheitstests, die Geeignetheit der Verwendung von Honey-pots zur Gefahrabwehr ablehnen, vgl. Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 76. Aber auch die Rechtfertigung der Durchführung von „Penetrationstests“ nach § 34 StGB wird am Ende doch nicht einfach zu bejahen sein, spätestens bei der Stufe der Interessenabwägung entstehen Schwierigkeiten, dazu Bao/Zech (Fn. 56), S. 131 (145 f.).

<sup>53</sup> Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (293 f.); Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 76.

<sup>54</sup> Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 76.

<sup>55</sup> Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (293); Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 76.

<sup>56</sup> Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 76.

<sup>57</sup> Zum allgemeinen Verhältnis von Wissenschaftsfreiheit und strafrechtlicher Sanktionierung s. Krüger/Sorge/Vogelgesang (Fn. 39), S. 529 (532); vgl. dazu auch Nestler, GA 2023, 566 (567 f.).

<sup>58</sup> Vogelgesang/Möllers/Potel, MMR 2017, 291 (294); Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 78 ff.

<sup>59</sup> Wörner/Blocher (Fn. 4), S. 79.

Dies lässt sich, wie oben erwähnt, bereits auf der Tatbestandsebene durch Bestimmung des sog. Vollendungsvorsatzes des Teilnehmers erreichen. Bereits mit Blick auf die Lockspitzel-Fälle herrscht die Ansicht vor, dass die Vollendung als Bezugsgröße des Teilnehmersvorsatzes nicht mit der formellen Tatbestandserfüllung gleichzusetzen ist. Von dieser Grundannahme ausgehend wird der „Eintritt des materiellen Vollendungs-Erfolgs“<sup>60</sup> verlangt, der in der Herbeiführung der eigentlichen Rechtsgutsverletzung oder in der Entstehung eines irreparablen Schadens gesehen wird.<sup>61</sup> Die Rechtsgutsverletzung benötigt aufgrund des häufig abstrakten Gehalts des Rechtsgutes eine Konkretisierung durch das Erfolgsunrecht, das die jeweilige Strafnorm erfassen will.<sup>62</sup> Man fragt also, welchen sozialschädlichen Sachverhalt die konkrete Norm verhindern will und ob der Teilnehmer diesen Sachverhalt in seinen Vorsatz aufgenommen hat.<sup>63</sup> Am Beispiel des „Handeltreibens“ in § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG lässt sich die Problematik veranschaulichen. Durch § 29 BtMG soll vermieden werden, dass ein Rauschgift in den unkontrollierten Umlauf kommt. Ein Agent provocateur, der einen Dealer veranlasst, Drogen zu kaufen, und dabei Sicherungsvorkehrungen und Kontrollmaßnahmen trifft, dass nach der Übergabe kein Umsatz gemacht wird, schafft nicht die Situation, die § 29 BtMG verhindern will.<sup>64</sup> Der Veranlasser sorgt vielmehr dafür, dass das Rauschgift nicht auf dem Markt kommt.<sup>65</sup> Kontroll- und Sicherheitsvorkehrungen funktionieren als „Tatbestandskorrektiv“.<sup>66</sup>

Ähnlich wird bei sog. Tatbeständen mit rechtsgutbezogenen Absichtsmerkmalen argumentiert, etwa bei § 146 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wonach Täter ist, wer Geld in der Absicht nachmacht, dass es als echt in Verkehr gebracht oder dass ein solches Inverkehrbringen ermöglicht werde, oder Geld in dieser Absicht so verfälscht, dass der Anschein eines höheren Wertes hervorgerufen wird. Der Anstifter selbst muss diese rechtsgutbezogenen Absichten nicht haben, es genügt, wenn er weiß und will, dass der Täter die Absicht, hier etwa die Absicht, das falsche Geld in Verkehr zu bringen, verwirklichen kann.<sup>67</sup> Lässt der Agent provocateur, der vorher den Täter zu einer Falschmünzerei veranlasst hat, durch das Treffen von Interventionsvorkehrungen nicht zu, dass das Falschgeld in den Umlauf gelangt, ist er wegen fehlenden Vollendungsvorsatzes straffrei.<sup>68</sup>

### 3. Fehlender Vollendungsvorsatz bei „Interventions- bzw. Wiedergutmachungswillen“

Wenden wir uns nun vor diesem Hintergrund dem Problem um die Strafbarkeit des Honey pots-Betreibers zu. An erster Stelle kommt eine Beihilfe zur Computersabotage nach § 303b StGB in Betracht. Schutzgut der Norm ist das

Interesse der Betreiber und Nutzer eines Datenverarbeitungssystems an einem störungsfreien und ordnungsgemäßen Ablauf der Datenverarbeitung.<sup>69</sup> Der sozialwidrige Sachverhalt, den die Norm daher verhindern will, ist die Verursachung von nachteiligen Störungen, unter anderem durch gezielte Überlastung von Internetverbindungen. § 303b StGB ist außerdem ein Tatbestand mit einem rechtsgutbezogenen Absichtsmerkmal, nämlich der Nachteilszufügungsabsicht. Würde man das Kriterium des „materiellen Vollendungserfolgs“ bzw. der Rechtsgutsverletzung unmittelbar auf den Fall von Honey pot-Betreibern übertragen, müsste man zwangsläufig stets zu dem Ergebnis kommen, dass die IT-Forschenden sich wegen Beihilfe zu § 303b StGB strafbar machen. Faktisch werden sie oft nicht die Möglichkeit einer rechtzeitigen Intervention vor der vollständigen Durchführung des D[R]DoS-Angriffs haben, um die Realisierung des von § 303b StGB erfassten sozialschädlichen Sachverhalts zu verhindern, was ihnen auch bewusst sein wird. Anders als im Fall des Handeltreibens nach § 29 BtMG können Angriffe und Rechtsgutsverletzungen im digitalen Raum in Bruchteilen von Sekunden erfolgen. Man müsste dann stets einen Vollendungsvorsatz bejahen. Dies ist allerdings angesichts der typischerweise kurzen Versuchsphase eines digitalen Angriffs bedenklich.

Digitale Vorgänge sollten nicht nach den gleichen Zeitmaßstäben wie analoge behandelt werden und Kontrollmöglichkeiten im digitalen Raum sollten nicht mit analogen Kontrollmöglichkeiten gleichgesetzt werden. Die sich aus den faktischen Gegebenheiten digitaler Abläufe ergebende zeitliche Vorverlagerung der Vollendung im Vergleich zu herkömmlichen analogen Delikten ist bei der Bestimmung des Vollendungsvorsatzes einzubeziehen. Man kann den Gedanken der tätigen Reue aufgreifen und in den Vollendungsvorsatz des Honey pot-Betreibers integrieren. Will der IT-Forschende gleich nach der Durchführung des Angriffs mit einem „Wiedergutmachungsvorsatz“ intervenieren, worunter auch die Identifizierung des beobachteten Täters fällt, und trifft er entsprechende Sicherheitsvorkehrungen und Kontrollmaßnahmen, ist sein Vorsatz nicht auf die Vollendung der Haupttat gerichtet. Man kann hier eine Parallele zu *Günter Jakobs*' Beispiel eines straffreien Agent provocateurs ziehen, der sein „Rücktrittverhalten“ im Vorfeld plant: „[Straffrei ist] der Anstifter zur Brandstiftung [, der] eine sicher wirkende automatische Löschungseinrichtung installiert oder [bereit steht], den Brand gewiß sofort zu löschen.“<sup>70</sup> Trotz der Vollendung der Tat fehlt dem Anstifter hier der Vollendungsvorsatz. Ähnlich verhält es sich mit einem zur Intervention bereitstehenden Honey pot-Betreiber. Eine Beihilfe zur Computersabotage scheidet in einem solchen Fall aus. Aus demselben Grund kann auch eine Strafbarkeit nach §§ 303a, 27 StGB abgelehnt werden.

<sup>60</sup> Fischer, StGB, § 27 Rn. 27.

<sup>61</sup> Dazu Sommer, JR 1986, 485 (486).

<sup>62</sup> Dazu Sommer, JR 1986, 485 (488 f.); vgl. Jakobs, Strafrecht AT, Part 2, 1991, 23. Abschn. Rn. 17.

<sup>63</sup> Sommer, JR 1986, 485 (488 ff.); vgl. Roxin, Strafrecht AT, Bd. 2, § 26 Rn. 157.

<sup>64</sup> Roxin, Strafrecht AT, Bd. 2, § 26 Rn. 157; Sommer, JR 1986, 485 (491); Schwarzburg, NStZ 1995, 469 (470 f.); vgl. auch Jakobs, Strafrecht AT, Part 2, 23. Abschn. Rn. 17.

<sup>65</sup> Roxin, Strafrecht AT, Bd. 2, § 26 Rn. 157.

<sup>66</sup> Schwarzburg, NStZ 1995, 469 (470).

<sup>67</sup> Roxin, Strafrecht AT, Bd. 2, § 26 Rn. 164.

<sup>68</sup> Roxin, Strafrecht AT, Bd. 2, § 26 Rn. 164.

<sup>69</sup> Hilgendorf, in: SSW-StGB, § 303b Rn. 10; s. auch Hilgendorf/Kusche/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rn. 423.

<sup>70</sup> Jakobs, Strafrecht AT, Part 2, 23. Abschn. Rn. 17.

D[R]DoS-Angriffe werden oft mit Erpressungsabsicht durchgeführt. Daher ist auch zu diskutieren, ob eine Beihilfe zur Erpressung nach §§ 253, 27 StGB gegeben ist. Zum Teil wird dies mit der Begründung abgelehnt, dass der Gehilfe nicht unbedingt wissen müsse, dass es sich bei der Tat um eine Erpressung handelt.<sup>71</sup> Da die Besonderheiten des Einzelfalls den IT-Forschenden in der Regel nicht bekannt seien, könne sich ihr Vorsatz insoweit auch nicht auf die Erpressung als Haupttat beziehen.<sup>72</sup> Zwar ist diese Auffassung im Ergebnis richtig, die Begründung überzeugt allerdings nicht. Wie schon oben erwähnt, sind die Anforderungen an den Gehilfenvorsatz gering. „Beihilfe durch Tat kann [...] schon begehen, wer dem Täter ein entscheidendes Tatmittel willentlich an die Hand gibt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass eine durch den Einsatz gerade dieses Mittels typischerweise geförderte Haupttat verübt wird“ hebt der BGH hervor.<sup>73</sup> Dass durch Honeypots ermöglichte D[R]DoS-Angriffe typischerweise zur Begehung von Erpressungen erfolgen, dürfte IT-Forschenden bekannt sein.<sup>74</sup> Es dürfte ihnen also bewusst sein, dass durch das Betreiben des Honeypots das Risiko erhöht wird, dass Erpressungen verübt werden. Die Überzeugungskraft des Arguments, der Vorsatz beziehe sich nicht auf die Haupttat, ist deswegen zweifelhaft. Will man gleichwohl den Gehilfenvorsatz richtigerweise ablehnen, sollte man seine Aufmerksamkeit wieder auf die Vollendung der Haupttat richten.

Bei der Erpressung handelt es sich um einen Tatbestand mit einer nicht rechtsgutsbezogenen Absicht, nämlich einer Bereicherungsabsicht. Die Behandlung des Vollendungsvorsatzes im Zusammenhang mit solchen Tatbeständen ist umstritten. Nach einer Auffassung muss jeder Beteiligte die Verwirklichung der Bereicherungsabsicht wollen, wenn nicht, scheidet ein Vollendungsvorsatz aus.<sup>75</sup> Nach einer zweiten Ansicht liegt Vollendungsvorsatz hingegen auch dann vor, wenn der Beteiligte die Bereicherung des Täters oder eines Dritten nicht will, sofern er die Vermögensschädigung in seinen Vorsatz aufgenommen hat<sup>76</sup>: „Wenn jemand einen anderen zum Betrug auffordert und dabei die Vermögensschädigung des Opfers, nicht aber die Bereicherung des Täters oder eines Dritten von seinem Vorsatz umfaßt ist [...], liegt beim Veranlasser ein Rechtsgutangriff vor; denn er will den Betroffenen an seinem Vermögen schädigen. Das muß für eine Anstiftung ausreichen; denn die Bereicherungsabsicht ist nicht für die Strafbarkeit des Anstifters, sondern nur für den Deliktstyp [...] wichtig.“<sup>77</sup> Auf dem Boden beider Auffassungen kann der Vollendungsvorsatz der IT-Forschenden verneint werden. Voraussetzung dafür ist, dass der Wille vorhanden ist, die materielle Beendigung zu verhindern.

Ein auf Vermögensschädigung, geschweige denn auf eine Bereicherung des Täters oder eines Dritten gerichteter Vorsatz wird nicht vorliegen, sofern der Wille der IT-Forschenden (genau wie der Wille des *agent provocateurs* bei Diebesfallen) darauf gerichtet ist, durch rechtzeitiges Eingreifen einen dauerhaften Vermögensschaden zu verhindern. Dieser Wille manifestiert sich darin, dass im Vorfeld des Angriffs bereits Kontrollmaßnahmen und Vorkehrungen zur Identifizierung des späteren Täters sowie zur Neutralisierung des bisherigen technischen Beitrags zum D[R]DoS-Angriff getroffen sind.

### III. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Es ist umstritten, ob das Betreiben von Honeypots zum Zweck der IT-Forschung Strafbarkeitsrisiken mit sich bringt. Während nach einigen Stimmen eine Beihilfe zu den Straftaten Dritter in Betracht kommt – man versucht dann einen Ausweg aus der Strafbarkeit auf der Rechtfertigungsebene zu finden –, lehnt eine andere Ansicht wegen fehlenden Schädigungszwecks bereits den Beihilfenvorsatz ab. Gezeigt wurde, dass die zweite Ansicht überzeugender ist, da die ferneren bzw. mittelbaren Bestrebungen der IT-Forschenden bezüglich der Verbesserung von IT-Sicherheitssystemen bei der Frage des Vorsatzes einbezogen werden. Dieser im Prinzip richtige Ansatz bedarf allerdings einer genaueren dogmatischen Untermauerung. Dafür steht die ausdifferenzierte Dogmatik zum Vollendungsvorsatz im Zusammenhang mit den Lockspitzel-Fällen zur Verfügung. Argumentiert wurde, dass die im Rahmen dieser Diskussion entwickelten Leitlinien zur Bestimmung des Vollendungsvorsatzes zwar auf die Frage des Gehilfenvorsatzes der IT-Forschenden übertragbar sind, jedoch nicht ohne an die Besonderheiten digitaler Abläufe angepasst zu werden. Zu beachten ist daher, dass es bei digitalen Vorgängen aufgrund der technischen Gegebenheiten oft zu einer zeitlichen Vorverlagerung der Vollendung im Vergleich zu herkömmlichen analogen Delikten kommt – ein Angriff kann in manchen Fällen schon durch einige wenige Mauseklicks ausgelöst werden. Für die Problematik der Strafbarkeit von Honeypot-Betreibern bedeutet dies, dass großzügigere Maßstäbe bei der Bestimmung des Vollendungsvorsatzes zugrunde zu legen sind als bei analogen Vorgängen. Will der IT-Forschende gleich nach der Durchführung des Angriffs mit einem „Wiedergutmachungswillen“ intervenieren und trifft er oder sie entsprechende Kontrollmaßnahmen, ist trotz formeller Vollendung der Tat sein Vorsatz nicht auf die Vollendung der Haupttat gerichtet. Eine Beihilfestrafbarkeit scheidet daher aus.

<sup>71</sup> *Vogelgesang/Möllers/Potel*, MMR 2017, 291 (294).

<sup>72</sup> *Vogelgesang/Möllers/Potel*, MMR 2017, 291 (294).

<sup>73</sup> BGHSt 42, 135 (138).

<sup>74</sup> Es geht hier nicht allein um die Kenntnis eines generellen Risikos der Tatförderung, dazu *Fischer*, StGB, § 27 Rn. 26.

<sup>75</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, Part 2, 23. Abschn. Rn. 20.

<sup>76</sup> *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 2, § 26 Rn. 166.

<sup>77</sup> *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 2, § 26 Rn. 166.

# Das Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen bei den Besitzdelikten § 184b StGB Mit Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit der Besitzdelikte und zu weiterem Reformbedarf im Pornographiestrafrecht

von PD Dr. Anja Schmidt\*

## Abstract

Mit dem Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen bei den Besitzdelikten in § 184b StGB werden die Mindestfreiheitsstrafen von einem Jahr abgesenkt. Damit wird das Gesetz dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Strafens im Rahmen des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums gerecht. Allerdings geht es nicht weit genug. Die Strafrahmen hätten im Mindest- und Höchstmaß an den Stand vor der Hochstufung zum Verbrechen angepasst werden sollen. Zudem bedarf es dringend einer Reform des Strafrechts in Bezug auf das unbefugte Herstellen, Besitzen und Weitergeben von Inhalten, die eine erwachsene Person sexualbezogen wiedergeben. Eine Regelungslücke besteht außerdem im Hinblick auf das Herstellen wirklichkeitsnaher kinder- und jugendpornographischer Inhalte als Deep Fakes.

*The Act on the Adjustment of the Minimum Sentences for Possession Offences in Article 184b of the Criminal Code reduces the minimum prison sentence from one year. The law thus complies with the constitutional principle of proportionality of punishment within the scope of the legislator's assessment. However, it does not go far enough. The minimum and maximum sentences should have been adjusted to the status prior the upgrading. Furthermore, there is an urgent need to reform the criminal law regarding the unauthorised production, possession and distribution of content depicting an adult person in a sexual manner. There is also a regulatory gap regarding the production of realistic child and youth pornographic content as deep fakes.*

## I. Einleitung

Im Februar dieses Jahres hat die Bundesregierung den „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 des Strafgesetzbuches – Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte“ eingebracht.<sup>1</sup> Am Abend des 16. Mai 2024 wurde das Gesetz im Bundestag beschlossen.<sup>2</sup> Zuvor waren durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16.6.2021<sup>3</sup> die Strafrahmen für das Unternehmen der Drittbesitzverschaffung und des Zu-

gänglichmachens an Dritte von Kinderpornographie nach § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB (hier kurz: Drittbesitzverschaffung) und für das Unternehmen des Abrufs, der Eigenbesitzverschaffung sowie den Besitz nach § 184b Abs. 3 StGB (hier kurz: Eigenbesitz) im Mindest- und Höchstmaß erhöht worden, wobei durch die Erhöhung der Mindeststrafen auf ein Jahr Freiheitsstrafe die Besitzdelikte ausnahmslos als Verbrechen eingeordnet wurden. Die Hochstufung zum Verbrechen rief schon im Gesetzgebungsverfahren<sup>4</sup> und auch nach Inkrafttreten des Gesetzes erhebliche Kritik hervor,<sup>5</sup> u.a. weil sie als unverhältnismäßig betrachtet wurde und erhebliche Zweifel an der Zweckmäßigkeit des Gesetzes bestanden. Das nun beschlossene Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen senkt die Mindeststrafen auf sechs Monate in § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB und auf 3 Monate in § 184b Abs. 3 StGB.

Im Folgenden werden Ziel und Inhalt des Gesetzes im Zusammenhang mit der Geschichte der Besitzstrafbarkeit in Bezug auf Kinder- und Jugendpornographie nachvollzogen. Anschließend wird anhand verfassungsrechtlicher Maßstäbe aufgezeigt, warum der unbefugte Besitz von sexualbezogenen Inhalten, die ein tatsächliches und ein wirklichkeitsnahes Geschehen als Deep Fakes wiedergeben, strafwürdig ist und dass aufgrund der enormen Bandbreite von Unrecht und Schuld in diesen Fällen eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz tat- und schuldangemessenen Strafens verstößt. Anschließend werden das Gesetz und die Vorschläge zur Beseitigung des Missstandes diskutiert. Dabei vertritt die Verfasserin die Position, dass mit dem nun beschlossenen Gesetz zwar der Zustand der Verfassungswidrigkeit beseitigt wird, es aber vorzugswürdig gewesen wäre, das Strafmaß insgesamt auf den Stand vor dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder zurückzustufen, auch um die Strafrahmen der Besitzdelikte hinsichtlich Kinder- und Jugendpornographie zu harmonisieren. Abschließend wird dargelegt, dass es über diese Delikte hinaus einer stringenten Regelung der Herstellung, des Besitzes und des Umgangs mit Inhalten bedarf, die Erwachsene ohne ihr Einverständnis sexualbezogen wiedergeben oder täuschend echt darstellen.

\* PD Dr. Anja Schmidt vertritt die Entlastungsprofessur für Strafrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Beitrag beruht auf der Stellungnahme, den die Verfasserin zur Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Bundestages zum Gesetzesentwurf abgegeben hat.

<sup>1</sup> BT-Drs. 20/10540.

<sup>2</sup> Plenarprotokoll 20/169, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btp/20/20169.pdf>, S. 21870 A-B (zuletzt abgerufen am 23.5.2024).

<sup>3</sup> BGBl. I, S. 1810.

<sup>4</sup> Vgl. die Stellungnahmen der Sachverständigen abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw50-parecht-schutz-kinder-808830> (zuletzt abgerufen am 18.5.2024) und *Bussweiler*, ZRP 2021, 84 (86 ff.).

<sup>5</sup> Vgl. *Brodowski*, StV 2023, 421 (422 ff.); *Wagner*, DriZ 2023, 136 (136 f.).

## II. Gesetzgebungsgeschichte

### 1. Besitzstrafbarkeit bis zum Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder

Die Strafbarkeit der Verschaffung des Dritt- oder Eigenbesitzes an kinderpornographischen Inhalten, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben, wurde erstmals mit dem 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie (27. StrÄndG) vom 23.7.1993<sup>6</sup> in das StGB eingeführt. Der Strafrahmen betrug damals Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Die Strafbarkeit wurde seitdem erweitert, u.a. auf die Drittbesitzverschaffung an wirklichkeitsnahen kinderpornographischen Schriften.<sup>7</sup> Zudem wurden die Strafrahmen immer wieder erhöht,<sup>8</sup> weil sich kinderpornographische Schriften zunehmend im Internet verbreiteten, um den Unrechtsgehalt des Erwerbs und Besitzes von kinderpornographischen Schriften stärker zu betonen und um „ein Signal für eine unvermindert nachdrückliche Strafverfolgung durch die Justizbehörden der Länder“ zu setzen,<sup>9</sup> also eine generalpräventiv-abschreckende Wirkung zu erzielen.<sup>10</sup>

Die letzte Erhöhung des Strafrahmens erfolgte mit dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16.6.2021.<sup>11</sup> Durch die Strafschärfung sollte „stärker als bisher die Schwere des Vorwurfs deutlich und eine dieser Schwere angemessene Bestrafung sichergestellt werden“.<sup>12</sup> Denn hinter Kinderpornographie stehe häufig sexualisierte Gewalt gegen Kinder.<sup>13</sup> Damit betrug der Strafrahmen für die Drittbesitzverschaffung nach § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB zuletzt Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren und für den Eigenbesitz nach § 184b Abs. 3 StGB Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren, so dass diese Delikte gemäß § 12 Abs. 1 StGB als Verbrechen galten. Das schloss insbesondere die strafprozessualen Möglichkeiten der Einstellung des Strafverfahrens nach §§ 153 und 153a StPO oder der Erledigung durch Strafbefehl nach den §§ 407 ff. StPO in Fällen geringen Unrechts und geringer Schuld aus.

### 2. Konkrete Normenkontrollanträge

Beim *BVerfG* wurden konkrete Normenkontrollanträge nach Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG sowohl gegen § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB<sup>14</sup> als auch § 184b Abs. 3 StGB<sup>15</sup> in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder eingereicht. Die vorlegenden Gerichte gingen davon aus, dass die unteren Strafrahmengrenzen verfassungswidrig sind,

weil sie gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. dem Schuldprinzip nach Art. 1 Abs. 2, 2 Abs. 2 GG abgeleitete strafrechtliche Übermaßverbot verstoßen.<sup>16</sup> Die Normenkontrollanträge gegen § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB wurden – ohne Entscheidung in der Sache – als unzulässig abgewiesen.<sup>17</sup> Die Entscheidung zu § 184b Abs. 3 StGB steht noch aus.

### 3. Ziel und Inhalt des Gesetzes

Mit dem nun beschlossenen Gesetz sollen die Mindeststrafrahmen des § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB verhältnismäßig ausgestaltet werden, weil dies „zur Sicherstellung einer tat- und schuldangemessenen Reaktion im Einzelfall erforderlich [ist], zum Beispiel, wenn der Inhalt ungewollt in den Besitz der Empfängerin oder des Empfängers gelangt war“.<sup>18</sup> Konkret wird der Mindeststrafrahmen in § 184b Abs. 1 S. 1 StGB von einem Jahr auf sechs Monate und in § 184b Abs. 3 StGB von einem Jahr auf drei Monate abgesenkt. Damit wird die Erhöhung des Strafrahmens durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder zwar nicht rückgängig gemacht (der Mindeststrafrahmen betrug zuvor drei Monate bzw. nach § 38 Abs. 2 StGB einen Monat), allerdings sind die Taten nicht mehr als Verbrechen eingestuft. Nach Inkrafttreten des Gesetzes stehen also die Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO und der Erledigung durch Strafbefehl nach den §§ 407 ff. StGB wieder offen. An den neuen Höchststrafrahmen von zehn bzw. fünf Jahren (sie betrug zuvor fünf bzw. drei Jahre) wurde hingegen nichts geändert, um sicherzustellen, „dass auch künftig schwere Straftaten nach § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB angemessen sanktioniert werden können“.<sup>19</sup>

## III. Verfassungsrechtlicher Bewertungsmaßstab

Für die verfassungsrechtliche Bewertung der Strafrahmen für die Besitzdelikte sind folgende Aspekte maßgeblich: Die Drittbesitzverschaffung realer und wirklichkeitsnaher kinderpornographischer Inhalte nach § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB sowie die Eigenbesitzverschaffung nach § 184b Abs. 3 StGB müssen überhaupt strafwürdig sein. Das Verhängen einer Freiheitsstrafe ist als Eingriff in die Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG „nur aus besonders gewichtigen Gründen“ möglich, „wenn der Schutz anderer oder der Allgemeinheit dies unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert“.<sup>20</sup> Das Strafrecht darf als ultima ratio des Rechtsgü-

<sup>6</sup> BGBl. I, S. 1346.

<sup>7</sup> Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27.12.2003 (SexualdelÄndG), BGBl. I 2003, S. 3007.

<sup>8</sup> Durch das SexualdelÄndG (Fn. 7) für die Drittbesitzverschaffung auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, für den Eigenbesitz auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe; durch das Neunundvierzigsten Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches Umsetzung Europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21.1.2015 (49. StÄG, BGBl. I 2015, S. 10) für den Eigenbesitz auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

<sup>9</sup> BT-Drs. 15/350, S. 21; vgl. zudem BT-Drs. 18/2601, S. 31.

<sup>10</sup> BT-Drs. 18/2601, S. 31.

<sup>11</sup> BGBl. I, S. 1810.

<sup>12</sup> Bundesregierung BR-Drs. 634/20, S. 21, 43, BT-Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 23707, S. 22 f., 41.

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

<sup>14</sup> *AG München*, Beschl. v. 17.6.2022 – 853 Ls 467 Js 181486/21, BeckRS 2022, 27963; *AG Wuppertal*, 17.10.2022 – 12 Ls-40 Js 261/22-24/22.

<sup>15</sup> *AG Buchen*, Beschl. v. 1.2.2023 – 1 Ls 1 Js 6298/21, BeckRS 2023, 1366.

<sup>16</sup> A.a.O., Rn. 48 ff; *AG München* (Fn. 14), Rn. 5; vgl. zudem *BayOLG* v. 7.3.2024 – 207 StRR 20/24, BeckRS 2024, 4041 Rn. 9.

<sup>17</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 3.3.2023 – 2 BvL 11/22, 2 BvL 15/22.

<sup>18</sup> BT-Drs. 20/10540, S. 2.

<sup>19</sup> BT-Drs. 20/10540, S. 3.

<sup>20</sup> BVerfGE 90, 145 (172).

terschützes nur zum Einsatz kommen, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich und seine Verhinderung daher besonders dringlich“ ist.<sup>21</sup> Bei der Bewertung von Eignung und Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der vom *BVerfGE* nur begrenzt überprüfbar ist; es ist „grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage im einzelnen verbindlich festzulegen“.<sup>22</sup>

Strafbarkeit und Strafmaß müssen für den Verbotsadressaten zumutbar sein und aufgrund des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. dem Schuldprinzip nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zur Schuld des Täters stehen, also verhältnismäßig sein.<sup>23</sup>

Aus europarechtlicher Perspektive sind Art. 5 Abs. 1 bis 4, Art. 7 Abs. 2 RL2011/93/EU zu beachten. Demnach sind u.a. der Erwerb, der Besitz und der bewusste Zugriff auf Kinderpornographie sowie ihre Weitergabe unter Strafe zu stellen. Nach Art. 5 Abs. 2 und 3 RL2011/93/EU ist für Erwerb, Besitz und bewussten Zugriff eine Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem Jahr vorzusehen. Für die Weitergabe sieht Art. 5 Abs. 4 RL2011/93/EU im Höchstmaß mindestens eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren vor. Diese Vorgaben sind mit dem Höchstmaß der Freiheitsstrafe von zehn bzw. fünf Jahren erfüllt. Vorgaben für einen Mindeststrafrahmen macht das Europarecht nicht unmittelbar. Es dürfte aber auch der europarechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 49 Abs. 3 GrCH gelten.<sup>24</sup>

#### IV. Legitimität der Besitzstrafbarkeit

##### 1. Meinungsstand

Die Legitimität der Besitzstrafbarkeit ist umstritten. Gesetzgeberisch begründet wurde die Strafbarkeit der Drittbesitzverschaffung mit den technischen Entwicklungen. Zunächst wurde festgestellt, dass der Videomarkt es erschwere, den Verbreitungsvorsatz nachzuweisen, da Händler in der Regel nur eine Masterkopie aufbewahren und nur bei Bedarf Abzüge machen.<sup>25</sup> Später wurde auf

die individuelle Weitergabe kinderpornographischer Schriften in geschlossenen Nutzergruppen im Internet abgestellt.<sup>26</sup> Die Tatalternativen der Drittbesitzverschaffung sind dem Verbreiten im Strafmaß und durch die Verankerung zunächst in § 184b Abs. 2 StGB<sup>27</sup> und später in § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB<sup>28</sup> gleichgestellt.

Die Strafbarkeit des Eigenbesitzes wurde damit begründet, dass auch der Konsument, der sich kinderpornographische Schriften beschafft, dazu beiträgt, dass Kinder missbraucht werden.<sup>29</sup> Das Besitzverbot war also auf die Verhinderung zukünftigen Missbrauchs von Kindern zwecks Herstellung von Kinderpornographie aufgrund der Nachfrage für kinderpornographische Inhalte durch die besitzenden Konsumenten ausgerichtet. Auch im Schrifttum wird teils darauf abgestellt, dass vor der Nachahmung kinderpornographischer Inhalte geschützt werden soll.<sup>30</sup> Einige argumentieren, dass der Markt für kinderpornographische Inhalte ausgetrocknet werden müsse, wobei auch der einzelne Konsument durch seine Nachfrage zu diesem Markt und damit zum sexuellen Missbrauch von Kindern für die Herstellung von realer Kinderpornographie beitrage.<sup>31</sup>

Gegen diese mittelbare Verantwortlichkeit wird eingewendet, dass die unmittelbar Verantwortlichen, also diejenigen, die Kinder zwecks Herstellung von realer Kinderpornographie sexuell missbrauchen, selbst wegen sexuellen Missbrauchs strafbar sind und dass dieses Verhalten den Konsumenten als nachträgliches Verhalten nicht zugerechnet werden könne.<sup>32</sup> Für den zukünftigen möglichen Missbrauch könnten der Besitzer und Besitzverschaffer nicht verantwortlich gemacht werden, denn ihr Verhalten liege zu weit im Vorfeld eines nur möglichen zukünftigen Missbrauchs und ihr jeweiliger Beitrag dazu sei minimal.<sup>33</sup> Einige meinen jedoch, dass das Persönlichkeitsrecht der wiedergegebenen Kinder geschützt wird.<sup>34</sup>

##### 2. Geschütztes Rechtsgut

Es ist davon auszugehen, dass § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB vor einer unmittelbaren Verletzung des Persönlichkeitsrechts der wiedergegebenen Kinder nach Art. 2 Abs. 1 GG schützt. Es konkretisiert sich in Bezug auf sexualbezogene Inhalte als Recht auf informationelle Selbstbestimmung i.V.m. dem Recht auf Wachsen in die

<sup>21</sup> BVerfGE 120, 224 (240).

<sup>22</sup> BVerfGE 90, 145 (172 f.); vgl. 120, 224 (240).

<sup>23</sup> BVerfGE 90, 145 (173); vgl. zudem 45, 187 (228).

<sup>24</sup> Ausführlich dazu *Brodowski*, StV 2023, 421 (422 ff.). *Brodowski*s Schlussfolgerung, dass Gerichte den europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unmittelbar anwenden und selbst an den Vorgaben des § 184b StGB vorbei verhältnismäßig strafen könnten (S. 423 f.), ist jedoch bedenklich. Denn sie würde dazu führen, dass nicht der demokratisch legitimierte Gesetzgeber über das angemessene Strafmaß entscheidet und damit die gesetzgeberische Entscheidungsprärogative hinsichtlich des angemessenen Strafmaßes unterlaufen, und zwar auch dann, wenn sich die Gerichte an die im Höchstmaß angemessene Mindeststrafe halten müssten.

<sup>25</sup> Begründung zum Entwurf des 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie (27. StrÄndG) v. 23.7.1993 (BGBl. I 1993, S. 1346), BT-Drs. 12/3001, S. 5.

<sup>26</sup> Begründung zum SexualdelÄndG v. 27.12.2003 (Fn. 7); BT-Drs. 15/350, S. 20 f.

<sup>27</sup> Durch das SexualdelÄndG v. 27.12.2003 (Fn. 7).

<sup>28</sup> Durch das 49. StÄG vom 21.1.2015 (Fn. 8).

<sup>29</sup> Vgl. BT-Drs. 12/3001, S. 5.

<sup>30</sup> Vgl. BGHSt 59, 177 (181 Rn. 57); *VGH Mannheim*, NJW 2008, 3082 (3084); *Hörnle*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 184b Rn. 3; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 184b Rn. 2; BT-Drs. 12/3001, S. 5.

<sup>31</sup> Vgl. *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 1; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 184b Rn. 2; *VGH Mannheim*, NJW 2008, 3082 (3084); BT-Drs. 12/2003, S. 5.

<sup>32</sup> Vgl. *Böse*, in: FS Schroeder, 2006, S. 751 (753); *Heinrich*, NSZ 2005, 361 (362); *Duttge et al.*, NJW 2004, 1065 (1070); *Gropp*, in: FS Kühne, 2013, S. 679 (688).

<sup>33</sup> Vgl. *Popp*, ZIS 2011, 193 (199 f.).

<sup>34</sup> *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 4; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 184b Rn. 2; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 184b Rn. 5; *Greco*, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. (2017), § 184b Rn. 2, 31; *Gropp*, in: FS Kühne, 2013, S. 679 (690 f.); *Schroeder*, NJW 1993, 2581 (2582).

sexuelle Selbstbestimmung zur Verfügungsbefugnis über Inhalte, die das Kind selbst sexualbezogen wiedergeben. Das gilt jedenfalls für Inhalte, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben und für wirklichkeitsnahe Inhalte, die ein existierendes Kind täuschend echt sexualbezogen darstellen (Deep Fakes unter Verwendung neutraler Originalaufnahmen). Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (meist konkretisiert zum Recht am eigenen Bild) ist einschlägig, weil der sexualbezogene Inhalt eine Information (meist eine Abbildung) der dargestellten Person ist. Der Inhalt dokumentiert das Dargestellte dauerhaft und steht insoweit eigenständig neben dem dokumentierten Geschehen, etwa einem sexuellen Missbrauch. Das Recht auf Wachsen in die sexuelle Selbstbestimmung ist einschlägig, weil der Inhalt eine sexualbezogene, und damit besonders sensible Information, enthält. Aufgrund dieser Sensibilität muss generell jede Person selbst darüber entscheiden können, ob und wie sie sexualbezogen in Inhalten wiedergeben wird. Für Kinder gilt dabei, dass sie in ihrer persönlichen und sexuellen Entwicklung besonders schutzwürdig sind, so dass weder sie selbst noch ihre Sorgeberechtigten in das Herstellen und irgendeine Form des Nutzens von Inhalten, die das Kind sexualbezogen wiedergeben, wirksam einwilligen können.<sup>35</sup>

### 3. Strafwürdigkeit

Eine Verletzung der Verfügungsbefugnis über persönliche sexualbezogene Inhalte wiegt besonders schwer. So beschreiben Opfer sexuellen Missbrauchs, der in kinderpornographischen Inhalten wiedergegeben wird, den Inhalt als eine Perpetuierung des Missbrauchs, der sich auf ihr ganzes Leben auswirkt.<sup>36</sup> Denn aufgrund der Digitalisierung sind diese Inhalte ihrer Verfügungsgewalt in besonderer Weise entzogen. Sie können nie sicher sein, dass alle verfügbaren Inhalte gelöscht worden sind, also nicht mehr im Internet hochgeladen oder getauscht werden. Im Falle von Deep Fakes kommt durch das äußerst realistische Vortäuschen eines realen Geschehens der Persönlichkeitsrechtsverletzende Aspekt der Verleumdung hinzu.

Das Herstellen und jedwede Form des Nutzens eines Inhaltes, der ein Kind sexualbezogen wiedergibt oder darstellt, verletzt deshalb das Recht auf informationelle Selbstbestimmung i.V.m. dem Recht auf Wachsen in die sexuelle Selbstbestimmung des Kindes auf strafwürdige Weise. Dazu gehört auch der unbefugte Besitz eines solchen Inhalts als eine Form von dessen Nutzung. Denn nur die Person, die in einem sexualbezogenen Inhalt wiedergegeben oder täuschend echt dargestellt wird, darf darüber bestimmen, ob und durch wen ein solcher Inhalt hergestellt werden darf und wer wie mit diesem Inhalt umgehen oder ihn auch nur besitzen darf. Auch aus dem Besitz resultieren vielfältige Möglichkeiten des Missbrauchs des Inhalts, bspw. durch das Hochladen auf eine Pornoplattform, das Zugänglichmachen innerhalb eines Tauschrings oder die Weiterleitung zur Diffamierung der dargestellten

Person.

Mit der Verfügungsbefugnis des Kindes über Inhalte, die es selbst sexualbezogen wiedergeben, wird durch die strafrechtlichen Besitzverbote ein besonders wichtiges Individualrechtsgut von hohem Rang geschützt. Mit den Worten des *BVerfG* erfolgt die Bestrafung also aus einem besonders gewichtigen Grund oder zum Schutz anderer und die Verletzung der Verfügungsbefugnis über den persönlichen sexualbezogenen Inhalt ist, jedenfalls im Zeitalter der Digitalisierung, aufgrund der einfachen missbräuchlichen Herstellungs- und Weitergabemöglichkeiten des persönlichen sexualbezogenen Inhalts als sensibles Datum und der erheblichen Folgen für die Betroffenen auch für das Zusammenleben der Menschen unerträglich.<sup>37</sup> Die strafrechtlichen Besitzverbote in § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB sind deshalb als solche verfassungsrechtlich legitim. Eines Rückgriffs auf Argumente mittelbaren Schutzes wie die Austrocknung des Marktes und die Verhinderung der Gefahr der Nachahmung bedarf es für ihre Begründung nicht. Die Eigen- oder Drittbefugnisverschaffung und der bloße Besitz stellen selbst Unrecht dar und zwar als unmittelbare Verletzung des Persönlichkeitsrechts des sexualbezogen wiedergegebenen oder täuschend echt sexualbezogen dargestellten Kindes als Verfügungsbefugnis über Inhalte, die es selbst sexualbezogen darstellen.

Ausnahmen können nur für die rechtmäßige Erfüllung staatlicher, dienstlicher und beruflicher Aufgaben und Pflichten und für dienstliche Handlungen im Rahmen staatlicher Ermittlungsverfahren gelten (vgl. § 184b Abs. 5 und 6 StGB).

## V. Angemessener Strafraumen

Bei der Bestimmung eines tat- und schuldangemessenen Strafraumens ist die Bandbreite der Fälle zu berücksichtigen. Es gibt Fälle, die von einem geringen Unrechts- und Schuldgehalt gekennzeichnet sind, es gibt aber auch Fälle mit erheblichem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat.

### 1. Fälle geringen Unrechts

Fälle geringen Unrechts lassen sich beispielhaft an den Sachverhalten aufzeigen, die den konkreten Normenkontrollanträgen zugrunde liegen. Eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr ist in Fällen dieser Art im verfassungsrechtlichen Sinn unangemessen.

#### a) Verstoß gegen das Gebot schuldangemessenen Strafens

Im Fall des strafbaren Zugänglichmachens an Dritte nach § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB hatte eine Mutter eine Genitalgroßaufnahme eines Kindes in den privaten Chatverläufen ihres Kindes entdeckt und an andere Eltern weitergeleitet, um diese zu warnen, möglicherweise auch, um das

<sup>35</sup> Ausführlich *Schmidt*, „Missbrauchsdarstellungen“ statt „Kinderpornographie“?, 2022, S. 25 ff.

<sup>36</sup> Ausführlich zu den Folgen *Gewirtz-Meydan et al.*, Child Abuse & Neglect (80) 2018, 238 (241 ff.); *Cassell/Marsh*, Ohio State Journal of Criminal Law (13) 2015, 6 (6 f.).

<sup>37</sup> Zum verfassungsrechtlichen Bewertungsmaßstab m.N. vgl. oben unter II.

Kind bloßzustellen, das den Inhalt gesendet hatte.<sup>38</sup> Auch wenn sie damit bewusst den Inhalt an Dritte zugänglich gemacht und hierdurch das Persönlichkeitsrecht des wiedergegebenen Kindes verletzt hat, ging es ihr letztlich darum, das Versenden von Genitaliaufnahmen zu unterbinden. Ein solches Verhalten ist aufgrund des ausreichend erheblichen Erfolgsunrechts zwar strafwürdig,<sup>39</sup> bewegt sich aber am unteren Rand des Strafwürdigen, weil die Tat nicht pädosexuell motiviert, sondern auf die Verhinderung solcher Inhalte gerichtet war und weil es sich nur um ein Bild handelte. In diesen Fällen verstößt eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr gegen das verfassungsrechtliche Gebot tat- und schuldangemessenen Strafens und liegt nicht mehr im gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum.<sup>40</sup>

Im Fall des strafbaren Eigenbesitzes nach § 184b Abs. 3 StGB war eine Frau Mitglied einer größeren losen WhatsApp-Chatgruppe, in der eher belanglose Nachrichten, wie lustige Memes und Bilder, geteilt oder über Beziehungsprobleme geschattet wurde. Es gab auch Personen, die versuchten, in der Chatkommunikation zu irritieren und zu stören („Trolle“), u.a. einen Mann, der kinderpornographische Inhalte einstellte. Die Angeklagte drückte durchaus ihre Verärgerung darüber aus und lud keinen dieser Inhalte aktiv herunter. Allerdings wurden von WhatsApp automatisch abgespeicherte kinderpornographische Inhalte auf dem von ihr genutzten Mobiltelefon gefunden, die in der „Galerie“ sichtbar waren.<sup>41</sup> Auch diese Tat bewegt sich am unteren Rand des Strafwürdigen, weil die Angeklagte sich zwar dessen bewusst war, dass solche Inhalte auch ohne aktives Herunterladen in der „Galerie“ sichtbar waren, also automatisch gespeichert werden, sie dies aber nicht geprüft und die Inhalte nicht gelöscht hat.<sup>42</sup> Auch hier kann zwar angesichts der Notwendigkeit eines strengen Schutzes der Verfügungsbefugnis über Inhalte, die einen anderen Menschen sexualbezogen wiedergeben, von einem strafwürdigen Unrecht ausgegangen werden, allerdings bewegen sich Unrecht und Schuld klar am unteren Rand des Strafwürdigen. Denn es handelt sich lediglich um das nachlässige Nichtlöschen automatisch gespeicherter Inhalte in geringer Zahl. Auch in diesen Fällen ist eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr unangemessen und liegt nicht mehr im gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum.<sup>43</sup>

In Fällen jugendtypischen Fehlverhaltens ist eine Strafrahmenuntergrenze von einem Jahr ebenfalls unangemessen, etwa wenn Jugendliche persönliche sexualbezogene Inhalte mit Dritten teilen, um sich gegenüber Gleichaltrigen hervorzutun.

Nicht zuletzt bestanden erhebliche Zweifel an der Eignung der hohen Strafuntergrenze zur effektiven Bekämpfung von Kinderpornographie und des sexuellen Missbrauchs an Kindern. Denn hierdurch wurden umfassendere Ermittlungen in Fällen geringen Unrechts und geringerer Schuld notwendig, die aufgrund begrenzter personeller Kapazitäten Ermittlungen in Fällen schwerer Unrechts und schwerer Schuld erschweren bzw. verzögern konnten, auch wenn sie Hinweise für einen andauernden sexuellen Missbrauch von Kindern geben konnten.<sup>44</sup>

#### b) Regelung als minder schwere Fälle?

Es wurden unterschiedliche Möglichkeiten diskutiert, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen, neben der Absenkung der Mindeststrafe war das insbesondere die Einführung minder schwerer Fälle als Strafzumessungsregel. Der Gesetzgeber hat zutreffend davon abgesehen, minder schwere Fälle einzuführen. Denn nach § 12 Abs. 3 StGB würden die Delikte weiter als Verbrechen gelten, so dass eine Einstellung nach §§ 153, 153a StPO und eine Erledigung durch Strafbefehl nach den §§ 407 ff. StGB weiterhin nicht möglich wäre.<sup>45</sup> Die Strafrahmen sollten es zudem ermöglichen, die Bandbreite des möglichen Maßes von Unrecht und Schuld abzubilden.<sup>46</sup> Nicht zuletzt bestünde bei der Einführung minder schwerer Fälle die Gefahr neuer Abgrenzungsprobleme, wenn es nicht gelänge, alle privilegierungswürdigen Konstellationen zu erfassen.<sup>47</sup>

#### c) Angemessene Strafuntergrenze

Damit stellt sich die Frage nach der angemessenen Strafrahmenuntergrenze. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass durch das Absenken der Mindeststrafen auf sechs bzw. drei Monate in den § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB „eine tat- und schuldangemessene Reaktion wieder möglich ist“.<sup>48</sup> Diese Entscheidung liegt innerhalb des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums, nicht zuletzt auch, weil

<sup>38</sup> Diese dem Normenkontrollantrag des *AG München* (Fn. 14) zugrunde liegende Sachverhalt ergibt sich mittelbar aus dem Nichtannahmebeschluss des *BVerfG* (Fn. 17), Rn. 6 f., 9.

<sup>39</sup> Anders der Kriminalpolitische Kreis, der für diese Fälle einen Tatbestandsausschluss anregt, vgl. Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b I S. 1, III StGB v. Dezember 2023, abrufbar unter: <https://www.kriminalpolitischerkreis.de/stellungnahmen> (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

<sup>40</sup> So u.a. auch *Wagner*, DRiZ 2023, 136 (136 f); vgl. in Bezug auf das europarechtliche Prinzip verhältnismäßiger Sanktionierung nach Art. 49 Abs. 3 GrCH *Brodowski*, StV 2023, 421 (423).

<sup>41</sup> *AG Buchen* (Fn. 15), Rn. 3 ff.

<sup>42</sup> *AG Buchen* (Fn. 15), Rn. 25.

<sup>43</sup> So u.a. auch *Wagner*, DRiZ 2023, 136 (136 f); Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme 40/2023, S. 5 ff.; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 30/2023, S. 8; vgl. in Bezug auf das europarechtliche Prinzip verhältnismäßiger Sanktionierung Deutscher Anwaltverein (a.a.O.), S. 7 ff.; *Brodowski*, StV 2023, 421 (423).

<sup>44</sup> Vgl. dazu *Boger*, Stellungnahme vom 4.4.2024; Gewerkschaft der Polizei, Stellungnahme v. 27.3.2024, S. 3; jeweils abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06\\_recht/anhoerungen/991610-991610](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_recht/anhoerungen/991610-991610) (zuletzt abgerufen am 18.5.2024); Deutscher Richterbund, Stellungnahme 9/20, S. 8 f., abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw50-pa-recht-schutz-kinder-808830> (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

<sup>45</sup> Vgl. Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/10540, S. 3; *Wagner*, DRiZ 2023, 136 (137); *Eisele*, Stellungnahme, S. 2 f., abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06\\_recht/anhoerungen/991610-991610](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_recht/anhoerungen/991610-991610) (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

<sup>46</sup> Vgl. *Wagner*, DRiZ 2023, 136 (137).

<sup>47</sup> Vgl. *Boger* (Fn. 44), S. 4.

<sup>48</sup> BT-Drs. 20/10540, S. 2.

sie in Fällen geringen Unrechts und geringer Schuld eine Einstellung der Strafverfahren nach den §§ 153, 153a StPO und damit letztlich Straflosigkeit ermöglicht.

Dennoch wäre es ratsam gewesen, die Strafrahmen im Mindest- und Höchstmaß auf den Stand vor dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, also auf drei Monate bis fünf Jahre Freiheitsstrafe bzw. Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, herabzusetzen.<sup>49</sup> So liegt insbesondere beim Eigenbesitz nach § 184b Abs. 3 StGB in Fällen geringen Unrechts und geringer Schuld, wie beim Nichtlöschen aufs Handy gepushter Nachrichten, die Verhängung einer Geldstrafe nahe. Zudem stünde der Mindeststrafrahmen auch wieder in einem angemessenen Verhältnis zu dem entsprechenden Strafrahmen in Bezug auf jugendpornographische Inhalte, der nach § 184c Abs. 3 StGB Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe beträgt.

Das Erfordernis der Harmonisierung mit § 184c StGB besteht zudem in Bezug auf die Drittbesitzverschaffung nach § 184b Abs. 1 S. 1 StGB. Der Strafrahmen in § 184c Abs. 1 StGB beträgt lediglich Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, weicht also erheblich vom neuen Strafrahmen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe für die Drittbesitzverschaffung von kinderpornographischen Inhalten ab. Diese große Abweichung ist sachlich nicht nachvollziehbar. Denn die Verletzung der Verfügungsbefugnis einer Person über Inhalte, die sie selbst sexualbezogen wiedergeben, wiegt als solche schwer, auch wenn es aufgrund der unterschiedlichen Vulnerabilität von Kindern und Jugendlichen in sexueller Hinsicht graduelle Unterschiede geben mag.<sup>50</sup> Ein derart weites Auseinanderfallen der Strafrahmen rechtfertigt dies jedenfalls nicht. Es liegt viel näher, die Strafrahmen für die Verletzung der Verfügungsbefugnis Minderjähriger über Inhalte, die sie sexualbezogen wiedergeben, gleich auszugestalten. Bei Jugendlichen kommt lediglich hinzu, dass bestimmte Formen des Sextings als altersangemessene sexuelle Betätigung straffrei gestellt werden müssen, um deren Recht auf Wachsen in die sexuelle Selbstbestimmung in Form altersangemessener Sexualität gerecht zu werden.<sup>51</sup>

#### *d) Unterscheidung zwischen Zugänglichmachen und (Eigen)Besitz*

Das Gesetz unterscheidet in § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB weiterhin zutreffend zwischen dem Zugänglichmachen an Dritte und der Eigenbesitzverschaffung. Der Eigenbesitzverschaffung wohnt ein geringeres Unrecht inne als dem Zugänglichmachen an Dritte, weil bei Abruf und Eigenbesitz der Inhalt in der Verfügungsgewalt des Täters verbleibt, während er den Inhalt beim Zugänglichmachen auch für Dritte verfügbar macht, die dann nach Belieben mit ihm verfahren können.

<sup>49</sup> Vgl. Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins Nr. 82/2023, S. 4 f.

<sup>50</sup> Das wäre zu diskutieren. Es liegt auch nahe anzunehmen, dass Kinder und Jugendliche auf je spezifische Weise besonders vulnerabel sind – Kinder, weil sie sexuell nicht mündig sind, und Jugendliche, weil sie im ersten Ausprobieren von Sexualität besonders verletzlich sind.

#### *e) Vergleichbarkeit mit dem Herstellen eines realen oder wirklichkeitsnahen kinderpornographischen Inhalts*

Der Strafrahmen für die Drittbesitzverschaffung realer oder wirklichkeitsnaher kinderpornographischer Inhalte bleibt mit dem Gesetz derselbe wie für das Herstellen eines realen Inhalts. Das ist richtig, weil in beiden Fällen die Verfügungsbefugnis des Kindes über Inhalte, die es sexualbezogen wiedergeben, verletzt wird. Der konkrete Unrechtsgehalt ist auch vergleichbar, weil beim Herstellen der Inhalt überhaupt geschaffen und damit eine Vielzahl missbräuchlicher Verwendungsweisen ermöglicht wird, während das Weiterleiten an Dritte eine solche missbräuchliche Verwendungsweise ermöglicht, die auch im Falle des Weiterleitens an einzelne Dritte zu einer viralen Verbreitung führen kann.

Allerdings zeigt sich auch hier eine Regelungslücke: Zwar schützt das Verbot der Drittbesitzverschaffung durch die Erfassung wirklichkeitsnaher Inhalte auch vor dem Weitergeben von Deep Fakes, die ein existierendes Kind täuschend echt sexualbezogen wiedergeben, ein Herstellungsverbot für wirklichkeitsnahe Inhalte in Form derartiger Deep Fakes sieht das Herstellungsverbot in § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 allerdings nicht vor.

#### *2. Hoher Unrechts- und Schuldgehalt*

Es gibt Fälle erheblichen Unrechts und erheblicher Schuld. Etwa wenn eine Vielzahl realer kinderpornographischer Inhalte in einer geschlossenen Gruppe über lange Zeit an wenige andere zugänglich gemacht werden<sup>52</sup> oder wenn jemand über eine lange Zeit eine Vielzahl solcher Inhalte besitzt, etwa im Rahmen eines kleineren Tauschings. Auch eine Harmonisierung des Höchststrafrahmens in § 184 Abs. 1 S. 1 StGB von zehn Jahren mit dem Höchststrafrahmen für die Drittbesitzverschaffung realer und wirklichkeitsnaher jugendpornographischer Inhalte in § 184c Abs. 1 StGB von drei Jahren wäre sinnvoll. Denn die Verletzung der Verfügungsbefugnis einer Person über Inhalte, die sie selbst sexualbezogen wiedergeben, wiegt, wie schon erörtert, als solche schwer.

Zudem hätte der Höchststrafrahmen für die Eigenbesitzverschaffung in § 184b Abs. 3 StGB geändert werden sollen, der zurzeit fünf Jahre Freiheitsstrafe beträgt. Die Reformkommission Sexualstrafrecht hatte empfohlen, von einer Erhöhung des Höchstmaßes des Strafrahmens in § 184b Abs. 3 StGB von damals drei Jahren abzusehen.<sup>53</sup> Allerdings stellte sie darauf ab, dass es um den mittelbaren Schutz vor sexuellem Missbrauch gehe, womit sie den Kern des Unrechts, die unmittelbare Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung i.V.m. dem Recht auf Wachsen in die sexuelle Selbstbestimmung, verkannte. Aufgrund der gleichen Unrechtsschwere ist jedoch eine Harmonisierung mit dem

<sup>51</sup> Vgl. insoweit § 184c Abs. 4 StGB und zu den darüber hinausgehenden Ausnahmen in teleologischer Reduktion Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184c Rn. 17 ff.

<sup>52</sup> Wenn kein Verbreiten oder Öffentlichkeit Zugänglichmachen vorliegt, vgl. zu den Details etwa Reinbacher, in: Schumann/Mosbacher/König, Medienstrafrecht, 2023, § 184b Rn. 22, 30.

<sup>53</sup> Reformkommission Sexualstrafrecht, 2015, S. 376.

entsprechenden Strafrahmen in Bezug auf jugendpornographische Inhalte angezeigt, der nach § 184c Abs. 3 StGB Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe beträgt.

Es ist ohnehin fraglich, ob die Strafrahmenobergrenze in der Praxis im Zusammenhang mit dem Besitz von Kinderpornographie allein wegen des Besitzes ausgeschöpft wird. Falls das Bedürfnis eines höheren Strafrahmens allein wegen des Besitzes von Kinder- und Jugendpornographie besteht, könnte erwogen werden, besonders schwere Fälle einzuführen.<sup>54</sup>

## VI. Weitergehender Reformbedarf

Das nun beschlossene Gesetz beschränkt sich aus nachvollziehbaren Gründen – der schnellen Beseitigung einer verfassungswidrigen Rechtslage – auf eine Korrektur der derzeit gültigen Strafrahmen in § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB, die jedenfalls in ihrem Mindestmaß von einem Jahr Freiheitsstrafe gegen das verfassungsrechtliche Verbot tat- und schuldunangemessenen Strafens nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG verstoßen.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass das Pornographiestrafrecht insgesamt grundlegend unsystematisch ist. Denn es vermischt den traditionellen Schutz vor der Wahrnehmung von pornographischen Inhalten mit dem Schutz sexualbezogen wiedergegebener oder täuschend echt sexualbezogen dargestellter existierender Personen, die unterschiedlichen Grundsätzen folgen müssen. Beim Wahrnehmungsschutz geht es um die mehr oder weniger konkrete Gefährdung von Rechten, die daraus resultiert, dass jemand pornographische Inhalte wahrnimmt, etwa wenn Jugendliche in ihrer Entwicklung zur sexuellen Selbstbestimmung vor dem Konsum pornographischer Inhalte geschützt werden sollen oder die Nachahmung von kinder- und jugendpornographischen Inhalten verhindert werden soll. Entsprechend dieser Tradition ist auch der Rechtsbegriff der Pornographie<sup>55</sup> auf den Wahrnehmungsschutz ausgerichtet. Das zeigt sich u.a. daran, dass die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der sexualbezogen dargestellten Person durch die Herstellung oder Nutzung des Inhalts kein Kriterium für das Vorliegen von Pornographie ist.<sup>56</sup> Die unmittelbare Verletzung des Persönlichkeitsrechts als Recht auf informationelle Selbstbestimmung i. V. m. dem Recht auf (Wachsen in die) sexuelle Selbstbestimmung stellt aber deutlich schwerer wiegendes Unrecht als die Gefährdung von Rechten durch die Wahrnehmung von Pornographie dar.<sup>57</sup> Rechtlich sollte deshalb zwischen dem Schutz vor der Wahrnehmung von

pornographischen Inhalten und dem Schutz des Persönlichkeitsrechts dargestellter Personen klar unterschieden werden.<sup>58</sup> Das heißt auch, dass für sexualbezogene Inhalte, deren Herstellung und irgendwie geartete Nutzung das Persönlichkeitsrecht der dargestellten Person verletzt, nicht der Begriff der Pornographie verwendet werden sollte. Die Debatte um die angemessene Bezeichnung von realen und wirklichkeitsnahen kinder- und jugendpornographischen Inhalten als Missbrauchsinhalten muss vor diesem Hintergrund ernst genommen werden.<sup>59</sup>

Im Hinblick auf die Verletzung der Verfügungsbefugnis über einen Inhalt, der sie sexualbezogen wiedergibt, werden Minderjährige derzeit gut durch die Regelungen in §§ 184b, 184c, 184k und 201a StGB geschützt, auch wenn es sich um ein unübersichtliches und unsystematisches Regelungsgeflecht handelt. Eine Regelungslücke besteht hier lediglich für das Herstellen von Deep Fakes, die eine existierende minderjährige Person täuschend echt sexualbezogen wiedergeben, weil sich das Herstellungsverbot in § 184 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB nicht auf wirklichkeitsnahe Inhalte bezieht.

Es gibt allerdings nur verstreute und Einzelkonstellationen erfassende strafrechtliche Verbote, die das unbefugte Herstellen, Besitzen und Weitergeben eines Inhalts verbieten, die eine erwachsene Person sexualbezogen wiedergeben oder täuschend echt darstellen, obwohl die Verfügungsbefugnis Erwachsener über Inhalte, die sie selbst sexualbezogen wiedergeben, ebenso schützenswert ist wie bei Minderjährigen. Zwar können Erwachsene im Rahmen ihrer Verfügungsbefugnis über Inhalte, die sie selbst sexualbezogen darstellen, in das Herstellen und Nutzen eines solchen Inhalts wirksam einwilligen. Im Falle einer Verletzung dieser Verfügungsbefugnis sind sie aber ähnlich schwer betroffen wie Minderjährige. Sie stellt sich als Kontrollverlust über ein besonders sensibles Datum dar, der erhebliche Folgen für die Betroffenen haben kann. In der empirischen Forschung werden Folgen beschrieben, die sich zerstörerisch auf das ganze Leben der Betroffenen auswirken. Sie kontrollieren bspw. ständig ihre E-Mails, Social media-Accounts oder bestimmte Internetseiten, brechen den Kontakt zur Familie, Freunden oder Bekannten ab und leiden teils an erheblichen psychischen Tatfolgen wie Depressionen, posttraumatischen Belastungsstörungen und Suizidalität.<sup>60</sup>

Zwar können bei Erwachsenen im Einzelfall insbesondere die §§ 184a, 184k, 201a StGB und §§ 33 i. V. m. 22 f. KUG greifen. Allerdings erfassen die §§ 184k und 201a StGB Deep Fakes nicht, weil sie die Herstellung einer sexualbezogenen Originalaufnahme voraussetzen.<sup>61</sup> Zudem ist der

<sup>54</sup> Vgl. dazu *Eisele* (Fn. 45), S. 4 f.

<sup>55</sup> Mit den Merkmalen der (1) vergrößernden, anreißerischen Darstellung von Sexualität, (2) dem Abzielen auf sexuelle Erregung, (3) der Degradierung der Beteiligten zu bloßen Objekten sexueller Begierde und (4) des eindeutigen Verstoßes gegen allgemeine sittliche Maßstäbe, vgl. den Überblick bei *Schmidt*, in: Bartsch et al., *Gender & Crime*, 2022, S. 43.

<sup>56</sup> Ausführlich *Schmidt* (Fn. 35), S. 30 f.; *Schmidt* (Fn. 55), S. 44 f.

<sup>57</sup> Ausführlich *Schmidt* (Fn. 35), S. 30 f.; *Schmidt* (Fn. 55), S. 44 f.

<sup>58</sup> Ausführlich *Schmidt* (Fn. 35), S. 33 ff.; *Schmidt* (Fn. 55), S. 50 ff.

<sup>59</sup> Vgl. etwa Bundesarbeitsgemeinschaft Kinder- und Jugendschutz, Stellungnahme vom 3.4.2024, S. 4; UBSKM, Stellungnahme vom 9.4.2024, S. 4 f., jeweils abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06\\_recht/anhoerungen/991610-991610](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_recht/anhoerungen/991610-991610) (zuletzt abgerufen am 18.5.2024), ausführlich zur Begriffsdiskussion *Schmidt* (Fn. 35), S. 30 ff., 44 ff.

<sup>60</sup> Ausführlich *Henry/McGlynn/Flynn/Johnson/Powell/Scott*, *Image-based Sexual Abuse*, 2021, S. 53 ff.; *Bates*, *Revenge Porn and Mental Health*, *Feminist Criminology* 12 (2017), 22, 30 ff.

<sup>61</sup> Vgl. *Greif*, *Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen*, 2023, S. 231 ff.; *Deutscher Juristinnenbund e.V.*, *Policy Paper: Bekämpfung bildbasierter sexualisierter Gewalt*, 2023, S. 5 ff.

bestehende Schutz lückenhaft. So enthält § 184a StGB für gewaltpornographische Inhalte zwar Verbote des Verbreitens, des der Öffentlichkeit Zugänglichmachens und des Herstellens zu diesem Zweck, allerdings wird anders als in §§ 184b und 184c StGB das Herstellen nicht absolut sowie die Dritt- und Eigenbesitzverschaffung gar nicht unter Strafe gestellt, wenn es sich um Inhalte handelt, die eine existierende Person wiedergeben oder täuschend echt darstellen. Zudem ist die Norm auf Inhalte beschränkt, die Gewalttätigkeit in Verbindung mit Sexualität darstellen, sie erfasst also nicht die Wiedergabe jedes sexuellen Übergriffs. Eine Norm innerhalb des Pornographiestrafrechts, die umfassend das unbefugte Herstellen und jedwedes Nutzen eines Inhalts verbietet, der eine erwachsene Person sexualbezogen wiedergibt oder täuschend echt darstellt, ohne dass diese wirksam eingewilligt hat, fehlt ganz.

Insoweit besteht grundlegender Bedarf an einer Neuordnung des Strafrechts hinsichtlich sexualbezogener Inhalte. Es sollte dringend eine gesetzliche Regelung erarbeitet werden, mit der die Verletzung der Verfügungsbefugnis einer Person über Inhalte, die sie sexualbezogen wiedergeben, in einem einheitlichen Komplex von Straftatbeständen innerhalb des Sexualstrafrechts und außerhalb des Pornographiestrafrechts strafrechtlich erfasst wird. Dieser Regelungskomplex sollte u.a. nach den unterschiedlichen

Schutzbedarfen von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen sowie der unterschiedlichen Unrechtsschwere etwa hinsichtlich des Herstellens, des Eigenbesitzes und des Verbreitens differenzieren und die Wiedergabe eines sexuellen Missbrauchs oder eines sexuellen Übergriffs qualifiziert unter Strafe stellen.<sup>62</sup>

## VII. Fazit

Das Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen bei den Besitzdelikten in § 184b StGB ist zu begrüßen, weil es das verfassungswidrige Anheben der Mindeststrafen bei den Besitzdelikten in Bezug auf kinderpornographische Inhalte korrigiert. Es greift jedoch zu kurz, denn es hätte näher gelegen, die Strafrahmen insgesamt auf das Maß vor der Reform durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder abzusenken. Zudem ist festzuhalten, dass das Strafrecht in Bezug auf die Verletzung der Verfügungsbefugnis über Inhalte, die eine Person sexualbezogen wiedergeben, dringend reformbedürftig ist und weitergehendes gesetzgeberisches Handeln erfordert. Dies gilt umso mehr, als der strafrechtliche Schutz gegen sexualbezogene Deep Fakes lückenhaft ist und sich solche Deep Fakes unter Verwendung neutraler Originalaufnahmen mittels sog. Face Swap Apps inzwischen sehr leicht herstellen lassen. Die Bundesratsinitiative Bayerns zu einem § 201b StGB, der gegen Deep Fakes schützen soll,<sup>63</sup> ist insoweit mit Spannung zu erwarten.

<sup>62</sup> Konkrete Überlegungen dazu demnächst *Schmidt*, in: Burghardt/Schmidt/Steinl (Hrsg.), *Sexuelle Selbstbestimmung jenseits des Körperlichen* (im Druck). Hierzu bereits *Schmidt* (Fn. 35), S. 47 f.; *Schmidt* (Fn. 55), S. 50 ff.; vgl. auch Deutscher Juristinnenbund e.V. (Fn. 61), S. 8 f.

<sup>63</sup> Vgl. Pressemitteilung der Bayerischen Staatsregierung v. 16. Mai 2024, abrufbar unter: <https://www.bayern.de/strafrechtlicher-schutz-von-persoenlichkeitsrechten-vor-deepfakes-bayern-fordert-neuen-paragrafen-im-strafgesetzbuch-bayern-bringt-initiative-in-den-bundesrat-ein-justizminister-eisenreich-wi/> (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).

# Die Positivierung des Einsatzes von V-Personen und im Besonderen von agents provocateurs: Rechtsstaatlichkeit auf halbem Wege oder mit der Brechstange?

von Prof. Dr. Gunnar Duttge\*

## Abstract

Über Jahrzehnte hinweg galt es weithin als alternativlos, den Strafverfolgungsbehörden hinsichtlich des Einsatzes von V-Personen (aus den kriminellen Milieus) zugunsten einer größtmöglichen „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ weitreichende Handlungsspielräume zu sichern, eingeschlossen eine eventuelle Provokation der Verdächtigen zur Begehung neuer Straftaten. Die verfassungsrechtlichen Implikationen galten dabei als vernachlässigenswert, sei es mit Blick auf den rechtsstaatlichen Gesetzes- und Richtervorbehalt, sei es in Bezug auf den menschenrechtlichen fair-trial-Grundsatz. Die Rechtspolitik musste erst durch den EGMR und das BVerfG „zum Jagen getragen“ werden. Dass sich der Gesetzgeber nun auf den Weg gemacht hat, die „rechtsstaatlich gebotene Transparenz und Kontrolle“<sup>1</sup> zu implementieren, ist ohne Zweifel zu begrüßen; in manchen Details ist dem Gesetzentwurf aber ein gewisses Widerstreben gegen die Schaffung einer Rechtskontrolle und Rechtsklarheit in aller strikter Konsequenz anzumerken, auf dass man es hiermit gegenüber einem „gängigen Ermittlungsinstrument“ nicht etwa zu weit treibe.

For decades, there was widely considered to be no alternative to ensuring that law enforcement authorities had extensive scope for action with regard to the use of undercover informants (from criminal milieus) in order to maximize the "functioning of the administration of criminal justice", including the possible provocation of suspects to commit new crimes. The constitutional implications of this were considered negligible, be it with regard to the rule of law and the reservation of the right to a judge, or with regard to the human rights principle of fair trial. Legal policy first had to be "hunted down" by the ECtHR and the German Constitutional Court. The fact that the legislator has now set out to implement the "transparency and control required by the rule of law" is undoubtedly to be welcomed; in some details, however, the projected law shows a certain reluctance to create legal control and legal clarity in all strict consistency, so as not to go too far with a "common investigative instrument".

## I. Der Gesetzgeber unter Handlungsdruck

Unmittelbarer Anlass für die – weitgehend gleichlautenden<sup>2</sup> – Regelungsentwürfe des Bundesjustizministeriums<sup>3</sup> und der Bundesregierung dürften die beiden Beschlüsse des BVerfG vom 16.12.2020<sup>4</sup> und vor allem vom 9.12.2022<sup>5</sup> gewesen sein: Schon in erstgenanntem fand sich unmissverständlich betont, dass der Einsatz von V-Personen „zu den schwersten denkbaren informationellen Eingriffen [zählt und] ... sich auf einen erheblichen Teil der gesamten Lebensgestaltung des Betroffenen und auf hochsensible Informationen richten [kann]“<sup>6</sup>. Eine effektive rechtsstaatliche Kontrolle ist zudem auch deshalb vonnöten, weil der Einsatz von V-Personen „ein hohes Risiko für Fehlsteuerungen, Zielkonflikte und Missbrauch“ mit sich bringt.<sup>7</sup> Im neueren Beschluss hat das BVerfG insbesondere hervorgehoben, dass der Einsatz von V-Personen (ebenso wie bei Verdeckten Ermittlern) auch in den sog. „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ eingreifen kann, und zwar u.U. schon der Einsatz als solcher, „ohne dass es noch auf den Inhalt der hierdurch erlangten Informationen ankäme“<sup>8</sup>: Dann aber ist der Gesetzgeber zur Implementierung regulativer Schutzmechanismen verpflichtet, die auf Erhebungsebene (soweit möglich) verhindern, dass solche kernbereichsrelevanten Informationen überhaupt gewonnen (qua Verpflichtung zur organisatorisch-präventiven Vorprüfung und ggf. zum Abbruch der Maßnahme) sowie auf Verwertungsebene, dass jene gesteigert sensible Informationen vor einer evtl. Verwendung „herausgefiltert“ werden:<sup>9</sup> „Nach einem solchen Vorfall ist die Kernbereichsrelevanz der gesamten Überwachungsmaßnahme [...] erneut zu prüfen und der Einsatz ggf. vollständig zu beenden“<sup>10</sup>.

Im Lichte dieser verfassungsrechtlichen Grundwertung konnte der Gesetzgeber nicht länger untätig bleiben: Denn die bis heute ins Feld geführte polizeiliche Ermittlungsgeneralklausel des § 163 Abs. 1 S. 2 StPO enthält keinerlei substantielle Sicherungen, weder für die „abgeschöpften“ Personen noch für die V-Personen selbst (Identitätsschutz), weder in materiell-rechtlicher noch in formell-

\* Prof. Dr. Gunnar Duttge ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht (Institut für Kriminalwissenschaften) an der Georg-August-Universität Göttingen.

<sup>1</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 1, 12.

<sup>2</sup> Einzige inhaltliche Divergenz bildet die Ergänzung um einen § 69 Abs. 4 S. 2 StPO-E (Hinweispflicht) im Regierungsentwurf; daneben finden sich noch – wenige – sprachliche Modifikationen.

<sup>3</sup> [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE\\_V-Personen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_V-Personen.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

<sup>4</sup> BVerfGE 156, 270 ff.

<sup>5</sup> BVerfG, NVwZ-Beilage 2023, 37 ff.

<sup>6</sup> BVerfGE 156, 270 (302 Rz. 100): „Je stärker eine V-Person personengerichtet tätig wird, also gezielt an eine einzelne Person herangeführt wird, um deren Rolle oder Vernetzungen innerhalb der beobachteten Bestrebung zu ermitteln, desto höher ist die Eingriffsin-tensität“.

<sup>7</sup> BVerfGE 156, 270 (303 Rz. 101): „Personen aus eben diesen Milieus [...] könnten ihre Stellung ausnutzen, um die sie führende Behörde gezielt zu manipulieren und deren Ermittlungen zu behindern oder um Straftaten zu begehen, zu denen sie ansonsten nicht in der Lage wären“.

<sup>8</sup> BVerfG, NVwZ-Beilage 2023, 37, (41 Rz. 103, 107).

<sup>9</sup> BVerfG, NVwZ-Beilage 2023, 37, (42 Rz. 109, 117).

<sup>10</sup> BVerfG, NVwZ-Beilage 2023, 37, (43 Rz. 119).

rechtlicher Hinsicht (Richtervorbehalt). Das kann auch nicht weiter verwundern, weil die heutige „Befugnisnorm“ der früher allein in § 163 StPO enthaltenen allgemeinen Aufgabeneröffnungsnorm (heute: Abs. 1 S. 1 des § 163 StPO) im Wesentlichen nur blankettartig die Befugnis zu „Ermittlungen jeder Art“ hinzugefügt hat,<sup>11</sup> ohne im Lichte der grundrechtlichen Relevanz hoheitlicher Ermittlungstätigkeiten dem gesetzlichen Regelungsauftrag auch nur ansatzweise nachzukommen.<sup>12</sup> Zuvor erschöpfte sich der Rechtsrahmen in den exekutiven „Richtlinien der Justizminister/-senatoren und Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung“<sup>13</sup>. Gleichwohl sah der *BGH* aufgrund des Bedarfs an effektiver Kriminalitätsbekämpfung (insbesondere der organisierten und/oder Betäubungsmittelkriminalität) mangels organisatorischer Eingliederung in den Polizeiapparat keine Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit<sup>14</sup> und ließ sich in dieser Beurteilung – ebenso wenig wie die Rechtspolitik – bis zuletzt auch nicht durch den erheblich die Handlungsspielräume einschränkenden Beschluss des *BVerfG* vom 1.3.2000 irritieren.<sup>15</sup> Dabei liegt es auf der Hand, dass sich die Aktivitäten einer V-Person im Rahmen einer „Mitarbeit“ bei der „Aufklärung von Straftaten“<sup>16</sup> nicht lediglich in einer zeugenäquivalenten<sup>17</sup> „rein passiven Informationssammlung“ erschöpfen, sondern als ein dem Staat zurechenbares zielgerichtetes Ermittlungshandeln zu qualifizieren sind: Dann macht es aber für die Frage der Grundrechtsbindung „keinen Unterschied, ob eine Person von den Strafverfolgungsbehörden auf den Beschuldigten angesetzt wird oder lediglich als freier Mitarbeiter [...] agiert“<sup>18</sup>.

Eine rechtsstaatliche Problematik eigener Art offenbart sich, wenn die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten mittels V-Personen (oder Verdeckten Ermittlern) dadurch erfolgen soll, dass verdächtige Personen erst zur Begehung einer (weiteren) Straftat veranlasst werden. Hier richten sich die Bedenken auf das Fundamentalgebot des fair trial (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und den zentralen Gedanken, dass das staatliche Handeln zum Selbstwiderspruch mutiert, wenn sich die Strafverfolgungsbehörden den Gegenstand ihrer Betätigung im Wege der Tatprovokation selbst schaffen dürften.<sup>19</sup> Auch hier besteht bis heute ein

Defizit an Rechtsklarheit insofern, als es stets von den wechselnden Innovationen der Justiz (in Straßburg, Karlsruhe und Leipzig) abhing, unter welchen Voraussetzungen das Wirken eines agents provocateurs dennoch als hinnehmbar angesehen werden könnte und welche Rechtsfolgen sich bei deren Missachtung ergeben (Strafzumessungslösung, Beweisverwertungsverbot oder Verfahrenshindernis?).<sup>20</sup> Auch hier handelt es sich um eine „Kernfrage des Rechtsstaats“, was eine wenigstens rahmenartige Grundsatzentscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers unabdingbar macht,<sup>21</sup> zumal die richterrechtliche und strafprozessrechtswissenschaftliche Befassung weder auf der Voraussetzungs- noch auf der Rechtsfolgenseite zu abschließenden, verlässlichen Festlegungen geführt hat.<sup>22</sup> Der Koalitionsvertrag der Regierungsparteien aus 2021 spricht sogar von einem „grundsätzlichen Verbot der Tatprovokation“<sup>23</sup>, obgleich *EGMR* und *BVerfG* keineswegs jedwede staatliche Einwirkung auf u.U. tatgeneigte Personen mit Rücksicht auf die Erfordernisse einer Bekämpfung schwerer (insbesondere organisierter) Kriminalität *per se* für unzulässig halten. Der Gesetzgeber hat daher aus menschen- und verfassungsrechtlicher Perspektive durchaus einen nicht unerheblichen Spielraum bei der regulativen Einhegung und Grenzziehung.

## II. Zentrale Inhalte des aktuellen Gesetzentwurfs

Nach Maßgabe des vorliegenden Regierungsentwurfs sollen das Instrument der Tatprovokation ebenso wie überhaupt der Einsatz von V-Personen (in großer Ähnlichkeit zum Verdeckten Ermittler) kodifiziert und damit rechtlich eingehegt, nicht aber untersagt werden. Vielmehr lässt der neue § 110c Abs. 1 StPO-E relativ viel Spielraum, einen Beschuldigten zwecks Überführung zu einer Straftat zu verleiten: Erforderlich sind nurmehr „hinreichende Anhaltspunkte“ dafür, dass dieser „zur Begehung von Taten dieser Art [generell]<sup>24</sup> bereit ist“. Zudem darf das Verleiten zur Tatbegehung nicht durch „erhebliches Einwirken“ auf das Ermittlungsobjekt erfolgen und muss die von Staats wegen provozierte Straftat „nach Art und Schwere in einem angemessenen Verhältnis“ zum straftatbezogenen Anlass und Zweck der Ermittlungen stehen. Kategorisch ausgenommen sind Fälle, in denen der Beschuldigte

<sup>11</sup> Durch das StVÄG 1999 (BGBl. I 2000, S. 1253).

<sup>12</sup> Wie hier u.a. *Fezer*, JZ 1995, 972; *Lagodny*, StV 1996, 167 (171); *Rogall*, JZ 1996, 260 (262); *Schneider*, NStZ 2004, 359; ausführlich *Baron*, Zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit des Einsatzes verdeckt ermittelnder Personen und Vorschlag einer umfassenden gesetzlichen Regelung, 2002, S. 107 ff.; *Duttge*, JZ 1996, 556 ff.

<sup>13</sup> Anlage D zu den RiStBV.

<sup>14</sup> Vgl. BGHSt 32, 115 (121 ff.); 41, 42 (44); 45, 321 (324); zuletzt nachdrücklich *BGH*, NStZ 2023, 560 (561 f.).

<sup>15</sup> *BVerfG*, NStZ 2000, 489 (490): Erfordernis einer speziellen Gesetzesgrundlage „spätestens“ bei gezielten Nachfragen zu spontanen Äußerungen eines Zeugen.

<sup>16</sup> Ziff. I. 1.2. und 2.2. der „Gemeinsamen Richtlinien“ (o. Fn. 13).

<sup>17</sup> So aber die Entwurfsbegründung zum OrgKG 1992, BT-Drs. 12/989, S. 41.

<sup>18</sup> Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Oktober 2015, S. 83; siehe auch schon *Duttge*, JZ 1996, 556 (563): keine „Flucht in das Privatrecht“.

<sup>19</sup> Vgl. *EGMR*, NJW 2015, 3631 (3633); 2021, 3515 (3520); *Schneider*, NStZ 2023, 325 (326); näher *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als

Ermittlungsmaßnahme: rechtliche Grenzen der Beweiserhebung und Beweisverwertung beim Einsatz polizeilicher Lockspitzel im Strafverfahren, 2014, S. 131 f., 136.

<sup>20</sup> Zuletzt näher *Schneider*, NStZ 2023, 325 (331 ff.).

<sup>21</sup> So bereits die Expertenkommission (o. Fn. 18), S. 86; siehe auch *Esser*, StV 2021, 383 ff.; *Jahn/Hübner*, StV 2020, 207 ff. sowie *Jahn/Gazeas/Hübner*, StV 2023, 414 ff. (mit eigenem Regelungsvorschlag); *Weigend*, KriPoZ 2022, 131, 134.

<sup>22</sup> Siehe z.B. *Jahn/Kudlich*, JR 2016, 54 ff.: „Spaltprozesse in Strafsachen beim BGH“; vernichtende Kritik bei *J. Fischer*, GA 2023, 263 (277): „Die eigentliche Aufgabe der Rechtsprechung ist nicht die unreflektierte Subsumtion unter die Begrifflichkeiten des EGMR [...], sondern die methodisch vertretbare Einpassung der Konventionsvorgaben in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte Rechtssystem.“

<sup>23</sup> „Mehr Fortschritt wagen“. Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, November/Dezember 2021, S. 106, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/bregde/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800> (zuletzt abgerufen am 6.5.2024).

<sup>24</sup> Zusatz durch *Verf.*

das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die persönliche Freiheit anderer gefährden würde. In formell-rechtlicher Hinsicht ist grundsätzlich ein Richtervorbehalt (auf Antrag der Staatsanwaltschaft) vorgesehen; bei Gefahr im Verzug soll die Staatsanwaltschaft jedoch die Anordnung – bei deren Befristung auf maximal drei Werk-tage – selbst treffen können (§ 110c Abs. 2 S. 3, 4 StPO-E). Als „rechtsstaatswidrig“ definiert Abs. 3 von § 110c StPO-E freilich nur jene Fälle, in denen eine V-Person oder ein Verdeckter Ermittler „in einer dem Staat zurechenbaren Weise erheblich“ auf den Beschuldigten einwirkt, um dessen Tatbereitschaft zu wecken oder die Tatplanung „wesentlich zu intensivieren“. Inso-weit sieht der Gesetzentwurf ein von Amts wegen zu be-achtendes Verfahrenshindernis vor,<sup>25</sup> während bei sonsti-gen („einfachen“) Gesetzesverstößen die Rechtsfolge nicht ausdrücklich bestimmt wird.

Das Handeln von Personen, die keiner Strafverfolgungs-behörde angehören<sup>26</sup> und vertraulich [...] in der Regel auf längere Zeit bei der Aufklärung von Straftaten unter Füh-rung der Strafverfolgungsbehörde unterstützen[d]“ wir-ken“ (und deren „Identität grundsätzlich geheim gehalten wird“, neue Legaldefinition in § 110b Abs. 1 StPO-E), soll im geplanten neuen Gesetz wie folgt normiert werden: Erstens ist das Anwendungsspektrum nicht auf den Straf-tatenkatalog beschränkt, der bereits nach geltendem Recht den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers ermöglicht (§ 110a Abs. 1 S. 1 StPO, vgl. § 110b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a bis d StPO-E), sondern in einer Hinsicht erweitert: Der Gesetzgeber erlaubt eine Einsatzmöglichkeit auch bei der Aufklärung anderer Delikte (selbst Vergehen), wenn auf „zureichender“ Tatsachenbasis mit einer „wiederhol-ten Begehung gleichartiger Straftaten von erheblicher Be-deutung“ unter ernstlicher Gefährdung der „Erfüllung öf-fentlicher Aufgaben oder [der] Sicherheit der Bundesre-publik Deutschland“ oder mit der Folge eines „erhebli-chen Schaden[s] für die Allgemeinheit oder [...] der] Schä-digung einer großen Zahl von Personen“ zu rechnen ist (§ 110b Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. a und b StPO-E). Der Gesetz-geber denkt dabei „insbesondere“ an „schwerwiegende Cyberangriffe auf ... digitale Infrastrukturen“ oder an „bestimmte Formen des Betrugs“ bei serienmäßiger Tat-begehung.<sup>27</sup> Sollten V-Personen – was außerdem zulässig ist – eingesetzt werden „zur Aufklärung von Verbrechen [...], soweit auf Grund bestimmter Tatsachen die Gefahr der Wiederholung besteht“ (§ 110b Abs. 2 S. 2 StPO-E), ist – wie auch schon bisher bei Verdeckten Ermittlern (§ 110a Abs. 1 S. 2 StPO) – die Subsidiaritätsklausel zwecks Gewähr der notwendigen Verhältnismäßigkeit strenger gefasst als im Falle des Straftatenkatalogs (vgl. § 110a Abs. 1 S. 4 StPO bzw. § 110b Abs. 2 S. 4 StPO-E: „wenn die besondere Bedeutung den Einsatz gebietet und andere Maßnahmen aussichtslos wären“).

Zweitens will der Gesetzgeber aus dem Kreis möglicher V-Personen solche ausgeschlossen wissen, die mit Blick auf bestimmte enumerativ aufgezählte persönliche Eigen-schaften oder soziale Gegebenheiten kategorisch (vgl. § 110b Abs. 6 Nr. 1 StPO-E: „darf nicht“) oder zumindest regelhaft (vgl. § 110b Abs. 6 Nr. 2 StPO-E) als ungeeignet erscheinen. Zu den erstgenannten soll die fehlende volle Geschäftsfähigkeit (lit. a), das Bestehen eines Zeugnisver-weigerungsrechts aus §§ 53, 53a StPO (Berufsgeheimnis-träger, lit. b), eine substantielle finanzielle Abhängigkeit von der Entlohnung für die V-Mann-Tätigkeit (lit. c: „auf Dauer ... wirtschaftliche Lebensgrundlage“), die Teil-nahme an einem Aussteigerprogramm (bei diesbzgl. Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden, lit. d) und die Stellung als Parlamentarier oder Mitarbeiter eines solchen (lit. e) zählen. Dagegen sind „in begründeten Ausnahmefällen“<sup>28</sup> Personen nicht ausgeschlossen, deren „kumula-tive aktive Einsatzzeit als Vertrauensperson“ bereits mehr als zehn Jahre beträgt (lit. a) oder die (mit Kenntnis der Strafverfolgungsbehörde) schon für einen Nachrichten-dienst im Einsatz sind (lit. b). Dementsprechend „soll“ ein bereits laufender Einsatz im Falle der nachträglichen Fest-stellung einer parallelen nachrichtendienstlichen Tätig-keit (§ 110b Abs. 8 S. 1 Nr. 4 StPO-E) bzw. der überlangen Einsatzzeit beendet werden (§ 110b Abs. 8 S. 1 Nr. 3 StPO-E); Gleiches will der Gesetzgeber berücksichtigt wissen bei „wissentlich falschen Informationen“ (Nr. 1), „wiederholt vorwerfbarer“ Missachtung von Weisungen der Strafverfolgungsbehörden<sup>29</sup> oder Missachtung der Vertraulichkeit (Nr. 2) sowie dann, wenn sich die V-Per-son „im Rahmen des Einsatzes strafbar gemacht hat“ (Nr. 5). Schließlich ist es V-Personen bereits nach gelten-dem Recht untersagt, Straftaten zu begehen,<sup>30</sup> wenngleich eine ausdrückliche Regelung vergleichbar mit jener für Verdeckte Ermittler (vgl. § 110c S. 3 StPO bzw. § 110a Abs. 8 S. 3 StPO-E) fehlt. Eine bloß „grundsätzliche“ Pflicht zur Beendigung des Einsatzes ist für den Fall einer Beteiligung der V-Person an der aufzuklärenden Tat vor-gesehen (§ 110b Abs. 8 S. 2 StPO-E). Hier hält es der Ge-setzgeber für denkbar, dass die Ermittlungsbehörden den Einsatz „ausnahmsweise“ fortsetzen dürfen, wenn etwa die betreffende Tatbeteiligung „im Verhältnis zur aufzu-klärenden Tat nicht schwer wiegt“<sup>31</sup>. Im Bundeszentral-register eingetragene (abgeurteilte) Vortaten erfordern, selbst wenn diese zu einer Freiheitsstrafe geführt haben, lediglich eine „gesonderte Begründung“ vor Beauftra-gung zu solcher Unterstützungstätigkeit (vgl. § 110b Abs. 7 S. 5 Nr. 2 StPO-E), ebenso eine „aktive Einsatz-zeit“ von mehr als fünf Jahren (Nr. 1) oder das Bestehen von „Mehrfacheinsätzen“ dieser V-Person (Nr. 3). Für einen Teil der vorstehend benannten Sachverhalte, die ge-nerell oder jedenfalls ab Feststellung einem (fortgesetz-ten) Einsatz (zumindest tendenziell) entgegenstehen, ver-langt der Gesetzgeber eine gesonderte Zulässigkeitsprü-

<sup>25</sup> Dazu auch BT-Drs. 20/11312, S. 39 f.

<sup>26</sup> Im Gegensatz zu Verdeckten Ermittlern, vgl. § 110a Abs. 1 StPO-E: „Beamte des Polizeidienstes“.

<sup>27</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 27.

<sup>28</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 30.

<sup>29</sup> Weil die V-Person nicht auf eigene Faust ermitteln soll, denn es ist stets „Aufgabe der Staatsanwaltschaft, die Ermittlungen in einem Strafverfahren zu leiten“: BT-Drs. 20/11312, S. 33.

<sup>30</sup> Bekräftigt in BT-Drs. 20/11312, S. 33.

<sup>31</sup> Vgl. BT-Drs. 20/11312, S. 34 mit Beispiel: Bildung einer kriminellen Vereinigung nach § 129 Abs. 1 S. 2 StGB könne „im Einzelfall bereits recht schnell verwirklicht sein“.

fung schon vor Beauftragung wie auch fortlaufend vom Beginn der Tätigkeit an (§ 110b Abs. 7 S. 1-4 StPO-E).

Drittens bedarf es nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* einer unbedingten Beachtung des sog. „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“ bei jedweder Zwangsmaßnahme, mithin auch beim Einsatz von V-Personen und Verdeckten Ermittlern: Zuvor bestand über längere Zeit hinweg bekanntlich die Fehlvorstellung, als sei die mögliche Betroffenheit jener menschenwürdigen Sphäre höchstpersönlicher Privatheit lediglich beim „Großen Lauschangriff“ denkbar (vgl. § 100d StPO)<sup>32</sup>. Im Anschluss entdeckte der Gesetzgeber erst sukzessive – unter maßgeblicher Mithilfe des *BVerfG*<sup>33</sup> – weitere mögliche Anwendungskontexte wie zuletzt auch den hier gegenständlichen.<sup>34</sup> § 110b Abs. 4 i.V.m. § 110a Abs. 5 S. 1 des neuen Entwurfs sieht deshalb vor, dass Einsätze der auftragungsgemäß verdeckt ermittelnden Personen „so zu planen und auszuführen [sind], dass ein Eindringen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung der Zielpersonen oder Dritter insoweit ausgeschlossen sind, als sich dieses mit praktisch zu bewältigendem Aufwand im Vorfeld vermeiden lässt“. Verboten ist vor allem die „gezielte Abschöpfung von Informationen aus dem Kernbereich“, wozu „insbesondere die Begründung oder Fortführung einer intimen Beziehung [...] zum Zwecke des Aufbaus oder Erhalts einer Vertrauensbeziehung mit der Zielperson“ zählt (§ 110b Abs. 4 i.V.m. § 110a Abs. 5 S. 3, 4 StPO-E). Werden kernbereichsrelevante Informationen gleichwohl gewonnen, so müssen sie bzw. ihre Datenträger „unverzüglich gelöscht oder auf sonstige Weise vernichtet“ und dürfen nicht weitergegeben oder verwertet werden (§ 110b Abs. 4 i.V.m. § 110a Abs. 6 S. 1-3 StPO-E i.V.m. § 100d Abs. 2 S. 1 StPO). Beim Einsatz von V-Personen obliegt die Prüfung der evtl. Kernbereichsrelevanz der jeweils zuständigen Strafverfolgungsbehörde, d.h. dem jeweiligen V-Mann-Führer (§ 110b Abs. 4 StPO-E)<sup>35</sup>. Zeigen sich während eines Einsatzes Anhaltspunkte dafür, dass in den Kernbereich bei der Zielperson oder eines Dritten eingedrungen worden ist, so darf die Ermittlungsmaßnahme hiernach nur noch fortgeführt werden, „wenn und solange dies zum Schutz von Leben und Leib [der V-Person] oder zur Sicherung des weiteren Einsatzes [...] erforderlich ist (§ 110b Abs. 4 i.V.m. § 110a Abs. 5 S. 5, 6 StPO-E).

Viertens bedingt die Nutzbarmachung von V-Personen zum Zwecke der Aufklärung und Strafverfolgung, dass deren Identität weitreichend geheimgehalten wird. Das „staatliche Geheimhaltungsinteresse“ kollidiert aber in einem Strafverfahren regelmäßig mit der gerichtlichen Auf-

klärungspflicht<sup>36</sup> und dem Konfrontationsrecht der Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK. Der Entwurf kodifiziert hierzu im Kern die bisherige Rechtsprechung: Danach ist im laufenden Strafverfahren „die Geheimhaltung der Identität nach Maßgabe des § 96 [StPO] zulässig, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Offenbarung Leib, Leben, Freiheit oder bedeutende Vermögensgüter der Vertrauensperson [...] oder [ihre] weitere Verwendung [...] gefährden würde und die genannten Gefahren nicht durch Maßnahmen zum Schutz des Zeugen in der Hauptverhandlung beseitigt werden können“ (§ 110b Abs. 10 S. 3 StPO-E). Zu letzteren listet die Begründung des Gesetzentwurfs die bekannten Zeugenschutzvorschriften auf (vgl. §§ 68, 247a, 255a i.V.m. § 58a StPO, §§ 171b, 172 GVG)<sup>37</sup>, ergänzt um ein neues Auskunftsverweigerungsrecht in Zeugenvernehmungen bei begründeter Gefährdung der V-Person in Verlängerung der Schutzvorschrift zur Identitätsfeststellung nach § 68 Abs. 3 StPO (§ 69 Abs. 4 StPO-E). Ergänzend wird ausdrücklich festgehalten, dass eine Verfremdung von Bild und Ton „nicht grundsätzlich ungeeignet [sei], um die Glaubwürdigkeit eines Zeugen und die Glaubhaftigkeit seiner Aussage durch das Gericht zu beurteilen“<sup>38</sup>. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass diese Regelung zur Sperrerklärung im Ganzen „zu mehr Klarheit bei den Rechtsanwendern“ führe.<sup>39</sup>

Fünftens schließlich verheißt die Entwurfsbegründung in formell-rechtlicher Hinsicht zum Einsatz von V-Personen, dass mit den neuen Regelungen „ein Richtervorbehalt eingeführt und die Einsätze [...] einer regelmäßigen richterlichen Kontrolle unterstellt“ werden.<sup>40</sup> Entgegen einer insoweit missverständlichen Behauptung gilt dies allerdings nicht für „alle Einsätze“<sup>41</sup>, wengleich § 110b Abs. 3 S. 1 StPO-E grundsätzlich eine ermittlungsrichterliche Anordnung (auf Antrag der zuständigen Staatsanwaltschaft)<sup>42</sup> verlangt. Allerdings will der Gesetzgeber zugleich eine Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft (§ 110b Abs. 3 S. 2 StPO-E) und sogar eine solche auch der Polizei anerkennen, wenn „die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden“ könne (§ 110b Abs. 3 S. 3 StPO-E). Obgleich der Gesetzgeber einräumt, dass letzteres mit Blick auf die Eildienste der Staatsanwaltschaften nur in „selten vorkommenden Ausnahmefällen“ relevant werden dürfte, sollen diese Eilkompetenzen notwendig sein, „um in besonderen Situationen die V-Personen oder die Ermittlungen nicht erheblich zu gefährden“<sup>43</sup>. Ohne hoheitliche Anordnung gleichsam „aus eigenem Recht“ darf die V-Person jedoch nicht tätig werden: Denn sie „ist

<sup>32</sup> Angestoßen durch BVerfGE 109, 279 (313 ff.).

<sup>33</sup> Vgl. BVerfGE 120, 274 (335 ff.) zur Online-Durchsuchung; 124, 43 (69 f.) zur Beschlagnahme von Emails; 129, 208 (245 ff.) zur Telekommunikationsüberwachung; schon frühzeitig im Sinne einer Verallgemeinerung der Kernbereichsdoktrin für sämtliche Zwangsmaßnahmen: *Warnjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007.

<sup>34</sup> Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 9.12.2022 – 1 BvR 1345/21 – NVwZ-Beilage 2023, 37 ff.

<sup>35</sup> Siehe auch *BVerfG*, NVwZ-Beilage 2023, 37 (43 Rz. 118): Zuvor habe diese Frage auch die V-Person selbst vor Weitergabe der Information an den V-Mann-Führer zu prüfen.

<sup>36</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 2, 12.

<sup>37</sup> Die auch in Kombination anwendbar sind, so auch BT-Drs. 20/11312, S. 36.

<sup>38</sup> Ebd.; zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer audiovisuellen und/oder optischen Abschirmung von Zeugen in der Hauptverhandlung bereits *BGH*, NJS 2003, 74 ff.; *NStZ* 2005, 43; 2006, 648 f.; *NJW* 2007, 1475 f.; a.A. noch *BGHSt* 32, 115 (124).

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 13.

<sup>41</sup> So BT-Drs. 20/11312, S. 27.

<sup>42</sup> Um sicherzustellen, dass der Einsatz einer V-Person auch aus Sicht der „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ durchgeführt werden soll (BT-Drs. 20/11312, S. 28).

<sup>43</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 28.

keine staatliche Stelle und kann daher auch keine Ermittlungsmaßnahmen einleiten<sup>44</sup>. Die im Rahmen der Eilbedürftigkeit von Exekutivorganen vorläufig autorisierten Anordnungen bedürfen innerhalb von drei Werktagen einer gerichtlichen Zustimmung; andernfalls ist der jeweilige V-Mann-Einsatz zu beenden (§ 110b Abs. 3 S. 4 StPO-E). Jede Anordnung (und ggf. Verlängerung) muss dokumentiert oder protokolliert werden, „um eine spätere Überprüfbarkeit zu ermöglichen“<sup>45</sup>, und zwar unter Angabe der „wesentlichen Abwägungsgesichtspunkte“; insbesondere müssen „einzelfallbezogen“ dargelegt werden „die Tatsachen, die den Verdacht begründen“ und „die wesentlichen Erwägungen zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit“<sup>46</sup> des Einsatzes“ (§ 110b Abs. 3 S. 7, 8 lit. a und b StPO-E).

### III. Kritische Würdigung des Regelungsentwurfs

Es ist nach Maßgabe des Ideals einer rechtsstaatlichen, grundrechtssensibel verfassten Strafrechtsordnung nicht hoch genug wertzuschätzen, dass V-Personen nunmehr aus dem Graubereich der Polizeipraxis in das helle Licht einer formalisierten Rechtskontrolle gerückt werden sollen. Dass sich die Rechtspolitik dazu allerdings erst durch fragwürdige Vorkommnisse gedrängt sieht, die in der Gesetzesbegründung punktuell benannt werden (NSU-Verfahren, Attentat am Berliner Breitscheidplatz)<sup>47</sup>, offenbart eine sehr späte Einsicht. Eine gewisse Schiefelage zeigt die Begründung bei der generellen Beschreibung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundwerte insofern, als hier nur pauschal von einem „Spannungsverhältnis von effektiver Strafverfolgung und rechtsstaatlich gebotener Transparenz und Kontrolle“ die Rede ist, für die ein „angemessener Ausgleich“ geschaffen werden müsse.<sup>48</sup> Die evtl. Betroffenheit des „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“ entzieht sich jedoch dem relationalen – und deshalb stets relativierenden – Abwägungspostulat, denn hier ist dem gesetzgeberischen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum im Lichte des Art. 1 Abs. 1 GG eine unübersteigbare Grenze gezogen.<sup>49</sup> Vergleichbares gilt für den Bedeutungsgehalt des sog. Vorbehalts des Gesetzes, der aus Gründen des Rechtsstaats- wie Demokratieprinzips bei „grundrechtswesentlichen“ Vorgängen<sup>50</sup> ein Tätigwerden des parlamentarischen Gesetzgebers zwingend verlangt. Es irritiert daher, dass der Gesetzgeber zwar das bundesverfassungsgerichtliche Diktum von der potentiell schwerwiegenden grundrechtlichen Betroffenheit beim Einsatz von V-Personen rezitiert,<sup>51</sup> aber an keiner Stelle – als Konsequenz hieraus – den Vorbehalt des Gesetzes klar

und unmissverständlich benennt.

Zu den vorgeschlagenen Regeln bzgl. des Kernbereichsschutzes sticht ausnehmend positiv ins Auge, dass mit § 110b Abs. 4 i.V.m. § 110a Abs. 5 S. 1 StPO-E eine genuine Pflicht zur vorausschauenden kernbereichswahrenden Planung im Vorfeld der Ermittlungsmaßnahme geschaffen werden soll. Auch wenn sich dadurch nachfolgende Eingriffe nicht gänzlich ausschließen lassen, gilt grundrechtsschonend die Devise der Risikominimierung und nimmt die Regelung den Strafverfolgungsbehörden die leichte Ausrede des achselzuckenden Nichtvermeidkönnens. Allerdings ist der Kernbereichsschutz hier verglichen mit dem Muster des „Großen Lauschangriffs“ (vgl. § 100d Abs. 4 S. 1 StPO) deutlich relativiert: Während herkömmlicherweise die Zulässigkeit des Einsatzes von einer Wahrscheinlichkeitsprognose<sup>52</sup> des Nichteingreifens in den Kernbereich abhängig ist, stellt der aktuelle Regelungsentwurf das Erfordernis der „negativen Kernbereichsprognose“<sup>53</sup> unter den Vorbehalt des „praktisch zu bewältigenden Aufwands“. An sich wirkt diese Einschränkung pragmatisch-vernünftig, weil von den Strafverfolgungsbehörden keine größere Voraussicht verlangt werden kann, als tatsächlich leistbar ist. Wenn der Gesetzgeber dies jedoch – abweichend von § 100d Abs. 4 S. 1 StPO – eigens betont, so kann dies nur den Sinn einer Relativierung des Einsatzverbots (mit unklarer Reichweite: welcher „Aufwand“ ist geboten, welcher nicht?)<sup>54</sup> haben, oder mit anderen Worten: Beim Einsatz von V-Personen (und Verdeckten Ermittlern) soll offenbar ein höheres Risiko in Kauf genommen werden, im Rahmen der verdeckten Ermittlungstätigkeiten u.U. selbst den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu tangieren. Wie sich das mit der Strenge der absoluten Unantastbarkeit nach Art. 1 Abs. 1 GG (verfassungskonform) vereinbaren lassen soll, bleibt jedoch unerfindlich.<sup>55</sup> Unnötige Zweifelsfragen wirft zudem der Umstand auf, dass das Unterbrechungsgebot des § 110a Abs. 5 S. 5 (i.V.m. § 110b Abs. 4) StPO-E bei „tatsächlichen Anhaltspunkten“ für ein evtl. Eindringen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung anders als § 100d Abs. 4 S. 2 StPO keine „unverzögliche“ Befolgung verlangt.

Die seit langem bestehenden Unsicherheiten darüber, nach welchen Kriterien sich überhaupt die metaphorische Rechtsfigur des „Kernbereichs“ willkürfrei-rational konkretisieren lässt,<sup>56</sup> hat im neuen Gesetzentwurf in einem Punkt eine lobenswerte Abmilderung erfahren: Danach gilt „die Begründung oder die Fortführung einer intimen

<sup>44</sup> BT-Drs. (ebd.).

<sup>45</sup> BT-Drs. (ebd.).

<sup>46</sup> Die Intention des Gesetzgebers ist, dass anhand dieser Angaben insbesondere nachvollziehbar werden soll, ob andere Maßnahmen erwogen wurden, die weniger stark in Grundrechte eingreifen, sowie die Gründe dafür, warum diese nicht gewählt wurden: BR-Drs. 125/24, S. 29.

<sup>47</sup> Vgl. BT-Drs. 20/11312, S. 1.

<sup>48</sup> Ebd.

<sup>49</sup> Erinnert sei nur an *BVerfG*, NWvZ-Beilage 2023, 37 (40 Rz. 102): „Der verfassungsrechtliche Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung [...] sichert einen dem Staat nicht verfügbaren Menschenwürdekern grundrechtlichen Schutzes gegenüber solchen Maßnahmen. Selbst überragende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen“.

<sup>50</sup> Zum verfassungsrechtlichen Fundament näher *Duttge*, Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozeßrecht, 1995, S. 107 ff. (m.w.N.).

<sup>51</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 2.

<sup>52</sup> Siehe z.B. *Rückert*, in: *MüKo-StPO*, 2. Aufl. (2023), § 110d Rn. 26.

<sup>53</sup> *Löffelmann*, ZIS 2006, 87 (90 f.); *Hartmann*, in: *HK-StPO*, 5. Aufl. (2022), § 100d StPO Rn. 9 ff.

<sup>54</sup> *Zöller* verlangt mit Recht konkrete Kriterien, um die ansonsten naheliegende pauschale Behauptung eines Mangels an personellen und sachlichen Ressourcen zu unterbinden: ZRP 2024, 79 (80).

<sup>55</sup> Wie hier auch die Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises v. Januar 2024, Ziff. 4, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/2024/01/23/referentenentwurf-zur-regelung-des-einsatzes-von-verdeckten-ermittlern-und-vertrauenspersonen-sowie-zur-tatprovokation-2/> (zuletzt abgerufen am 6.5.2024).

<sup>56</sup> Dazu eingehend *Warnjen* (o. Fn. 33).

Beziehung oder vergleichbar engster persönlicher Bindungen“ zu dem Zweck, diese sodann für strafrechtliche Ermittlungen und die Strafverfolgung auszunutzen, als strikt unzulässig (§ 110a Abs. 5 S. 4 StPO-E, ggf. i.V.m. § 110b Abs. 4). Allerdings referiert der Gesetzgeber insoweit ausschließlich (wörtlich) das *BVerfG*<sup>57</sup>, ohne zu erkennen zu geben, auf Basis welchen generellen „Kernbereichs“-Konzepts sich diese Konkretisierung eigentlich begründen lassen soll.<sup>58</sup> Obgleich vom „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ in der StPO inzwischen verschiedentlich – mit erheblicher praktischer Bedeutung – die Rede ist, demonstriert der Gesetzgeber aufs Neue seine Ideenarmut und Bereitschaft, die eigentlich ihm obliegende Grenzmarkierung der Rechtsprechung zu überlassen. Geradezu selbstwidersprüchlich wirkt es im Lichte dieses spezifischen Schutzanspruchs gegenüber privaten Beziehungen, wenn es der Rekrutierung einer V-Person nicht entgegenstehen soll, dass diese aus dem unmittelbaren familiären Umfeld entstammt (anders dagegen für Berufsgeheimnisträger § 110b Abs. 6 Nr. 1 lit. b StPO-E): Bei allem Verständnis für die *in praxi* potentiell hohe „Nützlichkeit“ von nahestehenden Angehörigen setzt sich der Gesetzgeber damit über seine grundrechtlichen Bindungen aus Art. 6 Abs. 2, 3 GG einfach hinweg<sup>59</sup> und kann nicht erklären, warum zwar das täuschende Begründen eines Näheverhältnisses, nicht aber das Ausnutzen eines bereits Bestehenden mit täuschendem Vertrauensbruch gegenüber der Zielperson tabu sein soll.

Unvollständig geregelt sind die Folgen eines Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung insofern, als § 110b Abs. 4 bzw. § 110a Abs. 6 S. 2 StPO-E auf § 100d Abs. 2 StPO verweisen, der ein Verbot der „Verwertung“ von hieraus gewonnenen Informationen enthält. Die Rechtsprechung des *BVerfG* verbietet jedoch jedwede „Verwendung“ (jedenfalls im Kontext von Strafverfahren), auch etwa als Ermittlungs- und Spurenansatz, so dass eine Nutzung für anderweitige Ermittlungen gleichermaßen ausscheidet: „Es [scil.: das Verwertungsverbot] ist umfassend“<sup>60</sup>. Infolgedessen hätte zur Vermeidung von Missverständnissen besser klargestellt werden sollen, dass nicht etwa allein die Nichtverwertung im laufenden Verfahren bis zur Urteilsfindung, sondern eine allumfassende Nichtverwendbarkeit<sup>61</sup> gemeint ist.<sup>62</sup> Schließlich bildet es einen wesentlichen Unterschied, ob die rechtliche „Bemakelung“ allein den konkreten Verfahrensanlass betrifft oder aber von genereller Natur ist.<sup>63</sup> Im Übrigen

ist die Verweisungsvorschrift des § 110a Abs. 6 S. 3 StPO-E insofern unglücklich formuliert, als sie sich irrtümlich auch als Ergänzung lediglich der Dokumentationsregelung aus S. 3 von § 100d StPO missverstehen lässt: Erst die Entwurfsbegründung löst dahingehende Zweifel auf.<sup>64</sup>

Nach Maßgabe des rechtsstaatlichen Ideals eines grundsätzlich offenen Ermittlungshandelns der Strafverfolgungsorgane<sup>65</sup> und im Lichte der unverzichtbaren grundrechtlichen Sensibilität (Übermaßverbot) müssen heimliche Überwachungsmaßnahmen auf „den Schutz der Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter“ begrenzt sein. Für strafverfolgende Maßnahmen „kommt es auf das Gewicht der verfolgten Straftaten an, die der Gesetzgeber insoweit in – jeweils näher bestimmte – erhebliche, schwere und besonders schwere Straftaten eingeteilt hat“<sup>66</sup>. Bei potentiell besonders eingriffsintensivem Ermittlungshandeln – wozu auch der Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V-Personen zählt<sup>67</sup> – sucht der Gesetzgeber die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht nur durch Begrenzung des abstrakten Straftatenkatalogs sicherzustellen, sondern zusätzlich dadurch, dass die Tat „auch im Einzelfall schwer wieg[en]“ müsse (vgl. §§ 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 100b Abs. 1 Nr. 2, 100c Abs. 1 Nr. 2, 100f Abs. 1, 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 100k Abs. 1 S. 1 StPO)<sup>68</sup>. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund sind die Anwendungsfelder für den Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V-Personen deutlich zu weit gefasst.<sup>69</sup> Denn sie benennen nur pauschal ganze Deliktsfelder und nehmen damit das Einbeziehen weniger schwerwiegender Taten in Kauf. Zudem wird von vornherein auf das Erfordernis einer auch im konkreten Einzelfall notwendigen „besonderen Schwere“ verzichtet, so dass beispielsweise auch schon der Anfangsverdacht für einen „gewerbsmäßig“ begangenen Diebstahl oder eine „gewohnheitsmäßig“ begangene Jagdwilderei genügt (vgl. §§ 110a Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 110b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. c StPO-E). Ungereimt ist ferner die Vermischung mit präventiv-polizeilichen Zwecksetzungen, wie sie im Kontext eines Einsatzes „zur Aufklärung von Verbrechen“ bei Bestehen einer Wiederholungsgefahr begegnet (§§ 110a Abs. 2 S. 2, 110b Abs. 2 S. 2 StPO-E)<sup>70</sup>. Für V-Personen sieht § 110b Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Nr. 1 lit. b StPO-E sogar eine Einsatzmöglichkeit zur Verfolgung von Vergehen vor, sofern „die wiederholte Begehung gleichartiger Straf-

<sup>57</sup> *BVerfG*, NVwZ-Beilage 2023, 37 (41 Rz. 107).

<sup>58</sup> Vgl. BT-Drs. 20/11312, S. 21 f.

<sup>59</sup> Was im Recht der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen durchaus (schlechte) „Tradition“ hat, vgl. z.B. §§ 100b Abs. 3 S. 3, 100c Abs. 2 S. 3, 100f Abs. 3 StPO; siehe bereits *Dutge*, JZ 1999, 261 (263 f.).

<sup>60</sup> *BVerfGE* 129, 208 (249) zur TKÜ; siehe auch *BVerfGE* 109, 279 (332) zur Wohnraumüberwachung.

<sup>61</sup> Zur begrifflichen Unterscheidung bspw. *Weil*, Verwendungsregelungen und Verwertungsverbote im Strafprozess, 2021, S. 26 f.

<sup>62</sup> Wie hier auch *T. Walter*, Stellungnahme zum Referentenentwurf v. 25.1.2024, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023\\_V-Personen.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_V-Personen.html) (zuletzt abgerufen am 6.5.2024).

<sup>63</sup> So bereits *Dencker*, in: Meyer-Goßner FS 2001, S. 237 ff., 255; eingehende Darstellung von *Schinkel*, Strafprozessuale Verwendungsverbote, 2017; s. auch *Gössel*, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2016), Einl. Abschnitt L Rn. 29 f.: „Verwertung“ ist Unterbegriff zum Oberbegriff der „Verwendung“.

<sup>64</sup> Vgl. BT-Drs. 20/11312, S. 23: „Hieraus ergibt sich ein Verwertungsverbot...“.

<sup>65</sup> Vgl. *BVerfGE* 118, 168 (197); 120, 274 (325): „In einem Rechtsstaat ist Heimlichkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen die Ausnahme und bedarf besonderer Rechtfertigung“.

<sup>66</sup> *BVerfGE* 141, 220 (270).

<sup>67</sup> So bereits ausdrücklich *BVerfGE* 141, 220 (290): „sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe“.

<sup>68</sup> Dieses Erfordernis hat das *BVerfG* in seinem Urteil zum „Großen Lauschangriff“ etabliert: *BVerfGE* 109, 279 (346 f.).

<sup>69</sup> Ebenso *Zöller*, ZRP 2024, 79 (81).

<sup>70</sup> Wie hier auch die Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises (o. Fn. 55).

taten“ mit potentiell „erheblichem Schaden für die Allgemeinheit“ zu befürchten ist: Diese unbestimmt weite Fassung des Anwendungsbereichs würde beispielsweise auch die wiederholte Beschädigung von Kunstgegenständen durch sog. „Klimakleber“ (vgl. § 304 Abs. 1 StGB) oder den wiederholten Missbrauch von Notrufen (§ 145 Abs. 1 Nr. 1 StGB) durch Jugendliche/Heranwachsende nicht ausschließen.

Anders als von der Gesetzesbegründung suggeriert<sup>71</sup> ist die formell-rechtliche Absicherung der Rechtskontrolle in Gestalt des Richtervorbehalts eher schwach ausgeprägt: Zwar verlangt § 110b Abs. 3 StPO-E im Ausgangspunkt eine grundsätzliche Legitimation des Einsatzes von V-Personen durch den Ermittlungsrichter; diese „scheinbare verfahrensrechtliche Strenge“<sup>72</sup> kann jedoch bei „Gefahr im Verzug“ weitreichend unterlaufen werden bis hin zu einem Verzicht selbst auf eine staatsanwaltschaftliche Anordnung. Der Gesetzgeber begründet dies mit der vagen Idee, dass „in besonderen Situationen die V-Personen oder die Ermittlungen nicht erheblich [...] gefährde[t]“ werden dürften.<sup>73</sup> Mit anderen Worten sollen also letztendlich die rechtsstaatlichen Erfordernisse doch den Strafverfolgungsinteressen geopfert werden.<sup>74</sup> Wenn dies mit Rücksicht auf die Eildienste der Staatsanwaltschaften nur für „selten vorkommende Ausnahmefälle“<sup>75</sup> gedacht ist, dann hätte es nahegelegen, diese in sehr überschaubarem Umfang befürchtete Einbuße um der Rechtsstaatlichkeit der „Normalfälle“ willen zu akzeptieren,<sup>76</sup> zumal die kompensationshalber vorgesehene Begründungspflicht bzgl. der Nichterreichbarkeit des staatsanwaltschaftlichen Eildienstes<sup>77</sup> – aus dem Gesetz nicht explizit zu entnehmen – eine tatsächliche Begrenzung auf „begründete Ausnahmefälle“ nicht sicherstellt. Dass schon das geltende Recht den Richtervorbehalt für Verdeckte Ermittler von vornherein auf spezifische Konstellationen begrenzt (vgl. § 110b Abs. 2 S. 1 StPO), hat den Gesetzgeber bemerkenswerterweise (bei dem jetzt betonten „rechtsstaatlichen Impetus“) nicht zum kritischen Überdenken veranlasst<sup>78</sup> – und entlarvt die Argumentationsweise des Deutschen Richterbundes (von der generell „geringeren Eingriffstiefe“ beim Einsatz von V-Personen)<sup>79</sup> als ersichtlich interessengesteuert: Denn folgerichtig wäre dann – die Richtigkeit des Arguments unterstellt – der Einsatz von Verdeckten Ermittlern erst recht generaliter einer richterlichen Vorabkontrolle zu unterziehen.

Unangemessen großzügig handhabt der Gesetzentwurf auch die Begrenzung der Auswahl von V-Personen, wiewohl der Ansatz als solcher – gleichsam der Versuch einer

Art „personeller Qualitätssicherung“ – großes Lob verdient: Ein näherer Blick auf die geplanten Einzelregelungen weckt jedoch den Eindruck, dass die Selektionskriterien vorwiegend von Effizienzinteressen und weniger von der Idee rechtsstaatlicher Angemessenheit geprägt sind: So werden beispielsweise Personen ausgeschlossen, für die eine Honorierung ihrer Tätigkeit „...auf Dauer ihre wirtschaftliche Lebensgrundlage darstellen“ (§ 110b Abs. 6 Nr. 1 StPO-E), weil die von ihnen generierten Tatsachenbehauptungen dann „nicht unbedingt belastbar sind“<sup>80</sup>. Dass sich das Bestehen eines Interessenkonflikts schon dann aufdrängt, wenn die betreffende Geld- oder Sachleistung überhaupt – und sei es auch nur vorübergehend – zu einer relevanten Einkunftsquelle mutiert, soll dagegen hingenommen werden, weil auf erwerbslose Personen aufgrund ihrer zeitlichen Flexibilität seitens der Strafverfolgungsorgane nicht gänzlich verzichtet werden könne.<sup>81</sup> Eine konsequente Regelung sieht anders aus und könnte sich auch nicht damit begnügen, das unbestimmte prognostische Element im Zusatzerfordernis der „Dauer“ durch eine konkrete Zeitobergrenze explizit festzulegen.<sup>82</sup> Richtigerweise sollte die Begrenzung des Ausschlussgrundes dysfunktionaler Motivation (wirtschaftliche Abhängigkeit)<sup>83</sup> auf das Momentum der „Dauerhaftigkeit“ ersatzlos gestrichen werden,<sup>84</sup> weil das vom Gesetzgeber besorgte Abhängigkeitsverhältnis schon als solches – selbst wenn es nur vorübergehend/kurzzeitig besteht – der Sinnhaftigkeit verdeckter Ermittlungen diametral entgegensteht, und zwar nicht allein in tatsächlicher, sondern ebenso in normativ-legitimatorischer Hinsicht.

Gewisse Friktionen werden sichtbar, wenn die Ausschlussgründe des § 110b Abs. 6 StPO-E mit den Fallgruppen des Abs. 8 verglichen werden, die beschreiben, wann ein bereits laufender Einsatz beendet werden „soll“ (S. 1 Nr. 1-5) bzw. „grundsätzlich zu beenden ... ist“ (S. 2): Denn dass hier unterschiedliche Kriterien zur Anwendung kommen sollen, lässt sich prima vista nicht einsehen, es sei denn, es wird ein relevanter Umstand erst im Laufe eines Einsatzes offenbar. Das ist etwa dann einsichtig, wenn sich die V-Person justament in diesem Rahmen strafbar macht (§ 110b Abs. 8 S. 1 Nr. 5 StPO-E). Soll der Fortführung des Einsatzes aber u.a. die Weitergabe „wissentlich falscher Informationen“ entgegenstehen (Nr. 1), so ist dies ein Grund, bei Bekanntwerden dahingehenden Vorverhaltens bereits von der Auswahl Abstand zu nehmen (siehe dagegen Abs. 6 von § 110b StPO-E: dort nicht erwähnt). Das gilt um so mehr, als die Zulässigkeitsprüfung (in Abs. 7 geregelt) diesen Umstand durchaus einzu beziehen hat (vgl. S. 2, letzter Fall). Hier ist aber im Falle

<sup>71</sup> Vgl. BT-Drs. 20/11312, S. 27: „...sollen alle Einsätze einer gerichtlichen Anordnung bedürfen“.

<sup>72</sup> Treffend Kriminalpolitischer Kreis (o. Fn. 55).

<sup>73</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 28.

<sup>74</sup> In diesem Sinne auch der Deutsche Richterbund (Gutachten: Vertrauenspersonen und Tatprovokationen, 2017, S. 82) mit der irreführenden Erwägung, dass der Einsatz einer Vertrauensperson eine (generell?) „geringere Eingriffstiefe“ aufweise gegenüber dem Handeln eines Verdeckten Ermittlers.

<sup>75</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 28.

<sup>76</sup> Folgerichtig für eine Streichung der polizeilichen Eilzuständigkeit plädierend: Kriminalpolitischer Kreis (o. Fn. 55).

<sup>77</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 28.

<sup>78</sup> Vgl. BT-Drs. 20/11312, S. 21: nur eine „redaktionelle Anpassung“.

<sup>79</sup> Oben Fn. 74.

<sup>80</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 29, siehe auch S. 30: „...kann sich negativ auf den Gehalt der Informationen auswirken, die die V-Person beschaffen soll“.

<sup>81</sup> Siehe dazu auch Zöller, ZRP 2024, 79 (82).

<sup>82</sup> So der Vorschlag von Zöller, ZRP 2024, 79 (82): Orientierung an der Einsatzhöchstfrist von drei Monaten nach § 110b Abs. 3 S. 5 StPO-E (unter Ausblenden der Verlängerungsmöglichkeit von „jeweils nicht mehr als drei [weiteren] Monate[n]“, vgl. S. 6).

<sup>83</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 30.

<sup>84</sup> Wie hier auch der Kriminalpolitische Kreis (o. Fn. 55).

einer Negativprognose von dem Einsatz der V-Person nicht etwa per se,<sup>85</sup> sondern erst dann abzusehen, wenn sich „im Rahmen einer Gesamtschau [...] begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit“ dieser Person ergeben (vgl. S. 4). Unklar bleibt, warum hier die sich eigentlich aufdrängende Rechtsfolge erst von einer „Gesamtwürdigung“ (mit unvorhersehbarem Resultat) abhängig sein soll, wo doch „positive Gegengründe“ – gerade aus Sicht einer effizienzorientierten Strafverfolgung – kaum vorstellbar sind. Mit Blick auf die gebotene Rechtsstaatlichkeit ist es im Übrigen nicht einsichtig, was den Unterschied ausmachen soll zwischen einer Straftatbegehung der V-Person „im Rahmen des Einsatzes“ (vgl. § 110b Abs. 8 S. 1 Nr. 5 StPO-E), einer Tatbeteiligung sogar „an der aufzuklärenden Tat“ (vgl. § 110b Abs. 8 S. 2 StPO-E) und einer strafrechtlichen Auffälligkeit bereits im Vorfeld, selbst bei „Verurteilungen ... zu Freiheitsstrafen“ (vgl. § 110b Abs. 7 S. 5 Nr. 2 StPO-E: lediglich gesonderte Begründungspflicht)<sup>86</sup>.

Dass der Gesetzgeber auch die Fundamentalproblematik zwischen Geheimhaltung (Identitätsschutz der V-Person) und Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (Wahrheitsfindung und Verteidigungsrecht des Beschuldigten) gesetzlich festlegen will, ist ungeachtet des schon seit langem etablierten Richterrechts hingegen zu begrüßen. Zudem findet sich mit § 110b Abs. 3 S. 3 StPO für den Verdeckten Ermittler ohnehin bereits eine entsprechende Regelung, so dass es mehr als naheliegt, eine Parallelvorschrift auch für den Identitätsschutz von V-Personen zu schaffen. Der hierzu vorgeschlagene § 110b Abs. 10 S. 3 StPO-E bestätigt im Ausgangspunkt die Möglichkeit einer „Sperrklärung“ durch die oberste Dienstbehörde (das Innenministerium) nach Maßgabe des § 96 StPO und stellt klar, dass andere – im Lichte des beweisrechtlichen Unmittelbarkeitsgrundsatzes mildere – „Maßnahmen zum Schutz des Zeugen in der Hauptverhandlung“ vorrangig bedacht werden müssen. Diese im Entwurf mit einigem Selbstlob bedachte „Klarstellung“<sup>87</sup> hat für die Strafjustiz allerdings nur einen bescheidenen Nutzen, weil sie evtl. Fehler der (schutz- und geheimhaltungsverpflichteten) Exekutive nur in einer Gegenvorstellung zur Sprache bringen kann, ansonsten aber deren Positionierung notgedrungen akzeptieren muss.<sup>88</sup> Noch mehr an Klarheit könnte der Gesetzgeber jedenfalls dadurch schaffen, dass er die bislang allein durch richterrechtliche Schöpfung er-

öffnete<sup>89</sup> Option der akustischen und optischen Verfremdung explizit legalisiert.<sup>90</sup> Ob schon die (reale, auf Basis konkreter Tatsachen erweisliche!) Gefährdung einer „weiteren Verwendung der V-Person“ eine Sperrklärung zu rechtfertigen vermag, lässt sich bekanntlich kontrovers diskutieren; zu weit geht es jedoch, wenn der aktuelle Gesetzentwurf jetzt – übrigens allein für V-Personen und nicht für Verdeckte Ermittler (vgl. § 110a Abs. 7 S. 3 StPO-E) – die Rechtfertigung auf den Schutz „bedeutender Vermögensgüter“ ausweiten will: Das wird weder der zentralen Verpflichtung zur Wahrheitsermittlung und schon gar nicht dem menschenrechtlichen Gewicht des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK gerecht.<sup>91</sup> Denn wie der BGH erst unlängst geurteilt hat, ist das Hindern der konfrontativen Vernehmung des Belastungszeugen letztendlich der Justiz zuzurechnen und damit ein gewichtiger Grund, der die Verfahrensfairness in Frage stellt (mit der Folge des Gebots einer zurückhaltenden Beweiswürdigung der belastenden Aussagen der V-Person)<sup>92</sup>.

Zu der seit langem umstrittenen Frage nach den Grenzen zulässiger Tatprovokation (sowie der Rechtsfolgen bei deren Überschreiten) will der Regelungsentwurf ersichtlich vor allem der neueren Rspr. des EGMR<sup>93</sup> und BGH<sup>94</sup> für Fälle des „rechtsstaatswidrigen“ Verleitens zur Straftatbegehung (durch Verdeckte Ermittler wie V-Personen gleichermaßen) Rechnung tragen: Die Gesetzesbegründung spricht wie selbstverständlich von einem „Verfahrenshindernis“<sup>95</sup> bzgl. der provozierten Tat; der Gesetztext selbst lässt das jedoch erstaunlicherweise ganz und gar nicht erkennen,<sup>96</sup> sondern eher auf einen materiellrechtlichen Ausschlussgrund schließen (vgl. § 110c Abs. 3 S. 1 StPO-E). Dabei dürfte letzterer wohl sogar vorzugswürdig sein, weil – mit Weigend<sup>97</sup> – durch die hoheitlich gesetzte Versuchung und ins Werk gesetzte Instrumentalisierung des Delinquenten doch von einer erheblich gemilderten Schuld ausgegangen werden muss, was einen persönlichen Strafausschlussgrund rechtfertigen würde. Prägnant in den Worten Tonio Walters<sup>98</sup>: Es handelt sich um eine „Ungerechtigkeit der Bestrafung“ und nicht um eine solche des Verfahrens.<sup>99</sup> Bei Annahme eines von Amts wegen anzuerkennenden Verfahrenshindernisses könnte dagegen streng genommen gar nicht erst ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, geschweige denn die Tat angeklagt oder gar in der Hauptverhandlung beweisrechtlich aufgeklärt werden.<sup>100</sup> Zudem würde hierdurch

<sup>85</sup> Vgl. BT-Drs. 20/11312, S. 32: bloßes „Indiz“.

<sup>86</sup> Wie hierdurch Sicherheitsrisiken ausgeschlossen werden sollen (BT-Drs. 20/11312, S. 31 f.), bleibt unerfindlich.

<sup>87</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 35: „Die Regelung führt zu mehr Klarheit bei den Rechtsanwendern“.

<sup>88</sup> Siehe zuletzt z.B. BGH, Beschl. v. 3.5.2017 – 3 StR 498/16 – BeckRS 2017, 118228: Nur dem Angeklagten, „...nicht dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft dürfte der Verwaltungsrechtsweg offenstehen“; weiterhin OLG München, Beschl. v. 2.2.2018 – 9 St 10/17 – BeckRS 2018, 9058 (Rz. 9).

<sup>89</sup> Oben Fn. 38.

<sup>90</sup> Formulierungsvorschlag bei Jahn/Gazeas/Hübner, StV 2023, 414 (420).

<sup>91</sup> Wie hier auch nachdrücklich die Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises (o. Fn. 55) mit trefflichem Beispiel: „...bedeutete dies, dass die Gefahr, das E-Bike der Ehefrau der VP könne durch Vandalismus beschädigt werden, die Voraussetzung des Ausschlussgrundes erfüllen könnte“.

<sup>92</sup> Vgl. BGH, NStZ 2023, 560 (562 f.).

<sup>93</sup> Vgl. EGMR, NJW 2021, 3515 ff.

<sup>94</sup> BGH, NStZ 2023, 243 ff.

<sup>95</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 13 f., 37, 39 f.

<sup>96</sup> In diesem Sinne unmissverständlicher Formulierungsvorschlag bei Jahn/Gazeas/Hübner, StV 2023, 414 (420).

<sup>97</sup> In: KriPoZ 2020, 131 (134) mit konkretem Regelungsvorschlag.

<sup>98</sup> NJW 2024, 998, (1002).

<sup>99</sup> Der Kriminalpolitische Kreis (o. Fn. 55) macht zudem darauf aufmerksam, dass der Hinweis der Gesetzesbegründung auf die Unschuldsvermutung (vgl. BR-Drs. 125/24, S. 44) ebenfalls eher für einen Strafausschlussgrund spreche (inzwischen aber in BT-Drs. 20/11312, S. 40 f. gestrichen).

<sup>100</sup> Weigend, KriPoZ 2020, 131 (134); ebenso die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes v. Januar 2024 (Nr. 2/24), S. 20 ff.: „Bestrafungs-, nicht Befassungsverbot“.

die öffentliche Aufgabe der Strafverfolgung von Amts wegen dem Provokateur zur beliebigen Disposition überlassen, was mit dem Legalitätsprinzip schlechterdings nicht zu vereinbaren wäre.<sup>101</sup> Erinnert sei an dieser Stelle, dass der *EGMR* den Mitgliedstaaten freigestellt hat, „entweder das Verfahren wegen Verfahrensmissbrauchs einzustellen oder alle durch die Anstiftung erlangten Beweise auszuschließen<sup>102</sup> bzw. auf andere Weise vergleichbare Ergebnisse herbeizuführen“<sup>103</sup>. Der jetzige – noch dazu unklar formulierte – Regelungsvorschlag wirkt daher eher als Ausdruck eines *BGH*-gläubigen Rechtsprechungspositivismus<sup>104</sup> denn als Resultat eingehender Reflexion über die angemessene Rechtsfolge.

Auf der Tatbestandsseite soll von einer „rechtsstaatswidrigen Tatprovokation“ immer dann – aber eben nur dann – ausgegangen werden, „wenn ein Verdeckter Ermittler oder eine Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise erheblich auf eine Person [in Richtung der dadurch ausgelösten Straftatbegehung, Zusatz *Verf.*] einwirkt...“ (§ 110c Abs. 3 S. 2 StPO-E). Ein Maßstab für diese „Erheblichkeit“ zwecks willkürfreier Handhabung ist jedoch ebenso wenig ersichtlich wie das notwendige Kriterium für die Zurechnungsfrage. Die Gesetzesbegründung schließt vordergründig lediglich solche Einwirkungen aus, bei denen es sich „um einen Exzess oder [um ein] eigenmächtiges Vorgehen“ handelt.<sup>105</sup> Praktisch wird dadurch aber in breitem Ausmaß die Möglichkeit zu Ausflüchten dergestalt eröffnet, dass die „Tatmotivation“ zu dieser Form des Einwirkens eben nicht hoheitlich bedingt gewesen sei. Der Kriminalpolitische Kreis<sup>106</sup> fordert deshalb mit Recht, dass bei jeder Provokationshandlung – die per definitionem der staatlichen Hoheitsgewalt zurechenbar ist (und deshalb im Gesetzestext keines dahingehenden Zusatzkriteriums bedarf) – jenseits der vorgesehenen materiellen Grenzen (nach aktuellem Stand: Tatbereitschaft des Angestifteten und Verleiten „ohne erhebliches Einwirken“ auf diesen: § 110c Abs. 1 S. 1 StPO-E) von einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ausgegangen werden sollte. Für Fälle einer sonstigen – „einfachen“ – Fehlerhaftigkeit (z.B. bei unzutreffender Inanspruchnahme einer Eilkompetenz) fehlt es überraschenderweise an einer Regelung, was der Grundidee der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit widerspricht: Angemessen wäre, hierfür zumindest punktuell ein Verwertungsverbot anzuordnen.<sup>107</sup>

#### IV. Abschließende Würdigung

Im Ganzen offenbart der Regelungsentwurf ebenso viel Licht wie Schatten: Anders als in der laufenden Debatte

von manchen Strafjustizpraktikern geradezu reflexartig<sup>108</sup> behauptet, handelt es sich mitnichten um ein praxisfernes Rechtsstaatsprojekt „mit der Brechstange“ und absehbaren Effizienzverlusten bei der Verfolgung und Ahndung von Schwermriminalität. Vielmehr begegnen gerade umgekehrt eine Reihe von Halbherzigkeiten und rechtsstaatlichen Feigenblättern, die befürchten lassen, dass der Gesetzgeber von seinem Projekt vielleicht doch nicht restlos überzeugt ist. Dabei war seit langem überfällig, sich der Aufgabe einer parlamentarischen Legitimation des Einsatzes von V-Personen mitsamt deren evtl. Befugnis zur (limitierten) Tatprovokation mit größter Sorgfalt und in detaillierter Kenntnis der verfassungs- und menschenrechtlichen Implikationen anzunehmen. Das verlangt aber weit mehr als die bloße – mitunter sogar buchstäbliche – Übernahme von Formulierungen aus höchstrichterlichen Judikaten, die sich keineswegs immer als Vorlage für abstrakt-generelle Regeln verstehen bzw. dazu eignen.<sup>109</sup> Der aktuelle Entwurf zeigt eine beunruhigende Neigung des Gesetzgebers, die eigene schöpferische Gestaltungskraft in umfassender inhaltlicher wie konzeptioneller Durchdringung des Stoffes zugunsten einer sklavischen Befolgung vorhandenen Richterrechts zu opfern. Dass etwa im vorliegenden Fall die für Verdeckte Ermittler bestehende Befugnis zum Betreten fremder Wohnungen (§ 110c S. 1 StPO) in der Erkenntnis der hierin enthaltenen (gezielten) Täuschung im Lichte des anti-etatistischen Abwehrrechts aus Art. 13 GG alles andere als verfassungsrechtlich sakrosankt ist,<sup>110</sup> hätte einen sorgsam agierenden Gesetzgeber vom „Weiter so...!“ bis vielleicht das *BVerfG* ein ultimatives Stoppsignal setzt, eigentlich abhalten müssen. Es besteht daher einiger Nachbesserungsbedarf – aber immerhin: Die Richtung stimmt!

*Jedes Gesetz ist nicht nur inhaltlich, sondern auch sprachlich ein Kind seiner Zeit; es trägt das Kleid der Tage, an denen es entstanden ist [...]: der Stil des Gesetzes entspricht der Geistesverfassung der Epoche, in der es erwuchs, und dem Willen, aus dem es hervorging. Im Stil zeigt sich die mehr oder minder harmonische Natur einer Periode, es zeigt sich, ob sie mehr oder minder eingengt oder vorausschauend ist, ob sie in Rechtssachen die Materie klar beherrscht oder nur dilettantisch erfasst...“*

(Josef Kohler, Technik der Gesetzgebung, in: AcP 96 [1905], 345)

<sup>101</sup> Zutreffend *Greco*, GA 2021, 672 (678); siehe auch schon BGHSt 32, 345 (353 f.).

<sup>102</sup> Eine „Beweisverbotslösung“ ist dennoch keine ernstliche Lösungsoption: *Greco*, GA 2021, 672 (677).

<sup>103</sup> *EGMR*, NJW 2021, 3515 (3521 f.); siehe auch schon ders., NJW 2015, 3631 (3635).

<sup>104</sup> Siehe z.B. *Adomeit*, JZ 2003, 161 (166): „Leitsatzpositivismus“.

<sup>105</sup> BT-Drs. 20/11312, S. 40.

<sup>106</sup> Oben Fn. 55.

<sup>107</sup> Wie hier auch *T. Walter*, Stellungnahme (o. Fn. 62); a.A. Kriminalpolitischer Kreis (o. Fn. 55): Kompensation auf Strafzumessungsebene.

<sup>108</sup> Vgl. *Zöller*, ZRP 2024, 79 (83): „automatischer Abwehrreflex“.

<sup>109</sup> Siehe beispielhaft die eindringliche Kritik von *J. Fischer* an der Rechtsprechungspraxis des *BGH* bzgl. der Tatprovokation: „Die eigentliche Aufgabe der Rechtsprechung ist nicht die unreflektierte Subsumtion unter die Begrifflichkeiten des *EGMR* [...], sondern die methodisch vertretbare Einpassung der Konventionsvorgaben in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte Rechtssystem“ (GA 2023, 263 [277]).

<sup>110</sup> Dazu nachdrücklich und noch heute überzeugend *Schneider*, NSTz 2004, 359 (365 ff.).

## Ganz seltsame Blüten... Das neue Cannabisgesetz im Überblick und der Versuch einer ersten Konsolidierung

von Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu  
und Patrick Welke \*

### Abstract

Der Beitrag gibt einen Überblick über die Regelungen des „Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften (Cannabisgesetz – CanG)“ und die damit verbundenen praktischen Auswirkungen. Berücksichtigt werden dabei auch die seit Inkrafttreten des neuen Gesetzespakets ergangenen Entscheidungen.

The article provides an overview of the regulations of the “Law on the Controlled Handling of Cannabis and Amendments to Other Regulations (Cannabis Act – CanG)” and the associated practical effects. In addition, the decisions made since the new legislative package came into force are also analysed.

### I. CanG hier, CanG dort, CanG überall...

Mit dem Cannabisgesetz (CanG) hat der Gesetzgeber einen drogenpolitischen Paradigmenwechsel eingeläutet. Mit Recht ist von einer „Zeitenwende“ die Rede<sup>1</sup> und das, obwohl sich das Ergebnis als Kompromiss präsentiert und auch als gesetzgeberisches Vorantasten eingeordnet werden kann: Schließlich musste man im ersten Anlauf wegen zwischenzeitlich laut vernehmbarer völker- und europarechtlicher Bedenken Abstand vom vormals geplanten, ambitionierten Lizenzmodell nehmen und auf ein Zwei-Säulen-Modell ausweichen, bei dem im ersten Schritt bestimmte Umgangsformen aus dem immer noch geltenden umfassenden Verbot in Bezug auf Cannabis herausgenommen wurden (das kann man „Teillegalisierung“ nennen, es scheint aber angesichts des Regel-Ausnahme-Verhältnisses unpassend). Sind die Wogen um die erste Säule geglättet (das kann angesichts des ständigen Fokus auf die Gesetzesänderung sowie den derzeit noch offenen Fragen im Hinblick auf Altfälle noch etwas dauern), kann der Gesetzgeber womöglich dazu übergehen, Säule 2 in Angriff zu nehmen, mit der zumindest die testweise Durchführung des ursprünglich geplanten Lizenzmodells<sup>2</sup> mittels regionaler Modellvorhaben erprobt werden soll.

Freilich hat diese Entstehungsgeschichte auch Auswirkungen auf die „Qualität“ des Gesetzestextes. An allen Ecken und Enden macht sich das „Ziehen und Zerren“ in Form systematischer Ungereimtheiten bemerkbar.<sup>3</sup> Diese wurden nicht nur in Fachzeitschriften, sondern auch in den sozialen Medien (und das schon im Entwurfs-Stadium) herausgearbeitet und kritisiert. Auch nach dem Inkrafttreten nimmt die Diskussion – auch weil viele Hinweise schlicht überhört wurden<sup>4</sup> – kein Ende, wobei nicht nur die Frequenz, sondern auch das rege (mediale) Interesse an dem Gesetz schon etwas erstaunt. Schließlich fristeten das Betäubungsmittelrecht und die Drogenpolitik lange Zeit ein Schattendasein (v.a. auch in der Strafrechtswissenschaft). So blieb das wildwuchernde, um ein altes, aber immer noch treffendes Bild aufzugreifen, ganz seltsame Blüten treibende Betäubungsmittelrecht „den Botanisierern der Rechtswissenschaft vorenthalten“.<sup>5</sup>

Inzwischen vergeht kein Tag, an dem nicht irgendein Pausus, ein Tatbestandsmerkmal oder ein (instanzgerichtliches oder obergerichtliches) Urteil zum KCanG im Internet veröffentlicht, zerredet und mit anderen Entscheidungen verglichen wird. Das hat zwar den Vorteil, dass die Rechtsfortbildung und Konkretisierung der Merkmale gefördert wird (ja geradezu in Windeseile erfolgt), kann aber wiederum – auch wegen der neuen Bedingungen der „Wissenschaftskommunikation“ – zu einer Banalisierung der Aussageinhalte (Leitlinien, Bewertungen) führen. Gerade in den sozialen Medien werden widersprüchliche Entscheidungen u.U. auch im Dienste des Click-Baits polemisiert („Erster Cannabis-Dealer wegen neuem Gesetz freigesprochen!“), was den – ggf. nur banalen – Aussagegehalt einer Entscheidung übertüncht, während u.U. rechtlich spannende Auslegungsfragen nicht Beachtung finden. Hinzutritt, dass das KCanG, wie jedes Gesetz, Einfallstore für eine mehr oder weniger strenge Handhabung bietet, in der sich dann eine gewisse Grundhaltung der Verfolgungsbehörden (oder auch Justiz) manifestieren kann. So sind jetzt schon genug „Auslegungs- sowie Handhabungslinien“ veröffentlicht, die vermuten lassen,

\* Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität des Saarlandes sowie Richter am Saarländischen Oberlandesgericht. Patrick Welke ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Heidelberg.

<sup>1</sup> Sobota, NJW 2024, 1217.

<sup>2</sup> Koalitionsvertrag der Bundesregierung 2021, S. 68; online abrufbar unter: [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2021-2025.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf) (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

<sup>3</sup> Oğlakcioğlu/Sobota, ZRP 2023, 194 (197).

<sup>4</sup> Zum Beispiel das Problem rund um die Ernte als verbotene Herstellung (siehe hierzu Oğlakcioğlu/Sobota, ZRP 2023, 194 [197]), aber auch den Rat, die nicht geringe Menge vorab selbst festzulegen (Stellungnahme der Fachgruppe Strafrecht des Neue Richtervereinigung e.V. vom 26.10.2023, online abrufbar unter [https://www.bundestag.de/resource/blob/974202/d254999e001ded594d750a95e2786d04/20\\_14\\_0154-7-\\_Neue-Richtervereinigung\\_Cannabis\\_nicht-barrierefrei.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/974202/d254999e001ded594d750a95e2786d04/20_14_0154-7-_Neue-Richtervereinigung_Cannabis_nicht-barrierefrei.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.5.2024)).

<sup>5</sup> Das Bild stammt ursprünglich von Paeffgen, in: Geis/Nehm/Brandner/Hagen, FS-BGH II, 2000, S. 695 (717).

dass die BtMG-gewöhnten<sup>6</sup> Verfolgungsbehörden partiell noch weit davon entfernt bzw. nicht bereit sind, das gesetzgeberische Postulat umzusetzen. Erste obergerichtliche Entscheidungen und nunmehr auch der *BGH* geben dem Wasser auf die Mühlen. Da es bei solch einer Informationsüberflutung auch schwer ist, den Überblick zu behalten, scheint eine erste Konsolidierung – im Sinne einer Sammlung der Datenmengen – geboten, die der folgende Beitrag anstrebt.

Der Text bezieht sich dabei vornehmlich auf die bereits in Kraft getretenen Vorschriften, sodass die Regelungen zu den Anbauvereinigungen ausgeblendet werden.<sup>7</sup>

Nach einem knappen Überblick zu den Bestandteilen des Gesetzespakets (II.) wird v.a. das zentrale Konsumcannabisgesetz (KCanG) genauer unter die Lupe genommen (III.) und die bisherige Rechtsprechung zu den einzelnen Merkmalen auch wiedergegeben, um diese – wie auch deren Bewertung in der Fachliteratur – (kritisch) zu würdigen. Im Anschluss wird – etwas knapper – das Medizinalcannabisgesetz (MedCanG) erläutert (IV.), um mit weiteren Gesetzesänderungen im Verfahrens- und Straßenverkehrsrecht (V.) abzuschließen.

## II. Das CanG im Überblick

Die zentrale Änderung des aus 14 Artikeln bestehenden CanG liegt in der Herausnahme von Cannabis aus dem Anwendungsbereich des Betäubungsmittelgesetzes und dessen Überführung in zwei neue Einzelgesetze: Das Konsumcannabisgesetz (KCanG) nach Art. 1 regelt nunmehr den Umgang mit Cannabis zum Zwecke des Genusskonsums für jedermann. Das Medizinal-Cannabisgesetz (MedCanG) – Art. 2 des CanG – hingegen hat die Verschreibung von Cannabis zu medizinischen Zwecken zum Gegenstand, stellt mithin ein Spezial-Arzneimittelgesetz dar. Die weiteren Artikel 3-14 beinhalten notwendige „Folgeänderungen“ bestehender (Neben-)Gesetze, u.a. des Arzneimittelgesetzes, des Jugendarbeitsschutzgesetzes, des Bundeszentralregistergesetzes sowie der Strafprozessordnung.

## III. Das Konsumcannabisgesetz (KCanG)

### 1. Das *Telos* und die nicht durchweg lebensnahe Ausgestaltung des Regelwerks – ein Überblick

Das KCanG als zentrales Regelwerk des Änderungsgesetzespakets ermöglicht erstmals einen legalen Konsum von Cannabis zu Genusszwecken. Zwar war auch zuvor unter dem Maßstab des Betäubungsmittelgesetzes der Konsum von Cannabis nicht unter Strafe gestellt. Jedoch war dieser praktisch immer mit einer strafbaren Handlung wie dem Anbau, dem Erwerb oder jedenfalls dem Besitz von Cannabis verbunden.

Unmittelbar nach den Legaldefinitionen in § 1 (zu Cannabis, Nutzhanf oder Vermehrungsmaterial) wird aber auch

im KCanG, namentlich in § 2, ein grundsätzliches Verbot in Bezug auf jeden erdenklichen Umgang mit Cannabis statuiert (wovon wiederum der Konsum ausgenommen ist). Insoweit hat man sich offensichtlich am umfangreichen Katalog des § 3 BtMG (und der strafbaren Handlungen nach § 29 Abs. 1 BtMG) orientiert.

Die „Teillegalisierung“ für Personen ab 18 Jahren erfolgt durch die Formulierung von Ausnahmetatbeständen in § 3 KCanG: Demnach ist erwachsenen Personen außerhalb der eigenen Wohnung oder des gewöhnlichen Aufenthalts der Besitz von bis zu 25 g Cannabis zum Eigenkonsum erlaubt (§ 3 Abs. 1 KCanG). Am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt ist sogar der Besitz von bis zu 50 g Cannabis sowie von bis zu drei lebenden Cannabispflanzen gestattet (§ 3 Abs. 2 KCanG). In Kombination von Abs. 1 und Abs. 2 darf die insgesamt besessene Menge jedoch 50 g Cannabis nicht übersteigen.

Bereits diese Ausgestaltung führt in der tatsächlichen Handhabung zu Ungereimtheiten: Denn in der Praxis kann man aus drei Cannabispflanzen durchaus eine deutlich höhere Ernte als eine Menge von 50 g Cannabis erzielen. Bei der Berechnung der Besitzmenge von 50 g wird aber nur auf bereits abgeerntetes Cannabis abgestellt. Welche Menge an Blüten noch an den Pflanzen vorhanden ist, spielt dabei keine Rolle. So soll eine Cannabispflanze aus dem privaten Eigenanbau so weit geerntet werden können, dass die zulässige Besitzmenge von 50 g getrocknetem Cannabis am Wohnsitz (oder gewöhnlichen Aufenthalt) ausgeschöpft werden kann.<sup>8</sup>

Erst relativ spät im Gesetzgebungsverfahren, nämlich durch die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Gesundheit, wurde die Norm dahingehend geändert, dass sich die Menge bei Blüten, blütennahen Blättern oder sonstigem Pflanzenmaterial „auf das Gewicht nach dem Trocknen“ bezieht. Es wurde dabei berücksichtigt, dass frisch geerntetes Cannabis ein sehr hohes Feuchtgewicht innehat, welches ein Vielfaches des konsumfähigen Trockengewichts darstellen kann. Frisch geerntetes, noch feuchtes Cannabis darf daher mehr als 25 bzw. 50 g wiegen, darf diese Menge aber im getrockneten Zustand nicht überschreiten.<sup>9</sup> Diese grundsätzlich sinnvolle Regelung könnte in der Praxis jedoch problematisch werden. Denn so wird sich für jeden, der Cannabis selbst anbaut, die Frage stellen, wie er denn zielgerichtet ernten kann. Um die gesamte Freimenge von 50 g an getrocknetem Cannabis ausschöpfen zu können, wird man schon bei der Ernte prognostizieren müssen, wie viel denn das abgeerntete feuchte Cannabis etwa an Gewicht verlieren wird. Insofern ist absehbar, dass sich immer wieder einmal Konstellationen ergeben werden, in denen die abgeerntete Menge den Grenzwert auch im getrockneten Zustand noch – jedenfalls geringfügig – übersteigt.

Ein weiteres, sich in der Praxis ergebendes Problem dürfte sich beim Mitbesitz mehrerer Personen ergeben und zwar sowohl im Hinblick auf die Cannabispflanzen selbst als

<sup>6</sup> Man könnte angesichts der prozessualen Folgewirkungen eines exzessiven Normbefehls auch sagen: „verwöhnten“.

<sup>7</sup> Diese treten gem. Art. 15 Abs. 2 CanG erst zum 1.7.2024 in Kraft.

<sup>8</sup> BT-Drs. 20/10426, S. 130.

<sup>9</sup> BT-Drs. 20/10426, S. 130.

auch bzgl. des abgeernteten Cannabis. Bewahren beispielsweise zwei Personen in der gemeinsamen Wohnung eine Gesamtmenge von maximal 100 g Cannabis auf, so stellt sich die Frage der jeweiligen Zuordnung. Eine pauschale Aufteilung dahingehend, dass bspw. zwei Personen jeweils nur eine Hälfte von 50 g – und damit eine Menge im legalen Bereich – zugerechnet werden könnte, wird man nicht fingieren können. Entscheidend bleibt, wem unter Zugrundelegung der Anschauungen des täglichen Lebens die entsprechenden Mengen zuzuordnen sind: Wurde das abgeerntete Cannabis vermischt, liegt auch ein Mitbesitz nahe. Im Übrigen kann es aber auch in einer von mehreren Personen benutzten Wohnung Gegenstände (und somit auch Cannabis) geben, über die ein Mitbewohner allein und unter Ausschließung der übrigen Mitbewohner die tatsächliche Sachherrschaft ausübt und ausüben will, ohne dass die Sachen hierzu unter Verschluss gehalten werden müssen.<sup>10</sup> Damit verbietet sich umgekehrt die pauschale Annahme, dass sich das gesamte Cannabis, das sich in der Wohnung befindet, im Mitbesitz der Bewohner befindet. Gerade bei einer Trennung der abgeernteten Mengen sind hohe Anforderungen an die Annahme eines Herrschaftswillens zu stellen; soweit die Strafbarkeitsbegründung an eine Mengenüberschreitung anknüpft, muss zudem darüber nachgedacht werden, die im Betäubungsmittelstrafrecht anerkannte Figur des „gebundenen Anteilsmitbesitzes“ auf das KCanG zu übertragen, wonach eine gemeinsame Sachherrschaft hinsichtlich der gesamten nicht geringen Menge, die nur der Sicherung alsbaldiger Aufteilung dient, ebenso nicht als „Mitbesitz“ angesehen werden kann.<sup>11</sup>

## 2. Die Strafvorschriften des KCanG

### a) Grundtatbestand

Wie oben bereits dargestellt, findet sich in § 34 KCanG eine Strafvorschrift, die in ihrer Struktur typisch nebenstrafrechtlich ausgestaltet und in fünf Absätze untergliedert ist. Abs. 1 enthält den Grundtatbestand, welcher in insgesamt 16 Ziffern verschiedentlich auf die Verbote im KCanG Bezug nimmt. Damit ist die Norm zumindest etwas besser strukturiert als § 29 BtMG, der alleine in § 29 Abs. 1 Nr. 1 zehn verschiedene Handlungsmodalitäten aufführt. Was die einzelnen Handlungsweisen angeht, hat der Gesetzgeber die Regelungen des BtMG weitestgehend übernommen bzw. „nachgeahmt“.<sup>12</sup> In Abs. 2 findet sich – wenig überraschend – die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit, der eine praktisch geringe Relevanz prognostiziert werden kann. § 34 Abs. 3 KCanG sieht sodann besonders schwere Fälle vor, bei deren Verwirklichung eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren droht. Dem folgen in § 34 Abs. 4 KCanG Verbrechenstatbestände mit einer Strafandrohung nicht unter zwei Jahren. In Abs. 5 der Vorschrift ist schließlich die fahrlässige Begehung unter Strafe gestellt.

### aa) § 34 Abs. 1 Nr. 1 KCanG

Der Grundtatbestand des § 34 Abs. 1 KCanG bezieht sich in seiner Nr. 1 auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 KCanG und korrespondiert somit auch mit der Ausnahmeregelung des § 3 KCanG. So liegt ein strafbarer Besitz gem. § 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) KCanG erst dann vor, wenn eine Person außerhalb der eigenen Wohnung mehr als 30 g Cannabis – bezogen auf das Trockengewicht – mit sich führt bzw. insgesamt mehr als 60 g getrocknetem Cannabis besitzt. Insofern wird nicht unmittelbar an die 25 g bzw. 50 g-Grenze angeknüpft (was zunächst oftmals übersehen wurde); vielmehr ist für eine bloß leichte Überschreitung der Grenzmengen lediglich eine Ahndung als Ordnungswidrigkeit vorgesehen, § 36 Abs. 1 Nr. 1 KCanG. Hinsichtlich des Eigenanbaus greift eine Strafbarkeit beim Besitz von mehr als drei lebenden Cannabispflanzen, § 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) KCanG. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass eine Cannabispflanze im Sinne des Gesetzes erst dann vorliegt, wenn diese über Blütenstände oder Fruchtstände verfügt. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zur Legaldefinition für Stecklinge (§ 1 Nr. 6 KCanG). Stecklinge sind demnach nämlich Jungpflanzen oder Sprosssteile von Cannabis Pflanzen, die zur Anzucht von Cannabis Pflanzen verwendet werden sollen und über keine Blütenstände oder Fruchtstände verfügen.

### bb) § 34 Abs. 1 Nr. 2 KCanG

§ 34 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) KCanG stellt es unter Strafe, wenn jemand mehr als drei Cannabispflanzen anbaut. Dabei ist dem Gesetzgeber jedoch ein (vermeidbarer) Fehler unterlaufen. Denn das Gesetz sieht zwar den legalen Anbau sowie Besitz von drei Cannabispflanzen und die legale Besitzmöglichkeit der abgeernteten 50 g Cannabis in der eigenen Wohnung vor. Oft genug wurde allerdings darauf hingewiesen, dass der Erntevorgang nicht in der Ausnahmenvorschrift des § 3 KCanG genannt ist. Folgt man aber der Gesetzesbegründung, wonach die Auslegung des Begriffs „Herstellen“ sich an demjenigen des BtMG orientieren soll,<sup>13</sup> fällt der Erntevorgang ohne Weiteres hierunter (genauer unter das „Gewinnen“<sup>14</sup>). Auch die betäubungsmittelrechtliche Rechtsprechung sah in der Ernte von Cannabisblüten und Cannabisfruchtständen ein strafbares Herstellen von Betäubungsmitteln.<sup>15</sup> Insofern würde man sich nach § 34 Abs. 1 Nr. 3 KCanG strafbar machen, wenn man das angebaute Cannabis verwertet, und das, obwohl der Gesetzgeber gerade einen legalen Anbau zum Zwecke des Eigenkonsums beabsichtigte.<sup>16</sup> Es ist nicht wirklich nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber hier keine klarstellende Vorschrift eingefügt hat, obwohl während des Gesetzgebungsverfahrens auf dieses Problem hingewiesen wurde.<sup>17</sup> Um die Regelungen nicht ad absurdum zu führen, erscheint es naheliegend, entweder den Begriff des Herstellens einschränkend in diesen Fällen

<sup>10</sup> BayObLG, NStZ-RR 2011, 56. Zum Ganzen auch *Oğlakcioğlu*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. (2022), § 29 BtMG Rn. 1081 f.

<sup>11</sup> Einzuräumen ist, dass diese vom OLG Stuttgart (NStZ 2002, 154) konzipierte Figur des gebundenen Anteilsmitbesitzes vereinzelt geblieben ist.

<sup>12</sup> *Oğlakcioğlu/Sobota*, ZRP 2023, 194 (196).

<sup>13</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 94. In § 2 Abs. 1 Nr. 4 BtMG ist Herstellen als das Gewinnen, Anfertigen, Zubereiten, Be- oder Verarbeiten, Reinigen und Umwandeln legaldefiniert.

<sup>14</sup> Patzak, in: Patzak/Volkmer/Fabrizius, BtMG, § 29 Rn. 121.

<sup>15</sup> BGH, NStZ-RR 2015, 14 (15).

<sup>16</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 96.

<sup>17</sup> *Oğlakcioğlu/Sobota/Diebel*, Toxichem Krimtech 2024, 32 (39).

auszulegen<sup>18</sup> oder den Erlaubnistatbestand des § 9 Abs. 1 KCanG erweiternd dahingehend auszulegen, dass der erlaubte Anbau von drei lebenden Cannabispflanzen eine „Annexkompetenz“ zur Ernte erlaubter Besitzmengen enthält. Hinsichtlich der Strafbewehrung des § 34 Abs. 1 Nr. 2 lit. b), welche den nicht zum Eigenkonsum bestimmten Anbau erfasst, gilt es noch anzumerken, dass man selbstverständlich nicht auf den legalen Zustand (Besitz von drei Cannabispflanzen) abstellen können wird, da in diesen Fällen die Absicht zum Eigenanbau indiziert sein dürfte. Da sich der Umsatzwille irgendwie nach außen manifestieren muss (wofür „Digitalwaagen“ nicht genügen dürften, da in diesem Bereich auch beim Anbau zum Eigenkonsum ein berechtigtes Interesse bestehen kann, das Cannabis abzuwiegen), wird der Vorschrift kaum Relevanz zukommen, da dann auch ein Handelstreiben bejaht werden könnte.

#### cc) §§ 34 Abs. 1 Nr. 3 – 11 KCanG

Es folgen in den Nummern 3 – 11 Bezugnahmen auf den umfassenden Katalog in § 2 KCanG, wobei die aufgeführten Handlungsweisen dem § 29 Abs. 1 BtMG entnommen sind. Da es auch keinerlei Freimengen gibt, hat sich die Rechtslage bis auf die „Paragrafenpositionen“ nicht geändert, es bleibt insb. bei einem strengen Weitergabeverbot. Der Gesetzgeber ging offensichtlich von der Vorstellung aus, dass jeder für seine Versorgung mit Cannabis selbst verantwortlich ist (was nichts daran ändert, dass die Kriminalisierung einer nicht umsatzorientierten Versorgung innerhalb der Freimengen – v.a. im Hinblick auf die veränderte Risikobewertung – kaum überzeugt). Festzuhalten bleibt, dass die Ab- oder Weitergabe auch von Kleinstmengen an Cannabis nach § 34 Abs. 1 Nr. 7 KCanG weiterhin strafbar ist. Dies gilt auch für die Weitergabe eines Joints ohne „Übertragung der Verfügungsbefugnis“. Denn abweichend vom ursprünglichen Entwurf hat man die Überlassung zum unmittelbaren Verbrauch nach § 34 Abs. 1 Nr. 9 KCanG ebenfalls in den Katalog aufgenommen.

#### dd) § 34 Abs. 1 Nr. 12 KCanG

Besondere Erwähnung verdient zudem noch die Strafvorschrift des § 34 Abs. 1 Nr. 12 KCanG, der anders als die Nummer zuvor kein „generelles Erwerbsverbot“ formuliert, sondern den Erwerb bzw. das Entgegennehmen – wiederum korrespondierend mit § 3 KCanG – erst ab Überschreitung der 25 g-Grenzmenge pro Tag bzw. 50 g Cannabis pro Kalendermonat unter Strafe stellt. Dies stimmt zwar genau mit den Mengen überein, die nach § 19 Abs. 3 KCanG von den Anbauvereinigungen an die Mitglieder über 21 Jahren abgegeben werden können. Allerdings nimmt § 34 KCanG explizit gerade nicht auf die Vorschriften zum gemeinschaftlichen Eigenanbau Bezug, sondern auf § 2 Abs. 1 Nr. 12 KCanG, wobei ein Blick in die Gesetzesbegründung zeigt, dass es sich dabei um eine bewusste Entscheidung gehandelt hat: Demnach soll die Freimenge beim Erwerb unabhängig davon gelten, ob das Cannabis auf dem Schwarzmarkt oder auf dem legalen Weg erworben wurde, wobei zur Begründung auf die Entlastung der Strafverfolgungsbehörden verwiesen wird.<sup>19</sup>

Das führt freilich zu seltsamen Konsequenzen: Während der Kauf auf dem Schwarzmarkt straflos ist, droht bei einem nicht abgeleiteten Erwerb bzw. Diebstahl oder Fund von Cannabis auch bei weniger als 25 g eine Strafbarkeit, da dann der Tatbestand des Sich-Verschaffens greift. Das *BayOBLG* hat in umgekehrter Richtung (und angesichts des insoweit unmissverständlichen Gesetzeswortlauts zutreffend) entschieden, dass das Wegwerfen von 11 g Cannabis auf der Flucht vor der Polizei nicht im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses zu einer Straflosigkeit führe (das Behalten wäre wegen des erlaubten Besitzes von 25 g Cannabis nicht strafbar gewesen), sondern ein versuchtes sonstiges Inverkehrbringen von Cannabis im Sinne des § 34 Abs. 1 Nr. 10 KCanG darstellen könne.<sup>20</sup> Für eine teleologische Reduktion wäre nur Raum, wenn der Gesetzgeber das Sich-Verschaffen nicht unter Strafe gestellt hätte: Denn nur dann wäre jede denkbare Form der Erlangung von Cannabis unterhalb der Grenzmenge ohnehin ein legales Verhalten, sodass die „Kriminalisierung“ einer diesbezüglichen Vorbereitungshandlung kaum legitimiert werden könnte. Das ändert aber freilich nichts daran, dass die Pönalisierung des Sich-Verschaffens Stirnrundeln auslöst, jedenfalls unterhalb der 25g-Grenze, wo doch der Erwerb nicht strafbar ist.

#### b) Regelbeispiele und Qualifikationen

Mit der Überführung von Cannabis aus dem BtMG in das neue KCanG geht auch eine Reduzierung der Strafraumen einher. So sieht § 34 Abs. 1 KCanG als Grundtatbestand (lediglich) Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vor, während § 29 Abs. 1 BtMG eine Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren anordnet. Das Regelbeispiel des § 34 Abs. 3 KCanG setzt die Mindeststrafe auf drei Monate fest und erhöht die Höchststrafe auf bis zu fünf Jahre. Für die dort genannten „besonders schweren Fälle“ diente abermals das BtMG als Blaupause (insb. § 29 Abs. 3 BtMG sowie der Verbrechenstatbestand des § 29a BtMG, dazu sogleich). Erfasst werden bestimmte gewerbsmäßige Handlungsweisen (Nr. 1), die Gefährdung der Gesundheit mehrerer Menschen (Nr. 2), Handlungen von über 21-jährigen Personen im Zusammenhang mit Kindern oder Jugendlichen (Nr. 3) und sämtliche Handlungen des Abs. 1, wenn diese sich auf eine nicht geringe Menge beziehen (Nr. 4).

Schließlich konzipiert (angesichts der veränderten Risikobewertung erstaunlich) § 34 Abs. 4 KCanG einen Verbrechenstatbestand, welcher sich an den §§ 30, 30a BtMG orientiert und mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren aufwartet (in minder schweren Fällen droht Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren). Erfasst sind das gewerbsmäßige Handeln im Fall des Abs. 3 S. 2 Nr. 3 a) (Nr. 1) KCanG, die Bestimmung einer minderjährigen Person zu bestimmten Handlungsweisen durch eine Person über 21 Jahren (Nr. 2), bandenmäßige Begehungsweisen, welche sich auf eine nicht geringe Menge beziehen (Nr. 3), sowie auf eine nicht geringe Menge bezogene bewaffnet begangene Handlungen (Nr. 4).

<sup>18</sup> *Sobota*, NJW 2024, 1217 (1219): Teleologische Reduktion.

<sup>19</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 131.

<sup>20</sup> *BayOBLG*, Beschl. v. 8.4.2024 – 203 StRR 39/24.

c) Insbesondere: Die nicht geringe Menge

Wie soeben dargelegt, hat der Gesetzgeber das (nicht nur sprachlich missglückte) Merkmal der „nicht geringen Menge“ aus dem BtMG übernommen: Das verdiente schon im Ansatz keinen Beifall, da dieses betäubungsmittelrechtsspezifische Merkmal (das schon auf eine lange Tradition zurückblicken kann und kaum mehr infrage gestellt wird) bereits im Kontext härtester Drogen nicht überzeugt<sup>21</sup> und dessen Bestimmung in vielerlei Hinsicht Probleme aufwirft (selbst bei gefährlichen, synthetischen Substanzen). Erst recht überzeugt der Transfer nicht mehr vor dem Hintergrund der in der Gesetzgebungsbegründung akzentuierten „veränderten Risikobewertung“. Das klassische zweistufige Verfahren<sup>22</sup> zur Bestimmung des Grenzwerts, bei der als bestimmender Strafzumessungsgrund nicht die Gewichtsmenge, sondern die Wirkstoffmenge ausschlaggebend sein soll,<sup>23</sup> mag zwar immer noch auf Cannabis (i.w.S.) passen, doch stellt sich zum einen schon die Frage, ob das auf den Wirkstoff THC zugeschnittene Rechenmodell überhaupt auf eine Regelungssystematik passt, deren Parameter sich v.a. an Gewichtsmengen und Pflanzenanzahlen orientiert. Zum anderen drängt sich angesichts der veränderten Risikobewertung die Frage, ob nicht eine höhere Maßzahl (als vormals 500, so entschieden im Jahre 1984<sup>24</sup>) zu veranschlagen wäre.

Der Gesetzgeber hat trotz solch einer Gemengelage darauf verzichtet, den Grenzwert selbst oder zumindest den „Rechenweg“ zur nicht geringen Menge im KCanG neu zu bestimmen (schließlich wäre es auch denkbar gewesen, sich auf einen gänzlich anderen Parameter zu beziehen, z.B. auf einen hohen Umsatz oder hohe Gewinnmargen oder schließlich große Gewichtsmengen). Er verwies in seiner Gesetzesbegründung lediglich darauf, dass man im Lichte der legalisierten Mengen an der bisherigen „Definition“ der nicht geringen Menge nicht mehr festhalten können werde und der Grenzwert deutlich höher liegen müsse als in der Vergangenheit.<sup>25</sup> Offen bleibt dabei schon, ob mit „Definition“ bereits die Art und Weise der Bestimmung infrage gestellt wird.

Unmittelbar nach Inkrafttreten des KCanG sahen sich diverse Gerichte bundesweit mit der Frage konfrontiert, wie die nicht geringe Menge im KCanG definiert werden sollte. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, die nicht geringe Menge THC bei 100 g anzusetzen (10-faches einer guten und durchaus üblichen 20 %-wirkstoffhaltigen noch in der eigenen Wohnung legalen 50-Gramm-Cannabismenge), wobei auch wertende Betrachtungen der nicht

geringen Menge anhand (nicht mehr überprüfter) Pflanzenmengen (Vorschlag: 60 Pflanzen = 20-faches der erlaubten Pflanzenmenge) oder (nicht mehr überprüfbarer) Bruttomengen (Vorschlag 500 Gramm = 10-mal die erlaubte Menge) für möglich gehalten wurden.<sup>26</sup> Nach einer weiter gehenden Ansicht soll im Rahmen einer autonomen Herleitung orientiert am Maßstab des KCanG die nicht geringe Menge wenigstens 1 kg Cannabis betragen.<sup>27</sup> Das *AG Karlsruhe* sah eine nicht geringe Menge als gegeben an, wenn die gemäß § 3 KCanG erlaubte Menge um mehr als das 10-fache überschritten ist, d.h. wenn man zu Hause mehr als 500 g getrocknetes Cannabis oder außerhalb des Wohnsitzes mehr als 250 g getrocknetes Cannabis besitzt.<sup>28</sup>

All diese Ansätze und Entscheidungsentwürfe wurden schnell zur Makulatur, nachdem der *Erste* und *Fünfte Strafsenat* des *BGH* entschieden haben, dass der im Kontext des Betäubungsmittelstrafrechts festgelegte Grenzwert von 7,5 g THC als nicht geringe Menge nach wie vor, also auch im Rahmen des KCanG, gelten solle.<sup>29</sup> Nach einer (mindestens) unglücklichen Art und Weise der Veröffentlichung der Entscheidung, wurde dem Senat vorgeworfen, dass er sich über die Gesetzesbegründung hinweggesetzt habe, wobei der Senat seinerseits darauf aufmerksam machte, dass die Begründung als solche nicht bindend sei: Recht zu geben ist ihm nur darin, dass der Gesetzgeber die Chance verpasst hat, sich der Sache selbst anzunehmen. Aber die Bemerkung, dass man keine „tatsachenbasierte Informationen“ geliefert habe, „auf welche weitergehende Rückschlüsse oder gar eine Berechnung gestützt werden könnten“, ist schon deswegen verfehlt, weil sich das Gericht diese auch selbst hätte im Freibeweisverfahren verschaffen, mithin die Gesetzesänderung mindestens als Anlass hätte betrachtet werden können, den Grenzwert nochmals zu überprüfen (und Sachverständige hinzuziehen, wie es dies etwa bei neuen psychoaktiven Substanzen auch macht); zum anderen wird der Gesetzgeber für sein zurückhaltendes Gebaren abgestraft, lediglich einen Parameter zur Neubestimmung des Grenzwerts genannt zu haben, statt eine tradierte Rechtsprechung zur geringen Menge als nicht mehr tragfähig zu erklären. Das sind allerdings nicht die einzigen Probleme: Denn entgegen der Rechtsprechung des *Ersten Strafsenats* sprechen auch systematische Erwägungen gegen eine Beibehaltung der alten Grenzmenge: Schließlich sieht das Gesetz den legalen Besitz von 50 g Cannabis mit 15 % oder mehr Wirkstoffgehalt vor, d.h. es ist möglich, eine „nicht geringe“ Menge legal zu besitzen. Im Speziellen wurde zudem bereits darauf hingewiesen, dass sich das

<sup>21</sup> Vgl. *Oğlakcioğlu*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 29a Rn. 24.

<sup>22</sup> *Cassardt*, NStZ 1995, 257 (262); *ders.*, NStZ 1997, 135. Hierfür wird zunächst die äußerst gefährliche Dosis der entsprechenden Droge oder, wenn eine solche nicht feststellbar ist, die durchschnittliche Konsumeinheit bestimmt, die dann mit einer an der Rauschwirkung und der Gefährlichkeit des Betäubungsmittels orientierten Maßzahl zu multiplizieren ist. Diese Methode stößt an ihre Grenzen, wenn noch keine klaren Vorstellungen bezüglich der Gefährlichkeit des entsprechenden Wirkstoffs bestehen (so bei neuen psychoaktiven Substanzen) oder das Präparat so beschaffen ist, dass es nur in Ausnahmefällen überhaupt toxisch bzw. besonders gefährlich wirken kann (so bei Medikamenten als „Ersatzdrogen“).

<sup>23</sup> BGHSt 33, 8; 42, 255 m. Anm. *Cassardt*, NStZ 1997, 132.

<sup>24</sup> BGHSt 33, 8 = NStZ 1984, 556.

<sup>25</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 132.

<sup>26</sup> *Krumm*, NJW 2024, 151 (153).

<sup>27</sup> *Sobota*, NJW 2024, 1217 (1220).

<sup>28</sup> *AG Karlsruhe*, Urt. v. 9.4.2024 – 1 Ls 610 Js 32177/23, Pressemitteilung online abrufbar unter: [https://amtsgericht-karlsruhe.justiz-bw.de/pb/\\_Lde/Startseite/Aktuelles/Erste+Entscheidung+zum+neuen+Cannabisgesetz/?LISTPAGE=1162367](https://amtsgericht-karlsruhe.justiz-bw.de/pb/_Lde/Startseite/Aktuelles/Erste+Entscheidung+zum+neuen+Cannabisgesetz/?LISTPAGE=1162367) (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

<sup>29</sup> *BGH*, Beschl. v. 18.4.2024 – 1 StR 106/24; *BGH*, Beschl. v. 23.4.2024 – 5 StR 153/24; *Hanseatisches OLG Hamburg*, Beschl. v. 9.4.2024 – 5 Ws 19/24, *KG Berlin*, Beschl. v. 30.4.2024 – 5 Ws 67/24.

Regelbeispiel partiell auf den Besitz von „Cannabispflanzen“ bezieht: Hier knüpft bereits der Wortlaut also nicht generell an Cannabis (bzw. THC), sondern an eine bestimmte Anzahl von Cannabispflanzen an, sodass es hier geradezu auf der Hand liegt, dass die Bestimmungsmethode nicht auf diesen Tatbestand passt. Insofern steht ein Verstoß gegen das Analogieverbot im Raum, wenn auch in diesem Zusammenhang die 7,5 g-Grenze als maßgeblich erachtet wird.<sup>30</sup>

Bei denjenigen Straftatbeständen, bei welchen das Gesetz eine bestimmte legale Freimenge vorsieht, stellt sich auch die Frage, ob die Freimenge bei der Berechnung des Grenzwerts nicht abgezogen werden muss. Im Rahmen des Schuldumfangs und bei der nicht geringen Menge wäre dann nur der Anteil zu berücksichtigen, der die nach § 3 Abs. 2 KCanG erlaubten Freimengen überschreitet.<sup>31</sup>

### 3. Tilgung im Bundeszentralregister

§§ 40-42 KCanG eröffnen die Möglichkeit, Einträge im Bundeszentralregister aufgrund von Cannabisverurteilungen löschen zu lassen, wenn nach neuer Rechtslage der abgeurteilte Sachverhalt keine Straftat oder Ordnungswidrigkeit mehr darstellt. Zwar sieht § 48 S. 1 BZRG eine solche Tilgung schon allgemein bei allen Einträgen vor, bei denen die Strafbarkeit nachträglich entfallen ist. Allerdings erfolgt dabei nach § 48 S. 2 BZRG die Tilgung nur, wenn sich die Voraussetzungen des S. 1 anhand der nach § 5 eingetragenen Daten feststellen lassen. Das ist bei Cannabisverurteilungen nie der Fall, weil im BZRG bisher lediglich ein Verstoß gegen das BtMG eingetragen wird, sodass aus dem Eintrag weder ersichtlich ist, um welche Substanz es sich gehandelt hat noch auf welche Menge sich die Tat bezog. Das erklärt die Notwendigkeit einer Spezialvorschrift. Dabei ist gem. § 41 KCanG der Antrag bei der Staatsanwaltschaft zu stellen, die örtlich für das Gericht zuständig ist, dessen Entscheidung den Eintrag veranlasst hat. Allerdings treten die §§ 40-42 KCanG gemäß Art. 15 Abs. 3 CanG erst zum 1.1.2025 in Kraft.

### 4. Bußgeldvorschriften

Jedes strafrechtliche Nebengesetz enthält nochmals mindestens die doppelte Anzahl an Ordnungswidrigkeiten, die aber in der Praxis regelmäßig keine Rolle spielen. Dies trifft auch auf das KCanG zu, das in seinem § 36 ganze 37 OWi-Tatbestände aufzählt. Was aber das KCanG angeht, scheint man sich über den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 36 KCanG genauso viel Gedanken zu machen wie über die Straftatbestände. Das lässt sich damit erklären, dass in § 36 Abs. 1 Nr. 4 KCanG der nach § 5 KCanG verbotene Konsum in der Öffentlichkeit (insofern auch ein Novum) und damit eine rechtstatsächlich besonders

relevante Verhaltensweise als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann. Zudem haben einige Länder bereits angekündigt, auch die Ordnungswidrigkeiten rigoros zu verfolgen und gleichzeitig hohe Bußgelder festzusetzen.<sup>32</sup>

Dabei ist zunächst der Konsum in unmittelbarer Gegenwart von Kindern oder Jugendlichen verboten, wobei es nicht darauf ankommt, ob es sich um einen (visuell oder geruchlich) „wahrnehmbaren“ Konsum handelt, wenn man die Ahndung auf die gesundheitlichen Gefahren des Passivkonsums stützt (und nicht ausschließlich auf die Gefahr einer „Nachahmung“, die in der Gesetzgebung alleine als Grund für die Regelung genannt ist<sup>33</sup>). Nähert sich eine minderjährige Person den Konsumierenden, hat die Ordnungswidrigkeit zur Folge, dass man den Konsum „einstellen“ und sich ggf. entfernen muss. Zu weit dürfte es allerdings gehen – und diese Frage könnte sich herausstellen – Personen, die in ihrem eigenen Vorgarten Cannabis konsumieren, in das Verbot einzubeziehen, wenn Kinder und Jugendliche immer wieder einmal an dem eigenen Grundstück vorbeilaufen. Ein ähnliches Problem stellt sich bei Konsumenten, die in der Nähe von Schulen, Kinderspielflächen, Kinder- und Jugendeinrichtungen etc. (§ 5 Abs. 2 KCanG) wohnen. Hier wird man aber annehmen können, dass der öffentlich sichtbare Konsum innerhalb der vier Wände bzw. auf dem Balkon nicht als „öffentlicher Konsum“ von Cannabis eingeordnet werden kann.

Eine gewisse steuernde Wirkung dürfte zudem § 10 KCanG zukommen, der anordnet, dass Cannabis und Vermehrungsmaterial am Wohnsitz durch geeignete Maßnahmen und Sicherheitsvorkehrungen vor dem Zugriff durch Dritte, insbesondere Kindern und Jugendlichen, zu schützen sind. Auch ein Verstoß gegen diese Vorschrift ist in § 36 Abs. 1 Nr. 6 KCanG bußgeldbewehrt. Zuletzt sei an dieser Stelle der bereits angesprochene § 36 Abs. 1 Nr. 1 KCanG genannt, der für einen schmalen Bereich zwischen illegalem aber noch nicht strafbarem Besitz (25-30 g Cannabis außerhalb der eigenen Wohnung bzw. 50-60 g Cannabis insgesamt) einen Ordnungswidrigkeitentatbestand vorsieht.

### 5. Regelungen für Jugendliche, insb. § 7 KCanG

Der erlaubte Besitz von Cannabis in § 3 Abs. 1 KCanG ist lediglich für Personen ab 18 Jahren vorgesehen. Kindern und Jugendlichen ist der Umgang mit Cannabis ausnahmslos verboten. Dabei hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, das „Strafbarkeitsrisiko“ für Jugendliche allerdings nicht weiter reichen zu lassen als für Erwachsene, d.h.: Die Strafvorschriften des KCanG gelten unter den weiteren Voraussetzungen des Jugendgerichtsgesetzes (JGG) auch für strafmündige Jugendliche (im Alter von 14-17 Jahren). Im Bereich des nach § 3 Abs. 1 KCanG für

<sup>30</sup> Mewes/Giannini: Half-baked decision: THC als unzulässiger Bezugsmaßstab der „nicht geringen Menge“, Verfassungsblog, 14.5.2024, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/half-baked-decision/> (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

<sup>31</sup> Patzak, Das neue Cannabisgesetz – Teil 6: Die nicht geringe Menge im KCanG, online abrufbar unter: <https://community.beck.de/2024/04/18/das-neue-cannabisgesetz-teil-6-die-nicht-geringe-menge-im-kcang> (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

<sup>32</sup> Bayern hat als erstes Bundesland einen eigenen Bußgeldkatalog „Konsumcannabis“ eingeführt, der für die beispielhaft hier genannten Ordnungswidrigkeiten Bußgelder im Bereich zwischen 500 € und 1000 € vorsieht, vgl. Bußgeldkatalog „Konsumcannabis“, online abrufbar unter: [https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayVV\\_2125\\_G\\_14409/true](https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayVV_2125_G_14409/true) (zuletzt abgerufen am 18.05.2024.)

<sup>33</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 97.

Erwachsenen legalen Besitzes von Cannabis machen sich jedoch auch Jugendliche nicht nach dem KCanG strafbar, d.h. es bleibt beim verwaltungsrechtlichen Verbot, was zumindest eine polizeirechtliche Sicherstellung von aufgefundenem Cannabis ermöglicht.<sup>34</sup> Daneben sieht § 7 KCanG mehrere Stufen der Frühintervention vor. So hat die zuständige Polizei- und Ordnungsbehörde unverzüglich die Personensorgeberechtigten über das Auffinden der minderjährigen Person mit Cannabis zu informieren. Nach § 7 Abs. 2 KCanG ist bei gewichtigen Anhaltspunkten für eine Gefährdung des Wohls des Kindes oder des Jugendlichen darüber hinaus unverzüglich der zuständige örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu informieren. Dieser hat dann nach § 7 Abs. 3 KCanG unter Einbeziehung der Personensorgeberechtigten darauf hinzuwirken, dass Kinder und Jugendliche geeignete Frühinterventionsprogramme oder vergleichbare Maßnahmen auch anderer Leistungsträger in Anspruch nehmen. Es stellt sich allerdings die Frage, wie im Wiederholungsfalle oder bei einer Weigerung, die Maßnahmen in Anspruch zu nehmen, verfahren werden soll. Die bisherigen Möglichkeiten des Jugendstrafrechts, beispielsweise die Verhängung von Ungehorsamsarrest sowie eine Steigerung der Reaktionen im Wiederholungsfalle, sind aufgrund der Herausnahme aus dem strafrechtlichen Bereich nicht anwendbar. Die dem Jugendamt eröffneten Möglichkeiten aus § 8a SGB VIII – auf welche die Gesetzesbegründung insoweit verweist<sup>35</sup> – erscheinen hier nicht in jedem Falle geeignet und sinnvoll.

#### IV. Das Medizinal-Cannabisgesetz (MedCanG)

Im Zuge der partiellen Entkriminalisierung bestimmter Mengen des Besitzes von Cannabis zu Konsumzwecken durch das KCanG hat der Gesetzgeber auch die Rechtslage zum Medizinalhanf überarbeitet und ein eigenständiges Regelwerk geschaffen, das die Verschreibungsvoraussetzungen in Bezug auf Medizinalhanf im Vergleich zur alten Rechtslage erheblich lockert. Die Änderungen im Hinblick auf das Medizinalcannabis sind gravierend und lassen sich auch etwas provokant ausgedrückt „als faktische Legalisierung durch die Hintertür“ bezeichnen,<sup>36</sup> freilich nur für Personen, die sich es leisten können.

Das Gesetz umfasst ganze 31 Vorschriften und beginnt mit allgemeinen Vorschriften zum Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen. Als „Cannabis zu medizinischen Zwecken“ werden gem. § 2 Nr. 1 MedCanG Pflanzen, Blüten und sonstige Pflanzenteile der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen eingeordnet, die aus einem Anbau stammen, der zu medizinischen Zwecken unter staatlicher Kontrolle gemäß den Artikeln 23 und 28 Abs. 1 des Einheits-Übereinkommens von 1961 über Suchtstoffe vom 30. März 1961<sup>37</sup> erfolgt, sowie Delta-9-Tetrahydrocannabinol, einschließlich Dronabinol und Zubereitungen

aller vorgenannten Stoffe. Die Abgrenzung zu Cannabis, welches dem KCanG unterfällt, ergibt sich demnach nicht aus dem von der einnehmenden Person verfolgten Zweck, sondern ist davon abhängig, ob das Cannabis aus staatlich kontrolliertem Anbau für die Apotheken entstammt.

Sodann findet sich in § 3 MedCanG die wesentliche und wohl bedeutendste Änderung in Relation zum alten Recht. Dort heißt es nämlich kurz und bündig: „Cannabis zu medizinischen Zwecken von Ärztinnen und Ärzten verschrieben oder im Rahmen einer ärztlichen Behandlung verabreicht oder unmittelbar zum Verbrauch überlassen werden.“ An die Verschreibung werden keine besonderen Anforderungen gestellt, insb. gilt das im Kontext des Betäubungsmittelrechts zu beachtende Ultima-ratio-Gebot (§ 13 Abs. 1 BtMG) hier nicht. Damit unterscheidet sich die Verschreibung von Cannabis in Blütenform nicht mehr von derjenigen sonstiger rezeptpflichtiger Arzneimittel, wie zum Beispiel „Ibuprofen 600 mg“.<sup>38</sup> Eine Bindung an bestimmte Diagnosen existiert ebenso wenig wie eine Höchstverschreibungsmenge (wie man diese von der BtMVV kennt). Zudem entfällt die bisherige Pflicht, Cannabis zu medizinischen Zwecken auf dem besonderen („gelben“) Betäubungsmittelrezept zu verschreiben.<sup>39</sup> Als Zugangsbeschränkung bleibt es damit bei der allgemeinen bzw. „normalen“ Verschreibungspflicht i.S.d. § 48 AMG (also des Arzneimittelrechts). Wie bereits erläutert, wäre aber ein Verstoß gegen § 48 AMG nur dahingehend strafbar, dass Cannabis ohne Verschreibung aus der Apotheke abgegeben wird; nicht jedoch ist die unbegründete Verschreibung von Cannabis strafbar.

Hervorhebung verdient das in § 24 MedCanG normierte Einnahmeverbot für Patientinnen in der Öffentlichkeit: Hierbei handelt es sich – siehe oben – generell um ein Novum im Arznei- und Betäubungsmittelrecht, wobei schon auf den ersten Blick erstaunt, dass nicht zwischen Genusskonsum und ärztlich indizierter Einnahme differenziert wird (auch begrifflich nicht).<sup>40</sup> Generell mag ein öffentliches Konsumverbot beim Genusskonsum sicherlich noch legitimierbar sein, wirft aber bei der medizinisch indizierten Einnahme Probleme auf. Denn es dürfte eine Selbstverständlichkeit darstellen, dass Arzneimittel grundsätzlich ortsunabhängig eingenommen werden dürfen sollten. Der deutsche Gesetzgeber verweist aber auf Einnahme und Konsumanreize für Kinder- und Jugendliche: Diese könnten kaum zwischen Konsum und medizinischer Einnahme unterscheiden.<sup>41</sup> Daher verweist die zitierte Vorschrift auf § 5 Abs. 2 KCanG beim „öffentlichen Konsum von Cannabis zu medizinischen Zwecken mittels Inhalation“. Problematisch bleibt dieses Verbot, wenn man sich überlegt, dass dann auch konsequenterweise keine anderen Arzneien (z.B. Schmerztabletten) in der Öffentlichkeit geschluckt oder Insulinspritzen nicht gesetzt werden dürften. Außerdem erscheint das Argument der

<sup>34</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 95.

<sup>35</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 99.

<sup>36</sup> Sobota, NJW 2024, 1217 (1220).

<sup>37</sup> BGBl. 1973 II, S. 1354.

<sup>38</sup> Vgl. Diebel, in: Jahn/Oğlakcioğlu, 2. Symposium zum Betäubungs- und Arzneimittelstrafrecht, 2024, im Erscheinen.

<sup>39</sup> Zu den Unterschieden zwischen Arznei- und Betäubungsmittelstrafrecht im Kontext der medizinischen Versorgung der Bevölkerung vgl. Oğlakcioğlu, MedR 2019, 450 (451 f.).

<sup>40</sup> Kritisch Diebel, in: Jahn/Oğlakcioğlu, 2. Symposium zum Betäubungs- und Arzneimittelstrafrecht, 2024, im Erscheinen, die daher vorschlägt, im Kontext des medizinisch indizierten Konsums von einer „Einnahme“ zu sprechen (wie hier geschehen).

<sup>41</sup> BT-Drs. 20/8704, S. 147.

Verwechslungsgefahr nicht tragfähig, da der Normalfall des Genusskonsums nicht mittels eines Inhalationsgeräts erfolgt. Entschärft wird dieses Problem allerdings dadurch, dass das Einnahmeverbot jedenfalls derzeit nur sicherheitsrechtlich Bedeutung entfaltet, da die Sanktionsvorschriften des MedCanG nicht auf § 24 MedCanG Bezug nehmen (geplant ist allerdings eine Ahndung nach den Regeln des Bundesnichtraucherschutzgesetzes).

Damit ist man bei den Sanktionsvorschriften des MedCanG angekommen, die ebenfalls „zweistufig“ konzeptioniert sind, d.h. schwerwiegendere Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Verbote werden mit der Kriminalstrafe sanktioniert (§ 25 MedCanG), während weniger gravierende Verstöße gegen Überwachungs- und Dokumentationspflichten als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden sollen. Dabei ähnelt der Grundtatbestand des § 25 MedCanG in seiner Ausgestaltung und Reichweite seinen konsumcannabisrechtlichen und betäubungsmittelrechtlichen Geschwistern: Aufgelistet sind zahlreiche Verhaltensformen in Bezug auf Medizinalhanf, deren Vornahme außerhalb des „Vertriebswegs“ zu einer Strafbarkeit führt. Im Absatz 2 wird lediglich ein „Gleichklang“ zum KCanG hergestellt, indem der Besitz einer Menge, die auch nach dem KCanG nicht verboten wäre, aus dem Bereich des Strafbaren herausgenommen wird. Auch hier finden sich in den weiteren Absätzen die (meist praktisch kaum relevante) Anordnung der Versuchsstrafbarkeit sowie Strafschärfungen für besonders gefährliche Begehungsweisen (z.B. die Abgabe an Minderjährige oder die bandenmäßige Begehung).<sup>42</sup>

## V. Änderungen weiterer Gesetze

In den Art. 3-14 des Cannabisgesetzes sind umfassende Änderungen weiterer Gesetze vorgesehen, wobei es sich vielfach um redaktionelle Anpassungen aufgrund der Herausnahme von Cannabis aus dem BtMG handelt. Im Folgenden soll lediglich auf besonders relevante Änderungen etwas detaillierter eingegangen werden.

### 1. Amnestieregelung für laufende Vollstreckungsverfahren

In Art. 316p EGStGB hat der Gesetzgeber eine (kontrovers beurteilte) Amnestieregelung für laufende Vollstreckungsverfahren eingefügt: Demnach ist im Hinblick auf vor dem 1. April 2024 verhängte Strafen nach dem Betäubungsmittelgesetz, die nach dem Konsumcannabisgesetz oder dem Medizinal-Cannabisgesetz nicht mehr strafbar und auch nicht mit Geldbuße bedroht sind, Artikel 313 entsprechend anzuwenden. Nach Art. 313 Abs. 1 EGStGB werden rechtskräftig verhängte Strafen wegen solcher Taten, die nach neuem Recht nicht mehr strafbar und auch nicht mit Geldbuße bedroht sind, mit Inkrafttreten des neuen Rechts erlassen, soweit sie noch nicht vollstreckt sind. Der Straferlass erstreckt sich dabei auf Nebenstrafen und Nebenfolgen – mit Ausnahme der Einziehung und Unbrauchbarmachung –, Maßregeln der Besserung und

Sicherung, Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel nach dem Jugendgerichtsgesetz sowie auf rückständige Geldbußen und Kosten, auch wenn die Strafe bei Inkrafttreten des neuen Rechts bereits vollstreckt war.

Die Vorschrift hilft also grundsätzlich nur dann, wenn die nach dem BtMG abgeurteilte Tat nun weder eine Straftat noch eine Ordnungswidrigkeit nach dem KCanG darstellt. Bei allen Verurteilten, bei denen die Strafe aufgrund der bisher im BtMG geltenden Regelung im Vergleich zum nun nach dem KCanG anzuwendenden Maßstab lediglich „zu hoch“ ausgefallen ist, kommt die Vorschrift nicht zur Anwendung.<sup>43</sup>

Enthält eine Gesamtstrafe jedoch Einzelstrafen im Sinne des § 313 Abs. 1 S. 1 EGStGB und andere – weiter strafbare – Einzelstrafen, so ist die Strafe nach § 313 Abs. 4 EGStGB neu festzusetzen. Dies ist bei einer Gesamtstrafe aus zwei oder drei Einzelstrafen verhältnismäßig einfach, kann bei mehreren nun wegfallenden Einzelstrafen aber auch durchaus komplex werden. Noch schwieriger ist eine solche Neufestsetzung im Jugendstrafrecht, weil hier gerade keine Einzelstrafen für einzelne Taten, sondern in der Regel über § 31 JGG eine einheitliche Sanktion festgesetzt wird. Für die Neufestsetzung ist im Erwachsenenstrafrecht das erkennende Gericht zuständig.<sup>44</sup> Im Jugendstrafrecht besteht grundsätzlich auch eine Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts, welche jedoch bei teilweiser Verbüßung der Jugendstrafe nach § 66 Abs. 2 Nr. 4 JGG an den Vollstreckungsleiter übergeht und von dort im Regelfall nicht wegen § 85 Abs. 5 JGG zurückübertragen werden kann.<sup>45</sup>

Auch wenn die nun nicht mehr strafbare Cannabistat in Tateinheit mit einer anderen Straftat abgeurteilt wurde, kann nach § 313 Abs. 3 EGStGB eine angemessene Ermäßigung erfolgen.

### 2. Änderung in der StPO

Konsequenzen hat die Herausnahme von Cannabis auch auf das Strafverfahrensrecht: Da insoweit viele Ermächtigungsgrundlagen und Zwangsmaßnahmen an BtMG-Vorschriften als Katalogtaten anknüpfen, „mussten“ – um eine Kontinuität im Hinblick auf die Strafverfolgung zu wahren – die jeweiligen Tatbestände mit hoher Strafan drohung (§ 34 Abs. 3 und Abs. 4 KCanG) als „Anknüpfungstaten“ in die einschlägigen Vorschriften aufgenommen werden (§ 112a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO sowie §§ 100a, § 100b Abs. 2 StPO). Die divergierende Struktur der Qualifikationsvorschriften hat aber zur Folge, dass nicht alle BtMG-Katalogtaten denjenigen des KCanG entsprechen. In EncroChat-Verfahren kann dies die Unverwertbarkeit der Beweisergebnisse zur Folge haben: Der BGH hatte entschieden, dass die im Wege europäischer Rechtshilfe erlangten Beweisergebnisse aus dem EncroChat-Komplex in einem Strafverfahren ohne Einwilligung der überwachten Person nur zur Aufklärung einer Straftat, auf Grund derer eine Maßnahme nach § 100b

<sup>42</sup> Umfassend hierzu *Diebel*, in: Jahn/Oğlacioğlu, 2. Symposium zum Betäubungs- und Arzneimittelstrafrecht, 2024, im Erscheinen.

<sup>43</sup> So auch *LG Karlsruhe*, 15.5.2024 – 20 StVK 228/24 -, juris.

<sup>44</sup> *LG Aachen*, Beschl. v. 29.4.2024 – 69 KLS 17/19.

<sup>45</sup> *OLG Hamm*, Beschl. v. 23.4.2024 – 4 OGS 10/24.

StPO hätte angeordnet werden können, oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person verwendet werden (und hierbei v.a. auf die Wertung des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO abgestellt).<sup>46</sup> Da nunmehr nur bestimmte Verbrechenstatbestände des § 34 Abs. 4 KCanG dem Katalog des § 100b StPO unterfallen, jedoch nicht ein Handelreiben oder eine Einfuhr von Cannabis in nicht geringer Menge, könnte man annehmen, dass es an dieser Voraussetzung fehlt und insofern in Fällen, in denen keine bandenmäßige Begehung o.Ä. festgestellt ist, eine Unverwertbarkeit der EncroChat-Daten anzunehmen ist (so das *LG Mannheim* und *KG Berlin*).<sup>47</sup> Das *LG Köln* indessen lehnt solch eine Unverwertbarkeit unter Hinweis darauf ab, dass der *BGH* lediglich den Grundgedanken des § 100e Abs. 6 StPO herangezogen habe, aber zu berücksichtigen sei, dass die vorgenommene Maßnahme nach deutschem Recht „jedenfalls teilweise nach § 100a Abs. 1 StPO gerechtfertigt wäre“ und insofern eine Verwertbarkeit angenommen werden könne.<sup>48</sup> Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

### 3. Änderung im StVG

Von Änderungen ist auch das Straßenverkehrs- und Fahrerlaubnisrecht betroffen: Während im Hinblick auf Alkohol mit dem 0,5-Promille-Grenzwert (§ 24a Abs. 1 StVG) schon immer eine eindeutige Grenze existiert, sieht der Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 24a Abs. 2 StVG bezüglich einer Fahrt unter Einfluss von Cannabis keinen solchen gesetzlichen Grenzwert vor. Die Rechtsprechung ging seit Jahren von 1,0 ng/ml an aktivem THC als Grenzwert aus. Dies führte aufgrund des im Vergleich zu Alkohol nicht linear verlaufenden und nicht einschätzbarem Abbau von THC vielfach dazu, dass Personen noch Tage nach dem letzten Konsum über dem angenommenen Grenzwert von 1,0 ng/ml lagen und damit den Tatbestand des § 24a Abs. 2 StVG verwirklichten, obwohl zum Zeitpunkt der Fahrt keinerlei Rauschwirkung mehr gegeben war. Schon vor der Diskussion rund um die Legalisierung und das CanG wurde daher eine Erhöhung des Grenzwerts in Erwägung gezogen. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, eine Arbeitsgruppe damit zu beauftragen, bis zum 31.3.2024 einen neuen Grenzwert vorzuschlagen (§ 44 KCanG). Diese hat sich nunmehr für einen neuen Grenzwert von 3,5 ng/ml aktives THC ausgesprochen.<sup>49</sup> Die Fraktionen der Bundesregierung haben in der Folge einen Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und weiterer straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften<sup>50</sup> eingebracht, dessen erste Lesung im Bundestag am 16.5.2024 stattfand. Der Entwurf sieht die Schaffung eines § 24a Abs. 1a StVG vor, wonach ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führt, obwohl er 3,5 ng/ml oder mehr Tetrahydrocannabinol im Blutserum

hat.<sup>51</sup> In der Rechtsprechung wurde der Vorschlag des neuen Grenzwerts von 3,5 ng/ml durch die Arbeitsgruppe teilweise schon als antizipiertes Sachverständigengutachten ausgelegt und zur Anwendung gebracht.<sup>52</sup> Dem traten allerdings andere Gerichte bereits entgegen.<sup>53</sup>

Schließlich macht die Teillegalisierung auch eine Änderung des Fahrerlaubnisrechts unumgänglich. Die maßgebliche Anlage 4 zur FeV sah bis zum 31.3.2024 unter Ziff. 9.2.1. nämlich vor, dass bereits die regelmäßige Einnahme von Cannabis – ohne jeglichen Bezug zu einer Fahrt mit einem Kraftfahrzeug oder einer sonstigen Teilnahme am Straßenverkehr – zur Annahme einer fehlenden Fahreignung führte. Dies hätte zu einer Verlagerung von der bisherigen Strafverfolgung hin zu einer faktischen fahrlaubnisrechtlichen Sanktionierung von Cannabiskonsumanten geführt. Die Neuregelung der Anlage 4 FeV sieht (seit dem 1.4.2024) eine fehlende Fahreignung lediglich bei einem Missbrauch von Cannabis vor (d.h., wenn das Führen von Fahrzeugen und ein die Fahrsicherheit beeinträchtigender Cannabiskonsum nicht hinreichend sicher getrennt werden kann, oder bei einer Abhängigkeit von Cannabis). Dabei wird, jedenfalls nach Verabschiedung des neuen § 24a Abs. 1a StVG, auch der Grenzwert von 3,5 ng/ml maßgeblich sein. Aufgrund des ebenfalls neu eingeführten § 13a FeV wird eine Medizinisch-Psychologische-Untersuchung zur Klärung von Eignungszweifeln in der Regel auch erst bei wiederholten Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr unter Cannabiseinfluss angeordnet werden können.

## VI. Fazit

Das Cannabisgesetz ist nicht das, was man sich womöglich als Befürworter einer evidenzbasierten und rationalen Drogenpolitik gewünscht hat; doch handelt es sich dennoch um eine Errungenschaft, welche in erster Linie auch zu einer Verbesserung der empirischen Datenlage führen wird, als nunmehr beobachtet werden kann, ob und wie sich bereits kleinere Lockerungen des Rechts kurz-, mittel- und langfristig auf die Konsumprävalenzen auswirken. Ärgerlich bleiben die vermeidbaren technischen Mängel des Regelwerks sowie die mit der gesetzgeberisch veränderten Risikobewertung kaum in Einklang zu bringende ausufernde Bestrafung von bloßem Verwaltungsungehorsam (bspw. in Form der nicht gewinnorientierten Weitergabe von Cannabis in Mengen, die ein Dritter besitzen dürfte). Der häufige Rückgriff auf die Termini und Handlungsmodalitäten des BtMG läßt – wie erste Entscheidungen bereits demonstrieren – dazu ein, das Betäubungsmittelstrafrecht als Blaupause heranzuziehen, obwohl eine Abschaffung des Stigmas im Hinblick auf Cannabis angestrebt wird.

<sup>46</sup> BGHSt 67, 29.

<sup>47</sup> *KG Berlin*, Beschl. v. 30.4.2024 – 5 Ws 67/24; *LG Mannheim*, Urt. v. 12.4.2024 – 5 KLs 804 Js 28622/21.

<sup>48</sup> *LG Köln*, Beschl. v. 16.4.2024 – 323 Qs 32/24 (bzgl. Sky-ECC); So auch: *Schubert*, jurisPR-StrafR 8/2024 Anm. 3.

<sup>49</sup> Pressemitteilung des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr, online abrufbar unter: <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2024/018-expertengruppe-thc-grenzwert-im-strassenverkehr.html> (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

<sup>50</sup> BT-Drs. 20/11370.

<sup>51</sup> BT-Drs. 20/11370, S. 3.

<sup>52</sup> *AG Dortmund*, Urt. v. 11. April 2024 – 729 OWi-251 Js 287/24-27/24.

<sup>53</sup> *BayObLG*, Beschl. v. 2.5.2024 – 202 ObOWi 374/24.

## ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

### Zur allgemeinen Funktionsträgerimmunität bei Völkerstrafverfahren

*BGH, Beschl. v. 21.2.24 – AK 4/24*

**Die allgemeine Funktionsträgerimmunität gilt bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht, und zwar unabhängig vom Status und Rang des Täters. Der Ausschluss dieser funktionellen Immunität fremder Hoheitsträger bei Völkerstraftaten gehört zum zweifelsfreien Bestand des Völkergewohnheitsrechts.**

**Für ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Versklavung nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB bedarf es nicht zwingend der Ausübung eines angemessenen „Eigentumsrechts“ an dem Opfer über einen längeren Zeitraum; ein solcher ist lediglich ein Indiz für das Vorliegen einer Versklavung, ohne dass diese bei bloß kurzzeitigen Tatgeschehen ausgeschlossen wäre.**

#### Gründe:

#### I.

- <sup>1</sup> Der Beschuldigte ist am 2. August 2023 aufgrund eines Haftbefehls des Ermittlungsrichters des *BGH* vom 26. Juli 2023 (4 BGs 52/23) festgenommen worden und befindet sich seitdem ununterbrochen in Untersuchungshaft. Der ursprüngliche Haftbefehl ist durch einen neuen, um weitere Tatvorwürfe ergänzten Haftbefehl vom 25. Januar 2024 (4 BGs 6/24) ersetzt worden.
- <sup>2</sup> 1. Gegenstand des aktuellen Haftbefehls sind die Tatvorwürfe, der Beschuldigte habe zwischen Dezember 2012 und November 2015 in Damaskus (Arabische Republik Syrien) durch 16 selbständige Handlungen
  - <sup>3</sup> a) durch dieselbe Handlung (Fall II. 1. des Haftbefehls vom 25. Januar 2024; hier nachfolgend III. 1. a aa)
  - <sup>4</sup> - im Rahmen eines ausgedehnten und systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung einen Menschen, der sich in seinem Gewahrsam oder in sonstiger Weise unter seiner Kontrolle befand, gefoltert, indem er ihm erhebliche körperliche oder seelische Schäden oder Leiden zufügte, die nicht lediglich Folge völkerrechtlich zulässiger Sanktionen waren, sowie einen Menschen unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt,
  - <sup>5</sup> - im Zusammenhang mit einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person grausam und unmenschlich behandelt, indem er ihr erhebliche körperliche oder seelische Schäden zufügte, insbesondere sie folterte oder verstümmelte,
  - <sup>6</sup> - einen Menschen entführt und sich seiner bemächtigt, um die Sorge des Opfers um sein Wohl dazu auszunutzen, einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt zu einer Unterlassung zu nötigen und dadurch dem Vermögen des Genötigten Nachteil zuzufügen, um einen Dritten zu Unrecht zu bereichern,
  - <sup>7</sup> - einen Menschen unter Verwendung eines anderen gefährlichen Werkzeugs und unter schwerer körperlicher Misshandlung bei der Tat rechtswidrig mit Gewalt gegen eine Person zu einer Unterlassung genötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten Nachteil zugefügt,
  - <sup>8</sup> b) durch eine weitere Handlung (Fall II. 2. des Haftbefehls vom 25. Januar 2024; hier nachfolgend III. 1. a bb)
  - <sup>9</sup> - im Rahmen eines ausgedehnten und systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung einen Menschen, der sich in seinem Gewahrsam oder in sonstiger Weise unter seiner Kontrolle befand, gefoltert, indem er ihm erhebliche körperliche oder seelische Schäden oder Leiden zufügte, die nicht lediglich Folge völkerrechtlich zulässiger Sanktionen waren,
  - <sup>10</sup> - im Zusammenhang mit einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person grausam und unmenschlich behandelt, indem er ihr erhebliche körperliche oder seelische Schäden zufügte, insbesondere sie folterte oder verstümmelte,
  - <sup>11</sup> - eine andere Person mittels eines gefährlichen Werkzeugs und einer das Leben gefährdenden Behandlung sowie mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt,
  - <sup>12</sup> c) durch eine weitere Handlung (Fall II. 3. a) des Haftbefehls vom 25. Januar 2024; hier nachfolgend III. 1. a cc)
  - <sup>13</sup> - im Rahmen eines ausgedehnten und systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung 26 Menschen versklavt und sich dabei ein Eigentumsrecht an ihnen angemäßt, einen Menschen, der sich in seinem Gewahrsam oder in sonstiger Weise unter seiner Kontrolle befand, gefoltert, indem er ihm erhebliche körperliche oder seelische Schäden oder Leiden zufügte, die nicht lediglich Folge völkerrechtlich zulässiger Sanktionen waren, sowie 26 Menschen unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt,
  - <sup>14</sup> - im Zusammenhang mit einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person grausam und unmenschlich behandelt, indem er ihr erhebliche körperliche oder seelische

Schäden zufügte, insbesondere sie folterte oder verstümmelte,

<sup>15</sup> d) durch eine weitere Handlung (Fall II. 3. b) des Haftbefehls vom 25. Januar 2024; hier nachfolgend III. 1. a dd)

<sup>16</sup> im Rahmen eines ausgedehnten und systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung 26 Menschen versklavt und sich dabei ein Eigentumsrecht an ihnen angemaßt sowie 26 Menschen unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt,

<sup>17</sup> (e) durch zwei weitere Handlungen (Fall II. 4. a) des Haftbefehls vom 25. Januar 2024) jeweils

<sup>18</sup> im Rahmen eines ausgedehnten und systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung mindestens einen Menschen versklavt und sich dabei ein Eigentumsrecht an ihm angemaßt sowie mindestens einen Menschen unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt,

<sup>19</sup> f) durch zwei weitere Handlungen (Fall II. 4. b) des Haftbefehls vom 25. Januar 2024) jeweils

<sup>20</sup> - im Rahmen eines ausgedehnten und systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung einen Menschen versklavt und sich dabei ein Eigentumsrecht an ihm angemaßt sowie einen Menschen unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt,

<sup>21</sup> - unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, und dabei eine Waffe bei sich geführt,

<sup>22</sup> g) durch acht weitere Handlungen (Fälle II. 5. und II. 6. des Haftbefehls vom 25. Januar 2024) jeweils

<sup>23</sup> - im Zusammenhang mit einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt geplündert,

<sup>24</sup> - unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, und in einem Fall dabei eine Waffe bei sich geführt (Fall II. 6. des Haftbefehls vom 25. Januar 2024) und in den anderen sieben Fällen dabei eine Waffe verwendet (Fall II. 5. des Haftbefehls vom 25. Januar 2024).

<sup>25</sup> 2. Der Haftbefehl vom 25. Januar 2024 geht insofern von einer mutmaßlichen Strafbarkeit des Beschuldigten gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3, 5 und 9, § 8 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 6 Nr. 2, § 9 Abs. 1 Alt. 1 VStGB, § 223 Abs. 1, § 224 Abs. 1 Nr. 2, 4 und 5, § 239a Abs. 1, § 249 Abs. 1, § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, Abs. 2 Nr. 1 und 3 Buchst. a, § 253 Abs. 1, § § 255, 25 Abs. 1 und 2, § § 52, 53 StGB aus.

<sup>26</sup> 3. Der Generalbundesanwalt hat beantragt, die Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus anzuordnen, sofern dies angesichts des neu gefassten Haftbefehls vom 25. Januar 2024 veranlasst sei. Der Ermittlungsrichter des *BGH* hat daraufhin die Akten dem Senat zur Entscheidung über die Haftfortdauer nach § 121 Abs. 2 und 4 StPO vorgelegt.

## II.

[...]

<sup>28</sup> Die neuen Tatvorwürfe, der Beschuldigte habe im Jahr 2013 in vier Fällen als ein im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt in Syrien tätiger Milizionär des Assad-Regimes im Stadtteil At-Tadamon von Damaskus Zivilpersonen an einer von seiner Miliz betriebenen Kontrollstelle angehalten, festgenommen und an einen anderen Ort verbracht, an dem sie Zwangsarbeit verrichten mussten (Fälle II. 4. a) und II. 4. b) des Haftbefehls vom 25. Januar 2024), stützen sich, was das konkrete Tatgeschehen bei diesen vier Taten anbelangt, allein auf diesbezügliche Bekundungen des Zeugen K. vom 19. Dezember 2023. Deshalb kann insofern gegenwärtig zwar ein für eine Anklageerhebung hinreichender, nicht jedoch der für Untersuchungshaft erforderliche dringende Tatverdacht bejaht werden. Denn der Zeuge hat hinsichtlich der ersten beiden Fälle lediglich bekundet, er habe wiederholt, wobei er die Vorfälle zeitlich nicht eingrenzen könne, aus der Ferne – aus 700 bis 800 Metern Entfernung – gesehen, dass der ihm als Angehöriger einer regimetreuen Miliz bekannte Beschuldigte an einem Checkpoint Personen anhielt, mit denen er anschließend wegfuhr. Was mit diesen sodann geschah, könne er aus eigener Anschauung nicht bekunden. Später habe er allerdings gehört, diese hätten Zwangsarbeit verrichten müssen. Zu den beiden weiteren Fällen hat dieser Zeuge lediglich als „Zeuge vom Hörensagen“ zu bekunden vermocht, seine beiden Brüder hätten ihm berichtet, jeweils vom Beschuldigten an einem Kontrollpunkt angehalten und zur Verrichtung von militärischen Hilfsdiensten an der Front der Kämpfe zwischen dem syrischen Militär und oppositionellen Kräften gezwungen worden zu sein; sie hätten Sandsäcke schleppen müssen. Der Beschuldigte habe ihnen zudem Geld und Mobiltelefone abgenommen und diese für sich behalten. Die betroffenen Brüder selbst sind (bislang) nicht vernommen worden.

<sup>29</sup> Die weiteren neuen Tatvorwürfe, der Beschuldigte habe zwischen Mitte 2013 und November 2015 in mindestens einem Fall ein Gemüsegeschäft in At-Tadamon aufgesucht und dort zum Verkauf ausgelegtes Gemüse an sich genommen, ohne die Ware zu bezahlen, sowie dem Händler Geld abgenommen und sei an mindestens sechs weiteren derartigen Taten, die von anderen Angehörigen seiner Miliz begangen wurden, beteiligt gewesen (Fälle II. 5. des Haftbefehls vom 25. Januar 2024), werden zwar durch eine Zeugenaussage des Ladeninhabers A. vom 21. September 2023 gestützt. Indes kann insofern ein dringender Tatverdacht der Begehung von Kriegsverbrechen gegen das Eigentum (§ 9 Abs. 1 Alternative 1 VStGB – Plünderung) derzeit nicht bejaht werden. Denn die von diesem und weiteren Zeugen bekundeten Gesamtumstände des

Agierens des Beschuldigten im Damaszener Stadtviertel At-Tadamon im Tatzeitraum vermögen den vom Tatbestand geforderten funktionalen Zusammenhang der Tathandlungen mit dem bewaffneten Konflikt (vgl. insofern *BGH*, Beschl. v. 17.11.2017 – AK 54/16, juris Rn. 29; Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17, BGHSt 62, 272 Rn. 55; *Hiéramente/Gebhard*, in: LK-StGB, Bd. 20, 13. Aufl. [2023], § 9 VStGB Rn. 5; Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. [2020], Rn. 1216 ff., insb. Rn. 1222) zwar im Sinne eines für eine Anklageerhebung hinreichenden, nicht jedoch dringenden Tatverdachts zu belegen. Eine nicht fernliegend erscheinende Tatbegehung allein „bei Gelegenheit“ des bewaffneten Konflikts genügte für eine Strafbarkeit wegen eines Kriegsverbrechens nach § 9 Abs. 1 VStGB nicht. Bedenken bestehen auch in Bezug auf die Annahme, der Geschädigte sei der „gegnerischen Partei“ zuzuordnen; dieses Erfordernis gilt auch für die Plünderung (vgl. *BGH*, Beschl. v. 4.4.2019 – AK 12/19, NStZ-RR 2019, 229 (231); v. 11.1.2018 – AK 75-77/17, juris Rn. 32; *Ambos*, in: MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. [2022], § 9 VStGB Rn. 3, 7; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1373; insofern kritisch *Hiéramente/Gebhard*, in: LK-StGB, § 9 VStGB Rn. 26 ff.). Zudem ist hinsichtlich der mutmaßlich von anderen Milizionären vorgenommenen Entwendungen von Waren unklar, inwieweit der Beschuldigte an diesen durch einen konkreten Tatbeitrag mitwirkte. Soweit bei den dem Beschuldigten zur Last gelegten Taten zum Nachteil des Zeugen A. eine Strafbarkeit wegen (besonders) schweren Raubes gemäß § 249 Abs. 1, § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, Abs. 2 Nr. 1 Alternative 1 StGB oder (besonders) schwerer räuberischer Erpressung gemäß § 253 Abs. 1, §§ 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, Abs. 2 Nr. 1 Alternative 1 StGB, jeweils i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, in Betracht zu ziehen ist, die auch bei Nichtvorliegen eines Kriegsverbrechens gegen das Eigentum nach § 9 Abs. 1 VStGB im Sinne einer Annexkompetenz der Verfolgungszuständigkeit des Generalbundesanwalts unterläge (vgl. insofern *BGH*, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, BGHSt 66, 226 Rn. 14; v. 20.9.2012 – 3 StR 314/12, juris Rn. 20; v. 13.1.2009 – AK 20/08, BGHSt 53, 128 Rn. 39), scheidet hierauf gestützte Untersuchungshaft aus, weil gegenwärtig keine Erkenntnisse zum Wert der entwendeten Waren vorliegen, die Bekundungen des Zeugen auf eine geringe Höhe des herausverlangten Geldbetrages hindeuten und damit die Verhältnismäßigkeit eines Haftbefehls (§ 120 StPO) nicht beurteilt werden kann.

<sup>30</sup> Entsprechendes gilt für den neuen Tatvorwurf des erweiterten Haftbefehls, der Beschuldigte habe – wie erstmals der Zeuge K. bei seiner Vernehmung am 19.12.2023 bekundet hat – im Jahr 2013 ebenfalls im Damaszener Stadtviertel At-Tadamon mit einem Sturmgewehr Kalaschnikow bewaffnet eine Apotheke betreten und die Herausgabe von Medikamenten verlangt, woraufhin der Apotheker ihm diese aus Angst vor ansonsten befürchteter körperlicher Gewalt ohne Bezahlung überreichte (Fall II. 6. des Haftbefehls vom 25. Januar 2024).

### III.

[...]

- <sup>33</sup> a) Nach dem gegenwärtigen Ermittlungsstand ist im Sinne eines dringenden Tatverdachts insofern von folgendem Sachverhalt auszugehen:
- <sup>34</sup> Der seinerzeit in Damaskus (Syrien) lebende Beschuldigte schloss sich nach Ausbruch des innerstaatlichen syrischen Konflikts im Jahr 2011 einer regierungstreuen und im Damaszener Stadtviertel At-Tadamon tätigen „Shabiha-Miliz“ (Lijan Shaabiyah) an und agierte als einer ihrer lokalen Anführer. Er unterstand unmittelbar dem Leiter der Miliz, „Abu M.“. Die Gruppierung wurde Ende 2012 in die staatliche paramilitärische Organisation „National Defence Forces“ (NDF) eingegliedert und arbeitete eng mit dem syrischen Militärischen Geheimdienst zusammen. Aufgabe der Stadtteilmiliz war es, im jedenfalls seit Anfang 2012 vorliegenden nicht-internationalen bewaffneten Konflikt in Syrien gemeinsam mit dem syrischen Geheimdienst oppositionelle Bestrebungen in At-Tadamon zu unterbinden. Die Milizionäre gingen dort gewaltsam gegen tatsächliche oder vermeintliche Regimegegner vor. Sie errichteten Checkpoints auf den Straßen, an denen Zivilpersonen kontrolliert und teilweise auch willkürlich festgenommen und verschleppt wurden, unter anderem, um sie zwangsweise bei militärischen Hilfsdiensten in naheliegenden Kampfgebieten einzusetzen.
- <sup>35</sup> Der Beschuldigte, der in dem Stadtteil allgemein bekannt und wegen seiner früheren dortigen beruflichen Tätigkeit als Lkw-Fahrer und Führer von Baumaschinen „Abu H. Trucks“ genannt wurde, patrouillierte gemeinsam mit weiteren, ihm unterstellten Milizionären in einer Militäruniform und bewaffnet auf den Straßen, wobei es ihnen darum ging, die örtliche Zivilbevölkerung einzuschüchtern. Zudem war er an Kontrollstellen der Miliz in leitender Funktion tätig. Dabei nahm er willkürliche Festnahmen vor und zwang Zivilpersonen dazu, ihm Geld und Wertgegenstände auszuhändigen. Insbesondere hielt er vielfach arbeitsfähige Männer in größerer Zahl an, nahm ihnen die Ausweisdokumente ab und verbrachte sie in Gruppen von zehn bis 30 Personen zwangsweise an in der Nähe befindliche Abschnitte der Front zwischen Soldaten der syrischen Armee und oppositionellen Kämpfern, wo sie tageweise als Zwangsarbeiter Sandsäcke befüllen, Barrikaden errichten sowie Schützengräben ausheben mussten und dabei einer hohen Gefahr ausgesetzt waren, durch die Kampfhandlungen getötet oder verletzt zu werden.
- <sup>36</sup> aa) Zu einem bislang nicht näher festgestellten Zeitpunkt innerhalb der ersten acht Monate des Jahres 2013 wurde der Zeuge S. von Milizionären der Gruppierung des Beschuldigten an einer Kontrollstelle in At-Tadamon mit der Bezeichnung „Baraka“ festgenommen, gefesselt und zu einem nahegelegenen provisorischen Gefängnis verbracht. Der Grund für das Vorgehen war, dass der Zeuge

seinen Werklohn eingefordert hatte für handwerkliche Arbeiten, die er für eine Ehefrau des „Abu M.“, des Anführers der Miliz, verrichtet hatte. Er sollte dazu gebracht werden, auf seine Entlohnung zu verzichten. Nachdem der Zeuge zwei Stunden inhaftiert worden war, wurde er in einen anderen Raum verbracht, wo er auf den ihm persönlich gut bekannten Beschuldigten traf. Der Beschuldigte forderte ihn auf, seine Lohnforderung „zu vergessen“, und schlug ihm mit der rechten und der linken Hand in das Gesicht. Einige Stunden später kamen zwei oder drei andere Milizionäre zu dem Zeugen und prügelten auf Anordnung des Beschuldigten über einen Zeitraum von eineinhalb Stunden mit Plastikrohren mit einer Länge von etwa 1,20 Metern und einem Durchmesser von zwei Zentimetern auf ihn ein. Am darauffolgenden Tag wurde der weiterhin gefangen gehaltene Zeuge wiederum auf Geheiß des Beschuldigten erneut mit den Plastikrohren geschlagen und zudem, nachdem er zu Boden gegangen war, gegen den Kopf getreten, wodurch er eine blutende Platzwunde erlitt, aufgrund derer eine sichtbare Narbe dauerhaft zurückgeblieben ist. Anschließend ließ die Miliz den Zeugen, der sich bedingt durch die Misshandlungen entschlossen hatte, auf seine Forderung zu verzichten, und dies dem Beschuldigten mitgeteilt hatte, frei (Fall II. 1. des Haftbefehls vom 25.1.2024).

<sup>37</sup> bb) An einem Tag im Herbst 2014 kontrollierte der Beschuldigte gemeinsam mit „Abu M.“ und einem weiteren Milizionär Zivilpersonen, die in einer Schlange vor einer Bäckerei in der Nähe des „Baraka-Checkpoints“ anstanden, um Brot zu erwerben. Nachdem sie bei der Überprüfung des Ausweises eines der Wartenden festgestellt hatten, dass dieser aus einem von oppositionellen Kräften kontrollierten Ort stammte, beschimpften sie ihn und schlug „Abu M.“ ihn mit der Hand in das Gesicht. Diese Reaktion des Milizführers nahmen der Beschuldigte, der dritte Milizionär sowie ein zwischenzeitlich hinzugekommener Angehöriger des syrischen Militärischen Geheimdienstes zum Anlass, nun ihrerseits auf die Person einzuschlagen. Das Opfer ging zu Boden, woraufhin der Beschuldigte, der Militärstiefel trug, und die beiden anderen jeweils mindestens zwanzig Mal auf ihn eintraten. Weil das Opfer auf eine Frage des „Abu M.“, die er wegen der andauernden Misshandlung durch Tritte und Schläge nicht verstanden hatte, keine Antwort gab, packte der Beschuldigte den Geschädigten an den Haaren, schlug seinen Kopf auf den geteerten Bürgersteig und sagte zu ihm: „Wenn der Chef Dir Fragen stellt, hast Du gefälligst zu antworten, Du Hurensohn!“ Daraufhin fesselte der Beschuldigte die Hände des Opfers mit einem Kabelbinder und stellte ihm weitere Misshandlungen in Aussicht. Sodann hoben der Beschuldigte und der dritte Milizionär den unter anderem aus Mund und Nase blutenden Geschädigten vom Boden hoch und verbrachten ihn auf die Ladefläche eines zwischenzeitlich von „Abu M.“ per Funk herbeigeordneten Pick-up-Fahrzeugs der Miliz. Anschließend fuhr der Beschuldigte mit dem Fahrzeug und dem Geschädigten, der mit hoher Wahrscheinlichkeit anderenorts weiter misshandelt wurde, davon (Fall II. 2. des Haftbefehls v. 25.1.2024).

<sup>38</sup> cc) Im Dezember 2012 hielt der mit einem Sturmgewehr „Kalaschnikow“ bewaffnete Beschuldigte an einem Kontrollpunkt bei der „Kastana“-Fliesenfabrik am Rand von At-Tadamon den im hiesigen Ermittlungsverfahren anonymisiert als „Z\_20\_04\_70017“ geführten Zeugen an. Als dieser aus seinem Auto ausstieg, nahm der Beschuldigte ihm den Ausweis ab und befahl ihm, mit ihm zur „Kastana“-Fabrik zu fahren. Dort zwang er ihn und 25 weitere Zivilpersonen, Sandsäcke auf Fahrzeuge, darunter das des Zeugen, aufzuladen. Anschließend mussten der Zeuge und die weiteren zur Zwangsarbeit verpflichteten Zivilpersonen mit den Fahrzeugen zum Büro des „Abu M.“ in der Daaboul-Straße in At-Tadamon fahren, wo ihnen bedeutet wurde, ihre Fahrzeuge an diesem einem Beschuss durch gegnerische Kräfte ausgesetzten Ort stehen zu lassen. Als der Zeuge anmerkte, sein Auto selbst zu benötigen, wies der Beschuldigte fünf dort anwesende Milizionäre an, gegen ihn vorzugehen, woraufhin diese vereint und massiv mit Fäusten auf den Zeugen einschlugen. Der Beschuldigte fuhr daraufhin mit den weiteren 25 Zwangsverpflichteten weg, während dem Zeugen befohlen wurde, vor Ort zu warten. Als der Beschuldigte einige Zeit später mit einem Pkw zurückkehrte, bemerkte er, dass der Zeuge im Begriff war, sich in ein anderes Gebäude zu begeben. Um einen vermuteten Fluchtversuch zu verhindern, fuhr der Beschuldigte ihn mit seinem Auto an. Er traf ihn an der rechten Schulter, wodurch der Zeuge erhebliche Schmerzen erlitt. Einige Zeit später wurde dem Zeugen, der sich mittlerweile etliche Stunden in der Gewalt der Miliz befand, gestattet, sich zu entfernen (Fall II. 3. a) des Haftbefehls v. 25.1.2024).

<sup>30</sup> dd) An einem derzeit nicht näher bestimmbar Tag im Juni oder Juli 2014 traf der Zeuge „Z\_20\_04\_70017“ in der Nähe der „Kastana“-Fabrik erneut auf den Beschuldigten, der wieder einmal dabei war, arbeitsfähige Männer anzuhalten, gegen ihren Willen festzuhalten und zu militärischen Unterstützungsarbeiten für das syrische Regime zu zwingen. Der Beschuldigte stoppte den Zeugen, nahm ihm den Ausweis ab und gebot ihm, sich zur „Kastana“-Fabrik zu begeben und dort gemeinsam mit weiteren vom Beschuldigten verhafteten Zivilpersonen zu warten. Nachdem der Beschuldigte durch das Anhalten von Fahrzeugen 25 bis 30 weitere Personen in seine Gewalt gebracht hatte, fuhr er mit dem Zeugen und den übrigen mindestens 25 Gefangenen wiederum zum Büro des „Abu M.“ in der Daaboul-Straße in At-Tadamon. Dort mussten der Zeuge und die weiteren zur Zwangsarbeit verpflichteten Zivilpersonen Sandsäcke über die Straße und in ein Gebäude schleppen und dort im vierten Stock an den Fenstern zum Schutz vor Waffengewalt oppositioneller Kämpfer aufstapeln. Der Beschuldigte trieb die Gefangenen mit einem Stock in der Hand dazu an, die Arbeit zu verrichten, wobei er einzelne Personen – nicht jedoch den Zeugen – auch mit dem Stock schlug. Insgesamt schleppten und stapelten der Zeuge und die anderen Inhaftierten in der Zeit zwischen 10.00 Uhr bis zu ihrer „Entlassung“ um 18.00 Uhr ungefähr 350 Sandsäcke. Weil sich die Örtlichkeit, an der die Zwangsarbeit verrichtet werden musste, genau an der Frontlinie zwischen einerseits syrischen Regierungs-

kräften und andererseits oppositionellen Kampfgruppen befand, gerieten der Zeuge und die weiteren Gefangenen während ihrer Arbeit wiederholt unter Beschuss von beiden Seiten der Front. Der Zeuge wurde an diesem Tag nur knapp von einem Schuss eines Scharfschützen verfehlt; allein dem Zufall war geschuldet, dass keiner der zur Zwangsarbeit Verpflichteten körperlichen Schaden nahm (Fall II. 3. b) des Haftbefehls vom 25.1.2024).

[...]

<sup>52</sup> Hierzu im Einzelnen:

<sup>53</sup> a) Es besteht kein Verfahrenshindernis der allgemeinen Funktionsträgerimmunität; dem Beschuldigten kommt keine völkergewohnheitsrechtliche funktionelle Immunität zu, die ihn vor einer Strafverfolgung durch einen anderen Staat wegen der ihm zur Last gelegten Taten schützte. Zwar agierte der Beschuldigte höchwahrscheinlich im Dienste des syrischen Staates, so dass seine Taten als staatliches Handeln des Regimes zu bewerten sind, und kommt Personen, soweit es um hoheitliches Handeln für einen fremden Staat geht, unabhängig von einem formalen Status als Staatsbediensteter unter Umständen aus der Staatenimmunität abgeleitete funktionelle Immunität zu. Die allgemeine Funktionsträgerimmunität gilt jedoch bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht, und zwar unabhängig vom Status und Rang des Täters. Der Ausschluss dieser funktionellen Immunität fremder Hoheitsträger bei Völkerstraftaten gehört zum zweifelsfreien Bestand des Völkergewohnheitsrechts (vgl. *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 163 ff. m.w.N. [in Bezug auf Kriegsverbrechen gegen Personen durch nachrangige Hoheitsträger]; ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 29.10.1997 – IT-95-14-AR 108 [Blaskic], Rn. 41; Israel Supreme Court, Urteil v. 29.5.1962 [Eichmann], International Law Reports 36 [1968], 277, 308 ff.; IMT, Urt. v. 1.10.1946, www.legal-tools.org/doc/45f18e, S. 56; s. ferner *Ambos*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 3 Rn. 135 ff.; *Ambos*, StV 2021, 557 f.; *Cassese u.a.*, Cassese's International Criminal Law, 3. Aufl. [2013], 240 ff.; *Esser/Gerson*, in: LK-StGB, Bd. 20, 13. Aufl. [2023], § 2 VStGB Rn. 48 f.; *Frank/Barthe*, ZStW 133 [2021], 235, 238 ff.; *Jeßberger/Epik*, JR 2022, 10 ff.; *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 1, 2007, 175 ff.; *Kreicker*, JR 2015, 298, 299 ff.; *Kreß*, in: *Ambos*, Rome Statute of the ICC, 4. Aufl. [2022], Art. 98 Rn. 22 ff.; *Kreß*, in: MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. [2022], § 6 VStGB Rn. 117; *Kreß*, NJW 2021, 1335; *Werle*, JZ 2021, 732, 733 ff.; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 807 ff.). Insofern unterscheidet sich diese funktionelle Immunität von der uneingeschränkten personellen Immunität, die amtierenden höchsten staatlichen Amtsträgern – etwa Staatsoberhäuptern – von Völkerrechts wegen gegenüber fremdstaatlicher Strafverfolgung zukommt und die insofern auch bei völkerrechtlichen Verbrechen – also auch bei Taten, deren Strafbarkeit unmittelbar im allgemeinen Völkergewohnheitsrecht verwurzelt ist – keine Ausnahme erfährt (vgl. *IGH*, Urt. v. 14.2.2002 – 837 – Demokratische Republik Kongo/Belgien – I.C.J. Reports 2002, 3 Rn. 51 ff. [s. auch *EuGRZ* 2003, 563]; *Esser/Gerson*, in: LK-StGB, § 2 VStGB Rn. 50; *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen,

Bd. 2, 2007, 729 ff.; *Kreicker*, JR 2015, 298 [302 f.]; *Kreicker*, ZIS 2009, 350 [355]; *Kreß*, in: MüKo-StGB, § 6 VStGB Rn. 117; *Kreß*, GA 2003, 25 [33]; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 819).

<sup>54</sup> b) Sämtliche Tathandlungen waren funktional eingebunden in die von § 7 Abs. 1 VStGB für alle Straftatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorausgesetzte Gesamttat. Sie waren Teil eines vorsätzlich durchgeführten Angriffs auf die Zivilbevölkerung, der sowohl als ausgedehnt als auch systematisch zu qualifizieren ist. Das Vorgehen des Assad-Regimes gegen die Opposition in Syrien erfüllt – nach hinreichend gesicherten Erkenntnissen – spätestens ab Ende April 2011 und damit im Tatzeitraum diese Tatbestandsmerkmale (vgl. *BGH*, Beschl. v. 3.2.2021 – AK 50/20, NStZ-RR 2021, 155 [156]; v. 6.6.2019 – StB 14/19, BGHSt 64, 89 Rn. 55 ff.).

<sup>55</sup> aa) Bei einer Zivilbevölkerung handelt es sich um eine größere Gruppe von Menschen, die über gemeinsame Unterscheidungsmerkmale (etwa das gemeinsame Bewohnen eines geografischen Gebiets oder eine gemeinsame politische Willensrichtung) verfügen, aufgrund derer sie angegriffen werden. Kennzeichnend ist, dass die Maßnahmen auf die einzelnen Tatopfer nicht in erster Linie als individuelle Persönlichkeiten, sondern wegen ihrer Zugehörigkeit zu der Gruppe zielen. Nicht notwendig ist hingegen, dass sich der Angriff gegen die gesamte – in einem Gebiet ansässige – Bevölkerung richtet. Vielmehr ist ausreichend, dass gegen eine erhebliche Anzahl von Einzelpersonen vorgegangen wird (vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.10.2021 – AK 43/21, juris Rn. 19; v. 3.2.2021 – AK 50/20, NStZ-RR 2021, 155 [156]; v. 6.6.2019 – StB 14/19, BGHSt 64, 89 Rn. 56; Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, BGHSt 64, 10 Rn. 164). Für eine Staatsmacht kann auch die eigene Zivilbevölkerung taugliches Tatobjekt sein; außerhalb bewaffneter Konflikte sind Verbrechen gegen die Menschlichkeit regelmäßig von einem derartigen einseitigen Vorgehen geprägt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.10.2021 – AK 43/21, juris Rn. 19; v. 6.6.2019 – StB 14/19, BGHSt 64, 89 Rn. 56).

<sup>56</sup> Ein gegen die Bevölkerung gerichteter Angriff ist ein Gesamtvorgang, in den sich die mehrfache Verwirklichung der Einzelatbestände des § 7 Abs. 1 VStGB einfügt und hinter dem ein Kollektiv (ein Staat oder eine Organisation) steht (vgl. *BGH*, Beschl. v. 6.6.2019 – StB 14/19, BGHSt 64, 89 Rn. 57). Unter einem ausgedehnten Angriff ist ein in großem Maßstab durchgeführtes Vorgehen mit einer hohen Anzahl von Opfern zu verstehen; dies kann sich insbesondere daraus ergeben, dass sich der Angriff gegen eine Vielzahl von Personen richtet oder sich über ein großes geografisches Gebiet erstreckt. Als systematisch ist der Angriff zu beurteilen, wenn die Gewaltanwendung organisiert ist und planmäßig im Sinne eines konsequenten Handelns ausgeführt wird (vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.10.2021 – AK 43/21, juris Rn. 20; v. 3.2.2021 – AK 50/20, NStZ-RR 2021, 155 [156]; v. 6.6.2019 – StB 14/19, BGHSt 64, 89 Rn. 57).

<sup>57</sup> bb) Das Vorgehen des Assad-Regimes gegen die Opposi-

tion in Syrien während des sog. Arabischen Frühlings erfüllt – nach hinreichend gesicherten Erkenntnissen – diese tatbestandlichen Voraussetzungen spätestens mit dem gewaltsamen Vorgehen gegen Demonstranten und andere – auch vermeintliche – Oppositionelle jedenfalls ab Ende April 2011. Ab diesem Zeitpunkt und in der Folgezeit griff das Regime die eigene Zivilbevölkerung an, indem es planmäßig und organisiert mit massiver Gewalt gegen Demonstranten sowie (tatsächliche oder vermeintliche) Oppositionelle vorging, um die Protestbewegung niederzuschlagen. Diese Mitglieder der Zivilgesellschaft wurden zur Erreichung des Ziels, die Aufstände zu beenden, verfolgt, festgenommen, inhaftiert, gefoltert und getötet. Die durch die Sicherheitskräfte, namentlich die Geheimdienste, plan- und regelmäßig ausgeübte Gewalt diente der Einschüchterung der Bürger, um künftige Protestaktionen zu unterbinden. Das Agieren des Angeklagten als Angehöriger der staatlichen syrischen „National Defence Forces“ war Teil dieses Angriffs des Regimes gegen die eigene Zivilbevölkerung.

- <sup>58</sup> Der Angriff war auch ausgedehnt und systematisch. Dies belegt die Vielzahl der tatbestandsmäßigen Gewalttaten, die von Seiten der Staatsmacht über einen ganz erheblichen Zeitraum hinweg verübt wurden, sowie die hohe Anzahl der Opfer. Die zentrale Befehligung und Organisation des Vorgehens der Sicherheitskräfte durch die obersten politischen und militärischen Verantwortlichen um den Staatspräsidenten begründen außerdem den systematischen Charakter des Angriffs (vgl. *BGH*, Beschl. v. 3.2.2021 – AK 50/20, NStZ-RR 2021, 155 [156]; v. 5.9.2019 – AK 47/19, juris Rn. 36; v. 6.6.2019 – StB 14/19, BGHSt 64, 89 Rn. 58 ff.).
- <sup>59</sup> cc) Ob das Tatbestandsmerkmal des gegen die Bevölkerung gerichteten Angriffs im Sinne des § 7 Abs. 1 VStGB zusätzlich ein „Politikelement“ enthält, wonach ein Angriff voraussetzt, dass er in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation vorgenommen wird, die einen solchen Angriff zum Ziel hat (vgl. *BGH*, Beschl. v. 9.2.2021 – AK 5/21, juris Rn. 37; v. 6.6.2019 – StB 14/19, BGHSt 64, 89 Rn. 61; Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, BGHSt 64, 10 Rn. 168; Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157 Rn. 26), kann an dieser Stelle dahinstehen. Denn ein solches versteht sich vorliegend von selbst.
- <sup>60</sup> c) Die beiden hochwahrscheinlichen Taten des Beschuldigten zum Nachteil des Zeugen „Z\_20\_04\_70017“ und der weiteren 25 gemeinsam mit ihm festgenommenen und zur Zwangsarbeit verpflichteten Personen (oben III. 1. a, cc und dd) sind jeweils als Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Versklavung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB zu werten.
- <sup>61</sup> aa) Voraussetzung dieses Tatbestandes ist, dass der Täter ein angemessenes „Eigentumsrecht“ an einem Menschen ausübt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 12.10.2022 – AK 32/22, juris Rn. 40; v. 4.5.2022 – AK 17/22, NStZ-RR 2022, 227 [228]; v. 9.2.2021 – AK 5/21, BGHR VStGB, § 7 Abs. 1 Menschenhandel 1 Rn. 39 m.w.N.; BT-Drs. 14/8524, S. 20; *IStGH* [Trial Chamber IX], Urt. v. 4.2.2021 – ICC-

02/04-01/15 [Ongwen], Rn. 2711 ff.; *Werle/Jeßberger*, MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. [2022], § 7 VStGB Rn. 57; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1022). Nachdem von Rechts wegen allerdings kein solches Eigentumsrecht an einer Person bestehen kann, umfasst der Tatbestand der Sklaverei eine de facto vergleichbare Behandlung, bei der der Täter einen Menschen seinem Willen und seinen Interessen unterwirft und diesem die Freiheit abspricht, selbstbestimmt zu handeln. Wesentliche Indizien dabei sind die Kontrolle der Bewegungsfreiheit des Opfers, seine Verletzlichkeit, Misshandlungen und die wirtschaftliche Beherrschung oder Ausnutzung der betroffenen Person. Nicht zwingend erforderlich ist es dagegen, dass das Opfer entgeltlich oder gegen eine sonstige Vergütung „erworben“ oder wieder „veräußert“ worden beziehungsweise die Ausübung des „Eigentumsrechts“ von längerer Dauer ist. Diese Aspekte können jedoch starke Indizien für eine Versklavung sein (vgl. *BGH*, Beschl. v. 12.10.2022 – AK 32/22, juris Rn. 40; v. 4.5.2022 – AK 17/22, NStZ-RR 2022, 227 [228]; v. 9.2.2021 – AK 5/21, BGHR VStGB § 7 Abs. 1 Menschenhandel 1 Rn. 39; ebenso die internationalen Strafgerichte: *IStGH* [Trial Chamber IX], Urt. v. 4.2.2021 – ICC-02/04-01/15 [Ongwen], Rn. 2712 ff.; *IStGH* [Trial Chamber II], Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 [Katanga], Rn. 975 f.; *ICTY* [Trial Chamber], Urt. v. 22.2.2001 – IT-96-23-T [Kunarac u.a.], Rn. 542; *SCSL* [Trial Chamber II], Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T [Taylor], Rn. 447; s. ferner *Esser*, in: LK-StGB, Bd. 20, 13. Aufl. [2023], § 7 VStGB Rn. 99 f.; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1024).

- <sup>62</sup> Das völkerstrafrechtliche Verständnis von Versklavung hat sich mithin deutlich entfernt vom klassischen völkerrechtlichen Begriff der Versklavung (so auch *Esser*, in: LK-StGB, § 7 VStGB Rn. 99), so dass insbesondere die Heranziehung zu Zwangsarbeit – die für sich genommen kein Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist – unter Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit vielfach dem Menschlichkeitsverbrechen der Versklavung unterfällt, insbesondere wenn die erzwungene Arbeitsleistung unentgeltlich erbracht werden muss und negative gesundheitliche Folgen für den Betroffenen haben kann (vgl. *ICTY* [Appeals Chamber], Urt. v. 17.9.2003 – IT-97-25-A [Krnojelac], Rn. 194 ff.; *ICTY* [Trial Chamber], Urt. v. 15.3.2002 – IT-97-25-T [Krnojelac], Rn. 358 f., 373; v. 22.2.2001 – IT-96-23-T [Kunarac u.a.], Rn. 542; s. ferner *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, § 7 VStGB Rn. 61; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1027 ff.).
- <sup>63</sup> Hieran gemessen war eine Versklavung im völkerstrafrechtlichen Sinne gegeben. Der Zeuge „Z\_20\_04\_70017“ und die weiteren 25 Personen wurden festgenommen, an die direkte Frontlinie verbracht und mussten dort unter Lebensgefahr körperlich schwere Zwangsarbeit verrichten. Sie waren dem Willen und den Interessen des Beschuldigten und der weiteren beteiligten Milizionäre schutzlos ausgeliefert und konnten nicht mehr selbstbestimmt handeln. Ihre Bewegungsfreiheit war aufgehoben. Der Beschuldigte und seine Miliz beuteten den Zeugen „Z\_20\_04\_70017“ und die weiteren Opfer aus, indem sie ihre Arbeitskraft ohne Entlohnung vollständig in Anspruch nahmen; neben die Freiheitsberaubung trat mithin eine

wirtschaftliche Ausnutzung.

- <sup>64</sup> bb) Der Einordnung der Taten als Versklavung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB steht die geringe Dauer der Gefangenhaltung und Verpflichtung zur Zwangsarbeit nicht entgegen.
- <sup>65</sup> (1) Zwar blieben der Zeuge „Z\_20\_04\_70017“ und die weiteren vom Beschuldigten festgenommenen Personen nicht über eine besonders lange Zeit als Zwangsarbeiter in der Gewalt des Beschuldigten und dessen Miliz, sondern wurden die Gefangennahme und Verpflichtung zur Zwangsarbeit in beiden Fällen noch am selben Tag beendet. Indes gilt: Für die Erfüllung des Tatbestandes der Versklavung nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB bedarf es nicht zwingend der Ausübung eines angemessenen „Eigentumsrechts“ an dem Opfer über einen längeren Zeitraum; ein solcher ist lediglich ein Indiz für das Vorliegen einer Versklavung, ohne dass diese bei bloß kurzzeitigen Tatgeschehen ausgeschlossen wäre (vgl. BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – AK 32/22, juris Rn. 40; v. 4.5.2022 – AK 17/22, NStZ-RR 2022, 227 [228]; v. 9.2.2021 – AK 5/21, BGHR VStGB § 7 Abs. 1 Menschenhandel 1 Rn. 39).
- <sup>66</sup> (2) Auch nach der Rechtsprechung der internationalen Straferichte ist eine unbestimmte oder aber zumindest über einen längeren Zeitraum andauernde Tathandlung für eine Verwirklichung des Verbrechens gegen die Menschlichkeit durch Versklavung nicht erforderlich, sondern die Zeitdauer lediglich ein in die Gesamtwürdigung einzustellender Faktor (vgl. *IStGH* [Trial Chamber IX], Urt. v. 4.2.2021 – ICC-02/04-01/15 [Ongwen], Rn. 2714; ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23 [Kunarac u.a.], Rn. 121; ICTY [Trial Chamber], Urt. v. 22.2.2001 – IT-96-23-T [Kunarac u.a.], Rn. 542; SCSL [Trial Chamber II], Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T [Taylor], Rn. 447; s. auch *Esser*, in: LK-StGB, § 7 VStGB Rn. 99; *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, § 7 VStGB Rn. 58; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1024). Der *Internationale Strafgerichtshof* hat insofern formuliert: „The law also does not establish a minimum period of enslavement. (...) the duration of the exercise of powers attaching to the right of ownership is a factor to be taken into account in the specific circumstances of the case.“ (*IStGH* [Trial Chamber IX], Urt. v. 4.2.2021 – ICC-02/04-01/15 [Ongwen], Rn. 2714).
- <sup>67</sup> (3) Die gebotene Gesamtwürdigung aller Umstände ergibt vorliegend, dass das Handeln des Beschuldigten zum Nachteil des Zeugen „Z\_20\_04\_70017“ und der weiteren gemeinsam mit ihm festgenommenen Personen den Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit durch Versklavung ungeachtet der relativ kurzen Zeit ihrer Gefangennahme und Heranziehung zu Zwangsarbeit erfüllte. Denn die übrigen Umstände der Taten sprechen so deutlich für die Anmaßung eines „Eigentumsrechts“ an den Festgenommenen und haben solche Relevanz, dass sie den gegenläufigen Indizwert der kurzen Zeitspanne des Tatgeschehens aufwiegen: Den Betroffenen wurden die Ausweise abgenommen, ohne die es ihnen unmöglich war, sich in Damaskus einigermaßen frei zu bewegen. Das gesamte Auftreten des Beschuldigten und der weiteren

Milizionäre verdeutlichte den Opfern zweifelsfrei, dass sie sich vollständig deren Botmäßigkeit zu unterwerfen hatten und ihnen bei jedwedem Widerstand massive körperliche Misshandlungen drohten. Sie mussten unter ganz erheblicher Gefahr für Leib und Leben sowie ohne Verpflegung und sonstige Versorgung direkt an der Front schwere körperliche Arbeiten verrichten, wobei die Entscheidung über die Art der Tätigkeiten, den Ort der Zwangsarbeit und deren Dauer allein dem Beschuldigten und seiner Milizionäre oblag. Während der Zeit ihrer Zwangsverpflichtung, die sich immerhin in einem Fall auf einen ganzen Arbeitstag, im anderen auf jedenfalls etliche Stunden erstreckte, waren sie der Willkür des Beschuldigten und der anderen Angehörigen der „National Defence Forces“ ausgeliefert, die sie wirtschaftlich ausnutzten, indem sie ihre Arbeitskraft ohne Entgeltzahlung in Anspruch nahmen und sie daran hinderten, ihrer normalen Erwerbstätigkeit nachzugehen. So wurde der Zeuge „Z\_20\_04\_70017“ jeweils auf dem Weg zu seiner Arbeitsstätte festgenommen. Die Umstände zeigen mithin, dass die Gefangenhaltung und der Einsatz zur Zwangsarbeit in einem solchen Maß gekennzeichnet waren durch eine Missachtung der Unversehrtheit und Freiheit der Betroffenen sowie der Ausnutzung ihrer Arbeitskraft, dass der Zeitfaktor in den Hintergrund tritt.

- <sup>68</sup> cc) Eine völkerrechtliche Rechtfertigung der Zwangsarbeit kommt angesichts der unmittelbaren Lebensgefahr, der die Opfer bei ihrer Tätigkeit ausgesetzt waren, und ihrer Heranziehung zu militärischen Hilfsdiensten ungeachtet Art. 5 Abs. 1 Buchst. e ZP II nicht in Betracht (vgl. in Bezug auf das völkergewohnheitsrechtliche Kriegsverbrechen der Zwangsarbeit *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. [2020], Rn. 1308).
- <sup>69</sup> d) Durch die ihm zur Last gelegten Taten zum Nachteil des Zeugen S. (oben III. 1. a aa), gegen eine Zivilperson vor einer Bäckerei im Herbst 2014 (oben III. 1. a bb) und zum Nachteil des Zeugen „Z\_20\_04\_70017“ im Dezember 2012 (oben III. 1. a cc) hat sich der Beschuldigte höchwahrscheinlich zudem wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Folter gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 5 VStGB strafbar gemacht. Denn die Tatopfer befanden sich unter der Kontrolle des Beschuldigten. Durch ihn beziehungsweise auf sein Geheiß hin durch andere Angehörige seiner Miliz, deren Verhalten der Beschuldigte als Befehlshaber steuerte, wurden sie – jenseits einer völkerrechtlich zulässigen Sanktionierung – körperlich misshandelt. Zwar unterfällt die Zufügung körperlicher oder seelischer Schäden oder Leiden § 7 Abs. 1 Nr. 5 VStGB nur, wenn die Behandlung „erheblich“ ist; insofern gilt das Gleiche wie beim Kriegsverbrechen gegen Personen durch Folter gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB. Der Begriff der Erheblichkeit verlangt ein hinreichend großes Maß der durch die Tathandlung verursachten Beeinträchtigung; dieses die Strafbarkeit begrenzende Merkmal dient nicht allein dazu, Bagatelldfälle aus dem Anwendungsbereich auszuschneiden. Die Erheblichkeit ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls zu beurteilen, insbesondere der Art der Handlung sowie ihres Kontextes. Wie bei § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB muss das Ausmaß der Beeinträchtigung über dasjenige einer körperlichen Misshandlung im

Sinne von § 223 Abs. 1 StGB deutlich hinausgehen. Eine bleibende Gesundheitsschädigung oder Schmerzen extremen Ausmaßes sind jedoch nicht erforderlich; besonders schwerer oder bleibender Folgen im Sinne des § 226 StGB bedarf es zur Tatbestandverwirklichung nicht (vgl. *BGH*, Beschl. v. 3.2.2021 – AK 50/20, NStZ-RR 2021, 155 [156] m.w.N.; Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 65 ff.; Beschl. v. 5.9.2019 – AK 47/19, juris Rn. 38; v. 6.6.2019 – StB 14/19, BGHSt 64, 89 Rn. 63; v. 17.11.2016 – AK 54/16, juris Rn. 27; *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, § 7 VStGB Rn. 75). Da Bezugspunkt der Erheblichkeit die körperlichen oder seelischen Schäden oder Leiden sind, sind besonders die tatsächlich hervorgehobenen physischen und psychischen Auswirkungen in den Blick zu nehmen. Darüber hinaus können etwa die Art der Behandlung und ihres Kontextes, ihre Dauer sowie die Verfassung der Opfer zu berücksichtigen sein (vgl. *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 73).

<sup>70</sup> Hieran gemessen waren die hochwahrscheinlichen Misshandlungen der Geschädigten erheblich. Sie wurden jeweils willkürlich festgehalten und brutal misshandelt. Der Zeuge S. wurde über lange Zeit wiederholt massiv von mehreren Personen unter Einsatz von Schlagwerkzeugen misshandelt. Die vor einer Bäckerei im Herbst 2014 angegangene Zivilperson wurde gleichfalls von mehreren Personen attackiert und zudem schwer verletzt. Angesichts der Massivität der Einwirkung auf den Zeugen „Z\_20\_04\_70017“ ist auch seine Behandlung im Dezember 2012 (oben III. 1. a cc) als erheblich im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB zu werten, denn er wurde nicht nur von fünf Milizionären vereint mit Fäusten traktiert, sondern zudem vom Beschuldigten gezielt mit einem Auto angefahren und auch dadurch verletzt.

<sup>71</sup> e) Durch die Taten zum Nachteil der Zeugen S. (oben III. 1. a aa) und „Z\_20\_04\_70017“ sowie der weiteren 25 gemeinsam mit ihm festgenommenen und zur Zwangsarbeit verpflichteten Personen (oben III. 1. a cc und dd) hat sich der Beschuldigte hochwahrscheinlich zudem jeweils wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Freiheitsentziehung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 9 VStGB (zur Tatbezeichnung vgl. *BGH*, Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, BGHSt 67, 180 Rn. 60) strafbar gemacht. Denn das Tathandeln des Beschuldigten hinderte die Zeugen jeweils daran, ihren Aufenthaltsort frei zu verlassen; ihre Fortbewegungsfreiheit wurde aufgehoben. Dass sich der Zeuge „Z\_20\_04\_70017“ und seine Mitgefangenen während der Verrichtung von Zwangsarbeit an der Arbeitsstätte bewegen durften, steht der Tatbestandserfüllung nicht entgegen, weil sie aufgrund ihrer Bewachung durch die Miliz daran gehindert waren, diese zu verlassen (vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 22; *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, 7 VStGB Rn. 104; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1045). Die Festhaltungen erfolgten unter Verstoß gegen das Völkerrecht, denn es handelte sich jeweils um willkürliche Freiheitsentziehungen ohne vorherige Durchführung eines rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Verfahrens (vgl. insofern *Werle/Jeßberger*, MüKo-StGB, § 7 VStGB Rn. 106; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1046).

<sup>72</sup> Die Freiheitsberaubungen waren jeweils auch schwerwiegend im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 9 VStGB. Dieses Tatbestandsmerkmal nimmt einerseits kurzzeitige Freiheitsbeschränkungen von der Strafbarkeit aus (vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 22), gebietet aber andererseits eine Gesamtbeurteilung der die Tatbegehung kennzeichnenden Umstände, so dass im Einzelfall auch Freiheitsentziehungen, die nicht von längerer Dauer sind, § 7 Abs. 1 Nr. 9 VStGB unterfallen können. Das gilt etwa dann, wenn die Freiheitsentziehung für das Opfer über den Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit hinaus mit zusätzlichen Belastungen verbunden war, beispielsweise durch schlechte Haftbedingungen, Misshandlungen oder eine für das Opfer unabsehbare Dauer des Festhaltens (vgl. *Esser*, in: LK-StGB, 13. Aufl. [2023], § 7 VStGB Rn. 226).

<sup>73</sup> Die vorliegend zu beurteilenden Freiheitsberaubungen waren zum einen nicht lediglich von kurzer Dauer, denn der Zeuge S. wurde länger als einen Tag inhaftiert und der Zeuge „Z\_20\_04\_70017“ jeweils über etliche Stunden gefangen gehalten. Zum anderen waren die Taten für die Opfer mit gravierenden zusätzlichen Belastungen verbunden, etwa mit der jedenfalls für den Zeugen S. unabsehbaren Dauer des Freiheitsentzugs und mit der hohen Lebensgefahr, welcher der Zeuge „Z\_20\_04\_70017“ und die weiteren 25 gemeinsam mit ihm festgenommenen und zur Zwangsarbeit verpflichteten Personen bei der Arbeit an der Frontlinie ausgesetzt waren.

<sup>74</sup> f) Soweit der Beschuldigte durch seine jeweiligen Handlungen verschiedene Straftatbestände des § 7 Abs. 1 VStGB – Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Versklavung, Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Folter, Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Freiheitsentziehung – zugleich erfüllte, stehen diese Strafbarkeiten angesichts des Charakters des § 7 VStGB als eine eigenständige Straftatbestände enthaltene und nicht lediglich Tatbestandsvarianten einer einheitlichen Strafvorschrift pönalisierende Norm zueinander im Verhältnis der Tateinheit (vgl. *BGH*, Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, BGHSt 67, 180 Rn. 60 ff.; v. 12.10.2022 – AK 32/22, juris Rn. 8, 32; v. 4.5.2022 – AK 17/22, NStZ-RR 2022, 227 [228]).

<sup>75</sup> g) Die dem Beschuldigten zur Last gelegten Taten zum Nachteil des Zeugen S. (oben III. 1. a aa), gegen eine Zivilperson vor einer Bäckerei im Herbst 2014 (oben III. 1. a bb) und zum Nachteil des Zeugen „Z\_20\_04\_70017“ im Dezember 2012 (oben III. 1. a cc) sind mit hoher Wahrscheinlichkeit (auch) als Kriegsverbrechen gegen Personen durch Folter zu werten (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB).

<sup>76</sup> aa) Die in Syrien seit Februar 2011 gegen die Regierung von Präsident Bashar al-Assad schwelenden Proteste eskalierten ab dem 15. März 2011 aufgrund des repressiven und gewaltsamen Vorgehens syrischer Sicherheitskräfte und Milizen sowie der Armee gegen Demonstranten und Oppositionelle. Die dadurch bewirkte Militarisierung der Protestbewegung entwickelte sich zu einem bewaffneten Aufstand, der Anfang 2012 weite Teile des Landes erfasste und sich zu einem großflächigen Bürgerkrieg ausweitete. Spätestens seit dieser Zeit herrscht daher in Syrien ein

nichtinternationaler bewaffneter Konflikt im Sinne des § 8 Abs. 1 VStGB zwischen dem syrischen Regime mit offizieller Armee, Polizei, Sicherheitskräften sowie zivilen Milizen einerseits und einer Vielzahl kämpfender Gruppierungen andererseits (vgl. *BGH*, Beschl. v. 22.2.2022 – AK 3/22, NStZ-RR 2022, 153; v. 13.10.2021 – AK 44/21, juris Rn. 7, 24; v. 20.4.2021 – AK 30/21, juris Rn. 10; Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17, BGHSt 62, 272 Rn. 11 f.; Beschl. v. 17.11.2016 – AK 54/16, juris Rn. 7, 23).

<sup>77</sup> bb) Die Tathandlungen wurden jeweils im Zusammenhang mit dem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt in Syrien begangen. Der erforderliche funktionale Zusammenhang ist gegeben, wenn das Vorliegen des bewaffneten Konflikts für die Fähigkeit des Täters, das Verbrechen zu begehen, für seine Entscheidung zur Tatbegehung, für die Art und Weise der Begehung oder für den Zweck der Tat von wesentlicher Bedeutung war; die Tat darf nicht lediglich „bei Gelegenheit“ des bewaffneten Konflikts begangen werden (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.10.2019 – AK 56/19, juris Rn. 38; v. 4.4.2019 – AK 12/19, NStZ-RR 2019, 229 [231]; v. 17.11.2017 – AK 54/16, juris Rn. 29; Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17, BGHSt 62, 272 Rn. 55: s. auch *Ambos*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. [2022], Vorb. § 8 VStGB Rn. 35; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. [2020], Rn. 1216 ff. mit Nachw. zur Rspr. der internationalen Strafgerichte). Diese Voraussetzung war hier gegeben. Die Taten hatten jeweils ihren Ursprung in Kontrollmaßnahmen der auf Seiten des syrischen Regimes im bewaffneten Konflikt agierenden „National Defence Forces“, die ihrerseits Teil des Vorgehens gegen die gegnerische Konfliktpartei waren. Die Misshandlungen des Zeugen „Z\_20\_04\_70017“ standen zudem in einem inneren Zusammenhang mit dessen zwangsweiser Heranziehung zu militärischen Unterstützungsmaßnahmen.

<sup>78</sup> cc) Die Tatopfer waren höchwahrscheinlich nach humanitärem Völkerrecht zu schützende Personen, und zwar Personen, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnahmen und sich in der Gewalt der gegnerischen Partei befanden (§ 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB). Es handelte sich bei ihnen um nicht kampfbeteiligte Zivilpersonen. Sie befanden sich in der Gewalt des Beschuldigten und seiner Mitäter, mithin in der einer dem syrischen Regime zuzurechnenden Miliz. Jedenfalls im Sinne eines dringenden Tatverdachts ist davon auszugehen, dass das syrische Regime und damit auch die Miliz des Beschuldigten im Verhältnis zu den Tatopfern „gegnerische Partei“ im Sinne des § 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB waren (vgl. zu diesem Merkmal *BGH*, Beschl. v. 4.4.2019 – AK 12/19, NStZ-RR 2019, 229 [231]; Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, BGHSt 64, 10 Rn. 84 ff.; Beschl. v. 17.11.2016 – AK 54/16, juris Rn. 26), wengleich dies im weiteren Verlauf des Verfahrens der

näheren Aufklärung bedarf. Denn das Vorgehen der „National Defence Forces“ war gekennzeichnet davon, gegen Regimegegner unter der syrischen Zivilbevölkerung vorzugehen; hierauf zielte es ab. Bei der gebotenen materiellen Betrachtung spricht daher derzeit vieles dafür, dass die Opfer der in Gegnerschaft zum syrischen Regime stehenden Seite zuzuordnen sind. Insofern gilt, dass bei einer komplexen Bürgerkriegslage unter Beteiligung einer Vielzahl staatlicher und nichtstaatlicher Akteure mit unterschiedlichsten Interessen – wie im Fall des syrischen Bürgerkriegs – bereits diejenige Person einem Gegner zuzurechnen sein kann, die den Absichten der Konfliktpartei des Täters entgegenstehende Ziele verfolgt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 4.4.2019 – AK 12/19, NStZ-RR 2019, 229 [231]; Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, BGHSt 64, 10 Rn. 86; Beschl. v. 17.11.2016 – AK 54/16, juris Rn. 26).

<sup>79</sup> dd) Es besteht der dringende Tatverdacht, dass der Beschuldigte gemeinsam mit Angehörigen seiner Miliz die Geschädigten durch Zufügung erheblicher körperlicher und seelischer Leiden unmenschlich behandelte im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB. Das Tatbestandsmerkmal der unmenschlichen Behandlung durch Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Schäden oder Leiden ist weit auszulegen, jedoch muss – wie beim Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Folter (§ 7 Abs. 1 Nr. 5 StGB) – die Misshandlung des Opfers „erheblich“ sein. Der Begriff der Erheblichkeit verlangt auch bei § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB ein hinreichend großes Maß der durch die Tathandlung verursachten Beeinträchtigung und dient nicht allein dazu, Bagatellfälle aus dem Anwendungsbereich auszuschneiden. Die Erheblichkeit ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls zu beurteilen, insbesondere der Art der Handlung sowie ihres Kontextes. Das Ausmaß der Beeinträchtigung muss – wie bei § 7 Abs. 1 Nr. 5 StGB – über dasjenige einer körperlichen Misshandlung im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB deutlich hinausgehen (vgl. *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 65 ff.; Beschl. v. 17.11.2016 – AK 54/16, juris Rn. 27). Da Bezugspunkt der Erheblichkeit die körperlichen oder seelischen Schäden oder Leiden sind, sind besonders die tatsächlich hervorgerufenen physischen und psychischen Auswirkungen in den Blick zu nehmen. Darüber hinaus können etwa die Art der Behandlung und ihres Kontextes, ihre Dauer sowie die Verfassung der Opfer zu berücksichtigen sein (vgl. *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 73). Daran gemessen wurde die Erheblichkeitsschwelle hier überschritten; insofern wird auf die obigen Ausführungen zur höchwahrscheinlichen Strafbarkeit des Beschuldigten nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 VStGB Bezug genommen.

[...]

# Unmissverständliche Klarstellung zur funktionellen Immunität aus Karlsruhe

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 21.2.2024 – AK 4/24

von Dr. Svenja Raube LL.M. (Edinburgh)\*

## I. Einleitung

„Die allgemeine Funktionsträgerimmunität gilt jedoch bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht, und zwar unabhängig vom Status und Rang des Täters. Der Ausschluss dieser funktionellen Immunität fremder Hoheitsträger bei Völkerstraftaten gehört zum zweifelsfreien Bestand des Völkergewohnheitsrechts.“<sup>1</sup>

Am 21. Februar 2024 erging ein Donnerschlag aus Karlsruhe. In einer auf den ersten Blick eher unscheinbar anmutenden Haftfortdauerentscheidung hat der BGH nun erstmalig ohne Einschränkungen festgestellt, dass die allgemeine Funktionsträgerimmunität bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht gelte. Damit hat der BGH letzte Zweifel an seiner eigenen Position zur Frage der funktionellen Immunität ausgeräumt, so wie sie nach seinem Grundsatzurteil vom 28. Januar 2021<sup>2</sup> verblieben waren. Die Entscheidung sendet ein wichtiges Signal nicht nur an die internationale Gemeinschaft, sondern auch an die deutsche Bundesregierung. Für diese ergibt sich durch die Entscheidung ein weiterer Grund, ihre ambivalente Haltung zum völkergewohnheitsrechtlichen Status der Reichweite funktioneller Immunität zu überdenken.

## II. Gegenstand der Entscheidung

### 1. Zum Sachverhalt

Der Beschluss des 3. Strafsenats hatte die Entscheidung über die Fortdauer einer Untersuchungshaft zum Gegenstand, in der sich der Beschuldigte aufgrund eines Haftbefehls vom 26. Juli 2023 befand.<sup>3</sup>

Der Beschuldigte ist syrischer Staatsangehöriger und gehörte seit 2011 einer der syrischen Regierung loyalen Stadtteilmiliz in Damaskus an, die Ende 2012 in die staatliche paramilitärische Organisation „National Defence Forces“ (NDF) integriert wurde. Aufgabe der Miliz war es, in enger Zusammenarbeit mit dem syrischen Militärgeheimdienst oppositionelle Bestrebungen im Damaszer Stadtteil At-Tadamon zu unterbinden und die dortige Zivilbevölkerung einzuschüchtern. Zu diesem Zweck gingen die Milizionäre, unter ihnen der Beschuldigte, gewalttätig gegen tatsächliche oder vermeintliche Regimegegner vor. Ferner errichtete der Beschuldigte gemeinsam mit weiteren Milizionären Straßenkontrollpunkte, an denen er Zivilisten willkürlich festnahm, um sie zwangsweise zu militärischen Hilfsdiensten in nahegelegenen Kampfgebieten einzusetzen.<sup>4</sup> Die dem Beschuldigten zur Last gelegten Taten erstreckten sich auf den Zeitraum von Dezember 2012 bis November 2015 und damit auf die Zeit des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts in Syrien, der nach Auffassung des BGH jedenfalls seit Beginn des Jahres 2012 vorliegen soll.<sup>5</sup>

### 2. Die Anordnung der Haftfortdauer

Über die Fortdauer der Untersuchungshaft war auf Antrag des Generalbundesanwalts gemäß § 121 Abs. 2 und Abs. 4 StPO zu entscheiden, da sich der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits seit mehr als sechs Monaten in Untersuchungshaft befand.<sup>6</sup>

Nach den Feststellungen des 3. Strafsenats war der Beschuldigte dringend tatverdächtig, im Rahmen seiner Tätigkeit für die Miliz festgehaltene Zivilpersonen gefoltert, Schutzgelder erpresst sowie Zivilpersonen zur Zwangsar-

\* Die Verfasserin ist Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht an der Universität zu Köln.

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 53.

<sup>2</sup> BGHSt 65, 286; BGH, NJW 2021, 1326.

<sup>3</sup> Zur Erweiterung dieses Haftbefehls (4 BGs 52/23) durch den Haftbefehl vom 25. Januar 2024 (4 BGs 6/24), s. Fn. 6.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 34.

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 34, 77.

<sup>6</sup> Zwar war der ursprüngliche Haftbefehl zwischenzeitlich durch einen neuen Haftbefehl vom 25. Januar 2024 ersetzt und um mehrere Tatvorwürfe ergänzt worden. Auch stellten diese nach Ansicht des BGH „andere Taten“ im Sinne des erweiterten Tatbegriffs des § 121 Abs. 1 StPO dar. Nach der Rechtsprechung wird die Sechsmonatsfrist bei Erweiterung eines Haftbefehles um Tatvorwürfe, die erst während der Ermittlungen bekannt werden, allerdings dann nicht erneut in Gang gesetzt, wenn diese Tatvorwürfe für sich genommen den Erlass eines Haftbefehls nicht rechtfertigen (Krauß, in: BeckOK-StPO, 51. Ed. [Stand: 1.4.2024], § 121 Rn. 6). Hinsichtlich der neuen Tatvorwürfe konnte der BGH allerdings aufgrund der Zeugenaussagen nur einen hinreichenden, nicht aber den nach § 112 Abs. 1 StPO für die Anordnung der Untersuchungshaft erforderlichen dringenden Tatverdacht feststellen, sodass die zusätzlichen Tatvorwürfe die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft nicht begründeten. Der BGH hatte daher zu prüfen, ob die Tatvorwürfe des Haftbefehls vom 25. Januar 2024 die Voraussetzungen der Untersuchungshaft erfüllten, die bereits Gegenstand des ersten Haftbefehls vom 26. Juli 2023 waren, BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 31 ff.

beit verpflichtet zu haben. Insofern bejahte der Senat den dringenden Tatverdacht hinsichtlich der Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Versklavung, Folter und Freiheitsentziehung (gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3, 5, 9 VStGB) sowie Kriegsverbrechen gegen Personen durch Folter (gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB) sowie die übrigen Voraussetzungen für eine Fortdauer der Untersuchungshaft.

Die Feststellungen des *Senats* zum dringenden Tatverdacht bestätigen im Wesentlichen die gefestigte Rechtsprechung und entsprechen dem Stand der herrschenden Lehrmeinungen. Hervorzuheben ist, dass sich der *BGH* im Hinblick auf das Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Versklavung nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB zu der Überzeugung bekannt hat, dass es für die Ausübung eines angemaßten „Eigentumsrechts“ an dem Opfer im Sinne der Vorschrift nicht zwingend eines längeren Zeitraums bedarf. Ein solcher sei zwar ein Indiz für das Vorliegen von Sklaverei. Die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Versklavung sei aber auch bei einem nur kurzfristigen Geschehen nicht ausgeschlossen. Im vorliegenden Fall sprächen die übrigen Umstände des Tatgeschehens so deutlich für die Anmaßung eines Eigentumsrechts an den festgehaltenen Personen, dass sie das gegenläufige Indiz der kurzen Dauer aufwögen.<sup>7</sup> Das vom *BGH* vertretene Verständnis steht in Einklang mit der Rechtsprechung internationaler Strafgerichte, insbesondere des *Internationalen Strafgerichtshofs* (IStGH) in seiner Ongwen-Entscheidung und der Rechtsprechung des *Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien* (ICTY).<sup>8</sup> Erneut offen ließ der *BGH* die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal des gegen die Bevölkerung gerichteten Angriffs i.S.d. § 7 Abs. 1 VStGB zusätzlich ein „Politikelement“ enthält.<sup>9</sup>

Keinen dringenden Tatverdacht vermochte der *BGH* dagegen für die Begehung von Kriegsverbrechen gegen das Eigentum durch Plünderung festzustellen. Dabei bekräftigte der *BGH* seine bisherige Rechtsprechung, derzufolge für die Erfüllung des Tatbestandes des § 9 Abs. 1 Alt. 1 VStGB ein funktionaler Zusammenhang zu einem bewaffneten Konflikt erforderlich ist und es somit nicht genügt, wenn eine Tat bloß „bei Gelegenheit“ eines bewaffneten Konflikts begangen wird.<sup>10</sup> Ein solcher funktionaler Zusammenhang habe sich im vorliegenden Fall nicht feststellen lassen und ebenso wenig, dass der mutmaßlich Geschädigte zweifelsfrei der „gegnerischen Partei“ angehörte, wie dies für die Annahme von Plünderung erforderlich sei.<sup>11</sup>

### 3. Die zentrale Feststellung: Kein Verfahrenshindernis wegen funktioneller Immunität

Weit bedeutsamer als die Feststellungen zu den materiellen Völkerstrafatbeständen waren jedoch die Feststellungen des 3. *Strafsenats* zum Bestehen eines Verfahrenshindernisses, die der Prüfung des dringenden Tatverdachts vorausgingen. Denn es fragte sich, ob der Entscheidung deshalb ein Verfahrenshindernis entgegenstand, weil der Beschuldigte aller Wahrscheinlichkeit nach im Dienste des syrischen Staates gehandelt hatte und seine Handlungen mithin „als staatliches Handeln des Regimes zu bewerten“ waren. Hierzu stellte der *BGH* zunächst fest, dass es zwar richtig sei, dass Staatsbedienstete – unabhängig von ihrem formalen Status – unter Umständen funktionelle Immunität im Hinblick auf ihr hoheitliches Handeln für einen fremden Staat genossen. Doch gelte eine solche funktionelle Immunität nicht, wenn der Verdacht der Begehung eines völkerrechtlichen Verbrechens bestünde. Dies gelte unabhängig von Status und Rang des Täters und gehöre zum „zweifelsfreien Bestand des Völkergewohnheitsrechts.“<sup>12</sup>

Die Feststellung des *BGH* zum Stand des Völkergewohnheitsrechts ist nach hiesiger Ansicht zutreffend. Dass die Position des 3. *Strafsenats* indessen nicht selbstverständlich ist, zeigt ein Blick auf den aktuellen Stand der Meinungen zur Reichweite funktioneller Immunität nach dem Völkergewohnheitsrecht. Die Entscheidung kommt zu einem wichtigen Zeitpunkt, da die völkerstrafrechtliche Grundfrage der funktionellen Immunität vor allem wegen einer laufenden Debatte in der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (ILC) seit einigen Jahren im Zentrum der internationalen Aufmerksamkeit steht.

## III. Hintergrund der Entscheidung

### 1. Der Ausschluss funktioneller Immunität bei Völkerrechtsverbrechen auf der internationalen Bühne

Die Frage der Reichweite funktioneller Immunität stand schon in der Geburtsstunde des Völkerstrafrechts mit im Zentrum.<sup>13</sup> Von der funktionellen Immunität (*Immunität ratione materie*), die jedem staatlichen Hoheitsträger im Hinblick auf während der Amtszeit getätigte hoheitliche Akte zukommt und nach dem Ausscheiden der betreffenden Person aus ihrem Amt fortbesteht, ist die personelle Immunität (*Immunität ratione personae*) zu unterscheiden, die nur den engen Personenkreis von Staatsoberhäuptern, Regierungschefs und Außenministern (sog. Troika)

<sup>7</sup> *BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 67.

<sup>8</sup> Auf beide nimmt der *BGH* in seinem Beschluss Bezug und zitiert wörtlich die Ongwen-Entscheidung, in der der *IStGH* die zeitliche Dauer ebenfalls lediglich als einen in die Gesamtwürdigung einzustellenden Faktor gewertet hat, s. *IStGH* [Trial Chamber IX] Urt. v. 4.2.2021 – ICC-02/04/01/15 [Ongwen], Rn. 2714; *BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 66.

<sup>9</sup> *BGH*, Beschl. v. 21.02.2024 – AK 4/24, Rn. 59. Dazu, dass der *BGH* hier dennoch Problembewusstsein im Hinblick auf das Kontextelement gezeigt hat, s. näher *Schmid*, jurisPR-StrafR 10/2024 Anm. 1.

<sup>10</sup> Dies gelte etwa für den Tatvorwurf, dass der Beschuldigte zwischen 2013 und November 2015 Gemüse aus einem Gemüsegeschäft ohne Bezahlung entnommen sowie dem Händler Geld abgenommen haben soll, oder auch für den Vorwurf, dass der Beschuldigte einen Apotheker unter Vorhalt eines Sturmgewehrs zur Herausgabe von Medikamenten gezwungen habe, *BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, Rn. 29.

<sup>11</sup> *BGH*, Beschl. v. 21.02.2024 – AK 4/24, Rn. 29.

<sup>12</sup> *BGH*, Beschl. v. 21.02.2024 – AK 4/24, Rn. 53.

<sup>13</sup> *Kreß*, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

betrifft und auf die Dauer der Amtszeit begrenzt ist.<sup>14</sup> Während allgemein anerkannt ist, dass die personelle Immunität vor der Verfolgung ausländischer nationaler Gerichte schützt, bestand im Hinblick auf die funktionelle Immunität lange Zeit eine gesicherte Rechtsüberzeugung, dass diese Form der Immunität staatliche Hoheitsträger dann nicht vor Verfolgung ausländischer Gerichte schützen kann, wenn der Verdacht der Begehung eines völkerrechtlichen Verbrechens in Rede steht.<sup>15</sup> Dieser Rechtsüberzeugung liegt eine lange Staatenpraxis zugrunde, wenn auch keine Einigkeit im Hinblick auf die exakte dogmatische Begründung des Immunitätsausschlusses besteht.<sup>16</sup>

Wohl am prominentesten wurde der Einwand der funktionellen Immunität bereits in den Nürnberger Prozessen zurückgewiesen. Der entsprechende internationale Konsens zeichnete sich jedoch bereits in den Pariser Friedensverhandlungen nach dem Ersten Weltkrieg deutlich ab.<sup>17</sup> Die in Nürnberg zum Ausdruck gelangte Rechtsüberzeugung fand Bekräftigung in den Tokioter Prozessen sowie durch die UN-Generalversammlung, die die vom Nürnberger Urteil „anerkannten Prinzipien des Völkerrechts“ bestätigte.<sup>18</sup> Besonders prägnant gelangte die Überzeugung von der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei Völkerstraftaten auch im Urteil des *Obersten Gerichtshofs Israels* 1962 gegen *Adolf Eichmann* zum Ausdruck. Diesem Urteil zufolge würde die Anwendung des funktionellen Immunitätsschutzes bei völkerrechtlichen Verbrechen das Völkerstrafrecht *ad absurdum* führen, dessen Grundidee es schließlich war, gerade diejenigen verfolgen zu können, die ihre Machtposition als Amtsträger des Staatsapparates zur Begehung schwerer Verstöße gegen grundlegende Prinzipien des Völkerrechts missbrauchen („If it were otherwise, the penal provisions of international law would be a mockery“).<sup>19</sup> Auch infolge weiterer Staatenpraxis und *opinio iuris* war der völkergewohnheitsrechtliche Status der Unanwendbarkeit von funktioneller Immunität bei Völkerstraftaten somit bereits gesichert, als es in den 1990er-Jahren zu einer erhöhten Verfolgung völkerstrafrechtlicher Verbrechen auch auf nationaler Ebene kam.<sup>20</sup> Nationale Verfahren, die auf dieser Rechtsüberzeugung beruhten und nicht in Zweifel gezogen wurden, waren etwa die Verurteilung eines ehemaligen ruandischen Bürgermeisters wegen seiner Beteiligung am Völkermord in Ruanda 1994 durch das *OLG*

*Frankfurt*, aber auch die Verfahren wegen des Völkermordes im ehemaligen Jugoslawien.<sup>21</sup>

Die Rechtsüberzeugung, dass die Anerkennung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit für völkerrechtliche Verbrechen nicht von der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität im Falle eines entsprechenden Verdachts zu trennen ist, war mithin überaus weit verbreitet, als sich 2007 die Völkerrechtskommission (ILC) dem Thema zuwandte und die Arbeiten an einem entsprechenden Artikelentwurf aufnahm.<sup>22</sup> Auf den ersten Blick schien Artikel 7 des ILC-Artikelentwurfs, der im Jahr 2022 in erster Lesung angenommen wurde, in die Richtung derselben Rechtsüberzeugung zu deuten. Nach Artikel 7 Abs. 1 (a)-(c) des Artikelentwurfs soll funktionelle Immunität in Verfahren wegen Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen – ungeachtet von Rang, Status und Stellung des staatlichen Hoheitsträgers – nicht anwendbar sein.<sup>23</sup> Doch zeigt ein genauere Blick, dass der einst gefestigte internationale Konsens mit Blick auf die völkergewohnheitsrechtliche Geltung dieser Position seit Beginn der Arbeiten der ILC ins Wanken geraten ist. So wurde der Artikel nur von der (freilich deutlichen) Mehrheit der Kommissionsmitglieder angenommen und in einer Reihe von staatlichen Stellungnahmen zum Artikelentwurf kritisiert oder gar in Gänze abgelehnt.<sup>24</sup> Auch bleibt nach dem Artikelentwurf offen, ob Artikel 7 den Stand des Völkergewohnheitsrechts kodifizieren oder ob dieses weiterentwickelt werden soll.<sup>25</sup> Auch im völkerrechtlichen Schrifttum ist der einst bestehende internationale Konsens über die Unanwendbarkeit funktioneller Immunität inzwischen in Zweifel gezogen worden.<sup>26</sup>

Das internationale Wanken hat auch Einfluss auf die deutsche Haltung zu der Frage genommen. Obwohl Deutschland dem eigenen Anspruch nach eigentlich „Fels in der gegen die Grundfesten des Völkerstrafrechts gerichteten Brandung“<sup>27</sup> sein müsste, ist die Haltung der deutschen Bundesregierung zur Frage der funktionellen Immunität auch gegenwärtig noch mit Zweifeln behaftet.

Während die Bundesregierung 2016 gegenüber der ILC noch ausdrücklich auf das Nürnberger Vermächtnis hinwies und erklärte, dass es „Verbrechen gebe, bei denen

<sup>14</sup> Kreß in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Article-by-Article Commentary, 4. Aufl. (2022), Art. 98 Rn. 22, 84 f.

<sup>15</sup> Werle/Jeffberger, Völkerstrafrecht, 5. Auflage (2020), Rn. 807, 819.

<sup>16</sup> Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen, 2007, S. 179 ff.; Werle/Jeffberger Völkerstrafrecht, Rn. 808.

<sup>17</sup> Kreß, Germany and International Criminal Law: Reflections in Light of Current Developments, EJIL:Talk! v. 12.3.2024, <https://www.ejiltalk.org/germany-and-international-criminal-law-reflections-in-light-of-current-developments/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>18</sup> Resolution 95(I) der UN-Generalversammlung v. 11.12.1946, UN Doc. A/RES/1/95 (1946).

<sup>19</sup> Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann (1968) ILR 277, 309-310.

<sup>20</sup> Kreß in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 65.

<sup>21</sup> Jeffberger/Epik, JR 2022, 10 (12).

<sup>22</sup> Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, 2007, S. 180; van Alebeek, Immunity, 2008, S. 200 ff., 241; Kreß in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 24.

<sup>23</sup> A/CN.4/SR.3586.

<sup>24</sup> Für einen hilfreichen Überblick über die Positionen der Staaten, s. *de Andrade Pacheco*, Where do States Stand on Official Immunity Under International Law?, Just Security v. 19.4.2024, online abrufbar unter: <https://www.justsecurity.org/94830/where-do-states-stand-on-official-immunity-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 10.05.2024).

<sup>25</sup> Kreß in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 25. Zu den weiteren Schwächen des Artikelentwurfs, der dadurch Angriffsflächen bietet, s. Kreß, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

<sup>26</sup> S. etwa *Wuerth*, AJIL 2012, 731 (742 ff.); *O'Keefe*, AJILUnbound 2015, 167; *Fox/Webb*, Immunity, 2013, S. 571 ff.

<sup>27</sup> Kreß, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

Immunität nicht aufrechterhalten werden könne“,<sup>28</sup> ließ die deutsche Stellungnahme vor dem Sechsten Komitee der UN-Generalversammlung nur ein Jahr später ernstliche Zweifel darüber erkennen, ob sich „Ausnahmen von der funktionellen Immunität“ im Völkergewohnheitsrecht nachweisen ließen.<sup>29</sup> Auch die mit Spannung erwartete deutsche Stellungnahme zum Artikelentwurf der ILC vom November 2023 brachte kein klares Bekenntnis zur Unanwendbarkeit funktioneller Immunität nach geltendem Völkergewohnheitsrecht, sondern sie fiel ambivalent aus. So erkannte die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zwar an, dass die Ausnahme von der funktionellen Immunität bei den schwersten völkerrechtlichen Verbrechen „conditio sine qua non“ für die innerstaatliche Strafverfolgung sei.<sup>30</sup> Doch nahm sie dann die Position ein, dass Ausnahmen von der völkergewohnheitsrechtlichen funktionellen Immunität in diesen Fällen nach dem Völkerrecht erst „in status (sic!) nascendi“, d.h. in der Entstehung begriffen seien.<sup>31</sup> Diese Haltung, die weniger in rechtlichen Zweifeln als in politischen Motiven zu liegen scheint, ist zurecht auf Kritik gestoßen.<sup>32</sup>

## 2. Die Haltung der deutschen Justiz – Das Grundsatzurteil vom 28. Januar 2021

Es ist umso beachtlicher, dass die deutsche Justiz sich von der Wankelmütigkeit der Bundesregierung nicht hat beirren lassen. Bedeutsame Urteile der jüngeren Zeit, in denen ein deutsches Gericht nicht vom Bestehen eines Verfahrenshindernisses wegen funktioneller Immunität ausgegangen ist<sup>33</sup>, sind etwa die Entscheidungen des *OLG Koblenz* aus den Jahren 2021 und 2022, in denen zwei frühere syrische Geheimdienstmitarbeiter des Assad-Regimes wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit verurteilt wurden und die international große Beachtung gefunden haben.<sup>34</sup>

Der *BGH* hatte sich kurz vor diesen beiden Entscheidungen in einer wegweisenden Entscheidung mit der Immunitätsfrage auseinandergesetzt. In seinem Urteil vom

28. Januar 2021, bei dem die Verurteilung eines ehemaligen Oberleutnants der afghanischen Streitkräfte in Rede stand, lehnte der *BGH* ein Verfahrenshindernis wegen funktioneller Immunität ab – „jedenfalls“ im Fall der Strafverfolgung fremder „nachrangiger“ Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen „oder bestimmter anderer die Völkergemeinschaft als Ganzes betreffender Delikte“.<sup>35</sup> Die anderslautenden Rechtsüberzeugungen einzelner ILC-Mitglieder und Staaten seien (jedenfalls noch) nicht geeignet, den aktuellen Stand des Völkerrechts zu beeinflussen und die hohe Schwelle zur Änderung des bestehenden Völkergewohnheitsrechts zu überschreiten.<sup>36</sup> Auch die gegenteiligen im Schrifttum geäußerten Ansichten würden sich nicht auf eine allgemeine Überzeugung einer Mehrheit der Staaten oder entsprechende Praxis stützen.<sup>37</sup> Auf die ambivalente Position der Bundesregierung nahm der *BGH* Bezug, deutete diese allerdings interessanterweise im Ergebnis als mit seiner eigenen Auffassung konsistent.<sup>38</sup>

Der *BGH* hatte sich also auch bereits im Januar 2021 zur Unanwendbarkeit der funktionellen Immunität bekannt. Doch war die Reichweite des damaligen Bekenntnisses noch begrenzt, und zwar sowohl mit Blick auf die relevanten Verbrechen als auch auf den relevanten Personenkreis. Verwundern konnte die zurückhaltende und nur auf den konkreten Fall beschränkte Formulierung des *BGH* – angesichts der ungewissen Position der Bundesregierung zu diesem Zeitpunkt – nicht. Auch dürfte sie der Logik einer Revisionsentscheidung gefolgt sein.<sup>39</sup> Doch waren die Beschränkungen angesichts des Standes des Völkergewohnheitsrechts bereits 2021 nicht nur nicht notwendig. Sie führten auch zu erheblichen Unklarheiten mit Blick auf die Position des *BGH*.

So stellte sich zum einen die Frage, inwieweit die Feststellung des *BGH* neben Kriegsverbrechen auch weitere

<sup>28</sup> Statement by Mrs. Kerstin Pürschel, Permanent Mission of Germany to the United Nations Legal Adviser on the occasion of the 71th Session of the United Nations General Assembly, 6th Committee, Statement 68th ILC Report (2016), [https://www.un.org/en/ga/sixth/71/pdfs/statements/ilc/germany\\_3.pdf](https://www.un.org/en/ga/sixth/71/pdfs/statements/ilc/germany_3.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>29</sup> Statement by H. E. Ambassador Dr. Michael Koch, German Federal Foreign Office, The Legal Adviser on the occasion of the 72nd Session of the United Nations General Assembly, 6th Committee, [https://www.un.org/en/ga/sixth/72/pdfs/statements/ilc/germany\\_2.pdf](https://www.un.org/en/ga/sixth/72/pdfs/statements/ilc/germany_2.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.5.2024); zitiert nach *Kreß*, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

<sup>30</sup> Comments and observations by the Federal Republic of Germany on the draft articles on “Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction”, November 2023, [https://legal.un.org/ilc/sessions/75/pdfs/english/iso\\_germany.pdf](https://legal.un.org/ilc/sessions/75/pdfs/english/iso_germany.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>31</sup> Diese Äußerung erschien umso widersprüchlicher, als die Bundesregierung in derselben Zeit auf die parlamentarische Frage des Abgeordneten Dr. Günter Krings vom 21.11.2023 geantwortet hatte, dass Amtsträger, die sich vor einem Sondertribunal für die Ukraine für die Verfolgung des Verbrechens der Aggression zu verantworten hätten, „nicht auf ihre völkergewohnheitsrechtliche funktionelle Immunität berufen können“, s. BT-Drs. 20/9462, S. 38.

<sup>32</sup> S. hierzu und auch zu einer Erwägung der möglichen Gründe für die Haltung der Bundesregierung *Kreß*, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

<sup>33</sup> Zu weiteren Entscheidungen im Übrigen s. *Frank/Barthe*, ZStW 2021, 235 (250-251).

<sup>34</sup> Für das erstgenannte Verfahren s. *OLG Koblenz*, Urt. v. 24.2.2021 – 1 StE 3/21. Dieses wurde durch den *BGH* bestätigt in *BGH*, Beschl. v. 20.4.2022 – 3 StR 367/21. Für das zweite, noch nicht rechtskräftige Urteil, s. *OLG Koblenz*, Urt. v. 13.1.2022 – 1 StE 9/19.

<sup>35</sup> *BGH*, NJW 2021, 1326 (1329).

<sup>36</sup> *BGH*, NJW 2021, 1326 (1329).

<sup>37</sup> *BGH*, NJW 2021, 1326 (1330).

<sup>38</sup> Dabei stützte sich der *BGH* unter anderem auf die deutsche Stellungnahme des Jahres 2016 (Fn. 28) und auf Äußerungen des Bundespräsidenten und des Außenministers, in denen man „ersichtlich“ nicht davon ausgegangen sei, dass funktionelle Immunität einer nationalen Strafverfolgung (wegen Kriegsverbrechen) entgegenstehe, s. *BGH*, NJW 2021, 1326 (1330).

<sup>39</sup> *Epik/Geneuss*, Without a Doubt, Verfassungsblog v. 19.4.2024, <https://verfassungsblog.de/without-a-doubt/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

Verbrechen erfassen sollte.<sup>40</sup> Zum anderen führte die Beschränkung auf „nachrangige“ Hoheitsträger zu erheblicher Rechtsunsicherheit, da besonders für die Praxis nicht klar gewesen sein dürfte, wer als nachrangiger Hoheitsträger zu qualifizieren sei. Auch wirkte die Differenzierung, der nicht zuletzt Artikel 7 des ILC-Artikelentwurfs entgegenstand, im Bereich der funktionellen Immunität wenig einleuchtend.<sup>41</sup> Dass die wenig glückliche Beschränkung des *BGH* auf „nachrangige“ Hoheitsträger bereits Einfluss gehabt hat, zeigt die Entscheidung des *The Hague Court of Appeals* vom 7. Dezember 2021, in der das niederländische Gericht ausdrücklich auf das *BGH*-Urteil Bezug genommen und seine Entscheidung auf Grundlage einer Differenzierung zwischen nachrangigen und hochrangigen Hoheitsträgern aufgebaut hat.<sup>42</sup> Gegen das Verständnis des niederländischen Gerichts von der funktionellen Immunität ist seit Dezember 2023 eine Beschwerde vor dem *EGMR* anhängig.<sup>43</sup>

Darüber hinaus ließ das Urteil vom 28. Januar 2021 auch mehrere Deutungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Reichweite der Aussage des 3. *Strafsenats* zu.<sup>44</sup> So war einerseits denkbar, dass nachrangige Hoheitsträger nach Ansicht des *BGH* von vornherein keine funktionelle Immunität genießen sollten. Zweitens bestand die Möglichkeit, dass beim Verdacht einer Völkerstraftat für nachrangige Hoheitsträger eine Ausnahme von ihrer funktionellen Immunität gelten sollte. Drittens ließ das Urteil durch das Wort „jedenfalls“ die – vorzugswürdige – Deutung zu, dass der *BGH* letztlich generell von der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei dem Verdacht einer Völkerstraftat ausging, sich insoweit jedoch noch in Zurückhaltung üben wollte.<sup>45</sup>

### 3. Zur Bedeutung der Klarstellung des Grundsatzurteils durch den Beschluss vom 21. Februar 2024

Diese Unklarheiten hat der 3. *Strafsenat* mit der hiesigen Entscheidung aus dem Weg geräumt. In seinem Beschluss AK 4/24 hat er sich trotz der Kürze seiner Ausführungen klar zu der Rechtsüberzeugung bekannt, die sich in der Grundsatzentscheidung von 2021 bereits deutlich ange-

kündigt hatte, das heißt zu der Unanwendbarkeit der funktionellen Immunität im Falle von Völkerstraftaten kraft Völkergewohnheitsrechts, unabhängig von Status und Rang des Täters. Auch jetzt äußert sich der 3. *Strafsenat* nicht zu der dogmatischen Frage, ob funktionelle Immunität bereits mit dem Wesen internationaler Verbrechen unvereinbar ist oder ob ihre Unanwendbarkeit aus der Entstehung einer völkerstrafrechtlichen Ausnahme von der Regel der funktionellen Immunität folgt.<sup>46</sup> Stattdessen untermauert der *BGH* seine These, dass der Ausschluss der funktionellen Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen zum zweifelsfreien Bestand des Völkergewohnheitsrechts gehöre, mit einer Reihe viel zitierter Rechtsprechung<sup>47</sup> und überwiegend deutscher herrschender Lehrmeinungen.<sup>48</sup> Auch eine Auseinandersetzung mit sonstigen abweichenden Positionen oder mit der Position der Bundesregierung findet sich in dem hiesigen Beschluss nicht mehr. Stattdessen nimmt der 3. *Strafsenat* auf seine Entscheidung vom 28. Januar 2021 und damit auf seine dortige Auseinandersetzung mit letzteren Positionen Bezug.<sup>49</sup>

Die Klarstellung des *BGH* ist zu begrüßen. Auch fasst der Beschluss den aktuellen Stand des Völkergewohnheitsrechts, der an obiger Stelle nur umrissen werden konnte,<sup>50</sup> zutreffend zusammen.<sup>51</sup> Wenngleich es sich bei der Entscheidung des 3. *Strafsenats* um eine bloße Haftfortdauerentscheidung und keine endgültige Entscheidung in der Sache handelt, ist die Bedeutung dieser Klarstellung des höchsten deutschen Strafgerichts nicht zu unterschätzen.

Zum einen sendet die nunmehr von letzten Zweifeln befreite Position der deutschen Justiz ein Zeichen an die internationale Gemeinschaft aus, dass sich jedenfalls die deutsche Rechtsprechung nun entschieden zur Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei Völkerstraftaten bekennt. Es waren gerade nationale Entscheidungen, die trotz der Gegenwinde der vergangenen Jahre die Annahme unmöglich machen, dass sich das Völkergewohnheitsrecht dahingehend geändert hätte, dass staatliche Hoheitsträger funktionelle Immunität in nationalen Verfahren bei Völkerstraftaten genießen würden.<sup>52</sup> Der Beschluss des 3. *Strafsenats* wird als Akt der Staatenpraxis,

<sup>40</sup> Dafür, dass wohl jedenfalls die sonstigen Völkerrechtsverbrechen im engeren Sinne (*stricto sensu*) erfasst gewesen sein dürften, spricht, dass der *BGH* neben Kriegsverbrechen auch auf „bestimmte andere die Weltgemeinschaft als Ganze“ betreffende Delikte Bezug nahm, s. *Kreß*, On Functional Immunity of Foreign Officials and Crimes under International Law, Just Security v. 31.3.2021, <https://www.justsecurity.org/75596/on-functional-immunity-of-foreign-officials-and-crimes-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>41</sup> Insofern zurecht kritisch *Schmid*, Why Germany Should Reconsider its Position on Functional Immunity Ratione Materiae, Verfassungsblog vom 1.2.2024, <https://verfassungsblog.de/an-unfortunate-trend-of-vagueness> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>42</sup> S. hierzu instruktiv *Schmid*, An Unfortunate Trend of Vagueness, Verfassungsblog vom 1.2.2024, <https://verfassungsblog.de/an-unfortunate-trend-of-vagueness/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>43</sup> *ZIADA v Netherlands Submitted to the European Court of Human Rights, Human Rights in Practice*, 10.1.2024, <https://www.rightsinpractice.org/new-blog/2024/1/10/ziada-v-nl-case-filed-immunities-protecting-former-israeli-commanders-from-civil-suit-for-war-crimes-violate-the-echr> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>44</sup> Zu diesen s. *Kreß*, On Functional Immunity of Foreign Officials and Crimes under International Law, Just Security v. 31.3.2021, <https://www.justsecurity.org/75596/on-functional-immunity-of-foreign-officials-and-crimes-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>45</sup> *BGH*, NJW 2021, 1326 (1335) (Anm. *Kreß*); *Frank/Barthe*, ZStW 2021, 235.

<sup>46</sup> Für eine Diskussion s. *Kreß* in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 31 ff.

<sup>47</sup> Konkret zitiert der *BGH* Entscheidungen des Nürnberger Internationalen Militärtribunals, der Appeals Chamber des ICTY in *Prosecutor vs. Blaskic* und das Urteil des Obersten Gerichtshofs Israels gegen *Adolf Eichmann*.

<sup>48</sup> *BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24 Rn. 53.

<sup>49</sup> So auch *Epik/Geneuss*, Without a Doubt, Verfassungsblog v. 19.4.2024, <https://verfassungsblog.de/without-a-doubt/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>50</sup> S.o. III 1.

<sup>51</sup> Ausführlich s. *Kreß* in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 31-83.

<sup>52</sup> Für einen ausführlichen Nachweis mit Beispielen s. *Kreß* in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 72-76.

wie bereits das Urteil des *BGH* vom 28. Januar 2021 seinen Teil dazu beitragen.

Zum anderen lässt sich der Beschluss – ebenfalls wie bereits die Entscheidung vom Januar 2021<sup>53</sup> – als Signal an die Bundesregierung in der gebotenen richterlichen Zurückhaltung werten, in dieser Völkergewohnheitsrechtsfrage nun auch wieder eine klare Haltung zu beziehen. Das wertvolle Zeichen aus Karlsruhe kommt zu einem günstigen Zeitpunkt: Dies nicht nur im Hinblick auf vielfältige deutsche Ermittlungsbemühungen nach dem Weltrechtspflegeprinzip wie etwa in Gestalt von Strukturermittlungen im Zusammenhang mit Russlands Angriffskrieg gegen die Ukraine, sondern auch, weil bei der ILC die zweite Lesung des Entwurfs der Artikel zum Thema der Immunität von Hoheitsträgern vor ausländischer Strafgerichtsbarkeit ansteht. Es bleibt zu hoffen, dass die Bundesregierung die Entscheidung des *BGH* zum Anlass nehmen wird, nun eine klare Rechtsüberzeugung im Sinn der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei Verdacht einer Völkerstraftat nach Völkergewohnheitsrecht zu beziehen, so wie dies zuletzt eine ganze Reihe von Staaten der ILC gegenüber nochmals oder erstmals<sup>54</sup> getan haben.<sup>55</sup> Allein dies stünde mit der erklärten Bereit-

schaft der Bundesregierung im Einklang, bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen sogar eine „Vorreiterrolle“ einzunehmen<sup>56</sup> und zugleich würde hiermit die Glaubwürdigkeit der eigenen Bemühungen um eine „Fortentwicklung des Völkerstrafrechts“ gestärkt, die derzeit durch einen Gesetzentwurf angestrebt wird.<sup>57</sup>

#### IV. Schlussbemerkung und Ausblick

Die Relevanz der Entscheidung des 3. *Strafsenats* zur Unanwendbarkeit der funktionellen Immunität kann für die nationale Durchsetzung des Völkerstrafrechts kaum überschätzt werden. Nicht zuletzt für die Praxis wird die Entscheidung des 3. *Strafsenats* angesichts der laufenden Konflikte mit staatlichen Akteuren in naher Zukunft von großer Bedeutung sein.<sup>58</sup> Die Resonanz der Entscheidung in Berlin darf mit Spannung erwartet werden. Das Urteil des *BGH* aus dem Jahr 2021 hatte die Bundesregierung der ILC gegenüber immerhin als „bedeutsame“ deutsche Staatenpraxis gewertet.<sup>59</sup> Es ist zu wünschen, dass die Bundesregierung bei ihrer Wertschätzung der Rechtsprechung des *BGH* noch einen entscheidenden Schritt weitergeht, wenn sie die ILC alsbald, so wie es hoffentlich geschehen wird, über die nun glasklare Positionierung des höchsten deutschen Strafgerichts ins Bild setzt.

<sup>53</sup> S. insoweit bereits *Jeßberger/Epik*, JR 2022, 10 (16).

<sup>54</sup> Zu diesen Staaten zählen etwa Spanien, Irland und die Schweiz, s. *de Andrade Pacheco*, Where do States Stand on Official Immunity Under International Law?, Just Security v. 19.4.2024, <https://www.justsecurity.org/94830/where-do-states-stand-on-official-immunity-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>55</sup> Ein Vergleich der staatlichen Stellungnahmen zur Verabschiedung von Artikel 7 des ILC-Entwurfs im Jahr 2017 und der Stellungnahmen anlässlich der ersten Lesung 2023 gibt insgesamt vorsichtigen Anlass zu der Hoffnung, dass der internationale Konsens über die Unanwendbarkeit funktioneller Immunität in Völkerstrafverfahren wieder stärker wird. Für einen solchen hilfreichen Vergleich s. *de Andrade Pacheco*, Where do States Stand on Official Immunity Under International Law?, Just Security v. 19.4.2024, <https://www.justsecurity.org/94830/where-do-states-stand-on-official-immunity-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>56</sup> S. etwa die Rede zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts von *Marco Buschmann* v. 30.11.2023, [https://www.bmj.de/Shared-Docs/Reden/DE/2023/1130\\_Bundestag\\_Voelkerstrafrecht.html](https://www.bmj.de/Shared-Docs/Reden/DE/2023/1130_Bundestag_Voelkerstrafrecht.html) (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>57</sup> BT-Drs. 20/9471, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/20/094/2009471.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>58</sup> *Epik/Geneuss*, Without a Doubt, Verfassungsblog v. 19.4.2024, <https://verfassungsblog.de/without-a-doubt/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

<sup>59</sup> S.o. Fn. 30; *Kreß*, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

## BUCHBESPRECHUNGEN

***Amadeus Peters: Smarte Verdachtsgewinnung.***  
**Eine strafprozessuale und verfassungsrechtliche Untersuchung der Verdachtsgewinnung mittels Künstlicher Intelligenz**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

2023, Nomos, ISBN: 978-3-7560-1113-1, S. 328, Euro 99,00.

In der vorliegenden Dissertationsschrift geht es um die rechtliche Einordnung sowie die rechtlichen Grenzen der smarten Verdachtsgewinnung. Konkret wird untersucht, wie die Gewinnung von Verdachtsmomenten hinsichtlich Straftaten und Ordnungswidrigkeiten durch die Analyse von Daten mit Hilfe Künstlicher Intelligenz rechtssystematisch zu fassen sowie ob und unter welchen Voraussetzungen dieses Vorgehen verfassungskonform möglich ist.

Probleme bei der Aufdeckung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten ließen sich – so der Verfasser – in vielen verschiedenen Lebensbereichen aufzeigen, wobei in der Dissertation explizit Wirtschafts- und Steuerstraftaten in den Blick genommen werden. So fehlte es häufig an Anzeigenerstatern, wie am Beispiel des Insiderhandels deutlich werde. Daneben sei auch die Begehung von Steuerstraftaten oder der Marktmanipulation häufig unauffällig. Daher gäbe es eine bedeutende Dunkelziffer nicht entdeckter Straftaten, die zu erheblichen wirtschaftlichen Schäden führten. Die Herausforderung läge nicht in der Aufklärung, sondern vielmehr in der Entdeckung der Straftaten.

Der Verfasser definiert Künstliche Intelligenz als System, das teilweise oder vollständig Fragestellungen selbstständig lösen kann (S. 29). Er stellt fest, dass über die Verwendung Künstlicher Intelligenz (KI) zur gezielten Aufdeckung von Straftaten durch staatliche Stellen in Deutschland keine konkreten Informationen vorlägen. Dagegen seien solche Praktiken aus anderen Staaten bekannt, so dass er die USA, Japan (sehr knapp), das Vereinigte Königreich, Österreich und die Niederlande in den Blick nimmt. Für Deutschland, so konstatiert der Verfasser, sei nur der Einsatz von KI im Rahmen des sog. predictive policing bekannt, also präventive Maßnahmen, während die Untersuchung der Dissertation auf repressive Ermittlungstätigkeiten beschränkt bleiben soll.

Datifizierungstendenzen in Deutschland konnte der Verfasser insbesondere im Steuer- und Börsenwesen feststellen. Insofern geht er davon aus, dass Steuerbehörden und die BaFin, wenn sie es nicht bereits tun sollten, in naher Zukunft Methoden der KI verwenden werden und dies auch für die Zwecke der Strafverfolgung. Ziel der Untersuchung ist daher, und hier wird die Überlegung zu Beginn der Dissertation wieder aufgegriffen, die rechtlichen

Konsequenzen sowie die rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von KI zur Ermittlung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu erforschen.

Dazu beleuchtet der Verfasser in Kapitel 2 zunächst die Funktionsweise und Folgen von KI und veranschaulicht die technischen Erwägungen durch zahlreiche Abbildungen. Als Problem werden Verzerrungen und Fehler identifiziert, die es zu reduzieren bzw. zu beseitigen gelte. Durch die Verzerrungen könne das Ergebnis der smarten Verdachtsgewinnung im Vergleich zur objektiv bestehenden Situation anders ausfallen. Daher komme es neben gleichheitsrechtlichen Fragen im Rahmen des Art. 3 GG darauf an, wie die unterschiedliche Behandlung angesichts der Verzerrungen, die die Entscheidungsgrundlage für die Differenzierungen insofern verfälschen, gerechtfertigt werden könnten.

Dazu wird zunächst eine rechtssystematische Einordnung vorgenommen. Im Ergebnis sei der strafprozessuale Verdacht eine aus der Verdachtsgrundlage abgeleitete Wahrscheinlichkeit, dass eine verfolgbare Straftat vorliege. Es lasse sich aber aus der Verdachtsgrundlage nicht sicher schließen, ob eine verfolgbare Straftat tatsächlich vorliegt – letztlich werde nur eine Verdachtshypothese generiert. Rechtsstaatlich sei es geboten, die Wahrscheinlichkeit als statistische Wahrscheinlichkeit aufzufassen. Zentrales Element der Verdachtsgrundlage könne auch das Ergebnis einer smarten Verdachtsgewinnung sein. Bei der smarten Verdachtsgewinnung sei bekannt, auf welche verfolgbareren Straftaten der Algorithmus trainiert worden ist und mit welcher statistischen Wahrscheinlichkeit eine positive Ausgabe richtig positiv ist. Dieses Erfahrungswissen könne die Ermittlungsperson in ihre Überzeugungsbildung einfließen lassen. Insbesondere bleibe ihr die Gewichtung einer positiven Klassifizierung überlassen.

Bei der smarten Verdachtsgewinnung würden Sachverhalte überprüft, bevor ein Verdacht besteht, so dass sie einer gefahrenabwehrrechtlichen Kontrolle ähnele. Gleichzeitig diene die smarte Verdachtsgewinnung jedoch der Verfolgung von in der Vergangenheit liegenden Straftaten. Daher untersucht der Verfasser im nächsten Schritt diese „ambivalent erscheinende Natur“ smarter Verdachtsgewinnung (S. 126). Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Strafverfolgung weder aus historischen Gründen noch aus systematischen Gründen einen Anfangsverdacht voraussetze. Dies sei unabhängig von der Frage, ob ein-

zelne oder alle Ermittlungsmaßnahmen der Strafverfolgung einen Anfangsverdacht erfordern. Hier stellt sich natürlich die Frage, warum man überhaupt ohne Anfangsverdacht ermitteln sollte.

Letztlich wird die smarte Verdachtsgewinnung als eine Maßnahme der Strafverfolgung angesehen. Der durch die Strafverfolgungsbehörden geschöpfte Verdacht verdichte sich bei einer erfolgreichen Strafverfolgung zunehmend bis hin zur Erhebung der Anklage. Die smarte Verdachtsgewinnung setze dort an, wo es noch keinen Verdacht gäbe, also zeitlich am Anfang der Strafverfolgung. Auch wenn die Literatur Vorfeldermittlungen mangels Rechtsgrundlage für unzulässig halte, gäbe es doch bei der Verfolgung bestimmter Straftaten durchaus Rechtsgrundlagen, die Vorfeldermittlungen erlauben. Diese identifiziert der Verfasser in der Abgabenordnung, im Wertpapierhandelsgesetz sowie im Geldwäschegesetz.

Produziere nun die smarte Verdachtsgewinnung eine positive Ausgabe, so entstehe ein Anfangsverdacht. Fraglich sei, wie rechtlich mit den bereits genannten Verzerrungen umgegangen werden müsse. Der Verfasser zeichnet im Folgenden den US-amerikanischen Diskurs zum verfassungsrechtlichen Umgang mit Algorithmen und Diskriminierungsfragen in der Strafjustiz nach und stellt ernüchternd fest, dass sich nur wenige Argumente für die deutsche Untersuchung fruchtbar machen ließen.

Die Auswahl von Merkmalen, die als Eingabe der smarten Verdachtsgewinnung dienen könnten, sowie die Verzerrungen in den Ergebnissen, die bei der Nutzung selbstlernender Algorithmen entstehen könnten, seien sowohl aus gleichheitsrechtlicher Perspektive an Art. 3 GG als auch aus freiheitsrechtlicher Perspektive am allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu prüfen. Darüber hinaus werde das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen Ausprägungen als Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Recht auf Selbstdarstellung und dem Nemo-tenetur-Grundsatz virulent. Schauge man auf den Gleichheitsgrundsatz, so sei eine

möglichst realitätsgerechte Datenerhebung und Verarbeitung notwendig. Hier bewertet der Verfasser die Verzerrungen unterschiedlich, je nachdem an welchen Merkmalen sie anknüpfen. Hier müssten Maßnahmen ergriffen werden, um Diskriminierungsprobleme zu verhindern oder abzuschwächen. Das Persönlichkeitsrecht sei dagegen dann betroffen, wenn die Gefahr von auf Stereotypen aufbauenden Stigmatisierungen bestehe.

Eingriffsschärfende Faktoren smarter Verdachtsgewinnung im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung seien dessen Verdachtslosigkeit, die Streubreite der Maßnahme, die potenzielle Einleitung eines Strafverfahrens, die Persönlichkeitsrelevanz der verarbeiteten Informationen sowie die Undurchsichtigkeit der Datenverarbeitung. Dennoch sei es nicht von vornherein ausgeschlossen, den Eingriff durch smarte Verdachtsgewinnung verfassungskonform zu begrenzen und in ein angemessenes Verhältnis zur Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege zu bringen. Der Verfasser positioniert sich hier eindeutig pro KI. Durch die Beobachtung der Algorithmen könnten hinreichende Informationen gesammelt werden, um den Einsatz smarter Verdachtsgewinnung sowie die aus ihr zu ziehenden Schlüsse zu begründen. Allerdings räumt *Peters* ein, dass viele offene Fragen in Bezug auf die rechtliche Bewertung selbstlernender Algorithmen und deren Einsatz zur Strafverfolgung verbleiben. Hier hätte man sich ggf. schon die ein oder andere Antwort im Rahmen der Dissertation gewünscht. Letztlich wird die smarte Verdachtsgewinnung – bezogen auf den Einzelfall – als verfassungsrechtlich gerechtfertigt und rechtspolitisch wünschenswert angesehen (S. 302). Eine Blaupause gibt es also nicht. Insofern dürfte die Dissertation nur ein Baustein unter vielen sein, die notwendig sein werden, um hier klare rechtliche Maßstäbe zu entwickeln. Einmal mehr ist zu fordern, dass es an der Schnittstelle von KI und Recht der interdisziplinären Forschung bedarf, um klare technische Strukturen zu schaffen, die eine verfassungsgemäße Anwendung von KI – sei es bei der smarten Verdachtsgewinnung oder sonst im Rahmen von Strafverfolgung und Justiz – ermöglichen.

## **Michael Koenen: Auswertung von Blockchain-Inhalten zu Strafverfolgungszwecken**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

2023, Nomos, ISBN: 978-3-7560-1099-8, S. 424, Euro 129,00.

Die Blockchain-Technologie ist eine Technologie zur dezentralen Datenverwaltung und trat erstmalig im Zusammenhang mit der virtuellen Kryptowährung Bitcoin in Erscheinung. Die Technologie ist aber nicht auf Kryptowährungen beschränkt, sondern kann zur Datenverwaltung insgesamt verwendet werden. Eine wesentliche Eigenschaft der Blockchain-Technologie ist, dass die verwalteten Daten in der Regel öffentlich verfügbar sind. Das macht sie dann auch so interessant für Strafverfolgungsbehörden, da ein Zugriff praktisch ohne weiteres möglich ist. Doch nicht alles, was praktisch möglich ist, ist auch rechtlich zulässig. Daher geht die Dissertation der Frage nach, ob der Einsatz von systematischen Auswertungsmethoden bei Blockchains zu Strafverfolgungszwecken grundsätzlich nach der bisher geltenden Rechtslage zulässig sein kann.

Zunächst wird sich der technischen Darstellung gewidmet und diese anhand des Bitcoin-Systems vorgestellt. Danach wird die Blockchain-Technologie außerhalb des Bitcoin- und Kryptowährungskontextes sowie weitere blockchain-basierte Anwendungen beschrieben.

Kapitel 3 widmet sich dann den technischen Auswertungs- und Ermittlungsmöglichkeiten bei Blockchain-Systemen. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass in der Blockchain enthaltene Transaktionsdaten verschiedenste Ansatzpunkte zur Auswertung enthalten. Beispielsweise können eine Vielzahl von Bitcoin-Adressen einer einzelnen Entität zugeordnet werden. Zudem können die Transaktionen insgesamt nach typischem und auffälligem Transaktionsverhalten analysiert werden, bei denen bestimmte Auffälligkeiten auf illegale Aktivitäten hindeuten können. Derartige Auffälligkeiten können sogar noch präziser ermittelt werden, wenn die Hintergründe von einzelner Transaktionsverhalten bekannt sind, um diese als Vergleichsmaßstab heranzuziehen. Allerdings macht der Verfasser auch gleich Limitierungen dieser Erkenntnis deutlich, da die Auswertungsmöglichkeiten einem steten Wandel unterliegen, so dass diese nicht abschließend oder allgemeingültig seien.

Weiterhin wird festgestellt, dass die Transaktionsdaten der Blockchain durch anderweitig verfügbare Daten aus dem Internet angereichert werden können, um Ermittlungsergebnisse zu erhalten. Aber auch hier räumt der Verfasser ein, dass die Auswertungsmöglichkeiten stark vom Nutzungsverhalten des Betroffenen oder von technischen Eigenheiten abhängen und insoweit nicht allgemeingültig sind. Dies macht es natürlich für Ermittlungs-

behörden trotz prinzipieller Zugriffsmöglichkeit nicht einfacher und die in der Dissertation gewonnen Befunde sind immer vorläufige, die dem steten Wandel unterliegen. Dies ist aber keine Schwäche der Dissertation, sondern vielmehr der Schnelligkeit des Untersuchungsgegenstandes geschuldet.

Nach der Darlegung der technischen Funktionsweisen unterschiedlichster Ermittlungsansätze wird in Kapitel 4 der Frage nachgegangen, ob und in welche Grundrechte ein Eingriff durch diese Ermittlungsmöglichkeiten vorliegen könnte. Der Verfasser kommt nach umfangreicher Untersuchung zu dem Ergebnis, dass bei der Auswertung von Blockchain-Inhalten und der damit im Zusammenhang stehenden Daten lediglich ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gegeben ist und dies auch erst dann, wenn über die bloße Kenntnisnahme bzw. das Herunterladen der Daten hinaus weitergehende Datenverarbeitungen vorgenommen werden. Allerdings weist der Verfasser darauf hin, dass jede über die Kenntnisnahme hinausgehende Datenverarbeitungsmaßnahme einen eigenständigen Grundrechtseingriff darstellt. Dies sei relevant, da die Auswertungsmethoden zu Strafverfolgungszwecken in der Praxis nicht einzeln und unabhängig voneinander stattfinden, sondern miteinander kombiniert werden. Für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs sei daher insbesondere zu berücksichtigen, dass einerseits jede Datenverarbeitungsmaßnahme für sich genommen auf eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage gestützt werden müsse und andererseits auch für die Kombination der Datenverarbeitungsmaßnahmen eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage erforderlich sei.

Daher wird in Kapitel 5 umfassend auf 170 Seiten der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nachgespürt. Nach ausführlichen Erörterungen insbesondere auch von § 98a StPO als Ermächtigungsgrundlage – der aber abgelehnt wird – kommen für den Verfasser als Ermächtigungsgrundlage nur die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161, 163 StPO in Betracht. Dabei genügen die einschlägigen Ermittlungsgeneralklauseln grundsätzlich den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Allerdings könnten sie nur eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für geringfügige Grundrechtseingriffe darstellen, da sie als Generalklauseln relativ unbestimmt und daher bei der Ermittlung sämtlicher Straftaten einschlägig seien, so dass ihr Heranziehen nur bei geringfügigen Grundrechtseingriffen verhältnismäßig sein könne. Ob jetzt bei den in der Dissertation vorgestellten Auswertungsmethoden nur ein solcher geringfügiger Grundrechtseingriff vorläge, hänge maßgeblich davon ab, ob eine geringe Streubreite vorläge. Und dies wiederum

hänge von dem konkreten Einsatz der Auswertungsmethoden ab. Einschränkend stellt der Verfasser daher fest, dass die §§ 161, 163 StPO nur dann als verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Auswertungsmethoden in Betracht kommen, wenn die unmittelbaren Blockchain-Daten nur im konkreten Verdachtsfall und auch nur in Bezug auf diesen konkreten Verdachtsfall ausgewertet werden. Zudem müsse technisch sichergestellt werden, dass Daten, die nicht Gegenstand des konkreten Verdachts sind, ausgesondert werden. Darüber hinaus könne das öffentlich zugängliche Internet auch anlassbezogen nach weiteren Informationen durchsucht werden. Alle anderen vorgestellten Auswertungsmethoden könnten nicht auf die Ermittlungsgeneralklausel gestützt werden, insbesondere auch nicht die Kombination unterschiedlicher Auswertungsmethoden.

Insofern macht der Verfasser einen *de lege ferenda* Vorschlag, um sämtlich vorgestellte Auswertungsmethoden auf eine rechtliche Ermächtigungsgrundlage zu stellen. Hierzu formuliert er einen neuen § 98a Abs. 2 S. 2 StPO-E: „Zu diesem Zweck sind die Strafverfolgungsbehörden außerdem ermächtigt, allgemein zugängliche Daten zu erheben und für den Abgleich zu verarbeiten“ (S. 372). Durch diesen Zusatz könne gewährleistet werden, dass sämtliche dargestellte Auswertungsmethoden in den Anwendungsbereich der Rasterfahndung nach § 98a StPO fallen würden. Durch die Erfassung maschineller Datenabgleiche der dargestellten Auswertungsmethoden in § 98a StPO könne außerdem gewährleistet werden, dass die mit den Auswertungsmethoden verbundenen Grundrechtseingriffe in einem angemessenen Verhältnis zu den

mit ihnen verfolgten Zwecken stünden. Denn anders als bei den Ermittlungsgeneralklauseln setze § 98a Abs. 1 StPO das Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung aus dem Katalog der Nrn. 1-6 voraus. Insofern könne eine entsprechende Begrenzung des Grundrechtseingriffs vorgenommen werden. Zudem würde der gesteigerten Grundrechtsintensität durch den in § 98a StPO enthaltenen Richtervorbehalt Rechnung getragen.

Ein datenschutzrechtlicher Exkurs in Kapitel 6 kommt zu dem Ergebnis, dass der Anwendungsbereich der DSGVO für die beschriebenen Auswertungsmethoden eröffnet ist.

Da einige Auswertungsmethoden unter die Ermittlungsgeneralklauseln gefasst werden könnten und andere nicht, spricht sich der Verfasser zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit für eine Neuregelung dieser Ermittlungsmöglichkeiten und eine Ermächtigungsgrundlage gemäß seines *de lege ferenda* Vorschlags aus. Insofern bietet diese Dissertation die Diskussionsgrundlage für eine aufgrund des technischen Fortschritts ggf. – wieder einmal – erforderliche Nachjustierung der Strafprozessordnung. Dabei werden jedoch auch die Limitierungen deutlich, die der Verfasser nicht verheimlicht, sondern immer wieder im Laufe seiner Schrift anspricht: nämlich, dass auch die Auswertungsmethoden diffiziler werden können und einem Wandel unterliegen. Insofern ist auch der vielfach beschriebenen Technikoffenheit der Strafprozessordnung bei der Formulierung neuer Ermächtigungsgrundlagen Rechnung zu tragen.

## TAGUNGSBERICHTE

**Erlanger Cybercrime Tag 2023: Open Source Intelligence in der Strafverfolgung**

von *Tabea Seum* und  
*Prof. Dr. Christian Rückert\**

**Abstract**

Der Tagungsbericht enthält sprachlich bereinigte und gekürzte Zusammenfassungen der Transkriptionen der Vorträge und Diskussionsbeiträge. Der Vortragsstil der einzelnen Beiträge wurde überwiegend beibehalten (soweit nicht aus Platzgründen gekürzt wurde). Dementsprechend wurde generell auch auf Fußnoten verzichtet.

**I. Einleitung**

Nach einigen Jahren hieß es nun beim achten Erlanger Cybercrime Tag „back to the roots“. Die Tagung wurde – wie in den Anfangsjahren – zum einen im Frühjahr abgehalten und zum anderen konnten die Teilnehmer:innen endlich wieder am ursprünglichen Tagungsort, im Wassersaal der Orangerie, begrüßt werden. Um jedoch über die Plätze der Orangerie hinaus noch Interessierte erreichen zu können, entschied man sich für eine hybride Tagung. Dadurch konnten insgesamt fast 180 Teilnehmer:innen den Vorträgen folgen und an den sich jeweils anschließenden Q&A-Sessions teilnehmen. Das Publikum war, wie auch in den vorherigen Jahren, bunt gemischt und setzte sich aus Vertretern der Wissenschaft, der Strafrechtspraxis sowohl aus Justiz als auch der Anwaltschaft, Fachvertreter:innen und auch Studierenden zusammen. *Prof. Dr. Christoph Safferling* und sein ICLU-Team freuten sich auch dieses Mal, dass die unterschiedlichen Perspektiven und die Interdisziplinarität der Vorträge und Teilnehmer zu einem bereichernden Austausch beitrugen.

Der diesjährige ECCT beschäftigte sich mit sog. OSINT-Ermittlungen im Strafverfahren. Dabei wurden unterschiedliche – teilweise sehr grundlegende, teilweise sehr tiefgehende – Fragestellungen thematisiert. Was ist „Open Source Intelligence“ (kurz: OSINT)? Welche rechtlichen Probleme und Herausforderungen können sich ergeben? Wie nutzen die Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeiten der Ermittlungsmaßnahme im Alltag? Welche rechtlichen und tatsächlichen Grenzen müssen beachtet werden? Welche Probleme und Möglichkeiten ergeben sich aus Strafverteidigersicht? Und wie kommt OSINT im internationalen Kontext und durch die Verwendung von Menschenrechtsorganisationen zur Anwendung? Diese und viele weitere Fragen wurden anschaulich und intensiv mit den referierenden Expert:innen *Prof. Dr. Christian*

*Rückert* (Universität Bayreuth), Kriminalhauptkommissar *Andreas Korn* (BayLKA), Oberstaatsanwalt *Dr. Nino Goldbeck* (ZCB), Rechtsanwältin *Diana Nadeborn* (Tsambikakis & Partner) und Rechtsanwalt *Kai Kempgens* (damals kpw, heute Eisenberg König Schork Kempgens), *Prof.in Dr. Katrin Kinzelbach* (FAU Erlangen-Nürnberg) diskutiert. Eröffnet wurde die Tagung mit den Begrüßungsworten des Präsidenten der FAU Erlangen-Nürnberg, *Prof. Dr. Joachim Hornegger* und des stellvertretenden Sprechers des Graduiertenkollegs „Cybercrime und Forensische Informatik“ der FAU und Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie, *Prof. Dr. Hans Kudlich*.

**II. OSINT in der StPO – Ermittlungen ohne Rechtsgrundlage? von Prof. Dr. Christian Rückert (Universität Bayreuth)**

Sowohl die Einleitungs- als auch die ersten Vortragsworte wurden von *Prof. Rückert* gesprochen, der die Veranstaltung selbst jahrelang mitorganisiert und -gestaltet hatte. Anlehnend an seine Habilitationsschrift<sup>1</sup>, veranschaulichte er den Veranstaltungsinteressierten den Begriff OSINT und die Rolle dieser Technik bei den Strafverfolgungsbehörden. Daran anknüpfend, führte er die rechtlichen Probleme aus, die sich bei der Durchführung von OSINT-Maßnahmen durch die Polizei oder Staatsanwaltschaft hinsichtlich möglicher Grundrechtseingriffe, einer notwendigen Rechtsgrundlage in der StPO und des europäischen Datenschutzrechts ergeben können.

**1. Der Begriff Open Source Intelligence**

Open Source Intelligence ist ein Begriff aus der Nachrichtendienstwelt, welcher früher Medien, wie Zeitungen oder das Radio, umfasst hatte, mittlerweile in der Regel jedoch die Erhebung von Daten aus dem Internet meint. Im Rahmen von Open Source Intelligence werden Informationen aus öffentlich zugänglichen Quellen gesammelt und ausgewertet, um Erkenntnisse zu gewinnen. Das bedeutet, dass solche Maßnahmen zwar auch ein bloßes Googlen umfassen, jedoch weit darüber hinausgehen können. Von der Verwendung von Google angefangen, über sogenannte Web-Crawler bis hin zu automatisierten Suchprogrammen, die sich beispielsweise ein Gesamtbild eines

\* *Tabea Seum* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von *Prof. Dr. Christoph Safferling* an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, *Prof. Dr. Christian Rückert* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht an der Universität Bayreuth.

<sup>1</sup> *Rückert*, Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren, 2023.

Darknet Marktplatzes schaffen, können jegliche Handlungen dabei sein. Durch die Automatisierung und Verwendung von KI-Tools ist vor allem mit der Verknüpfung weiterer Maßnahmen (z.B. Gesichtserkennungssoftwares zur Identifizierung) eine Masse der Datengewinnung möglich, die im Hinblick auf das Datenschutzrecht bedenklich erscheint. Sämtliche denkbare OSINT-Maßnahmen wurden dabei anhand von Beispielsfällen erläutert, die in diesem Beitrag aufgrund von notwendigen Kürzungen nicht dargestellt werden können.

## 2. Einordnung nach deutschem Verfassungs- und Strafprozessrecht

Nach der Definition und Begrenzung des OSINT-Begriffs und der Handlungsvielfalt wurde sodann ein schärferer Blick auf die nationale rechtliche Lage geworfen. Dabei ist festzuhalten, dass es keine konkrete Norm gibt, die OSINT-Maßnahmen regelt. Vielmehr bedürfen die Maßnahmen, soweit sie in Grundrechte eingreifen, und je nachdem wie intensiv sie sind, einer neuen und verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage.

### a) Vorliegen eines Grundrechtseingriffs

OSINT-Maßnahmen greifen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein. Dabei stellt sich die grundlegende Frage: Handelt es sich um einen Eingriff in das Grundrecht, wenn die Daten, um die es geht, öffentlich zugänglich sind? Zur Beantwortung dieser Frage unterscheidet das *BVerfG* in seiner Rechtsprechung zwischen der automatisierten Erhebung von Daten, die immer einen Eingriff darstellt, und manuell erhobenen Daten.<sup>2</sup> Bei Letzterem befinden sich die Strafverfolgungsbehörden in einem Bereich, in welchem sich ein normaler Bürger mit seinen Handlungen auch bewegen würde. Weiterhin muss man sich fragen, ob nicht durch das eigene Zugänglichmachen der Daten etwas Vergleichbares wie eine Einwilligung oder gar ein Verzicht auf das Grundrecht vorliegen kann. Dem steht jedoch der Inhalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung entgegen. Das Recht schützt die Entscheidungsfreiheit darüber, wann, wie, wo und wozu persönliche Daten verwendet werden. Beim Einstellen von Bildern, Beiträgen, Videos usw. auf Social Media Plattformen wird vom Willen gerade nicht umfasst, dass Dritte die Daten und Informationen für Recherchen und Ermittlungen verwenden. Soziale Netzwerke haben die Funktion der Vernetzung von Menschen und sind kein Produkt staatlicher Behörden (wenngleich diese sie auch zu ihrem Vorteil nutzen können und wollen). Zusätzlich setzt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung voraus, dass es sich um personenbezogene Daten handeln muss, was aber in den allermeisten Fällen anzunehmen ist. Somit lässt sich abschließend feststellen, dass es sich bei OSINT-Maßnahmen zwar nur um Googlen handeln kann, aber wenn der Strafverfolger googelt, es trotzdem als Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einzuordnen ist.

### b) Bestimmung der Eingriffsintensität

Grundsätzlich kommt die Ermittlungsgeneralklausel §§ 161, 163 StPO als Rechtsgrundlage in Betracht, die nach der Reform auch den Begriff der Datenerhebung in ihren Wortlaut aufgenommen hat. Aus dem Wesentlichkeitsvorbehalt ergibt sich jedoch, dass nur ein geringfügiger Eingriff durch die Generalklausel umfasst sein kann. Wie bestimmt man aber die Eingriffstiefe bei OSINT-Maßnahmen? Diese Frage wurde anhand einer vom Referenten entwickelten Kategorisierung beantwortet. Besprochen wurden Faktoren wie die Stärke des Personenbezugs, die Sphäre, aus der die Daten stammen (Sozial-, Privat-, Intimsphäre bzw. Kernbereich) die Informationsdichte der Daten, die Heimlichkeit der Maßnahme, die Öffentlichkeit der Daten, inklusive der Frage, ob die Daten vom Betroffenen selbst öffentlich gemacht worden sind, die Streubreite und Automatisierung der jeweiligen OSINT-Methode. Nach Abwägung dieser Faktoren ergibt sich, dass sich die Heimlichkeit der Maßnahme als intensitätssteigernder Faktor und die öffentliche Zugänglichkeit der Daten als intensitätssenkender Faktor häufig bei OSINT-Maßnahmen ausgleichen können und sich die Schwere des Eingriffs sodann maßgeblich an der Streubreite bzw. Automatisierung messen lassen muss. Aufgrund der Vielfalt an denkbaren OSINT-Maßnahmen kann die Eingriffstiefe dabei nicht pauschal für alle OSINT-Methoden bestimmt werden. Vielmehr müssen die Strafverfolgungsbehörden eine Einzelfallabwägung anhand der o.g. Kriterien durchführen.

### c) Gibt es eine Rechtsgrundlage für OSINT in der StPO?

Der Rückgriff auf die Generalklausel ist nur notwendig und möglich, wenn es keine speziellere Rechtsgrundlage gibt. Bei einem Blick in die StPO lässt sich jedoch keine passende Vorschrift finden. Die Norm zur Regulierung der Rasterfahndung § 98a StPO wurde gerade für die Erhebung nichtöffentlicher Daten geschaffen und unterscheidet sich somit grundlegend von OSINT-Ermittlungen. § 98c StPO, der den justiziellen maschinellen Datenabgleich umfasst, regelt den Abgleich von Daten, die bereits erhoben wurden, nicht jedoch die Erhebung von Daten. Außerdem stößt § 98c StPO an seine Grenzen, wenn zum maschinellen Datenabgleich moderne Methoden des Data Mining und der künstlichen Intelligenz eingesetzt werden, weil ein solcher Einsatz bei Schaffung des voraussetzungsarmen § 98c StPO nicht bedacht worden ist. Auch auf die §§ 100a ff. oder 163a ff. StPO kann nicht zurückgegriffen werden, da es sich dabei um sehr enge Spezialvorschriften für völlig andere Ermittlungsmethoden handelt. Ein Rückgriff auf die Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO ist damit notwendig.

Als Zwischenbilanz lässt sich festhalten, dass für eine rein manuelle OSINT-Recherche (wie etwa eine händisch durchgeführte Google-Recherche) die Ermittlungsklausel ausreichend sein wird, da man hier in der Regel keinen schweren Grundrechtseingriff annehmen kann. Bei allem,

<sup>2</sup> *BVerfG*, Urt. v. 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19; 1 BvR 2634/29.

was darüber hinausgeht, muss im Einzelfall anhand der o.g. Eingriffsschwerekriterien geprüft werden, ob tatsächlich noch ein „geringfügiger“ Grundrechtseingriff vorliegt. Auf keinen Fall anwendbar scheint die Norm auf vollständig automatisierte OSINT-Recherchen mit großer Streubreite, wie etwa beim Einsatz von Web-Crawlern mit anschließender automatisierter – ggf. sogar KI-gestützter – Massendatenauswertung. Dies ergibt sich aus einer jüngeren Entscheidung des *BVerfG* aus dem Bereich des Data-Mining, aus der hervorgeht, dass bei einer Auswertung von Massendaten durch Techniken wie Machine Learning und KI der Grundrechtseingriff zu schwer ist, um solche Techniken auf die Ermittlungsgeneralklausel (und auch § 98c StPO) zu stützen.<sup>3</sup>

### 3. Datenschutzrecht und europarechtlicher Einfluss

Abgerundet wurde der Vortrag durch Bezugnahmen auf das strafprozessuale Datenschutzrecht inklusive seiner europäischen Grundlagen in der Richtlinie 2016/680/EU. Die §§ 45 ff. BDSG, welche die Umsetzungsnormen der o.g. Richtlinie sind, sind über § 500 StPO (für Landesbehörden und -gerichte) sowie über § 1 Abs. 1 Nr. 1 BDSG (für Bundesbehörden und -gerichte) auch im Strafverfahrensrecht anwendbar. Da die Generalklausel – im Gegensatz zu den Spezialvorschriften – kaum Verfahrensregelungen oder Schutzmechanismen enthält, kommt das BDSG trotz des (außerdem aus Sicht des Referenten europarechtswidrigen) *lex specialis*-Vorbehalts des § 500 Abs. 2 Nr. 1 StPO zur vollen Anwendung bei OSINT-Maßnahmen. Das führt dazu, dass hier nicht nur die Rechtsprechung des *BVerfG* gilt, sondern aufgrund der Grundlage der §§ 45 ff. BDSG in der genannten europäischen Richtlinie und der aktuellen Rechtsprechung des *BVerfG* (Recht auf Vergessen I und II sowie Europäischer Haftbefehl III) auch die Entscheidungen des *EuGH* und des *EGMR* zu berücksichtigen sind. Wichtige Unterschiede zwischen nationalem und europäischem Recht können sich zum einen bei den Anforderungen an den Erforderlichkeitsbegriff ergeben, da dieser im Europarecht strenger ist als auch bei der Kategorisierung von sog. sensitiven Daten nach § 48 BDSG. Aber auch das Verbot von rein automatisierten Entscheidungen aus § 54 BDSG, muss beachtet werden.

#### a) Anforderungen an OSINT-Tools

Maßstab für die technische Gestaltung der eingesetzten OSINT-Tools ist dabei das Prinzip von Data Protection by Design and by Default, wie es sich aus § 71 BDSG ergibt. Demnach dürfen bei einer Automatisierung nicht pauschal jegliche Daten erhoben werden, sondern es bedarf einer Filterfunktion, um eine Vorratsdatenerhebung und -speicherung zu vermeiden. Weiterhin müsste eine Differenzierung im Rahmen der Personenkategorien (Zeuge, Schuldiger, Opfer, usw.) gem. § 72 BDSG erfolgen und zum anderen eine strenge Unterscheidung zwischen Tatsachen und persönlichen Einschätzungen nach § 73 BDSG. Zu persönlichen Einschätzungen gehört dabei nach Auffassung des Referenten alles, was nicht unzweifelhaft bewiesen ist und damit auch Erkenntnisse, die sich

aus statistischen Datenverarbeitungsmethoden ergeben. Aus § 64 BDSG ergeben sich schließlich spezifische Anforderungen an die IT-Sicherheit der Datenverarbeitung durch Polizei und Justiz.

#### b) Benachrichtigungspflicht

Während für die in der StPO spezifisch geregelten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen wie etwa die TKÜ jeweils Benachrichtigungspflichten gesetzlich vorgesehen sind (siehe z.B. § 101 Abs. 4 StPO), fehlt eine solche Benachrichtigungsvorschrift für heimliche Maßnahmen, die auf die Ermittlungsgeneralklausel gestützt werden. Nach § 47 Nr. 1 Var. 2 BDSG muss jedoch jede strafprozessuale Datenverarbeitung dem Grundsatz von „Treu und Glauben“ entsprechen, was nach der maßgeblichen europarechtskonformen Auslegung auch eine Benachrichtigungspflicht bei heimlicher Datenverarbeitung umfasst. Daher hätte der Gesetzgeber nach der Auffassung des Referenten bei der Umsetzung der Richtlinienorm des Art. 4 Abs. 1 lit. a RL 2016/680/EU, welcher die Grundlage für § 47 Nr. 1 Var. 2 BDSG ist, auch eine allgemeine Benachrichtigungspflicht für heimliche Ermittlungsmaßnahmen auf Grundlage der Generalklauseln mitregeln müssen. Dies führt dazu, dass die Anwendung der Ermittlungsgeneralklausel für heimliche Ermittlungsmaßnahmen und damit auch heimlich durchgeführte OSINT-Ermittlungen europarechtswidrig ist. Ein vom Referenten beschriebener Ausweg könnte – bis zu einer entsprechenden Regelung durch den Gesetzgeber – eine analoge Anwendung von § 101 Abs. 4 StPO sein. Das kommt vor allem deshalb in Betracht, weil die europarechtskonforme Auslegung insbesondere auch Analogien umfasst bzw. ermöglicht und durch diese Analogie ein positiver Effekt für den betroffenen Grundrechtsträger eintreten würde.

#### 4. Fazit

Es lässt sich festhalten, dass unter Open Source Intelligence eine Vielzahl an Maßnahme- und Handlungsmöglichkeiten fallen. Dabei greifen fast alle in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein und bedürfen daher einer verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage. Im Einzelfall ist wichtig, wie die Eingriffsintensität bewertet wird, wobei sich die Faktoren „heimliche Maßnahme“ und „öffentlich zugängliche Daten“ bei einer Abwägung neutralisieren könnten. Die Intensität wird sich dann eher durch Streubreite der Daten und eine mögliche Automatisierung ermitteln lassen. Da die StPO keine Spezialnorm für OSINT-Maßnahmen enthält, wird auf die Ermittlungsgeneralklausel zurückgegriffen, was jedoch allein bei tatsächlich nur „geringfügig“ in die Grundrechte eingreifenden OSINT-Maßnahmen – wie etwa einfache manuelle Recherchen mit Suchmaschinen – möglich ist. Keinesfalls können die Generalklauseln den vollautomatisierten Einsatz von Web-Crawlern und Data Mining-Techniken rechtfertigen. Ferner müssen die § 345 ff. BDSG als Umsetzungsnormen der Richtlinie 2016/680/EU berücksichtigt werden. Besonders hervorzuheben ist dabei eine nach europäischem Recht notwendige, bislang in der StPO je-

<sup>3</sup> *BVerfG*, Urt. v. 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19; 1 BvR 2634/29.

doch fehlende, ausdrückliche Pflicht zur Benachrichtigung bei der Datenverarbeitung im Rahmen von heimlichen OSINT-Maßnahmen, wobei es sich um ein Problem handelt, das über OSINT-Maßnahmen hinaus geht und derzeit über eine Analogie zu bewältigen ist.

### 5. Q&A – Session

In der sich anschließenden Q&A-Session wurde vertieft über die Grenzen von Sozial-, Privat- und Intimsphäre gesprochen, wobei Rechtsprechung und Literatur insoweit unterschiedliche Meinungen vertreten. Auch die Rolle von Beweisverwertungsverböten und eine etwaige Fernwirkung wurden diskutiert. Prof. Rückert konnte aufzeigen, dass OSINT-Maßnahmen, welche in sogenannten Vorermittlungen durchgeführt werden, nicht unter die StPO zu fassen sind, da insoweit in nahezu jeder Norm, aber vor allem von der Generalklausel ein Anfangsverdacht verlangt wird. Für Interessierte wurde auf die Stellungnahme des Ethikrates verwiesen<sup>4</sup> und auf § 32a AO, der die Finanzbehörden unter Umständen von einer Benachrichtigungspflicht befreit. Der Referent erläuterte, wieso nach seiner Ansicht §§ 100g und 100k StPO nach der gesetzgeberischen Konzeption und der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eigentlich keine heimlichen Maßnahmen sein sollten, es in der Rechtspraxis aber *de facto* weiterhin sind, inwieweit man den Begriff „Heimlichkeit“ abstufen kann und dass § 98a StPO auch nicht als angemessene Rechtsgrundlage in Betracht kommt, da sich die Norm auf bereits gespeicherte Daten auf einem Speichermedium bezieht und außerdem spezifisch auf nicht öffentlich zugängliche Daten zielt.

### III. OSINT in der polizeilichen Ermittlung von Kriminalhauptkommissar Andreas Korn (Bayerisches Landeskriminalamt)

Nach dem dogmatischen Einstieg in die Thematik, konnte der nächste Referent den aufgezeigten und dargestellten Maßnahmen einen praktischen Bezug geben. *KHK Korn* gab einen offenen und interessanten Einblick in die Nutzung von OSINT-Maßnahmen im Rahmen der alltäglichen Polizeiarbeit.

#### 1. Intelligence-Techniken

Open Source Intelligence gehört zur Familie der „Intelligence-Techniken“. Daneben existieren weiteren Intelligence-Praktiken. Social Media Intelligence (SOCMINT) stellt dabei einen wichtigen Teilbereich von OSINT dar und umfasst alle Informationen, die aus Social Media Plattformen gewonnen werden können. Geospatial Intelligence (GEOINT) hingegen meint alle Geoinformationen, d.h. Daten und Informationen, die von Satelliten erzeugt werden. Mit Human Intelligence (HUMINT) ist die gewöhnliche Zeugenbefragung bzw. die Kontaktaufnahme mit Menschen im Rahmen einer Spionage gemeint.

Um die Relevanz und Nutzung von Geoinformationen greifbarer zu machen, folgt ein anschauliches Beispiel: Mit der Seite „Marine Traffic“ kann man in Echtzeit verfolgen, welches Schiff sich auf welcher Position im Meer befindet. So konnte man unter anderem auch das im Suezkanal steckengebliebene Schiff *Ever Given* sehen. Aber nicht nur das blockierende Schiff, sondern auch alle Schiffe in der Nähe, die den Kanal nicht passieren konnten, konnte man verfolgen. Wieso sollte das interessant sein? Weil man sich anhand der einzelnen Schiffe ein Diagramm erstellen kann, welche Waren und Güter, aufgrund der Blockade und damit einhergehenden Verzögerungen, in den nächsten Monaten Probleme auf zum Beispiel dem europäischen Markt herbeiführen werden.

#### 2. OSINT im polizeilichen Alltag

##### a) Allgemeines

In der Praxis sind Open Source Intelligence-Ergebnisse in der Regel nur der erste Schritt, um die Ermittlungen zu dynamisieren und nur selten das eigentliche Beweismittel. Neben OSINT verwendet die Polizei natürlich auch die klassischen Ermittlungsmaßnahmen: Spuren und Indizien wie die Forensik, daktyloskopische Spuren oder DNA, den Tatort, das Täterfahrzeug und Fingerspuren. Je nachdem an welche Beweismittel die Strafverfolgungsbehörden gelangt sind, wird entschieden, welche Ansätze und Indizien mit OSINT kombiniert und weiterverfolgt werden, um die Ermittlungen dadurch voranzubringen. Im Ermittlungsverfahren müssen nicht alle möglichen Social Media Portale genutzt werden, vielmehr wägen die Strafverfolgungsbehörden die relevanten und gewinnbringenden Sozialen Netzwerke von Einzelfall zu Einzelfall ab. OSINT-Ergebnisse sind in der Regel „nur“ ein Hilfsmittel und führen nicht zur Verurteilung. Die Ergebnisse und Erkenntnisse müssen immer im Gesamtkontext betrachtet werden und aufgrund des Rechtsstaatsprinzips werden die Ergebnisse auf die Richtigkeit ihres Aussagegehalts überprüft.

##### b) OSINT-Quellen

Nach dem Auffinden erster Ergebnisse müssen die Daten selektiert und ausgewertet werden. Vor- und Nachname allein hilft den Strafverfolgungsbehörden für weitere Ermittlungen wenig, da im Internet keine Klarnamenpflicht besteht. Mit einer Telefonnummer hingegen können weitere Rückschlüsse auf die Identität einer Person gezogen werden. Die Länderkennung der Rufnummer kann bei einer Ortung helfen und bei Prepaid-Karten muss die Identität mittlerweile durch die Vorlage des Personalausweises bestätigt werden. Ein Hashwert wiederum kann durch ein Programm „auseinandergenommen“ werden, um nützliche Informationen herauszulesen. Enthält die E-Mail-Adresse einen Nicknamen, kann dies ein Indiz für eine virtu-

<sup>4</sup> Deutscher Ethikrat, Stellungnahme „Mensch und Maschine – Herausforderungen durch Künstliche Intelligenz“, 20.3.2024, online abrufbar unter: <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2023/ethikrat-kuenstliche-intelligenz-darf-menschliche-entfaltung-nicht-vermindern/?cookieLevel=not-set> (zuletzt abgerufen am 6.5.2024).

elle Identität sein, die auch an anderen Stellen des World-WideWebs und Plattformen (im Darknet oder Verkaufsportalen wie Ebay oder Amazon) verwendet wird. Fotos, Bilder, Thumbnails, Text- und Chatnachrichtenauszüge lassen sich alle in den üblichen Plattformen finden (Facebook, Whatsapp, Threema, Telegram, Snapchat, Tiktok, Instagram). Interessant können aber auch Plattformen wie LinkedIn oder Xing sein, da die Daten dort meist der Wahrheit entsprechen. Ein oft genutztes Tool ist auch das TOR-Netzwerk, welches als dezentrales Netz und somit als Möglichkeit der Anonymisierung von Kriminellen genutzt werden kann. Zuletzt werden auch Überwachungskameras aus dem öffentlichen Raum für Ermittlungen herangezogen. Darunter existieren einige, die online aufrufbar sind.

### 3. Zukunftsprognose

Die Grundinteressen der Täter sind in der Regel auf Geld, Macht und sexuelle Überlegenheit zurückzuführen. Diese Bedürfnisse lassen sich auch auf die neuen möglichen virtuellen Welten wie das Web4 übertragen. Mit seinem eigenen Avatar durch die Welten via Virtual Reality oder Augmented Reality zu spazieren, bietet auch die Möglichkeit für Kriminalität und für ein „neues“ Darknet. Weiterhin ist und bleibt der Bereich der Kryptowährungen – konkret des Bitcoins – relevant. Non-fungible Tokens sind mittlerweile mehrere Millionen Euro wert und im Bereich von ChatGPT und Künstlicher Intelligenz findet eine stetige Entwicklung mit neuen Möglichkeiten für Kriminelle statt. Dann wird man sich in Zukunft fragen müssen, wie man bei der Ermittlung eines virtuellen Diebstahls vorgehen muss.

### 4. Abschließendes Beispiel

Anhand eines Falles aus dem Alltag des Referenten erklärte dieser, wie das Landeskriminalamt die verschiedenen Tools und Techniken verwendet und welche Vor- und Nachteile sich ergeben. Im Fall wurde über eine Messenger App eine Amoklauf-Androhung ausgesprochen. Die Ankündigung allein ist schon strafbar, trotzdem wird die Polizei sowohl präventiv als auch repressiv tätig. Da der Schwerpunkt auf dem Schutz von Leib und Leben liegt, wird vorrangig das PAG angewendet und nur im Nachhinein auch auf Normen und Befugnisse aus der StPO zurückgegriffen. Zur Spurensuche und Findung von Lösungsansätzen hatten die Beamten am Anfang keine Telefonnummer oder E-Mail-Adresse, sondern nur Geo-Daten. Diese und auch IP-Adressen können jedoch verschleiert und gefälscht werden, zum Beispiel durch die Verwendung von Apps, die einen falschen Standort angeben. Über die Bilderrückwärtsuche von Google konnten jedoch weitere Indizien und mögliche Spuren durch die Meta-Daten des Bildes gefunden werden. Hilfreich waren vor allem die Chatnachrichten und deren Inhalte. Auch Chatinhalte können über Google gesucht und in anderen Plattformen gefunden werden. Der Nachrichteninhalt kann Informationen über die Identität, Lokalisation oder das Umfeld der Person geben. Durch die Kombination der verschiedenen Spuren und Indizien konnte der Täter am

Ende ermittelt werden.

### 5. Q&A-Session

In der nachfolgenden Q&A-Session wurden vertieft Probleme zum Datenschutzrecht angesprochen. Insoweit bestehen gewisse Bedenken hinsichtlich der Nutzung von Google. Die Strafverfolgungsbehörden wissen das und können ihre Tätigkeiten durch die Nutzung von VPN Tunneln o.ä. verschleiern. Auch eine Nutzung von automatisierten Analysen im Bereich der sozialen Netzwerke findet statt, wobei die Ergebnisse überprüft werden müssen, um den Beweiswert sicherzustellen. Hinsichtlich KI generierter Bilder sieht *KHK Korn* derzeit keine Probleme, da der Polizei effektive Methoden zur Aufdeckung zur Verfügung stehen. Mit der stetigen Entwicklung der Technik könnte sich die Situation jedoch verändern, sodass ein denkbares Zukunftsszenario das Versehen der Bilder mit Hashwerten wäre.

## IV. Open Source Material vor Gericht von Oberstaatsanwalt Dr. Nino Goldbeck (Zentralstelle Cybercrime Bayern)

Nach der Mittagspause übernahm *OStA Dr. Goldbeck* das Rednerpult. Er ist bei der Generalstaatsanwaltschaft in Bamberg mit seiner Arbeitsgruppe für die grenzüberschreitende Bekämpfung von Cybertrading verantwortlich und gewährt den Interessierten einen Einblick in seine alltäglichen Berührungspunkte mit OSINT-Maßnahmen. In seinem Vortrag möchte er das Publikum für den Einsatzbereich von Open Source Intelligence sensibilisieren.

### 1. Figur der Selbstbegebung

Den Vortrag von *Prof. Rückert* aufgreifend, führt der Referent Aspekte hinsichtlich der Eingriffstiefe von Grundrechten und dem diskutablen Punkt, wann man von öffentlich zugänglichen Daten sprechen kann, aus. Er verweist auf die von der Rechtsprechung entwickelte Figur der sog. Selbstbegebung.<sup>5</sup> Diese umfasst Personen, die entweder von vornherein in der Öffentlichkeit stehen oder im privaten Bereich gezielt versuchen, ihre Persönlichkeit oder ihren Erfolg publik zu machen. Im Presserecht findet sich dazu eine gefestigte Rechtsprechung, wonach man bei eigener „Aufgabe“ seines Persönlichkeitsschutzes bis zu einem gewissen Punkt die Verwertung der Informationen durch andere hinnehmen muss. Dazu gehört auch die weitergehende Berichterstattung. Diese Werte könnte man in den strafrechtlichen Bereich übertragen oder im Rahmen einer Abwägung zumindest heranziehen.

### 2. OSINT in den einzelnen Verfahrensstadien

#### a) Ermittlungsverfahren

OSINT wird angewendet, wenn der Täter entweder noch unbekannt ist oder wenn eine Person im Tatverdacht steht und zur weiteren Untersuchung Erkenntnisse gewonnen werden müssen. Wie bereits angeklungen, werden durch OSINT-Ergebnisse meist nur Informationen gewonnen,

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 12.6.2018 – VI ZR 284/17.

die dann zu einer weiteren Ermittlung und zu weiteren Indizien und Ansätzen führen. Die meiste Arbeit wird derzeit noch manuell durchgeführt, auch wenn es durchaus automatisierte Verfahren gibt, beispielsweise den Dark Web Monitor. Open Source Intelligence kann zwar auch bei Bagatelldelikten herangezogen werden, eine erhebliche Bedeutung kommt den Maßnahmen jedoch im Bereich der Schwerstkriminalität zu. Relevante Straftatbestände sind das Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet, die Bildung krimineller Vereinigungen, gewerbs- und bandenmäßiger Betrug, Geldwäsche, Computerbetrug und der gesamte Bereich der Kinderpornografie. Dabei handelt es sich um Katalogtaten i.S.d. § 100b StPO, sodass auch die Online-Durchsuchung möglich wäre. Zu einer effektiven Ermittlung der Strafverfolgungsbehörden ist es wichtig, soweit Grundrechtseingriffe durch OSINT-Maßnahmen vorliegen, dass diese in irgendeiner Form gerechtfertigt werden. Vor allem im Bereich internationaler Arbeit ist Open Source Intelligence unverzichtbar, da die Technik eine wichtige alternative Herangehensweise zur Erlangung von Informationen ist, wenn man auf kooperationsunwillige Staaten angewiesen ist. Typischerweise geht es dann um Fälle, in denen der Täter versucht, sich ins Ausland abzusetzen. Gleiches gilt aber auch im Bereich der Vermögenskriminalität, wenn es um die Frage der Identifizierung oder Lokalisierung von Vermögenswerten geht.

Aus Sicht des Referenten kommen als mögliche Lösungsansätze für eine etwaige Schwere des Grundrechtseingriffs Lösch-, Benachrichtigungs- und Meldepflichten in Betracht. Eine weitere aus der Praxis bekannte Methode wäre zudem das Führen eines Sonderheftes neben der Ermittlungsakte, welches die Daten mit Personenbezug enthält. Dadurch wäre sichergestellt, dass nur ein sehr kleiner Kreis an Verfahrensbeteiligten die sensiblen Informationen sieht. Das ist die gleiche Vorgehensweise wie bei einem psychiatrischen Gutachten. Denn durch das Zusammentragen der recherchierten OSINT-Daten kann unter Umständen ein komplettes Persönlichkeitsprofil entstehen.

#### *b) Hauptverfahren*

Eine rechtliche Prüfung erfahren OSINT-Ergebnisse im Ermittlungsverfahren höchstens bei Notwendigkeit eines Ermittlungsrichters, ansonsten erst in der Hauptverhandlung, wobei zu diesem Zeitpunkt die OSINT-Erkenntnisse meist schon durch werthaltigere und wertvollere Beweisergebnisse überholt worden sind, die dann anstelle dieser vor Gericht präsentiert werden. Als Ausnahme zu diesem Regelfall sind die Ergebnisse der OSINT-Maßnahmen bei Strafverfahren zu Hate Speech die finalen Beweisergebnisse. Dann muss besonders auf eine saubere Aufarbeitung und rechtssichere und belastbar dokumentierte Recherche geachtet werden.

Da die Bearbeitung eines Rechtshilfesuches Monate dauern kann, gestaltet sich die internationale Zusammenarbeit zur Erlangung von Beweisen meist mühselig und langwierig. Durch Open Source Intelligence kann dies beschleunigt und die Einhaltung des Beschleunigungsgrundsatzes im Strafverfahren garantiert werden. Dabei kann auf die Verwendung automatisierter Datensuchen und Datenbanken zurückgegriffen werden. Bis 2001 bestand die Gefahr, durch ein solches Vorgehen internationale Rechtshilfavorschriften zu verletzen, woraufhin sich 70 Staaten auf der Cybercrime Konvention in Budapest zusammengeschlossen. Artikel 32 der Konvention regelt nun, dass öffentlich aufrufbare Daten, die im Netz verfügbar sind, auch von ausländischen Partnern und Vertragsstaaten genutzt werden können, ohne dass damit in irgendeiner Form internationale Rechtshilfavorschriften verletzt werden.<sup>6</sup>

#### *c) Vollstreckungsverfahren*

Am Rande können OSINT-Ergebnisse auch im Rahmen der Vollstreckung relevant werden. Bei der Beantwortung der Frage, ob sich der Angeklagte an die Weisungen aus seiner Bewährung hält, können neben dem Bewährungshelfer und der Gerichtshilfe auch OSINT-Ergebnisse Aufschluss geben.

### *3. Probleme und Herausforderungen*

#### *a) Manipulation*

Umso relevanter die OSINT-Ergebnisse für die Beweisaufnahme sind, umso wichtiger ist die Sicherstellung der Manipulationsfreiheit der Beweisergebnisse. Ein Beweiswert kann nur hoch eingestuft werden, wenn die Authentizität und Integrität der Daten garantiert werden können. Um das zu gewährleisten, wird auf Transparenz und damit einhergehend auf die Dokumentation und objektive Nachvollziehbarkeit der Beweiskette geachtet. Maßgeblich sind vier zentrale Fragen bei der Recherche: Wie werden die Daten gesichtet? Wo werden die Daten gesichtet? Wann werden die Daten gesichtet? Und was für Daten werden gesichtet? Unklar im Umgang bleibt, zu welchem Zeitpunkt im Strafverfahren die Beweisdokumentation offengelegt werden müsste: Sofort oder erst bei Zweifeln bezüglich des Beweiswertes? Zur Sicherstellung der Authentizität muss weiterhin auch bedacht werden, dass Rechercheergebnisse jederzeit aus dem Internet entfernt werden können. Eine Absicherung der Integrität kann durch automatisierte Prozesse oder das Versehen von Hashwerten erfolgen.

#### *b) OSINT-Ergebnisse durch Private*

Nicht nur die Strafverfolgungsbehörden werden in Ermittlungen aktiv, auch Private können aus verschiedenen

<sup>6</sup> Council of Europe, Convention on Cybercrime, 23.XI.2001, ETS 185, online abrufbar unter: <https://rm.coe.int/1680081561> (zuletzt abgerufen am 6.5.2024).

Gründen ein Interesse daran haben, die Ermittlungen zu unterstützen und der Polizei und Staatsanwaltschaften mit Informationen und Tipps zu helfen. Die Sicherstellung der Manipulationsfreiheit der Daten ist bei diesen eingeführten Ergebnissen besonders schwierig, da Privatpersonen nicht den Regeln und Vorgaben der StPO unterliegen. Der Referent zieht Parallelen zu einem Urteil des *BGH* zur DSGVO, wonach auch von Privaten erlangte Ermittlungsergebnisse, die dann an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet wurden, verwertbar sind.<sup>7</sup> Ob eine freie Übertragung dieser Rechtsprechung möglich ist, bleibt unklar. Die Manipulation von Daten ist jedenfalls auch ohne große IT-Kenntnisse jederzeit möglich.

### c) Datenleaks

Das „Leaken“ von wichtigen Papieren und Dokumenten kennt man vor allem aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität. Wurden die Daten im Netz veröffentlicht, so fallen sie grundsätzlich unter den Begriff „Open Source“ und die Polizei könnte diese sammeln und verwenden. Ein Blick auf § 202d StGB zeigt, dass der Gesetzgeber die Nutzung solcher Daten durch die Strafverfolgungsbehörden billigen könnte. Auch das *BVerfG*<sup>8</sup> und der *EGMR*<sup>9</sup> haben dazu in Fällen von angekauften Steuerdaten Stellung genommen und die Verwertbarkeit angenommen. Für die Praxis ist es von erheblicher Relevanz, dass es für Private im Hinblick auf unterschiedliche Kriminalitätsformen Möglichkeiten gibt, an Whistleblower, Hinweisgeber oder Informanten eigene Informationen abzuliefern. Darauf können sich dann journalistische Berichterstattungen stützen, die wiederum „Open Source“ sind, sodass sich die Strafverfolgungsbehörden daran bedienen können. Das zeigt die teilweise komplexen Wege, wie gezielte Informationen weitergetragen werden.

### 4. DarkWeb Monitor

Simpel ausgedrückt, ist der DarkWeb Monitor eine Suchmaschine für das Darknet. Er kann dort so viele Seiten wie möglich erfassen, um diese dann zu standardisieren und klassifizieren. Bei diesem Vorgang werden regelmäßig Screenshots der Seiten angefertigt und versucht, die relevanten Daten zu extrahieren, um sie dann durch eine Benutzeroberfläche den Strafverfolgungsbehörden zu präsentieren. Aufgrund der regelmäßigen Anfertigung von Screenshots durch das Tool, können Veränderungen und Fehler im Aufbau der Seite nachverfolgt werden. Auch im Bereich von Bitcoins ist dieser automatisierte Vorgang – meist in Verbindung mit weiteren Techniken und Tools – typisch. Bitcoin ist nach dem allgemeinen Begriffsverständnis auch „Open Source“.

### 5. Q&A-Session

In der sich anschließenden Q&A-Session konnte *OStA Dr. Goldbeck* noch einmal einige wichtige Aspekte hervorheben. Da es keine Vorgaben und Richtlinien gibt, ist es einzelfallabhängig, wie sorgfältig und genau die

OSINT-Ergebnisse recherchiert und sichergestellt sein müssen. Wobei natürlich eine höhere Sorgfalt immer wünschenswert ist. Gerade im Hinblick auf fehlendes technisches Grundverständnis von Richter:innen sowie Schöff:innen erfordert es eine intensivere Darstellung der Daten und des Gewinnungsprozesses dieser. Weiterhin wurde auf Nachfrage die rechtliche Unterscheidung und Einordnung der Nutzung eines geleakten Passworts oder dem Auffinden eines Passworts auf einem Post-It im Rahmen einer Durchsuchung vom Referenten erläutert. Bei Letzterem müssen schon einige Ermittlungsschritte erfolgt sein, da ein Ermittlungsrichter eingeschaltet wurde, während Ersteres meist auf Glück zurückzuführen ist. Irrelevant kann sein, aus welchen Gründen Daten veröffentlicht wurden, solange diese nicht offensichtlich von Dritten ohne Erlaubnis des Betroffenen online gestellt wurden.

### V. Umgang mit OSINT aus Verteidigersicht von Rain Diana Nadeborn (Tsambikakis & Partner Rechtsanwälte mbB) und RA Kai Kempgens (damals kpw.berlin, heute Eisenberg König Schork Kempgens)

Als Kontrast zu den Strafverfolgungsbehörden widmeten sich die beiden nächsten Referent:innen den Problemen und Herausforderungen für Strafverteidiger:innen im Zusammenhang mit OSINT-Ergebnissen. Die Arbeit der Strafverteidigung umfasst sowohl die Unterstützung von Geschädigten bei einer Anzeigerstattung als auch klassischerweise die Verteidigung des Beschuldigten. Der Vortrag beschäftigt sich mit Letzterem.

Zuerst gehen die Referenten in ihrem Vortrag auf zwei unterschiedliche Quellen von OSINT-Ergebnissen im Strafverfahren (Social Media und Kundenbewertungen) ein, um dann mögliche Probleme in der Hauptverhandlung darzulegen und zuletzt noch einen Ausblick auf zukünftige Herausforderungen zu geben. Der Vortrag erfolgte durchweg mit anschaulichen Beispielen aus dem Berufsalltag der beiden.

#### 1. Social Media

##### a) Richter:innen

Ein verhältnismäßig aktueller und bekannter Fall ist der sog. „Facebook-Richter“ Fall.<sup>10</sup> Während eines Verfahrens hatte der Vorsitzende Richter ein Foto auf einer Social-Media Plattform hochgeladen, auf welchem er ein T-shirt mit den Worten „wir geben ihrer Zukunft ein zu Hause, JVA“ anhatte. Darunter hatte er den Kommentar „Das ist mein, wenn du da rauskommst, bin ich in Rente, Gesicht“ gepostet. Über Screenshots hatte die Verteidigung den Vorfall in den Prozess eingebracht und einen Befangenheitsantrag gestellt, welcher in der Revision vom *BGH* auch als begründet angesehen wurde. Die OSINT-Ergebnisse wurden dabei durch das Freibeweisverfahren in den Prozess eingeführt und dann durch den Richter selbst verifiziert.

<sup>7</sup> *BGH*, Beschl. v. 18.8.2021 – 5 StR 217/21.

<sup>8</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 9.11.2010 – 2 BvR 2101/09.

<sup>9</sup> *EGMR*, Urt. v. 6.10.2016 – 33696/11, K.S. und M.S. v. Germany.

<sup>10</sup> *BGH*, Beschl. v. 12.1.2016 – 3 StR 482/15.

### b) Angeklagte

Der Angeklagte kann in unterschiedlichen Verfahrensständen mit OSINT-Ergebnissen in Berührung kommen. Zum Beispiel bei der Ermittlung, ob ein Grund zur Aussetzung des Verfahrens vorliegt. In einem Praxisfall gab der Angeklagte an, eine psychosomatische Lähmung zu haben, die ihn als verhandlungsunfähig einstufen würde.

Ein Sachverständiger muss sich bei der Diagnose dieser Krankheit überwiegend auf die Aussagen des Betroffenen verlassen, da das Krankheitsbild schwer nachprüfbar ist. Durch das Auffinden von Online-Fotos des Angeklagten beim Segeln konnte dessen Verhandlungsfähigkeit doch festgestellt und die Hauptverhandlung durchgeführt werden. Problematisch ist jedoch die Einführung von OSINT-Ergebnissen in die Verhandlung, wenn sie nicht authentisch und integer sind. Es besteht zwar die Möglichkeit der Bilderrückwärtssuchfunktion von Google, fraglich bleibt jedoch, was die Konsequenz wäre, wenn der Irrtum oder die Manipulation nicht aufgeklärt werden kann. Da OSINT-Ergebnisse meist nur Indizien sind, finden diese meist keine bis kaum eine Erwähnung im Urteil. Beispielsweise ist das Gericht bei der Ermittlung des Strafmaßes und der Schätzung der Tagessatzhöhe auf die Angaben des Angeklagten angewiesen. Verwenden Richter:innen das Internet im Vorfeld, um sich ein konkretes Bild zu den Lebensumständen des Angeklagten zu machen, ist das nicht nachweisbar, weil es keine Erwähnung im Urteil findet und etwaige Onlinelügen können durch den Angeklagten nicht mehr richtiggestellt werden.

### c) Zeugen

Auch Zeugen können von OSINT-Ergebnissen betroffen sein. Bei der Bewertung der Glaubwürdigkeit können durch gezielte Onlinerecherchen Lügen aufgedeckt werden. In einem Fall aus dem Anwaltsalltag konnte so eine bestehende Beziehung zwischen den Nebenklägern und dem bis dato als neutral geltenden Zeugen aufgedeckt werden. Durch die Widerlegung seiner Neutralität musste der Beweiswert seiner Aussage deutlich niedriger bewertet werden.

### d) Zwischenfazit

Es ist unzweifelhaft, dass die Verfahrensbeteiligten in Gerichtsverfahren ständig mit öffentlich zugänglichen Informationen konfrontiert werden. Dabei wird oft die Subjektivität der Social Media Daten übersehen und sie werden mit objektiven Informationen gleichgesetzt. Weitere Ermittlungen und Entscheidungen der Ermittlungsbehörden beruhen dann auf diesen subjektiven Vorermittlungen.

## 2. Handelsplattformen

Am Beispiel von Strafverfahren über Handelsplattformen wird deutlich, welche Aussagekraft öffentlich zugängliche Beiträge und Kommentare besitzen. In einem Beispiel

aus dem Berufsalltag der Referentin wurde dargestellt, wie der Umfang eines Betäubungsmittelhandels über die Käuferbewertungen errechnet werden sollte. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass auch beim illegalen Handel Käuferbewertungen von enormer Bedeutung sind, aber genauso wie beim legalen Handel nicht jede Bewertung auf einen echten Kunden zurückzuführen ist. Äußerungen und Bewertungen erfolgen in bestimmten Kontexten und durch ein Herausreißen aus diesen können sie einen anderen Aussagegehalt entfalten. Bei der Verwendung dieser ist darauf strengstens zu achten und es sollte stets eine Überprüfung des Aussagegehalts vorgenommen werden.

## 3. Hauptverfahren

### a) Verteidigung

Es ist Aufgabe und Rolle der Verteidigung, Beweise, die in das Verfahren eingeführt werden sollen, kritisch zu hinterfragen und auf den tatsächlichen Gehalt und die Verlässlichkeit zu überprüfen und möglicherweise Korrekturen in der Aussagekraft aufzuzeigen. In wenigen Fällen geht es dabei um die Zulässigkeit vor Gericht und um Beweisverwertungsverbote. Selbst wenn Probleme bei der Beweiserhebung nachgewiesen werden können, ist die Annahme eines Beweisverwertungsverbots eine Ausnahme. Zum angemessenen Umgang mit OSINT-Beweisergebnissen können Parallelen zur IT-Forensik mit Speichermedien gezogen werden. Dort werden Ursprungsdaten gesichert, notwendige Vorkehrungen getroffen, um eine Veränderbarkeit der Daten auszuschließen, der Auswertungsweg wird dokumentiert, sodass man die Ergebnisse und deren Verwertung nachvollziehen kann. Der Erkenntnisweg muss für alle Verfahrensteilnehmer nachvollziehbar sein, damit der Weg zu anderen Interpretationsmöglichkeiten offenbleibt. Kommen andere mögliche Ergebnisse in Betracht, so senkt diese Erkenntnis den Beweiswert. Mit OSINT einhergehende Probleme sind die hohe Quellen-Diversität, die schwere Nachprüfbarkeit und die Einführung von Informationen, die mit ganz anderen Intentionen geäußert wurden. Aufgrund der Dichte und Fülle von Daten im Internet können Verteidiger den Rechercheprozess nicht selbstständig nachahmen und -empfinden. Zielführend und hilfreich wäre es, wenn nicht nur das Ergebnis, sondern auch der Gewinnungsprozess untrennbar mit dem Beweismittel verbunden ist. Dabei reicht allein die Befragung des Ermittlers zum Rechercheprozess nicht aus, sondern es braucht allgemeine Standards. Es werden derzeit verschiedene Ideen und Konzepte für Tools dafür entwickelt, jedoch noch nicht verwendet.

### b) Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR

Um das Fair-Trial Prinzip zu wahren, müssen dem Angeklagten die Recherche- und Ermittlungswege nachvollziehbar erklärt werden. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist dies Ausfluss aus dem Prinzip der Waffen-gleichheit.<sup>11</sup> Aber auch der EGMR hat sich dazu mit Blick

<sup>11</sup> BVerfG, Besch. v. 12.11.2020 – BvR 1616/19. Zum Zeitpunkt der Tagung noch nicht entschieden, aber die Rechtsprechung bestätigende Entscheidung BVerfG, Beschl. v. 23.6.2023 – 2 BvR 1167/20.

auf das Fair-Trial Prinzip und Art. 6 EMRK geäußert und stellt hohe Maßstäbe an eine Einhaltung.<sup>12</sup> Demnach braucht die Verteidigung nicht nur die Möglichkeit der Einsichtnahme des Rechercheprozesses, sondern auch die Gelegenheit der wirksamen Stellungnahme zu den Beweismitteln. Somit hätte die Verteidigung nicht nur die Teilhabe an den Endbeweisergebnissen, sondern auch die Chance, am Beweismittlungsweg mitzuwirken. Der *EGMR* fordert für die Garantie der Waffengleichheit nicht nur den Zugang zu den entsprechenden Informationen, sondern vielmehr, dass Dokumentation und Stellungnahmen Standard sind. OSINT-Ergebnisse müssen für die Verteidigung so transparent sein, dass sie diese sowohl nachvollziehen als auch darauf Einfluss nehmen können.

#### 4. Fazit

In der Praxis ist es noch mit vielen Hürden und Hindernissen verbunden, an Rohdaten zu gelangen. Geklärt ist auch nicht, was bei „Verfahrensverstößen“ passieren würde, wie zum Beispiel einer fehlenden Protokollierung. Auch wenn keine Beweisverwertungsverbote vorliegen würden, würde es Auswirkungen auf den Beweiswert haben. Es besteht ein ganz erheblicher Regelungs- und Standardisierungsbedarf. Eine Regelung zur Protokollierung findet man zwar in § 100a Abs. 6 StPO, fraglich ist jedoch, ob sich diese Verpflichtung auf andere Ermittlungsmaßnahmen übertragen lässt. Wie sind die Beweisregeln? Und werden sich zuerst die Gerichte oder doch die Ermittlungsbehörden mit der Einführung von Mindeststandards befassen? Die Referenten sind sich jedenfalls sicher, dass der *BGH* und/oder das *BVerfG* in Zukunft dazu Stellung nehmen müssen.

#### 5. Q&A-Session

Auch an diesen Vortrag schloss sich eine informative Q&A-Session an, innerhalb welcher angesprochene Aspekte aus dem Vortrag vertieft diskutiert werden konnten. Die Frage, ob nicht aufgrund der Amtsaufklärungspflicht der Gerichte und sonstigen Beweiswürdigungsvorgaben des *BGH* die Aufklärung des Beweiswertes genügend gesichert ist, wurde mit dem Hinweis auf die hohen Anforderungen an eine Aufklärungsrüge verneint. Die Nachvollziehbarkeit des Rechercheprozesses braucht es vor allen Dingen bei entscheidungserheblichen Beweisen und insoweit ist das Bewusstsein in der Praxis noch nicht angekommen. Für eine faire Verteidigung können URLs wichtig sein und OSINT-Ergebnisse müssen auch bei den Vorermittlungen bei gerichtlichen Anträgen wie Durchsuchungsanordnungen nachvollziehbar sein. Es ist sowohl Aufgabe und Rolle der Verteidigung als auch des Gerichts, die einzelnen Schritte nachvollziehen zu können, um diese im Urteil plausibel darzustellen. Die Authentizität der Beweise ist derzeit in der Praxis noch unproblematisch, da sie durch Zeugen verifiziert werden kann. Die Protokollierungspflicht aus dem europäischen Datenschutzrecht könnte sehr gut zur Gestaltung von Grundlagen in der StPO herangezogen werden. Zu begrüßen wäre auch die weitere Investition in die OSINT-Ausbildung von Beamt:innen.

## VI. Verändert OSINT den internationalen Kampf für Menschenrechte? Von Prof. Dr. Katrin Kinzelbach (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg)

Last but not least schloss die Referentin *Prof. Kinzelbach* die Tagung mit ihrem Vortrag ab. Dabei führte sie das Publikum weg von der juristischen Perspektive, hin zum Bereich der Menschenrechtsverletzungen. Hier ist der Bezug zu Open Source Ermittlungen bzw. Untersuchungen hochaktuell.

### 1. Einführung

Nicht nur bei grenzüberschreitenden Ermittlungen, wie man in den vorherigen Vorträgen hören konnte, sondern auch im Rahmen der Menschenrechtsverletzungen ist OSINT eine effektive Methode. Man kann das Vorgehen der Aktivist:innen grundsätzlich in zwei Arten unterteilen. Sog. „Bottom-up“ Perspektive, bei welcher Aktivist:innen, Journalist:innen und Betroffene gemeinsam daran arbeiten, tatsächliche Informationen zu sichern oder die „Surveillance von oben“ durch die Verwendung von Satellitenbildern. Dabei ist es von immenser Bedeutung, dass die Informationen verlässlich sind. Diese gelangen nämlich an verschiedene Akteure: Presse, Regierungsvertreter:innen, Gericht, UN, oder auch nationale Menschenrechtsorganisationen oder Menschenrechtsanwält:innen. Die Informationen werden demnach nicht nur juristisch verwertet, sondern vor allem auch politisch. Politische Entscheidungsträger und die Weltöffentlichkeit spielen die tragende Rolle im Kampf gegen Menschenrechtsverletzungen.

Der Vorgang zum Publimachen von Menschenrechtsverletzungen gestaltet sich wie folgt: Im Land werden aufgrund repressiver Politik verschiedene Organisationen oder Institutionen unterdrückt. Diese versuchen sich dagegen aufzulehnen und suchen Verbündete im Ausland zur Zusammenarbeit. Diese Verbündeten haben im Idealfall Kontakte zu anderen, möglichst mächtigen Staaten oder auch zu internationalen Organisationen.

### 2. Historie und Entwicklung

Durch die Entwicklung des Internets und den sich daraus ergebenden neuen Möglichkeiten hat sich der Kommunikationsweg der Menschenrechtler im Laufe der Zeit gewandelt. Ein Umbruch begann 1966 durch die Verabschiedung des großen Menschenrechtspakts, welcher zehn Jahre später in Kraft trat. Die Menschenrechtspakte stellen ein Versprechen der Staaten dar, dass die eigenen Bürger:innen nach bestimmten Standards behandelt werden sollen. Da es kein Gericht auf internationaler Ebene gab, war die einzige Hoffnung von Betroffenen, dass die Vorfälle und Szenen in der Welt veröffentlicht werden, um die politische Maschinerie in Gang zu setzen. Ein wichtiger Meilenstein und eine große Veränderung der Kommunikation war die Erfindung und dann auch der Verkauf des Faxes an private Organisationen. Eine Verbreitung und

<sup>12</sup> *EGMR*, Urt. v. 9.11.2018 – 71409/10, *Beuze V. Belgium*.

Veröffentlichung der Verbrechen konnte durch die damaligen Technologien zwar zeitnah, jedoch nur zeitversetzt erfolgen. Dies änderte sich im Jahr 1993. In diesem Jahr wurde der Pakt der Menschenrechte in Wien bestätigt und im selben Jahr das WorldWideWeb an die Öffentlichkeit freigegeben. Die neuen Technologien haben die Vernetzung vorangetrieben, da Einzelpersonen nun selbst mit der Welt Daten und Informationen teilen können und mittlerweile Menschenrechtsverletzungen live veröffentlicht werden können.

### 3. OSINT als zweiseitiges Schwert

Auf der einen Seite können durch Open Source Intelligence extrem viele Informationen erfasst werden, auf der anderen Seite bestehen weitläufige Überwachungsmöglichkeiten. Es werden Informationen blockiert, beseitigt, bestritten und die Richtigkeit und Authentizität bezweifelt. Zusätzlich werden durch Menschenrechtsgegner Desinformationen gestreut, was zu Verunsicherung und Verwirrung führt. Daneben arbeiten diese mit massiver Einschüchterung durch Androhung mit politischer Haft, „Verschwindenlassen“ bis hin zum Mord. Die Arbeit der Menschenrechtsorganisationen umfasst in der Regel Interviews mit den Betroffenen, wobei diese Aussagen dann verifiziert werden müssen. Welche Schwierigkeit bei der Überprüfung der Aussageinhalte besteht, hat sich im Jahr 2017 am Beispiel *Bashar al-Assad* gezeigt.<sup>13</sup> Diesem wurde umfassende Folter in einem Militärgefängnis vorgeworfen. Im Rahmen seiner Befragung verneinte er die Situation und stellte die Integrität und Authentizität der digitalen Beweise in Frage. Da eine Beweissicherung vor Ort durch unabhängige Beobachter nicht möglich war, konnte der Menschenrechtsgegner diese Schwäche gezielt ausnutzen.

### 4. Die Rolle von Privaten und einhergehende Hindernisse

Menschenrechtsorganisationen haben die Möglichkeit, weitere Bild- und Videodateien durch freiwillige Helfer und Einzelpersonen zu erlangen. Wie aber aus den vorherigen Vorträgen hervorging, kann die Verwendung und Verwertung der Materialien von Privatpersonen problematisch sein. Die Motivation dieser kann aus unterschiedlichen Beweggründen entstehen. Neben der eigenen Betroffenheit kann es auch um die Aufarbeitung der Geschehnisse gehen und das Festhalten für die nächsten Generationen.

#### a) Organisation zur Unterstützung

Es gibt einige Organisationen, die sich mit der Unterstützung von Menschenrechtsaktivist:innen durch Private befassen. Eine davon ist „Witness“. Diese bilden Private zur richtigen Erstellung von OSINT-Material aus, sodass es zum einen für die Menschenrechtsorganisationen verwendbar ist, aber sich zum anderen die freiwilligen Hel-

fenden nicht in Gefahr bringen. In Hongkong beispielsweise hat die Polizei starke Taschenlampen eingesetzt, um das Bildmaterial unbrauchbar zu machen. In anderen Staaten ist die Lage jedoch deutlich angespannter und es kommt zu Gewalt. Witness will Lösungen für diese Szenarien finden. Eine andere Organisation ist Syrian Archives. Sie sichten und speichern Videos, die über Syrien und den Zustand vor Ort auf Youtube hochgeladen wurden, da der Algorithmus diese aufgrund der Gewaltdarstellung löschen würde. Durch dieses Vorgehen können jedoch auch Metadaten der Materialien, die Aufnahmezeit und -ort enthalten, verloren gehen. Zur Überprüfung und Verifikation müssen dann weitere Quellen herangezogen werden, was bei einem manuellen Vorgehen mühselig sein kann. Aufgrund der bestehenden Ressourcenprobleme ist eine Automatisierung in diesem Bereich notwendig. Manuell sind solche Massendaten kaum zu bewältigen. Mittlerweile gibt es Apps, die entwickelt wurden, um das Teilen von Fotos und Videos zu erleichtern, ohne dass Metadaten verloren gehen. Zudem gab es in Yale ein Projekt mit Studierenden, die Tools zur Automatisierung der Sichtung getestet und einen Bericht dazu verfasst haben. Die Entwicklung gestaltet sich dementsprechend positiv und fortschrittlich, um die Rechercheprozesse in Zukunft zu verbessern und zu erleichtern.

#### b) Ressourcenprobleme

Zu OSINT gehören auch öffentlich zugängliche Satellitenbilder und Geodaten. Zur Bewältigung dieser Massendaten wollte Amnesty International freiwillige Helfer einbinden, um das Material zu sichten und zu codieren. Durch eine unabhängige Sichtung der Einzelpersonen wollte man eine verlässliche Überprüfung garantieren. Problematisch war jedoch die damit einhergehende psychische Belastung, die von der Organisation nicht vorhergesehen wurde. Die Helfenden konnten nicht angemessen darauf vorbereitet werden, um sich entsprechend abzugrenzen. Sie wurden dann durch die Satellitenbilder, die angezündete und geplünderte Dörfer zeigten, teilweise traumatisiert. Das wiederum führt dazu, dass die Sichtung nicht mehr auf freiwillige Helfende übertragen werden konnte, sondern intern durchgeführt werden musste.

#### c) Das Berkeley Protokoll

Ein weiterer Lösungsansatz zur Unterstützung von freiwilligen Helfenden und der Standardisierung des Vorgehens bei OSINT-Investigations stellt das Berkeley Protokoll dar. Das Protokoll will wichtige Fragen beantworten: Wie kann OSINT tatsächlich sinnvoll in der Menschenrechtsarbeit eingesetzt werden? Wie gehen wir mit Privatsphäre um und wie müssen die Daten gesichert werden? Wie kann Authentizität überprüft werden? Das Berkeley Protokoll soll als Anleitung dienen, wie man insbesondere mit Foto- und Videomaterial, aber auch mit anderen Open Source Recherchen im Internet vernünftig umgehen kann. Es richtete sich dabei sowohl an Ermittlende

<sup>13</sup> ECCHR, Dossier, Menschenrechtsverbrechen in Syrien: Folter unter Assad, März 2021, online abrufbar unter: [https://www.ecchr.eu/fileadmin/Sondernewsletter\\_Dossiers/Dossier\\_Syrien\\_2021Maerz.pdf](https://www.ecchr.eu/fileadmin/Sondernewsletter_Dossiers/Dossier_Syrien_2021Maerz.pdf) (zuletzt abgerufen am 6.5.2024).

als auch an Einzelpersonen oder Menschenrechtsorganisationen. Dabei handelt es sich um Pionierarbeit, die gerade im Hinblick auf die technischen Aspekte noch am Anfang steht.

### 5. Beispiel

Ein sehr spannendes und interessantes Beispiel zur Nutzung von OSINT durch Private und die Bedeutung der Informationen, die dadurch gewonnen werden, zeigt sich am Beispiel Xingjiang, einer nordöstlichen Region in China. Hier wurden durch die Zusammenarbeit eines Individuums, den Menschenrechtsorganisationen und Journalist:innen Menschenrechtsverletzungen aufgedeckt. Zum Zeitpunkt, als Gerüchte über Masseninternierung in China laut wurden, wurde der chinesische Staatsbürger *Shawn Zhang*, der mittlerweile in Kanada lebte und studierte, darauf aufmerksam. Er wollte die Gerüchte eigentlich widerlegen. Nachdem er jedoch im Internet Bauanträge für Lager fand, nutzte er Google Earth, um die Lokalisationsdaten, die er aus den Anträgen entnehmen konnte, zu überprüfen. Tatsächlich fand er die Lager. Der Staat hat eine solche dezentralisierte Recherche nicht vorausgesehen und zu diesem Zeitpunkt keine Verschleierung vorgenommen. Danach wurden die Plätze als Sporthallen und Schulen getarnt. Auch Journalist:innen wurden aufmerksam und recherchierten. Benutze man die chinesische Suchmaschine, so sah man teilweise verschwommene und verpixelte Stellen. Suchte man die gleichen Stellen jedoch über andere Suchmaschinen, so konnte man die errichteten Lager sehen. Somit hatte die Zensur das Gegenteil bewirkt und beim Auffinden geholfen. Unabhängig davon hatten Menschenrechtsorganisationen Interviews mit Betroffenen durchgeführt. Die Satellitenbilder von *Shawn Zhang* hatten in diesem Zusammenhang eine enorme Bedeutung, denn sie konnten die Interviews letztlich verifizieren in einer Gegend, in welcher das Auffinden oder Erstellen von nutzergenerierten Daten schwer ist. Die Kombination der Quellen und das gegenseitige Bestätigen der Aussagen führte zu einem kritischen Blick auf China und motivierte weitere Akteure, Beweise zur Bekräftigung zu finden. Dies zeigt, dass es trotz neuer technologischer Möglichkeiten immer noch Gegenden gibt, die schwer erreichbar sind und in denen systematisch Menschenrechtsverletzungen stattfinden können.

### 6. Ausblick

Ein wichtiger Moment der letzten Jahre war der Haftbefehl gegen *Al-Werfalli* in Libyen, welcher fast ausschließlich auf Open Source Material beruhte.<sup>14</sup> Das hat auch bei kleineren Organisationen für Hoffnung gesorgt, denn zuvor konnten Kriminelle das Internet zur Selbstdarstellung

und zur Verbreitung von Terror und Angst nutzen, da durch die geringe Ahndung im Netz der Eindruck eines rechtsfreien Raums vermittelt wurde. Auf der anderen Seite basieren die Recherchen der Menschenrechtsaktivist:innen darauf, dass die Täter:innen freiwillig mit ihren Taten angeben und diese im Internet hochladen. Dieses Vorgehen könnte sich zukünftig ändern, wenn sich den Täter:innen offenbart, dass sie sich damit selbst schaden.

### 7. Q&A-Session

In der letzten Q&A-Session des Tages wurde darüber gesprochen, wie man die Ressourcen von Menschenrechtsorganisationen erweitern kann, z.B. durch Kooperationen oder einem Secure Drop im Darknet. Dabei erläuterte die Referentin, dass es durchaus eine technikaffine und versierte Szene unter den Menschenrechtsaktivist:innen gibt, die nicht nur das sichere Uploaden von Dateien überblickt, sondern auch, welche Informationen konkret hochgeladen werden können und sollen. Zu bewältigen bleibt jedoch weiterhin das Problem, wie eine Mithilfe durch Laien und freiwillige Helfende gewährleistet werden kann, ohne dass sich diese in akute Gefahr begeben.

## VII. Schlussworte und Fazit

Auch wenn der Begriff OSINT den meisten im Alltag eher unbekannt ist, so handelt es sich dabei um eine Technik, die jeder intuitiv anwendet, um Informationen zu erlangen. Die rechtlichen und tatsächlichen Hindernisse, die sich in der Dogmatik, Justizarbeit, bei der Strafverteidigung und der internationalen Arbeit von Menschenrechtsorganisationen zeigen, wurden durch viele spannende Beispiele in den Vorträgen anschaulich erklärt, sodass die Teilnehmer:innen den Wasserraum der Orangerie abends mit einem besseren Bewusstsein für Open Source Intelligence verlassen konnten. Die jeweiligen sich an die Vorträge anschließenden Q&A-Sessions wurden sowohl vor Ort als auch online dankbar genutzt. Zudem konnten sich die Anwesenden, Mitwirkenden und Expert:innen mit Fragen, Impulsen und Anregungen auch während des Stehempfangs oder der Mittags- und den Kaffeepausen in einer lockeren Atmosphäre vertieft auseinandersetzen. Die Bedeutung der interdisziplinären Vernetzung und die Verzahnung von Praxis und Wissenschaft spiegelte sich auch in den Vorträgen wider, da die Referent:innen häufig wechselseitig aufeinander Bezug nahmen. Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE) und sein ICLU-Team freuen sich über die rege Teilnahme und lebhaftige Interaktion der Teilnehmenden und die Fortsetzung der Veranstaltungsreihe auch im Jahr 2024, dann zum Thema Hate Speech im Internet.

<sup>14</sup> Prosecutor vs. Al-Werfalli (Warrant of Arrest) ICC-01/11-01/17 (15 August 2017, online abrufbar unter: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017\\_05031.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_05031.PDF) (zuletzt abgerufen am 6.5.2024).

## 5. Annual Human Factor in Cybercrime Conference

von Joline Wochnik und  
Dr. Nicole Selzer\*

### I. Einleitung

Die 5. Annual Human Factor in Cybercrime Conference (HFC) fand vom 10. bis zum 12. September 2023 im Festsaal des neugotischen Stadthauses der Stadt Halle (Saale) statt. Sie wurde von der Agentur für Innovation in der Cybersicherheit GmbH (nachfolgend: Cyberagentur) in Kooperation mit lokalen Partnern aus den Niederlanden, The Hague University of Applied Sciences, Vrije Universiteit Amerstam und dem NSCR, ausgerichtet. Zum internationalen Organizing Committee der HFC zählen *Tamar Berenblum* (Israel), *Cassandra Cross* (Australien), *Benoît Dupont* (Kanada), *Thomas Holt* (USA), *Rutger Leukfeldt* (Niederlande), *Nicole Selzer* (Deutschland) und *Marleen Weulen Kranenbarg* (Niederlande)<sup>1</sup>.

Die HFC wurde von *Tamar Berenblum* (ZI) und *Rutger Leukfeldt* (The Hague University of Applied Sciences/NSCR) ins Leben gerufen und fand erstmals 2018 in Jerusalem statt.<sup>2</sup> In den darauffolgenden Jahren wurde sie in Amsterdam (2019)<sup>3</sup>, virtuell in Montreal (2020), in Clear Water, Florida (2022) und in Halle/Saale (2023) abgehalten und ist für 2024 wiederum in Montreal vorgesehen.

Die zweieinhalb-tägige internationale Konferenz, mit jährlich wechselnden Standorten, hat sich empirische Spitzenforschung, fachlichen Austausch und Kooperation zum Ziel gesetzt. Im Fokus der Konferenz steht die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem menschlichen Faktor der Cyberkriminalität. Die Konferenz adressiert Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sowie Praktikerinnen und Praktiker verschiedenster Disziplinen der Bezugswissenschaften der Kriminologie, wie Soziologie, Psychologie, Anthropologie, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, aber bspw. auch Informatik und weitere mehr. Um den Gedanken der Spitzenforschung voranzutreiben, sind Teilnehmerinnen und Teilnehmer gehalten, aktuelle Forschungsergebnisse mit einer stark empirischen Komponente und einem provokativen bzw. herausfordernden Ansatz zu präsentieren, die innovative empirische Perspektiven für die cyberkriminologische Forschung bieten.

Bei der 5. HFC in Halle (Saale) wurden in mehreren Sessions á drei bis vier Vorträge die verschiedenen Arten und Ursachen von Cyberkriminalität sowie Viktimisierung

und entsprechende Auswirkungen, das institutionelle Umfeld, Vorschriften und deren Durchsetzung thematisiert. Auch ein Roundtable mit Vertreterinnen und Vertretern von Sicherheitsbehörden und der Polizeiforschung gehörte zum Programm, darunter *Prof. Dr. Johannes Fährndrich* (Hochschule für Polizei Baden-Württemberg), *Lukas Hardi* (ZITiS), *Louis Jarvers* (Programm Polizei 20/20), *Volker Peters* (LKA Niedersachsen) und *Dr. Patrick Voss - de Haan* (BKA). Sie erörterten die Sichtweise, Herausforderungen und Bedarfe aus Strafverfolgersicht. Diskutiert wurde u.a. darüber, welcher Schaden durch Cyberkriminalität wirklich angerichtet werde sowie welche forensischen Methoden notwendig sind, um Cyberkriminalität aufzuklären und wie Ressourcen bestmöglich eingesetzt werden sollten. Zudem wurde betont, wie wichtig es sei, zukünftige Trends und Entwicklungen im Bereich der Cyberkriminalität zu identifizieren und Mechanismen zu entwickeln, um die Effizienz von Maßnahmen zu messen und die digitale Kompetenz gesellschafts- und institutionsübergreifend auf- und auszubauen. Der Roundtable stellte gleichsam die Handshake-Veranstaltung zur Eröffnung des Network-Events „{ Cyber : Crime || Security || Society }“ dar, welches im Anschluss an die HFC ebenfalls in Halle (Saale) stattfand und von der Cyberagentur erstmalig ausgerichtet wurde.<sup>4</sup>

Um dem Auftrag der Cyberagentur, innovationsorientierte Forschung im Bereich der Cybersicherheit und diesbezüglicher Schlüsseltechnologien in der Inneren und Äußeren Sicherheit anzustoßen und in besonderer Weise auch dem Themenschwerpunkt Cyberresiliente Gesellschaft Rechnung zu tragen, wurde bei der 5. HFC das Thema Zukunftsforschung beleuchtet. Ziel des von der Cyberagentur durchgeführten „Futurology“-Workshops war es, den kriminologischen Blickwinkel neu auszurichten und zu antizipieren, welche Themen zukunftsfruchtig sind und wo angesetzt werden kann, um Cyberkriminalität von übermorgen zu begegnen, Strafverfolgungsbehörden zu stärken und die Resilienz der Gesellschaft zu fördern.

Für die 5. HFC gingen 57 Bewerbungen aus zwölf Ländern ein, darunter Australien, Dänemark, Deutschland, Großbritannien, Italien, Kanada, die Niederlande, Portugal, der Schweiz, Spanien, Tschechien und den USA. Schlussendlich stellten 33 Vortragende<sup>5</sup> aus neun Ländern in General und PhDs Sessions ihre Forschungsarbeiten

\* Die Verfasserinnen sind Forschungsreferentinnen in der Abteilung Sichere Gesellschaft in der Agentur für Innovation in der Cybersicherheit GmbH in Halle (Saale).

<sup>1</sup> Die letzten drei Personen stellten 2023 das local organizing committee.

<sup>2</sup> *Selzer*, Kriminallistik 2019, 223 ff.

<sup>3</sup> *Moneva*, in: *Weulen Kranenbarg/Leukfeldt*, Cybercrime in Context: The human factor in victimization, offending, and policing, Bd. 1, 2021, 5 ff.

<sup>4</sup> *Wochnik/Selzer*, Kriminallistik 2024, 215-218.

<sup>5</sup> Anmerkung: Nicht alle Referenten haben die Freigabe für den Konferenzreport erteilt. Zudem werden hier nur die Vortragenden genannt und nicht alle Autoren der eingereichten Beiträge.

vor, die sich auf unterschiedliche Themenfelder der Cyberkriminalität und Cybersicherheit konzentrierten. Auch Vertreterinnen und Vertreter vom BKA, vom UK Homeland Security und dem Interventionsteam COPS der niederländischen Polizei nahmen an der Veranstaltung teil.

## II. Täter & Phänomenbereiche

Bei der Betrachtung der Täter und Phänomenbereiche im Kontext der Cyberkriminalität konzentrierten sich die Forschenden vor allem darauf, wer die Täter bzw. Tätergruppen sind und was diese charakterisiert.

Es wurden Forschungsergebnisse zu den Wegen junger Menschen in und aus der Cyberkriminalität vorgestellt sowie die Entwicklung des Interesses und der Motivation untersucht. Dabei bildete sich in einer von *Joeri Loggen* (NSCR / Universiteit Utrecht) vorgestellten Forschungsarbeit der Trend ab, dass Jugendliche zunehmend in Cyberkriminalität verwickelt sind und Straftaten dabei zumeist in Gruppen begehen. Vor allem das schnelle Geldverdienen stehe dieser Untersuchung zufolge im Fokus der Jugendlichen.

*Rubén Fernandez* (Valencia Local Police) stellte unter anderem das Projekt CC-DRIVER vor, welches die menschlichen und technischen Antreiber der Cyberkriminalität mit besonderem Schwerpunkt auf Jugendkriminalität und Cybercrime-as-a-Service untersucht. Ziel war die Analyse neuer Formen der Kriminalität sowie die Entwicklung innovativer Instrumente zur Verhinderung, Untersuchung und Eindämmung von Cyberkriminalität.

Die von *Rutger Leukfeldt* (The Hague University of Applied Sciences / NSCR) vorgestellte Studie basiert auf 34 Interviews mit sog. Hacktivisten aus 23 verschiedenen Netzwerken. Die Studie zeigt, dass Hacktivisten auf unterschiedlichen Ebenen der Raffinesse agieren. Sie agieren aus kleinen Teams mit wenigen Mitgliedern bis hin zu größeren Kollektiven, die Dutzende von Mitstreitern zählen. Obwohl es Unterschiede zwischen den Netzwerken gibt, ließ sich im Allgemeinen eine Arbeitsteilung feststellen. Interne Regeln sowie spezifische Prozesse zur Auswahl der Ziele und zur Vermittlung der Botschaften seien erkennbar. Die Mitglieder der Netzwerke scheinen von bestimmten Freiheitsgraden zu profitieren, die eher auf horizontale als strikt hierarchische Strukturen hindeuten. Die Flexibilität in den organisatorischen Aspekten scheint in Hacktivismus Netzwerken ein Schlüsselement zu sein.

Die von *Thomas Holt* (Michigan State University) vorgestellte Studie zu Cyberkriminellen-Netzwerken basiert auf zehn detaillierten Analysen von abgeschlossenen Verfahren u. a. im Vereinigten Königreich. Die Studie betrachtet zwei nigerianische Netzwerke, welche sich auf unterschiedliche Cyberstraftaten fokussieren. Anhand dieser beiden Fallstudien wurde untersucht, ob die zugrunde liegenden Netzwerkstrukturen und -abläufe bei diesen beiden Geschäftsmodellen ähnlich sind oder nicht. Die Analyse ermöglicht einen Einblick in die organisatorischen

Strukturen und Zusammenhänge innerhalb dieser Netzwerke, was wichtige Impulse für präventive Maßnahmen und Sicherheitsstrategien liefert.

*C. Jordan Howell* (University of South Florida) präsentierte eine Bewertung der Bedrohungen durch Hacker im Darknet. Hacking-Dienste und -Produkte scheinen ihm zufolge zwar preislich zu variieren, seien aber in der Regel zugänglich und erschwinglich und bieten häufig sogar individuelle Anpassungsmöglichkeiten. Die Studie warf Licht auf die Bedrohung der durch das Darknet ermöglichten Hackings für US-Vermögenswerte und schloss mit einer Diskussion über innovative automatisierte Methoden zur Vorhersage und Verhinderung von Cyberangriffen, die durch Darknet-Marktplätze ermöglicht werden.

Auch *Patricia Saldaña-Taboada* (Universidad de Granada) beschäftigte sich mit Darknet-Marktplätzen. Sie untersuchte die Attraktivität von Bitcoins für kriminelle Aktivitäten und führte eine qualitative Analyse eines Darknet-Forums über Kryptowährungen durch. Die Ergebnisse unterstreichen, dass nicht die Wahl der Kryptowährung für Cyberkriminelle entscheidend ist, sondern die Schaffung von Umwegen, um die Rückverfolgbarkeit zu vermeiden.

*Bianca Steffes* und *Anna Zichler* (Universität Saarland) diskutierten virtuelle Vergewaltigungen und Sexualdelikte im Metaverse. Sie beschäftigten sich mit der Klärung der Frage, ob derartige Delikte als Cyberkriminalität bezeichnet werden können bzw. ob eine Sexualstraftat ohne Körperkontakt begangen werden und inwieweit ein Avatar Opfer einer Sexualstraftat sein kann. Die Präsentation beleuchtete rechtliche und psychologische Überlegungen sowie technische Maßnahmen zum Schutz von Nutzern vor sexuellen Übergriffen in virtuellen Welten.

*Julia Katherina Mahnken* (Universität Hamburg) befasste sich damit, wie sich ein klassisches Kriminalitätsphänomen unter digitalen Bedingungen verändert. Dafür erweiterte sie die Analyse einer Online-Drogenplattform um den Kontext langfristiger sozialer Prozesse, um einen methodologischen Punkt zu machen. In ihrer Analyse geht sie der Frage nach, inwieweit unter einer sozio-historischen, prozessorientierten Linse Wechselwirkungen zwischen verschiedenen Dimensionen (digitaler) Kriminalität sichtbar werden. Mit Blick auf unterschiedliche Ebenen, wie Konsumenten, Tatbeteiligte, Ermittlungsbehörden und Gesellschaft, ließen sich in der erweiterten Perspektive sowohl resultierende Innovationswiderstände als auch mögliche spezifische Veränderungschancen ableiten. Es zeigte sich, dass erstaunlich wenig „neu“ ist. Vielmehr wurde in der Analyse sichtbar, wie sich bestehende Bedürfnisse und Strukturen unter digitalen Bedingungen fortsetzen. Da die Analyse freilegt, wie eine angenommene Neuheit die Sicht versperren kann, argumentierte sie daher methodologisch, dass die (digitalen) Transformationen des Sozialen, der Objekte und der Beziehungen als konstitutive Bestandteile der Kriminalität betrachtet werden sollten. Dafür schlug sie vor, künftig den Analysefokus auch auf die Transformationen von Kriminalität zu legen und ihre sich ebenfalls unter digitalen Bedingungen

verändernden Kontexte in die Analyse stärker einzubeziehen.

### III. Opfer & Viktimisierung

Neben der Betrachtung der Täter lag ein weiterer Fokus der Forschenden auf den Opfern der Cyberkriminalität und den Aspekten der Viktimisierung.

*Danielle Stibbe* (NSCR/ Universität Utrecht) stellte ihre Forschungsarbeit bezüglich der Opferauswahl im Kontext des unbefugten Zugriffs auf Konten vor und besprach dabei den Prozess der Auswahl von Opfern und dessen Beeinflussung durch die Abwägung von Kosten und Nutzen (Rational Choice Approach).

*Susanne Van 't Hoff-de Goede* (The Hague University of Applied Sciences) fokussierte sich auf Interviews mit Opfern von Online-Betrug, um Einblicke in deren Erfahrungen vor, während und nach dem zivilrechtlichen Verfahren zu gewinnen, das neuerdings in den Niederlanden auch ohne ein vorangegangenes oder paralleles Strafverfahren praktiziert wird. Die Untersuchung zeigt, dass die Gründe für die Einleitung solcher Verfahren naturgemäß variieren und von dem einfachen Wunsch nach Rückerstattung, über die Konfrontation des Täters bis hin zur Verhinderung zukünftiger Vorfälle reichen. Die Besonderheit der Untersuchung ist jedoch, dass die Opfer in den meisten Fällen die Entschädigungszahlung nicht vom eigentlichen Täter, sondern vom sog. „Geldesel“ (money mule), über dessen Konto der Betrug und das Geld des Opfers als Zwischenstation lief, erhielten bzw. diejenige Person zur Verantwortung gezogen wurde, da die eigentlichen Täter oftmals nicht identifiziert werden können.

*Michael Levi* (Cardiff University) beschrieb in seinem Vortrag die öffentlichen und privaten Maßnahmen, die ergriffen werden, um Betrügereien zu bekämpfen und die Angst vor Betrug zu verringern. Die Ergebnisse seiner Forschungsstudien unterstreichen die Notwendigkeit von evidenzbasierten Reaktionen auf Veränderungen bei cybergestützten Betrugsmustern, einschließlich Strafverfolgungs- und Gesundheitsmaßnahmen sowie Werbung zur Betrugsbekämpfung für die Öffentlichkeit und Unternehmen.

*Inês Sousa Guedes* (Universidade do Porto) betrachtete die Angst vor Cyberkriminalität und untersuchte, ob diese Angst je nach der spezifischen Form der Bedrohung, ob sachbezogene oder interpersonelle Cyberkriminalität, variiert. Die Untersuchung zeigt, dass der größte Prädiktor für beide Bereiche die Angst vor Kriminalität im Allgemeinen ist und die Angst vor sachbezogener Cyberkriminalität die der interpersonellen übersteigt.

*Stefan Sütterlin* (Hochschule Albstadt-Sigmaringen) beschäftigte sich in seiner vorgestellten Untersuchung mit dem Zusammenhang zwischen Viktimisierung und dem mentalen Zustand der Betroffenen von Cyberkriminalität. Hierbei zeigte er, dass die Überschätzung der eigenen Fähigkeiten sowie die Unterschätzung der eigenen Anfälligkeit

für Manipulation durch böswillige Akteure wesentlich zur Viktimisierung durch Cyberkriminalität beiträgt.

*Pia Hüsich* (Royal United Services Institute) richtete den Fokus auf die direkt oder indirekt betroffenen Opfer von Ransomware-Angriffen. Die Präsentation hob die menschlichen Auswirkungen hervor und bot neue Einblicke in die Erfahrungen der Opfer sowie den weitreichenden Schaden, den Einzelpersonen durch Ransomware-Angriffe erleiden. Die Ergebnisse der vorgestellten Studie zeigen ein breites Spektrum von Auswirkungen, einschließlich solcher auf die psychische Gesundheit und physische Beeinträchtigungen, die die Opfer sowohl kurz- als auch langfristig erleben. Basierend auf diesen Erkenntnissen wurden evidenzbasierte politische Empfehlungen ausgesprochen, die darauf abzielen, den Schaden für Ransomware-Opfer zu minimieren.

Ebenfalls zum Themenbereich Ransomware präsentierte *Sifra Matthijse* (The Hague University of Applied Sciences) eine Studie, die darauf abzielt, das Verhalten kleiner und mittelständiger Unternehmen (KMU) nach einer Ransomware-Viktimisierung zu verstehen. Die Ergebnisse dieser Studie zeigen, dass die Wahrscheinlichkeit, dass KMUs das Lösegeld zahlen, im Allgemeinen gering ist. Entscheidende Faktoren für eine Zahlung scheinen nicht die (geringe) Höhe des geforderten Lösegeldes zu sein, sondern die Empfehlung eines Cybersicherheitsunternehmens, das Lösegeld zu zahlen sowie das Fehlen eines Backups.

Auch *Noelle Warkentin* (Simon Fraser University) beschäftigte sich in ihrer Präsentation mit den ernsthaften und wachsenden Auswirkungen von Ransomware auf Unternehmen. Sie stellte fest, dass neben den finanziellen Verlusten Ransomware auch die Produktivität des Unternehmens und der Mitarbeiter erheblich beeinträchtigt.

### IV. Cybersicherheit und Polizeiarbeit

Auch die andere Seite der Cyberkriminalität wurde auf der Konferenz in den Fokus gerückt. Verschiedene Experten lieferten Vorträge zum Thema der Cybersicherheit und Cyberhygiene.

*Sascha Fahl* (CISPA Helmholtz-Zentrum für Informationssicherheit) beleuchtete in seinem Vortrag die Herausforderungen, denen KMUs in Bezug auf Cybersicherheit gegenüberstehen. Dazu betrachtete er den Einsatz von technischen und organisatorischen Sicherheitsmaßnahmen in KMUs. Die Forschung zeigt, dass viele Unternehmen bereits technische Sicherheitsmaßnahmen implementiert haben, jedoch Unterschiede in der Meldung von Cyberkriminalitätsvorfällen aufgrund von Industriesektor, Unternehmensgröße und Sicherheitsbewusstsein bestehen. Fahl schloss die Präsentation mit Empfehlungen für zukünftige Forschung, Industrie und politische Entscheidungsträger.

*George Burruss* (University of South Florida) fokussierte sich in seinem Vortrag auf Cyberhygiene-Praktiken. Er

untersuchte die Bereitschaft zur Änderung von Verhaltensweisen bei Kenntnis des generellen Risikos, Opfer von Identitätsdiebstahl zu werden. Die Untersuchung betont die Notwendigkeit maßgeschneiderter Cybersicherheitsausbildungen, die auf den individuellen Merkmalen der Nutzer basieren, anstatt auf einem Einheitsansatz.

*Russell Brewer* (The University of Adelaide) präsentierte ein automatisiertes Softwaresystem, welches biometrische Merkmale aus Material von sexuellem Kindesmissbrauch extrahiert und die extrahierten Merkmale mit Datenbanken abgleicht. Mittels Netzwerkanalyse konnten Verbindungen zwischen den in den Filmen dargestellten Tätern veranschaulicht werden, wodurch diese Arbeit nicht nur neue Einblicke in die soziale Organisation dieser Straftaten und Straftäter liefert, sondern auch praktische Auswirkungen auf die Strafverfolgung hat.

### V. Futurology-Workshop

Der Futurology-Workshop, den die Cyberagentur im Zuge der HFC ausrichtete, war in zwei Sessions aufgeteilt. Das Ziel der Sessions war die Identifizierung von potenziellen zukünftigen Forschungsrichtungen sowie die Vernetzung der Teilnehmenden untereinander. In der ersten Session, die zugleich als Ice-Breaker am ersten Tag diente, sollten die Teilnehmenden in wechselnden Zweierkonstellationen über die zukünftige Entwicklung von Cyberkriminalität diskutieren. In der ersten Runde galt es zu identifizieren, welche gegenwärtigen Trends sich abzeichnen und wie sich Cyberkriminalität in den kommenden fünf bis zehn Jahren entwickeln könnte. In der zweiten Runde sollten anhand der fünf PESTL-Dimensionen Politik, Wirtschaft, Soziales & Ethik, Technologie und Recht die identifizierten Entwicklungen betrachtet und bewertet werden. In der letzten Runde galt es Wild Cards zu identifizieren, also Ereignisse, die eine geringe Wahrscheinlichkeit des Eintretens haben, aber einen umso größeren Impact. In der zweiten Futurology-Session wurden die Teilnehmenden in fünf Gruppen aufgeteilt und jeder Gruppe eine der fünf PESTL-Dimensionen zugewiesen. Diskutiert wurde, inwieweit die einzelnen Dimensionen zukünftige Cyberkriminalität und Cybersicherheit beeinflussen und wie dies konkret geschehen könnte. Heraus-

kristallisierten sich die folgenden Schwerpunkte: Ressourcenknappheit, geopolitische Entwicklungen, Künstliche Intelligenz als Mainstream, die Moderation von Inhalten auf sozialen Plattformen, die Gefährdung des Finanzmarktes und von Regierungseinrichtungen sowie die Notwendigkeit von Ethik und Werten im digitalen Kontext. Die Hauptideen der einzelnen Gruppendiskussionen wurden am Ende vorgestellt und mittels Graphic Recording visualisiert.

### VI. Fazit

Die HFC erfreut sich zunehmender Beliebtheit und hat 2023 einen Bewerberrekord erzielt. Die Qualität der eingereichten Beiträge übersteigt die der herkömmlichen kriminologischen Veranstaltungen, wie die European und American Society of Criminology (ESC & ASC)<sup>6</sup>, da bei Letzteren sämtliche Einreichungen auch unabhängig vom Stadium akzeptiert werden. Bei der HFC hingegen müssen sog. Full Paper vor Konferenzstart eingereicht werden und es herrscht ein Wettbewerbscharakter durch die begrenzte Teilnehmerzahl. Das Social Networking um die Konferenz herum trägt zu einem intensiven Feedback, Austausch und neuen Kooperationen bei. Die wechselnden Standorte begünstigen zudem den Aufwuchs der Community, da hierdurch auch lokal ansässige Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler auf die Konferenz aufmerksam werden. 2023 wurden vier Beiträge aus Deutschland akzeptiert. Zudem konnten auch verschiedene nationale und internationale Vertreterinnen und Vertreter von Strafverfolgungsbehörden der Konferenz beiwohnen, was gegenseitig großen Anklang fand.

Zur 5. HFC erscheinen voraussichtlich 2024 zwei Special Issues – im *European Journal of Criminology* (Herausgeber *Marleen Weulen Kranenbarg, Rutger Leukfeldt und Nicole Selzer*) und im *Journal Deviant Behavior* (Herausgeber *Thomas Holt*).

Die 6. Annual Human Factor in Cybercrime Conference findet vom 29. September bis 1. Oktober 2024 in Montreal, Kanada statt und wird von *Prof. Benoît Dupont* und *Prof. Masarah Paquet-Clouston* (local organizing committee) ausgerichtet.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Reinholz/Selzer, *Kriminalistik* 2020, 271-275.

<sup>7</sup> <https://www.hfc-conference.com/call-for-papers>.

## 5. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste: Nachrichtendienste und bewaffnete Konflikte

von Jannik Luhm und Maximilian Schach\*

### I. Einleitung

Vom 21. bis 22. März 2024 fand in Berlin die bereits fünfte Ausgabe des Symposiums zum Recht der Nachrichtendienste statt. Dieses vom Bundeskanzleramt (BKAm) und Bundesministerium des Innern und für Heimat (BMI) veranstaltete Forum bietet Vertretern aus Wissenschaft, Praxis, Politik und Medien die Möglichkeit des Austausches über das Nachrichtendienstrecht. Das bewährte Format unter der wissenschaftlichen Leitung von Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich (Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung), Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz (Universität Bonn), Prof. Dr. Kurt Graulich (Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.), Prof. Dr. Christoph Gusy (Universität Bielefeld) und Prof. Dr. Gunter Warg (Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung), befasste sich im Angesicht des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine mit Nachrichtendiensten in bewaffneten Konflikten sowohl aus einer außen- als auch einer innenpolitischen Perspektive.

### II. Erster Tag (21. März 2024)

Nach einer kurzen Begrüßung leitete Prof. Gusy kurz in die Thematik ein und stellte dabei die das gesamte Symposium prägende Frage nach der Erforderlichkeit einer Zeitenwende im Bereich der Nachrichtendienste. Anschließend richtete Dr. Irene Mihalic (MdB, Parlamentarisches Kontrollgremium) ein Grußwort an die Teilnehmer, in welchem sie die Zeitenwende für notwendig erachtete, indes betonte, die Rechtsstaatlichkeit müsse das Maß der Dinge bleiben.

#### 1. Nachrichtendienste und Streitkräfte

Der erste Vortrag der Tagung von Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch (Unabhängiger Kontrollrat) widmete sich dem Thema „Der Bundesnachrichtendienst als militärischer Nachrichtendienst“. Sie führte anhand eines fiktiven Angriffs auf die ebenso fiktive deutsche Fregatte „Heiligenstadt“ durch eventuelle Aufklärungsmaßnahmen des Bundesnachrichtendienstes (BND), das Verhältnis zum Militärischen Nachrichtenwesen (MilNW) und den Einsatz des Unabhängigen Kontrollrates (UKRat). Dem MilNW obliege hier neben der „Baustelleneinrichtung“ aufgrund der hohen Geschwindigkeit moderner Angriffe auch die einsatznahe Aufklärung, während der

BND sich auf den strategischen Teil konzentriere. Das Militär müsse den BND um Aufklärung ersuchen, anders liege es nur im Verteidigungsfall, weil die Bundeswehr dann ebenfalls dem Bundeskanzler untersteht. Prof. Schmidt-Räntsch ging näher auf den Ablauf nachrichtendienstlicher Informationsgewinnung des BND durch Signal Intelligence (SIGINT)- sowie CNE-Maßnahmen aus Sicht des UKRats ein. Hierbei unterteilte sie in die Vorabprüfung sowie die administrative Kontrolle und bekräftigte dessen Kontroll- und Funktionsfähigkeit. Im Bereich der Vorabprüfung appellierte sie, keine Furcht vor dem Vorbringen von Gefahrenbereichen i.S.d. § 19 Abs. 4 BNDG zu haben, soweit diese hinreichend begründet werden können. Weiterhin führte sie Möglichkeiten beschleunigter Verfahren durch den Kontrollrat und vorläufige Bestätigungen mittels eines „Notdienstes“ an, um nachrichtendienstliche Fähigkeiten in zeitkritischen Situationen zu gewährleisten.

Im zweiten Vortrag des Themenblocks referierte Prof. Dr. Arne Pilniok (Universität Bielefeld) zu „Militärisches Nachrichtenwesen, Bundesnachrichtendienst und Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst in der deutschen Sicherheitsarchitektur“. Er bekräftigte zunächst die Notwendigkeit der Wissensgenerierung im militärischen Bereich und setzte sich anschließend mit dessen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Rahmenbedingungen auseinander. Die Bedeutung der Arbeitsteilung und Koordination wurde herausgestellt und auf dieser Grundlage das Zusammenwirken herausgearbeitet. Während die Aktivitäten des Bundesamts für den Militärischen Abschirmdienst (BAMAD) und des BND gesetzlich normiert sind, betonte Prof. Pilniok das Fehlen ausdrücklicher Regelungen für das MilNW und erwähnte politische und wissenschaftliche Forderungen nach einer Gesetzesgrundlage, die insbesondere eine institutionelle Kontrolle ermöglichen soll. Die Aufgabenabgrenzung sei zwischen BND und BAMAD hinreichend normiert, zwischen BND und MilNW indes unklar. Eine Differenzierung von operativer und strategischer Aufklärung sei schwierig. Ein ähnliches Bild zeige sich auch bei Kooperationsmaßnahmen. Während § 14 Abs. 6 MADG die Kooperation zwischen BND und MAD gesetzlich normiere, werden zwischen dem Verteidigungsministerium (BMVg) und dem Bundeskanzleramt lediglich fakultative Verwaltungsverträge und Rahmenvereinbarungen geschlossen, auch wenn faktisch eine enge Kooperationsbeziehung bestünde. Prof. Pilniok

\* Jannik Luhm ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europa- und Völkerrecht (Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. [Duke]) an der Universität Hamburg. Maximilian Schach ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung (Prof. Dr. Mark A. Zöller) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

schloss mit der Feststellung eines Bedeutungszuwachses für das MilNW aufgrund der Zeitwende.

Die sich anschließende Diskussion, moderiert von *Prof. Gusy*, wurde durch Fragen nach einer konkreten Definition des MilNW sowie der Notwendigkeit von Rechtsgrundlagen dafür beherrscht. *Prof. Schmidt-Räntsch* verwies auf die Schwierigkeit, alles „in eine Schublade“ pressen zu wollen. Sie stellte auf den Einsatz von nachrichtendienstlichen Mitteln ab. Falls solche eingesetzt würden, sei eine Rechtsgrundlage notwendig, die an die besonderen Gegebenheiten angepasst sein müsse. Auch *Prof. Piliok* hielt eine exakte Definition aufgrund des aus der Außenperspektive unklaren Sachverhalts für problematisch. Das wirke sich auch auf die Frage nach der Rechtsgrundlage aus, weil die Fragen zusammenhingen. *Prof. Gusy* schlug eine funktionelle, statt einer organisatorischen Trennung vor. Soweit gleiche Aufgaben wahrgenommen werden, müsse man sich fragen, warum unterschiedliche Voraussetzungen gelten sollten. Eine Vertreterin des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) ergänzte, dass das MilNW regelmäßig durch den BfDI kontrolliert werde. Der Vizepräsident des BND *Generalmajor Dag Baehr* zeigte sich hingegen skeptisch gegenüber einer Gleichstellung des MilNW mit den Nachrichtendiensten.

Nach der Mittagspause führte *Prof. Dr. Robert Frau* (Technische Universität Bergakademie Freiberg) unter dem Thema „Nachrichtendienste im Spannungs-, Verteidigungs-, und Bündnisfall“ in die verfassungsrechtliche Unterscheidung dieser Fälle und deren Auswirkungen auf die Nachrichtendienste ein. Hierbei verwies er zunächst auf die Abstraktheit des Themas, das er auch als „theoretisch“ oder „phantastisch“ beschrieb. *Prof. Frau* differenzierte zwischen den einzelnen Fällen der Notstandsverfassung, zeigte das Verfahren sowie die Modifikationen der Rechtsordnung auf und ging auf einzelne ungeklärte Rechtsprobleme ein. Er problematisierte insbesondere, dass interne Bedrohungslagen nach herrschender Meinung keinen Spannungsfall begründen sowie die fehlende Erfassung der Nachrichtendienste durch die Notstandsverfassung. Weder verfassungsrechtliche Notstandsvorschriften noch deren einfachgesetzliche Konkretisierungen behandeln die nachrichtendienstliche Arbeit. In diesem Zuge überlegte er, ob nicht beispielsweise die Befehls- und Kommandogewalt über das BAMAD im Verteidigungsfall auf den Bundeskanzler übergehen sollte.

## 2. Nachrichtendienste in der bewaffneten Auseinandersetzung

Im nächsten Themenkomplex zu Nachrichtendiensten in bewaffneten Auseinandersetzungen, moderiert von *Prof. Gärditz*, trug *Prof. Dr. Stefanie Schmahl, LL.M.* (Julius-Maximilians-Universität Würzburg) zum Thema „Nachrichtendienste in bewaffneten Konflikten“ vor. Sie befasste sich dabei vor allem mit den Grundlagen der Nachrichtendienste im Völkerrecht. Hierbei betonte *Prof. Schmahl* die grundsätzliche Zulässigkeit der Spionage als solche in Friedens- wie in Kriegszeiten. Lediglich die ein-

gesetzten Mittel und deren Folgen können ein völkerrechtliches Delikt begründen. Zudem ging sie auf die scheinbar inkongruente Situation ein, dass Spione zwar nationalstrafrechtlich verfolgt werden dürfen, als Zivilisten indes grundsätzlich kein zulässiges Kriegsziel darstellen. Darüber hinaus bekräftigte *Prof. Schmahl*, dass die Kriegsspionage zugunsten Dritter, insbesondere als Teil der kollektiven Selbstverteidigung, zulässig ist. Die Frage des Eintritts als Konfliktpartei sei hiervon zu trennen und vielmehr anhand von unmittelbarem sowie substantiellem Bezug zu Schädigungen des Gegners zu beurteilen. Abschließend erläuterte *Prof. Schmahl* die Implikationen des völkerrechtlichen Menschenrechtssystems auf Spionagehandlungen gegenüber nichtstaatlichen Akteuren in Friedens- sowie Konfliktzeiten und plädierte für eine politische Entscheidung der Balance zwischen Sicherheit und Freiheit.

Der sich anschließende Vortrag von *Dr. Werner Ader* (BND) befasste sich unter dem Titel „Das Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst und der Bundesnachrichtendienst im Auslandseinsatz“ mit der Aufgabe der Force Protection des BND im Verhältnis zu den Aufgaben des BAMAD. Dabei handele es sich um ein Gesamtpaket, welches akzessorisch zum Einsatz verstanden werden müsse. Im Vordergrund stehe dabei immer Leib, Leben und Sicherheit der Soldatinnen und Soldaten zu schützen. Hierbei kläre der BND nicht ausschließlich strategisch, sondern auch konkrete Fälle auf und reiche diese meist als sog. finished intelligence weiter. Als All-Sources-Dienst, mit OSINT als wichtigster Erkenntnisquelle, sei der BND (nur) Informationsdienstleister, ohne operative Befugnisse. Nicht nur personenbezogene Daten, sondern auch Sachdaten, z.B. Informationen über Waffensysteme, seien im Rahmen der Force Protection von hoher Wichtigkeit. Zudem differenzierte *Dr. Ader* zwischen Einsatzgebieten wie Mali oder Afghanistan, denen eine relativ gut beherrschbare Gefahrenlage und konkrete geografische Begrenzung zugrunde liege und seit 2014 der Nato-Ostflanke, die andere Arten von Informationen für sichere Einsätze voraussetze. Dies sei insbesondere vor dem Hintergrund Deutschlands als „Drehscheibe“ der NATO von hoher Relevanz.

*Oberst Thomas Nickel* (BAMAD) ergänzte die Perspektive des BAMAD. Die Einsatzabschirmung durch den MAD wurde mit § 14 MADG im Jahr 2004 begründet. Während § 14 MADG lediglich für internationales Krisenmanagement anwendbar sei, stelle § 1 MADG die Rechtsgrundlage für Einsätze im Rahmen der Bündnisverteidigung dar – in Abhängigkeit von völkerrechtlichen Verträgen mit der „host nation“ als „red card holder“. Die Einsatzabsicherung des BAMAD beschreibt *Oberst Nickel* eindrücklich als Schutzschirm über der Bundeswehr. Zu diesem Zweck kümmert sich der Nachrichtendienst beispielsweise um den Liegenschaftsschutz in deutsch-geführten multinationalen Feldlagern, die Mitwirkung bei der Überprüfung von Personen, insbesondere Ortskräften, aber auch die technische Absicherung, wie die Aufklärung zu Gefährdungen bei der Smartphone-Nutzung im Auslandseinsatz.

In der Diskussion wurde unter anderem der mögliche Reformbedarf von § 14 MADG thematisiert. Nach Auffassung der Vertreter des BND und des BAMAD sei die Regelung grundsätzlich „lebbar“, man könne aber z.B. über die Liegenschaftsbindung durchaus diskutieren. Entscheidend sei, dass beide Nachrichtendienste zum Schutz der Truppe effektiv zusammenarbeiten, was praktisch gut funktioniere. Auf eine Frage zur Spionage in Liegenschaften der Bundeswehr verwies *Oberst Nickel* auf die Einschränkung der „doppelten Klammer“ für die Zuständigkeit des MAD im Inland, sodass in vielen Fällen das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) zuständig sei. Im Ausland sei ggf. der Nachrichtendienst der NATO zuständig. *Dr. Ader* betonte in diesem Zusammenhang, der BND verfüge über keine Kompetenzen zu staatschutzrechtlichen Ermittlungen, was aus dem Publikum von einem Vertreter des Generalbundesanwalts mit Verweis auf das Weltrechtsprinzip ergänzt wurde.

Der Tag endete mit einem gemeinsamen Dinner. *Rita Schwarzelühr-Sutter* (Parlamentarische Staatssekretärin, BMI) bezog sich in ihrem Grußwort auf *Erich Maria Remarques* „Im Westen nichts Neues“ und betonte, dass Krieg als solcher bezeichnet und bei Entscheidungen immer mitgedacht werden müsse. Die Dinner Speech von *Prof. Dr. Sönke Neitzel* (Universität Potsdam) stand unter der Frage der „Zeitenwende auch für Nachrichtendienste?“. Er unternahm als Militärhistoriker mit den Dinnergästen zunächst einen Ausflug in die Entstehungsgeschichte der modernen Nachrichtendienste und widmete sich anschließend dem im Vergleich zum Vereinigten Königreich niedrigen Stellenwert von Nachrichtendiensten in der deutschen Gesellschaft. Er appellierte für eine Zeitenwende in der deutschen Bevölkerung.

### III. Zweiter Tag (22. März 2024)

Der zweite Tag des Symposiums teilte sich in zwei gleichzeitig laufende Panels und eine anschließende Podiumsdiskussion auf.

#### 1. Hybride Bedrohungen – die äußere Dimension

Das erste Panel zur äußeren Dimension hybrider Bedrohungen wurde von *Prof. Dietrich* moderiert und startete mit einem völkerrechtlichen Vortrag („Hybride Bedrohungen, Nachrichtendienste und Völkerrecht“) von *Prof. Dr. Paulina Starski* (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg). *Prof. Starski* wies zunächst auf die Komplexität hin, die das Thema hybride Bedrohungen kennzeichnet. Sodann widmete sie sich der Definition der Hybridität und differenzierte zwischen Urheberfrage und Wirkungsweise. Hierbei verwies *Prof. Starski* darauf, dass sich hybride Bedrohungen oftmals in Grauzonen des Völkerrechts befänden, welchen mit dynamischer Auslegung zu begegnen sei. Völkerrecht als träges Recht sei daher Problem, aber auch Lösung zugleich. Als besondere Problemkreise identifizierte sie den Begriff der Gewalt i.S.d. Art. 2 Nr. 4 UN-Charta und den hiervon zu trennenden Terminus der bewaffneten Konflikte des Art. 51 UN-Charta. Sie plä-

dierte für den sog. effect based approach und verwies ferner auf bestehende Unklarheiten bei hybriden Bedrohungen, insbesondere der Anwendung der „accumulation of events doctrine“, wobei sie ein mögliches Missbrauchspotenzial betonte. Zudem ging sie auf mögliche Maßnahmen unterhalb bzw. oberhalb der Schwelle der Gewaltanwendung ein und beleuchtete ebenfalls die menschenrechtliche Dimension hybrider Bedrohungen. Zum Schluss hob *Prof. Starski* die entscheidende Bedeutung von nachrichtendienstlichen Tätigkeiten für die Aufklärung von Zurechnung und Überprüfung der Erfüllung von Sorgfaltspflichten hervor, die als Vorfrage der rechtlichen Bewertung zu klären sind.

Der zweite Vortrag des Panels befasste sich mit der Aufklärung von Cyberangriffen durch den BND und stammte von der dort tätigen *Dr. Hannah Haupt*. Zu Beginn ihres Vortrags wies *Dr. Haupt* auf die steigende Bedrohungslage durch Cyberangriffe – insbesondere von KRITIS – hin, die seit dem russischen Angriffskrieg auf die Ukraine weiter zugenommen hat. 200 Mrd. EUR entstünden jedes Jahr als Schaden, hauptsächlich durch Ransomware, obgleich die Angriffsvektoren komplexer würden. Hauptsächlich seien Cyberangriffe der Wirtschaftsspionage zuzuordnen, wobei China, Russland, Nordkorea und der Iran bedeutende Rollen einnehmen. Hierbei betonte *Dr. Haupt*, dass die Cyberabwehr gemeinschaftliche Aufgabe einer Vielzahl von Stellen sei, wie dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, dem Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe oder CERT (Computer Emergency Response Team). Auch der Cyber- und Informationsraum der Bundeswehr, das Auswärtige Amt und polizeiliche Strukturen seien Teil der Cyberabwehr. Der BND ist hierbei, so *Dr. Haupt*, ein wesentlicher Akteur mit singulären Befugnisnormen. Insbesondere strategische Auslandsfermeldeaufklärung und CNE-Maßnahmen, Social Media Intelligence (SOCMINT), aber auch der Austausch mit ausländischen Diensten würden die einzigartige Rolle des BND prägen. Die notwendige Koordination sei durch das Nationale Cyberabwehrzentrum ermöglicht. Als ihre persönliche Auffassung stellte *Dr. Haupt* unter Darlegung verschiedener Problemlagen indes heraus, dass die Übermittlungsvorschriften in einem heterogenen Arbeitskreis, derzeit auf der Basis des kleinsten gemeinsamen Nenners unter Beachtung des Trennungsgebots, angepasst werden müssten. Auch die in § 12 Abs. 4 BNDG normierte Befristung der gemeinsamen Dateien sei für die Daueraufgabe der Cybersicherheit nicht zweckmäßig. Zudem seien aktive Cybermaßnahmen denkbar und würden diskutiert. Letztendlich seien diese Novellierungen notwendig, um ein einheitliches und schnelles Lagebild zu erstellen.

#### 2. Hybride Bedrohungen – die innere Dimension

Das zweite Panel befasste sich unter Moderation von *Prof. Warg* mit der inneren Dimension hybrider Bedrohungen. *Ministerialdirigent Heinz Huber* (Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration) sprach in diesem Rahmen über „Aufklärung und Abwehr von Desinformationskampagnen als Aufgabe des Verfassungsschutzes“. Er schätze die Miss- und Desinformation

als großes Risiko ein, die zunehmende Generierung von Deepfakes wirke als Brandbeschleuniger. Ziel davon sei es, Schaden anzurichten und Einfluss auf Staat und Gesellschaft zu nehmen. Zu diesem Zweck werden von Falschmeldung bis hin zu subtileren Formen der Diskursbeeinflussung alle Methoden eingesetzt, die sich sowohl auf migrantische und extremistische Milieus als auch auf elitäre Kreise richten können. *Huber* sah die Grundlage für die verfassungsschützende Tätigkeit in der Extremismus- oder Spionageabwehr begründet, allerdings lägen nicht alle in der Öffentlichkeit diskutierten Ansätze zur Bekämpfung dieser Phänomene im Aufgabenbereich der Nachrichtendienste (z.B. Medienkompetenz). Lösungsansätze für effektiveres Vorgehen gegen Desinformation könnten laut *Huber* in der Schaffung einer Zentralstelle auf Bundesebene liegen oder gar in einem Fusion Center unter Beteiligung weiterer Behörden. Man könne auch eine Webpräsenz des Bundes schaffen, auf der aktueller Desinformation entgegengewirkt wird. Die Rechtslage sei mit Blick auf die Bekämpfung an einigen Stellen defizitär. So forderte der Referent eine Änderung des Strafrechts, um Desinformation zu erfassen. Diese ziele auf eine Schädigung des öffentlichen Friedens ab.

*Dr. Thomas Siems, LL.M.* aus dem Geschäftsbereich des BMVg referierte zu „Sabotageschutz nach der Zeitenwende: Neue Befugnisse für alte Gefahren?“. Er unterteile seine Ausführungen zunächst in die klassischen Bereiche des personellen und funktionalen Sabotageschutzes. Letzterer sei erforderlich, weil sich der personelle Sabotageschutz auf Personen begrenzt, die bewusst und gewollt im Schutzbereich tätig werden. Dabei sei es zwar bereits heute möglich, öffentliche Social-Media-Accounts einzusehen. Das Problem des BfV und BAMAD bestehe daher nicht in einer mangelnden Erkenntnislage, sondern vielmehr in der Identifizierbarkeit der Accounts für die Nachrichtendienste. In der Sicherheitserklärung sind jedoch ausschließlich die Netzwerke selbst, nicht aber die User-Names anzugeben. Hier bestehe gesetzlicher Änderungsbedarf. Des Weiteren ging *Dr. Siems* auf das hohe Risiko der Cybersabotage ein, das aus der gesellschaftlichen Abhängigkeit von bestimmten Strukturen herrühre. Hier sei Handlungssicherheit für die Nachrichtendienste wichtig.

Zum Schluss erhielt das Panel mit dem Vortrag „Spionageabwehr als Staats- und Verfassungsschutz“ von *Prof. Dr. Mark A. Zöller* (Ludwig-Maximilians-Universität München) einen strafrechtlichen Einschlag. *Prof. Zöller* erörterte nach der Einführung anhand aktueller Beispiele die fehlende Verwendung des Begriffs der Spionage sowohl im Nachrichtendienst- als auch im Strafrecht. Während ersteres von „geheimdienstlichen Tätigkeiten für eine fremde Macht“ spricht (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 BVerfSchG), wird die Spionage strafrechtlich in § 99 StGB umschrieben. Es ergäben sich hier einige Unterschiede im Begriffsverständnis. § 99 StGB erfasse nur die Tätigkeit „für einen Geheimdienst“ also für staatliche Stellen, sowie „gegen die Bundesrepublik“. Subjektiv müsse sie auf Mitteilung oder Lieferung von Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen gerichtet sein. Diese Differenzen sind, so *Prof. Zöller*, aber sachlich gerecht-

fertigt. Einen zweiten Schwerpunkt der Betrachtung bildete die verfassungs- und völkerrechtliche Verankerung der Spionageabwehr. Die rechtliche Legitimation derselben leite sich aus staatlichen Schutzpflichten zugunsten Privater, teilweise dem Schutz der Souveränität sowie der Wahrung des Interventionsverbots her. Als „Elephant in the Room“ bezeichnete *Prof. Zöller* die Tatsache, dass der deutsche Staat Spionage immer nur dann missbillige, wenn sie von anderen begangen wird und diskutierte die Zulässigkeit dieser einseitigen Behandlung des Phänomens.

### 3. Podiumsdiskussion

Als letzter Teil der Veranstaltung folgte eine Podiumsdiskussion zwischen *Dr. Bruno Kahl* (Präsident des BND), *Dr. Bertold Huber* (Vorsitzender der G10 Kommission), *Martina Rosenberg* (Präsidentin des BAMAD), *Ministerialdirektor Dr. Jan Stöß* (BMVg), *Dr. Silke Willems* (Vizepräsidentin des BfV) und *Dr. Helene Bubrowski* (Stellv. Chefredakteurin Table.Media). Moderiert wurde sie von *Prof. Graulich*. Die Podiumsdiskussion wurde in die Themenkomplexe „Der Zusammenhang von staatlichen Sicherheitsinteressen und militärischen Konflikten“ (1), „Erfolgreiche Prävention gegen hybride Gefährdungen erfordert staatliche und gesamtgesellschaftliche Resilienz“ (2) und „Zur Kriegstüchtigkeit der Bundeswehr“ (3) geteilt. Sie wurde von der allgemeinen Auffassung begleitet, dass die Zeitenwende der Nachrichtendienste zwar begonnen habe, jedoch erst am Anfang stehe. Insbesondere die Notwendigkeit des Werbens in der Bevölkerung wurde von mehreren Teilnehmenden betont. Zudem wurde die Kooperation innerhalb der deutschen Sicherheitsarchitektur hervorgehoben sowie einzelne Novellierungen angenommen, auch wenn Kritik an dem „alternativen Gesetzgeber“ aus Karlsruhe laut wurde. Auch das Erfordernis einer gesamtgesellschaftlichen Resilienz, insbesondere vor dem Hintergrund hybrider Bedrohungen, wurde betont. Sicherheit sei als gesamtgesellschaftliche Aufgabe zu betrachten. Die Veranstaltung endete sodann mit einem Schlusswort der *Ministerialdirektorin Dagmar Busch* (BKAmT).

### IV. Fazit

Der russische Angriffskrieg auf die Ukraine und Bedrohungen im Zuge fortschreitender Digitalisierung (z.B. Desinformation) zeigen eindrucksvoll die Bedeutung der Nachrichtendienste für die Bundesrepublik Deutschland. Die Belange der Landes- und Bündnisverteidigung sind im Zuge des Ukrainekriegs wieder in den Vordergrund des öffentlichen Bewusstseins gerückt und haben das Potenzial, das Verhältnis der Bevölkerung zu den deutschen Diensten nachhaltig zu verändern. Die Vernetzung aus Rechtswissenschaft und nachrichtendienstlicher Praxis durch das Symposium zum Recht der Nachrichtendienste erwies sich insbesondere unter diesen Vorzeichen auch in diesem Durchgang als außerordentlich wertvoll. Den Veranstalter und der wissenschaftlichen Leitung gebührt dafür großer Dank.