9. Jahrgang | 4. Ausgabe | ISSN 2509-6826 4 | 2024

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 245 – 313

245 | **Zur Absenkung der Strafmündigkeitsgrenze**
von Prof. Dr. Alexander Baur, Christina Rueß, Elena Schaffeld und Prof. Dr. Jörg M. Fegert

251 | **Zur Strafbarkeit von Aufnahmeritualen bei Spezialeinheiten mit nicht lebensgefährlichen bzw. nicht schweren Verletzungsfolgen am aktuellen Fallbeispiel „Mobiles Einsatzkommando (MEK) Leipzig“**
von Marius Luciano, LL.M.

259 | **Airport Fast Lanes als strafbare Korruption?**
von Dr. Sebastian Wollschläger und Prof. Dr. Mark A. Zöller

269 | **Zwischen Verschwiegenheitspflicht und Weltrechtsprinzip des Völkerstrafrechts – Die Pflichten der Sozialarbeiter beim Umgang mit potenziellen Völkerstraftätern**
von Dr. Gurgen Petrossian, LL.M. und Miriam Schäfer, B.A.

278 | **Das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts – Zu den jüngsten Arbeiten am Bau für deutsche Weltrechtspflege**
von Dr. Svenja Raube, LL.M.

298 | **Die Verwertbarkeit von AnomChat-Daten im Strafprozess**
von Alicia Althaus und Justin Samek

304 | **Die Jugendstrafe nach 101 Jahren JGG – ein Blick zurück und einer nach vorn**
von Prof Dr. Ralf Kölbel

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 314 – 323

314 | **Tatbestandsmerkmal „als Zeuge“ in § 153 StGB als besonderes persönliches Merkmal**

BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23

317 | **Für die Wahrheitspflicht des Zeugen als besonderes persönliches Merkmal – Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 5.2.2024 – 3 StR 470/23**

von Tim Stephan und Hannah Schulze Zurmussen

BUCHBESPRECHUNGEN | 324 – 327

324 | ***Jan Nicklaus:*** **Fahrlässigkeit als Irrtum. Eine Untersuchung von Sorgfalt und Erlaubnistatbeständen im Strafrecht**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

326 | ***Maximilian Schneider:*** **DNA-Analyse und Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Datenschutz- und Strafverfahrensrecht**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Zur Absenkung der Strafmündigkeitsgrenze

*von Prof. Dr. Alexander Baur, Christina Rueß, Elena Schaffeld und Prof. Dr. Jörg M. Fegert**

Abstract
Auf der Tagesordnung der 95. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 5. bis zum 6. Juni 2024 in Hannover stand eine wissenschaftliche Studie zur Strafmündigkeitsgrenze. Am Ende hat sich der von Baden-Württemberg gestellte Antrag nicht durchsetzen können. Aus Sicht der Autoren ist dies zu bedauern – aber nicht deshalb, weil entwicklungsbiologische oder entwicklungspsychologische Befunde eine frühere Reife und strafrechtliche Verantwortlichkeit nahelegten. Vielmehr wurde eine wichtige Chance vergeben, sich evidenzbasiert mit dem bestehenden Gesamtsystem für die Prävention und Bewältigung normabweichenden Verhaltens junger Menschen zu befassen.

An empirical study on the age of criminal responsibility was part of the agenda for the 95th Conference of Ministers of Justice from June 5 to June 6, 2024, in Hanover. In the end, the regarding proposal submitted by Baden-Württemberg did not prevail. From the authors' point of view, this outcome is to be regretted - but not because scientific findings of developmental biology or developmental psychology suggested earlier maturity and criminal responsibility. Rather, an opportunity of great value was missed: to take an evidence-based look at the existing overall system in terms of prevention and addressing young people's deviant behavior.

I. Überflüssige Diskussion oder Anlass zur rechtspolitischen Reaktion?

In der letzten veröffentlichten Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) haben Deliktsbegehungen von Kindern und Jugendlichen zum wiederholten Male zugenommen. Konkret zeigt sich in der PKS für das Jahr 2023 bei der Anzahl der tatverdächtigen Kinder (unter 14 Jahren) ein Anstieg um 12 Prozent und bei der Anzahl der tatverdächtigen Jugendlichen (ab 14 Jahren bis unter 18 Jahren) um 9,5 Prozent im Vergleich zum Vorjahr.[1] Während in der Gesamtentwicklung der tatverdächtigen Kinder und Jugendlichen und seit der Einführung der „echten" Tatverdächtigenzählung 2009 über alle Straftaten ein – mit Ausnahme der Jahre 2015 und 2016 – stabiler bis leicht rückläufiger Trend zu beobachten war, wird seit 2021 bei den tatverdächtigen Kindern und seit 2022 bei den tatverdächtigen Jugendlichen ein kontinuierlicher Anstieg registriert.[2] In den Zahlen für 2023 ist ein Höchststand in den Tatverdächtigenbelastungszahlen[3] (TVBZ) der deutschen Wohnbevölkerung für Kinder seit 2011 und für Jugendliche seit 2013 erreicht.[4]

Abbildung: Eigene Darstellung nach BKA 2024, PKS 2023 – Zeitreihen, Tabelle T40 Tatverdächtigenbelastung deutsche Wohnbevölkerung

Die PKS 2023 verzeichnet dabei auch einen deutlichen Anstieg der polizeilich registrierten Gewaltkriminalität junger Menschen – etwa von 2022 auf 2023 um 17 Prozent bei Kindern und um gut 14 Prozent bei Jugendlichen.[5] Daneben traten in den letzten Jahren mehrere

* *Alexander Baur* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie der Georg-August-Universität Göttingen. Die Autorinnen *Rueß* und *Schaffeld* sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen an diesem Lehrstuhl. *Jörg M. Fegert* ist Ärztlicher Direktor der Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie/Psychotherapie am Universitätsklinikum Ulm.

1 BKA, PKS 2023, IMK-Bericht, S. 40.

2 BK, PKS 2023 – Zeitreihen, Tabelle T20 Tatverdächtige.

3 Bei der in der PKS veröffentlichten TVBZ handelt es sich um die Anzahl der ermittelten Tatverdächtigen ab 8 Jahren pro 100.000 Einwohner der entsprechenden Altersklassen zum Stichtag des jeweiligen Berichtsjahres.

4 BKA, PKS 2023 – Zeitreihen, Tabelle T40 Tatverdächtigenbelastung deutsche Wohnbevölkerung.

5 Bundeskriminalamt, PKS 2023 im Überblick, Minderjährige Tatverdächtige und Gewaltkriminalität.

schwere und stark medienwirksame Gewalt- und Tötungsdelikte nicht strafmündiger Täterinnen und Täter.[6] Unter diesen Vorzeichen war und ist eine (erneute[7]) Diskussion um eine mögliche Absenkung der bei 14 Jahren festgesetzten Strafmündigkeitsgrenze (§ 19 StGB, § 1 Abs. 2 JGG) erwartbar.[8]

Soweit aus dieser Entwicklung rasch die rechtspolitische und bisweilen populistisch anmutende Schlussfolgerung gezogen wird, man müsse für ein Gegenwirken allein das Strafmündigkeitsalter absenken, ist dies aus gleich mehreren Gründen vorschnell: Vielfach fehlt es bereits an einer Untersuchung und Einordnung der kriminalstatistischen Ausgangslage (siehe II.1.). Vor allem aber ist die Klärung, ab welchem Alter Menschen in der Regel reif genug sind, um strafrechtlich verantwortlich zu sein, richtigerweise nur eine Vorfrage. Denn die (individuelle) Strafmündigkeit zieht allenfalls eine äußerste, verfassungsrechtlich im Schuldgrundsatz verankerte[9] Verantwortlichkeitsgrenze (siehe II.2.). Wo genau eine unwiderlegliche Vermutung für die Strafunmündigkeit gesetzt wird, ist am Ende aber eine im Wesentlichen von Zweckmäßigkeitserwägungen getragene Entscheidung – und zwar in zweifacher Hinsicht: Der gänzliche Verzicht auf eine gesetzliche Regelvermutung zur Strafmündigkeit oder eine früh angesetzte Strafmündigkeitsgrenze belastet zum einen Gerichte mit Einzelfallentscheidungen, weil die strafrechtliche Verantwortlichkeit dadurch häufiger individuell zu prüfen und am Ende auch zu verneinen wäre.[10] Schon aus diesem justizpragmatischen Grund kann auf eine allgemeingültige Altersuntergrenze für die strafrechtliche Verantwortlichkeit kaum verzichtet werden. Zum anderen rückt mit diesen Zweckmäßigkeitserwägungen die Frage in den Vordergrund, wie die Prävention und Bewältigung der Delinquenz junger Menschen aufgestellt werden und welche Rolle das Strafrecht dabei spielen sollte (siehe II.3.). Dies weitet den Blick auf das ganze Versorgungssystem und damit auch auf den Präventions- und Bewältigungsbeitrag der anderen Teilrechtsordnungen – namentlich des Kinder- und Jugendhilferechts sowie des Familienrechts (siehe II.4.).

II. Forderungen für eine sinnvolle Auseinandersetzung mit der Strafmündigkeitsgrenze

1. Kriminologische Aufarbeitung der Ausgangslage

Abgesehen davon, dass dramatische Einzelfälle selten ein guter Ratgeber für die Rechtspolitik sind, drängen auch die allgemeinen kriminalstatistischen Entwicklungen nicht ohne Weiteres zu rechtlichen Änderungen. Die Entwicklung der Tatverdächtigenzahlen und insbesondere der TVBZ in der Kinder- und Jugenddelinquenz ist in längeren zeitlichen Dimensionen nicht weiter auffällig. Die genannten Höchststände der TVBZ im letzten Jahr erreichen noch nicht den hier betrachteten anfänglichen Stand von 2009. Ob es sich beim jüngst verzeichneten Anstieg um Nachhol- oder atypische Sozialisationseffekte infolge der COVID-19-Pandemie[11] oder tatsächlich um eine bedenkliche Trendwende handelt, ist derzeit noch nicht mit Sicherheit zu sagen.

Zu erinnern ist auch daran, dass Änderungen in der polizeilich registrierten Hellfeldkriminalität keine einfachen Rückschlüsse auf das tatsächliche Kriminalitätsaufkommen erlauben. So könnten insbesondere die Zuwächse bei der Kinderdelinquenz auch auf einen geänderten gesellschaftlichen Umgang mit der Deliktsbegehung von Strafunmündigen hinweisen. Diesen Schluss legen Dunkelfelddaten – wie das Niedersachsensurvey 2022[12] oder auch Erhebungen der deutschen Unfallversicherer[13] – durchaus nahe. Bei den strafmündigen Jugendlichen sind die Zahlen der Strafverfolgungsstatistik im Unterschied zur PKS zudem nach wie vor eher rückläufig.[14] Steigerungen der polizeilich registrierten Kriminalität schlagen sich also kaum in strafgerichtlichen Ab- und Verurteilungen nieder.

Trotz dieser doch erklärungsbedürftigen Befundlage mangelt es an systematischen kriminologischen Erhebungen zu typischen Konstellationen und Tätereigenschaften oder auch zum Anzeigeverhalten von Geschädigten und anderen Akteuren – etwa von Schulen.[15] Erkenntnisse aus solchen Untersuchungen dürften wichtige Hinweise auf kri-

---

6 Unter anderem Freudenberg 2023 (12- und 13-Jährige sollen 12-Jährige getötet haben), Dortmund 2024 (13-Jähriger soll Obdachlosen erstochen haben).

7 Zu dieser iterativen Diskussion vgl. *Beinder*, JR 2019, 554 ff.; *Brunner*, JR 1997, 12 (492 f).; *Hinz*, NJW 2023, 3138 ff.; *Hinz*, ZRP 2000, 107 ff.; *Köhne*, JR 2008, 371 f.; *Momsen*, ZJJ 2005, 179 ff.; *Neubacher,* ZRP 1998, 121 ff.; *Preuß*, ZJJ 2020, 348 ff.

8 Zur rechtspolitischen Diskussion um die Absenkung vgl. u.a. Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 12.5.2024.

9 BGHSt 9, 370 (382).

10 Derzeit spielt § 3 Abs. 1 JGG kaum eine rechtspraktische Rolle, vgl. *Kölbel,* in: Eisenberg/Kölbel, JGG, 25. Aufl. (2024), § 3 Rn. 9a.

11 *Nägel/Kroneberg,* KrimOJ 2023, 182 (183).

12 *Dreißigacker et al.,* KFN-Forschungsberichte Nr. 169 2023, S. 3 online abrufbar unter: https://kfn.de/publikationen/kfn-forschungsberichte (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

13 Die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung als Spitzenverband veröffentlicht jährlich eine Statistik zum meldepflichtigen Schülerunfallgeschehen mit Sonderauswertungen zu gewaltbedingten Schülerunfällen. Die hier erfassten Vorfälle sind meldepflichtig, wenn ärztliche Behandlung benötigt wird. Zahlen für 2022 sind online abrufbar unter: https://publikationen.dguv.de/zahlen-fakten/schwerpunkt-themen/4782/gewaltbedingte-unfaelle-in-der-schueler-unfallversicherung-2022?c=28 (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

14 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik, Verurteilte, Straftaten insgesamt, 14 bis unter 18 Jahre, online abrufbar unter: https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?language=de&sequenz=tabelleErgebnis&selectionname=24311-0002&zeitscheiben=1#abreadcrumb (zuletzt abgerufen am 17.7.2024).

15 Vgl. dazu u.a. Kriminalistisch-Kriminologische Forschungsstelle Nordrhein-Westfalen, Das Anzeigeverhalten von Kriminalitätsopfern. Einflussfaktoren pro und contra Strafanzeige, 2006, S. 22 f., online abrufbar unter: https://polizei.nrw/sites/default/files/2016-11/Anzeigeverhalten.pdf (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

minogene Problemlagen sowie auf veränderte gesellschaftliche Kriminalisierungsstrategien und intensivierte soziale Kontrollprozesse liefern. Erkenntnisse könnten nicht zuletzt für Präventionsmaßnahmen außerhalb (straf-)rechtlicher Interventionen fruchtbar gemacht werden.

2. Keine Fokussierung auf veränderte Reifungsprozesse

Erkennt man gleichwohl einen rechtlichen Änderungsbedarf, ist die Absenkung der Strafmündigkeitsgrenze ein denkbarer Weg. Dadurch würden mit einer geringfügigen rechtlichen Änderung in § 19 StGB, § 1 Abs. 2 JGG jüngere Menschen in das jugendstrafrechtliche Interventionssystem einbezogen. Die Schöpfer des JGG entschieden sich an dieser Stelle für eine unwiderlegliche Rechtsvermutung der Schuldunfähigkeit von Menschen unter 14 Jahren. Jenseits dieser Strafmündigkeitsgrenze ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Einzelfall zu prüfen (§ 3 S. 1 JGG). Wird die Verantwortlichkeit verneint, leitet § 3 S. 2 JGG bereits heute zu den Maßnahmen des Familienrechts über. Diese kennen keine Reife- oder Altersgrenze; die Ausschlusswirkung des strafrechtlichen Schuldgrundsatzes entfällt.

Es lassen sich unterschiedliche Argumentationslinien dafür finden, dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit mittlerweile allgemein früher zu bejahen und deswegen die Grenzziehung bei 14 Jahren überholt sein könnte. Stellt man auf die körperliche Reifung ab, so ist es tatsächlich gut belegt, dass Mädchen und Jungen – wahrscheinlich aufgrund veränderter Ernährungsbedingungen[16] – hormonell deutlich früher reifen.[17] Schon weniger Belege lassen sich hingegen für Veränderungen bei der mentalen und emotionalen Reifung finden. Zwar werden teils die veränderte Medienumwelt und die Einflüsse der Digitalisierung angeführt, um eine frühere Reifung zu behaupten.[18] Forensisch relevante entwicklungspsychologische Indikatoren – etwa die Entwicklung exekutiver Funktionen (kognitive Fähigkeiten für Planen, Problemlösen und Impulskontrolle) – deuten hingegen eher in eine andere Richtung. Neuropsychologische Forschungen haben in den letzten Jahrzehnten gezeigt, dass durch einen entwicklungsbedingten Gehirnumbau[19] gerade im Alter zwischen elf und 14 Jahren bereits erworbene Fähigkeiten noch einmal verloren gehen.[20]

Wollte man diese Befunde in eine Beziehung zur normativ gesetzten Strafmündigkeitsgrenze stellen, wären zunächst einmal die bedeutsamen Entwicklungsbereiche – etwa Moralentwicklung, Steuerung und Impulskontrolle, Fähigkeit zur Güterabwägung und Anforderungen an die Entscheidungsfindung – herauszuarbeiten.[21] Zweifelhaft ist hier bereits, ob in diesen Entwicklungsbereichen Veränderungen überhaupt zuverlässig feststellbar wären.[22] Im Zusammenspiel empirischer Befunde und normativer Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist zudem schon jetzt absehbar, dass es kaum durchschlagende Gründe gibt, die eine Verschiebung der Strafmündigkeitsgrenze zwingend einforderten. Ebenso wenig wäre umgekehrt die aktuell bestehende Strafmündigkeitsgrenze bei 14 Jahren wissenschaftlich zu fundieren, empirisch abzusichern und normativ verbindlich zu machen. Eine isolierte Befassung mit den möglicherweise veränderten Reifungsprozessen junger Menschen wäre deswegen am Ende für die Bestimmung einer allgemeinen Strafmündigkeitsgrenze wenig ertragreich und zielführend.

3. Evidenzbasierung des gesamten Interventions- und Versorgungssystems

Sogar dann, wenn sich eindeutige Befunde zu veränderten Reifungsprozessen ergäben, wäre es kurzschlüssig, daraus rechtspolitische Rückschlüsse auf eine neue Festsetzung der Strafmündigkeitsgrenze ziehen zu wollen. Denn ohne eine Bewertung der rechtstatsächlichen Auswirkungen einer solchen Änderung – und das heißt ohne Einbeziehung der Rechtsfolgenseite – bliebe es bei einer symbolischen, auf scheinevidente Präventionsmechanismen oder auf unterstellte Vergeltungsbedürfnisse ausgerichteten Neuregelung. In einem kriminologisch, (verfassungs-)rechtlich[23] und ethisch[24] gleichermaßen hochsensiblen Regelungsbereich wäre dies nicht zu verantworten. Entscheidend muss deswegen am Ende sein, ob im Einklang mit der jugendstrafrechtlichen Grundausrichtung (§ 2 Abs. 1 JGG) eine Herabsetzung der Strafmündigkeitsgrenze wünschenswerte spezialpräventive Wirkungen entfalten könnte und welche unerwünschten Nebenwirkungen mit ihr verbunden wären.

Die spezialpräventiv-erzieherische Grundausrichtung des Jugendstrafrechts setzt eine verlässliche Evidenzbasierung voraus. Für sie sind belastbare kriminologische, entwicklungspsychologische und jugendpsychiatrische Grundlagen erforderlich.[25] Daran mangelt es nach wie

16 *Gluckman/Hanson*, Molecular and cellular endocrinology 2006, 26 ff.; *Patton/Viner*, The Lancet 2007, 1130 ff.

17 So ist etwa bei Mädchen das durchschnittliche Menarchealter abgesunken, vgl. *Kahl/Schaffrath Rosario/Schlaud*, Bundesgesundheitsblatt 2007, 677.

18 Siehe z.B. *Uğurlu et al.*, Frontiers in Endocrinology 2023, 1 ff.

19 Dieser setzt bei Mädchen früher ein als bei Jungen, vgl. *Patton/Viner*, The Lancet 2007, 1130 ff.; ebenso auch *Giedd et al*., Nature Neuroscience 1999, 861 ff.

20 Dieses Pruning der Synapsenverbindungen ist ein biologisch normaler Vorgang, der dazu führt, dass gerade in dieser Übergangsphase sehr starke Emotionen vorherrschen und Emotionskontrolle eher schwerfällt. Für einen Überblick siehe *Konrad/Firk/Uhlhaas*, Deutsches Ärzteblatt International 2013, 425.

21 Zu den diskutierten Kriterien für die Reifeentscheidung nach § 3 JGG, vgl. *Hinz*, NJW 2023, 3138 (3140 f.); *Bohnert,* NStZ 1988, 249 (250) sowie *Schilling*, NStZ 1997, 261 ff.

22 Wissenschaftlich wäre die Feststellung solcher Änderungen schon deswegen schwierig, weil es für historische Vergleiche an entsprechenden Voruntersuchungen mangelt.

23 Dies für den Jugendstrafvollzug besonders betonend *BVerfG*, NJW 2006, 2093 ff.

24 Vgl. dazu die Äußerung des Deutschen Ethikrates zur Corona-Pandemie als eine Frage der Generationengerechtigkeit, online abrufbar unter: https://www.ethikrat.org/publikationen/publikationsdetail/?tx_wwt3shop_detail%5Bpr-duct%5D=165&tx_wwt3shop_detail%5Baction%5D=index&tx_wwt3shop_detail%5Bcontroller%5D=Products&cHash=1da4477099ff2510f382d4d0962723e9 (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

25 So auch *Meier,* in: Walsh/Pniewski/Kober/Armbrost, Evidenzorientierte Kriminalprävention in Deutschland, 2018, S. 643 (660).

vor. Diskussionen um die Prävention und Bewältigung der Kriminalität junger Menschen ist vielfach reich an ideologischen Argumenten und arm an empirischen Befunden. Infolgedessen werden Interventionen selten gezielt, bewusst und indikationsgestützt eingesetzt. Vielmehr reagieren sie häufig in einem Trial-and-Error-Verfahren darauf, was zuvor schiefgegangen ist.[26] Immer wieder läuft man deswegen konzeptlos Problematiken hinterher, statt diese frühzeitig zu erkennen und sich ihnen rechtzeitig entgegenzustellen. Es entstehen daraus kosten- und ressourcenintensive Verläufe des systematischen Scheiterns, die den jungen Menschen selbst mehr schaden als nutzen. Nötig wäre also belastbares empirisches Wissen darüber, welche Maßnahmen bei früh beginnenden Störungen des Sozialverhaltens und früh einsetzender Delinquenz als Intervention geeignet und notwendig sind.

4. Systematische Schließung empirischer Wissenslücken

Eben daran fehlt es: Die Liste der Lücken im Bestand des Wissens ist nach wie vor lang. Forschung, ob und unter welchen Umständen Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe indiziert sind und inwiefern sie ihre Ziele erreichen, fehlt weitgehend. Methodisch hochwertige Studien zur Zielerreichung, zum Verlauf und zur Effektivität familien- und jugendstrafrechtlicher Interventionen sind gleichermaßen Mangelware.[27] Neuere belastbare Daten, welche Interventionen bei (straffälligen) Kindern und Jugendlichen aus kriminologischer, pädagogischer, jugendpsychologischer und jugendpsychiatrischer Sicht geeignet und notwendig sind, liegen nicht vor. Die letzte größere quantitative Untersuchung zu den Effekten erzieherischer Hilfen in Deutschland wurde 1995 abgeschlossen.[28] Das spätere Projekt zur „Wirkungsorientierten Jugendhilfe“[29] erbrachte als Längsschnittanalyse[30] keine statistisch abgesicherten Ergebnisse zu Effektstärken einzelner Interventionen. Vielmehr konzentrierte es sich in der Interpretation seiner Wirkungsanalysen auf die Prozesswahrnehmung der Betroffenen, auf professionelle Einstellungen und Interaktionskompetenzen beim Fachpersonal der Jugendhilfe sowie auf die organisatorische Rahmung des Hilfeprozesses.[31] Verschärft wird diese defizitäre Lage noch dadurch, dass sich in den letzten Jahren und Jahrzehnten wesentliche wissenschaftliche Fortschritte ergeben und neue Untersuchungsmethoden in den Lebenswissenschaften durchgesetzt haben. Das Repertoire der Untersuchungsmöglichkeiten – etwa in der funktionellen Bildgebung – hat sich stark verändert. Für die Behandlung von posttraumatischen Belastungsstörungen und anderen Traumafolgestörungen, die bei delinquenten Jugendlichen häufig festzustellen sind,[32] gibt es mittlerweile evidenzbasierte Leitlinien,[33] die kontinuierlich weiterentwickelt werden. Ganz ähnliches gilt für die Behandlung von Störungen des Sozialverhaltens und von Aufmerksamkeitsdefizitstörungen („S3-Leitlinien“). Gesellschaftliche Veränderungen im Zusammenhang mit der Digitalisierung und der Nutzung von Social Media haben schließlich neue Gefährdungs- und Tatkontexte, aber auch neue Interventionsmöglichkeiten entstehen lassen. Die Auswirkungen konsekutiver Krisen werden zunehmend empirisch untersucht.[34]

Einer der Gründe für die Lücken im empirischen Wissensbestand liegt in den unterschiedlichen Ressortzuständigkeiten der Forschungsförderung: Erforderlich wären Förderressourcen über Ressortgrenzen hinweg – etwa für Modellversuche und deren verständige interdisziplinäre Evaluation. Der 1991 von der Volkswagenstiftung ausgeschriebene Förderschwerpunkt „Recht und Verhalten“[35], der in zwei Förderphasen bis zum Anfang des jetzigen Jahrhunderts reichte, erbrachte mit einem mittleren zweistelligen Millionenbetrag wichtige Bausteine in der Rechtstatsachenforschung und der Klärung rechtsbezogener empirischer Grundlagen.[36] Seit dieser Zeit gab es in Deutschland keine vergleichbare Förderung interdisziplinärer Studien. Anders als in der Gesundheits- und Bildungsforschung – dort sind die Zuständigkeiten zwischen der Ressortforschung und der generellen Forschungsförderung durch das BMBF klar geregelt – gibt es noch nicht einmal eine klare Zuständigkeitsverteilung für interdisziplinäre Forschung im Schnitt- und Grenzbereich von Life Sciences, Gesundheitsforschung und (Straf-)Rechtwissenschaft. Die typische Orientierung von projektbezogenen Forschungsförderungen an Legislaturperioden wider-

26 Zur Sanktionseskalation im Jugendstrafrecht vgl. *Heinz*, Sekundäranalyse empirischer Untersuchungen zu jugendkriminalrechtlichen Maßnahmen, deren Anwendungspraxis, Ausgestaltung und Erfolg, 2019, S. 1621, 1873, 1896 sowie *Bliesener/Thomas,* in: FS-Ostendorf, 2015, S. 73 ff.

27 Anders ist dies etwa in der Schweiz, wo es mehrere Modellversuche und Langzeitverlaufsprojekte gibt, die nicht nur auf die Legalbewährung, sondern auch auf Gesundheit, beruflichen und schulischen Erfolg abstellen. Vgl. hierzu *Schmid et al.*, Abschlussbericht für den Fachausschuss für die Modellversuche und das Bundesamt der Justiz – Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse und Erkenntnisse des Modellversuchs Abklärung und Zielerreichung in stationären Massnahmen, 2013, online abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/smv/modellversuche/evaluationsberichte/maz-schlussbericht-d.pdf (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

28 *Schmidt et al.,* Effekte erzieherischer Hilfen und ihrer Hintergründe, 2002, online abrufbar unter: https://ikj-mainz.de/wp-content/uploads/sites/3/2019/12/JES-Abschlussbericht.pdf (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

29 Vgl. *Albus et al*., Wirkungsorientierte Jugendhilfe, 2010, online abrufbar unter: https://www.uni-bielefeld.de/fakultaeten/erziehungswissenschaft/arbeitsgruppen/ag8/Evaluation-wirkungsorientierte-Jugendhilfe_Abschlussbericht.pdf (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

30 Vgl. *Albus et al.,* Wirkungsorientierte Jugendhilfe, S. 145 ff.

31 Vgl. *Albus et al.,* Wirkungsorientierte Jugendhilfe, S. 154 ff.

32 *Kerig et al.,* Journal of Child & Adolescent Trauma 2012, 129 ff.; *Carrion/Steiner,* Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry 2000, 353 ff.

33 *Schäfer et al.,* Posttraumatische Belastungsstörung, 2019, online abrufbar unter: https://register.awmf.org/assets/guidelines/155-001l_S3_Posttraumatische_Belastungsstoerung_2020-02_1.pdf (zuletzt abgerufen am 5.7.2024); vgl. dazu auch Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF), Auswahl und kritische Bewertung der Evidenz, 2024, online abrufbar unter: https://www.awmf.org/regelwerk/auswahl-und-kritische-bewertung-der-evidenz (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

34 *Fegert*, European Child & Adolescent Psychiatry 2024, 1 ff.; *Fegert/Deetjen*, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 2023, 89 ff.; *Fegert et al.,* Psychosoziale Umschau 2023, 16 ff.; für einen Überblick siehe: *Gossmann et al*., Nervenheilkunde 2023, 685ff.

35 *Hof*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1997, 247 ff.

36 *Haft/Hof/Wesche*, Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts, 2001.

spricht zudem der Notwendigkeit längsschnittlicher Untersuchungen, die für die Beantwortung von Entwicklungs- und Interventionswirksamkeitsfragen dringend geboten wären.

5. Keine Verengung der Diskussion auf das Jugendstrafrecht

Erkennt man Präventionsdefizite und möchte man evidenzbasiert Gegenmaßnahmen bestimmen, ist in einem Folgeschritt zu entscheiden, wie das entsprechende Interventionsprogramm rechtlich organisiert werden soll. Keineswegs fordern aufgedeckte Defizite nämlich zwingend Nachbesserungen und Ausweitungen des (Jugend-)Strafrechts. Kriminalprävention ist vielmehr eine Aufgabe aller Teilrechtsordnungen[37] – vorliegend also auch des Kinder- und Jugendhilferechts sowie des Familienrechts.

Für eine Absenkung des Strafmündigkeitsalters und damit eine Ausweitung des Anwendungsbereichs jugendstrafrechtlicher Interventionen könnte allerdings sprechen, dass dadurch früher entschlossen auf kritische Entwicklungen reagiert wird. Im Hintergrund stünde die Annahme, dass die anderen Teilrechtsordnungen kriminalpräventive Aufgaben nicht oder nicht hinreichend zuverlässig erfüllen. Dem setzte man die Verlässlichkeit des Jugendstrafverfahrensrechts – namentlich die dortige Geltung des Legalitätsgrundsatzes und die mit ihm verbundene grundsätzliche Interventionspflicht bei begangenen Straftaten – entgegen. Ungünstige Lerneffekte aus dem Zuwarten und Erfahrungen der Folgenlosigkeit von Normverstößen könnten so gerade in einem Alter, in dem sich das Verhalten noch stark an den drohenden Handlungsfolgen orientiert,[38] vermieden werden. Ein bisweilen von der Strafrechtspraxis beklagtes Abwarten bis zur Strafmündigkeit würde früher als bislang aufgefangen. Im besten Fall wären fortschreitend ungünstige Entwicklungen frühzeitig und dadurch bedingte schnelle Sanktionseskalationen unmittelbar nach dem Erreichen der Strafmündigkeitsgrenze zu verhindern. Dabei könnte auf der Rechtsfolgenseite ein weitgehender Gleichlauf des Jugendstrafrechts mit dem Kinder- und Jugendhilferecht hergestellt werden. Ähnlich wie in der Schweiz wäre es denkbar, im strafrechtlichen Verfahren bei bestimmten Tätergruppen allein Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe umzusetzen.[39] Repressiv ausgerichtete Sanktionen des Jugendstrafrechts – namentlich Zuchtmittel (§§ 13 ff. JGG) und erst recht die Jugendstrafe (§§ 17 f. JGG) – könnten an eine höhere Altersgrenze geknüpft werden.[40] Gegen eine solche „strafrechtliche Lösung" sprechen jedoch möglicherweise Labeling-Effekte[41] sowie wenige und teils unklare empirische Befunde zu den generalpräventiven Strafrechtswirkungen.[42] Regelungstechnisch wäre schließlich zu bedenken, dass mit der Verlässlichkeit des Strafverfahrensrechts auch Flexibilitätseinbußen aus dessen verfahrensrechtlichen Gewährleistungen einhergehen. Dies könnte sich als Hemmschuh für rasche und passgenaue Interventionen erweisen.

Solche Nachteile könnten möglicherweise mit einer „familienrechtlichen Lösung" vermieden werden. Erforderlich wäre es dafür, Maßnahmen des Familienrechts zuverlässig zur Anwendung zu bringen – etwa indem dem Kindeswohlbegriff mehr als bisher eine kriminalpräventive Funktionalität zugeschrieben wird. Denkbar wäre es, die Vermeidung jugendstrafrechtlicher Sanktionen zunehmend als Teil des Kindeswohls und Ziel familienrechtlicher Interventionen zu begreifen.[43] Pate könnte ein Regelungsvorschlags aus dem Jahr 1998 stehen, der vorsah, bei Straftaten von Minderjährigen eine Kindeswohlgefährdung gesetzlich zu vermuten.[44] Folge man einem solchen Lösungsweg, bräuchte es jedoch mehr als bislang Kollisionsregelungen:[45] Entscheidungen darüber, in welchen Fällen für junge Menschen – auch vor dem Hintergrund der Strafzwecke jenseits der Spezialprävention – eine strafrechtliche Reaktion geboten wäre, dürften jenseits jugendtypischer Bagatellkriminalität einerseits und schwerer Straftaten andererseits kaum eindeutig zu treffen sein. Gleichgültig welches Regelungsmodell man verfolgt, sind Interferenzen und Regelungslücken zwischen den Teilrechtsordnungen zu vermeiden. Maßgebliche Perspektive muss die Leistungsfähigkeit des gesamten Versorgungssystems sein. Erste Hinweise für unterschiedliche Lösungsstrategien könnten rechtsvergleichende Studien – namentlich im deutschsprachigen Rechtsraum – geben.

III. Verantwortungsbewusstes Ringen um die beste Lösung

Der Perspektivwechsel auf die Effektivität des gesamten Versorgungssystem schafft rechtspolitische Gestaltungsspielräume. Wie sie genutzt werden, sollte das Ergebnis einer rechtspolitischen Entscheidung sein, die besonnen und ohne ideologische Scheuklappen die Vor- und Nachteile einzelner Lösungswege gegeneinander abwägt. Kinder, die früh zu Straftätern werden und sich häufig in eine ausweglose Situation hineinmanövrieren, hätten ebenso wie die Geschädigten ihrer Handlungen, die nicht selten gleichaltrig oder noch jünger sind, eine unaufgeregte Diskussion verdient.

---

37 Vgl. *Baur/Holle/Reiling*, JZ 2019, 1025.

38 Siehe dazu etwa *Graber*, Entwicklung in der Adoleszenz, MSD Manual, 2023, online abrufbar unter: https://www.msdmanuals.com/de-de/profi/p%C3%A4diatrie/wachstum-und-entwicklung/entwicklung-in-der-adoleszenz (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

39 Vgl. hierzu *Fegert/Fegert*, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2023, 166 ff.

40 Die Strafmündigkeit in der Schweiz liegt bei 10 Jahren (Art. 3 Abs. 1 CH-JStG), Freiheitsentzug ist jedoch erst ab 15 Jahren bzw. 16 Jahren vorgesehen (Art. 25 CH-JStG).

41 *Damm* et al., Lowering the minimum age of criminal responsibility: Consequences for juvenile crime and aducation, 2017, online abrufbar unter: https://pure.au.dk/ws/files/118094764/wp17_10.pdf (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

42 Vgl. zusammenfassend *Hirtenlehner/Reinecke/Stemmler*, MschrKrim 2023, 73 ff.; *Hirtenlehner*, MschrKrim 2020, 221 ff.

43 Vgl. *Matzke/Fritsch,* FPR 2012, 459 (461); *Burghart* in BeckOGK-BGB, Stand: 1.5.2024, § 1666 Rn. 74.

44 Vgl. BR-Drs. 645/98.

45 Der Gesetzgebungsvorschlag Bayerns ist seinerzeit wegen gesetzessystematischer Bedenken nicht weiterverfolgt worden, vgl. *Hinz*, ZRP 2000, 107 (113).

Nachdrücklich ist vor dem Trugschluss zu warnen, es sei mit einem schlichten Federstrich bei der Strafmündigkeitsgrenze, aber ohne neue Forschung und ohne dadurch angestoßene Veränderungen im gesamten Interventions- und Versorgungssystem, irgendetwas Positives zu erreichen. Will man die Diskussion um das Strafmündigkeitsalter von zu Ideologien verhärteten Vorannahmen – egal in welche Richtung diese weisen – befreien, müssen die Grundlagen für verantwortungsbewusste rechtspolitische Entscheidungen geschaffen werden. Eine vorausschauende Rechtspolitik, die eine Ausrichtung an Evidenz nicht nur als hohlen Selbstanspruch vor sich herträgt,[46] müsste dazu bereit sein. Ein interdisziplinärer Förderschwerpunkt oder wenigstens eine breit angelegte Langzeitstudie zur Prävention und Bewältigung der Kriminalität junger Menschen unter den heutigen Lebensbedingungen hätte dafür ein Schritt in die richtige Richtung sein können.

[46] Vgl. dazu den Koalitionsvertrag der Ampelparteien, „Mehr Fortschritt wagen“, 2021, S. 86.

Zur Strafbarkeit von Aufnahmeritualen bei Spezialeinheiten mit nicht lebensgefährlichen beziehungsweise nicht schweren Verletzungsfolgen am aktuellen Fallbeispiel „Mobiles Einsatzkommando (MEK) Leipzig“

von Marius Luciano, LL.M.[*]

Abstract
Der Autor beleuchtet ausgehend von einem aktuellen Ermittlungsverfahren zu einem sogenannten Aufnahmeritual bei einer polizeilichen Spezialeinheit aus Sachsen die strafrechtliche Einordnung solcher Rituale, die mit nicht erheblichen Verletzungsrisiken für die Teilnehmer einhergehen. Im Kern geht es bei diesen Konstellationen spätestens mit Eintritt eines Verletzungserfolgs um die Rechtsfrage nach einer rechtfertigenden Einwilligung in die Körperverletzung. Insoweit soll untersucht werden, ob im Einzelfall einzig die objektive Gefährlichkeit einer solchen Handlung rechtsgutsbezogen die Sittenwidrigkeit begründen kann, oder, ob in solchen Fällen hilfsweise die Menschenwürde als Sittenwidrigkeitsgrenze bei § 228 StGB herangezogen werden darf, sofern man denn im Einzelfall von einer Freiwilligkeit der Einwilligung im Rahmen einer etwaigen Gruppendynamik ausgehen kann.

Based on a current criminal investigation into an initiation ritual at a special police force in Saxony, the author examines if the performance of such rituals which are not associated with significant risks of injury for the participants can be classified as a criminal offence. In essence, these constellations involve the legal question of justifiable consent to bodily harm at the latest when an injury occurs. In this respect, it will be examined whether, in individual cases, only the objective dangerousness of such an act can justify the violation of public policy in relation to the legal interest, or whether, in such cases, human dignity may alternatively be used as the threshold relating to the violation of public policy in regards to Section 228 StGB, provided that it can be assumed in individual cases that consent is voluntary in the context of any group dynamics.

I. Einleitende Ausführungen

1. Fallbeispiel „MEK Leipzig“ (Mobiles Einsatzkommando)

Das eingangs erwähnte Ermittlungsverfahren aus Sachsen, das Anlass für diese Untersuchung ist, wird von der Generalstaatsanwaltschaft Dresden gegen insgesamt 25 Beschuldigte geführt, wovon die meisten Beschuldigten Mitglieder des Mobilen Einsatzkommandos (MEK) Leipzig sind.

Der dabei im Raum stehende Tatvorwurf lautet nach einer Pressemitteilung der Generalstaatsanwaltschaft Dresden insbesondere auf gefährliche Körperverletzung im Amt sowie Diebstahl mit Waffen beziehungsweise Beihilfe zu diesen Taten. So sollen Mitglieder des besagten Kommandos im Dezember 2020 im Wege eines von der Generalstaatsanwaltschaft sog. Aufnahmerituals und auf Weisung eines Gruppenführers sowie mit Billigung eines ebenfalls anwesenden Kommandoführers mehrere Schüsse aus polizeilichen Übungswaffen mit nicht tödlicher sog. „Simunition“ auf zwei neue Kommandomitglieder abgegeben haben. Bei dieser Veranstaltung sei dann eines der beiden Neumitglieder mehrfach getroffen worden und habe Hämatome erlitten, die vor Ort von einer ebenfalls beschuldigten Polizeiärztin versorgt worden sein sollen.[1]

2. Das Wesen von Spezialeinheiten

Bevor sich der strafrechtlichen Betrachtung des obigen Sachverhalts beziehungsweise vergleichbarer Sachverhalte zugewandt wird, soll zunächst ein kurzer Exkurs das Wesen von Spezialeinheiten und ihrer Mitglieder skizzenhaft näherbringen, wie es sich aus polizeilichen Quellen erschließt.

Polizeivollzugsbeamte in Spezialeinheiten, wie zum Beispiel MEK, SEK sowie GSG9 sehen sich in ihrem Tätigkeitsbereich als Elite im Vergleichsfeld der Polizeivollzugsbeamten insgesamt. Dieses Selbstverständnis wird bereits ausdrücklich in den behördlichen Erläuterungen zu diesem Thema manifestiert. Exemplarisch heißt es so zum Beispiel in Nordrhein-Westfalen, dass Spezialeinheiten zur professionellen Bewältigung schwierigster Konfliktlagen oder zur Festnahme bewaffneter oder besonders gewaltbereiter Straftäter eingesetzt werden, wenn unter anderem für Zugriffs- und Schutzmaßnahmen speziell für diese Aufgaben geschulte und ausgestattete Einsatzkräfte erforderlich sein sollten.[2] Und auch bei der Bundespolizei ist bei der Bewerbung zur GSG9 vom „nächsten Schritt“

---

* *Marius Luciano* ist selbstständig tätiger Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter für Strafrecht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW. Ein Schwerpunkt ist die Strafverteidigung mit polizeilichen Bezügen. Er vertritt ebenfalls einen Beschuldigten im hier gewählten Fallbeispiel, das ausdrücklich nur anhand öffentlich bekannter Informationen rechtlich beleuchtet wird.

1 Vgl. Pressemitteilung der Generalstaatsanwaltschaft Dresden vom 13.4.2022, online abrufbar unter: https://www.medienservice.sachsen.de/medien/news/1042757 (zuletzt abgerufen am 14.1.2024).

2 Vgl. Beschreibung der Spezialeinheiten auf der Homepage der Polizei Nordrhein-Westfalen, online abrufbar unter: https://polizei.nrw/artikel/spezialeinheiten (zuletzt abgerufen am 14.1.2024).

für den Beamten die Rede, mit dem die Bereitschaft verbunden sei, sich der Herausforderung dieser Ausbildung zu stellen.[3] Das gilt ebenso für das hier exemplarisch im Fokus stehende MEK Leipzig, das in Sachsen laut Polizei unter anderem „zur Bekämpfung von Straftaten der Schwerstkriminalität eingesetzt" werde sowie „bei Durchsuchungen und Festnahmen von gefährlichen Verbrechern".[4]

All das verdeutlicht, dass die Mitglieder von Spezialeinheiten im Einsatz lebensgefährlichen Situationen ausgesetzt sein können, sodass – neben minutiös einstudierten praktischen Abläufen – ein hohes Maß an wechselseitigem Vertrauen im Einsatzfall gegeben sein muss. Zweifelsfrei sind daher unter anderem Teambuilding-Maßnahmen innerhalb der Einheit wichtig, wie man Aufnahme- oder Gruppenrituale dem Grunde nach und losgelöst vom vorliegenden Einzelfall auch nennen könnte. Die Rechtsfrage ist jedoch unabhängig von der Bezeichnung solcher Maßnahmen, ab wann diese – auch vor dem Hintergrund der herausfordernden Aufgaben von Spezialeinheiten – nicht mehr nur die Gemeinschaft stärkend, sondern vielmehr sogar mit Blick auf den einzelnen Beamten strafbar, oder aber zumindest dienstpflichtwidrig und daher mit dem Beamtenstatusgesetz unvereinbar.

3. Rechtsprechung zu sog. Aufnahmeritualen bei der Polizei

Für deutsche Spezialeinheiten der Polizei sind gerichtliche und damit öffentlichkeitswirksame Aufarbeitungen von sog. Aufnahmeritualen die Ausnahme. Speziell strafrechtliche Verurteilungen konnten insoweit gar nicht ermittelt werden.

Erwähnenswert sind hier aber zumindest Aufnahmerituale bei einem SEK aus dem Jahr 2015 in Nordrhein-Westfalen. Die von der zuständigen Generalstaatsanwaltschaft als straffrei beurteilten Sachverhalte fanden Eingang in die jeweiligen Einstellungsverfügungen gemäß § 170 Abs. 2 StPO, die wiederum im Nachgang Eingang in Entscheidungen des *VG Düsseldorf* über dienstrechtliche Sanktionen gefunden haben, sodass die Verfügungen öffentlich geworden sind und vorliegend wörtlich zitiert werden können:

„Die Zeugen sollten jeweils auf dem Boden vor einem sitzenden Kommandomitglied kniend ein aus einer Tsatsiki-Knoblauch-Chili-Mischung hergestelltes Eis essen, welches ekelerregend schmeckte und das sich zwischen den Oberschenkeln eines der Kommandomitglieder befand (wobei nicht geklärt werden konnte, ob das Eis im Bereich der Knie gehalten [so der Zeuge F.] oder des Schritts geklemmt [so der Zeuge T.] war. Der Zeuge F. übergab sich beim Versuch Eis zu essen."[5]

„In der ersten Nacht wurden die Zeugen F. und T. von zwei der Beschuldigten aufgefordert, sich vor dem Schlafengehen mit Handfesseln an die Kiste zu ketten. Dieser Aufforderung kamen die Zeugen nach. Da die Sicherungsknöpfe an den Handfesseln nicht gedrückt wurden, konnten sich die Zeugen für das Schlafen die Handfesseln abnehmen. Einer der Zeugen schlief im Bett, der andere auf dem Boden des Hotelzimmers. Die Zimmertür hatten die Zeugen von innen versperrt."[6]

Vorstehende Sachverhalte veranschaulichen somit, welche Verhaltensweisen bei sog. Aufnahmeritualen jedenfalls in Nordrhein-Westfalen Mitte der 2010er Jahre als dienst-, aber nicht strafrechtlich zu sanktionieren erachtet worden sind, was vorliegend zumindest ein Anhaltspunkt ist, was von einer Einwilligung gemäß § 228 StGB im Rahmen sog. Aufnahmerituale noch wirksam erfasst wird.

II. Strafrechtliche Einordnung polizeilicher Aufnahmerituale mit Bezügen zum Fallbeispiel „MEK Leipzig" vor dem Hintergrund der Sittenwidrigkeit im Sinne von § 228 StGB

Da die Generalstaatsanwaltschaft Dresden mit Blick auf das derzeit aktuelle Fallbeispiel „MEK Leipzig" laut Pressemitteilung von einem jedenfalls auch strafrechtlich relevanten Aufnahmeritual ausgeht, kündigt sich insoweit teilweise Neuland für die Strafrechtspraxis an. Diesbezüglich stellt sich nämlich mit Blick auf § 228 StGB womöglich erstmals innerhalb einer Hauptverhandlung die Rechtsfrage nach einer rechtfertigenden Einwilligung in eine Körperverletzungshandlung im Rahmen eines polizeilichen Aufnahmerituals, wozu die Grenzen der Sittenwidrigkeit in solchen Fällen zu bestimmen sein werden.

Diese Rechtsfrage soll hier mit Blick auf das Fallbeispiel „MEK Leipzig" – soweit der Sachverhalt allgemein bekannt ist – sowie allgemein für vergleichbare Handlungen im Kontext polizeilicher Veranstaltungen beantwortet werden.

1. Freiwilligkeit des Rechtsgutsinhabers als Voraussetzung einer jeden Einwilligung in eine Körperverletzungshandlung

Losgelöst vom Einzelfall ist für die rechtfertigende Wirkung einer Einwilligung des Rechtsgutsinhabers in die Verletzung seiner körperlichen Integrität erforderlich, dass diese freiwillig erfolgt. Das bedingt eine freie Entscheidung, also eine Entscheidung frei von Willensmängeln – Drohung, Täuschung, Erklärungsirrtum[7] – seitens einer einsichts- und urteilsfähigen Person.[8] Fehlt es daran

---

3 Vgl. Beschreibung der Spezialeinheit „GSG9" auf der Homepage der Bundespolizei, online abrufbar unter: https://www.bundespolizei.de/Web/DE/05Die-Bundespolizei/04Einsatzkraefte/GSG9-neu/02-Der-Weg/Bewerbung/bewerbung_node.html (zuletzt abgerufen am 14.1.2024).

4 Vgl. Beschreibung des Mobilen Einsatzkommandos (MEK) auf der Homepage der Polizei Sachsen, online abrufbar unter: https://www.polizei.sachsen.de/de/9829.htm (zuletzt abgerufen am 3.2.2024).

5 Vgl. *VG Düsseldorf*, Urt. v. 22.3.2018, 35 K 10700/16.O – Rn. 6.

6 Vgl. *VG Düsseldorf*, Urt. v. 22.3.2018, 35 K 10700/16.O – Rn. 6.

7 Vgl. *Heger,* in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 228 Rn. 8.

8 Vgl. *Grünewald,* in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. (2023), § 228 Rn. 1.

und damit an einer Wirksamkeit der Einwilligung, kommt es auf eine etwaige Sittenwidrigkeit der jeweiligen Behandlung schon nicht mehr an.[9] Die Frage wiederum, ob eine Entscheidung frei von solchen Willensmängeln vorliegt, ist anhand der Gesamtumstände des Einzelfalls zu ermitteln, wobei bei der tatrichterlichen Würdigung den Angaben des Rechtsgutsträgers naturgemäß besondere Bedeutung zukommen dürfte.

Betrachtet man von diesem allgemeinen Grundsatz ausgehend das beim Fallbeispiel „MEK Leipzig" gegenständliche Szenario, im Rahmen dessen laut Pressemitteilung der Generalstaatsanwaltschaft Dresden ein Neumitglied des Kommandos mit einer Übungswaffe beschossen worden sei und Hämatome davongetragen habe, so wirft *Windsberger* zu diesem konkreten Fallbeispiel die allgemein zu beantwortende Frage auf, wie einvernehmlich „beschämende, bloßstellende Rituale" sein können, die in einem hierarchischen Machtverhältnis von einem Vorgesetzten angeordnet und durchgeführt werden, dem die untergeordneten Dienstgrade zu gehorchen haben?[10].

Die von *Windsberger* gewählte Formulierung geht hinsichtlich des Fallbeispiels „MEK Leipzig" von der Annahme aus, dass das konkrete Szenario eines Beschusses mit Übungsmunition – egal, ob gewollt oder als mögliche Nebenfolge in Kauf genommen – für die in das Kommando aufzunehmenden Beamten „beschämenden" oder „bloßstellenden" Charakter gehabt haben soll, was dann, so wohl die Intention der Autorin, niemand ernstlich freiwillig wollen kann.

Die Annahme *Windsbergers* mag für entsprechend demütigende Behandlungen im Einzelfall zutreffen. Wann jedoch von einem „beschämenden" oder „bloßstellenden" Charakter einer Handlung auszugehen ist, ist wiederum eine Frage des Blickwinkels. Beim konkreten Fallbeispiel „MEK Leipzig" ist diese Unterstellung jedenfalls nicht als auf der Hand liegend zu bezeichnen.

Ruft man sich das eingangs erwähnte Einsatzprofil von Spezialeinheiten in Erinnerung und das Selbstverständnis ihrer Mitglieder, unter anderem eine besondere Einsatzhärte in besonderen Gefahrensituationen aufzuweisen, so ist ein Selbstbild zu unterstellen, dass genau diesen Anforderungen entspricht.

Betrachtet man das Fallbeispiel „MEK Leipzig" aus diesem Blickwinkel, so könnte man positiv formuliert anhand der Gesamtumstände eher unterstellen, dass die Neumitglieder mit einer solchen Aktion Anerkennung von der Gruppe erfahren sollten, jedenfalls aber keine Bloßstellung. Bloßstellenden oder beschämenden Charakter haben aus guten Gründen nur rein demütigende Aktionen, wie es in den oben geschilderten Fällen bei einem SEK aus NRW im Jahr 2015 der Fall war, als Neumitglieder unter anderem ein zwischen den Beinen eines Kommandomitglieds eingeklemmtes Eis essen mussten, was ganz offensichtlich als sexuelle Demütigung intendiert war.

Unabhängig davon, ob man nun im Einzelfall von einer anerkennenden, bloßstellenden oder schlicht wertungsfreien Intention einer wie auch immer gestalteten Aktion innerhalb einer Gruppe ausgehen wollte, so wäre jedenfalls zu hinterfragen, inwiefern sich der einzelne Beamte in einer solchen Situation, die mutmaßlich stets von einem Vorgesetzten herbeigeführt worden ist, freiwillig für oder gegen eine Teilnahme entscheiden kann.

Nach der Rechtsprechung setzt eine wirksame Einwilligung in eine gefährliche Körperverletzung voraus, dass sie mit vollem Verständnis der Sachlage erteilt worden ist und der Einwilligende namentlich eine zutreffende Vorstellung vom voraussichtlichen Verlauf und den möglichen Folgen des zu erwartenden Angriffs hatte; er muss bei der Herausforderung die nötige Urteilskraft und Gemütsruhe besitzen, um die Tragweite seiner Erklärung zu erkennen und das Für und Wider verständig gegeneinander abzuwägen.[11]

Im Fallbeispiel „MEK Leipzig" geht es um den Umgang mit polizeilichen Neumitgliedern in einer Spezialeinheit, nachdem sie zuvor die dafür notwendige fachliche Eignung in der Erprobung unter Beweis gestellt hatten. Das bedeutet unter anderem, dass sie als Polizeibeamte mutmaßlich im Umgang mit den fraglichen Übungswaffen und der Wirkungsweise der Übungsmunition auf den Körper vertraut gewesen sein dürften. Ebenso bedeutet das, dass bei einem Polizeibeamten als bekannt unterstellt werden kann, dass solche Waffen gerade deshalb im Einsatztraining verwendet werden, weil mit ihnen eine möglichst lebensnahe Situation simuliert werden kann. Es ist somit anzunehmen, dass die teilnehmenden Beamten vor dem Beschuss in ihre Richtung – unabhängig davon, ob etwaige Treffer erklärtes Ziel der Beteiligten waren – wussten, welche Folgen mit einem Treffer auf den Körper verbunden sein können. Ein anderes Ergebnis wäre an dieser Stelle lebensfern.

Ausgehend von dem unterstellten Umstand, dass die Beteiligten des Fallbeispiels „MEK Leipzig" die Tragweite ihrer Teilnahme erkannt haben und sich mit den Folgen möglicher Treffer abgefunden haben dürften, beantwortet das wiederum noch nicht die Frage, ob die Teilnahmeentscheidung gleichwohl autonom getroffen worden ist. Auch wenn hier kein demütigendes Szenario unterstellt werden kann, das wiederum eine fehlende Freiwilligkeit indizieren würde, so ist jedenfalls doch noch dem Einwand von *Windsberger* nachzugehen, dass eine mögliche Körperverletzung von den neuen Kommandomitgliedern unter Umständen nur aufgrund ihrer hierarchischen Position innerhalb der Gruppe als alternativlos erduldet worden sein könnte.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass polizeiliche oder militärische Hierarchien Widerspruch grundsätzlich erschweren, was letztlich auch der Funktionsfähigkeit im Einsatz geschuldet sein dürfte. Zudem sind gruppendyna-

[9] Vgl. *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), § 228 Rn. 8.
[10] Vgl. *Windsberger*, jM 2022, 343 (345).
[11] Vgl. *BGH*, Urt. v. 12.10.1999 – 1 StR 417/99.

mische Prozesse sicherlich ebenfalls ein Faktor, der bei sogenannten Gruppen- oder Aufnahmeritualen Einfluss auf die Teilnehmer haben und diese im Einzelfall bei ihrer Entscheidungsfindung beeinflussen kann. Insoweit ist zu eruieren, ab wann nicht mehr von der Freiwilligkeit der Einwilligung im Sinne von § 228 StGB auszugehen sein soll.

Teile der Literatur gehen davon aus, dass eine Einwilligung aufgrund fehlender Freiwilligkeit erst dann unwirksam zustande gekommen sei, wenn sie auf Zwang, mithin Drohung oder Gewalt, zurückzuführen sein sollte, also die Voraussetzungen einer rechtswidrigen Nötigung erfüllt sein sollten.[12]

An anderer Stelle wird demgegenüber vertreten, dass die Nötigungsqualität nicht zwingend erreicht werden müsse, um eine Verletzung der Entscheidungsfreiheit bejahen zu können.[13]

Da es mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz letztendlich einer trennscharfen Handhabung zu dieser Frage bedarf, erscheint die erstgenannte Ansicht vorzugswürdig, da mit dem Erfordernis, dass Zwang im Sinne einer Nötigung auf den Einwilligenden ausgeübt worden sein muss, um dessen Freiwilligkeit bei der Einwilligung zu beseitigen, eine definierbare Grenze für den Rechtsanwender ausgemacht ist. Anhand dieser klar definierbaren Grenze kann gegenüber dem Beschuldigten nachvollziehbar dargelegt werden, warum er sich im Einzelfall nicht auf die rechtfertigende Wirkung einer unter diesen Umständen abgegebenen Einwilligung berufen kann. Zwischentöne unterhalb dieser Grenze verbieten sich nicht zuletzt auch mit Blick auf den Zweifelsgrundsatz.

Überträgt man dieses Ergebnis nun auf das Fallbeispiel „MEK Leipzig“ und das dort im Raum stehende sog. Aufnahmeritual, so drängen sich aus den allgemein bekannten Informationen keine Anzeichen dafür auf, dass Dritte die aufzunehmenden Beamten mit einem empfindlichen Übel oder mit Gewalt im Sinne von § 240 StGB zur Teilnahme genötigt hätten.

Allgemein lässt sich ferner konstatieren, dass ein polizeiliches Hierarchiegefälle, ein etwaiges Missempfinden oder eine wie auch immer zu definierende Gruppendynamik in einer zum Fallbeispiel „MEK Leipzig“ vergleichbaren Situation innerhalb einer Sondereinheit nicht die Freiwilligkeit mit Blick auf § 228 StGB beseitigen können, wenn die Schwelle zur Nötigung noch nicht überschritten worden sein sollte. Das im Einzelfall einmal unterstellte, bloße Einfließen solcher Umstände in den Willensbildungsprozess reichte danach jedenfalls nicht aus.

Dabei ist für die Bewertung des Vorliegens oder Nichtvorliegens der Freiwilligkeit einer wenn auch nur konkludent durch Teilnahme erklärten Einwilligung in ein Gruppen- oder Aufnahmeritual der jeweilige Tatzeitpunkt maßgeblich. Erst später erfolgte Angaben zur Motivation zu einer Teilnahme sind jedenfalls nicht so beweiskräftig, wie das unmittelbare Verhalten der Teilnehmer zum Tatzeitpunkt, da später auch Überlegungen des einzelnen Beamten einfließen könnten, sich innerhalb eines disziplinar- oder strafrechtlichen Verfahrens einen Vorteil zu verschaffen. Was das Fallbeispiel „MEK Leipzig“ anbelangt, so wird sich das Tatgericht für den Fall der Hauptverhandlung hauptsächlich mit den Angaben der wohl beschossenen Beamten zu befassen haben, wenn es um die Ergründung der etwaigen Freiwilligkeit einer Einwilligung in ein sog. Aufnahmeritual geht, das mit einer körperlichen Integrität einhergeht.

2. Der Sittenwidrigkeitsbegriff im Sinne von § 228 StGB

Ausgehend von einer einmal unterstellten Freiwilligkeit ist sich mit Blick auf das Fallbeispiel „MEK Leipzig“ mit der Rechtsfrage zu befassen, ob das konkrete Tatgeschehen mutmaßlich gegen die guten Sitten im Sinne von § 228 StGB verstoßen hat. Dazu ist zunächst zu bestimmen, ab wann allgemein von der Sittenwidrigkeit einer Handlung im Sinne von § 228 StGB auszugehen ist, bevor diese Grundsätze auf das Fallbeispiel „MEK Leipzig“ beziehungsweise auf polizeiliche Aufnahmerituale allgemein übertragen werden können.

a) Status quo innerhalb der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit im Sinne von § 228 StGB

Für den strafrechtlichen Sittenwidrigkeitsbegriff war im deutschen Strafrecht lange die sogenannte Mensur-Entscheidung[14] prägend, auf die die weit verbreitete Formel zurückgeht, dass sittenwidrig sei, was nach dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ strafwürdiges Unrecht ist.[15]

Allerdings ist das „Anstandsgefühl“ nach *Schlehofer* kein empirisch fassbares Faktum, sondern ein normativer Maßstab, der seinerseits erst bestimmt werden müsste.[16] An diesen Umstand knüpft seit jeher eine in der Literatur geäußerte Kritik an. So hat *Wieacker* bereits 1961 kritisch geäußert, dass das Verhältnis des Richters zu den sittlichen Werten des Rechts wiederum untrennbar mit der eigenen Moral des Richters verbunden sei, was zu einer überflüssigen „richterlichen Standesethik“ führen könne.[17] Diese Kritik ist überzeugend von *Sternberg-Lieben* fortgeschrieben worden, der 2004 ausgeführt hat, dass es eine bedenkliche Vermischung der Trennung von Recht und Moral gebe, wenn mit dem sogenannten Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden die Sozialmoral als eine Art „Ersatzgesetzgeber“ herangezogen werde, die wiederum letztlich den Vorstellungen des Rechtsanwenders, sprich des Richters, selbst entspreche.[18] Insoweit sei § 228 StGB letztlich eine unzulässige Bevormundung in Form eines „aufgedrängten Schutzes des

12 Vgl. m.w.N. *Grünewald,* in: LK-StGB, § 228 Rn. 9.
13 Vgl. *Hauck,* in: AnwK-StGB, 3. Aufl. (2020), Vorb. zu § 32 Rn. 16.
14 Vgl. *BGH*, Urt. v. 29.1.1953 – 5 StR 408/52.
15 Vgl. *BGH,* NJW 1953, 473 (475).
16 Vgl. *Schlehofer,* in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 1. Aufl. (2020), § 40 Rn. 48.
17 Vgl. *Wieacker*, JZ 1961, 337 (341).
18 Vgl. *Sternberg-Lieben*, JuS 2004, 954 (955).

Freiverantwortlichen vor sich selbst".[19] *Heger* sieht ebenfalls diese Problematik und folgert daraus, dass die „Konturenlosigkeit" des Merkmals der „guten Sitten" dazu führen müsse, es strikt auf den Kerngehalt des Rechtsguts der §§ 223 ff. StGB zu beziehen.[20]

Diesem Grundproblem lässt sich ebenfalls nicht die Zwecktheorie entgegenhalten, die eine Einschränkung über § 228 StGB in denjenigen Fällen als geboten erachtet, in denen mit der Körperverletzungshandlung ein sittlich missbilligter Zweck verfolgt werde, was dazu führen würde, dass nicht die körperliche Unversehrtheit als Schutzgut der §§ 223 ff. StGB im Mittelpunkt stehe, sondern etwaige andere Rechtsgüter, die unter Umständen mittelbar berührt werden.[21] Diese Entfernung vom Rechtsgutsschutz führte wiederum zu Abgrenzungsproblemen, insbesondere bei geringfügigen Verletzungen.[22] Insofern wäre auch bei der Zwecktheorie auf die vorstehend als nicht fassbar kritisierten Maßstäbe einer Sozialmoral zurückzugreifen, um die Sittenwidrigkeitsgrenze im Einzelfall zu definieren.

Die vorstehend nur exemplarisch dargestellten Literaturstimmen bringen die Kernproblematik der moralisierenden Formel vom Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden beziehungsweise der darauf aufbauenden Zwecktheorie auf den Punkt.

Die Rechtsprechung des *BGH* hat die kritischen und zugleich überzeugenden Literaturstimmen gleichwohl erst in den 2000er Jahren in verschiedenen Entscheidungen berücksichtigt und sich damit nach *Grünewald* zusammenfassend weitgehend auf die Linie der herrschenden Literaturansicht begeben, sodass von einer Kehrtwendung hin zu einer rechtsgutsbezogenen Interpretation des Sittenverstoßes gesprochen werden könne.[23]

So hat der *2. Strafsenat* 2004 unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des *3. Strafsenats* von 2003[24] klargestellt, dass es für die Sittenwidrigkeit einer Tat im Sinne des § 228 StGB grundsätzlich auf die Art und das Gewicht eines Körperverletzungserfolgs und den Grad einer damit möglicherweise einhergehenden Lebensgefahr ankomme, weil „generalpräventiv-fürsorgliche Eingriffe des Staates in die Dispositionsbefugnis des Rechtsgutsinhabers" nur im Falle gravierender Verletzungen zu legitimieren seien.[25] Das sei erforderlich, um dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens zu genügen.[26]

Mit der vorstehenden Entscheidungslinie hat der *BGH* eine rechtsgutsbezogene Definition der Sittenwidrigkeit im Sinne von § 228 StGB geschaffen, die objektivierbar ist. Nach *Hardtung* bedeute das zusammenfassend für die Prüfung von § 228 StGB, dass geprüft werden müsse, ob die Körperverletzung „wegen des Gewichts des Rechtsgutsangriffs durch Verursachung der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung" als „sittenwidrig" erscheine.[27] Mit diesem Ansatz komme es nach *Bock* somit auf die Ziele und Beweggründe des Täters nicht mehr an, was eigentlich der gesetzlichen Regelung zuwiderlaufe.[28] Gleichwohl sieht *Bock* diesen Ansatz im Ergebnis als vorzugswürdig an,[29] was auch von *Kühl* so bewertet wird, wenngleich er anmerkt, dass man mit der allgemeinen Lebensgefährlichkeit als Einwilligungssperre zwar zum obersten Lebensschützer werde, dies gleichwohl aber ohne Legitimation und gegen den Willen der Betroffenen (Opfer und Täter).[30] *Gropp* fasst diese Entwicklung zutreffend so zusammen, dass der *BGH* das Merkmal der Sittenwidrigkeit abgeschafft und es unbewusst sowie sachgerecht durch das Merkmal der Dispositionsbefugnis ersetzt habe.[31] Das überzeugt unter Verweis auf *Engländer* bereits deshalb, weil schlicht nicht ersichtlich ist, warum irgendwelchen moralischen Anschauungen der „billig und gerecht Denkenden" Vorrang vor der Freiheit des Einzelnen zur Gestaltung seiner eigenen Rechtssphäre zukommen sollte.[32]

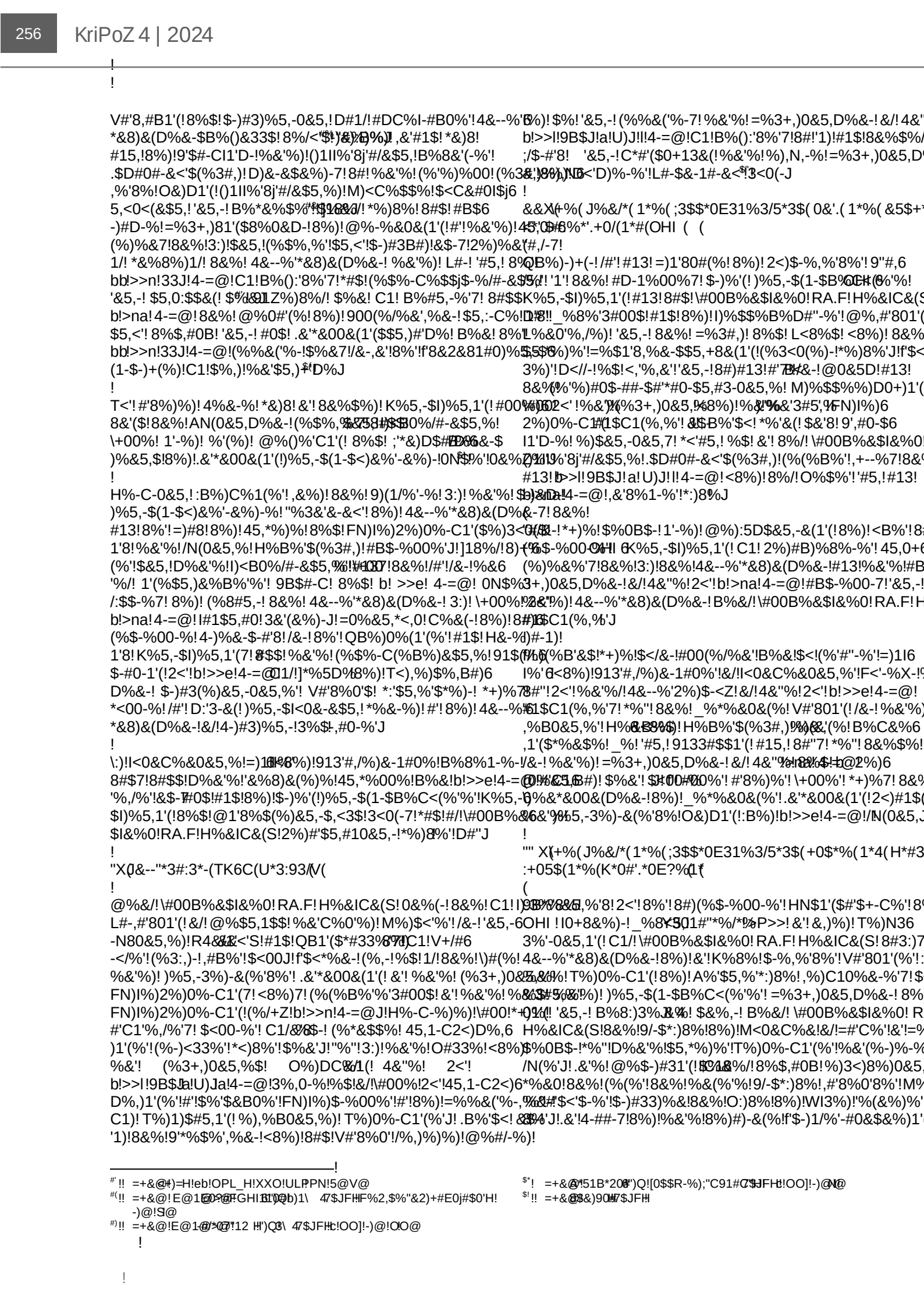
Dem vorstehenden Ansatz der Rechtsprechung, der von der herrschenden Lehre getragen wird,[33] stehen jedoch jüngere Entscheidungen des *BGH* gegenüber, die bei der Auslegung des Sittenwidrigkeitsbegriffs eine gewisse Abkehr von der rein rechtsgutsbezogenen Herangehensweise erkennen lassen, was wiederum in der Literatur auf Kritik stößt.[34]

Gemeint ist eine Entscheidung des *3. Strafsenats* aus dem Jahr 2015 unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des *1. Strafsenats* (2013),[35] wonach bei Auseinandersetzungen rivalisierender Gruppen im Rahmen verabredeter Schlägereien die solchen Tätlichkeiten innewohnende Eskalationsgefahr zu berücksichtigen sei, wenn es an eingrenzenden Regeln oder an der effektiven Durchsetzbarkeit etwaiger Absprachen fehle. In diesen Fällen verstoßen die Taten trotz der Einwilligung der Verletzten selbst dann gegen die guten Sitten, wenn mit den einzelnen Körperverletzungserfolgen keine konkrete Todesgefahr verbunden gewesen sein sollte.[36]

Zusammenfassend wird mit vorstehender Rechtsprechung § 231 StGB die gesetzliche Wertung entnommen, dass die jeder Schlägerei immanente Eskalationsgefahr die Wirksamkeit der Einwilligung gem. § 228 StGB ausschließe, was nach *Bock* die oben bereits erwähnte, bevormundende

---

19 Vgl. *Sternberg-Lieben,* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 228 Rn. 2.
20 Vgl. *Heger,* in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 228 Rn. 10.
21 Vgl. *Engländer,* in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 228 Rn. 3.
22 Vgl. *Fischer*, StGB, § 228 Rn. 9.
23 Vgl. *Grünewald,* in: LK-StGB, § 228 Rn. 19.
24 Vgl. *BGH*, Urt. v. 11.12.2003 – 3 StR 120/03.
25 Vgl. *BGH*, Urt. v. 26.5.2004 – 2 StR 505/03; BGHSt 49, 166-177, Rn. 19.
26 Vgl. a.a.O., Rn. 16.
27 Vgl. m.w.N. *Hardtung*, medstra 2020, 137 (138).
28 Vgl. *Bock*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2021), 5. Kap. Rn. 92.
29 Vgl. a.a.O.
30 Vgl. *Kühl*, NJW 2009, 1155 (1159).
31 Vgl. *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2001), § 5 Rn. 99.
32 Vgl. *Engländer* in: Matt/Renzikowski, StGB, § 228 Rn. 2.
33 Vgl. m.w.N. *Bock*, StrafR AT, 5. Kap. Rn. 91.
34 Vgl. exemplarisch *Petry/Zöller* in: AnwK-StGB, § 228 Rn. 5.
35 Vgl. *BGH*, Urt. v. 20.2.2013 – 1 StR 585/12.
36 Vgl. *BGH*, Urt. v. 22.1.2015 – 3 StR 233/14; BGHSt 60, 166-187.



würde im Kontext einer Körperverletzung ansonsten strafrechtlich allgemein gebilligt wird:

So sehen sich beispielsweise Sexualpartner bei einvernehmlichen sadomasochistischen Praktiken, die allgemeinbekannt von teils erheblichen Erniedrigungen im Sinne von Verletzungen der Menschenwürde geprägt sind, keiner Strafverfolgung ausgesetzt. Diese privaten Gepflogenheiten werden nach einer thematisch einschlägigen *BGH*-Entscheidung rechtsgutsbezogen nur dann strafrechtlich relevant, wenn sie einen der Teilnehmer in die Gefahr des Todes bringen sollten.[48]

Und selbst im Rahmen öffentlichkeitswirksamer Darbietungen im Fernsehen gehören teils erhebliche Verletzungen der Menschenwürde im Rahmen einer Körperverletzungshandlung zum Sendungskonzept. Die Kommerzialisierung der Verletzung der Menschenwürde wird gesellschaftlich sowie strafrechtlich gebilligt – so abstoßend es einem auch erscheinen mag.

Eines dieser aktuell kritisierten Fernsehformate läuft derzeit auf dem deutschen Privatsender *ProSieben*: "Balls – Für Geld mach ich alles“. Dort lassen Menschen erniedrigende Handlungen gegen Geld über sich ergehen, nachdem sie bei einer sukzessiv weiter steigenden Geldsumme als Angebot für eine meist erniedrigende „Aufgabe“ irgendwann per Buzzer freiwillig in die zu ertragende Handlung einwilligen. Zur Veranschaulichung sei ein Beispiel für eine körperverletzende Behandlung aus diesem Format geschildert, das der Menschenwürde keinen Raum lässt: Einem Kandidaten ist vor laufender Kamera der Hinterkopf rasiert worden, woraufhin er die abgeschnittenen Haare in den Mund nehmen und runterwürgen musste, anschließend hat man ihm einen Hodensack auf die freigelegte Stelle am Hinterkopf tätowiert.[49]

Wollte man indes die Menschenwürdeverletzung nur selektiv für bestimmte Berufs- und/oder Bevölkerungsgruppen heranziehen, um die Sittenwidrigkeit einer Handlung im Sinne von § 228 StGB zu begründen, stellte das unter Verweis auf obige Beispiele eine verfassungsrechtlich unzulässige Ungleichbehandlung vor dem Gesetz dar.

Eine sachgerechte Abstufung bei der rechtlichen Bewertung des Verhaltens von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst und solchen Arbeitnehmern, die ihm nicht angehören, beziehungsweise allen anderen Bevölkerungsgruppen, schafft insoweit in einem ausreichenden Maß das Dienstrecht mit den im Zweifel zu veranlassenden und teilweise sehr empfindlichen Disziplinarmaßnahmen. Es bedarf also nicht immer der *ultima ratio* des Strafrechts, damit der Staat wirkungsvoll die Missbilligung eines Verhaltens zum Ausdruck bringen kann.

[48] Vgl. *BGH*, NJW 2004, 2458 (2459) – *BGH*, Urt. v. 26.05.2004, 2 StR 505/03.

[49] Vgl. *Rützel*, Alles an dieser Show ist hässlich, Spiegel, 6.5.2020, online abrufbar unter: https://www.spiegel.de/kultur/tv/balls-fuer-geld-mach-ich-alles-auf-prosieben-alles-an-dieser-show-ist-haesslich-a-c4710740-e767-4b1d-b2a0-2d9e15b46bf3 (zuletzt aufgerufen am 26.01.2024).

Airport Fast Lanes als strafbare Korruption?

von Dr. Sebastian Wollschläger und
*Prof. Dr. Mark A. Zöller**

Abstract
Derzeit wird lebhaft über die Frage diskutiert, ob die Einrichtung und Nutzung von sog. Fast Lanes an deutschen Verkehrsflughäfen als strafbare „Beschleunigungskorruption" nach den §§ 331 ff. StGB strafbar ist. Im vorliegenden Beitrag wird herausgearbeitet, dass sich das Warteschlangenmanagement („Lining") vor den eigentlichen Sicherheitskontrollen nicht als hoheitliche Aufgabe darstellt und die Wahrnehmung dieser Aufgabe keine Amtsträgerstellung für die Flughafenbetreiber zu begründen vermag. Für eine Korruptionsstrafbarkeit fehlt es somit schon an der erforderlichen Tatsubjektsqualität. Ungeachtet dessen gebietet auch der allgemeine Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) keine Abfertigung der Passagiere nach dem Prinzip „first come, first served".

There is currently a lively debate as to whether the establishment and use of so-called fast lanes at German commercial airports is covered as punishable "acceleration corruption" by Sections 331 et seq. of the German Criminal Code (StGB). In this article, it is shown that queue management ("lining") before the actual security checks is not a sovereign task and therefore does not justify any official position by airport operators. This means that the required quality of the subject of the offense is lacking with regard to criminal liability for corruption. Irrespective of this, the general principle of equality under Article 3 (1) of the German Basic Law (GG) does not require passengers to be processed according to the "first come, first served" principle.

I. Vorbemerkungen

1. Fast Lanes – Betriff und Phänomen

Der Begriff der Fast Lane stammt aus dem Englischen und dort ursprünglich aus dem Bereich des Straßenverkehrs. Er bezeichnet traditionell denjenigen Teil der Straße, auf dem sich die schnell fahrenden Fahrzeuge fortbewegen.[1] Auf solche „Überholspuren" wird aber auch im deutschen Sprachraum im übertragenen Sinne rekurriert, um einen bestimmten Lebens- und Arbeitsstil zu charakterisieren. Wer sich auf der Fast Lane bewegt, dem wird ein besonders geschäftiger, aufregender und risikoreicher Lebensstil zugeschrieben.[2] Es handelt sich um Personen, die für sich den Wahlspruch „Zeit ist Geld"[3] in Anspruch nehmen, bei denen Zeit also eine derart wertvolle Ressource ist, dass sie zur Verkürzung von unproduktiver Warterei auch zur Zahlung von zusätzlichen Entgelten bereit sind. Auf diese Kundenklientel hat der Markt längst reagiert. Im privatwirtschaftlichen Bereich gehört es zum Alltag, dass man gegen Zahlung eines Aufpreises zeitlich bevorzugt Behandlungen, Dienstleistungen oder Nutzungsmöglichkeiten in Anspruch nehmen kann. So bieten etwa Onlinehändler sowie Versandunternehmen gegen Zahlung eines erhöhten Entgelts deutlich schnellere Zustellungen an, Freizeitparks lassen Besucher mit einem Fast Pass ohne lange Wartezeiten in ihre Attraktionen und Privatpatienten bekommen in Arztpraxen häufig deutlich schnellere Behandlungstermine. Auch an Flughäfen sind sog. Fast Lanes national wie international seit Langem gängige Praxis. Passagiere, die diesen Service nutzen, können lange Wartezeiten vor den Sicherheitskontrollen vermeiden, indem sie einen eigenen Zugang vor dem Anstellbereich erhalten, der sie unmittelbar zur Personen- und Gepäckkontrolle führt. So bietet etwa die Lufthansa an zahlreichen Flughäfen diesen Service ihren Gästen in der First- und Business-Class sowie den HON Circle, Senator und Star Alliance Gold Mitgliedern an.[4]

2. Unterschied zwischen Slot-Reservierungssystemen und Fast Lanes

Allerdings unterscheiden sich die verschiedenen, an deutschen Verkehrsflughäfen praktizierten Modelle, die im allgemeinen Sprachgebrauch unter dem Begriff der „Fast- oder Priority-Lane" zusammengefasst werden, in der Praxis teilweise erheblich. An manchen Flughäfen bestehen auch verschiedene Angebote nebeneinander. Überwiegend handelt es sich dabei um kostenfreie *Timeslot-Reservierungssysteme* mit Namen wie „BER Runway" oder „FRA Smartway". Auf der Webseite des anbietenden Flughafenbetreibers kann hier jeder Flugpassagier online, ohne Bezahlung und unabhängig von seiner Buchungsklasse frühestens 48 bis 72 Stunden und spätestens eine Stunde vor seinem Abflug einen Slot im 15-Minuten-Takt (z.B. 10.15, 10.30 oder 10.45 Uhr) für den Zugang zu einer gesonderten Bordkartenkontrolle buchen. Dieser

* *Dr. Sebastian Wollschläger* ist Fachanwalt für Strafrecht und Steuerrecht sowie Partner der Kanzlei Gercke Wollschläger in Köln. *Prof. Dr. Mark A. Zöller* ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung sowie Geschäftsführer des Instituts für Digitalisierung und das Recht der Inneren Sicherheit (IDRIS) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 Vgl. Begriffsbestimmung der „fast lane", Cambridge Dictionary, online abrufbar unter: https://dictionary.cambridge.org/de/worterbuch/englisch/fast-lane (zuletzt abgerufen am 10.7.2024).
2 S. Definition von „fast lane", Collins Dictionary, online abrufbar unter: https://www.collinsdictionary.com/de/worterbuch/englisch/fast-lane (zuletzt abgerufen am 10.7.2024).
3 Zu dessen Ursprung *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 m. Fn. 1.
4 https://www.lufthansa.com/de/de/security-fast-lanes.

Timeslot für die Bordkartenkontrolle muss einen gewissen zeitlichen Abstand vor der eigentlichen Abflugzeit aufweisen, wobei für Destinationen außerhalb des Schengen-Raumes meist mehr Vorlaufzeit (60 bis 90 Minuten) einzuplanen ist. Solche Slotbuchungssysteme ermöglichen aber keinen unmittelbar verkürzten Zugang zur Sicherheitskontrolle und damit auch von vornherein keine taugliche Gegenleistung für einen Vorteil i.S. der Korruptionsdelikte. Sie dienen vielmehr der Optimierung der Prozesse am Flughafen, indem insbesondere die personellen Kapazitäten der privaten Sicherheitsdienstleister an den Sicherheitskontrollen auf das jeweilige Passagieraufkommen abgestimmt werden können. Ziel ist insoweit schlicht die Verringerung der Menge an zu kontrollierenden Passagieren in den Spitzenzeiten („De-Peaking") durch Kapazitätssteuerung. Auch durch bessere Kapazitätsauslastung verkürzen sich allerdings im Ergebnis Wartezeiten für die Passagiere.

Bezugspunkt einer strafrechtlichen Beurteilung können demgegenüber nur *„echte" Fast- oder Priority-Lanes* sein, bei denen die Passagiere gegen Bezahlung einer zusätzlichen Gebühr im Einzelfall, durch Buchung eines Flugtickets ab der Business-Class aufwärts oder als Statusmitglieder einer Airline tatsächlich den Vorteil eines eigenen Zugangs mit verkürzter Warteschlange vor den Sicherheitskontrollen in Anspruch nehmen dürfen. Diese sind an den deutschen Verkehrsflughäfen allerdings die Ausnahme. Meist ist dabei das Warteschlangenmanagement so ausgestaltet, dass die zur Nutzung der Fast Lane berechtigten mit den nicht zur Nutzung berechtigten Passagieren erst unmittelbar vor der Kontrollspur zusammentreffen und sich dort im Reißverschlussverfahren auf Anweisung sog. Line Manager einreihen. Bis zu der Kontrollspur sind die Fast Lane-Passagiere also bevorzugt. Die eigentliche Kontrolle läuft anschließend für alle Passagiere nach gleichen Maßstäben ab. Allerdings können die Fast Lanes im Regelfall auch von mobilitätseingeschränkten Passagieren oder Familien mit Kindern (kostenfrei) genutzt werden. Zudem handhaben die Flughäfen die Nutzung faktisch so, dass gerade zu Spitzenzeiten mit hohem Passagieraufkommen die Fast Lanes mit nicht berechtigten Passagieren aufgefüllt werden, um eine gleichmäßige Auslastung der Kontrollspuren zu gewährleisten.[5]

3. Fast Lanes als Anwendungsfall einer sog. „Beschleunigungskorruption"

Seit kurzem wird lebhaft über die Frage diskutiert, ob und inwieweit sich Einrichtung und Nutzung solcher „echten" Fast Lanes strafrechtlich durch die Korruptionsdelikte der §§ 331 ff. StGB erfassen lassen.[6] Ausgangspunkt ist ein Beitrag von *Zimmermann* und *Stolz*,[7] in dem die Autoren folgendes Modell zur Begründung einer strafbaren Amtsträgerkorruption entwerfen: Die Verantwortlichen der Airlines machen sich wegen Bestechung (§ 334 StGB) strafbar, weil sie, gedeckt von einer entsprechenden (Unrechts-)Vereinbarung, Geldzahlungen an die Betreiber von Verkehrsflughäfen leisten. Im Gegenzug dafür ermöglichten die Flughafenbetreiber denjenigen Airlinekunden, die (z.B. als Passagiere der First oder Business Class) hierfür ein erhöhtes (Ticket-)Entgelt bezahlen, die Nutzung von Fast Lanes oder Priority Lanes. Damit können diese Kunden längere Wartezeiten vor der eigentlichen Sicherheitskontrolle vermeiden. Für die Flughafenbetreiber komme dann korrespondierend eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit (§ 332 StGB) und für die Passagiere durch ihren „systemerhaltenden Beitrag" eine Beihilfestrafbarkeit in Betracht.[8]

---

5 Vgl. *Kroner*, Keine Beschleunigungskorruption bei Nutzung von Fast Lanes, LTO v. 3.5.2024, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/korruption-nutzung-passagiere-fast-lane-flughafen-flugverkehr/ (zuletzt abgerufen am 10.7.2024).

6 S. etwa *Eiselin*, Sind Fast Lanes bei Sicherheitskontrollen illegal?, aeroTELEGRAPH v. 5.4.2024, online abrufbar unter: https://www.aerotelegraph.com/sind-fast-lanes-bei-den-sicherheitskontrollen-an-flughaefen-illegal (zuletzt abgerufen am 10.7.2024); *Meyer-Schilf*, Bevorzugung: Strafrechtler hält Fast Lane am Flughafen für Korruption, Neue Osnabrücker Zeitung v. 17.4.2024, online abrufbar unter: https://www.noz.de/deutschland-welt/politik/artikel/sind-fast-lanes-vor-sicherheitskontrollen-am-airport-korruption-46836108 (zuletzt abgerufen am 10.7.2024); *Heinemann*, Können benachteiligte Passagiere Gleichberechtigung einklagen?, LTO v. 19.4.2024, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/fast-lane-flughafen-airport-klage-gleichbehandlung-passagier-gericht/ (zuletzt abgerufen am 10.7.2024); *Below*, Flughafen: Jurist kritisiert Priority Lanes – „Korruption", Neue Rhein/Neue Ruhr-Zeitung v. 21.4.2024, online abrufbar unter: https://www.nrz.de/staedte/duesseldorf/article242147948/Flughafen-Duesseldorf-Verstossen-Fast-Lanes-gegen-das-Gesetz.html (zuletzt abgerufen am 10.7.2024); *Yilmaz*, Ist Fast Lane eine Form der Korruption?, fvw Travel Talk v. 23.4.2024, online abrufbar unter: https://www.fvw.de/touristik/verkehr/sicherheitskontrollen-am-airport-ist-fast-lane-eine-form-der-korruption-242535 (zuletzt abgerufen am 10.7.2024); *Kroner*, Keine Beschleunigungskorruption bei Nutzung von Fast Lanes, LTO v. 3.5.2024; *Wollschläger/Zöller*, Fast and Furious im Flughafenterminal, LTO v. 4.7.2024, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/fast-lanes-keine-korruption-warteschlange-flughafen-olg-koeln-bestechung/ (zuletzt abgerufen am 10.7.2024).

7 JZ 2024, 233 ff.; eine Kurzfassung des Textes findet sich als Gastbeitrag in der Legal Tribune Online v. 30.3.2024, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/korruption-fast-lane-flughafen-airport-airline-passagier-k/ (zuletzt abgerufen am 9.7.2024).

8 Lediglich für „Altfälle" ziehen *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (241) bei den Passagieren „aufgrund der bislang unkritisch geduldeten Praxis" die Annahme eines nach § 17 StGB zu behandelnden Verbotsirrtums in Betracht.

II. Amtsträgerstellung

1. Fehlende Anwendbarkeit von § 299 StGB

Diese Argumentation steht und fällt mit der zentralen Annahme, dass es sich bei den Entscheidungsträgern der deutschen Verkehrsflughäfen, die für die Einrichtung und den Betrieb von Fast Lanes verantwortlich sind, um *Amtsträger* i.S.d. §§ 331 ff. StGB handelt. Zwar sind Bestechung und Bestechlichkeit in § 299 StGB grundsätzlich auch im privatwirtschaftlichen Verkehr unter Strafe gestellt. Eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift kommt jedoch nach zutreffender Ansicht allein deshalb nicht in Betracht, weil die Vorteilsgewährung an den Geschäftsinhaber bzw. die mit dessen Zustimmung erfolgte Vorteilsgewährung nicht strafbar ist.[9] Darüber hinaus liegt in dem ggf. schnelleren Vorlassen eines First- oder Business-Class-Passagiers zur Sicherheitskontrolle auch keine Bevorzugung bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb.[10]

Die somit allein in Betracht kommenden Korruptionsdelikte der §§ 331 ff. StGB setzen durchweg voraus, dass ein Vorteil als Gegenleistung für die Handlung eines *Amtsträgers* gewährt wird. Da die Entscheidungsträger der *als juristische Personen organisierten deutschen Verkehrsflughäfen*, also z.B. Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder oder GmbH-Geschäftsführer, entweder von vornherein keine Beamten im statusrechtlichen Sinne sind oder, z.B. bei Ministerialbeamten, die als Vertreter öffentlich-rechtlicher Anteilseigner in den Aufsichtsrat entsandt werden, von vornherein nicht bei ihren Dienstaufgaben mit den Fast Lanes befasst sind, kommt für sie insoweit lediglich eine *Amtsträgerstellung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB* in Betracht. Dazu müssten sie dazu bestellt sein, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen. Um die für die Fast Lanes an deutschen Verkehrsflughäfen Verantwortlichen als Amtsträger einstufen zu können, sind somit die folgenden *drei Voraussetzungen* zu erfüllen: *erstens* die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, *zweitens* deren Wahrnehmung bei oder im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle und *drittens* das Vorliegen eines Bestellungsaktes seitens einer Behörde oder sonstigen Stelle als Grundlage.[11] *Zimmermann* und *Stolz* halten diese Anforderungen für gegeben. Sie gehen vom Vorliegen eines untrennbaren normativen Zusammenhangs zwischen Warteschlangen- und Sicherheitskontrollbereich sowie einer faktischen Delegation des Zuführungsmanagements[12] auf die Flughafenbetreiber aus. Außerdem behalte sich die Bundespolizei in der Praxis ein faktisches Weisungsrecht für den Warteschlangenbereich vor.[13] Dies alles spreche dafür, dass die Flughäfen hierbei iSv § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. Dann widerspreche der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG der Einrichtung von Fast Lanes, da Hoheitsträger zwingend an den Grundsatz „first come, first served“ gebunden seien.[14] Diese Annahmen sind bei näherer Betrachtung erheblichen Bedenken ausgesetzt.

2. Aufgaben öffentlicher Verwaltung

a) Allgemeines

Das Warteschlangenmanagement (sog. Lining) vor den Sicherheitskontrollen müsste somit zunächst eine *hoheitliche Aufgabe* darstellen. Generell nehmen Akteure Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr, wenn die Tätigkeit aus der Staatsgewalt abgeleitet ist und staatlichen Zwecken dient.[15] Dies beinhaltet insbesondere den Bereich der Eingriffsverwaltung, also den hoheitlichen Eingriff in die Rechte von Bürgern, auch wenn Privatpersonen mit der Befugnis zur Ausübung hoheitlicher Anordnungs- und Zwangsgewalt beliehen sind.[16] Dass die deutschen Flughafenbetreiber als *juristische Personen des Privatrechts* (z.B. Fraport AG, Flughafen Berlin Brandenburg GmbH oder Flughafen München GmbH) organisiert sind,[17] ist insoweit unerheblich, da es nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB auf die zur Aufgabenerfüllung gewählte Organisationsform nicht ankommt.[18] Allein aus der privatrechtlichen Rechtsform bei der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben kann somit nicht auf die fehlende Amtsträgereigenschaft der handelnden Personen geschlossen werden.[19]

b) Der Ablauf am Flughafen

Will man verlässlich klären, ob das Warteschlangenmanagement eine staatliche oder eine private Aufgabe darstellt, muss man den Gesamtkomplex der Sicherheitskontrollen an deutschen Verkehrsflughäfen in den Blick nehmen. Typischerweise läuft der Aufenthalt an einem Verkehrsflughafen für Passagiere heute so ab, dass man nach Betreten des Flughafengebäudes von der Landseite im Abflugterminal zunächst mit der elektronischen Flugbuchung beim Check-in-Schalter oder -Automaten seine Bordkarte erhält, sofern man nicht schon zu Hause online eingecheckt und die Bordkarten digital auf dem Smartphone oder ausgedruckt mitgebracht hat. Beschränkt man sich nicht auf bloßes Handgepäck, folgt sodann die Gepäckaufgabe und man begibt sich zu den Sicherheitskon-

---

9 Vgl. *BGH,* NStZ 2022, 413 (414) m. Anm. *Corsten/Reichling*; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 299 Rn. 19; *Dannecker/Schröder*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. (2023), § 299 Rn. 71; *Rönnau*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. (2024), 5. Teil, 2. Kap. Rn. 40 ff.; *Gaede*, in: NK-WSS, 2. Aufl. (2022), § 299 StGB Rn. 52; vgl. a. *BGH*, CCZ 2024, 82 m. Anm. *Lauterwein/Steinert*.

10 Vgl. zu den Voraussetzungen einer Unrechtsvereinbarung: *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 299 Rn. 22 ff. m.w.N.

11 *Radtke*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 11 Rn. 47.

12 *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (237).

13 *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (237).

14 *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (234).

15 BT-Drs. 7/550, 208; *v. Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, 61. Ed. (Stand: 1.5.2024), § 11 Rn. 22.

16 *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. (2023), § 27 Rn. 22; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 25. Aufl. (2024), § 59 Rn. 13.

17 *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (237).

18 Vgl. nur *BGH,* NStZ 2019, 652 (653); *Radtke*, in: MüKo-StGB, § 11 Rn. 49.

19 *Hilgendorf*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), § 11 Rn. 55; *Radtke*, in MüKo-StGB, § 11 Rn. 49; *Stein/Deiters*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. (2017), § 11 Rn. 24; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 11 Rn. 9; *Ransiek*, NStZ 1997, 519 (521).

trollen. An deren Eingang findet eine manuelle oder elektronische Bordkartenkontrolle statt, bevor man sich in die Warteschlange vor der eigentlichen Sicherheitskontrolle einreihen muss. Diese Sicherheitskontrolle dient vor allem der Überprüfung, ob die Passagiere unerlaubte Substanzen oder Gegenstände mit sich führen. Das Handgepäck und gesondert mitgeführte elektronische Geräte, Flüssigkeiten oder Jacken fahren auf Boxen („Tech-Wannen") durch ein Röntgengerät oder einen Computertomographie-Scanner. Die Passagiere werden parallel hierzu mit Sicherheitsscannern, Tor- oder Handsonden überprüft, wobei ersatzweise oder ergänzend eine manuelle Kontrolle durchgeführt werden kann. Nach erfolgreich absolvierter Sicherheitskontrolle steht für Passagiere mit Reiseziel außerhalb des Schengen-Raumes spätestens hier die Passkontrolle an. Anschließend gelangt man schließlich in den Sicherheitsbereich auf der Luftseite des Flughafens und kann sich dort zum Abfluggate begeben und den gebuchten Flug boarden. In der Praxis bilden regelmäßig die Sicherheitskontrollen das entscheidende Nadelöhr. Bei großem Passagieraufkommen, etwa zu Ferienzeiten, können sich vor den Kontrollstellen teilweise lange Schlangen bilden. Hier setzen die Fast Lanes an. Zur Verkürzung der Wartezeiten werden (vorrangig) berechtigte Passagiere über einen eigenen Eingang direkt zu einer hierfür vorgesehenen Sicherheitskontrollstation geleitet. Der eigentliche Ablauf der Sicherheitskontrolle ist allerdings für alle Passagiere gleich und grundsätzlich im gleichen Maße zeitaufwändig. Auch werden am Ende der Fast Lane in jeder Kontrollspur dieselben Geräte eingesetzt. Bei der Qualität und Intensität der Sicherheitskontrolle führt die Nutzung einer Fast Lane somit nicht zu Abstrichen.

c) Aufgabenverteilung nach dem Luftsicherheitsgesetz

Die an zivilen Verkehrsflughäfen zu treffenden Sicherheitsmaßnahmen werden in erster Linie im Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) geregelt, dessen heutige Gestalt in erheblichem Maße durch europäische Vorgaben beeinflusst ist.[20] Es kodifiziert eine gefahrenabwehrrechtliche Sondermaterie und dient ausweislich § 1 LuftSiG dem *Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des zivilen Luftverkehrs*, insbesondere vor Flugzeugentführungen, Sabotageakten und terroristischen Anschlägen. Mit dem Begriff „Sicherheit" ist dabei naturgemäß nur die *äußere Sicherheit* („Security") als Schutz vor Angriffen von außen gemeint.[21] Nicht erfasst ist die Aufgabe der Abwehr von betriebsbedingten Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs, deren Erledigung sich vor allem nach den Vorschriften des Luftverkehrsgesetzes (vgl. § 29 LuftVG) richtet.

aa) Zuständigkeit für die Sicherheitskontrollen

Das LuftSiG teilt die Aufgaben und Zuständigkeiten zum Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des zivilen Luftverkehrs zwischen der jeweils zuständigen Luftsicherheitsbehörde und dem Betreiber des Flugplatzes auf. Für die Sicherheitskontrolle der Fluggäste sowie des von ihnen mitgeführten Hand- und Reisegepäcks ist nach § 5 LuftSiG *die Luftsicherheitsbehörde* zuständig. Allerdings handelt es sich bei der Luftsicherheitsbehörde um einen *funktionalen Begriff*. *Die* Luftsicherheitsbehörde als solche gibt es nicht. Vielmehr fungieren alle Behörden als Luftsicherheitsbehörde, die Aufgaben einer Luftsicherheitsbehörde wahrnehmen. Für den Bereich der Passagier- und Gepäckkontrollen werden die Aufgaben der Luftsicherheitskontrolle nach § 5 LuftSiG iVm § 4 Bundespolizeigesetz (BPolG) an den meisten großen deutschen Verkehrsflughäfen nach Übertragung durch das Bundesministerium des Innern und für Heimat durch die Bundespolizei wahrgenommen. Dazu zählen Berlin, Bremen, Düsseldorf, Dresden, Erfurt, Hamburg, Hannover, Köln/Bonn, Leipzig/Halle, Saarbrücken und Stuttgart.[22] Am Flughafen Frankfurt am Main hat demgegenüber zum 1. Januar 2023 die Fraport AG die Steuerung der Luftsicherheitskontrollen übernommen. Auch die Zuständigkeiten an den bayerischen Verkehrsflughäfen sind abweichend geregelt. Zuständig für die Sicherheitskontrollen sind hier die Regierung von Oberbayern - Luftamt Südbayern (Flughafen München und Flughafen Memmingen) und die Regierung von Mittelfranken - Luftamt Nordbayern (Flughafen Nürnberg).[23] Auf kleineren Flughäfen erfüllen regelmäßig die Länder im Auftrag des Bundes die Luftsicherheitsaufgaben nach § 5 LuftSiG. Dass es sich bei diesen *Sicherheitskontrollen* um *hoheitliche Aufgaben* handelt, ist insoweit unbestritten.[24] Für ihre Durchführung werden von der Luftsicherheitsbehörde gem. Nr. 2 der Anlage 1 zu § 1 der Luftsicherheitsgebührenverordnung

[20] Insbesondere durch die Verordnung (EG) Nr. 2320/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Sicherheit in der Zivilluftfahrt (ABl. L 355, 1 v. 30.12.2002), die Verordnung (EG) Nr. 1138/2004 der Kommission vom 21. Juni 2004 zur Festlegung einer gemeinsamen Definition der sensiblen Teile der Sicherheitsbereiche auf Flughäfen (ABl. L 221, 6 v. 22.6.2004), die Verordnung (EG) Nr. 300/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Sicherheit in der Zivilluftfahrt und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2320/2002 (ABl. L 97, 72 v. 9.4.2008), geändert durch die Verordnung (EU) 18/2010 der Kommission vom 8. Januar 2010 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 300/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf Spezifikationen für nationale Qualitätskontrollprogramme im Bereich der Luftsicherheit in der Zivilluftfahrt (ABl. L 7, 3 v. 12.1.2010) sowie die Durchführungsverordnung (EU) 2015/1998 der Kommission vom 5. November 2015 zur Festlegung detaillierter Maßnahmen für die Durchführung der gemeinsamen Grundstandards für die Luftsicherheit (ABl. L 299, 1 v. 14.11.2015).

[21] *Buchberger*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. (2019), LuftSiG § 1 Rn. 4.

[22] https://www.bundespolizei.de/Web/DE/03Unsere-Aufgaben/03Luftsicherheit/luftsicherheit_node.html.

[23] https://www.stmb.bayern.de/vum/luft/luftsicherheit/index.php.

[24] *BGH,* NJW 2023, 691; *LG Düsseldorf,* BeckRS 2018, 19384 Rn. 18; *LG Bonn,* BeckRS 2018, 26417 Rn. 16; *v. Heintschel-Heinegg/Trüg*, in: BeckOK-StGB, § 331 Rn. 41a; *Schmid*, in: BeckOK-FluggastrechteVO, 31. Ed. (Stand: 1.7.2024), Art. 5 Rn. 172 f.; *Risse*, NJW 2018, 1397; *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (236).

(LuftSiGebV) von den Airlines derzeit Gebühren zwischen 4,50 und 10,00 Euro (ab 1.1.2025: bis zu 15,00 Euro) pro Passagier erhoben.

bb) Zuständigkeit für das Warteschlangenmanagement

Demgegenüber verpflichtet § 8 Abs. 1 S. 1 LuftSiG ausdrücklich den *Betreiber eines Flugplatzes* zu bestimmten Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz des Flughafenbetriebs vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs. Betreiber eines Flugplatzes ist derjenige, der den Antrag auf Genehmigung eines Flughafens stellt (vgl. § 40 Abs. 1 LuftVZO) und dem diese Genehmigung nach § 42 Abs. 1 LuftVZO erteilt wird. Nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LuftSiG zählt zu den von ihm zu treffenden Maßnahmen auch die Verpflichtung, Flughafenanlagen, Bauwerke, Räume und Einrichtungen so zu erstellen, zu gestalten und zu unterhalten, dass die erforderliche bauliche und technische Sicherung, die Zuführung von Passagieren und Gepäck und die sachgerechte Durchführung der personellen Sicherungs- und Schutzmaßnahmen und die Kontrolle der Bereiche der Luftseite ermöglicht werden. Zudem sind die dafür erforderlichen Flächen bereitzustellen und zu unterhalten. Ausgenommen von dieser Verpflichtung sind lediglich Geräte zur Überprüfung von Fluggästen und deren Handgepäck sowie Einrichtungen und Geräte zur Überprüfung von Post, aufgegebenem Gepäck, Fracht und Bordvorräten auf verbotene Gegenstände mittels technischer Verfahren. Damit fällt explizit auch die *Schaffung der tatsächlichen Voraussetzungen für die Zuführung von Passagieren und Gepäck zu den Sicherheitskontrollen* in die Verantwortung der Flughafenbetreiber. Dass sich § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LuftSiG lediglich auf den Bereich der baulich-technischen Gestaltung hierfür bezieht,[25] lässt sich weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der Regelung entnehmen. Der Gesetzeswortlaut spricht davon, Flughafenanlagen, Bauwerke, Räume und Einrichtungen zu bestimmten Zwecken zu erstellen, zu gestalten und zu unterhalten. Dabei ist die Zuführung von Passagieren als gleichberechtigter Zweck neben anderen Zielen wie der baulichen und technischen Sicherung genannt. Dieser Zweck ist vom Betreiber des Flugplatzes in räumlicher Hinsicht zu gestalten. „Gestalten" meint aber schon dem allgemeinen Wortsinn nach, einem Gegenstand oder Prozess eine bestimmte Form oder ein Konzept zu geben.[26] Insofern ist die Ausgestaltung und Organisation des Warteschlangenmanagements vor den Sicherheitskontrollen unproblematisch vom Wortlaut des § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LuftSiG erfasst. Auch der *BGH* geht im Bereich des Zivilrechts ganz selbstverständlich davon aus, dass es in den Aufgabenbereich des Flughafenbetreibers fällt, die Passagiere vom Check-in-Bereich zum Sicherheitsbereich zu leiten und möglichst frühzeitig einen gleichmäßigen Passagierzufluss zu den geöffneten Kontrollstationen herbeizuführen.[27] Dazu gehört auch, durch entsprechenden Einsatz von Personal und/oder die Einrichtung eines Personenleitsystems (z.B. durch das Aufstellen von Hinweisschildern oder Absperrungen) die Warteschlangen vor dem Sicherheitsbereich so zu organisieren, dass die nachfolgenden Sicherheitskontrollen möglichst reibungslos ablaufen können.[28]

Die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck des § 8 LuftSiG sprechen ebenfalls für dieses Ergebnis. Das LuftSiG soll insgesamt die Sicherheitsstandards der VO (EG) 300/2008 umsetzen.[29] Nach deren Art. 12 Abs. 1 hat jeder Flughafenbetreiber ein Programm für die Flughafensicherheit aufzustellen, es anzuwenden und fortzuentwickeln. Dieses einfachgesetzlich in § 8 Abs. 1 S. 2 bis 6 LuftSiG vorgeschriebene Luftsicherheitsprogramm muss auch Bestimmungen über die interne Qualitätssicherung enthalten. Vor diesem europarechtlich determinierten Hintergrund werden den Flugplatzbetreibern auf nationaler Ebene durch § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LuftSiG bestimmte Pflichten zur *Eigensicherung* auferlegt. Für die Inpflichtnahme der privaten Flughafenbetreiber nicht nur beim Gebäude-, sondern auch beim Warteschlangenmanagement sprechen somit handfeste praktische Erwägungen. Zum einen sind die Betreiber Inhaber des Hausrechts in den Anlagen, Gebäuden, Räumen und Einrichtungen der Flughäfen. Als solche besitzen sie ein natürliches Eigeninteresse daran, dass das Anstellen der Flugpassagiere geordnet abläuft und nicht nach dem Recht des Stärkeren oder Schnelleren in Streitigkeiten unter den Passagieren oder verstopften Wegen und Verkehrsflächen ausartet. Schließlich würde darunter auch der Betrieb weiterer Flughafeneinrichtungen sowie der Gewerbebetrieb in (z.B. an Gastronomen, Einzelhändler, Airlines, Reisebüros, Apotheker oder Dienstleister) vermieteten oder verpachteten Räumlichkeiten und damit der Flughafenbetrieb als Ganzes leiden. Zum anderen sind für die Sicherung eines Flughafens und seines Betriebs spezifische Kenntnisse über die Gegebenheiten und Abläufe erforderlich, die nur bei den Flughafenbetreibern vorhanden sind. Solche Eigensicherungsmaßnahmen können daher nur von diesen wirksam erfüllt werden.[30]

Für eine Zuständigkeit der Flughafenbetreiber für das Warteschlangenmanagement spricht auch, dass sie nach § 8 Abs. 3 S. 2 LuftSiG grundsätzlich die *Kosten* für die Sicherungsmaßnahmen zu tragen haben. Lediglich soweit der Flughafenunternehmer Räume und Flächen für die Sicherheitskontrollen der Luftsicherheitsbehörden zur Verfügung zu stellen hat, besitzt er nach § 8 Abs. 3 S. 1 LuftSiG einen Anspruch auf Erstattung seiner Selbstkosten. Die Berechnung dieser Selbstkosten richtet sich nach § 8 Abs. 3 S. 3 LuftSiG. Umfasst sind etwa Kosten für Diensträume, Parkplätze für Dienstfahrzeuge sowie die für die Passagier- und Gepäckkontrollen einschließlich der dafür benötigten Gerätschaften benötigten Flächen.[31] Die Kosten für alle weiteren Eigensicherungsmaßnahmen verbleiben demgegenüber bei den Flughafenbetreibern.

---

25 In diesem Sinne *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (237).

26 Vgl. https://www.duden.de/suchen/dudenonline/gestalten.

27 *BGH,* NJW 2023, 691 (692); ebenso *LG Bonn,* BeckRS 2018, 26417 Rn. 23; *LG Düsseldorf,* BeckRS 2018, 19384 Rn. 28.

28 *BGH,* NJW 2023, 691 (692).

29 *Buchberger*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, LuftSiG § 8 Rn. 3.

30 *Richter*, Luftsicherheit, 3. Aufl. (2012), S. 104; *Buchberger*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, LuftSiG § 8 Rn. 2.

31 Insofern entspricht es gängiger Praxis, dass die Flughafenbetreiber den Luftsicherheitsbehörden die für die Durchführung der Sicherheitskontrollen erforderlichen Flächen zuzüglich eines Abstands von 1m zur Verfügung stellen.

Aus alledem lässt sich schließen, dass das Warteschlangenmanagement nicht im Wege einer „faktischen Delegation“[32] auf die Flughafenbetreiber übertragen worden ist, sondern dass diese hierfür nach der Aufgabenverteilung durch das LuftSiG *genuin zuständig* sind. Damit lässt sich auch die These nicht aufrechterhalten, dass normativ ein untrennbarer innerer Zusammenhang zwischen der Sicherheitskontrolle und der ihr vorgeschalteten Warteschlange bestehe. Eine Aufspaltung in ein vorgeschaltetes, privatwirtschaftlich organisiertes Warteschlangenmanagement und eine hoheitliche Sicherheitskontrolle ist nicht nur gesetzlich vorgesehen,[33] sondern auch praktisch ohne weiteres möglich. Schließlich läuft es an den deutschen Verkehrsflughäfen bislang genau so ab. Das Lining wird durch Aufstellen von Absperrbändern, Einweisen von Passagieren in bestimmte Kontrollstrecken, Zurückweisung von abkürzenden oder sich vordrängelnden Passagieren etc. ausschließlich von Seiten der Flughafenbetreiber durchgeführt, die mit dieser Aufgabe teilweise wiederum private Sicherheitsdienstleister betrauen. Die Luftsicherheitsbehörden, insbesondere die an den Verkehrsflughäfen eingesetzten Beamten der Bundespolizei, kümmern sich um diese Aufgabe faktisch nicht.

d) Weisungsrecht der Bundespolizei?

Für eine normative Einheit von Warteschlangenmanagement und Sicherheitskontrolle als hoheitliche Gesamtaufgabe wird allerdings angeführt, dass sich die Bundespolizei faktisch „eine Art Weisungsrecht“ vorbehalte, das sich auch auf die Fast-Lane-Einrichtung beziehe.[34] Sofern dies tatsächlich gängige Praxis sein sollte, bewegt sich die Bundespolizei damit aber in einer rechtlichen Grauzone. Eine explizite gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Luftsicherheitsbehörden zum Eingriff in das in die Zuständigkeit der Flughäfen fallende Warteschlangenmanagement, etwa durch die Anweisung an die Line Manager der Flughäfen, bei erhöhtem Passagieraufkommen im Einzelfall zur gleichmäßigen Auslastung der Sicherheitskontrollstellen auch die Fast Lane mit nicht berechtigten Passagieren aufzufüllen, existiert nicht. Eine solche „Weisung“ könnte damit rechtlich für den Fall der Weigerung durch die Flughäfen nicht in letzter Konsequenz durchgesetzt werden. Das ist aber auch faktisch gar nicht erforderlich, weil selbst kostenpflichtige Fast Lane-Angebote so gehandhabt werden, dass dort im Bedarfsfall auch nicht berechtigte Passagiere abgefertigt werden, die z.B. in der Economy Class keinen Aufpreis für eine zeitliche Bevorzugung bezahlt haben (s. dazu die Ausführungen unter. I. 2.). Im Übrigen ist stets zu berücksichtigen, dass die Luftsicherheitsbehörde nach § 2 Nr. 5 LuftSiG die Aufgabe hat, zur Gefahrenabwehr Sicherheitsmaßnahmen der Flugplatzbetreiber nach § 8 LuftSiG anzuordnen und zu überwachen. Sie kann also beispielsweise eingreifen, wenn die Flughäfen aus ihrer Sicht zu wenig tun, um die Sicherheit des Luftverkehrs zu gewährleisten. Außerdem ist gerade die Bundespolizei nach § 1 Abs. 2 i.V.m. §§ 2, 4 BPolG generell für Aufgaben der Gefahrenabwehr auf deutschen Verkehrsflughäfen zuständig. Entstehen konkrete Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Bereich der Warteschlangen (z.B. durch randalierende Passagiere infolge eines nicht oder schlecht organisierten Linings von Seiten des Flughafens), so kann sie zu deren Abwehr nach pflichtgemäßem Ermessen stets auch im räumlichen Bereich der Warteschlangen tätig werden. Dazu zählt auch die Möglichkeit, Fast Lanes zu schließen.[35] Diese generellen Eingriffsmöglichkeiten der Luftsicherheitsbehörden sagen aber über die grundsätzlichen Zuständigkeiten am Flughafen nichts aus. Das Warteschlangenmanagement verbleibt auch in solchen Fällen als private Aufgabe im Verantwortungsbereich der privatrechtlich organisierten Betreiber.

Dieses Ergebnis hat jüngst auch der *1. Strafsenat* des *OLG Köln* in einem Urteil vom 11. Juni 2024[36] bestätigt. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren ging es um die Strafbarkeit eines bei einem privaten Sicherheitsunternehmen beschäftigten Line Managers, der an einem Flughafen für die Ordnung und Entzerrung der Warteschlangen vor den Sicherheitskontrollen zuständig war. Er hatte einem Urlauber, der im Hauptberuf Polizeibeamter war, angeboten, ihn gegen eine private Zahlung von 50 Euro an den Beginn der Schlange zu lotsen. Das *OLG Köln* verneint insoweit eine Korruptionsstrafbarkeit des Line Managers und geht im Anschluss an die zivilrechtliche Rechtsprechung des *BGH*[37] ebenfalls davon aus, dass sich aus den Regelungen des LuftSiG und des BPolG eine klare Trennung des Verantwortungsbereichs des privaten Flughafenbetreibers von dem hoheitlichen Sicherheitsbereich der Luftsicherheitsbehörde ergibt. Danach gehört die Organisation der Zuführung der Passagiere zu den Kontrollstellen vor dem eigentlichen Sicherheitsbereich, die einen möglichst reibungslosen Ablauf der Kontrollen ermöglichen soll, grundsätzlich zu den Aufgaben des Flughafenbetreibers und nicht zum hoheitlichen Aufgaben- und Verantwortungsbereich der Luftsicherheitsbehörde.[38]

3. Fehlender Bestellungsakt

Ungeachtet des nicht-hoheitlichen Charakters des Warteschlangenmanagements fehlt es für die Annahme einer Amtsträgerstellung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB aber auch an dem hierfür erforderlichen, *behördlichen Bestellungsakt*.[39] Bei einer solchen Bestellung handelt es sich grundsätzlich um einen öffentlich-rechtlichen Akt, durch

[32] So *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (237).
[33] *v. Heintschel-Heinegg/Trüg*, in: BeckOK-StGB, § 331 Rn. 41a.
[34] *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (237) unter Verweis auf einen entsprechenden Disclaimer auf der Webseite des Flughafens Düsseldorf.
[35] *v. Heintschel-Heinegg/Trüg*, in: BeckOK-StGB, § 331 Rn. 41a.
[36] Az.: 1 ORs 52/24; s. dazu auch Legal Tribune Online v. 3.7.2024: Für „einen Fuffi“ nach vorne in die Warteschlange, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olg-koeln-1ors5224-flughafen-sicherheitsmitarbeiter-warteschlange-fuffi-urlauber-versuchte-erpressung/ (zuletzt abgerufen am 10.7.2024).
[37] *BGH,* NJW 2023, 691.
[38] *OLG Köln*, Urt. v. 11.6.2004 – 1 ORs 52/24, Rn. 87.
[39] Demgegenüber wäre das ebenfalls in § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB enthaltene Kriterium der Aufgabenwahrnehmung bei einer Behörde oder sonstigen Stelle unproblematisch erfüllt; vgl. *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (240 f.).

den die in der Aufgabenwahrnehmung liegende staatliche Funktion auf den zu Bestellenden übertragen und zugleich dessen erhöhte öffentlich-rechtliche Pflichtbindung in Bezug auf die übertragenen Aufgaben konstituiert wird.[40] Dieser öffentlich-rechtliche Akt ist nicht zwingend formgebunden, sondern kann nach überwiegender Auffassung auch konkludent erfolgen.[41] Bei privaten Unternehmen genügt eine einzelvertragliche Beauftragung jedoch nicht. Die ausdrückliche oder zumindest konkludente Bestellung muss den Betroffenen vielmehr entweder zu einer über den einzelnen Auftrag hinausgehenden längerfristigen Tätigkeit heranziehen oder organisatorisch in die Behördenstruktur eingliedern.[42] Praktisch müsste somit zumindest eine Art Rahmenvertrag zwischen der Luftsicherheitsbehörde und dem Flughafenbetreiber geschlossen worden sein.[43] Dies ist aber gerade nicht der Fall.

An den deutschen Verkehrsflughäfen wird vielmehr – mit Ausnahme der bayerischen Verkehrsflughäfen[44] – die hoheitliche Aufgabe der Kontrolle von Gepäck und Fluggästen von der Luftsicherheitsbehörde durch *Beleihung nach § 16a LuftSiG* an private Sicherheitsdienstleister (sog. Luftsicherheitsassistenten) übertragen. Die Beleihung erfolgt durch Verwaltungsakt der für die Wahrnehmung der Aufgaben genuin zuständigen Behörde.[45] Teilweise werden für die Durchführungsorganisation und die Beschaffung der Sicherheitstechnik auch die Flughafenbetreiber zwischengeschaltet, die dann ihrerseits private Sicherheitsunternehmen mit der tatsächlichen Durchführung der Sicherheitskontrollen beauftragen. Ausdrückliche Verwaltungsakte, mit denen private Dienstleister über die Aufgabe der Passagier- und Gepäckkontrolle hinaus auch mit der Organisation und Durchführung des Warteschlangenmanagements beauftragt würden, existieren in der bisherigen Flughafenpraxis aber schon deshalb nicht, weil alle Beteiligten – Luftsicherheitsbehörde und Flugplatzbetreiber – bislang unisono davon ausgehen, dass das Lining nach § 8 LuftSiG in die Zuständigkeit der Flughafenbetreiber fällt. Wenn aber die Luftsicherheitsbehörde, insbesondere die Bundespolizei, auch das Warteschlangenmanagement als Teil einer hoheitlichen Gesamtaufgabe ansehen würde, müsste sie den Beleihungsakt auch hierauf erstrecken. Die von *Zimmermann* und *Stolz* postulierte „faktische Delegation“[46] der ohnehin nur vermeintlich hoheitlichen Aufgabe des Warteschlangenmanagements an die Flughafenbetreiber genügt im vorliegenden Kontext schon deshalb nicht zur Begründung einer Amtsträgerstellung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB, weil Private nicht ohne Auftrag Teil der mittelbaren Staatsverwaltung werden können. Die bloße Hinnahme einer schon bislang geübten Praxis genügt hierfür nicht.

III. Fehlende Regelwidrigkeit der Fast Lane

Ungeachtet von der fehlenden Amtsträgereigenschaft der Betreiber des Flughafens würde auch der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG – seine Anwendbarkeit einmal unterstellt[47] – der Einrichtung von (Priority-)Fast Lanes nicht entgegenstehen. Dies führt in strafrechtlicher Hinsicht dazu, dass Korruptionstatbestände wie die §§ 332, 334 StGB, die stets einen Regelverstoß voraussetzen[48], ohnehin nicht erfüllt sind.

1. Keine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG, nach dem *„alle Menschen (…) vor dem Gesetz gleich“* sind, verbietet es, gleiche Sachverhalte ungleich oder ungleiche gleich zu behandeln, es sei denn ein abweichendes Vorgehen wäre sachlich gerechtfertigt.[49] Hieraus kann geschlossen werden, dass Behörden bzw. Amtsträger ihre Angelegenheiten grundsätzlich nach dem sog. Prioritäts- oder Windhundprinzip abzuarbeiten haben.[50] Eine Ungleichbehandlung der Fluggäste könnte demzufolge darin bestehen, dass die Flughafenbetreiber die Warteschlangen vor der Sicherheitskontrolle so organisieren, dass First- und Business-Class-Passagieren ein prioritärer Zugang gewährt wird, sie damit die Sicherheitskontrolle i.d.R. schneller passieren können und daher weniger Wartezeit aufbringen müssen.

Auch eine solche Ungleichbehandlung ist jedoch zu rechtfertigen, wenn sich die Unterscheidung auf einen sachlichen bzw. *„vernünftigen oder sonstwie einleuchtenden Grund“* zurückführen lässt.[51] In Abhängigkeit von der Schwere der Ungleichbehandlung können die an den sachlichen Grund zu stellenden Anforderungen von einer bloßen Willkürkontrolle bis hin zu einer strengeren Verhältnismäßigkeitsprüfung reichen.[52] *Zimmermann* und *Stolz* gehen insofern davon aus, dass eine sachlich begründete Ausnahme von dem „first come, first served“-Prinzip im Falle einer Vorteilszuwendung nicht bestehen könne, weswegen ein Amtsträger, der sich hierauf einlässt, seine „Grundpflicht zur unparteiischen und gerechten Aufgabenerfüllung“ verletzen würde; darauf, ob die erkaufte Entscheidung im Übrigen rechtlich nicht zu beanstanden ist, komme es dann in strafrechtlicher Hinsicht nicht mehr an.[53]

Für die Einrichtung von Fast Lanes vor der Sicherheitskontrolle und der strengen Einhaltung einer Abfertigungsreihenfolge lassen sich hingegen durchaus vernünftige Gründe erkennen, die eine insofern vorgenommene Ungleichbehandlung rechtfertigen können. Angesichts der überschaubaren Einschränkung, die eine etwas längere

---

40 *Stein/Deiters*, in: SK-StGB, § 11 Rn. 61.

41 BGHSt 43, 96; 57, 202 (210); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 11 Rn. 6; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 27 Rn. 26; a.A. *Sinner*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 11 Rn. 28.

42 BGHSt 43, 96 (105); *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 27 Rn. 26.

43 Vgl. *BGH,* NJW 1998, 2373.

44 Für diese hat der Freistaat Bayern in privater Rechtsform an den Flughäfen München und Nürnberg Sicherheitsgesellschaften mit beschränkter Haftung gegründet, die hoheitlich beliehene Luftsicherheitsbeauftragte beschäftigen, welche im Auftrag und unter der Rechtsaufsicht der Regierungen von Oberbayern und Mittelfranken die Passagier- und Gepäckkontrollen durchführen.

45 *Buchberger*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, LuftSiG § 16a Rn. 2

46 *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (237).

47 Vgl. zur Drittwirkung: *Kischel*, in: BeckOK-GG, 57. Ed. (Stand: 15.1.2024), Art. 3 Rn. 92 ff.

48 Vgl. *Volk*, in: Zipf-GS, 1999, S. 419 (422).

49 *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 15 ff.

50 Vgl. BVerwGE 169, 39 Rn. 19 ff.

51 BVerfGE 42, 374 (388).

52 Vgl. *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 24 ff. m.w.N.

53 *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (234 f.).

Wartezeit mit sich bringt, ist dabei vorliegend zunächst von einer Willkürprüfung auszugehen, der zufolge der Gleichheitssatz nur dann verletzt ist, wenn ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die vorgenommene Differenzierung nicht besteht.[54] Für den Flughafenbetreiber haben Fast Lanes an sich nicht wirklich die Funktion einer zusätzlichen Einnahmequelle in Form der vermeintlichen Bestechungsleistung. Selbst wenn die Airlines für deren Einrichtung ein Entgelt zahlen, geht es vielmehr vorrangig um eine verbesserte Steuerung der Kontrollkapazitäten (s. dazu die Ausführungen unter I. 2.) und darum, die Attraktivität des Flughafenstandorts für die Airlines zu erhöhen, indem ein Angebot bereitgehalten wird, mit dem letztere den Verkauf teurerer First- und Business-Class-Tickets rechtfertigen können. Schließlich ist es auch nicht *per se* sachwidrig, dem Interesse des Erwerbers eines teureren Tickets an einer schnelleren Abfertigung gerecht zu werden und sich ggf. für den damit verbundenen Aufwand bezahlen zu lassen. Dies kommt auch in verschiedenen Bereichen der Leistungsverwaltung vor, wo ein schnelleres Verwaltungshandeln als üblich erkauft werden kann, so z.B. im Expressverfahren bei der Ausstellung eines Reisepasses nach § 1 Abs. 1 Nr. 1d PassGebV oder im Falle der beschleunigten Prüfung gem. § 38 MarkenG.

Bei der Frage nach einer Verletzung des Gleichheitssatzes gewinnt dabei auch die Möglichkeit des Betroffenen (hier: des Fluggastes) Bedeutung, sich auf die Gegebenheiten einzustellen. Die Möglichkeit, *„dem Recht in freiheitlicher Gestaltung zu begegnen“*, kann das Gleichheitsmaß des Art. 3 Abs. 1 GG lockern; die vom Sachbereich geprägte Gleichheit kann offener sein, wenn der Betroffene sich durch eigenes Verhalten auf unterschiedliche Regelungen einstellen kann.[55] Eben dies ist hier der Fall: Soweit sich der Passagier gegen den Kauf eines teureren Tickets und die damit verbundene Möglichkeit zur Nutzung der (Priority-)Fast Lane entscheidet, hat er an den meisten deutschen Flughäfen trotzdem die Möglichkeit, auch ohne Aufpreis vorab einen Timeslot für eine Kontrollspur zu buchen, die (aufgrund einer Steuerung und zeitlichen Limitierung der Passagierzahl) zu einer schnellen Abfertigung führt. Möchte er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen, kann er sich über die Internet-Seite des Flughafens rechtzeitig über aktuelle Wartezeiten informieren und seine Anreise darauf einstellen. Und falls im Einzelfall die Zeit bis zum Abflug doch knapp werden sollte, wird ihm kein Flughafenbetreiber bei Nachweis der Dringlichkeit einen schnelleren Zugang zur Sicherheitskontrolle verwehren. Auch bei nur für bestimmte Statuspassagiere ausgewiesenen Fast Lanes sind die Mitarbeiter intern stets angewiesen, bei ungleicher Auslastung der Warteschlangen die Fast Lane auch für andere Fluggäste zu öffnen. Es kann also nicht die Rede davon sein, dass bestimmten Fluggästen die Möglichkeit genommen würde, ihre Flüge – hierum geht es doch im Ergebnis – rechtzeitig zu erreichen oder den Flugverkehr überhaupt als Reisemittel nutzen zu können.[56]

Die geringe Intensität des Eingriffs mit dem daraus resultierenden Rechtfertigungsmaßstab der reinen Willkürprüfung wird inzwischen auch durch die bereits genannte strafrechtliche Entscheidung des *OLG Köln*[57] bestätigt: Das dem Fluggast durch eine etwas längere Wartezeit drohende Übel ist demnach nicht „empfindlich“ i.S.v. § 253 Abs. 1 StGB, denn der Flug war in dem zugrunde liegenden Fall auch ohne eine „Bestechungszahlung“ an den Line Manager erreichbar, der für das Vorlassen in der Warteschlange „einen Fuffi“ verlangt hatte. Dementsprechend liegt auch in dem Fall einer zeitlich vorrangigen Behandlung bestimmter Statuspassagiere durch eine Fast Lane keine derart intensive Ungleichbehandlung, dass sie geeignet wäre, die nachvollziehbaren Argumente für deren Einrichtung als Verstoß gegen den Gleichheitssatz zu qualifizieren.

Dass die Einrichtung einer entgeltlichen Fast Lane für Statuspassagiere nicht gegen den Gleichheitssatz verstößt, wird schließlich auch von der Verwaltungspraxis bestätigt: Die ihrer Einführung zugrundeliegende Entgeltordnung ist nach § 19b Abs. 1 LuftVG zu genehmigen.[58] Dabei muss die Genehmigungsbehörde, im Regelfall das zuständige Verkehrsministerium, zwingend auch deren Diskriminierungsfreiheit im Verhältnis zwischen Flughafen und Airline attestieren. Dies ist beispielsweise in Bezug auf die entgeltliche Fast Lane am Flughafen BER erfolgt.

2. Konsequenzen für die strafrechtliche Bewertung nach den §§ 332, 334 StGB

Diese verfassungsrechtliche Bewertung spiegelt sich auch in den zu „Beschleunigungszahlungen“ ergangenen strafrechtlichen Entscheidungen des *BGH* und in der diesbezüglichen Literatur wider. Nach den dort aufgestellten Kriterien fehlt es – auch unabhängig von der fehlenden Amtsträgereigenschaft – an einer Strafbarkeit der Einrichtung einer Fast Lane, insbesondere nach den §§ 332, 334 StGB.

a) Rechtsprechung zu „Beschleunigungszahlungen“

Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach den §§ 332, 334 StGB wäre, dass in der Gewährung des prioritären Zugangs zur Sicherheitskontrolle eine Dienstpflichtverletzung des (unterstellt) beteiligten Amtsträgers liegt. Zwar wird in der Rechtsprechung bereits seit den 1950er Jahren durchgehend darauf hingewiesen, dass die Nichteinhaltung einer Bearbeitungsreihenfolge durch einen Amtsträger eine Dienstpflichtverletzung darstellen und damit den Anwendungsbereich der qualifizierten Korruptionsdelikte der §§ 332, 334 StGB eröffnen *kann*. Ihr ist aber gerade nicht zu entnehmen, dass mit jeder Vorteilszuwendung, die eine zeitliche Bevorzugung bewirken soll, eine Strafbarkeit einhergeht. So betont der *BGH*, dass eine pflichtwidrige Beschleunigung durch einen Amtsträger stets

---

54 *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 24 ff.

55 *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. EL (Januar 2024), Art. 3 Abs. 1 Rn. 395.

56 Vgl. auch *Kroner* (Fn. 5): „Die Fast Lane führt Passagiere aber nicht an der Sicherheitskontrolle vorbei. Sie werden der Kontrolle wie jeder andere Passagier unterzogen.“

57 *OLG Köln*, Urt. v. 11.6.2024 – 1 ORs 52/24, Rn. 39 ff.

58 Hierauf hinweisend auch *Kroner* (Fn. 5).

„das Hinzutreten besonderer Umstände voraus(setzt)".[59] Neben Verstößen gegen eine qua Gesetz oder Dienstanweisung explizit geregelte Bearbeitungsreihenfolge[60] können solche darin gesehen werden, dass mit der Bevorzugung die Verletzung von Kontrollpflichten oder eine signifikante Beeinträchtigung Dritter verbunden ist oder sich der Amtsträger von unsachlichen Erwägungen leiten lässt.

Zwei der Entscheidungen, die *Zimmermann* und *Stolz* zu Unrecht als Stütze ihrer Argumentation anführen,[61] betreffen die Verletzung von Kontrollpflichten in Form einer unterbliebenen Prüfung von Verkehrsgenehmigungen[62] und der fehlenden Einhaltung der dienstrechtlichen Vorgaben zur persönlichen Vorsprache und ordnungsgemäßen Prüfung vorzulegender Dokumente auf Vollständigkeit, Plausibilität und Echtheit.[63] Dass aber durch die Einführung von Fast Lanes Bedenken dahingehend bestünden, die nachfolgende Sicherheitskontrolle selbst werde nicht mehr sachgemäß durchgeführt bzw. ihre pflichtgemäße Ausführung werde beeinträchtigt, wird auch von denjenigen, die für eine Korruptionsstrafbarkeit eintreten, nicht behauptet. Auch eine hinreichende Beeinträchtigung der Interessen anderer Fluggäste ist durch die Einrichtung einer Fast Lane nicht zu besorgen (vgl. die vorstehenden Ausführungen zu Art. 3 Abs. 1 GG). Dabei ist auch zu beachten, dass in der einschlägigen Rechtsprechung – entsprechend den zu Art. 3 Abs. 1 GG geltenden Grundsätzen – eine gewisse Intensität der Beeinträchtigung verlangt wird, wenn auf einen *„erheblichen Zeitaufwand"*[64] oder eine Verzögerung um *„viele Stunden, wenn nicht gar (...) mehrere Tage"*[65] abgestellt wird. Erforderlich ist danach also eine signifikante bzw. *„eklatante"* Benachteiligung[66], die den übrigen Passagieren durch die Einrichtung einer Fast Lane aber nicht droht, geht es ihnen doch in erster Linie darum, ihren Flug zu erreichen, und stehen ihnen zudem vertretbare Handlungsalternativen zur (Priority-)Fast Lane zur Verfügung, durch die die – im Vorhinein festzustellende – Wartezeit verringert werden kann (s.o. unter 1.). Schließlich fehlt es auch an unsachlichen Erwägungen der Flughafenbetreiber, die nach der Rechtsprechung für eine Korruptionsstrafbarkeit stets angestellt worden sein müssten. Entgegen der Position von *Zimmermann* und *Stolz*[67] führt die Entgeltlichkeit der Fast Lane bzw. eine „Beschleunigungszahlung" allein gerade nicht zur Verwirklichung eines Bestechungsunrechts.

b) „Beschleunigungszahlungen" in der strafrechtlichen Literatur

Anders als *Zimmermann* und *Stolz* meinen, ist die (Kommentar-)Literatur zur Korruptionsstrafbarkeit in Zusammenhang mit Beschleunigungszahlungen weder unklar noch *„rätselhaft"*.[68] Vielmehr folgt sie weitgehend der Linie der Rechtsprechung, wenn sie davon spricht, dass die bevorzugt schnelle, aber sachlich korrekte Bearbeitung einer Angelegenheit nicht pflichtwidrig ist, solange sie andere nicht benachteiligt oder mit einer Verletzung von Kontrollpflichten verbunden ist.[69] Allein die Nichteinhaltung des Prioritätsprinzips ist hingegen nicht ausreichend. Die Gegenansicht, die die Leistung einer „Beschleunigungszahlung" für eine Pflichtwidrigkeit bzw. eine Strafbarkeit nach den §§ 332, 334 StGB ausreichen lassen will[70], verkennt, dass eine Verletzung des Gleichheitssatzes in derartigen Fällen gerade nicht in jedem Fall gegeben ist. Uneinheitlich ist die Literatur bei der Frage der Einordnung der „Beschleunigungsmaßnahme" als gebundene oder als Ermessensentscheidung; wohl mehrheitlich geht sie davon aus, dass die Dispositionsmöglichkeit über die Reihenfolge der Bearbeitung kein Ermessen eröffne.[71] Bei einer gebundenen Entscheidung ergibt sich eine Pflichtverletzung i.S.d. §§ 332, 334 StGB aus einem Verstoß gegen die einschlägigen Rechts-, Verwaltungs- oder Dienstvorschriften.[72] Handelt es sich dagegen um eine Ermessensentscheidung, kann eine Pflichtwidrigkeit bereits darin begründet sein, dass der Amtsträger sich nicht ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten lässt.[73] Ob die Ermessensentscheidung auch im Ergebnis rechtswidrig ist, ist unerheblich.[74] Für die Frage der Strafbarkeit der Einrichtung einer Fast Lane ist diese Unterscheidung aber letztlich akademischer Natur; sie ist in beiden Fällen mit „nein" zu beantworten.

c) Ergebnis

Eine Strafbarkeit gem. §§ 332, 334 StGB scheidet somit auch unabhängig davon aus, dass es sich bei den Mitarbeitern des Flughafens nicht um Amtsträger handelt. Eine in zeitlicher Hinsicht bevorzugende Behandlung bestimmter Passagiere in der Warteschlange vor der Sicherheitskontrolle in Gestalt der Fast Lane stellt keine unsachliche Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG dar; eine in diesem Zusammenhang gewährte Zahlung (oder

59 BGHSt 15, 350 (351).
60 *BGH,* WKRS 1951, 10596 Rn. 11; BGHSt 16, 37 (39 f.); *OLG Naumburg,* NJW 1997, 1593 (1594).
61 *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (234, 236).
62 *BGH,* NStZ 1984, 24 f.
63 *LG Essen*, Urt. v. 13.8.2021 – 32 KLs-302 Js 160/17-14/20, BeckRS 2021, 38076 Rn. 100.
64 BGHSt 16, 37 (40).
65 *BGH,* WKRS 1951, 10596 Rn. 11.
66 Vgl. auch *Sowada*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. (2023), § 332 Rn. 12; *Korte*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. (2022), § 332 Rn. 23; *Fischer*, StGB, § 332 Rn. 8; *Dann*, wistra 2008, 41 (45).
67 *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (234): *„Bestechungsunrechtsthese"*.
68 *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (235).
69 *Dann*, wistra 2008, 45; ähnlich: *Sowada*, in: LK-StGB, § 332 Rn. 12; *Fischer*, StGB, § 332 Rn. 8; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 332 Rn. 3; *Korte*, in: MüKo-StGB, § 332 Rn. 23; *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 332 Rn. 10.
70 *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (234 f.); *Kuhlen/Zimmermann*, in: NK-StGB, § 332 Rn. 15.
71 *Korte*, in: MüKo-StGB, § 332 Rn. 28; *Fischer*, StGB, § 332 Rn. 9; *Sowada*, in: LK-StGB, § 332 Rn. 13; vgl. auch: *BGH,* wistra 1998, 108 (109); *OLG Frankfurt a. M.,* NJW 1990, 2074; *OLG Naumburg,* NJW 1997, 1593 (1594); a.A. *Zimmermann*, in: Busch/Hoven/Pieth/Rübenstahl, Antikorruptions-Compliance, 2020, Kap. 1 Rn. 43.
72 *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 332 Rn. 8.
73 *v. Heintschel-Heinegg/Trüg*, in: BeckOK-StGB, § 332 Rn. 8.
74 *Korte*, in: MüKo-StGB, § 332 Rn. 25; *LG Essen*, Urt. v. 12.3.2010 – 56 KLs 20/08 BeckRS 2011, 24054.

ein sonst mit ihrer Einrichtung verbundener Vorteil für den Flughafen) zielt nicht auf einen Regelverstoß ab. Daran würde – deren Anwendbarkeit wiederum unterstellt – im Übrigen auch eine Strafbarkeit gem. § 331, 333 StGB wegen Vorteilsannahme/-gewährung scheitern. Von einer „Unrechtsvereinbarung" über die Einrichtung einer Fast Lane zwischen Airlines und Flughäfen kann aus den genannten Gründen nicht die Rede sein.[75]

IV. Fazit/Zusammenfassung

Bei den Mitarbeitern der in Gesellschaften des Privatrechts organisierten großen deutschen Verkehrsflughäfen handelt es sich – trotz einer teilweise staatlichen Beteiligung – nicht um Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Daher sind auf sie auch die Korruptionsdelikte der §§ 331 ff. StGB nicht anwendbar. Im Falle der Einrichtung einer Fast Lane vor der Sicherheitskontrolle lässt sich dies auch nicht aus einer Aufgabenübertragung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB herleiten. Die insofern nach dem LuftSiG bestehende Abgrenzung zwischen dem hoheitlichen und dem privaten Aufgabenbereich ist eindeutig und wird auch von den involvierten staatlichen Stellen (insbes. Bundespolizei und Genehmigungsbehörde) gesehen. Dem ist auch die Rechtsprechung zuletzt ausdrücklich gefolgt. Ein aus strafjuristischen Gründen erzwungenes Ende der Fast Lane ist daher nicht zu erwarten. Die zu dieser Frage vertretene Gegenansicht, die eine „institutionalisierte Beschleunigungskorruption" erkennt bzw. als Phänomen zu etablieren versucht, zeigt zwar, was angesichts der Weite der deutschen Korruptionstatbestände als „Gedankenspiel" möglich ist, kann aber bei näherer Betrachtung weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht überzeugen.

[75] Vgl. zu den Voraussetzungen einer solchen: BGHSt 53, 6 (16); *Fischer*, StGB, § 331 Rn. 23 f. jeweils m.w.N.

Zwischen Verschwiegenheitspflicht und Weltrechtsprinzip des Völkerstrafrechts

Die Pflichten der Sozialarbeiter beim Umgang mit potenziellen Völkerstraftätern

von Dr. Gurgen Petrossian, L.L.M. und Miriam Schäfer, B.A.[*]

Abstract
Internationale Konflikte und Menschenrechtsverletzungen erfordern die Verfolgung von Verbrechen durch nationale Gerichtsbarkeiten. Sozialarbeiter, die mit Geflüchteten arbeiten, sind durch § 203 StGB zur Verschwiegenheit verpflichtet, was sie in ein Dilemma bringt, wenn sie von Völkerstraftaten erfahren. Dieser Beitrag untersucht rechtliche und politische Lösungen, um Sozialarbeiter zu stärken und internationale Verpflichtungen zu erfüllen. Vorschläge umfassen gesetzliche Ausnahmen im § 203 StGB zur Anzeige von Völkerstraftaten. Die Entscheidung liegt beim Gesetzgeber und hängt vom politischen Willen ab.

International conflicts and human rights violations require the prosecution of crimes by national jurisdictions. Social workers who work with refugees are bound by § 203 StGB to maintain confidentiality, putting them in a dilemma when they learn about international crimes. This paper examines legal and political solutions to strengthen social workers and fulfill international obligations. Suggestions include statutory exceptions in § 203 StGB for reporting international crimes. The decision lies with the legislature and depends on political will.

I. Einführung

Mit der Zunahme internationaler Konflikte, darunter Auseinandersetzungen zwischen der Ukraine und Russland, Armenien und Aserbaidschan sowie Israel und der Hamas, und den damit einhergehenden massiven Menschenrechtsverletzungen, verlagert sich die Aufmerksamkeit der nationalen Gerichtsbarkeiten auch auf Konflikte im Ausland. Dies geschieht aufgrund der Nürnberger Prinzipien,[1] der Mitgliedschaft im *Internationalen Strafgerichtshof (IStGH)* und des Komplementaritätsprinzips nach Art. 17 des Römischen Statuts und des VStGB.[2] Infolgedessen sehen sich sowohl Opfer als auch Täter bei einer Flucht ins Ausland verstärkt mit juristischen Prozessen konfrontiert.

In der schwer belastenden Situation der Flucht spielen Sozialarbeiter im Aufnahmestaat eine zentrale Rolle, da diese als Bindeglied zwischen Staat und Geflüchteten fungieren und von allen professionellen Helfern oft den intensivsten Kontakt zu den Geflüchteten haben. Eine solide Vertrauensbasis ist dabei Grundvoraussetzung für eine erfolgreiche Integration. Sozialarbeiter sind häufig die einzigen Professionellen im Hilfesystem der Geflüchteten, die nicht eindeutig der Seite der Behörden oder des Staates zugeordnet werden. Sie werden eher als unterstützend denn als fordernd wahrgenommen. Dieses enge Verhältnis führt und dient dazu, dass sich die Geflüchteten den Sozialarbeitern anvertrauen und über viele Aspekte ihres Lebens sprechen. Dabei kann es vorkommen, dass von Völkerstraftaten berichtet wird, die der Geflüchtete in seinem Heimatland begangen hat.

Es stellt sich die rechtliche Frage, ob Sozialarbeiter, die von ihren „Klienten“[3] Informationen im Zusammenhang mit von diesen angeblich begangenen Völkerstraftaten erhalten, diese mit Blick auf die strafbewehre Schweigepflicht aus § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB aus eigener Initiative an die Strafverfolgungsbehörden weitergeben dürfen oder gar sollen. Kurzum: Sollten schweigepflichtige Sozialarbeiter bereits begangene Völkerstraftaten von sich aus anzeigen können?

II. Soziale Arbeit und Völkerstrafrecht

Im Vergleich zu anderen Professionen ist die Definition der Sozialen Arbeit als Oberbegriff für die traditionelle Sozialpädagogik rechtlich gesehen relativ jung. Erst im Jahr 2001 wurde sie in Deutschland im Rahmen der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) und der Kultusministerkonferenz (KMK) als eigenständige Fachdisziplin eingeführt. Lange Zeit fehlte eine umfassende und international anerkannte Definition für den Begriff der Sozialen Arbeit, die klar aufzeigt, was genau darunter zu verstehen ist. Im Jahr 2014 wurde von der International Federation of Social Workers (IFSW) eine Definition der Sozialen Ar-

* *Dr. Gurgen Petrossian, LL.M.* Referent für Völkerstrafrecht bei der Internationalen Akademie Nürnberger Prinzipien und Lehrbeauftragter an der Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg Universität. *Miriam Schäfer, B.A.* ist staatlich anerkannte Sozialarbeiterin und Diplomjuristin. Neben ihrem Referendariat am *OLG Nürnberg* arbeitet sie als freiberufliche Juristin, unter anderem für die Internationale Akademie Nürnberger Prinzipien. Die in diesem Artikel verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich immer gleichermaßen auf alle Geschlechtsidentitäten. Auf eine Doppelnennung und gegenderte Bezeichnungen wird zugunsten einer besseren Lesbarkeit verzichtet.

1 Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1950, S. 374-378.
2 *Benzing*, The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity, Max Planck UNYB 7, 2003, S. 592.
3 Spezifische Begriffsprägung in der Sozialen Arbeit.

beit erarbeitet, die daraufhin vom Deutschen Berufsverband für Soziale Arbeit (DBSH) übernommen wurde.
„Soziale Arbeit fördert als praxisorientierte Profession und wissenschaftliche Disziplin gesellschaftliche Veränderungen, soziale Entwicklungen und den sozialen Zusammenhalt sowie die Stärkung der Autonomie und Selbstbestimmung von Menschen. Die Prinzipien sozialer Gerechtigkeit, die Menschenrechte, die gemeinsame Verantwortung und die Achtung der Vielfalt bilden die Grundlage der Sozialen Arbeit. Dabei stützt sie sich auf Theorien der Sozialen Arbeit, der Human- und Sozialwissenschaften und auf indigenes Wissen. Soziale Arbeit befähigt und ermutigt Menschen so, dass sie die Herausforderungen des Lebens bewältigen und das Wohlergehen verbessern, dabei bindet sie Strukturen ein. Diese Definition kann auf nationaler und/oder regionaler Ebene weiter ausgeführt werden.“[4]

Die Schnittstelle zwischen Völkerstrafrecht und der Sozialen Arbeit findet zuallererst im Arbeitsfeld der Flüchtlingssozialarbeit statt. Hier sind Sozialarbeiter diejenigen, die am nächsten an den Klienten arbeiten, den engsten Kontakt zu ihnen haben und daher am ehesten von begangenen Völkerstraftaten erfahren.

1. Das Arbeitsfeld der Flüchtlingssozialarbeit

Sozialarbeiter sind im Bereich der Arbeit mit Geflüchteten in verschiedenen Bereichen tätig, u.a. Beratung und Unterstützung, Asylverfahrensbegleitung, soziale Integration, Krisenintervention, Netzwerkarbeit, Traumabewältigung und Informationsvermittlung.[5] Die Zielgruppe der Flüchtlingssozialarbeit umfasst Personen im Asylverfahren für die Beratung und Begleitung im Rahmen des Verfahrens. Ziel ist es, dass es den in den Gemeinschaftsunterkünften untergebrachten Menschen ermöglicht wird, mithilfe von qualifiziertem Personal ein menschenwürdiges und eigenverantwortliches Leben in Deutschland zu führen, wobei ihre Integrationsfähigkeit erhalten bleiben und gefördert werden soll.

In diesem Zusammenhang ist wichtig, dass die Sozialarbeiter eine enge Vertrauensbasis mit den Geflüchteten aufbauen,[6] um deren Integration in die Gesellschaft zu fördern. Für Geflüchtete, die sich in einer neuen Gesellschaft befinden, bestehen Unsicherheiten aufgrund kultureller Unterschiede, die es ihnen erschweren, Vertrauen zu anderen aufzubauen. Hier ist es Aufgabe der Sozialarbeiter, eine sichere und vertrauensvolle Atmosphäre zu gewährleisten.[7] Eine Verletzung der Schweigepflicht gegenüber den Geflüchteten kann dazu führen, dass das Vertrauen der Geflüchteten in die Soziale Arbeit und das Hilfesystem insgesamt erschüttert wird und damit die Integrationsziele gefährdet werden.

2. Spannungsfeld Völkerstrafrecht

Deutschland erfüllt aktiv seine Verpflichtungen gemäß dem Römischen Statut. Aufgrund wiederholter Forderungen seitens Opfergruppen ist der *Generalbundesanwalt (GBA)* dazu aufgefordert, sich mit internationalen Konflikten auseinanderzusetzen.[8] Seit der Einführung des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) im Jahr 2002 findet das Weltrechtsprinzip (§ 1 VStGB) Anwendung auf Völkermord (§ 6 VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 VStGB) und Kriegsverbrechen (§§ 8–12 VStGB). Nichtsdestotrotz unterliegt der *GBA* gemäß § 153f StPO nicht der Verpflichtung, jede Völkerstraftat zu verfolgen, sondern verfügt über einen gewissen Ermessensspielraum.[9] Dies bedeutet, dass der *GBA* nicht an das Legalitätsprinzip gebunden ist, wenn kein Tatverdacht gegen einen deutschen Staatsangehörigen besteht, die Tat nicht gegen einen Deutschen gerichtet war, der Tatverdächtige sich nicht im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt nicht zu erwarten ist oder die Tat bereits vor dem *IStGH* oder durch einen Staat, dessen Staatsangehöriger der Tat verdächtig ist bzw. durch die Tat verletzt wurde, verfolgt wird. Der *GBA* kann jedoch Ermittlungen gegen Geflüchtete führen, die sich im Inland aufhalten.[10] Dies ist insbesondere dadurch begründet, dass die deutsche Rechtsstaatlichkeit keinen Spielraum für die Duldung von Völkerstraftätern im Inland zulässt und Menschen, die Völkerstraftaten im Ausland begangen haben, keinen sicheren

---

4 DBSH, Deutschsprachige Definition Sozialer Arbeit, 2016, online abrufbar unter: https://www.dbsh.de/media/dbsh-www/redaktionell/bilder/Profession/20161114_Dt_Def_Sozialer_Arbeit_FBTS_DBSH_01.pdf (zuletzt abgerufen am 6.5.2024).

5 Vgl. AWO bundesverband e.V., Soziale Arbeit mit Geflüchteten Menschen, Ein Leitfaden für die AWO Beratungspraxis, 2018, S. 9; *Täubig*, in: Anhorn/Stehr, Handbuch Soziale Ausschließung und Soziale Arbeit, 2021, S. 1025 ff.

6 *Fricke*, NZS 1993, 495.

7 Internationale Akademie Nürnberger Prinzipien, Geflüchtete als potenzielle Zeuginnen und Zeugen von Völkerrechtsverbrechen, 2019, S. 14 ff.; Alice Salomon Hochschule Berlin, Positionspapier: Soziale Arbeit mit Geflüchteten in Gemeinschaftsunterkünften, S. 4; AWO bundesverband e.V., Soziale Arbeit mit Geflüchteten Menschen, S. 20; *Walther,* in: Wiesner/Wapler, SGB VIII, 6. Aufl. (2022), § 203 StGB Rn. 7.

8 Bundesanwaltschaft ermittelt gegen russische Soldaten, LTO, 29.9.2023, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/gba-kriegsverbrechen-ukraine-russland-soldaten-ermitteln-ermittlungen-verfahren-bundesanwalt-voelkermord-genozid/ (zuletzt abgerufen am 29.1.2024); Bundesanwaltschaft ermittelt gegen Hamas, LTO, 10.10.2023, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bundesanwaltschaft-ermittlungen-israel-hamas-geiselnahmen-humanitaeres-voelkerrecht-krieg-nahostkonflikt/ (zuletzt abgerufen am 29.1.2024); Strafanzeige gegen Aserbaidschan wegen Kriegsverbrechen, Haypress, 21.10.2020, online abrufbar unter: https://haypress.de/strafanzeige-gegen-aserbaidschan-wegen-kriegsverbrechen/ (zuletzt abgerufen am 29.1.2024); Criminal complaint against judicial authorities in Iran: German Federal Public Prosecutor must investigate crimes against humanity, ECCHR, 20.6.2023, online abrufbar unter: https://www.ecchr.eu/en/case/criminal-complaint-against-judicial-authorities-in-iran-german-federal-public-prosecutor-must-investigate-crimes-against-humanity/ (zuletzt abgerufen am 29.1.2024).

9 *Safferling,* in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2021, § 65 Rn. 174 ff.

10 *Beukelmann*, in: BeckOK-StPO, 50. Ed. (Stand: 1.1.2024), § 153f Rn. 2-4.1.

Hafen gewähren darf.[11]

Angesichts dieser gesetzlichen Rahmenbedingungen und des politischen Interesses an der Verfolgung von Völkerstraftaten, stellt sich die Frage, ob Sozialarbeiter Völkerstraftaten, von denen sie im Rahmen ihrer Tätigkeit erfahren, anzeigen können sollten, ohne eine strafrechtliche Verfolgung befürchten zu müssen.

III. Die Verletzung von Privatgeheimnissen

§ 203 Abs. 1 StGB stellt Verletzungen der Schweigepflicht bestimmter Berufsgruppen unter Strafe und schützt das Geheimhaltungsinteresse derer, die sich Angehörigen dieser Berufe im Rahmen ihrer Tätigkeit anvertrauen oder anvertrauen müssen sowie das allgemeine Vertrauen in diese Berufsgruppen.[12] In § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB werden dabei unter anderem staatlich anerkannte Sozialarbeiter zur Verschwiegenheit verpflichtet. Um die eingangs gestellte Frage beantworten zu können, braucht es ein Verständnis für die Schweigepflicht und insbesondere die strafrechtlichen Konsequenzen, die Sozialarbeiter bei einem Verstoß gegen diese zu befürchten haben.

1. Rechtsgut und Normenzweck von § 203 StGB

§ 203 StGB dient dem Schutz des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs von Personen.[13]

Diese Regelung ermöglicht es den Betroffenen, bestimmten Berufsgruppen ihre Angelegenheiten anzuvertrauen, ohne befürchten zu müssen, dass andere davon erfahren oder dies rechtliche Konsequenzen nach sich zieht.[14] Fehlt dieser Schutz, könnten die Betroffenen zögern, Einzelheiten preiszugeben, was eine professionelle Beratung und Hilfe beeinträchtigen würde. Dies fällt unter das grundlegende allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.[15] Im Rahmen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung steht es jedem selbst zu, zu bestimmen, wann und in welchem Umfang persönliche Lebensumstände offenbart werden dürfen.[16]

2. Sozialarbeiter als taugliche Täter

Die Regelung umfasst abschließend ausgewählte Berufsgruppen, bei denen ein geschütztes Vertrauensverhältnis Grundlage für eine effektive Arbeit ist. Dazu gehören staatlich anerkannte Sozialarbeiter und Sozialpädagogen. Die Praxis der Sozialen Arbeit ist sehr heterogen, nicht nur was die Tätigkeitsfelder angeht, sondern auch hinsichtlich der dort tätigen Personen. In der Sozialen Arbeit arbeiten Menschen mit unterschiedlichen Qualifikationen und Qualifikationsniveaus. Für ein besseres Verständnis der Unterschiede wird hier eine kurze Differenzierung der möglichen Akteure vorgenommen, da nicht jeder Praktiker der Sozialen Arbeit unter die Regelung des § 203 StGB fällt.

Die staatliche Anerkennung ist an formelle Qualifikationen und Ausbildungen geknüpft. Sie berechtigt die Absolventen dazu, bestimmte geschützte Berufsbezeichnungen zu führen und spezielle Tätigkeiten im Bereich der Sozialen Arbeit auszuüben. Diese Sozialarbeiter gehören zum tauglichen Täterkreis des § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB und unterliegen der strafbewehrten Schweigepflicht.

Ebenfalls dieser Schweigepflicht unterliegen sonstige an der Tätigkeit mitwirkende Personen gem. § 203 Abs. 4 S. 1 Var. 1 StGB. Dazu zählen Gehilfen und Personen, die vorbereitende Tätigkeiten ausüben oder zuarbeiten.[17] Ehrenamtlich in der Sozialen Arbeit tätige Personen werden regelmäßig nicht in diese Gruppe fallen, da sie häufig weitgehend unabhängig von den Berufsgeheimnisträgern und nicht weisungsgebunden arbeiten.[18]

Daneben gibt es eine Vielzahl von Fachkräften in der Sozialen Arbeit, die zwar auf einer Position mit der Stellenbezeichnung „Sozialarbeiter“ arbeiten, die aber nicht über die staatliche Anerkennung verfügen. Das kann verschiedene Gründe haben, sei es, dass sie einen anderen Studiengang oder andere berufliche Qualifikation abgeschlossen haben (z.B. Pädagogik, Erziehungswissenschaften, Erzieher) oder dass sie sich als Quereinsteiger weitergebildet haben. Diese dürften in der Regel nicht zu den mitwirkenden Personen zählen, da sie häufig dem staatlich anerkannten Sozialarbeiter nicht zuarbeiten oder diesem unterstellt sind, sondern eigenständig und gleichberechtigt als Teamkollegen in dem jeweiligen Gebiet tätig sind. Damit wird für diese Personen ein Verstoß gegen die Schweigepflicht keine strafrechtlichen Konsequenzen haben.

Wenn im weiteren Verlauf des Artikels von „Sozialarbeitern“ die Rede ist, sind staatlich anerkannte Sozialarbeiter gemeint und gedanklich auch die mitwirkenden Personen, also diejenigen, die potenziell von einer Strafbarkeit nach § 203 StGB betroffen sind.

3. Fremdes Geheimnis

Ein Geheimnis ist eine Tatsache, Erkenntnis oder personenbezogene Information, die ausschließlich einer einzelnen Person oder einem begrenzten Personenkreis bekannt

---

11 *Diemer,* in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 153f Rn. 2; *Safferling/Petrossian*, JA 2019, 401 ff.

12 *Kargl,* in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 203 Rn. 7 ff.

13 *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 203 Rn. 7; *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 203 Rn. 1; *BGH*, NJW 1991, 2955.

14 Im Vergleich zu anderen Straftaten sind die Verurteilungen gemäß § 203 StGB relativ selten: 2021 gab es 19 Verurteilungen, 2020 9, 2019 7, 2018 10; siehe Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2022, 100; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2021, 100; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, 100; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2019, 100.

15 *Di Fabio,* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 102. EL (August 2023), Art. 2 Abs. 1 Rn. 173; *Schmidt,* in: ErfK-GG, 24. Aufl. (2024), Art. 2 Rn. 41; v. *Münch/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 2 Rn. 75; BVerfGE 65, 1, 43.

16 Vgl. *HansOLG Hamburg*, Beschl. v. 22.1.1998 – 2 Ss 105/97 – I 4/98 = NStZ 1998, 358; *OLG Oldenburg*, Urt. v. 9.10.1991 – 3 U 43/91 = NJW 1992, 758.

17 *Weidemann*, in: BeckOK-StGB, § 203 Rn. 29 ff.

18 Vgl. die Informationen des Informationsbunds Asyl und Migration, online abrufbar unter: https://www.asyl.net/themen/weitere-themen/rechte-und-pflichten-von-beratenden (zuletzt abgerufen am 7.5.2024).

oder zugänglich ist.[19] Es ist jedoch von Bedeutung, dass die betroffene Person ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung des Geheimnisses hat.[20] In dieser Definition werden spezifische Werturteile oder Meinungen nicht berücksichtigt. Rechtlich wird zwischen zwei Arten von Geheimnissen unterschieden: solche, die den persönlichen Lebensbereich betreffen, und solche, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse darstellen. In der Flüchtlingssozialarbeit und im Völkerstrafrecht spielen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eine vernachlässigbare Rolle. Daher liegt der Fokus auf Geheimnissen, die dem persönlichen Lebensbereich zuzuordnen sind. Der Begriff des persönlichen Lebensbereichs umfasst eine Vielzahl von Informationen, darunter politische, berufliche, wissenschaftliche oder künstlerische Aktivitäten des Betroffenen[21] sowie dessen Gesundheitszustand, familiäre Situation und finanzielle Verhältnisse. Dies schließt auch Aspekte wie Ehe, Abstammung, Krankheiten, Einkommen, Vermögen, Bildungsweg, Prüfungsergebnisse und Mitgliedschaften in Organisationen mit ein.[22]

Angaben über im Ausland und in der Vergangenheit begangene Völkerstraftaten sind Tatsachen und fallen aufgrund der Personenbezogenheit der Informationen ebenfalls in den persönlichen Lebensbereich des Betroffenen.[23] Erzählt ein Geflüchteter dem Sozialarbeiter seine Lebensgeschichte oder zeigt ein Bild, aus dem hervorgeht, dass er eine Völkerstraftat begangen hat, so fällt dies unter den Geheimnisbegriff des § 203 Abs. 1 StGB. Diese Informationen können dem Sozialarbeiter in unterschiedlichen Situationen mitgeteilt werden, sei es aus Angst vor Repressalien im Heimatland, zur Begründung seiner Flüchtlingseigenschaft oder in Form einer Schilderung seiner Lebensgeschichte. Es ist jedoch wichtig zu beachten, dass wenn eine unbestimmte Anzahl von Personen Kenntnis von einer Information hat oder wenn diese vielen anderen bekannt geworden ist, sie nicht mehr unter die Definition eines Geheimnisses fällt.[24]

Der Geflüchtete muss darüber hinaus einen Geheimhaltungswillen haben, der nicht unbedingt explizit oder implizit erklärt oder anderweitig offengelegt werden muss. Im Allgemeinen kann ein mutmaßlicher Wille des Betroffenen zur Geheimhaltung angenommen werden, der sich aus den besonderen Umständen und dem Kontext der Offenbarung ergibt.[25] Zusätzlich zum Geheimhaltungswillen ist auch das Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen von Bedeutung. Der Betroffene muss ein berechtigtes (schutzwürdiges) Interesse haben, das objektiv zu begründen ist.[26] Ein solches Interesse besteht insbesondere dann, wenn die Verletzung der Geheimhaltung nachteilige Konsequenzen für den Betroffenen nach sich ziehen kann, beispielsweise durch die Veröffentlichung seiner Privatadresse, was ein unerwünschtes Eindringen in seine Privatsphäre ermöglichen kann.[27] § 203 StGB erfasst auch rechtswidrige Sachverhalte bzw. sogenannte illegale Geheimnisse. Auch die Offenlegung dieser Geheimnisse kann nur in Ausnahmefällen und mit einer speziellen Begründung gerechtfertigt werden.[28] Ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht unabhängig davon, ob dem Geflüchteten bewusst ist, dass seine Erzählungen Straftaten beinhalten, wie zum Beispiel bei Selfies mit Gefallenen nach einer Schlacht.[29]

4. Anvertraut oder sonst bekannt geworden

Das Geheimnis muss entweder dem im § 203 Abs. 1 StGB aufgeführten Täterkreis in seiner beruflichen Funktion anvertraut oder auf andere Weise bekannt geworden sein. Es ist in diesem Zusammenhang wichtig, sich vor allem mit der beruflichen Funktion von Sozialarbeitern auseinanderzusetzen. Die Herausforderung besteht darin, dass das Aufgabenfeld des einzelnen Sozialarbeiters sehr weit ist.[30] Es muss immer im Einzelfall geprüft werden, ob der Betroffene vor der Offenlegung von Geheimnissen geschützt wird.

"Anvertrauen" bedeutet, im Gegensatz zum bloßen "Mitteilen", dass eine ausdrückliche Geheimhaltungsvereinbarung besteht oder dass sich aus den Umständen eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit ergibt.[31] Es liegt dementsprechend ein Vertrauensakt vor und es kommt auf die konkreten Umstände an, ob der Inhalt der Gespräche mit dem Betroffenen als anvertraut anzusehen ist oder nicht. Geht es aber um die Besonderheiten der persönlichen Lebensgeschichte des Betroffenen, muss dies stets als anvertraut betrachtet werden, sodass der Sozialarbeiter immer zur Geheimhaltung verpflichtet ist. Gerade Schilderungen, die die Teilnahme an internationalen und nicht-internationalen Konflikten sowie die Rolle oder Aktivitäten während eines solchen Konflikts im Rahmen des Völkerstrafrechts betreffen, sind so sensibel, dass bereits ihre Mitteilung als Vertrauensakt zwischen dem Betroffenen und dem Sozialarbeiter betrachtet werden kann. Die Weitergabe solcher Informationen kann für die Betroffenen negative Konsequenzen haben, wie etwa Racheakte von oder politische Differenzen mit anderen Geflüchteten,

19 *Heger,* in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 203 Rn. 14; *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 13; *Leplow,* in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2023), HGB § 333 Rn. 19; *Puschke,* in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. (2022), § 353b Rn. 21; *BGH*, Urt. v. 14.11.1963 – 111 ZR 19/63 = NJW 1964, 449; *BGH*, Urt. v. 10.5.1995 – 1 StR 764/94 = NStZ 1995, 551.

20 *Rogall*, NStZ 1983, 1 (5); BT-Drs. 7/550, S. 238.

21 BT-Drs. 7/550, S. 238.

22 *Herrmann,* in: BeckOK-VwVfG, 61. Ed. (Stand: 1.10.2023), § 30 Rn. 9; *Eisele* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 203 Rn. 10; vgl. *Eisele*, JR 2018, 81 f.

23 Vgl. *Eisele,* in: Schönke/Schröder, StGB, § 203 Rn. 7; *BVerfG*, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvR 988/75 = NJW 1977, 1489 (1491); *BGH*, Urt. v. 7.4.2005 – 1 StR 326/04 = NJW 2005, 2406 (2408), *Rütze*l, GRUR 1995, 557 ff; vgl. *Momsen/Benedict*, KriPoZ 2021, 251 (252).

24 *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 17.

25 *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 203 Rn. 9; *Cierniak/Niehaus* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 19.

26 *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 22-23.

27 *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 23.

28 *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 24-25; vgl. *BGH*, Urt. v. 7.4.2005 – 1 StR 326/04 = NJW 2005, 2406.

29 Vgl. BeckRS 2016, 19047.

30 *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 49; *Kargl,* in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. (2023), § 203 Rn. 29; vgl. *Anders*, GA 2001, 19 ff .

31 *OLG Köln*, Beschl. v. 30.11.1982 – 3 Zs 126/82 = NStZ 1983, 412; *BGH*, Urt. v. 29.10.1992 – 4 StR 126/92 = NStZ 1993, 142.

ganz zu schweigen von einer drohenden Strafverfolgung. Unabhängig davon, wie und zu welchem Zweck der Sozialarbeiter im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit Informationen erhält,[32] bleibt dieser zur Geheimhaltung verpflichtet.[33]

5. Unbefugte Offenbarung

Gemäß § 203 Abs. 1 StGB verstößt der Sozialarbeiter gegen die Geheimhaltungspflicht, wenn er das Geheimnis unbefugt offenbart. Dies bedeutet, dass ein Dritter zum Zeitpunkt der Offenlegung des Geheimnisses durch den Sozialarbeiter keine sichere Kenntnis darüber hatte und nicht zuvor auf anderem Wege informiert wurde.[34] Es ist von Bedeutung, zu beachten, dass die Offenbarung gegenüber einem einzigen Dritten bereits ausreicht, um die Geheimhaltungspflicht zu verletzen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Allgemeinheit weiterhin keine Kenntnis von dem Geheimnis hat.[35]

Der Austausch personenbezogener Informationen zwischen Kollegen über die Geheimnisse der Klienten stellt dementsprechend auch eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht dar. Wird ein anderer Kollege jedoch in die Beratung des Klienten einbezogen, erfüllt dies nicht die Voraussetzungen einer Geheimnisoffenbarung.[36]

Die Offenlegung eines Geheimnisses ist stets unbefugt, es sei denn, es liegt ein Rechtfertigungsgrund vor. Dies ist der Fall, wenn der Betroffene seine Einwilligung gibt oder die Offenlegung durch eine gesetzliche Vorschrift erlaubt ist. Der Begriff der „unbefugten" Offenbarung macht deutlich, dass es im Falle des § 203 StGB besonders häufig zu Rechtfertigungen kommen kann.[37] Insbesondere deswegen ist es wichtig, die gesetzlich normierten Rechtfertigungsgründe zu analysieren.

6. Anerkannte Rechtfertigungstatbestände

In bestimmten Fällen, in denen ein erhebliches anderweitiges öffentliches Interesse besteht, kann die Verletzung der Schweigepflicht gerechtfertigt sein. Eine Weitergabe der Geheimnisse an Dritte ist nur dann zulässig, wenn der Betroffene die Weiterleitung ausdrücklich autorisiert.[38] Einige anerkannte Rechtfertigungsgründe für den § 203 StGB sind:

- Einwilligung
- Anzeigepflicht nach § 138 StGB
- Zeugnispflicht nach § 48 Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. §§ 53, 53a StPO
- Rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, inwieweit das hier diskutierte Problem durch diese Rechtfertigungsgründe gelöst werden kann.

a) Einwilligung

Die Strafbarkeit der Weitergabe von Informationen durch eine schweigepflichtige Person entfällt, wenn der Betroffene ausdrücklich, konkludent oder mutmaßlich in die Offenlegung einwilligt. Eine mutmaßliche Einwilligung liegt vor, wenn die Offenbarung im Interesse des Betroffenen erfolgt und davon ausgegangen werden kann, dass er zustimmen würde, wenn eine rechtzeitige Einwilligung noch möglich wäre.[39] In Fällen von potenziellen Täter-Geflüchteten wird es wohl eher selten möglich sein, eine mutmaßliche oder gar ausdrückliche Einwilligung zu bekommen, um gegen sie strafrechtliche Maßnahmen im Sinne des VStGB einzuleiten. Daher dürfte dieser Rechtfertigungsgrund in der Praxis der Flüchtlingssozialarbeit im Kontext von Völkerstraftaten wenig bis gar keine Bedeutung haben.

b) Anzeigepflicht

Gemäß § 138 Abs. 1 StGB besteht eine Verpflichtung für den Schweigepflichtigen, bestimmte Straftaten sowohl hinsichtlich ihrer Planung als auch ihrer Durchführung anzuzeigen. Zu diesen Straftaten, die in einem festgelegten Katalog aufgeführt sind, gehören schwerwiegende Delikte wie Hochverrat, Landesverrat, Mord, Totschlag, Straftaten gemäß dem VStGB – darunter Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Aggressionsverbrechen – Menschenhandel, Raub, Brandstiftung sowie andere Delikte, die eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen. Gemäß § 138 Abs. 2 StGB besteht auch die Pflicht zur unverzüglichen Weitergabe von Informationen über die Vorhaben und Ausführungen von Straftaten gemäß § 129a i.V.m. § 129b Abs. 1 S. 1 StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen und krimineller und terroristischer Vereinigungen im Ausland).

Dabei ist hervorzuheben, dass es sich bei diesen Straftaten nicht um bereits begangene, sondern um für die Zukunft geplante Taten handelt. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf dem Vorhaben und der Ausführung. Ein "Vorhaben" bedeutet, dass eine ernsthafte Planung mit krimineller Absicht festgelegt wurde.[40] Die Ausführung umfasst den Zeitraum vom unmittelbaren Beginn der Umsetzung bis zur vollständigen Verwirklichung des Tatbestandes.[41] Dabei muss der Schweigepflichtige über Vorhaben und Ausführung glaubhaft erfahren haben. Dies ist der Fall, wenn Kenntnis über eine konkret bevorstehende Tat erlangt wurde.[42]

---

32 *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 52.
33 *OLG Hamburg*, Beschl. v. 29.12.1961 – Ws 756/61 = NJW 1962, 689 (691); *OLG Hamm*, Besch. V. 20.1.2009 – 5 Ws 24/09 = NStZ 2010, 164; *Cropp*, Rechtliche Grundlagen der Schweigepflicht, 2019, S. 9.
34 *BGH*, Urt. v. 10.8.1995 – IX ZR 220/94 = NJW 1995, 2915; *Eisele,* in: Schönke/Schröder, StGB, § 203 Rn. 20.
35 *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 54.
36 *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 55; *Komarek,* in: BAMF, Deradikalisierungs- und Distanzierungsarbeit, 2021, S. 172; *BGH*, Urt. v. 11.12.1991 – VIII ZR 4/91 = NJW 1992, 737 (739).
37 *Kargl,* in: NK-StGB, § 203 Rn. 101.
38 *Cierniak/Niehaus,* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 20; *OLG Hamm*, Beschl. v. 22.2.2001 – 2 Ws 9/01 = NJW 2001, 1957 (1958).
39 *Kargl,* in: NK-StGB, § 203 Rn. 114.
40 *BGH*, Urt. v. 9.12.1976 – II ZR 205/74 = BeckRS 1976, 205; *Hohmann,* in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 138 Rn. 10.
41 *Hohmann,* in: MüKo-StGB, § 138 Rn. 11; vgl. *Komarek,* in: BAMF, Deradikalisierungs- und Distanzierungsarbeit, 2021, S. 176.
42 *Hohmann,* in: MüKo-StGB, § 138 Rn. 12; *Dietmeier,* in: Matt/Renzikowski, StGB, § 138 Rn. 7.

Bereits begangene Straftaten fallen jedoch nicht unter den Anwendungsbereich von § 138 StGB. Auch dieser Rechtfertigungsgrund hilft daher bei der Beantwortung der hier gestellten Frage nicht weiter.

c) Zeugnispflicht

Zeugen haben die Pflicht, vor dem Richter nach § 48 Abs. 1 S. 2 StPO, vor der Staatsanwaltschaft nach § 161a Abs. 1 StPO sowie vor der Polizei auf Ladung im Auftrag der Staatsanwaltschaft nach 163 Abs. 3 StPO auszusagen, wenn keine gesetzliche Ausnahme vorliegt.

Von der Aussagepflicht sind die in § 53 Abs. 1 StPO bestimmen Personen befreit. Auf ein solches Zeugnisverweigerungsrecht können sich Sozialarbeiter jedoch nicht berufen.[43] Bereits im Jahr 1972 hat das *BVerfG* bestätigt, dass der Zeugniszwang für Sozialarbeiter im Strafverfahren, auch bezüglich vertraulicher Informationen ihrer Klienten, nicht gegen das Recht auf Privatsphäre verstößt.[44] Es betonte, dass die Vertrauensbeziehung zwischen Sozialarbeiter und Klient zwar wichtig sei, jedoch nicht zwangsläufig die Erwartung mit einschließe, dass der Sozialarbeiter vertrauliche Informationen geheim halten werde.[45] Das Gericht hielt außerdem fest, dass die Erweiterung des Zeugnisverweigerungsrechts im Strafprozess auf neue Personengruppen eine sorgfältige Begründung erfordere, da sie die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden beeinträchtigen und die Findung einer gerechten Entscheidung behindern könne.[46]

Im Jahr 1974 wurde eine Gesetzesinitiative zur Einführung eines strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts für staatlich anerkannte Sozialarbeiter und Sozialpädagogen in bestimmten Beratungsstellen wie Ehe-, Erziehungs- und Jugendberatungsstellen sowie Suchtberatungsstellen angestrebt.[47] Begründet wurde dieser Vorschlag damit, dass in diesen Bereichen ein besonders persönliches Vertrauensverhältnis zwischen Sozialarbeiter und Klient erforderlich sei. Der Vorschlag wurde im weiteren parlamentarischen Verfahren nicht weiterverfolgt und wurde schließlich mit dem Ende der Legislaturperiode obsolet.[48] Allerdings wurde im Jahr 1992 durch die Änderung des § 53 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht für Suchtberater in Nr. 3b eingeräumt. Die Entscheidung des Gesetzgebers, den Personenkreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten zu erweitern, scheint im Hinblick auf die Ausführungen des *BVerfG* im Rahmen seines verfassungsmäßigen Ermessensspielraums zu liegen.[49] Allerdings wurde diese Erweiterung bisher noch nicht auf alle Sozialarbeiter ausgedehnt. Schließlich hat die Bundesregierung erst Ende letzten Jahres noch einmal deutlich gemacht, dass sie keinen Reformbedarf hin zu einem umfassenden Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter sieht.[50]

Auch wenn vielfach eine Gesetzesänderung hin zu einem Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter gefordert wird, stellt diese Situation in der juristischen Praxis kein Problem dar, da in diesen Fällen allgemein eine gesetzliche Offenbarungspflicht angenommen wird, so dass als Zeugen berufene Sozialarbeiter keine Strafverfolgung fürchten müssen. Es ist evident, dass die Zeugnispflicht Vorrang vor der Schweigepflicht hat und damit die Offenbarung des Geheimnisses vor der Strafverfolgungsbehörde für die Sozialarbeiter rechtfertigt.[51]

Ein Ausweg aus dem Dilemma zwischen Anzeigebedürfnis und Schweigepflicht könnte darin bestehen, eine anonymisierte Anzeige zu erstatten und dann im Zuge der Vorladung unter Berufung auf die Zeugnispflicht auszusagen.[52] Dadurch wird aber der Schutzzweck des § 203 StGB rechtswidrig untergraben, der Sozialarbeiter macht sich dennoch strafbar. Die „heimliche“ Begehungsweise mag ihn zwar zunächst vor Verfolgung schützen, diese Vorgehensweise ist aber auf keinen Fall eine rechtsstaatliche und nachhaltige Lösung.

IV. Das Problem vergangener Straftaten - Juristischer Lösungsansatz

In einigen Fällen ist die Offenbarung von Informationen über Völkerstraftaten problemlos möglich, so bei geplanten Straftaten gem. § 138 Abs. 1 StGB oder wenn die Tat bereits ermittelt wird. Bisher polizeilich nicht bekannte, zurückliegende Straftaten sind von den eben erläuterten Rechtfertigungsgründen aber nicht erfasst, sie unterfallen weiter der Geheimhaltungspflicht. Zu lösen bleibt daher die Frage, ob eine Rechtfertigung auch für die Meldung von Völkerstraftaten in Eigeninitiative gelten kann. Hier kommt am ehesten ein rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB in Frage.

1. Notstandslage

Erste Probleme ergeben sich bei der Bestimmung der Notstandslage. Es muss eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut bestehen. Dem Wortlaut nach sind vornehmlich Individualrechtsgüter notstandsfähig, allerdings gilt dies auch für Allgemeinrechtsgüter[53] und

43 *Kreicker,* in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. (2023), § 53 Rn. 6.
44 *BVerfG*, Besch. v. 19.7.1972 – 2 BvL 7/71 = NJW 1972, 2214 (2215).
45 *BVerfG*, Besch. v. 19.7.1972 – 2 BvL 7/71 = NJW 1972, 2214 (2215).
46 *BVerfG*, Besch. v. 19.7.1972 – 2 BvL 7/71 = NJW 1972, 2214 (2216); vgl. *BVerfG*, Besch. v. 31.5.1988 – 2 BvR 367/88 = NStZ 1988, 418.
47 *Sauer,* „Gibt § 35 Abs. 3 SGB I Sozialarbeiterinnen und Sozialpädagogen ein eigenständiges strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht?“ 2017, S. 11; BT-Drs. 7/3118.
48 *Sauer,* „Gibt § 35 Abs. 3 SGB I Sozialarbeiterinnen und Sozialpädagogen ein eigenständiges strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht?“ 2017, S. 11.
49 Siehe BT, Zeugnisverweigerungsrecht im Bereich der sozialen Arbeit? Geltende Rechtslage und Spielraum des Gesetzgebers, WD 7 – 3000 – 034/20, 2020, S. 12.
50 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Heidi Reichinnek*, *Dr. André Hahn*, *Susanne Ferschl*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 20/9614, S. 4 f., online abrufbar unter: https://dserver.bundestag.de/btd/20/099/2009918.pdf (zuletzt aufgerufen am 8.5.2024).
51 Vgl. *BFH*, Besch. v. 21.12.1992 – XI B 55/92 = NJW 1993, 2831.
52 Vgl. *Vogel/Hilgendorf*, Umgang mit der Kenntnisnahme von Straftaten im Rahmen der Durchführung von Forschungsvorhaben, 2023, S. 20; *Pehl/Knödler*, Datenschutz und Schweigepflicht in der Sozialen Arbeit, 2020, S. 158 ff.
53 *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 22.

sonstige anerkannte rechtliche Interessen[54]. Das Rechtsgut kann auch für den Täter ein fremdes sein.[55]

In der skizzierten Situation bestehen, soweit durch das erlangte Wissen keine Gefahr für den Sozialarbeiter von dem Völkerstraftäter[56] ausgeht, keine aktuellen Gefahren für Individualrechtsgüter, da die Tat bereits begangen und beendet ist. Dem Inhalt nach könnte zwar der Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG gefährdet sein, dieser Anspruch steht aber nur den von den Straftaten Betroffenen und, im Falle von Kapitalverbrechen, deren Angehörigen zu. Die Sozialarbeiter sind selbst nicht Opfer einer Völkerstraftat geworden und können sich daher auch nicht auf diesen Anspruch berufen.[57]

Betroffen sein kann vielmehr das Strafverfolgungsinteresse des Staates. Als staatliches Rechtsgut nimmt dieses eine Sonderstellung innerhalb der Allgemeinrechtsgüter ein[58] und unterliegt engeren Voraussetzungen bei der Erforderlichkeitsprüfung[59]. Davon umfasst ist die Aufdeckung bereits begangener Straftaten sowie die Identifizierung und in der Folge potenzielle Bestrafung der Täter. Die Gefahr liegt dabei darin, dass Straftäter auf freiem Fuß sind und dadurch die Rechtsordnung gestört wird sowie dass möglicherweise weitere Gefahren von ihnen ausgehen. Jede Notstandshandlung des Sozialarbeiters wird damit zur Notstandshilfe, indem er für den Staat tätig wird und ein für ihn selbst fremdes Rechtsgut verteidigt.

Es handelt sich um eine Dauergefahr[60], die sich bereits mit der Einreise des Völkerstraftäters in deutsches Bundesgebiet verwirklicht hat und fortbesteht.

2. Notstandshandlung

Mit einer Anzeige bei den Strafverfolgungsbehörden kann der Sozialarbeiter die anhaltende Gefahr beenden. Er sorgt damit dafür, dass gegen den Straftäter ermittelt wird und dieser bei entsprechendem Tatnachweis die strafrechtlichen und asylrechtlichen Konsequenzen zu tragen hat. Ein milderes Mittel kommt dabei nicht in Betracht, da der Sozialarbeiter selbst nicht zu Maßnahmen der Strafverfolgung und Ahndung befugt ist, er darf nicht zur Selbstjustiz greifen.

a) Abwägungsaspekte

Es stellt sich aber die Frage, ob in solchen Fällen eine Abwägung zugunsten der anzeigewilligen Sozialarbeiter ausfallen kann. Dafür muss das Erhaltungsinteresse das Eingriffsinteresse deutlich überwiegen. Dabei sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen.[61] Bisher ist die überwiegende Literaturmeinung[62] der Auffassung, dass das Strafverfolgungsinteresse des Staates in der Regel nicht das durch § 203 StGB geschützte Eingriffsinteresse überwiegen kann, wenn nicht gerade eine akute Wiederholungsgefahr besteht.[63]

Gerade in Fällen bei denen Völkerstraftaten im Raum stehen, lohnt sich aber ein differenzierterer Blick. Völkerstraftaten sind Straftaten von besonderer Schwere, häufig mit einer Vielzahl von Opfern und enormen Auswirkungen auf die Staaten, in denen sie begangen werden. An ihnen besteht daher ein besonderes nationales und internationales Verfolgungsinteresse, das nicht mit dem „einfachen" staatlichen Strafverfolgungsinteresse vergleichbar ist und entsprechend schwerer wiegt. Demgegenüber steht das durch § 203 StGB geschützte Geheimhaltungsinteresse des geflüchteten Klienten des Sozialarbeiters. Dieser Schutz, auch vor einer staatlichen Strafverfolgung, ergibt sich zusätzlich aus dem Rechtsgedanken des § 53 Abs. 1 StPO. Das Gesetz sieht also keine Strafverfolgung um jeden Preis vor, sondern schützt die Privatsphäre der Betroffenen im Kontext besonderer Vertrauensverhältnisse in erheblichem Umfang.

Die Dauergefahr, die für das Strafverfolgungsinteresse besteht, ist vergleichsweise hoch. Zwar dürfte bei Völkerstraftaten in der Regel keine Wiederholungsgefahr bestehen, diese Taten sind jedoch so schwerwiegend, dass die Störung der Rechtsordnung bei Nichtahndung der Taten deutlich gravierender ausfällt als bei „normalen" Delikten. Sie berühren die „internationale Gemeinschaft als Ganzes".[64] Dass diesen Taten nicht nur objektiv ein besonderes Gewicht zukommt, sondern von staatlicher und gesellschaftlicher Seite auch ein besonderes Interesse besteht, zeigt sich in der Gesetzgebung. Völkerstraftaten sind regelmäßig in Katalogausnahmen und Sonderregelungen wie § 138 Abs. 1 StGB, § 139 Abs. 3 StGB, § 112 Abs. 3 StPO oder § 153f StPO aufgeführt und werden ausschließlich durch den Generalbundesanwalt verfolgt. Der Geflüchtete wird dagegen nicht sicher in dem gegen ihn zu führenden Strafverfahren für schuldig befunden, die Verwirklichung der mittelbaren Gefahren für seine persönliche Freiheit oder sein Vermögen, die sich durch die Folgen eines solchen Prozesses ergeben, ist nicht gesichert.

Der Schaden einer Nichtverfolgung erstreckt sich über das staatliche Interesse hinaus und betrifft das Sicherheits- und Gerechtigkeitsgefühl aller in Deutschland lebenden Menschen. Darüber hinaus hat Deutschland eine internationale Verpflichtung, Völkerstraftaten zu verfolgen und zu ahnden. Dieser Verpflichtung kann der Staat ohne die

54 *BGH*, NJW 2015, 2652 ff.
55 *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 34 Rn. 10.
56 Der Einfachheit halber wird für diesen Artikel davon ausgegangen, dass die Tat tatsächlich stattgefunden hat und der Sozialarbeiter die Informationen von dem Täter selbst erfahren hat.
57 *BVerfG*, NJW 2015, 3500, Rn. 20 ff.
58 *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), § 8 Rn. 26.
59 *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 34 Rn. 10 f.
60 *Tsilimpari*, Die Regelung des Notstands im deutschen und im englischen Recht, 2020, S. 64.
61 *Tsilimpari*, Die Regelung des Notstands im deutschen und im englischen Recht, 2020, S. 69 ff.
62 *Kargl,* in: NK-StGB, § 203 Rn. 120; *Cierniak/Niehaus* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 95; Ausnahme: *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 203 Rn. 32.
63 *Kargl,* in: NK-StGB, § 203 Rn. 123.
64 Präambel des Römischen Statuts, online abrufbar unter: https://www.un.org/depts/german/internatrecht/roemstat1.html#P (zuletzt abgerufen am 5.5.2024).

entsprechenden Informationen über die Täter nicht nachkommen. Der Schaden für den Völkerstraftäter im Falle einer Verurteilung ist selbstverständlich gravierend, ihm drohen lange Haftstrafen und, basierend auf den Umständen, eine Abschiebung.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Gefahr für das Erhaltungsinteresse von ihm selbst geschaffen und damit aus der Sphäre des Eingriffsopfers kommt. Der Völkerstraftäter muss damit schwerere Eingriffe in seine Rechtsgüter dulden, da er die abzuwehrende Gefahr selbst verursacht hat.[65]

b) Abwägung im engeren Sinne und Besonderheiten

Nachdem diese Aspekte gesammelt und gewichtet wurden, bleibt zu beantworten, ob die Abwägung zu einer Rechtfertigung kommen kann und ob dies für alle Völkerstraftaten gleichermaßen gelten kann.

Richtig ist, die Strafverfolgung nicht blind über jedes andere Interesse zu stellen und die Wertungen von § 203 StGB und § 53 StPO nicht achtlos zu untergraben. Auch muss innerhalb der Völkerstraftaten differenziert werden. Nicht jede Einzeltat ist von undenkbarem Ausmaß, nicht jeder Täter ist ein Massenmörder. Zwischen einer Freiheitsberaubung oder sogar einer Tötung im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 9 und Nr. 1 VStGB und der Organisation und Durchführung eines Genozids liegt ein beachtenswerter Unterschied. Die erstgenannten Taten sollen hier nicht verharmlost werden, sie sind aber bei objektiver Betrachtung in ihrer Schwere mit ihren Pendants aus dem Strafgesetzbuch vergleichbar. Eine Anzeige dieser Taten wiederum ist herrschender Meinung nach nicht zu rechtfertigen, wenn eine Schweigepflicht besteht.

Vor einer abschließenden Entscheidung ist daher zunächst eine Abgrenzung vorzunehmen: Welche Völkerstraftaten verdienen eine unbedingte Strafverfolgung?

Dazu lohnt es sich einen Blick auf die Merkmale zu werfen, die Völkerstraftaten zu dem machen, was sie sind, die ihnen ihre besondere Schwere verleihen. Hierbei sollten unter anderem die Opferzahl und das Maß an Organisation berücksichtigt werden. Einfach wird es sein, die Makroverbrecher der Gruppe zuzuordnen, die in jedem Fall verfolgt werden sollte. Diejenigen, die in Machtpositionen Völkerstraftaten planen, organisieren und durchführen (lassen), die Köpfe der Verbrechen. Aber auch Täter, die Massenerschießungen oder Taten mit vergleichbarem Ausmaß begangen haben, sind nicht mehr mit einem „durchschnittlichen Mörder“ vergleichbar und es ist für die Rechtsordnung unerträglich, dass sie auf freiem Fuß bleiben.

Eine solche Unterscheidung liegt auch im Interesse der betroffenen Sozialarbeiter. Auch diese haben ein Geheimhaltungsinteresse, da es für ihre Arbeit unabdingbar ist, ein Vertrauensverhältnis zu ihren Klienten aufzubauen und aufrechtzuerhalten.[66] Unter keinen Umständen dürfen sie in den Augen der Geflüchteten zu „Spitzeln der Strafverfolgungsbehörden“ werden. Auch unter diesem Gesichtspunkt dürfen nur die allerschwersten Taten zur Anzeige gebracht werden.

Schließlich muss noch geprüft werden, ob diese Argumentation auch den schärferen Abwägungsvoraussetzungen bei der Verteidigung staatlicher Rechtsgüter standhält. Staatliche Rechtsgüter dürfen nur im Notfall verteidigt werden, bei besonders vorgeschriebenen Verfahren zur Konfliktlösung, wie in diesem Fall dem Strafverfahren, darf nicht eigenmächtig als Privatperson gehandelt werden.[67] In den hier geschilderten Fällen werden aber gerade nur Informationen weitergegeben, damit die zuständigen Strafverfolgungsorgane tätig werden können, so dass auch die strengeren Maßstäbe in den geschilderten Fällen eine Rechtfertigung zulassen.

In den soeben erläuterten, eng gesteckten Fällen kann eine Verletzung des Privatgeheimnisses gerechtfertigt werden. Die Abwägung fällt zugunsten einer Rechtfertigung aus, da in diesen Extremfällen die Rechtsordnung und das Rechtsempfinden aller Bürger in einem unerträglichen Maße gestört wird. Die weltweit „Schlimmsten der Schlimmen“ müssen unter allen Umständen verfolgt und zur Rechenschaft gezogen werden. Wer Taten in diesem Ausmaß begeht, dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung muss im Hinblick auf die Strafverfolgung, entgegen der üblichen Wertungen, zurücktreten.

c) Angemessenheit

Des Weiteren muss die Notstandshandlung angemessen sein. Der durch sie verursachte Schaden darf nicht außer Verhältnis zu der Gefahr stehen und muss sozialethisch vertretbar sein.[68] Dazu gehört für gewöhnlich, dass die Handlung nicht gegen geltendes Recht verstößt. In den hier diskutierten Fällen ist zwar eine gesetzliche Regelung der Schweigepflicht vorhanden, es kann aber argumentiert werden, dass hinsichtlich Völkerstraftaten eine Durchbrechung stattfinden kann und muss. Wie bereits erläutert, sind Völkerstraftaten keine gewöhnlichen Straftaten und müssen daher uneingeschränkt und mit allen möglichen Mitteln verfolgbar sein. Unter den geschilderten Umständen ist die Weitergabe von Informationen an die Strafverfolgungsbehörden als Notstandshandlung als angemessen anzusehen.

---

65 *Kühl*, Strafrecht AT, § 8 Rn. 134 ff.

66 Vgl. *Raabe*, Für ein Zeugnisverweigerungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag des AWO Bundesverbandes e. V., S. 10, online abrufbar unter: https://awo.org/artikel/fuer-ein-zeugnisverweigerungsrecht-in-der-sozialen-arbeit/ (zuletzt abgerufen am 9.7.2024).

67 *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 34 Rn. 10, 41.

68 *Tsilimpari*, Die Regelung des Notstands im deutschen und im englischen Recht, 2020, S. 74 ff.

V. Das Problem vergangener Straftaten - Rechtspolitische Lösungsansätze

Das Problem bei einer einzelfallabhängigen Rechtfertigung ist immer die in der Praxis verbleibende Unsicherheit. Sozialarbeiter werden sich nicht hundertprozentig darauf verlassen können, dass sie im Falle der Anzeige einer Völkerstraftat straflos bleiben. Will man also daran festhalten, dass Völkerstraftaten konsequent verfolgt werden und Völkerstraftäter in Deutschland keinen sicheren Hafen haben, muss überlegt werden, ob und welche Lösungsansätze sich aus einem praxisnahen, rechtspolitischen Blickwinkel anbieten.

Eine Möglichkeit wäre eine Katalogausnahme im § 203 StGB nach dem Vorbild anderer Regelungen. Wenn der politische Wille da ist, Völkerstraftaten uneingeschränkt zu verfolgen, dann könnte über eine Rechtfertigung in den geschilderten Einzelfällen hinaus für den Verdacht von Völkerstraftaten ein Erlaubnistatbestand eingeführt werden. Der neu eingeführte Absatz könnte beispielsweise lauten:

„Kein Offenbaren im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen Informationen über einen Völkermord (§ 6 des Völkerstrafgesetzbuches) oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 des Völkerstrafgesetzbuches) oder ein Kriegsverbrechen (§§ 8, 9, 10, 11 oder 12 des Völkerstrafgesetzbuches) oder ein Verbrechen der Aggression (§ 13 des Völkerstrafgesetzbuches), das der Betroffene begangen hat, an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden weiterleitet.“

Gleichermaßen kann eine Regelung im Völkerstrafgesetzbuch in Betracht gezogen werden, indem entweder eine Erlaubnisnorm vergleichbar mit der eben vorgeschlagenen Katalogausnahme geschaffen wird oder ein neuer Straftatbestand nach dem Vorbild der Nichtanzeige geplanter Straftaten gemäß § 138 StGB, der die Nichtanzeige aller oder einzelner, bereits begangener Völkerstraftaten unter Strafe stellt.

Will man sich nicht dahingehend festlegen, inwieweit Völkerstraftaten uneingeschränkt zu verfolgen sind, so kann bei der Notstandslösung verblieben werden und den betroffenen Sozialarbeitern (und auch anderen Professionen) Unterstützung bei der Einschätzung der Fälle an die Hand gegeben werden. Praxisgerecht umsetzbar wäre ein an den Kinderschutz angelehntes Model. § 4 Abs. 1, 2 KKG gibt Geheimnisträgern das Recht auf eine Beratung anhand von pseudonymisierten Daten. Eine solche Anlaufstelle könnte bei der zuständigen Bundesanwaltschaft oder einer wissenschaftlichen Fachstelle für Völkerstrafrecht eingerichtet werden, um den Betroffenen bei der Einschätzung, ob eine „ausreichend schwere“ Völkerstraftat vorliegt, zu helfen. Durch die Pseudonymisierung der Fälle ist ein Rückschluss auf die Identität des Geflüchteten nicht möglich. Das wiederum schließt ein strafbares Offenbaren im Sinne des § 203 Abs. 1 StGB aus.[69] Ein weiterer Vorteil dieses Systems wäre eine verbesserte Erfassung der sich in Deutschland aufhaltenden Völkerstraftäter, da auch die Taten, die für eine Rechtfertigung nicht ausreichen, trotzdem unabhängig von der Identität des Täters erfasst werden können.

Teilweise wird eine Befugnis zur Weiterleitung der relevanten Daten an Strafverfolgungsbehörden gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) i.V.m. § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. d BDSG angenommen.[70] Ob sich hieraus eine Rechtfertigung für den Bruch der Schweigepflicht ableiten lässt, ist aber bisher kaum diskutiert und nicht abschließend geklärt.

Ob und welcher Weg gewählt wird, die mit der Beibehaltung des Status quo verbundenen Unsicherheiten für die Praxis aufzulösen, bleibt dem Gesetzgeber überlassen und hängt vom politischen Willen ab, inwieweit der internationalen Verpflichtung, Völkerstraftaten zu verfolgen, Priorität eingeräumt wird.

VI. Fazit

Völkerstraftaten müssen mit allen Mitteln verfolgt und geahndet werden. Bisher werden aber nicht alle verfügbaren Ressourcen eingesetzt. Angesichts der zunehmenden Verbreitung von Konflikten weltweit steigt auch die Möglichkeit, dass Täter von Völkerstraftaten ihren Weg nach Deutschland finden können. Daher ist es von entscheidender Bedeutung, dass Sozialarbeiter über fundierte Kenntnisse des Völkerstrafrechts verfügen, um entsprechende Hinweise an die zuständigen Behörden weiterzuleiten. Die derzeitige Rechtslage jedoch schreckt Sozialarbeiter möglicherweise davon ab, Informationen weiterzugeben, aus Angst vor einer eigenen Strafverfolgung. Es ist daher offensichtlich, dass Sozialarbeiter in diesem Zusammenhang gestärkt werden und rechtspolitische Maßnahmen ergriffen werden müssen, damit Deutschland seiner internationalen Verpflichtung im Völkerstrafrecht nachkommen kann.

---

69 *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 54.

70 Vgl. *Komarek,* in: BAMF, Deradikalisierung- und Distanzierungsarbeit, 2021, S. 184: „Den Beratungsfachkräften ohne Zeugnisverweigerungsrecht eine vorgelagerte Befugnis zur Einbindung der Strafverfolgungsbehörden zu verschaffen, ist daher sachgerecht“.

Das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts

Zu den jüngsten Arbeiten am Bau für deutsche Weltrechtspflege

von Dr. Svenja Raube, LL.M. (Edinburgh)[*]

Abstract

„Auf den Trümmern des Zweiten Weltkrieges wurde das Völkerstrafrecht geboren. Unser Land sieht es daher als seine Pflicht an, bei der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen eine Vorreiterrolle einzunehmen.“[1] *Mit diesen Worten leitete der Bundesjustizminister die erste Lesung des Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts ein, das nun am 6. Juni 2024 verabschiedet worden ist. Die kurz nach dem 20. Geburtstag des Völkerstrafgesetzbuchs durch das Bundesjustizministerium angestoßene Reform bringt nicht nur Änderungen im materiellen Strafrecht, sondern auch im Strafverfahrens- und Justizverfassungsrecht mit sich, um die deutsche Strafrechtspflege über die schwersten Verbrechen der internationalen Gemeinschaft zu verbessern. Durch die Änderungen soll erstens das deutsche Völkerstrafgesetzbuch weiter an das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs angeglichen werden, zweitens die Rechte der Opfer von Völkerrechtsverbrechen gestärkt und drittens die Breitenwirkung völkerstrafrechtlicher Verfahren und Urteile verbessert werden. Der folgende Beitrag enthält einen Überblick über die nun in Kraft tretenden Änderungen und eine Stellungnahme, inwieweit der Gesetzgeber den formulierten Zielen der Reform und dem Anspruch einer deutschen Vorreiterrolle gerecht geworden ist.*

"International criminal law was born on the ruins of the Second World War. Our country therefore considers it its duty to play a pioneering role in the prosecution of crimes under international law." With these words, the German Federal Minister of Justice introduced the first reading of the Act on the Further Development of International Criminal Law, which was adopted on 6 June 2024. The reform, which was initiated by the Federal Ministry of Justice shortly after the 20th anniversary of the Code of Crimes against International Law (VStGB), brings about changes not only in substantive criminal law, but also in criminal procedural law and judicial constitutional law, with the aim of improving the German criminal justice system's ability to deal with the most serious crimes of the international legal order. The amendments are intended, first, to further harmonize the Code of Crimes against International Law with the Statute of the International Criminal Court, second, to strengthen victims' rights, and third, to improve the impact and outreach of German international criminal law proceedings and judgments. The following article provides an overview of the amendments that will now come into force and assesses the extent to which the legislator has done justice to the stated aims of the reform and Germany's intended pioneering role.

I. Anlass und Hintergrund der Reform

„We have been waiting for 18 years for someone to be held accountable. We consider this a start for justice to be finally delivered for the victims. […] If we can't find justice in our own country, we will go elsewhere. That is why this Bai Lowe trial symbolizes a lot.“[2]

Am 30. November 2023 kam vor dem *OLG Celle* das weltweit erste Verfahren zum Abschluss, in dem sich ein Gericht mit den Verbrechen früherer Mitglieder von Sondereinheiten gambischer Streitkräfte beschäftigt hat.[3] Die Zuständigkeit des deutschen Oberlandesgerichts zur Verurteilung eines ehemaligen Mitglieds einer für den damaligen gambischen Präsidenten tätigen Spezialeinheit wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit basierte auf dem sogenannten Weltrechtspflegeprinzip, das in § 1 des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) verankert ist. Nach diesem Prinzip kann Deutschland die Strafverfolgung über die Völkerrechtsverbrechen des Völkermordes, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit übernehmen, selbst wenn diese Verbrechen im Ausland begangen wurden und auch ansonsten in keinem Bezug zu Deutschland stehen.

Das am 30. Juni 2002 in Kraft getretene VStGB implementiert die Verbrechenstatbestände des Römischen Statuts (IStGH-Statut) in deutsches Recht. Während das deutsche Gesetzbuch im ersten Jahrzehnt seiner Geltung kaum zur Anwendung gebracht wurde[4], hat die Ermittlungs- und Verfolgungsaktivität des Generalbundesanwalts im Be-

---

* *Dr. Svenja Raube* ist Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht an der Universität zu Köln.

1 Rede des Bundesjustizministers anlässlich der Ersten Lesung eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts vor dem Deutschen Bundestag, 30. November 2023, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Reden/DE/2023/1130_Bundestag_Voelkerstrafrecht.html (zuletzt abgerufen am 30.6.2024).

2 Aussage eines Nebenklägers zum Prozessauftakt vor dem *OLG Celle*, s. Gambian Dictatorship's Crimes go on Trial in Germany, Justice Info v. 25.4.2022, online abrufbar unter: https://www.justiceinfo.net/en/91253-gambian-dictatorship-crimes-trial-in-germany.html (zuletzt abgerufen am 8.7.2024).

3 Pressemitteilung des *OLG Celle* vom 30.11.2023, online abrufbar unter: https://oberlandesgericht-celle.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/staatsschutzverfahren-wegen-des-verdachts-von-verbrechen-gegen-die-menschlichkeit-in-gambia-227625.html (zuletzt abgerufen am 8.7.2024).

4 Die Bilanz des deutschen VStGB im ersten Jahrzehnt seines Bestehens als „ernüchternd“ bezeichnen *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), Rn. 488.

reich der Völkerstraftaten seither signifikant zugenommen.[5] Heute sind Verfahren, in denen deutsche Gerichte über „die schwersten Verbrechen urteilen, die die internationale Gemeinschaft als Ganzes" betreffen, keine Seltenheit mehr.[6] Große internationale Beachtung erlangt haben in den vergangenen Jahren etwa das Urteil des *OLG Frankfurt* im Dezember 2021 gegen ein ehemaliges Mitglied des sogenannten „Islamischen Staates" wegen Völkermordes an den Jesidinnen und Jesiden im Nordirak[7] und die Urteile des *OLG Koblenz* gegen zwei ehemalige Mitglieder des syrischen Geheimdienstes in den Jahren 2022 und 2023.[8] Der von der deutschen Politik inzwischen regelmäßig wiederholte Anspruch einer deutschen Vorreiterrolle[9] entbehrt daher nicht der Grundlage.

Trotz der beachtlichen Verdienste der deutschen Justiz im vergangenen Jahrzehnt, blieben die bisherigen deutschen Verfahren in vielerlei Hinsicht noch hinter dem erhobenen Anspruch zurück. Dies betraf insbesondere die Beteiligung der Betroffenen der angeklagten Völkerstraftaten sowie die Dokumentation und Rezeption der Prozesse. So beklagte etwa die Tochter eines der Opfer des Angeklagten vor dem *OLG Celle*, dass die gambische Bevölkerung dem Verfahren, trotz dessen historischen Bedeutung als Heilungsprozess für „eine ganze Nation", aufgrund sprachlicher Barrieren nicht habe folgen können.[10] Das Bundesjustizministerium nahm sich dem bestehenden Reformbedarf kurz nach dem 20. Geburtstag des VStGB an und legte am 17. Juli 2023 einen Referentenentwurf vor[11], der am 1. November 2023 in den Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts mündete.[12] Nach einer Expertenanhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024[13] wurde das Gesetz am 6. Juni 2024 in der durch den Rechtsausschuss geänderten Fassung verabschiedet.[14]

Der vorliegende Beitrag soll einen Überblick über die nun mit dem Gesetz in Kraft tretenden Neuerungen bieten. Dabei knüpft er an eine ganze Reihe lesenswerter Beiträge aus der völkerstrafrechtlichen Wissenschaft an, die anlässlich des jüngsten runden Geburtstages des VStGB Bilanz zur bisherigen deutschen Völkerstrafrechtspflege gezogen und eine ganze Reihe von Reformvorschlägen unterbreitet haben, die der Gesetzgeber nun aufgegriffen hat.[15] Der Beitrag nimmt zunächst die Änderungen im materiellen Recht (II.) und sodann im Verfahrensrecht (III.) in den Blick, bevor er mit einer Gesamtwürdigung endet (V).

II. Änderungen im materiellen Recht

Auf breite Zustimmung im Gesetzgebungsverfahren sind zunächst die Anstrengungen des Gesetzgebers gestoßen, das materielle Recht weiter an das IStGH-Statut und den Stand des geltenden Völkergewohnheitsrechts anzupassen. Die durch das Gesetz in Kraft tretenden Änderungen im materiellen Recht betreffen im Wesentlichen Anpassungen in den Bereichen der sexuellen und reproduktiven Selbstbestimmung, beim zwangsweisen Verschwindenlassen, bei den verbotenen Mitteln der Kampfführung und bei der Verursachung von Umweltschäden.

1. Änderungen im VStGB

a) Anpassungen in den Tatbeständen zum Schutz der sexuellen und reproduktiven Selbstbestimmung (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 und § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB)

Das Gesetz sieht zunächst die Aufnahme neuer Tatbestandsvarianten in die § 7 Abs. 1 Nr. 6 und § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB zur Schließung vorhandener Strafbarkeitslücken im Bereich der sexuellen Selbstbestimmung und der Reproduktionsfreiheit vor.[16] Die Aufnahme einzelner neuer Tatbestandsvarianten in das VStGB mag zwar kasuistisch wirken.[17] Doch hätte die alternative Vorgehensweise, nämlich die Schaffung einer Generalklausel, wie sie im IStGH-Statut enthalten ist[18], in einem Spannungsverhältnis zum deutschen Bestimmtheitsgebot nach § 1 Abs. 1

---

5 Dies ging einher mit einer Ausweitung der Ressourcen des Generalbundesanwalts und des Bundeskriminalamts, s. ausführlich zur Verbesserung der Anwendungspraxis *Geneuss,* in: Bock/Wagner, Gerechtigkeit aus der Ferne, 2023, S. 55.

6 S. Präambel des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs, online abrufbar unter: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf (zuletzt abgerufen am 8.7.2024).

7 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 30.11.2021 – 5-3 StE 1/20 - 4 - 1/20, dieses wurde bestätigt in *BGH*, Beschl. v. 30.11.2021 – 3 StR 230/22.

8 Für das erstgenannte Verfahren s. *OLG Koblenz*, Urt. v. 24.2.2021 – 1 StE 3/21, dieses wurde bestätigt in *BGH*, Beschl. v. 20.4.2022 – 3 StR 367/21. Für das zweite, noch nicht rechtskräftige Verfahren s. *OLG Koblenz*, Urt. v. 13.1.2022 – 1 StE 9/19.

9 Fn. 1; BT-Drs. 20/9471, S. 10.

10 Zitiert nach Fn. 1.

11 BMJ, Referentenentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 17.7.2023.

12 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 1.11.2023.

13 Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw48-de-voelkerstrafrecht-979660 (zuletzt abgerufen am 24.6.2024).

14 BT-Drs. 20/9471.

15 *Kreß,* DRiZ 2022, 72 (75); Interview mit *Prof. Claus Kreß* im Deutschlandfunk, 23. Januar 2022, online abrufbar unter: https://www.deutschlandfunk.de/interview-kress-prof-claus-voelkerrechtler-universitaet-koeln-dlf-2ab60fd7-100.html (zuletzt abgerufen am 8.7.2024); *Bock/Wagner*, Gerechtigkeit aus der Ferne?, Herausforderungen der nationalen Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, 2023; *Jeßberger/Epik*, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2023; *Castillejos-Aragón,* The Road to Koblenz: Pathways for International Justice through the exercise of universal jurisdiction in Germany, Konrad-Adenauer-Foundation, New York Office, 2024, online abrufbar unter: https://www.kas.de/de/web/newyork/veranstaltungsberichte/detail/-/content/the-road-to-koblenz (zuletzt abgerufen am 8.7.2024).

16 Allgemein kritisiert wurde, dass die verschiedenen Schutzrichtungen der Tatbestandsvarianten in §§ 7 Abs. 1 Nr. 6 und 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB nicht zum Ausdruck gelangen. So fordert *Bock,* dass klarer unterschieden werden müsse zwischen den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung einerseits (die durch die Tatbestandsvarianten des sexuellen Übergriffs, der sexuellen Nötigung, der Nötigung zur Prostitution und der sexuellen Sklaverei betroffen werden) und gegen die Reproduktionsfreiheit (Beraubung der Fortpflanzungsfähigkeit, erzwungene Schwangerschaft und erzwungener Schwangerschaftsabbruch). Dies hätte dadurch geschehen können, dass man die Varianten unter verschiedenen Nummern hätte ausführen können, s. *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (353).

17 Insofern kritisch *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (353).

18 §§ 7 Abs. 1 g), 8 Abs. 2 b) xxii), 8 Abs. 2 e) vi) IStGH-Statut („andere Formen sexueller Gewalt").

StGB und Art. 103 Abs. 2 GG gestanden.[19] Gegenüber solchen Spannungen zum Verfassungsrecht erscheinen die situativ gebotenen Anpassungen vorzugswürdig, und auch in Zukunft wird der Gesetzgeber die Entwicklungen der internationalen Rechtsprechung beobachten und gegebenenfalls weitere Anpassungen vornehmen. Im Folgenden seien die nun Beschlossenen beleuchtet:

aa) Aufnahme der neuen Tatbestandsvarianten des „sexuellen Übergriffs", der „sexuellen Sklaverei" und des „erzwungenen Schwangerschaftsabbruchs"

Zunächst wird der „sexuelle Übergriff" als eigenständige Tatbestandsvariante in die § 7 Abs. 1 Nr. 6 und § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB aufgenommen. Nach der Gesetzesbegründung sollen unter den Begriff des sexuellen Übergriffs solche Sachverhalte fallen, die unter „jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere" im Sinne der Auffangklausel des IStGH-Statuts subsumiert werden können.[20] § 7 Abs. 1 Nr. 6 und § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB sind der Fassung von § 177 StGB vor der Sexualrechtsreform 2016[21] nachgebildet. Mit der Einführung der „Nein-heißt-Nein-Lösung" und des sexuellen Übergriffs als Grundtatbestand von § 177 Abs. 1 und 2 StGB entstanden Spannungen zwischen StGB und VStGB. Denn in seiner bisherigen Fassung knüpfte das VStGB noch allein an den Tatbestand der sexuellen Nötigung an, der dem IStGH-Statut fremd ist.[22] Diese Spannungen wurden nun durch die Anpassung des VStGB an § 177 StGB n.F. aufgelöst. Entsprechend der neuen Rechtslage stellen beide Vorschriften nun auf den erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers ab und nicht mehr auf ein Nötigungselement, sodass es unerheblich wird, ob sich das Opfer verteidigt oder einen Verteidigungsversuch unternimmt.[23]

Während der Gesetzgeber die Spannungen zwischen VStGB und StGB damit in begrüßenswerter Weise aufgelöst hat, ist die Sorge geäußert worden, dass er nun Spannungen mit dem Völkerstrafrecht eingegangen sein mag, da das IStGH-Statut und die Verbrechenselemente jedenfalls vorwiegend auf eine Nötigung bzw. nötigungsähnliche Situation abstellen.[24] Ein materielles Hinausgehen des VStGB über das Völkergewohnheitsrecht wäre indes zumindest in Fällen ohne Inlandsbezug nicht zu rechtfertigen.[25] Denn in diesen Fällen verfügt Deutschland völkerrechtlich über eine Erlaubnis zur Strafverfolgung allein nach dem Weltrechtsprinzip, das wiederum eine völkergewohnheitsrechtliche Verankerung des jeweiligen Straftatbestandes voraussetzt.[26] Im Falle eines darüber hinausgehenden „überschießenden" deutschen Strafrechts wäre deutsche Weltrechtspflege mithin nicht mehr legitim.[27]

Die Gesetzesbegründung betont, dass die Verbrechenselemente auch Sexualstraftaten unter Ausnutzung der Willens- oder Äußerungsunfähigkeit des Opfers umfassen, wodurch auch dem Rom-Statut das Verständnis zugrunde liege, dass ein Übergriff auch ohne konkreten Einsatz von Gewalt oder Drohung einen vergleichbaren Unrechtsgehalt aufweisen kann.[28] Sofern man dennoch dazu neigen sollte, dass das VStGB durch die Aufnahme des sexuellen Übergriffs nun in Teilen über das IStGH-Statut hinausgeht,[29] müsste die Lösung in einer völkerstrafrechtsfreundlichen, ggf. engeren Auslegung des Merkmals als in § 177 StGB liegen. Eine solche Auslegung dürfte von der Rechtsprechung, soweit relevant, zu bewerkstelligen sein. In die Richtung einer völkerstrafrechtsfreundlichen Auslegung deutet es, wenn der Gesetzgeber – nach entsprechender Empfehlung des Rechtsausschusses – für die Tatbestandsvariante des sexuellen Übergriffs nun aus-

---

19 Dagegen wird eingewandt, dass Spannungen mit dem Bestimmtheitsgebot schließlich auch an anderen Stellen des Gesetzes hingenommen werden, s. *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (353).

20 BT-Drs. 20/9471, S. 27.

21 Die Reform des deutschen Sexualstrafrechts geht zurück auf die Verpflichtung zur strafrechtlichen Sanktionierung nicht einvernehmlicher sexueller Handlungen nach Art. 36 Abs. 1 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011 (sog. Istanbul-Konvention), s. *Werle/Jeßberger,* in: MüKo-StGB, VStGB, Bd. 9, 4. Aufl. (2022), § 7 Rn. 82.

22 *Altunjan/Steinl,* Sexualisierte und reproduktive Gewalt als Völkerrechtsverbrechen, Verfassungsblog v. 17.7.2022, online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/sexualisierte-und-reproduktive-gewalt-als-volkerrechtsverbrechen/ (zuletzt abgerufen am 1.7.2024); *Krüger,* in: LK-StGB, VStGB, Bd. 20, 13. Aufl. (2023), § 8 Rn. 16.

23 BT-Drs. 20/9471, S. 24.

24 Dies wird mit dem Argument befürwortet, dass im speziellen Kontext völkerstrafrechtlicher Verbrechen ohnehin in der Regel Zwang gegeben sei, weswegen das IStGH-Statut zu Recht auf objektive Umstände vielmehr als auf den Willen des Opfers abhebe, s. *Schwarz*, Das völkerstrafrechtliche Sexualstrafrecht 2019, S. 229 f. Dies mit dem Argument kritisierend, dass dem Opfer durch dieses Verständnis seine Einverständnisfähigkeit in sexuelle Handlungen in Konflikten abgesprochen würde, s. *Grewal*, JICL 2012, 373 (373 ff.). Für den Vorschlag einer Kombinationslösung, die im Ausgangspunkt auf das fehlende Einverständnis abstellen, aber auch die objektiven Umstände makrokrimineller Kontexte berücksichtigen würde, s. *Altunjan/Steinl*, in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 186.

25 *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (352).

26 *Kreß*, JICJ 2006, 561 (583); *Werle/Jeßberger* in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), Vorb. § 3 Rn. 240.

27 *Weigend/Kuhli,* in: MüKo-StGB, VStGB, § 2 Rn. 3.

28 BT-Drs. 20/9471, S. 24, verweisend auf die Verbrechenselemente zu Artikel 7 Abs. 1 g) Alternative 6 Nr. 1, Element Nr. 2 („or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent"); s. auch Stellungnahme zum (Regierungs-)Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, Richter am OLG *Dr. Andreas Schmidtke*, S. 5, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/988356/81ca301e28e272553dbec31f5b77be1b/Stellungnahme-Schmidtke.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2024).

29 *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (352); bereits vor der Reform *Altunjan/Steinl*, in: Jeßberger/Epik, 20 Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S.179 (185).

drücklich auf die Stellungnahme der Anklagebehörde des *IStGH* zu geschlechtsspezifischen Völkerstraftaten vom Dezember 2023 verweist.[30] Begrüßenswert ist auch der Verweis auf eine völkerstrafrechtsfreundliche, kontextsensible Auslegung des Merkmals des Sexualbezugs und die Berücksichtigung der Völkerstrafverfahren immanenten kulturellen Besonderheiten.[31]

Eine weitere Angleichung an das Römische Statut erfahren die Tatbestände der § 7 Abs. 1 Nr. 6 und § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB durch die Aufnahme des Tatbestandsmerkmals der „sexuellen Sklaverei", wodurch der gesteigerte Unrechtsgehalt der sexuellen Sklaverei als Spezialform der bereits in § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB enthaltenen Sklaverei nun erstmalig zum Ausdruck gelangt.[32] Zwar dürfte die sexuelle Sklaverei bislang in der Regel dem Tatbestand der sexuellen Nötigung unterfallen sein,[33] doch wurde auf diese Weise der spezifische Unrechtsgehalt der sexuellen Sklaverei nicht angemessen abgebildet, der in der Verknüpfung der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung mit der Ausübung von Eigentumsrechten an einer Person liegt. Auch wird die Aufnahme des Merkmals seiner Bedeutung in der jüngeren Rechtsprechung des *IStGH* gerecht.[34]

Ähnliches gilt für die Aufnahme der Tatbestandsvariante des erzwungenen Schwangerschaftsabbruchs, die im IStGH-Statut der Auffangklausel des Art. 7 Abs. 1 g) IStGH-Statut unterfällt.[35] Wenngleich auch diese Variante bereits unter andere Varianten des VStGB subsumiert werden konnte, gelangt nun der besonders schwere Unrechtsgehalt des Eingriffs in die körperliche Integrität sowie die reproduktive Selbstbestimmung und die Beendigung des ungeborenen Lebens zum Ausdruck.[36]

bb) Erweiterung der Tatbestandsvariante der erzwungenen Schwangerschaft

Die bereits im VStGB enthaltene Tatbestandsvariante der „erzwungenen Schwangerschaft" wird durch das Gesetz um eine weitere Absichtsvariante erweitert. Bislang forderte die Tatbestandsvariante die rechtswidrige Gefangenhaltung einer zwangsweise geschwängerten Frau in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen. Damit setzte das deutsche VStGB die in Art. 7 Abs. 2 f) IStGH-Statut enthaltene Legaldefinition indessen nur teilweise um. Denn diese lässt alternativ zu der letztgenannten Absicht diejenige genügen, „andere schwere Verstöße gegen das Völkerrecht zu begehen." Jene letztere Absicht, die laut den *travaux préparatoires* zum IStGH-Statut die enger gefasste erste Absichtsvariante ausgleichen sollte, kam zuletzt in der Ongwen-Entscheidung durch den *IStGH* zur Anwendung.[37] Da einer Übernahme der Formulierung im IStGH-Statut in das VStGB abermals Bestimmtheitsbedenken entgegengestanden hätten, bietet die nun erfolgte Aufnahme der Absichtsvariante „um Taten nach den §§ 6 bis 13 VStGB zu begehen" in die § 7 Abs. 1 Nr. 6 und § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB eine sinnvolle Lösung.

Zu nicht unerheblicher Kontroverse hat die Ersetzung der bisherigen Formulierung „schwangere Frau" durch die alters- und geschlechtsneutrale Formulierung „Mensch" in § 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB bzw. „Person" in § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB geführt, die den Schutz der Vorschriften künftig auf Opfer jeglichen Alters oder Geschlechts ausweiten soll. Während die eine Seite die Änderung als einen „symbolträchtigen Beitrag zur Entwicklung eines gendersensiblen […] Völkerstrafrechts" begrüßte[38], kritisierte die Gegenseite, dass das Völkerstrafrecht nicht der Platz für rein symbolische Anpassungen sei, zumal wenn diese geeignet seien, die weltweite Akzeptanz des Völkerstrafrechts zu einem Zeitpunkt zu schmälern, in dem sich dieses in der internationalen Gemeinschaft zunehmend Anfechtungen ausgesetzt sieht.[39] Rechtliche Bedenken dürften der Neuregelung immerhin nicht entgegenstehen. Insbesondere dürfte die vorgenommene Anpassung mit Art. 7 Abs. 3 IStGH-Statut harmonieren, der eine kontextspezifische Auslegung des Begriffs des Geschlechts verlangt.[40]

b) Änderungen beim Tatbestand des zwangsweisen Verschwindenlassens nach § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB

Eine wichtige Änderung hat das materielle Recht beim Tatbestand des zwangsweisen Verschwindenlassens in § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB erfahren, der das Unrecht der Beteiligung am Gesamtkomplex des zwangsweisen Verschwindenlassens erfasst, sofern dieses im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung erfolgt.[41] Die Praxis des zwangsweisen Verschwindenlassens wird seit den 1980er Jahren auf internationaler wie auf nationaler Ebene durch verschiedene rechtliche Instrumente einzuhegen versucht.[42]

---

30 BT-Drs. 20/11661, S. 15; Office of the Prosecutor, Policy on Gender-Based Crimes, December 2023, online abrufbar unter: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-12/2023-policy-gender-en-web.pdf (zuletzt abgerufen am 1.7.2024).

31 BT-Drs. 20/9471, S. 25, 31.

32 Dazu, dass hier allerdings keine wirklichen Strafbarkeitslücken bestanden, da die Handlungen ohnehin stets den Tatbestand der sexuellen Nötigung erfüllt haben dürften, s. *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (352).

33 *Werle/Jeßberger,* in: MüKo-StGB, VStGB, § 7 Rn. 82.

34 *Altunjan/Steinl,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 179 (194 f.).

35 *Altunjan/Steinl,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 179 (195).

36 *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (352).

37 *IStGH*, Urt. v. 4. Februar 2021 (Ongwen, TC) para. 3061; *Altunjan/Steinl,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 179 (193).

38 S. nur *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (353), für eine entsprechende Änderung ausgesprochen hatten sich im Vorhinein auch *Altunjan/Steinl,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 179 (193).

39 S. etwa die Stellungnahme zum (Regierungs-)Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, Richter am OLG *Dr. Andreas Schmidtke*, S. 2.

40 *Altunjan/Steinl,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 179 (193); ausführlich zur Definition s. *Oosterveld,* Harvard Human Rights Journal 18 (2005), 55 (55 ff).

41 Zum tatsächlichen Phänomen des Verschwindenlassens s. *Grammer,* Der Tatbestand des Verschwindenlassens, 2005, S. 9 ff.; *Ott,* Enforced Disappearance in International Law, 2011.

42 *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (96) m.w.N.

Mit Inkrafttreten des Gesetzes wird nun erstens das bisherige Erfordernis der Nachfrage in § 7 Abs. 1 Nr. 7 lit. a VStGB gestrichen. Anlass hierfür war die Rüge des von der UN eingerichteten Ausschusses gegen das Verschwindenlassen[43] im Hinblick auf die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Artikel 5 des Internationalen Übereinkommens zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen (CED) vom 30. Dezember 2006.[44] Mit der Streichung des Nachfrageerfordernisses gleicht der Gesetzgeber das VStGB weiter an das IStGH-Statut an, in dessen Art. 7 Abs. 1 lit. i Abs. 2 lit. i ebenfalls kein explizites Nachfrageerfordernis enthalten ist.[45] Ferner werden durch die Streichung des Nachfrageerfordernisses bisher vorhandene Rechtsschutzlücken bei unterbliebener Nachfrage ausgeräumt,[46] die sich dadurch ergaben, dass die Anklagebehörde § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB bislang ohne den Nachweis einer Nachfrage nicht in die Anklageschrift mit einbezog.[47] Auch erkennt der Gesetzentwurf nun ausdrücklich die nicht unerheblichen Gefahren für das Leib und Leben der nachfragenden Personen – in der Regel der Angehörigen des Opfers – an, die diesen beim Anstellen von Nachforschungen in Konfliktsituationen regelmäßig drohen.[48] Nicht sachgerecht erschien das Nachfrageerfordernis auch im Hinblick auf die Möglichkeit der leichten situativen Verhinderung einer Nachfrage gerade in staatlichen Machtapparaten, etwa durch die Schließung der für die Anfrage zuständigen Stelle.[49] Ein Problem, über das bislang wenig Klarheit besteht und das sich durch die Streichung des Nachfrageerfordernisses verschärfen dürfte, ist die Frage, wie der Täterkreis genau zu bestimmen ist und als vorgelagerte Frage, nach welchem Recht die Frage der Zuständigkeit der Auskunftserteilung zu ermitteln wäre.[50]

Zweitens hat der Gesetzgeber auf subjektiver Ebene Hand angelegt und auf die Empfehlung des Rechtsausschusses hin die Worte „für längere Zeit“ durch die Worte „nicht nur kurzzeitig“ ersetzt. Dies sollte der Klarstellung dienen, dass kein bestimmter Mindestzeitraum für die beabsichtigte Freiheitsentziehung erforderlich ist.[51] Wenngleich die neue Formulierung in § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB n.F. nun vom IStGH-Statut abweicht und das Kriterium der „längeren Zeit“ bislang ohnehin großzügig ausgelegt worden ist,[52] erscheint diese gesetzgeberische Entscheidung vertretbar.

Wichtiger als eine Anpassung der subjektiven Schwelle wäre indessen eine Streichung der objektiven Erheblichkeitsschwelle in § 7 Abs. 1 Nr. 7 lit. a VStGB gewesen, nach der der Täter einen Menschen „in schwerwiegender Weise“ seiner körperlichen Freiheit berauben muss.[53] Damit wäre § 7 Abs. 1 Nr. 7 lit. a VStGB nicht nur vollständig in Einklang mit dem IStGH-Statut gebracht worden, das die auf eine „längere Zeit“ ausgerichtete Zielsetzung genügen lässt,[54] sondern die Norm wäre auch an die Formulierung in Art. 2 CED und den neu geschaffenen § 234b StGB angeglichen worden, der ebenfalls keine objektive Erheblichkeitsschwelle kennt.[55] Auch der VN-Ausschuss hatte diese Schwelle mit Blick darauf gerügt, dass zwangsweises Verschwindenlassen auch *objektiv* nur eine kurze Zeitspanne dauern könne.[56] Tatsächlich ist das Risiko von Folter und Tötungen gerade in den ersten Stunden von Fällen des Verschwindenlassens besonders hoch, womit auch ein nur kurzzeitiges Verschwindenlassen zu schwerwiegenden Folgen und Traumata bei Opfern und Angehörigen führen kann.[57] Zudem dürfte auch eine nicht schwerwiegende Freiheitsberaubung, die mit dem erfor-

---

43 Eine erste Rüge war bereits im Jahr 2014 erfolgt, s. UN-Committee on Enforced Disapearances, Concluding observations on the report submitted by Germany under article 29, paragraph 1, of the Convention, CED/C/DEU/CO/1, 27.03.2014; für die Rüge aus dem Jahr 2023 s. UN Committee on Enforced Disapearances, Concluding observations on the additional information submitted by Germany under article 29 (4) of the Convention, CED/C/DEU/OAI/1, 21.3.2023.

44 Durch die Bundesrepublik Deutschland ratifiziert am 30. Juli 2009 (BGBl. 2009 II, S. 932).

45 Teilweise wird ein Nachfrageerfordernis indessen ungeachtet des Wortlauts dennoch in Art. 7 Abs. 1 lit. i, Abs. 2 lit. i des IStGH-Statuts hineingelesen, ohne nähere Begründung s. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1103; ein Nachfrageerfordernis im Schweizer StGB nehmen etwa auch *Vest/Sutter* an, in: Vest et al., Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB, 2014, Art. 264 a) Rn. 312, obwohl dieses nicht im Wortlaut des Art. 264 a) StGB angelegt ist.

46 Stellungnahme, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, Deutsches Institut für Menschenrechte, 25. August 2023, S. 5. Die Stellungnahmen zum Referentenentwurf sind allesamt online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Fortentwicklung_Voelkerstrafrecht.html (zuletzt abgerufen am 8.7.2024).

47 Ein Beispiel hierfür ist das Verfahren vor dem *OLG Koblenz*, in dem das Verbrechen des Verschwindenlassens in der Anklageschrift der Generalstaatsanwaltschaft aufgrund fehlenden Nachweises einer Nachfrage nicht einmal erwähnt wurde, obgleich die Voraussetzungen von Art. 2 CED vorlagen, s. Stellungnahme, Deutsches Institut für Menschenrechte, Überprüfung Deutschlands durch den Ausschuss gegen das Verschwindenlassen auf Grundlage des von Deutschland vorgelegten Berichts gemäß Art. 29(4) der Konvention gegen das Verschwindenlassen, S. 7.

48 S. auch bereits Committee on Enforced Disappearances, Concluding observations on the additional information submitted by Germany under article 29 (4) of the Convention, CED/C/DEU/OAI/1 v. 14.4.2023, Rn. 7.

49 *Grammer*, Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person, S. 190.

50 Insoweit stellt sich die Frage, ob die Zuständigkeit der Auskunftserteilung nach dem nationalen Recht des jeweiligen Staates zu ermitteln wäre oder ob insoweit direkt auf das Völkerrecht rekurriert werden kann.

51 BT 20/11661, S. 15.

52 *Werle/Jeßberger,* in: MüKo-StGB, VStGB, § 7 Rn. 97.

53 So auch Änderungsantrag der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/11668, S. 1, 4.

54 Art. 7 Abs. 2 lit. i IStGH-Statut.

55 S.u. II 2.

56 Committee on Enforced Disappearances, Concluding observations on the additional information submitted by Germany under article 29 (4) of the Convention, 31.03.2023, CED/C/DEU/OAI/1, Rn. 7.

57 ECCHR, Alternative Report to the additional information submitted by the Federal Republic of Germany on 3 July 2020 under Article 29, paragraph 4 of the Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (CED/C/DEU/AI/1), 12.7.2021, online abrufbar unter: https://www.ecchr.eu/fileadmin/Juristische_Dokumente/ECCHR_Alternative_Report_2021.pdf (zuletzt abgerufen 1.7.2024); Committee on Enforced Disappearances, *Yrusta v. Argentina*, Communication 1/2013, UN-Doc. CED/C/10/D/1/2013, Rn. 10.3.

derlichen Vorsatz im Hinblick auf die spätere Anschlusshandlung begangen wird, einen hinreichend schweren Unrechtsgehalt aufweisen.[58]

Kritik wurde auf subjektiver Ebene ferner am Absichtserfordernis geübt, das ebenfalls keinen Halt in der Legaldefinition in Artikel 2 CED findet. Ein solches Absichtserfordernis erscheint zwar vertretbar, da auch Art. 7 Abs. 2 lit. i IStGH-Statut, an dessen Legaldefinition § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB anknüpft, „intention" fordert. Doch subsumiert die herrschende Ansicht unter den Begriff des „intent" iSd Art. 30 IStGH-Statut beide Formen des direkten Vorsatzes im deutschen Strafrecht.[59] Insofern wäre es wünschenswert gewesen, dass der Gesetzgeber hier neben der Absicht auch praktisch sichere Voraussicht, d.h. dolus directus zweiten Grades, für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes hätte genügen lassen. Damit wären auch Beweisschwierigkeiten vermieden worden, die der Nachweis der entsprechenden Absicht regelmäßig mit sich bringen dürfte.[60]

Dem sinnvollen Vorschlag, in § 7 Abs. 1 Nr. 7 lit. b VStGB das Wort „verweigern" durch das Wort „unterlassen" zu ersetzen, wie dies noch im Referentenentwurf vorgesehen war[61], ist der Gesetzgeber bedauerlicherweise nicht gefolgt. Zwar steht die bisherige Formulierung im Einklang mit den Formulierungen des CED und des IStGH-Statuts.[62] Im Interesse der Rechtsklarheit wäre es jedoch wünschenswert gewesen, die Norm so umzuformulieren, dass sie das Fehlen eines Nachfrageerfordernisses deutlicher zum Ausdruck bringt.[63] Dies hätte auch zur Konsistenz mit der Neuformulierung des § 7 Abs. 1 Nr. 7 lit. a VStGB ohne Nachfrageerfordernis beigetragen. Nun weist lediglich die Gesetzesbegründung darauf hin, dass die weitere Verwendung des Wortes „weigern" nicht das Erfordernis einer vorherigen Nachfrage indiziere.[64]

c) Erweiterung des Verfolgungstatbestands in § 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB um die „sexuelle Orientierung"

Ebenfalls in § 7 Abs. 1 VStGB hat der Gesetzgeber die „sexuelle Orientierung" als neuen Verfolgungsgrund in § 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB aufgenommen. Dagegen wurde eingewendet, dass sich die Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung bislang nach herrschender Meinung bereits unter den Begriff der Verfolgung aufgrund des „Geschlechts" habe subsumieren lassen.[65] Es ließ sich fragen, ob es nicht der Rechtsprechung hätte überlassen werden können, den bereits in § 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB vorhandenen Alternativen Konturen zu verleihen. Auch wurde im Rahmen der Expertenanhörung kritisiert, dass der Charakter der beispielhaften Aufzählung in dieser Norm durch die Aufnahme weiterer Verfolgungsgründe an Klarheit einbüße.[66]

Nicht zu überzeugen vermag es zunächst, wenn die Gesetzesbegründung die Aufnahme der sexuellen Orientierung mit der Einheit der nationalen Rechtsordnung begründet. So verweist der Gesetzgeber darauf, dass mit dem Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts vom 26. Juli 2023 auch in § 46 Abs. 2 StGB geschlechtsspezifische, gegen die sexuelle Orientierung gerichtete Beweggründe aufgenommen worden seien.[67] Auf diese Norm rekurrierte auch der Änderungsantrag der Fraktion der CDU/CSU zur Begründung des Vorschlags, antisemitische Beweggründe als Verfolgungsgrund aufzunehmen.[68] Das Motiv einer Angleichung materieller, strafbarkeitsbegründender Verfolgungstatbestände an Strafzumessungsgründe erscheint jedoch bereits im Ausgangspunkt verfehlt, weswegen es misslich ist, wenn die Gesetzesbegründung ausgerechnet auf dieses Argument „im Wesentlichen" abstellt.[69] Gleichwohl lässt sich zugunsten der Aufnahme vorbringen, dass sie der Klarstellung dienen wird, dass nicht nur die Verfolgung aufgrund sämtlicher geschlecht-

---

58 Stellungnahme *Prof. Geneuss* vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 31. Januar 2024, S. 5 f.

59 *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 532 ff.

60 Stellungnahme von Amnesty International zum Referent:innenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 24.08.2023, S. 12.

61 BMJ, Referentenentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 17.7.2023, S. 5; Vorschlag von *Prof. Kreß* in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw48-de-voelkerstrafrecht-979660 (zuletzt abgerufen am 24.6.2024); Änderungsantrag der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/11668, S. 4. Die Einfügung einer entsprechenden Unterlassungsvariante hatte die CDU/CSU auch für den neu geschaffenen § 234b StGB beantragt.

62 Vgl. Art. 2 CED, Art. 7 Abs. 1 lit. i) Abs. 2 lit. i) IStGH-Statut.

63 Stellungnahme ECCHR (*Dr. Patrick Kroker*) vor dem Rechtsausschuss in Expertenanhörung am 31. Januar 2024, S. 36.

64 BT-Drs. 20/9471, S. 28.

65 Dies führte die CDU/CSU im Ergebnis gegen die Aufnahme des neuen Verfolgungsgrundes an, s. BT-Drs. 20/11668 S. 4. Tatsächlich ließ sich die Verfolgung aufgrund der „Abweichung von heteronormativen Vorstellungen" als eine Verfolgung aus Gründen des „sozial konstruierten" Geschlechts darstellen, s. *Werle/Jeßberger,* in: MüKo-StGB, VStGB, § 7 Rn. 124. Dagegen wandte sich der Deutsche Juristinnenbund, der die Definition des IStGH-Statuts für ambivalent hält, s. Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zum Referent:innenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, S. 3 ff.

66 Stellungnahme zum (Regierungs-)Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts (BT-Drs. 20/9471), Richter am OLG *Dr. Andreas Schmidtke*, S. 8.

67 BGBl. 2023 I Nr. 203.

68 Dieser Vorschlag blieb letztlich erfolglos. In § 46 Abs. 2 StGB sind die antisemitischen Beweggründe seit März 2021 aufgeführt, s. BT-Drs. 20/11668 S. 5. Für eine Kritik an der Nichtaufnahme s. Stellungnahme zum (Regierungs-)Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts (BT-Drs. 20/9471), Richter am OLG *Dr. Andreas Schmidtke*, S. 3.

69 BT-Drs. 20/9471, S. 29.

licher Identitäten, sondern auch die Verfolgung aufgrund der sexuellen Ausrichtung und mithin auch die „Beziehungsebene“ zweifelsfrei erfasst sein soll.[70] Die Ergänzung steht auch der bisherigen weiten Auslegung des Begriffs „Geschlechts“ i. S. v. Art. 7 Abs. 3 IStGH-Statut nicht entgegen.[71]

d) Ausweitung der Strafbarkeit der Verursachung von Umweltschäden auf den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt in § 11 Abs. 1 Nr. 8 VStGB n.F.

Begrüßenswert ist die Ausweitung der Kriegsverbrechen der Verursachung von Umweltschäden auf den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt in § 11 Abs. 1 Nr. 8 VStGB n.F. Bislang fand sich die Kriminalisierung von Angriffen, die zu unverhältnismäßigen Schäden an der Natur führen, wortgleich in § 11 Abs. 3 VStGB a.F. wieder, der diesen Tatbestand allerdings nach dem Vorbild von Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut auf internationale bewaffnete Konflikte beschränkte. Die Beschränkung auf internationale bewaffnete Konflikte war nicht nur deshalb abzulehnen, weil die Auswirkungen nicht-internationaler bewaffneter Konflikte auf die Umwelt in ihrer Schwere denen internationaler bewaffneter Konflikte in nichts nachstehen würden. Sie widersprach auch dem Stand geltenden Völkergewohnheitsrechts, um dessen Implementierung sich der Gesetzgeber ebenfalls mit der Reform zu bemühen versucht.[72] Dass Straftaten gegen die Umwelt nach dem Stand des Völkergewohnheitsrechts auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt als Kriegsverbrechen gewertet werden können, zeigen etwa eine Studie des Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK)[73], aber auch die Arbeiten der VN-Völkerrechtskommission (ILC).[74] Die deutsche Anpassung im VStGB kommt insofern zu einem günstigen Zeitpunkt, als der Chefankläger des *IStGH* im Februar 2024 eine Initiative zur Ausweitung der Strafbarkeit von Umweltverbrechen verkündet hat.[75] Mit Blick auf das für das Ende dieses Jahres geplante Policy Paper des Chefanklägers dürfte die deutsche Entscheidung zugunsten einer Ausweitung daher auch auf internationaler Ebene ein wichtiges Zeichen senden.[76]

Eine Reihe weiterer Vorschläge mit Blick auf die Umweltverbrechen hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen, wie etwa die Streichung der Unverhältnismäßigkeitsschwelle im VStGB. Diese ebenfalls in Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut enthaltene Schwelle findet in den zugrunde liegenden vertraglichen Verbotstatbeständen der Art. 35 Abs. 3 und 55 des 1. Zusatzprotokolls der Genfer Konventionen keinen Rückhalt. Auch ist die eigenständige Bedeutung dieser Schwelle neben der ohnehin hohen Anwendungsschwelle (durch die kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen „weit reichender, langfristiger und schwerer Schäden“) fraglich.[77] Letzteres mag auch der Rechtsausschuss gesehen haben, der immerhin darauf hingewiesen hat, dass Unverhältnismäßigkeit „in der Regel“ gegeben sei. Die eigentliche Problematik dürfte indessen weiterhin aus der Unklarheit der Schadensattribute „weit reichend“, „langfristig“ und „schwer“ sowohl im Rom-Statut als auch im VStGB folgen, für die keine Legaldefinitionen bestehen.[78] Entgegen anderslautender Vorschläge hat der Gesetzgeber nun an den drei Schadensattributen festgehalten und diese erneut nicht definiert.[79] Doch mahnt der Rechtsausschuss immerhin, dass die Erheblichkeitsschwellen in Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut einer kritischen Überprüfung unterzogen werden müssten.[80] Die kommenden Entwicklungen auf internationaler Ebene werden insoweit mit Spannung zu beobachten sein.

e) Angleichung der verbotenen Mittel der Kampfführung in § 12 VStGB

Allgemeine Zustimmung erfuhr die Aufnahme zweier weiterer Mittel verbotener Kampfführung als neue Tatbestandsvarianten in den Katalog des § 12 Abs. 1 Nr. 4 und 5 VStGB n.F. zur Angleichung an die durch die Bundesrepublik Deutschland am 8. Dezember 2022 ratifizierten[81] Änderungen des Römischen Statuts hinsichtlich des Kriegsverbrechens des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung. Dabei handelt es sich zum einen um Waffen, deren Hauptwirkung darin besteht, durch Splitter zu verletzen, die im menschlichen Körper durch Röntgenstrahlen nicht entdeckt werden können[82] und zum anderen

70 Ebd.

71 Dies stellt auch der Gesetzgeber klar, s. BT-Drs. 20/9471, S. 29; insoweit verweist der Gesetzentwurf auf die Stellungnahme der Anklagebehörde des *Internationalen Strafgerichtshofs*, s. „Policy on the Crime of Gender Persecution“ v. 7. Dezember 2022.

72 *Dienelt,* Die Umwelt als vergessenes Kriegsopfer, Verfassungsblog v. 14.2.2024, online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/die-umwelt-als-ein-vergessenes-kriegsopfer/ (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

73 Auf diese verweist auch der Rechtsausschuss in seiner Beschlussempfehlung, nämlich auf Regel 45 der IRK-Studie zum humanitären Völkergewohnheitsrecht, International Law Commission, UN Dokument A/77/10, International Law Comission (72. Sitzung 2022); BT-Drs. 20/11661, Beschlussempfehlung S. 16.

74 Draft principles on the protection of the environment in relation to armed conflicts, with commentaries (2022), online abrufbar unter: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/8_7_2022.pdf (zuletzt abgerufen am 8.7.2024).

75 Statement v. 16. Februar 2024, The Office of the Prosecutor launches public consultation on a new policy initiative to advance accountability for environmental crimes under the Rome Statute, online abrufbar unter: https://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-launches-public-consultation-new-policy-initiative-advance-accountability-0 (zuletzt abgerufen am 24.6.2024).

76 Insofern fordert der Rechtsausschuss die Bundesregierung in seiner Beschlussempfehlung dazu auf, auch auf internationaler Ebene auf eine entsprechende Änderung im Rom-Statut hinzuwirken, BT-Drs. 20/11661, Beschlussempfehlung S. 16.

77 *Dörmann,* in: MüKo-StGB, VStGB, § 11 Rn. 174.

78 Auch die *travaux préparatoires* der Ursprungsnorm in § 35 Abs. 3 1. Zusatzprotokoll der Genfer Konventionen erhellen hierüber nicht, s. *Dienelt,* Die Umwelt als vergessenes Kriegsopfer, Verfassungsblog v. 14.2.2024.

79 Dazu, dass eine solche Definition aber eine Gelegenheit für den Gesetzgeber geboten hätte, Klarheit zu schaffen und auch andere Staaten zu inspirieren, s. *Dienelt,* ebd., die zudem darauf hinweist, dass sich zumindest das redaktionelle Versehen hätte korrigieren lassen, dass der deutsche Wortlaut entgegen der deutschen Übersetzung der Ursprungsnorm in § 35 Abs. 3 1. Zusatzprotokoll der Genfer Konventionen nicht von „ausgedehnten, langanhaltenden und schweren Schäden“, sondern von „weit reichenden, langfristigen und schweren Schäden“ spricht.

80 BT-Drs. 20/11661, S. 16.

81 BGBl. II 2002, S. 635.

82 Als Beispiele nennt der Gesetzesentwurf insbesondere Geschosse aus Plastik, Holz, Glas und anderen nichtmetallischen Bestandteilen, s. BT-Drs. 20/9471, S. 34.

um Laserwaffen, die eigens dazu entworfen sind, dauerhaft zu Erblindung zu führen. Die Aufnahme beider Mittel in den Tatbestand der Kriegsverbrechen in Art. 8 IStGH-Statut wurde bereits auf der Vertragsstaatenkonferenz in New York im Dezember 2017 beschlossen[83] und tritt für die Bundesrepublik Deutschland ein Jahr nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunde in Kraft, die am 21. September 2023 erfolgt ist.[84] Entsprechend dem Normzweck von § 12 VStGB zielen die beiden neuen Tatbestandsvarianten darauf ab, die militärisch nicht erforderliche Schädigung von Kombattanten und sonstigen an den Kampfhandlungen beteiligten Personen zu vermeiden sowie die Zivilbevölkerung vor einer nicht-diskriminierenden Kampfführung zu schützen.[85]

2. Änderungen im StGB: Neuer Straftatbestand des Verschwindenlassens in § 234b StGB

Während die „systematische" Begehungsweise des Verbrechens des zwangsweisen Verschwindenlassens regelmäßig über den völkerrechtlichen Straftatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfasst wird,[86] besteht daneben ein Sanktionierungsbedarf für Einzeltaten, die außerhalb eines großangelegten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung stattfinden und somit nicht dem Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit unterfallen (sog. „sporadische" Begehungsweise).[87] Diese Form der Begehungsweise kann nur über Straftatbestände außerhalb des Völkerstrafrechts erfasst werden.[88]

Insofern ist sehr zu begrüßen, dass der Gesetzgeber einer weiteren Rüge des VN-Ausschusses gegen das Verschwindenlassen und einer Reihe von NGOs nachgekommen ist und durch das Gesetz einen eigenen Tatbestand für das Verschwindenlassen in § 234b StGB aufgenommen hat.[89] In der Aufnahme ist ein deutlicher Richtungswechsel der Bundesregierung zu erkennen. So lautete die bisherige Position der Bundesregierung seit der Unterzeichnung des CED 2007[90], dass sich aus dem Übereinkommen keine rechtliche Notwendigkeit zur Schaffung eines eigenständigen Straftatbestandes ergebe.[91] Dieses Argument vermochte bereits angesichts des klaren Wortlauts von Art. 4 CED nicht zu überzeugen.[92] Der Verhaltensvorwurf konnte auch nicht hinreichend durch bereits bestehende Straftatbestände im deutschen Recht erfasst werden, wie es die Bundesregierung bislang vertreten hatte. Zwar unterfielen Fälle des Verschwindenlassens auch nach bisheriger Rechtslage zahlreichen Delikten des StGB.[93] Doch wird der spezifische Unrechtsgehalt des Delikts erst durch die Neuregelung abgebildet.[94] So ergaben sich Schutzlücken insbesondere hinsichtlich des zweiten Teilakts des Tatbestandes des Verschwindenlassens,[95] aber auch bei einer nach nationalem Recht rechtmäßigen Freiheitsberaubung (z.B. wegen nach nationalem Recht rechtmäßigem Haftbefehl o.Ä.). Denn in den letzteren Fällen war eine Beihilfestrafbarkeit (wegen nachfolgendem Verschleiern oder nachfolgender Nichtanerkennung) nicht möglich. Beihilfe zu § 239 StGB schied auch in solchen Fällen aus, in denen die Freiheitsberaubung z.B. durch den Tod des Opfers beendet war. Ferner wurde an der bisherigen Rechtslage kritisiert, dass diese keine angemessene Bestrafung von Fällen des Verschwindenlassens ermögliche und zu keiner angemessenen Verjährungsfrist führe, wodurch gegen die Art. 7 und 8 CED verstoßen werde. Beides hat der Gesetzgeber durch die Neuregelung behoben, die sowohl einen adäquaten Strafrahmen enthält als auch zu einer angemessenen Verjährungsdauer des Verbrechens führt. Auch aus kriminalpolitischer Sicht ist die Schaffung von § 234b StGB uneingeschränkt zu begrüßen.[96]

Auch die systematische Einbettung des Tatbestandes überzeugt. Die neue Norm wird in den Abschnitt der Straftaten gegen die persönliche Freiheit eingefügt und folgt aufgrund ihres vergleichbaren Unrechtsgehalts dem Straftatbestand der Verschleppung in § 234a StGB, an dessen Strafrahmen sie angelehnt ist. Zudem wird § 234b StGB in die Kataloge der Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten (§ 126 Abs. 1 Nr. 5 StGB) sowie der Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB) aufgenommen.[97]

---

83 Resolution on amendments to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, Resolution ICC-ASP/16/Res. 4 v. 14.12.2017.

84 Vgl. Art. 121 Abs. 5 IStGH-Statut.

85 *Kreß* in: MüKo-StGB, VStGB, § 12 Rn. 1.

86 Art. 7 Abs. 1 lit. i), Abs. 2 lit. i) IStGH-Statut, § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB.

87 Zu der Unterscheidung s. *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (96); *Grammer* unterscheidet zwischen „klassischem" massenhaften Verschwindenlassen und „isoliertem Auftreten" von Verschwindenlassen, s. *Grammer,* Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person, S. 13 ff.

88 *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (96).

89 BT-Drs. 20/9471, S. 35.

90 Unterzeichnung des CED am 26. September 2007 und Ratifikation am 24. September 2009, BGBl. 2009 II, S. 932.

91 BT-Drs. 16/12592, v. 8.4.2009, S. 33; m.w.N. *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (99).

92 Mit weiteren Argumenten *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (100).

93 Die Gesetzesbegründung, in der sich die bislang vertretene Rechtsauffassung der Bundesregierung spiegelt, nennt insoweit die Straftaten gegen das Leben (§§ 211 f., 221 f. StGB), die körperliche Unversehrtheit, (§§ 223 ff. StGB) und die persönliche Freiheit (§§ 234a, 235, 239 bis 239b StGB), Begünstigung (§ 257 StGB), Strafvereitelung (§ 258 StGB) und bestimmte Straftaten im Amt (§§ 339, 340, 345, 357 StGB), s. BT-Drs. 20/9471 S. 35.

94 So argumentieren auch *Jeßberger* und *Geneuss,* dass Schwere und Komplexität der Straftat bislang nicht hinreichend berücksichtigt worden seien, die sich durch die „zeitlich abgeschichtete Verschränkung von zwei Teilakten" ergibt. Auch sei nach Art. 24 CED Opfer des Verschwindenlassens nicht nur die verschwundene Person selbst, sondern zudem „jede natürliche Person, die als unmittelbare Folge eines Verschwindenlassens geschädigt worden ist", worunter auch Angehörige des Verschwundenen fallen können. Zu prüfen sei daher, ob nicht auch Angehörige Verschwundener als Rechtsgutsträger einbezogen sein können, s. *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (101).

95 Die deutschen Rechtspflegedelikte, die zur Erfassung dieses Verhaltens regelmäßig angeführt wurden (wie etwa § 258 oder § 339 StGB), enthielten insoweit Lücken, als sie nach überwiegender Ansicht allein die innerstaatliche Rechtspflege schützen und weder den Angriff auf die verschwundene Person noch auf Angehörige adressieren, s. *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (101).

96 *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (101) m.w.N.

97 BT-Drs. 20/9471, S. 34 f.

Der Wortlaut des § 234b StGB ist seiner Definition nach der des Verschwindenlassens in Art. 2 CED nachgebildet: § 234b StGB ist als zusammengesetztes (Dauer-)Delikt formuliert, dessen Teilakte zueinander in einer „rechtlichen Bewertungseinheit" stehen und typischerweise durch verschiedene Personen verwirklicht werden.[98] Die dualistische Struktur des Tatbestandes folgt hingegen den völkerstrafrechtlichen Tatbeständen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Verschwindenlassen in § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB im IStGH-Statut und in den Verbrechenselementen.[99] § 234b StGB enthält zwei Begehungsformen, wobei der Täter in beiden Fällen als Amtsträger i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder im Auftrag oder mit Billigung eines Staates handeln muss. Der Freiheitsberaubungstatbestand in § 234b Abs. 1 Nr. 1 StGB knüpft an ein Entführen i. S. d. §§ 232 Abs. 2 Nr. 2, 239a Abs. 1, 239b Abs. 1 StGB oder an eine sonstige Freiheitsberaubung nach § 239 StGB an. Die Verweigerung der Auskunftserteilung muss nicht notwendigerweise durch den Täter der Freiheitsberaubung erfolgen, stellt jedoch ein echtes objektives Tatbestandsmerkmal dar, auf das sich der Vorsatz des Täters erstrecken muss.[100]

Die Tatbestandsvariante der Verschleierung in § 234b Abs. 1 Nr. 2 StGB orientiert sich an Art. 2 CED und weicht von § 7 Abs. 1 Nr. 7 lit. b VStGB ab, der sich – wie an obiger Stelle gesehen – an Art. 7 Abs. 2 lit. i IStGH-Statut orientiert, in dem der Begriff der Verschleierung nicht enthalten ist.[101] Erst auf die Empfehlung des Rechtsausschusses hin fand die Alternative der Auskunftsverweigerung in § 234b Abs. 1 Nr. 2 StGB Eingang.[102] Ihre Aufnahme ist zu begrüßen, da zuvor zweifelhaft schien, ob die Nichtanerkennungsvariante von der Tathandlung des Verschleierns erfasst war.[103] Auch hier stellt sich indessen zumindest[104] die Frage, ob nicht eine Unterlassungsformulierung gegenüber der Variante der Auskunftsverweigerung vorzugswürdig gewesen wäre, zumal auch § 234b StGB kein Nachfrageerfordernis vorsieht. [105] Speziell im Hinblick auf die Benachrichtigungspflicht des Art. 104 Abs. 4 GG im deutschen Verfassungsrecht wurde der Vorschlag unterbreitet, eine Tathandlung des Unterlassens einer Unterrichtung nach Art. 104 Abs. 4 GG einzufügen.[106] Während sich dieser Vorschlag nicht durchzusetzen vermochte, stellt die Gesetzesbegründung nun immerhin klar, dass der Verschleierungs- bzw. Auskunftsverweigerungstatbestand nach der Nr. 2 auch in Fällen einer rechtmäßigen Freiheitsberaubung erfüllt sein soll.[107]

In beiden Begehungsvarianten muss das Opfer, in Anlehnung an Art. 2 CED, durch die Tat objektiv dem Schutz des Gesetzes entzogen sein. In der Vorstellung des Gesetzgebers soll dies bei Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale regelmäßig, jedoch z.B. dann nicht der Fall sein, wenn es sich um eine „sehr kurzfristige" Freiheitsberaubung handele oder dem Opfer Zugang zu Rechtsbehelfen oder einem Rechtsbeistand gewährt werde.[108] Die bloße Absicht in Bezug auf die Schutzlosigkeit genügt somit, anders als in § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB, nicht. Mit Blick auf andere Bereiche besteht manche letzte Inkongruenz mit den Bestimmungen des CED, die jedoch wohl im Ergebnis hinnehmbar sind.[109]

III. Änderungen im Verfahrensrecht

Noch interessanter als die Änderungen im materiellen (Völker-)Strafrecht, die insgesamt zu begrüßen sind, sind die Anpassungen des deutschen Strafverfahrens- und des Justizverfassungsrechts. Die internationale Gemeinschaft stellt keine besonderen Anforderungen an die Durchführung von Völkerstrafverfahren, vielmehr hat der die Weltrechtspflege betreibende Staat seine eigenen Normen und Instrumente zur Anwendung zu bringen.[110] Da sich der deutsche Gesetzgeber bei Schaffung des VStGB gegen die Schaffung einer „Völkerstrafprozessordnung" entschieden hat, mussten sich die durch den Gesetzgeber avisierten Änderungen im strafprozessualen Bereich in das bestehende Gefüge des deutschen Verfahrensrechts einfügen lassen. Mit den nun erfolgten Umgestaltungen verfolgte der Gesetzgeber zum einen das Ziel, die „Rechte der Opfer von Völkerrechtsverbrechen zu stärken" und zum anderen, die Breitenwirkung völkerstrafrechtlicher Prozesse und Urteile zu verbessern.

---

98 *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (102).

99 Art. 2 CED liegt demgegenüber ein einheitlicher Tatbestand zugrunde, s. *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (97).

100 BT-Drs. 20/9471, S. 35.

101 Der Gesetzgeber stellt klar, dass eine Verschleierung „ähnlich wie bei § 261 Absatz 2 StGB" voraussetzen soll, dass der Täter unzutreffende oder irreführende Angaben macht, die darauf abzielen, den Verbleib oder das Schicksal des Opfers zu verbergen", s. BT-Drs. 20/9471, S. 35.

102 Diese trägt, wie bereits gesehen, zu Konsistenz mit Art. 2 CED, Art. 7 Abs. 1 i), Abs. 2 ii) IStGH-Statut und § 7 Abs. 1 Nr. 1 b) VStGB bei.

103 Mit ausführlichen Nachweisen, s. *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (103).

104 Weitere denkbare Handlungsvarianten, die in § 234b StGB nicht aufgenommen wurden, sind die Nichtanerkennung und die Falschauskunft. Die Nichtanerkennung enthält jedoch Art. 2 CED, mit dem insofern kein Gleichklang besteht.

105 Änderungsantrag der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/11668, S. 5; Stellungnahme *Prof. Kreß* in Anhörung des Rechtsausschusses am 31.1.2024, s. Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024.

106 So erwogen von *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (103); Änderungsantrag der Fraktion der CDU/CSU BT-Drs. 20/11668, S. 2, 5.

107 BT-Drs. 20/11661, S. 17; dies befürworteten etwa *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (103).

108 BT-Drs. 20/9471, S. 35.

109 Keine Regelung enthält der Gesetzentwurf etwa für die Vorgesetztenverantwortlichkeit wegen der Verletzung einer Aufsichtspflicht bzw. des Unterlassens der Meldung einer Straftat, wie sie in Art. 6 Abs. 1 b) CED enthalten ist, s. *Jeßberger/Geneuss,* KriPoZ 2024, 95 (104). Dies erscheint jedoch wohl vor dem Hintergrund vertretbar, dass eine entsprechende Sondernorm im StGB misslich wäre. Zu weiteren Deckungslücken s. auch Stellungnahme des DIMR, Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts am 31. Januar 2024, S. 6.

110 Der Grund liegt laut *Boe* darin, dass die dezentrale Durchsetzung von Völkerstrafrecht nicht behindert werden und Staaten von der Inanspruchnahme des Weltrechtsprinzips nicht abgeschreckt werden sollen, s. *Boe*, ZStW 2022, 926 (955).

1. Die Erweiterung des Rechts zur Nebenklage[111]

Sein Ziel, die „Rechte der Opfer völkerrechtlicher Verbrechen zu stärken“[112], suchte der Gesetzgeber mit einer Erweiterung der Nebenklagebefugnis auf die Verletzten von Völkerstraftaten zu erreichen.

a) Wertungsmäßige Gebotenheit und Sorge vor Entgrenzung

Die Ausweitung der Nebenklagebefugnis auf die durch Völkerstraftaten Verletzten ist im Ausgangspunkt zu begrüßen. Die bisherige Rechtslage erschien nicht nur in systematischer Hinsicht schwer vermittelbar, sondern auch aus wertungsmäßiger Sicht problematisch. Denn ausgerechnet die schwersten Straftaten, die die Weltgemeinschaft als Ganze berühren und die die „Schwelle der Vergleichbarkeit“ zu den in § 395 Abs. 1 StPO a.F. genannten StGB-Straftaten mühelos überschreiten, fanden sich im Nebenklagekatalog bislang nicht wieder. Zwar waren Opfer völkerrechtlicher Verbrechen zumindest häufig im Ergebnis dadurch zur Nebenklage berechtigt, dass sich ihre Nebenklagebefugnis über tateinheitlich begangene, im Nebenklagekatalog aufgeführte Straftaten oder über den Auffangtatbestand des § 395 Abs. 3 StPO begründen ließ. Doch ergab sich hieraus bloß eine wahrscheinliche und keine gesicherte Nebenklagebefugnis, insbesondere dort nicht, wo der Verfolgung eines tateinheitlich begangenen Verbrechens nach § 395 Abs. 1 StPO ein Verfahrenshindernis entgegenstand.[113] Daneben stellte sich die bisherige Rechtslage auch innerhalb bisheriger Verfahren als unzureichend dar, nämlich stets dann, wenn der Nebenkläger Verfahrensrechte im Hinblick auf die VStGB-Tat ausüben wollte.[114]

Wenngleich die wertungsmäßige Gebotenheit der Erweiterung im Gesetzgebungsverfahren kaum in Zweifel gezogen wurde, begegneten der Erweiterung der Nebenklagevorschriften zugleich die wohl erheblichsten Bedenken im Rahmen der Beratungen. Diese wurden insbesondere von der Justiz geäußert, die eine Entgrenzung der Nebenklage aufgrund der potenziellen großen Anzahl Betroffener von Völkerstraftaten befürchtete. Im Zentrum standen erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Handhabbarkeit sowie wegen der Konsequenzen mit Blick auf ein faires Verfahren und das Gebot der Waffengleichheit aus Sicht des Beschuldigten.[115] Zu diesen Sorgen trug auch die Weite des völkerstrafrechtlichen Tatbegriffs bei, durch die das Merkmal der „Tat“ in § 395 Abs. 1 StPO bei den Völkerstraftaten kaum zu einer Eingrenzung führt.[116]

Der Gesetzgeber hat diese Spannungen dadurch aufzulösen versucht, dass er der Erweiterung der Nebenklagebefugnis sowohl bereits „auf Tatbestandsebene“ einige Riegel vorgeschoben als auch auf „Rechtsfolgenebene“ Mechanismen geschaffen hat, die auch zukünftig die Durchführbarkeit umfangreicher Völkerstrafverfahren sicherstellen sollen.

b) Die Erweiterung des Nebenklagekataloges in § 395 Abs. 1 Nr. 2a) und 4a) StPO n.F.

Die zentralen Änderungen in den Nebenklagevorschriften finden sich in den § 395 Abs. 1 Nr. 2a) und 4a) StPO n.F., durch die die Völkerstraftaten in den Nebenklagekatalog aufgenommen werden. So soll künftig auch eine versuchte rechtswidrige Tat gegen das Leben nach den §§ 6 bis 8, 11 und 12 VStGB zur Nebenklage berechtigen, sowie rechtswidrige Taten nach den §§ 6 bis 8 und 10 bis 12 VStGB, durch die der Betroffene „in seinen Rechten auf körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder auf religiöse, sexuelle oder reproduktive Selbstbestimmung oder als Kind in seinem Recht auf ungestörte körperliche und seelische Entwicklung“ verletzt wird. Voraussetzung ist nach dem Wortlaut beider Normen, dass „auch hier ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der verfahrensgegenständlichen Tat und der Rechtsgutverletzung besteht.“[117] Auf die Empfehlung des Rechtsausschusses hin ist eine Evaluierung der Anwendung der § 395 Abs. 1 Nr. 2a) und Nr. 4a) StPO n.F. in fünf Jahren vorgesehen.[118]

aa) Eine kritische Würdigung der tatbestandlichen Begrenzungen der Nebenklagebefugnis

Die Erstreckung der Nebenklage auf Völkerstraftaten ist in dreifacher Hinsicht begrenzt worden.

Die erste Einschränkung ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber nicht alle Völkerstraftaten in § 395 Abs. 1 StPO

111 Demnächst näher hierzu s. *Raube,* Die Erweiterung der Nebenklagebefugnis auf Völkerstraftaten nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, Zwischen dem Ideal kraftvoller Weltrechtspflege und der Sorge vor Entgrenzung (im Erscheinen 2024).

112 Zur Vereinfachung wird in diesem Beitrag die im Gesetzentwurf ebenfalls verwendete Terminologie des „Opfers“ übernommen, wenngleich der Begriff Schwierigkeiten aufwirft und sich der Gesetzgeber in der StPO statt dieser Terminologie für den Begriff des „Verletzten“ entschieden hat. Streng genommen müsste aufgrund der Unschuldsvermutung sogar stets vom „hypothetisch“ oder „potentiell“ Verletzten gesprochen werden, s. ausführlich *Weißer/Duesberg* in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, 7. Aufl. (2023), Vorb. §§ 395 ff. Rn. 5 ff.; *Barton,* in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 7, 2020, § 19 Rn. 37.

113 *Valerius,* in: MüKo-StPO, 2019, § 395 Rn. 79.

114 So standen dem Nebenkläger bislang etwa keine Verfahrensrechte gegen eine etwaige Einstellung des VStGB-Vorwurfs nach den §§ 154, 154 a) StPO und kein Revisionsrecht im Hinblick auf die VStGB-Delikte zu, s. ECCHR, Stellungnahme von März 2022, Betroffenenrechte stärken, Strafbarkeitslücken schließen, S. 3.

115 Stellungnahme zum (Regierungs-)Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, Richter am OLG *Dr. Andreas Schmidtke*, S. 10; Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, Nr. 20/23, August 2023, S. 2 f.; BRAK, Stellungnahme zum Referentenentwurf vom September 2023, S. 4.

116 So liegt nach der Rechtsprechung des *BGH* zum Völkermord nur dann eine materiell-rechtliche Einzeltat vor, wenn sich „die tatbestandlichen Handlungen auf eine bestimmte, etwa durch ihren Lebensraum näher konkretisierte nationale, rassische, religiöse oder ethnische (Teil)Gruppe beziehen und die mehreren Handlungen als ein einheitlicher örtlich und zeitlich begrenzter Lebenssachverhalt erscheinen“, s. *BGH*, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215-98, NStZ 1999, 396 Rn. 403.

117 BT-Drs. 20/11661, S. 7.

118 BT-Drs. 20/11661.

n.F. aufgenommen hat. Zwar stellt § 395 Abs. 1 Nr. 2a) und 4a) StPO n.F. im Vergleich zum Eckpunktepapier des Bundesjustizministeriums vom Februar 2023 insbesondere im Hinblick auf die Aufnahme des Völkermordes nach § 6 VStGB eine begrüßenswerte Verbesserung dar.[119] Doch auch künftig erstreckt sich die Nebenklagebefugnis nicht auf alle Opfer von Völkerstraftaten:

So werden unter anderem Kriegsverbrechen gegen das Eigentum i.S.d. § 9 VStGB auch weiterhin nicht zur Nebenklage berechtigen, ein Umstand, der im Gesetzgebungsverfahren auf erhebliche Kritik gestoßen ist.[120] Gegen die Nichtaufnahme dieser Norm spricht bereits, dass Angriffe auf das Eigentum im Rahmen eines bewaffneten Konflikts für die Betroffenen einen ebenso schweren Eingriff darstellen können wie andere Kriegsverbrechen. Zwar mag der Einwand des Gesetzgebers, Eigentumsrechte seien schließlich auch in der bisherigen Systematik des Nebenklagekatalogs überwiegend ausgenommen, auf den ersten Blick plausibel erscheinen. Allerdings sind die deutschen Eigentumsdelikte schon in ihrer Schwere nicht mit Kriegsverbrechen vergleichbar. Auch in der Sache ginge ein solches Argument fehl, da die Eigentumsdelikte seit der Einfügung des § 395 Abs. 3 StPO zur Nebenklage berechtigen.[121] Schließlich lässt sich dem Gesetzgeber in systematischer Hinsicht auch § 395 Abs. 1 Nr. 6 StPO entgegengehalten, der Straftaten zum Schutz des geistigen Eigentums als Nebenklage einordnet.[122]

Eine zweite, gravierendere Begrenzung folgt daraus, dass der Gesetzgeber in § 395 Abs. 1 Nr. 4 a) StPO n.F. die Nebenklagebefugnis auf die Verletzung bestimmter Individualrechtsgüter beschränkt hat, was dazu führt, dass teilweise ganze Völkerstraftatbestandsvarianten nicht von der Nebenklageberechtigung erfasst werden.[123] Rechtsgüter, die der Gesetzesentwurf nicht erfasst, sind etwa die Menschenwürde, die geistige Unversehrtheit und das Recht auf Familie. Damit bleiben die Opfer bloß seelischer Schäden, wie zum Beispiel im Falle psychischer Folter nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 VStGB von der eigenständigen Nebenklagebefugnis ausgeschlossen.[124] Der Rechtsausschuss hat nun zwar klargestellt, dass Fälle psychischer Folter über das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit erfasst werden können und verweist insofern auf die Rechtsprechung des *BGH* zu den Auswirkungen psychischer Beeinträchtigungen bei den Körperverletzungsdelikten.[125] Doch verbleiben damit noch immer Schutzlücken im Hinblick auf das Rechtsgut der seelischen Unversehrtheit, nämlich dann, wenn die psychische Beeinträchtigung nicht – wie nach der Rechtsprechung des *BGH* für eine Körperverletzung erforderlich – den Grad eines pathologischen Zustandes erreicht. Da die geistige Unversehrtheit im Völkerstrafrecht indessen fest als eigenständiges Schutzgut der Völkerstraftaten anerkannt ist[126], ist besonders der Ausschluss dieses Schutzguts (mit Ausnahme des Rechts auf seelische Entwicklung in der Kindheit) schwer verständlich.

Auch Formen geschlechtsbezogener Verfolgung, die nicht gleichzeitig das Recht auf sexuelle oder reproduktive Selbstbestimmung verletzen werden von der Regelung nicht erfasst.[127] Die Opfer von Zwangsehen werden der neuen Regelung zumindest dann nicht unterfallen, wenn man die Zwangsehe nicht als Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung, sondern als Angriff gegen die Menschenwürde und Missachtung der Eheschließungsfreiheit wertet, wie dies oft in der internationalen Rechtsprechung geschieht.[128]

Auch zeigt das letztere Beispiel, dass das geschützte Rechtsgut in vielen völkerstrafrechtlichen Tatbeständen umstritten ist und eine Zuordnung daher oftmals nicht unproblematisch vorzunehmen sein wird.[129] Von der Beschränkung auf bestimmte Individualrechtsgüter sind schließlich auch die in § 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB genannten Diskriminierungsformen und in gravierender Weise betroffen, bei denen keine unmittelbare Rechtsgutsverletzung eintritt.[130] Alles in einem erweckt die rechtsgutsbezogene Beschränkung den Eindruck einer faktischen Hierarchisierung der Opfer, obwohl zwischen den Völkerstraftaten zumindest keine stark ausgeprägte Hierarchie besteht.[131] Damit sendet die rechtsgutsbezogene Ein-

---

119 Während in dem im Februar 2023 veröffentlichten Eckpunktepapier der Bundesregierung nur die Aufnahme von Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach § 7 VStGB und Kriegsverbrechen nach § 8 VStGB – jeweils nur „mit Ausnahmen" – in den Nebenklagekatalog vorgesehen war (s. BMJ, Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 23.2.2023, S. 2), werden durch das Gesetz nun die §§ 6-8 und 10-12 VStGB in den Nebenklagekatalog aufgenommen.

120 Die gesetzgeberische Entscheidung, das Verbrechen der Aggression nach § 13 VStGB nicht in den Nebenklagekatalog aufzunehmen, ist demgegenüber weitestgehend akzeptiert worden. Doch geht insoweit die Begründung für die Nichtaufnahme fehl, s.u. III 1 b) (2) und Fn. 134.

121 S. zum Ganzen *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (355).

122 Diese Variante wird von der h.M. für systemwidrig gehalten, weil die Delikte nicht die Schwere der Delikte gegen Leib und Leben erreichen; dennoch wurde die Norm trotz zwischenzeitig geplanter Streichung im Normtext belassen, s. *Weiner*, in: BeckOK-StPO, 52. Ed. (Stand: 1.7.2024), § 395 Rn. 22; *Schmitt*, in: Meyer/Goßner/Schmitt, 67. Aufl. (2024), § 395 Rn. 6.

123 Z.B. § 7 Abs. 1 Nr. 5 und 10 VStGB.

124 Dies wurde in zahlreichen Stellungnahmen bemängelt, s. nur Stellungnahme *Prof. Geneuss* vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 31. Januar 2024, S. 7.

125 Dies stellte der Rechtsausschuss klar, s. BT-Drs. 20/661 und verweist insoweit auf die Rechtsprechung des *BGH* (*BGH*, Beschl. v. 18.7.2013 – 4 StR 168/13).

126 *Knauer*, Der Schutz der Psyche im Strafrecht, 2013, S. 196.

127 Damit würden beispielsweise vom Taliban-Regime verfolgte Frauen und Mädchen als mögliche Opfer geschlechtsspezifischer Verfolgung nicht erfasst, da Kern des Verfolgungstatbestands die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und nicht die Verletzung eines der aufgezählten Individualrechtsgüter ist, s. Stellungnahme von Amnesty International zum Referent*innenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 24.8.2024, S. 6.

128 Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zum Referent:innenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, S. 8.

129 Das Risiko einer einschränkenden Auslegung ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung, die eine Aufzählung vornimmt, welche Rechtsgüter durch welche Völkerstraftatbestände geschützt werden, wenngleich diese auch nicht als abschließend zu verstehen ist, s. BT-Drs. 20/9471, S. 36 ff. („insbesondere").

130 BT-Drs. 20/9471, S. 40.

131 Dies bemängelt etwa zurecht Stellungnahme von Amnesty International zum Referent:innenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts v. 24.8.2023, S. 6.

schränkung nicht das Signal aus, die Opfer *aller* völkerrechtlicher Verbrechen stärken zu wollen. Nicht zuletzt jedoch wird der Gesetzgeber an dieser Stelle seinem Ziel des Gleichlaufs mit dem Rom-Statut nicht gerecht. Denn dieses gewährt den Betroffenen von Völkerrechtsverbrechen in Art. 68 Abs. 3 IStGH-Statut umfassende Opferrechte, soweit ihre persönlichen Interessen berührt sind – ohne eine Differenzierung zwischen verschiedenen Individualrechtsgütern vorzunehmen.[132]

Eine dritte, zumindest überflüssige Begrenzung liegt in dem Unmittelbarkeitserfordernis jeweils am Ende von § 395 Abs. 1 Nr. 2a) und 4a) StPO n.F.[133] Nach diesem Zusatz sollen solche durch Völkerstraftaten Betroffenen nicht zur Nebenklage berechtigt werden, die zwar unmittelbar durch die Gesamttat, aber allenfalls mittelbar durch die verfahrensgegenständliche (Einzel-)Tat des Angeschuldigten bzw. Angeklagten verletzt wurden. Dass auch dieser Zusatz nicht zu überzeugen vermag, ergibt sich aus einer letzten, zentralen Kritik, die sich gegen alle drei tatbestandlichen Einschränkungen üben lässt.

bb) Insbesondere: Zur Vernachlässigung des Verletztenbegriffs in § 373b Abs. 1 StPO

Die Begrenzungen des Gesetzgebers vernachlässigen bzw. verkürzen bereits auf Tatbestandsebene allesamt ein übergreifendes Merkmal, das der Nebenklagebefugnis Grenzen setzt: § 395 Abs. 1 StPO setzt für die Entstehung der Nebenklagebefugnis voraus, dass das Opfer durch die rechtswidrige Tat „verletzt" ist. Der Begriff des Verletzten ist seit 2021 in der Legaldefinition des § 373b Abs. 1 StPO geregelt, wonach Verletzte diejenigen sind, „die durch die Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden sind oder unmittelbar einen Schaden erlitten haben."

Zunächst lässt sich grundsätzlich kritisieren, dass die Gesetzesbegründung zwar auf den Verletztenbegriff abstellt, ihn jedoch nicht ins Zentrum ihrer Überlegungen gerückt hat. Dass der Gesetzgeber nicht den Verletztenbegriff, sondern das Rechtsgutskonzept der jeweiligen Völkerstraftaten zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen gemacht hat, zeigt sich beispielsweise bei den Erwägungen zur Aufnahme des Völkermordes nach § 6 VStGB. So betont der Gesetzgeber bei seiner Begründung der Aufnahme dieses Tatbestandes, dass der individualrechtsgüterschützende Charakter des Völkermordtatbestandes nach jüngeren Tendenzen in der Rechtsprechung „nicht mehr ausgeschlossen" sei.[134] Auf der anderen Seite begründet er die Nichtaufnahme des Verbrechens der Aggression gemäß § 13 VStGB in den Nebenklagekatalog damit, dass diese Norm „die staatliche Souveränität und den Frieden, jedoch *keine* Individualrechtsgüter" schütze.[135]

Bei einer genauen Betrachtung von § 373b Abs. 1 StPO stellt sich indes die Frage, ob der Gesetzgeber der Frage, ob einzelnen VStGB-Taten individualschützender Charakter zukommt, überhaupt Bedeutung bei der Entscheidung über die Aufnahme des Delikts in den Nebenklagekatalog hätte beimessen dürfen. Diese Zweifel ergeben sich daraus, dass die Legaldefinition des § 373b Abs. 1 StPO nicht nur einen rechtsgutsorientierten, sondern auch einen schadensorientierten Teil enthält. Die Entstehungsgeschichte des § 373b Abs. 1 StPO zeigt, dass mit der schadensorientierten Alternative auch die Begehung eines Kollektivdelikts eine „Verletzung" herbeiführen können sollte.[136] Hinzuweisen ist insofern insbesondere darauf, dass § 373b Abs. 1 StPO dazu dienen sollte, die EU-Opferschutzrichtlinie umzusetzen, die ebenfalls nicht auf das Schutzgut des verwirklichten Straftatbestandes abstellt.[137] Dass es für die Frage der Aufnahme eines Delikts in den Nebenklagekatalog auf das Schutzgut nicht entscheidend ankommen kann, zeigt auch § 395 Abs. 3 StPO, der die Nebenklage für sämtliche Delikte öffnet.

Zu einer deutlichen systematischen Verkürzung des § 373b Abs. 1 StPO führt ferner die rechtsgutsbezogene Einschränkung in § 395 Abs. 1 Nr. 4a) StPO n.F. Denn

---

132 So *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (354).

133 Ein ähnlicher Vorschlag, der auf einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der „vorgeworfenen Handlung und der Verletzung" abgestellt hat, wurde auch im Rahmen der Expertenanhörung unterbreitet (s. Stellungnahme zum (Regierungs-)Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, Richter am OLG *Dr. Andreas Schmidtke*, S. 13 und auch Stellungnahme zum Gesetzesvorhaben zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts von Oberstaatsanwalt b. *BGH Meyer-Wieck*, S. 3) und im Änderungsantrag der Fraktion der CDU/CSU aufgegriffen, s. BT-Drs. 20/11668, S. 6.

134 BT-Drs. 20/9471, S. 37.

135 BT-Drs. 20/9471, S. 41 (Hervorhebung durch die Autorin). Dieses Argument geht aus hiesiger Sicht schon in der Sache fehl, da sich auch beim Verbrechen der Aggression Individualschutz begründen lässt, s. nur *Dannenbaum,* in: Bock/Conze, Rethinking the Crime of Aggression – International and Interdisciplinary Perspectives, 2022, S. 225 (240 ff.).

136 So nennt die Gesetzesbegründung als möglichen Anwendungsfall für § 373b Abs. 1 StPO ausdrücklich die Aussagedelikte, deren geschütztes Rechtsgut zwar die Rechtspflege sei. Hier könnten Verletzte aber auch die durch die Folgen eines Aussagedelikts betroffene Verfahrensbeteiligte sein, „weil durch die Rechtspflege auch die Interessen der Verfahrensbeteiligten gewährleistet werden sollen", s. BT-Drs. 19/27654 S. 101; s. auch *Werkmeister*, in: Bock/Wagner, Gerechtigkeit aus der Ferne, S. 130. Auch *Allgayer* zufolge müsste künftig die Betroffenheit durch Straftaten, die nicht unmittelbar dem Schutz des Einzelnen, sondern überindividuellen Belangen der Allgemeinheit dienen (z.B. auch die Umweltstraftaten in §§ 324 ff. StGB), genügen, um die Verletzteneigenschaft zu begründen, jedenfalls „wenn ein unmittelbar aus der Tat resultierender Schaden entstanden ist oder sein kann", s. *Allgayer*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 373b Rn. 9 ff.; vgl. auch *Weiner*, in: BeckOK-StPO, § 373b Rn. 14 f.

137 So hat der deutsche Gesetzgeber in § 373 b) Abs. 1 StPO die Definition des „Opfers" in Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Opferschutzrichtlinie (RL 2012/29/EU) umgesetzt, die ebenfalls auf eine Schädigung als direkte Folge einer Straftat und damit allein auf die unmittelbare Betroffenheit des Opfers abstellt. Die weite Formulierung in Art. 2 der Richtlinie („körperliche, geistige oder seelische Schädigung oder einen wirtschaftlichen Verlust") umfasst damit auch Straftaten, die keine Individualrechtsgüter betreffen, s. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 373b Rn. 5.

diese Beschränkung führt bei genauer Betrachtung zu einer bislang im Gesetz nicht vorgesehenen „doppelten Verletztenprüfung“.[138] Eine solche ausgerechnet bei den Völkerstraftaten zu fordern, wohingegen keine andere der Varianten des Nebenklagekataloges eine rechtsgutsbezogene Einschränkung enthält, erscheint problematisch.

Auch der Zusatz, wonach für die Nebenklagebefugnis stets ein „unmittelbarer Zusammenhang zwischen der verfahrensgegenständlichen Tat und der Rechtsgutverletzung“ bestehen müsse, erscheint vor dem Hintergrund des § 373b Abs. 1 StPO zumindest überflüssig. Denn bei sinnvoller Auslegung führt bereits der Begriff des Verletzten in § 373b Abs. 1 StPO zu einer Begrenzung des Kreises der Nebenklage.[139] § 373b Abs. 1 StPO enthält ein eindeutiges Unmittelbarkeitskriterium, das für seine beiden Alternativen gilt.[140] Es wäre daher vorzugswürdig gewesen, dass der Gesetzgeber zunächst den Gerichten das Vertrauen entgegengebracht hätte, durch die Auslegung von § 373b Abs. 1 StPO zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen, anstatt der Nebenklagebefugnis auf gesetzlicher Ebene einen weiteren Riegel vorzuschieben. Im Ergebnis dürfte der letztere Zusatz allerdings nichts an der bestehenden Gesetzeslage ändern.[141]

Schließlich wären die Einschränkungen auf Tatbestandsebene auch deshalb nicht erforderlich gewesen, weil den Bedenken der Justiz vor einer Entgrenzung der Nebenklage allein über die Rechtsfolgenseite hinreichend hätte Rechnung getragen werden können, wie sogleich zu zeigen sein wird.[142]

c) Die Ausweitung des Rechts auf Beiordnung eines kostenlosen Rechtsbeistandes in § 397a Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 6 StPO n.F.

Die Erweiterung der Nebenklagebefugnis führt jedoch zunächst zu einer Erweiterung des Rechts, unabhängig von den Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe nach § 397a Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 6 StPO n.F. einen Rechtsbeistand beantragen zu können. Dies ist vor dem Hintergrund begrüßenswert, dass der Bedarf an einer umfassenden Betreuung von aus dem Ausland stammenden Opfer erhöht ist.[143] Ebenfalls begrüßenswert ist, dass auf das zusätzliche Merkmal der Unfähigkeit, die eigenen Interessen selbst ausreichend wahrnehmen zu können, wie es in den § 397a Abs. 1 Nr. 4 und 5 StPO vorgesehen ist, verzichtet worden ist, womit der regelmäßigen besonderen Schutzbedürftigkeit der Opfer in Völkerstrafverfahren Rechnung getragen werden sollte.[144] Es ist zu bedauern, dass die kritikwürdigen Beschränkungen der Nebenklagebefugnis, wie etwa die rechtsgutsbezogene Beschränkung in § 395 Abs. 1 Nr. 4a) StPO n.F., sich auch an dieser Stelle niederschlagen und zu einer entsprechenden Beschränkung des Rechts auf Beiordnung führen.[145]

d) Die Kollektivierung der Rechtswahrnehmung in § 397b Abs. 1 Nr. 2 S. 2 StPO n.F.

Sodann hat der Gesetzgeber versucht, der Sorge vor einer Entgrenzung der Nebenklage über die Rechtsfolgenseite weiter Einhalt zu gebieten, indem er ein Regelbeispiel in die Vorschrift der gemeinschaftlichen Nebenklagebefugnis eingefügt hat. Gem. § 397b StPO kann das Gericht für mehrere Nebenkläger einen gemeinschaftlichen Rechtsbeistand bestellen, wenn die Verletzten „gleichgelagerte Interessen“ verfolgen.[146] Im Hinblick auf Völkerstrafverfahren sollen gleichgelagerte Interessen künftig bei den Verletzten von Völkerstraftaten iSd § 395 Abs. 1 Nr. 2a) und 4a) StPO regelmäßig vorliegen, wenn den jeweiligen Taten der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegt, wobei dies in Anlehnung an die Definition der prozessualen Tat zu ermitteln sein soll.[147]

Obgleich sich die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Nebenklagevertretung bereits als solche mit guten Gründen kritisieren lässt[148], dürfte an ihr in nationalen Völkerstrafverfahren kaum ein Weg vorbeiführen, wie auch in der Wissenschaft bereits zutreffend ausgeführt worden ist.[149] So war es gerade die fehlende „Pool-Lösung“, die vor ihrer Einfügung in das Gesetz 2021 als zentrales praktisches Hindernis für eine ausdrückliche gesetzliche Nebenklagebefugnis für die Opfer von VStGB-Taten angesehen wurde.[150] Eine Lösung, die jener des § 397b StPO entspricht, wird auch vor dem *IStGH* praktiziert.[151]

Allerdings wäre die Schaffung eines gesetzlichen Regelfalls für Völkerstrafverfahren besser unterblieben. Die Einführung eines gesetzlichen Regelfalls, der nur für Völkerstrafverfahren, nicht aber für andere Großverfahren gelten soll, ist unverständlich. Dass es eines gesetzlichen Regelbeispiels nicht bedurft hätte, zeigt auch die bisherige Praxis nationaler Völkerstrafverfahren, in der

138 S. zutreffend *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (355); Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zum Referent:innenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, S. 8.

139 S. Stellungnahme *Prof. Kreß* in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024.

140 BT-Drs. 20/9471, S. 40.

141 Auch der Rechtausschuss erkennt an, dass zwischen *jeder* Verletzung und Tat ein Zusammenhang gegeben sein müsse. Insofern sei die Formulierung „auch hier“ gewählt worden, um der Gefahr von Umkehrschlüssen zu begegnen, s. BT-Drs. 20/11661, S. 17.

142 Hierzu s.u. III 1 d) und e).

143 Dies sieht auch der Gesetzgeber selbst, s. BT-Drs. 20/9471, S. 42; *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (356).

144 BT-Drs. 20/9471, S. 42.

145 Auch hier hat auf Empfehlung des Rechtsausschusses Eingang in den Gesetzestext gefunden, dass auch dieses Recht nur gelten soll, sofern ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der verfahrensgegenständlichen Tat und der Rechtsgutverletzung besteht. Auch diese Klarstellung wäre aus hiesiger Sicht verzichtbar gewesen.

146 Durch eine Anpassung in § 406h) Abs. 3 S. 1 StPO n.F. wird die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Nebenklagevertretung künftig auch auf das Stadium des Ermittlungsverfahrens ausgedehnt.

147 BT-Drs. 20/11661, S. 18.

148 *Weiner,* in: BeckOK-StPO, 51. Aufl. (Stand: 1.4.2024), § 397b Rn. 3 ff. m.w.N.

149 So etwa *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (356).

150 *Werkmeister*, in: Bock/Wagner, Gerechtigkeit aus der Ferne, S. 122; *Werle/Vormbaum,* JZ 2017, 12 (16); *Ritscher,* Stellungnahme zu BT-Drs. 18/6341, S. 9, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/419818/5e5763448fabb7dfefd0219ec33c573e/drb-data.pdf (zuletzt abgerufen am 10.7.2024).

151 Rule 90 Abs. 2, Rules of Procedure and Evidence, online abrufbar unter: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf (zuletzt abgerufen am 10.7.2024); s. hierzu auch *Bock,* Das Opfer vor dem internationalen Strafgerichtshof, S. 497.

§ 397b Abs. 1 StPO bereits erfolgreich angewendet worden ist und in denen für die Prüfung gleichgelagerter Interessen auf sachnahe Kriterien zurückgegriffen wurde.[152] Es bleibt zu hoffen, dass die Gerichte solche Kriterien auch weiterhin heranziehen werden. Um dem Sorge zu tragen, hat der Gesetzgeber auf die Empfehlung des Rechtsausschusses hin nun klarstellend den Zusatz aufgenommen, wonach es dem Gericht „unbenommen bleibt, zusätzliche sachnahe Kriterien im Einzelfall zu berücksichtigen."[153]

e) Die Kollektivierung der Ausübung der Verfahrensrechte in § 397b Abs. 4 StPO n.F.

Ebenfalls um die Handhabbarkeit von Völkerstrafverfahren zu gewährleisten, wird in § 397b Abs. 4 StPO eine Vorschrift zur Kollektivierung der Rechtsausübung eingefügt, wonach die in § 397 Abs. 1 S. 3 und 4 StPO genannten Verfahrensrechte in den Fällen des § 397b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO n.F. grundsätzlich nur durch den bestellten oder beigeordneten Beistand ausgeübt werden. Die praktische Relevanz der Vorschrift ist eingeschränkt, weil sie nur greift, wenn sich die Nebenklagebefugnis *allein* aus VStGB-Taten ergibt.

Wenngleich die Idee der Kollektivierung der Rechtsausübung nachvollziehbar erscheint und auch die Erfahrungen des *IStGH* für diese Praxis sprechen[154], erscheint wenig geglückt, dass die Vorschrift die Rechtsausübung dem Rechtsbeistand unabhängig von der Anzahl der Nebenkläger vorbehalten will.[155] Dies lässt sich mit der gesetzgeberischen Intention, die Handhabbarkeit der Verfahren aufgrund der Vielzahl potenzieller Nebenkläger in solchen Verfahren zu garantieren, nicht in Einklang bringen.[156] Auch, um dem – auch hier entstehenden – Eindruck einer Schlechterstellung der Opfer völkerrechtlicher Verbrechen entgegenzuwirken, wäre es vorzugswürdig gewesen, die Norm auf sämtliche Großverfahren ab einer gewissen Anzahl an Nebenklägern auszudehnen.[157] Positiv ist, dass das Gericht es dem Nebenkläger nach § 397b Abs. 4 S. 2 StPO n.F. gestatten kann, seinen Schlussvortrag selbst zu halten. Dies berücksichtigt die hohe Bedeutung des Schlussvortrags aus viktimologischer Perspektive, der für das Opfer eine essenzielle Möglichkeit bedeutet, aus seiner Zeugenrolle herauszutreten. Da die Gewährung des Schlussvortrags indes im Ermessen des Gerichts steht, bleibt abzuwarten, inwieweit die Gerichte davon Gebrauch machen werden.[158]

f) Die Ausweitung des Anspruchs auf psychosoziale Prozessbegleitung in § 406g) Abs. 3 S. 1 StPO n.F.

Begrüßenswert ist, dass nebenklagebefugten Verletzten nach dem VStGB künftig ein Anspruch auf psychosoziale Prozessbegleitung zustehen soll. Dies geschieht durch eine Bezugnahme des § 406g Abs. 3 S. 1 StPO n.F. auf § 397a Abs. 1 Nr. 6 StPO. Durch die Aufnahme in § 406 Abs. 3 S. 1 StPO, der anders als S. 2 keine gesonderte Prüfung besonderer Schutzbedürftigkeit voraussetzt, werden die Schwere der Betroffenheit der Opfer völkerrechtlicher Verbrechen, ihre regelmäßig starke Traumatisierung sowie die Bedrohungslagen anerkannt, der sich diese Opfer regelmäßig ausgesetzt sehen. Die Ausdehnung des Anspruchs auf psychosoziale Prozessbegleitung liegt mithin auch im Interesse staatlicher Fürsorgepflicht.[159]

2. Verbesserung der Breitenwirkung von Völkerstrafverfahren

Ein weiteres das Verfahren betreffende Ziel des Gesetzesvorhabens war die Verbesserung der Information über völkerstrafrechtliche Verfahren vor deutschen Gerichten. Bei aller Anerkennung, die die deutsche Justiz für ihre Übernahme von Weltrechtspflegeverfahren in den vergangenen Jahren erhalten hat, sah sich Deutschland dem Vorwurf ausgesetzt, „Weltrechtspflege ohne Weltrechtsbezug" zu betreiben.[160]

Gewichtige Gründe, die für eine Erweiterung der Dokumentation völkerstrafrechtlicher Verfahren und für eine Verbesserung der sprachlichen Teilhabe sprachen, ergeben sich aus den Besonderheiten von Völkerstrafverfahren.[161] Obgleich es keine geschriebenen Anforderungen an die Durchführung nationaler Völkerstrafverfahren gibt, dürften sich in Fällen universeller Gerichtsbarkeit, in denen die Legitimation der deutschen Strafgerichtsbarkeit aus dem Weltrechtspflegeprinzip folgt, aus diesem Prinzip gewisse Mindestanforderungen an die Art und Weise der Durchführung der Weltrechtspflege ableiten lassen, wie bereits im Vorhinein der Reform eindrucksvoll aufgezeigt worden ist.[162] Die Änderungen des Gesetzes bringen nunmehr zutreffend zum Ausdruck, dass die deutsche

---

[152] Dies zeigt etwa der Fall Anwar R. vor dem *OLG Koblenz*, in dem Faktoren wie Betroffenheit, Alter und Geschlecht berücksichtigt wurden, mit weiteren Nachweisen s. ECCHR, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, August 2023, S. 12

[153] BT-Drs. 20/11661 S. 18.

[154] Vgl. Rule 91 (siehe Fn. 151).

[155] Andere fordern bereits eine Ausnahme, wonach jedenfalls auf Antrag des bestellten oder beigeordneten Beistandes der Nebenkläger selbst eines der in § 397 Abs. 1 S. 3, 4 StPO genannten Rechte ausüben können sollte, s. Stellungnahme von Amnesty International zum Referent:innenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, S. 8.

[156] Zu dieser Intention s. BT-Drs. 20/9471, S. 42.

[157] Stellungnahme *Prof. Kreß* in Anhörung des Rechtsausschusses am 31.1.2024, s. Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024.

[158] S. auch *Hassfurther,* Gelungene Änderungen und verpasste Chancen, Verfassungsblog vom 12. Juni 2024, online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/gelungene-anderungen-und-verpasste-chancen/ (zuletzt abgerufen am 8.7.2024).

[159] S. näher *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (356), auch zu den Zielen der psychosozialen Prozessbegleitung und der Bedeutung gerade im Völkerstrafverfahren.

[160] Frei übersetzt nach *Boe*, ZStW 2022, 926 (927); *Dünkelsbühler/Sutor/Borger,* Universal jurisdiction without universal outreach?, Völkerrechtsblog v. 13.1.2021, online abrufbar unter: https://voelkerrechtsblog.org/de/universal-jurisdiction-without-universal-outreach (zuletzt abgerufen am 10.7.2024).

[161] *Kreß,* DRiZ 2022, 72 (75).

[162] Zu einem umfassenden, äußerst instruktiven Nachweis s. *Boe*, ZStW 2022, 926 (927).

Weltrechtspflege einem Interesse der internationalen Gemeinschaft als Ganzer dient.[163] Die Ergebnisse werden indessen davon abhängen, wie die Gerichte das ihnen vorbehaltene Ermessen ausüben werden. Es ist zu hoffen, dass die Gerichte sich tatsächlich als Akteure im System der Strafrechtspflege für die internationale Gemeinschaft verstehen werden[164] und dies in ihre Ermessenentscheidungen mit einbeziehen werden.

a) Die Aufzeichnung völkerstrafrechtlicher Verfahren

Reformbedarf ergab sich zunächst im Bereich der Aufzeichnung völkerstrafrechtlicher Verfahren. Die im internationalen Vergleich restriktive Handhabung von Aufzeichnungen im deutschen Strafverfahren hat ihren gesetzlichen Ausgangspunkt in § 169 Abs. 1 S. 2 GVG, der die grundsätzliche Unzulässigkeit von Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen normiert.[165] Dieser Grundsatz wurde durch § 169 Abs. 2 GVG moderat gelockert, der dem Gericht seit dem Jahr 2018 die Zulassung akustischer Dokumentation zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken ermöglicht, wenn es sich um ein Verfahren von „herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland“ handelt.[166] Der Gesetzgeber hat die hiesige Reform genutzt, um § 169 Abs. 2 S. 1 GVG auch auf Filmaufnahmen zu erweitern und den bislang vorgesehenen Deutschlandbezug zu streichen. Auf die Einfügung eines neuen § 169 Abs. 2 S. 2 GVG-E, der es ermöglichen sollte, auf etwaige ohnehin im Rahmen der digitalen Verfahrensdokumentation angefertigte Aufnahmen zurückzugreifen, wurde angesichts der Verzögerung des Entwurfs zum Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz verzichtet.[167] Die Änderungen im Bereich der Audio- und Videodokumentation erwiesen sich mit Blick auf die gegenwärtige Diskussion um das Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz als nicht leicht, dennoch sind beide im Ergebnis zu begrüßen.[168] Denn auch ungeachtet der noch zur Debatte stehenden grundsätzlichen Pläne zur Dokumentation der Hauptverhandlung ist die Änderung des § 169 Abs. 2 GVG zur Stärkung völkerstrafrechtlicher Verfahren notwendig.[169]

Dies gilt zunächst für die Streichung der Wörter „für die Bundesrepublik Deutschland“. Mit dieser Einschränkung in § 169 Abs. 2 GVG hatte der Gesetzgeber intendiert, Verfahren von bloß regionaler Bedeutung vom Anwendungsbereich der Vorschrift auszuschließen – nicht jedoch solche mit weltweiter Bedeutung. Eine solche weltweite Bedeutung entfalten jedoch gerade Völkerstrafverfahren, die auf Grundlage des Weltrechtspflegeprinzips erfolgen. Nebenbei erschien selbst nach bisheriger Rechtslage unverständlich, wie die zeitgeschichtliche Bedeutung von Völkerstrafverfahren – etwa des weltweit ersten Verfahrens über Fälle der Staatsfolter in Syrien – selbst für die Bundesrepublik Deutschland verneint werden konnte.[170] Völkerstrafverfahren, in denen Deutschland die Strafrechtspflege treuhänderisch für die gesamte internationale Gemeinschaft übernimmt, dürften nicht nur für die gesamte Staatengemeinschaft, sondern auch für Deutschland von zeitgeschichtlicher Bedeutung sein. Daneben hat das Gericht im *Al-Khatib*-Verfahren in seiner Abwägung die Interessen der syrischen, in Deutschland befindlichen Diasporagemeinschaft nicht als inländisches Interesse verstanden.[171]

Auch die Ausweitung des § 169 Abs. 2 S. 1 GVG auf visuelle Aufzeichnungen ist grundsätzlich zu begrüßen. Der Aufzeichnung kommt gerade in Völkerstrafverfahren eine bedeutende Rolle zu. So beugt sie nicht nur der nachträglichen Delegitimierung der Verfahren und künftigen „Geschichtsleugnungen und Narrativverschiebungen“ vor, ein Risiko, das gerade im Falle einer Beteiligung staatlicher Akteure ein erstzunehmendes Risiko darstellt.[172] Auch bildet sie ein wichtiges Medium für die Anerkennung des erlittenen Unrechts der betroffenen Bevölkerung. Zur Erreichung dieses Ziels ist gerade die Möglichkeit der Zulassung von Ton- *und* Filmaufnahmen dienlich, da filmische Aufzeichnungen den gesamten Ablauf des Verfahrens unter Berücksichtigung non-verbaler Interaktionen erfassen und damit einen unmittelbareren Einblick in das

163 Stellungnahme *Prof. Kreß* in Anhörung des Rechtsausschusses am 31.1.2024, s. Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024.

164 *Geneuss*, in: Bock/Wagner, Gerechtigkeit aus der Ferne, S. 61.

165 Hierzu im Vergleich zum IStGH bereits *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (356).

166 Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Menschen mit Sprach- und Hörbehinderungen (Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren – E-MöGG), BT-Drs. 18/10144 v. 6.10.2016, S. 11, 19.

167 BT-Drs. 20/11661, S. 19. Damit begegnete der Gesetzentwurf der Kritik, auf ein Gesetz zu verweisen, das noch nicht in Kraft sei, s. Stellungnahme von Bundesanwalt beim *BGH Klinge* zur Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses zum Gesetzesvorhaben, 28.1.2024, S. 5. Entsprechend wurden auch die in § 169 Abs. 2 S. 3 GVG n.F. eingefügten Worte „oder die Verwendung der Aufnahmen“ gestrichen.

168 Obgleich das Bundesjustizministerium derzeit nach dem Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz grundlegend die Dokumentation erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor den Land- und Oberlandesgerichten plant, ist der Erfolg dieses Gesetzgebungsverfahrens bislang ungewiss, das auf erheblichen Widerstand gestoßen ist. Der Bundesrat hat das Gesetz im Dezember 2023 blockiert und den Beschluss des Bundestags zur digitalen Dokumentation im Strafverfahren wegen "erheblicher und tiefgreifender fachlicher Bedenken" zur grundlegenden Überarbeitung an den Vermittlungsausschuss überwiesen, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/justiz/j/bundesrat-blockade-dokumentation-hauptverhandlung-virtuelle-justiz/ (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

169 Dies schon deshalb, da nach dem neuen Gesetz nur eine Nutzung der Aufzeichnungen zu Strafverfahrenszwecken vorgesehen ist und die Aufzeichnungen nach rechtskräftigem Abschluss wieder gelöscht werden sollen. Den derzeit in Rede stehenden Aufzeichnungen käme mithin lediglich eine verfahrensinterne Wirkung zu, die der Bedeutung von Völkerstrafverfahren für die betroffene Bevölkerung und die Zeitgeschichte nicht gerecht werden würde, s. *Bock,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 62. Zudem ist nach dem Gesetzesentwurf vom 10. Mai 2023 nur die Tonaufzeichnung als regelmäßig verpflichtend und die Videoaufnahme nur fakultativ vorgesehen.

170 *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (357).

171 *Geneuss*, in: Bock/Wagner, Gerechtigkeit aus der Ferne, S. 62.

172 *Epik*, in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 265.

Verfahren ermöglichen. Welche Bedeutung die umfangreiche Aufzeichnung von Prozessen für die Erinnerungskultur einer Bevölkerung und die Bewahrung von Wissen haben kann, ist nicht zuletzt aus der deutschen Geschichte bekannt.[173] In diesem Zusammenhang regt *Boe* etwa das eindrückliche Gedankenexperiment an, welche Konsequenzen es für die gesellschaftliche Aufarbeitung der NS-Verbrechen gehabt hätte, wenn die Nürnberger Prozesse nicht in Wort, Ton und Bild dokumentiert und der deutschen Bevölkerung in deutscher Übersetzung zugänglich gemacht worden wären, sondern etwa in New York oder Moskau ohne eine solche Übersetzung stattgefunden hätten.[174]

Gleichwohl bestanden im hiesigen Gesetzgebungsverfahren gegen die Zulassung von Ton- und insbesondere Filmaufnahmen jene Bedenken fort, die in den parallel geführten Beratungen über den Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung ausgeführt wurden.[175] Diese Bedenken betrafen im Wesentlichen die Konsequenzen solcher Aufzeichnungen mit Blick auf die missbräuchliche Verwendung der Aufnahmen,[176] eine Erschwerung der Wahrheitsfindung durch Einschüchterungseffekte und Aussagehemmung und der Zeugenschutz im Allgemeinen.[177] Grundsätzlich dürfte den geäußerten Sorgen bereits durch das strenge Prozedere (Archivierung durch das Bundes- oder Landesarchiv, Sperrfristen und Löschung) beizukommen sein, das in den unverändert gebliebenen[178] § 169 Abs. 2 S. 3-5 GVG vorgesehen ist.[179] Die Sorge um die negative Beeinflussung des Aussageverhaltens von Zeugen durch Aufzeichnungen[180] verdiente jedoch Beachtung und dies nicht nur deshalb, weil es gerade dieses Argument war, aufgrund dessen die Oberlandesgerichte in bisherigen Völkerstrafverfahren die Zulassung von Tonaufzeichnungen wiederholt abgelehnt haben.[181] Auch ist zu berücksichtigen, dass Zeugen in Völkerstrafverfahren tatsächlich regelmäßig, gerade im Falle noch andauernder bewaffneter Konflikte, der Gefahr von Repressalien und Verfolgung durch ihre Heimatstaaten ausgesetzt sind.[182] Auch angesichts europäischer Opferschutzvorgaben[183] und mit Blick darauf, dass Zeugen regelmäßig aufgrund ihres Aussageinhalts identifiziert werden können, ließ sich anführen, dass der Gesetzgeber stärkere prozessuale Mechanismen zum Opferschutz hätte schaffen müssen.[184]

Insofern war der Vorschlag unterbreitet worden, § 68 Abs. 3 StPO nach dem Vorbild der Strafprozessordnung Österreichs zu reformieren[185] und dem Zeugen das Recht einzuräumen, neben Fragen zu seinen Personalien auch solche Fragen nicht beantworten zu müssen, die Rückschlüsse auf seine Identität oder die Identität anderer zu schützender und ggf. noch im Heimatstaat lebender Personen zulassen. Ergänzend wurde vorgeschlagen, Opferzeugen das Recht einzuräumen, der Aufzeichnung ihrer Aussage zu widersprechen, ggf. unter den Voraussetzungen des § 68 Abs. 3 StPO.[186] Die Ausweitung der Anonymisierung von Zeugen hätte den Zielen der Reform nicht im Wege gestanden, da sie nichts an der weiterhin gebotenen Dokumentation geändert hätte. Schutzmechanismen wie diese hätten indes nicht nur dem Opferschutz und dem

---

173 *Bock,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 61.

174 *Boe*, ZStW 2022, 926 (979).

175 S.o. Fn. 168; Stellungnahme zum (Regierungs-)Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, Richter am OLG *Dr. Andreas Schmidtke*, S. 3.

176 S. *Gmel,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 274 f., beispielhaft auf den Fall Lübcke hinweisend, in dem unbefugt Videos der Beschuldigtenvernehmung veröffentlicht wurden.

177 Stellungnahme zum (Regierungs-)Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, Richter am OLG *Dr. Andreas Schmidtke*, S. 3.

178 Kritisch insoweit *Bock*, mit Blick darauf, dass dies zwar den Zeugenschutz, nicht jedoch die Verbesserung der Öffentlichkeitswirksamkeit deutscher Völkerstrafprozesse fördern wird, da die Aufzeichnungen der betroffenen Bevölkerung damit wiederum nur verzögert zur Verfügung stehen, s. *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (357 f.).

179 So werden die Gerichte auch nach wie vor verpflichtet sein, die Aufzeichnungen selbst vorzunehmen, diese nur zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken herzustellen, und diese nicht herauszugeben, sondern gemäß § 169 Abs. 2 S. 4 GVG dem zuständigen Bundes- oder Landesarchiv anzubieten, das wiederum an strenge Schutzfristen gebunden ist, s. *Epik*, in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 267 m.w.N. Auch enthält die Gesetzesbegründung nach den Empfehlungen des Rechtsausschusses nun detaillierte Angaben zu diesem Prozedere, BT-Drs. 20/11661, S. 20 f.

180 Auch hätte es sich angeboten, im Hinblick auf diese Bedenken stärker die Erfahrungen des Internationalen Strafgerichtshofs in den Blick zu nehmen, aus dessen Praxis sich die genannten Sorgen „nur rudimentär" ableiten lassen, s. Stellungnahme *Prof. Geneuss* vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 31. Januar 2024, S. 8.

181 So durch das *OLG Koblenz* und das *OLG Frankfurt*, die eine akustische Aufzeichnung aus diesem Grunde ablehnten, s. *Burghardt/Thurn*, KJ 2022, 109 (110); ECCHR Stellungnahme von März 2022, Betroffenenrechte stärken, Strafbarkeitslücken schließen, S. 6.

182 So argumentierte der Deutsche Richterbund in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf, Nr. 20/23, August 2023, S. 4 f. Gegen die fehlende empirische Untermauerung dieser Befürchtung s. *Epik,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 267, der ferner darauf hinweist, dass für die Normalisierung der audiovisuellen Aufzeichnung, wie bereits der – heute als normal empfundenen – Protokollierung, bedeutsam werde, wie stark die Aufzeichnung künftig in den Fokus gerückt werde.

183 Zu nennen sind etwa die Istanbul-Konvention und die Opferschutzrichtlinie (RL 2012/29/EU), s. die weiteren Nachweise des DIMR, Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte zum Referentenentwurf v. 25. August 2023, S. 12.

184 Konkrete Vorschläge ergeben sich etwa aus dem umfassenden Bericht einer durch das BMJ eingesetzten Expertengruppe zur Dokumentation der strafrechtlichen Hauptverhandlung, die den Vorschlag unterbreitet hat, Standards für ein Absehen von Aufzeichnungen zu definieren, s. BMJ, Bericht der Expertinnen- und Expertengruppe zur Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (2021), online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/2021_Abschlussbericht_Hauptverhandlung_Anlagenband.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 8.7.2024). Für eine Erwägung dieser s. *Gmel,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 276. Die Möglichkeit der Schaffung prozessualer Schutzmechanismen wird häufig anhand der Praxis internationaler und nationaler Gerichte, insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis, illustriert (s. *Schmitt*, NStZ 2019, 1 [1 ff.]), verweisend auf die Praxis internationaler Gerichte; *Epik,* in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 267; *Bock*, KriPoZ 2023, 349 [357]), gegen einen Vergleich mit der internationalen Praxis indes etwa *Gmel*, in: Jeßberger/Epik, Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, S. 275.

185 S. § 162 StPO Österreich; s. Stellungnahmen von *Prof. Kreß* und Bundesanwalt beim *BGH Klinge* in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024; Änderungsantrag der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 11668, S. 2.

186 Stellungnahme *Prof. Kreß* in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024.

Schutz der Angehörigen im Heimatstaat Rechnung getragen, sondern den Gerichten ihre Ermessenentscheidung zugunsten einer Aufzeichnung nach § 169 Abs. 2 S. 1 GVG n.F. – jedenfalls unter Opferschutzgesichtspunkten – erleichtert. Nun jedoch mag die Sorge nahe liegen, dass die Gerichte ihr Ermessen mit Blick auf den Zeugenschutz nicht zugunsten der erhofften Änderung der Aufzeichnungspraxis ausüben werden.[187] Wohl aus diesem Grund weist die Gesetzesbegründung nun darauf hin, dass die Gerichte die audiovisuelle Aufzeichnung in den Fällen von § 169 Abs. 2 GVG grundsätzlich zulassen sollen und dass möglichst mildere Mittel als ein Absehen von der Aufnahme gewählt werden sollen, wie beispielsweise die teilweise Untersagung der Aufnahme im Sinne von § 169 Abs. 2 S. 2 GVG.[188] Vorzugswürdig wäre es indessen gewesen, § 169 Abs. 2 S. 1 GVG n.F. als intendiertes Ermessen zu formulieren[189] und zur Eindämmung der Risiken die obigen Vorschläge zur Verbesserung des Zeugenschutzes umzusetzen.[190]

b) Einfügung des § 185 Abs. 4 GVG n.F. – Zugang zu Verdolmetschung

Neu in das Gerichtsverfassungsgesetz eingefügt wurde § 185 Abs. 4 GVG n.F., demgemäß sich künftig Personen, die für Presse, Hörfunk, Fernsehen oder für andere Medien berichten und der deutschen Sprache nicht mächtig sind, Verdolmetschungen in Gerichtsverhandlungen bedienen dürfen. Während sich § 185 Abs. 4 S. 1 GVG n.F. auf selbst und auf eigene Kosten organisierte Verdolmetschungen bezieht, kann das Gericht nach Satz 2 nach eigenem Ermessen die Nutzung gerichtlich bereitgestellter Verdolmetschungen zulassen. Anlass der Neuregelung war die Reaktion auf eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde, die aus einem der genannten Verfahren vor dem *OLG Koblenz* hervorgegangen war. Hier hatte das Gericht einen Antrag auf Übertragung der arabischen Übersetzung des gerichtlich bestellten Dolmetschers in den Zuschauerraum abgelehnt. Mit Beschluss vom 18. August 2020 entschied das *BVerfG* im Wege der einstweiligen Anordnung, dass es akkreditierten Medienvertretern mit besonderem Bezug zum syrischen Konflikt ermöglicht werden müsse, das Prozessgeschehen auf Arabisch zu verfolgen.[191] Zur Begründung verwies es auf das große Informationsbedürfnis der syrischen Bevölkerung und der internationalen Gemeinschaft, das in die Abwägungsentscheidung einzustellen sei, woraufhin das *OLG Koblenz* eine Mitnutzung des gerichtlichen Übersetzungssystems erlaubte.[192]

Die Neuregelung in § 185 Abs. 4 GVG n.F. ist begrüßenswert, da eine Strafrechtspflege auf Grundlage des Weltrechtsprinzips nur dann volle Legitimität für sich beanspruchen kann, wenn diejenigen, die sich der Berichterstattung über deutsche Völkerstrafprozesse annehmen, dem Verfahren ohne sprachliche Barrieren folgen können. Legitimes Ziel des Gesetzgebers war die gleichberechtigte Teilhabe ausländischer Berichterstatter, die durch Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Pressefreiheit grundrechtlichen Schutz genießt.[193] Die Entscheidung für eine Ausgestaltung von § 185 Abs. 4 S. 2 GVG n.F. als Ermessensvorschrift und nicht als subjektiver Anspruch für Medienschaffende erscheint zwar vertretbar, doch hätte sich auch insofern über die Ausgestaltung als intendiertes Ermessen nachdenken lassen.[194] Denn wenn bereits eine gerichtlich bereitgestellte Verdolmetschung existiert, auf die zurückgegriffen werden kann, dürften einer Nutzung auch durch Medienvertreter keine Bedenken entgegenstehen, auch, da insofern keine zusätzlichen Kosten entstehen.[195] Ob die Vorschrift den Schutz der Pressefreiheit ausländischer Berichterstatter ausreichend erhöht, wird nun davon abhängen, in welchem Umfang die Gerichte von ihr Gebrauch machen werden. Indessen ist zurecht bereits bemerkt worden, dass im Lichte der Entscheidung des *BVerfG* ohnehin regelmäßig dann eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegen wird, wenn für Medienschaffende der betroffenen Gesellschaft anderenfalls keine (zumutbare) Möglichkeit bestünde, das Verfahren zu verfolgen.[196]

Begrüßenswert ist, dass sich der Gesetzgeber im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens gegen eine Beschränkung der Norm auf „Medienvertreter“ entschieden hat. Die weitere Formulierung in der Neufassung stellt klar, dass § 185 Abs. 4 GVG nicht nur akkreditierte Mitglieder der Presse meint, die in Konfliktregionen unter starker staatlicher Kontrolle stehen können. Allerdings lässt das Gesetz damit bereits das durch die Völkerstraftat betroffene Opfer außer Acht. Zwar geht mit der Ausweitung der Nebenklagebefugnis auf Opfer völkerstrafrechtlicher Verbrechen im Sinne der Neufassung des § 395 Abs. 1 Nr. 2a) und 4a) StPO n.F. auch eine Ausweitung des Rechts auf Verdolmetschung nach § 187 Abs. 4 GVG einher. Doch besteht dieses Recht nur, soweit dies für die Ausübung von Aktivrechten erforderlich ist, nicht jedoch für das Opfer, das keine Aktivrechte ausüben, dem Prozess jedoch gleichwohl folgen können möchte. Dass letzteres nach dem Gesetzesvorhaben nicht ohne weiteres möglich ist, widerspricht dem in Art. 3 der EU-Opferschutzrichtlinie

187 Vgl. *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (357).

188 Dies fand auf die Empfehlung des Rechtsausschusses hin Eingang, s. BT-Drs. 20/11661, S. 19. *Bock* weist darauf hin, dass bereits die letztere Norm zeigen dürfte, dass eine „pauschale Nichtaufzeichnung“ regelmäßig nicht verhältnismäßig sein dürfte, s. *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (357).

189 Eine Ausgestaltung sowohl des § 169 Abs. 2 S. 1 GVG als auch des § 185 Abs. 4 S. 2 GVG als intendiertes Ermessen forderte etwa ECCHR, s. Stellungnahme ECCHR zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, August 2023, S. 24 f.

190 Stellungnahme *Prof. Geneuss* vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 31. Januar 2024, S. 8.

191 *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (358); *BVerfG*, NJW 2020, 3166; *BVerfG,* Beschl. v. 18.8.2020 (1 BvR 1918/20).

192 *OLG Koblenz*, Folgemitteilung vom 19.8.2020, online abrufbar unter: https://olgko.justiz.rlp.de/presse-aktuelles/detail/folgemitteilung-staatsschutzverfahren-gegen-zwei-mutmassliche-mitarbeiter-des-syrischen-geheimdienstes-prozessbeginn-am-23-april-2020-aktenzeichen-1-ste-9/19 (zuletzt abgerufen am 08.7.2024).

193 BT-Drs. 20/9471, S. 45.

194 Stellungnahme *Prof. Kreß* in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024; Stellungnahme *Prof. Geneuss* vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 31. Januar 2024, S. 8.

195 S. hierzu den Gesetzentwurf selbst, BT-Drs. 20/9471, S. 22; Stellungnahme Reporter ohne Grenzen zum Referentenentwurf, August 2023, S. 5.

196 *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (358).

normierten Recht des Opfers „zu verstehen und verstanden zu werden."[197] Noch weitergehend fragt sich jedoch darüber hinaus, ob sich die Vorschrift nicht auch für nichtjournalistische Zuschauer hätte öffnen lassen können, die ebenfalls zur sprachlichen Teilhabe an Völkerstrafverfahren berechtigt sein sollten. Insofern hätte man sich am Standard vor dem *IStGH* orientieren können, bei dem alle im Gerichtssaal Anwesenden an dem gerichtseigenen Übersetzungssystem teilhaben. Dies hätte auch der Problematik vorgebeugt, die entsteht, wenn keine Übersetzung erfolgen muss, weil der Angeklagte der deutschen Sprache mächtig ist.[198]

c) Übersetzung von Urteilen auf dem Gebiet des Völkerrechts

Begrüßenswert ist schließlich, dass das Bundesjustizministerium die Übersetzung „wegweisender" nationaler Urteile mit Bezügen zum Völkerstrafrecht in die englische Sprache angekündigt hat.[199] Für die Wirkkraft völkerstrafrechtlicher Urteile ist unbestreitbar von Bedeutung, in welcher Sprache diese der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Wenngleich sich aus dem Weltrechtspflegeprinzip wohl keine völkerrechtliche Pflicht zur Übersetzung von Urteilen ableiten lassen dürfte, so ergeben sich aus dem letztgenannten Prinzip, das seinerseits durch die Prinzipien der Repräsentation, Solidarität, Subsidiarität und Publizität geprägt ist, doch sehr gute Gründe für eine Übersetzung von Urteilen.[200]

Die geplante Übersetzung in die englische Sprache erscheint zur Schonung der nun ohnehin geforderten gerichtlichen Ressourcen zumindest für den Anfang als genügend, wenngleich sich insoweit über eine Ausweitung der Übersetzung in die jeweilige Landessprache der betroffenen Bevölkerung oder in die sechs authentischen Sprachen des IStGH-Statuts nachdenken ließe.[201] Die angekündigte Übersetzung sollte indessen nicht bei Urteilen Halt machen, sondern sich auch auf Pressemitteilungen der Gerichte zu jenen prozessualen Entwicklungen erstrecken, die von Interesse für die Öffentlichkeit sind.[202] Gleiches gilt für die Informationen für Medienschaffende, die den Zugang zur gerichtlichen Hauptverhandlung betreffen, sind Medienschaffende doch bislang für die Übersetzung der im Akkreditierungsverfahren einzureichenden Unterlagen und Anträge auf die Unterstützung aus der deutschen und internationalen Zivilgesellschaft angewiesen.[203] Auch ist schließlich berechtigterweise zu bedenken gegeben worden, dass es der Rolle der Oberlandesgerichte als Akteure im System einer sich konstituierenden internationalen Strafrechtspflege zuträglicher wäre, wenn man den Gerichten die Übersetzung überließe, anstatt die Entscheidung über eine Übersetzung einzelfallanhängig durch das Bundesjustizministerium treffen zu lassen.[204]

3. Eine bedeutende Einfügung „in letzter Minute"[205]: Die Regelung der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität in Völkerstrafverfahren in § 20 Abs. 2 S. 2 GVG n.F.

Während die Ziele der Stärkung der Opferrechte und der Verbesserung von Reichweite und Rezeption bereits im Referentenentwurf enthalten waren und somit im Gesetzgebungsverfahren ausgiebig diskutiert worden sind, fand eine letzte gewichtige Neuerung erst auf den letzten Metern des Gesetzgebungsverfahrens über eine Empfehlung des Rechtsausschusses Eingang in das Gesetz. Diese Änderung betraf die Einfügung eines Satzes in § 20 Abs. 2 S. 2 GVG n.F., der klarstellt, dass funktionelle Immunität die Erstreckung deutscher Gerichtsbarkeit auf die Verfolgung von Verbrechen nach dem VStGB nicht hindern soll. Damit hat der Gesetzgeber zu einem wichtigen Zeitpunkt die überzeugende Position des *BGH* gegen Immunität *ratione materie* aufgegriffen und eine Rechtsüberzeugung im Gesetz verankert, deren Bedeutung für nationale Völkerstrafverfahren kaum überschätzt werden kann.[206]

Die lange Zeit gefestigte Rechtsüberzeugung über die Unanwendbarkeit der funktionellen Immunität in nationalen Völkerstrafverfahren[207] ist in den vergangenen Jahren international ins Wanken geraten. Dies zeigte sich insbesondere in einer Reihe staatlicher Stellungnahmen zu einem Artikelentwurf der Völkerrechtskommission (ILC), die sich dem Thema im Jahre 2007 angenommen hat.[208] Das internationale Wanken hat auch Einfluss auf die Position der deutschen Bundesregierung genommen, deren Haltung zur Immunität *ratione materie* zuletzt bestenfalls als

197 Artikel 3 RL 2012/29/EU; zum Ganzen *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (359).

198 Dafür, dass dies in dem derzeit vor dem *OLG Frankfurt* laufenden Verfahren gegen den ehemaligen syrischen Militärarzt *Alaa M.* der Fall ist, s. *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (359).

199 Erste Schritte in diese Richtung war bereits das *OLG Koblenz* nach der Entscheidung des *BVerfG* gegangen, indem es die Urteilsverkündung ins Arabische übertragen und auch die entsprechenden Pressemitteilungen zur Verkündung ins Englische und z.T. Arabische übersetzt hat. Die Urteile sind jedoch nicht aus dem deutschen übersetzt worden, s. *Boe*, ZStW 2022, 926 (929).

200 S. instruktiv *Boe*, ZStW 2022, 926 (926 ff.).

201 Zu entsprechenden Vorschlägen s. Stellungnahme Reporter ohne Grenzen zum Referentenentwurf, August 2023, S. 15; Stellungnahme der Gewerkschaft der Polizei zum Referentenentwurf, August 2023, S. 2.

202 Als Beispiele wurden in den Stellungnahmen der Erlass von Haftbefehlen, Festnahmen, Anklageerhebungen sowie Verfahrenseröffnungen, Hinweise zum Akkreditierungsverfahren von Medienvertretern und Terminmitteilungen genannt, s. Stellungnahme von Amnesty International zum Referent:innenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, August 2023, S. 8.

203 S. Stellungnahme Reporter ohne Grenzen zum Referentenentwurf, August 2023, S. 6 f.

204 *Boe*, Fortschritt oder Flickenwerk, Verfassungsblog vom 17.1.2024, online abrufbar unter: https://voelkerrechtsblog.org/de/fortschritt-oder-flickwerk/ (zuletzt abgerufen am 5.7.2024).

205 *Hassfurther,* Gelungene Änderungen und verpasste Chancen, Verfassungsblog vom 12. Juni 2024.

206 *Kreß*, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024.

207 S. noch *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, 2007, S. 180.

208 Zum ILC-Artikelentwurf s. https://legal.un.org/ilc/reports/2017/english/chp7.pdf (zuletzt abgerufen am 8.7.2024); für einen Überblick über die staatlichen Stellungnahmen 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-statesstand-on-official-immunity-under-international-law/ (zuletzt abgerufen am 10.5.2024).

ambivalent bezeichnet werden konnte.[209] Dem stellte sich die deutsche Justiz entgegen: So hatte der *BGH* bereits in seinem Urteil vom 28. Januar 2021 ausführlich zu der Frage Stellung bezogen und klargestellt, dass, „jedenfalls die Strafverfolgung fremder nachrangiger Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen oder bestimmter anderer die Völkergemeinschaft als Ganzes betreffender Delikte zulässig" sei.[210] Dass dies auch der bisherigen Haltung der deutschen Justiz in dieser Frage entsprach, zeigen etwa die Verurteilungen der beiden syrischen Geheimdienstler vor dem *OLG Koblenz*, für die Voraussetzung war, dass das Gericht im Hinblick auf die beiden Angeklagten *nicht* von einem Verfahrenshindernis aufgrund von entgegenstehender funktioneller Immunität ausging. In einer Haftfortdauerentscheidung vom 21. Februar 2024[211] hat der *BGH* nun auch noch die letzten verbleibenden Zweifel, wie weit seine bisherige Position verstanden werden durfte, beseitigt und sich nunmehr umfassend zur Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bekannt.[212]

Wenngleich die nun in § 20 Abs. 2 S. 2 GVG n.F. normierte Rechtsüberzeugung dem Stand des geltenden Völkergewohnheitsrechts entspricht, bleibt fraglich, ob sie tatsächlich Eingang in eine gesetzliche Regelung hätte finden müssen. Denn es ist in erster Linie die Aufgabe der Bundesregierung und nicht des Gesetzgebers, die deutsche Völkerrechtsüberzeugung zum Ausdruck zu bringen und damit speziell in diesem Fall den deutschen Gerichten auf internationaler Ebene den Rücken zu stärken. Im Übrigen erfolgt der gesetzliche Immunitätsausschluss zwar an vertretbarer Stelle.[213] Doch enthielt § 20 Abs. 2 GVG bereits in seiner bisherigen Fassung eine hinlängliche Regelung. Die in dieser Norm anzutreffende dynamische Verweisung auf den jeweils geltenden Stand des Völkergewohnheitsrechts ist auch sachgerecht, da ein deutsches Gesetz über die Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts nicht verfügen kann.[214] Gleichwohl wird die Intervention des deutschen Gesetzgebers nun dazu beitragen, das geltende Völkergewohnheitsrecht durch deutsche Staatenpraxis, die von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung getragen ist, gegen die neueren Anfechtungen zu bekräftigen.[215] Auch ist die Einfügung in das Gesetz insofern begrüßenswert, als sie die Erwartung an die Bundesregierung nochmals erhöhen dürfte, ihre unentschlossene Haltung in dieser Frage bis zur zweiten Lesung des ILC-Artikelentwurfs dahin zu überdenken, dass Deutschland zu der völkerstrafrechtlichen Grundsatzfrage der funktionalen Immunität wieder mit einer Stimme spricht.

IV. Desiderate

Die vorgenommenen Anpassungen durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts sowohl im materiellen als auch im prozessualen Bereich sind insgesamt zu begrüßen. Indessen bleiben auch nach dieser Reform einige wichtige Desiderate:

So hat der Gesetzgeber das Weisungsrecht des Bundesjustizministers unangetastet gelassen. Die treuhänderische Weltrechtspflege Deutschlands kann nur dann volle Legitimität beanspruchen, wenn sie über jeden Zweifel politischer Einflussnahme erhaben ist. Eine Möglichkeit, solche Zweifel auszuräumen, hätte in der Einfügung einer Bereichsausnahme für Völkerstraftaten in § 147 Nr. 1 GVG gelegen.[216] Obschon die Bundesregierung im Koalitionsvertrag eine grundlegende Anpassung des Einzelfallweisungsrechts in Aussicht gestellt hat, führt der kürzlich vorgelegte Referentenentwurf des BMJ insoweit nicht zu Verbesserungen.[217]

Ein weiterer Bereich, in dem Verbesserungen im Hinblick auf die Gefahr einer Politisierung erforderlich gewesen wären, betrifft das bestehende Einstellungsrecht. Hier ist der Gesetzgeber erneut nicht dem Aufruf gefolgt, die Einstellungsentscheidung nach § 153f StPO der gerichtlichen Überprüfung zugänglich zu machen.[218] Zu Recht sind die durch die fehlende gerichtliche Überprüfbarkeit entstehenden Rechtsschutzlücken im Gesetzgebungsverfahren

---

209 *Kreß*, Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik, FAZ v. 21.2.2024. Für die deutsche Stellungnahme zum Artikelentwurf vom November 2023 etwa s. Comments and observations by the Federal Republic of Germany on the draft articles on "Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction", November 2023, online abrufbar unter: https://legal.un.org/ilc/sessions/75/pdfs/english/iso_germany.pdf (zuletzt abgerufen am 8.7.2024).

210 *BGH*, NJW 2021, 1326 (1329).

211 Für eine Kommentierung des Beschlusses s. *Raube,* KriPoZ 2024, 216 ff.

212 So nun zuletzt auch der Paris Cour d'Appell am 6. Juni 2024, s. https://scm.bz/en/the-paris-court-of-appeal-rejects-functional-immunity-of-former-syrian-central-bank-governor-adib-mayaleh/ (zuletzt abgerufen am 10.05.2024).

213 *Valerius* in: BeckOK-GVG, 23. Aufl. (Stand: 15.5.2024), § 20 Rn. 4. Auch hat der *BGH* in seinem Urteil vom 28. Januar 2021 erwogen, dass sich die Beachtlichkeit einer etwaigen völkergewohnheitsrechtlichen Immunität aus § 20 Abs. 2 GVG oder aus Art. 25 GG herleiten lassen könnte, wobei er die Frage im Ergebnis offenließ, s. *BGH*, NJW 2021, 1326 (1327). Ein alternativer Vorschlag im Rahmen der Expertenanhörung ging dahin, die Unanwendbarkeit funktioneller Immunität im VStGB selbst als eigenständige Regelung (§ 5a VStGB) zu regeln, s. Stellungnahme von *Prof. Ambos* zum Rechtsausschuss zum Regierungsentwurf zur Reform des Völkerstrafrechts, S. 2; dieser Vorschlag wurde im Änderungsantrag der CDU/CSU aufgegriffen, s. BT-Drs. 20/11668, S. 1.

214 S. auch *Prof. Kreß* in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 31. Januar 2024.

215 So auch bereits Stellungnahme von *Prof. Ambos* zum Rechtsausschuss zum Regierungsentwurf zur Reform des Völkerstrafrechts, S. 2.

216 So auch vorgeschlagen in der Stellungnahme von Amnesty International zum Referent*innenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, S. 13; s. auch die Stellungnahme von ECCHR, Für eine nachhaltige Reform des deutschen VStGB, Stellungnahme zum Eckpunktepapier des Bundesministeriums der Justiz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, April 2023, S. 17.

217 So sieht dieser zwar vor, dass „justizfremde Erwägungen" unzulässig sein sollen, bekennt sich dann jedoch zur Zulässigkeit von „übergeordnete[n] politische[n] Überlegungen […] im Einklang mit den Straf- und Verfahrensvorschriften" ebenso wie „Anweisungen zu streitigen oder ungeklärten Rechtsfragen", s. Referentenentwurf des BMJ eines Gesetzes zur Erhöhung der Transparenz von Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft vom 30.04.2024, S. 6; s. auch *Hassfurther,* Gelungene Änderungen und verpasste Chancen, Verfassungsblog vom 12. Juni 2024.

218 Dies hätte beispielsweise durch eine Reform von § 172 StPO (so vorgeschlagen in ECCHR, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, August 2023, S. 19) oder durch eine Ausstattung von § 153 f) mit einem eigenständigen Rechtsbehelf (so vorgeschlagen in Stellungnahme von Amnesty International zum Referent*innenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, S. 14) geschehen können.

mit Blick auf die Schwere der Völkerstraftaten kritisiert worden. Die Ungleichbehandlung dieser Ermessensentscheidung im Vergleich zu anderen Ermessensentscheidungen ist nur schwerlich zu rechtfertigen, besonders, da sie der UN-Agenda 2030 und Artikel 11 der Opferschutzrichtlinie zuwiderläuft.[219] Zudem hat der Gesetzgeber der Forderung nach einer Einschränkung des Ermessens in Fällen, in denen die Tat gegen deutsche Staatsangehörige oder Menschen mit dauerhaftem Wohnsitz in Deutschland begangen wurde, nicht nachgegeben.[220]

Schließlich, und nicht zuletzt hat der Gesetzgeber es einmal mehr versäumt, den rechtlichen Rahmen für die Strafverfolgung deutscher Beschuldigter beim Verdacht von Völkerstraftaten im Ausland dadurch zu verbessern, dass er den Feldjägern einen sachgerechten Platz im Ermittlungsverfahren zuweist. Die Erfahrungen mit dem Kunduz-Verfahren hätten hierzu spätestens nach dem höflich formulierten Tadel des *EGMR* allen Anlass gegeben.[221] Es ist misslich, dass so der Eindruck nicht ganz von der Hand zu weisen ist, der Reformeifer des deutschen Gesetzgebers sei bei deutschen Verdächtigen vergleichsweise gering ausgeprägt. Trotz der jüngst auf der Baustelle für deutsche Völkerstrafrechtspflege erzielten Fortschritte gilt danach: der Bau bleibt unvollendet.

[219] S. Ziel 16 der UN-Agenda 2030; RL 2012/29/EU; ECCHR, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, August 2023, S. 20 ff.

[220] Stellungnahme *Prof. Geneuss* vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 31. Januar 2024, S. 9. Um der Straflosigkeit in diesen Fällen starken Inlandsbezugs entgegenzuwirken, hätte sich insofern die Aufnahme eines gerichtlichen Zustimmungsvorbehaltes in § 153 f) StPO angeboten, wie er bereits aus dem Bereich der Opportunitätseinstellungen bekannt ist, so im Fall von § 153 Abs. 1 S. 1, § 153 a) Abs. 1 S. 1, § 153 b) StPO; s. Vorschlag Stellungnahme von Amnesty International zum Referent*innenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, S. 13; *Ambos*, MüKo-StGB, VStGB,§ 1 Rn. 35.

[221] *EGMR* (Große Kammer), Urt. v. 16.2.2021 (Hanan/Deutschland), Nr. 4871/16, Nr. 224; näher *Kreß.* DRIZ 2022, 72 (75).

Die Verwertbarkeit von AnomChat-Daten im Strafprozess

*von Alicia Althaus und Justin Samek**

Abstract
Die steigende Bedeutung digitaler Daten als Beweismittel im Strafverfahren zeigt sich am Beispiel des AnomChats. In jüngster Zeit konnten deutsche Ermittlungsbehörden mit Hilfe von Chatdaten aus einem Chat namens Anom Erfolge bei der Bekämpfung der organisierten Kriminalität erzielen. Die Erhebung der Daten erfolgte jedoch über unbekannte ausländische Behörden unter unklaren Umständen, was die Gefahr der Umgehung rechtsstaatlicher Prinzipien in sich birgt. Der Beitrag widmet sich der Beweisverwertung der im Ausland gewonnenen AnomChat-Daten im deutschen Strafprozess. Dazu wird zunächst auf die europarechtliche Dimension der Datenerhebung eingegangen, um in einem zweiten Schritt die Verwertbarkeit im deutschen Strafprozess zu beurteilen. Der Beitrag schließt mit einer rechtspolitischen Diskussion der Thematik und der Forderung nach Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahren.

The increasing importance of digital data as evidence in criminal proceedings is illustrated by the example of AnomChat. Recently, German investigative authorities have achieved success in the fight against organized crime using chat data from a chat called Anom. However, this data was collected by unknown foreign authorities under unclear circumstances, which bears the risk of circumventing the principles of the rule of law. This article examines the use of AnomChat data obtained abroad as evidence in German criminal proceedings. It begins by exploring the European law dimension of data collection, then assesses its usability in German criminal proceedings. The article concludes with a legal policy discussion on the topic and the demand for compliance with constitutional procedures.

I. Einleitung

Die Verwertbarkeit von EncroChat-Daten im Strafprozess war bereits Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung in Deutschland, in anderen europäischen Staaten[1] und in Luxemburg, wo der *EuGH* kürzlich über eine Vorlagefrage des *LG Berlin* entschied.[2] Auch vor dem *EGMR* sind zwei Verfahren anhängig, die Rechtsfragen über die Verwertbarkeit von EncroChat-Daten betreffen.[3] Bevor die Fragen nach der Verwertbarkeit von EncroChat-Daten vollends geklärt sind, bahnt sich bereits ein neuer Chat namens Anom seinen Weg durch den Instanzenzug der deutschen Strafgerichtsbarkeit. Bisher besteht zum AnomChat noch keine einheitliche Rechtsprechungslinie.[4] Die Unterschiede in den Sachverhalten zwischen AnomChat und EncroChat sind so signifikant, dass eine bloße Verweisung auf höchstrichterliche Urteile wie in Luxemburg nicht ausreicht, um die rechtlichen Fragen bezüglich der Verwertbarkeit von AnomChat-Daten in Deutschland zu klären. Angesichts der erheblichen Unterschiede zwischen den Hintergründen von AnomChat und EncroChat ist eine eingehende Untersuchung dieser Thematik erforderlich. Die nachfolgende Untersuchung stellt zunächst die wesentlichen Unterschiede zwischen dem EncroChat und dem AnomChat dar. Anschließend wird die europäische Rechtslage bewertet, bevor auf mögliche Beweisverwertungsverbote auf nationaler Ebene eingegangen wird.

1. Der AnomChat

Das Federal Bureau of Investigation (FBI) entwickelte vor etwa fünf Jahren einen Krypto-Messengerdienst namens AnomChat. Der AnomChat wurde in „kriminellen Kreisen" beworben, indem das System den Nutzern abhörsichere und verschlüsselte Anonymität für ihre Kommunikation vortäuschte. Der tatsächliche Zweck des AnomChats war jedoch das heimliche Abfangen und Mitlesen von Nachrichten. Mit welchem Ziel das FBI das System einführte, ob zur Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung, ist unbekannt.[5]

Um seinen Zweck zu erfüllen, kopierte der AnomChat automatisch alle außerhalb der USA versendeten Nachrichten und leitete diese an einen zentralen Server an einem unbekannten Standort außerhalb der USA weiter. Es ist nur so viel bekannt, dass das FBI im Sommer 2019 nach einem „Drittland" außerhalb der USA suchte, um dort einen Server zur Erhebung der AnomChat-Daten einzurichten. Fündig wurde das FBI angeblich in einem Mitgliedstaat der EU. Dem „Drittland" sicherte das FBI aus unbe-

* *Alicia Althaus* ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Traut, Wiesbaden, und promoviert an der Goethe-Universität im Bereich des Strafrechts. Ass. Jur. *Justin Samek* ist LL.M.-Kandidat an der NYU und promoviert an der Goethe-Universität im Bereich des Europarechts und Individualrechtsschutzes.

1 *BGH*, NJW 2022, 1539; *Französischer Conseil constitutionnel*, Entscheidung v. 8.4.2022 – 2022-987 QPC, online abrufbar unter: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/2022987QPC.htm (zuletzt abgerufen am 21.6.2024); *Corte di Cassazione IV Criminal Section* v. 15.7.2022 – 32915/22, online abrufbar unter: https://canestrinilex.com/en/readings/due-process-requires-transparency-of-evidence-gathering-in-sky-ecc-proceeding-cass-3291522 (zuletzt abgerufen am 21.6.2024).

2 *EuGH,* Urt. v. 30.4.2024 – Rs. C-670/22.

3 *EGMR,* Urt. v. 3.1.2022 – 44715/20 und 47930/21.

4 *OLG Frankfurt a.M.*, NJW 2022, 710; *OLG Saarbrücken*, MMR 2023, 697 Rn. 5; *OLG München*, BeckRS 2023, 30017; *LG Memmingen*, BeckRS 2023, 26989.

5 Eine ausführliche Sachverhaltsdarstellung findet sich in: *United States District Court (California)*, v. 17.5.2021 –21MJO1948, S. 6 ff., online abrufbar unter: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.casd.707623/gov.uscourts.casd.707623.1.0.pdf (zuletzt abgerufen am 21.6.2024); *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 54 ff.

kannten Gründen zu, dass dessen Identität geheim gehalten wird. Ab Oktober 2019 erhob das unbekannte Drittland die Daten des AnomChat-Servers bis ins Jahr 2021 aufgrund eines (unbekannten) gerichtlichen Beschlusses und leitete sie an das FBI im Wege einer Rechtshilfe weiter.

Nachdem die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main erfuhr, dass die Daten Informationen über mögliche Straftaten in Deutschland enthalten, stellte sie ein Rechtshilfeersuchen an die US-amerikanischen Justizbehörden. Das FBI erteilte die Erlaubnis zur offiziellen Verwendung der Daten in Ermittlungs- und Gerichtsverfahren, machte jedoch deutlich, dass keine weiteren Informationen über das „Drittland" preisgegeben werden würden.[6]

Derzeit ist die Identität des „Drittlands" sowohl dem Bundeskriminalamt als auch der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt M. unbekannt. Auch die Bundesregierung antwortete auf Anfrage einer Bundestagsfraktion vom 29.3.2023 hinsichtlich der Frage *„Ist dem BKA dieser Drittstaat bekannt, und falls nein, aus welchem Grund bleibt dieser geheim?": „Der Drittstaat ist dem Bundeskriminalamt ebenso wenig bekannt wie der Grund für dessen Geheimhaltung durch das FBI."*[7]

2. Wesentliche Unterschiede zum EncroChat

Der wesentliche Unterschied zwischen den AnomChat- und EncroChat-Fällen liegt in der Herkunft der Daten. Bei den EncroChat-Fällen war der Server bekanntermaßen in Frankreich und es gab gerichtliche Beschlüsse zur Datenbeschlagnahme.[8] Im Gegensatz dazu ist im Fall des AnomChats die Herkunft der Daten unbekannt und nicht überprüfbar. Dies führt zu erheblicher Unsicherheit, da sich das „Drittland" theoretisch auch außerhalb der EU befinden könnte. Eine weitere Theorie ist, dass es sich bei dem „Drittland", aus dem die Daten stammen, möglicherweise um Deutschland handelt.[9] Dieser Unterschied führt zu einer komplexen rechtlichen Situation in den Verfahren um AnomChat.

II. Der AnomChat und europäisches Recht

Bevor die Verwertbarkeit der AnomChat-Daten auf nationaler Ebene einer rechtlichen Bewertung unterzogen wird, soll vorab die europäische Rechtslage beleuchtet werden. Dabei beschränkt sich die Darstellung auf die europäische Rechtshilfe, die Gegenstand der *EuGH*-Entscheidung im EncroChat-Verfahren war, und mögliche Verletzungen der EMRK, die Gegenstand der EncroChat-Verfahren vor dem *EGMR* sind.

1. Europäische Rechtshilfe und der AnomChat

Die Befugnisse von nationalen Ermittlungsbehörden beschränken sich grundsätzlich auf ihr Hoheitsgebiet. Europaweit leisten sich die Ermittlungsbehörden auf der Grundlage verschiedener Abkommen in Strafsachen jedoch Rechtshilfe.[10] Die europäische Rechtshilfe basiert auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nach Art. 82 AEUV und erfordert ein hohes Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten.[11] Die Anwendung des Grundsatzes stößt im Fall der AnomChat-Daten auf unterschiedliche Hindernisse.

a) Anwendung der RL-EAA auf den AnomChat

Die Anwendung der Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (RL-EEA) im Kontext der EncroChats war Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem *EuGH*.[12] Gegenstand der Vorlagefragen war die Vereinbarkeit der deutschen Ermittlungsanordnungen mit der RL-EEA.[13] Nachfolgend werden die wesentlichen Erkenntnisse der Entscheidung dargestellt und erklärt, wieso der AnomChat die Anforderungen des *EuGH* an eine rechtmäßige Ermittlungsanordnung gemäß der RL-EEA nicht erfüllen kann.

Der *EuGH* betont, dass die RL-EEA interne Mechanismen vorsieht, durch die die Grundrechte der betroffenen Personen, wie die Verteidigungsrechte und das Recht auf ein faires Verfahren, gewahrt werden.[14] Die Gerichte können solche schwerwiegenden Verstöße im jeweiligen Verfahren, das sich gegen die Ermittlungsanordnung richtet, überprüfen und gegebenenfalls prozessuale Konsequenzen hinsichtlich der Beweismittel ziehen.[15] Zudem bestätigte der *EuGH*, dass der Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Überwachung stattfindet, von der Überwachungsmaßnahme unterrichtet werden muss.[16] Damit soll der zuständigen Behörde des Mitgliedstaates die Möglichkeit gegeben werden, die Überwachungsmaßnahmen zu beenden, wenn die innerstaatlichen Voraussetzungen für deren Durchführung nicht vorliegen.[17] Schließlich stellt der *EuGH* fest, dass die Verteidigungsrechte der Betroffenen gewahrt werden müssen. Dazu gehört insbesondere die Einhaltung eines fairen rechtsstaatlichen Verfahrens. Konkret muss sich der Betroffene gegen die Beweismittel verteidigen können. Ist dies nicht der Fall, müssen die Beweismittel im Zweifel unberücksichtigt bleiben.[18]

Der AnomChat erfüllt keine der drei dargestellten Voraussetzungen. Denn die Daten wurden bereits nicht durch eine Ermittlungsanordnung nach der RL-EEA von einem bekannten europäischen Staat erlangt. Die Daten des AnomChats übermittelte zunächst ein unbekanntes Drittland, welches sie erhoben und gespeichert hat, im Wege

6 *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 62-63.
7 BT-Drs. 20/1249, S. 6.
8 Das Untersuchungsgericht in Lille, Frankreich, ordnete die Erhebung der Daten nach französischem Recht an. Am 13.6.2020 genehmigte es die Übersendung und Verwendung der Daten in Deutschland. Diese wurden bis zum 28.6.2020 nach Deutschland versendet. Eine konkrete Darstellung des Ablaufs und weitere Einzelheiten finden sich in *Gebhard/Michalke*, NJW 2022, 655 (656).
9 *LG Memmingen*, BeckRS 2023, 26989 Rn. 89.
10 *Schuster*, ZIS 2016, 564 (565).
11 *EuGH*, Urt. v. 8.12.2020 – Rs. C-584/19, Rn. 39-40.
12 *LG Berlin,* BeckRS 2022, 28421.
13 GA *Ćapeta*, Schlussantr. v. 26.10.2023 – C-670/22, Rn. 15-16.
14 *EuGH,* Urt. v. 30.4.2024, Rs. C-670/22, Rn. 104.
15 *EuGH,* Urt. v. 30.4.2024, Rs. C-670/22, Rn. 103.
16 *EuGH,* Urt. v. 30.4.2024, Rs. C-670/22, Rn. 108 ff.
17 *EuGH,* Urt. v. 30.4.2024, Rs. C-670/22, Rn. 118.
18 *EuGH,* Urt. v. 30.4.2024, Rs. C-670/22, Rn. 130 f.

eines Rechtshilfeersuchens an das FBI in die USA. Das FBI wiederum leitete die Daten dann über Europol an das BKA weiter.[19] Es erfolgte kein unmittelbares Rechtshilfeersuchen einer deutschen Ermittlungsbehörde an denjenigen Mitgliedsstaat, der die Daten erhoben hat. Dies bedeutet, dass die Gerichte keine Möglichkeit haben, das Verfahren auf schwerwiegende Fehler zu überprüfen, da keine Informationen über die unmittelbare Erhebung vorliegen. Darüber hinaus fehlt eine Unterrichtung der deutschen Behörden nach Art. 31 der RL-EEA für eine Erhebung der AnomChat-Daten auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.[20] Schließlich können sich die Betroffenen mangels Kenntnis des überwachenden Staates und des dort ergangenen richterlichen Beschlusses sowie anderer Verfahrenshandlungen auch nicht angemessen verteidigen. Über die vom *EuGH* aufgestellten Voraussetzungen hinaus wird der AnomChat-Sachverhalt dem Sinn und Zweck der RL-EEA, gegenseitiges Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten in einem gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu schaffen, nicht gerecht. Denn vorliegend fungiert ein Staat außerhalb der EU als Datenmittler.

b) Ein Drittstaat als Datenmittler

Statt der RL-EEA dürften für die Übermittlung der AnomChat-Daten andere Rechtshilfeabkommen relevant sein, da die Daten über einen Umweg aus den USA nach Deutschland gelangten. Zwischen der EU und den USA besteht ein eigenes Rechtshilfeabkommen in Strafsachen.[21] Im AnomChat-Sachverhalt ist das Abkommen gleich zweimal relevant: zunächst bei der Übermittlung der Daten aus dem unbekannten Drittland an die USA, wenn es sich um einen Mitgliedstaat handelt. Ein zweites Mal für die Übermittlung der Daten aus den USA nach Deutschland. Da es sich um eine Übermittlung von personenbezogenen Daten gehandelt hat, sind zusätzlich datenschutzrechtliche Aspekte zu berücksichtigen. So besteht für Datenübermittlungen aus der EU in die USA zum Zwecke der Strafverfolgung ein eigenes Abkommen.[22] Ohne die Anwendbarkeit der Abkommen vorliegend rechtlich abschließend einzuordnen, ist bereits die Annahme einer Rechtshilfe zweifelhaft.[23] Die Daten aus dem unbekannten Drittland sind nicht zum Zwecke der Strafverfolgung in die USA weitergeleitet worden. Das Rechtshilfeabkommen zwischen der EU und den USA ist darauf ausgerichtet, dass sich die Staaten gegenseitig bei Ermittlungen im Rechtsraum der EU oder den USA helfen. Die USA fungierte nach derzeitigem Kenntnisstand jedoch nur als Mittler für die Weitergabe der Daten. Sollte es sich bei dem unbekannten Drittland tatsächlich um einen Mitgliedstaat der EU handeln, würde eine Umgehung der EEA-RL vorliegen, die Art. 6 Abs. 1 lit. b) EEA-RL verhindern soll.[24] Ähnlich dürfte die Rechtslage zu bewerten sein, soweit auf bilaterale Verträge zwischen den USA und Deutschland abgestellt wird.[25]

2. Die EMRK und der AnomChat

Die Zulässigkeit der Verwertbarkeit von in anderen Mitgliedstaaten gewonnenen Beweismitteln ist bisher unionsrechtlich nicht geregelt.[26] Im Einzelfall kann eine Verwertung jedoch einen Verstoß gegen die EMRK darstellen. Aus diesem Grund prüft derzeit auch der *EGMR* die Vereinbarkeit der Erhebung der EncroChat-Daten mit der EMRK.[27] Es geht insbesondere um die Frage, ob den betroffenen Personen in Frankreich wirksame Rechtsbehelfe gegen die Maßnahmen zur Verfügung standen oder die Ermittlungsmaßnahmen die Art. 6, 8 und 13 der EMRK verletzen.

Im Unterschied zum AnomChat erfolgte die Datenerhebung in Frankreich auf der Grundlage richterlicher Beschlüsse.[28] Im Kontext der AnomChat-Daten sind in den bisher entschiedenen Verfahren keine Informationen über etwaige Beschlüsse in dem unbekannten Drittland bekannt. Eine Verletzung von Art. 8 EMRK kann nicht ausgeschlossen werden, da vorliegend nicht überprüfbar ist, ob die Verletzung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt war.[29] Zudem könnte ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK vorliegen. Zwar kann der *EGMR* nicht entscheiden, ob im nationalen Verfahren ein Beweisverwertungsverbot vorliegt. Stattdessen nimmt der *EGMR* eine Gesamtbetrachtung des Sachverhalts vor und prüft, ob das Verfahren insgesamt fair abgelaufen ist.[30] Dafür muss der *EGMR* die Umstände der Beweiserlangung überprüfen können, um zu bewerten, ob ein solcher Verstoß vorliegt.[31] Die Umstände sind vorliegend jedoch nicht bekannt. Es besteht daher die Gefahr, dass anerkannte rechtstaatliche Prinzipien im Rahmen der Beweiserhebung umgangen worden sein könnten.

Die Kenntnis des für die Erhebung zuständigen Staates und der dortigen Verfahrensweisen ist für die Ausübung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 13 EMRK unerlässlich. Dieses Recht garantiert die Möglichkeit einer rechtstaatlichen Beschwerde gegen Ermittlungsmaßnahmen.[32] Im Rahmen von geheimen Ermittlungsmaßnahmen müssen die betroffenen Personen nicht sofort informiert werden.[33] Die betroffenen Personen sollten spätestens dann informiert werden, wenn die Maßnahme abgeschlossen ist und die Offenlegung keine Gefahr für den weiteren Ermittlungserfolg mehr darstellt.[34] Den Betroffenen muss die Entscheidung über die

19 *OLG München,* BeckRS 2023, 30017, Rn. 60.
20 GA *Ćapeta*, Schlussantr. v. 26.10.2023 – C-670/22, Rn. 104 ff.
21 Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe, ABl. Nr. 2003 L 181/34.
22 Abkommen zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union über den Schutz personenbezogener Daten bei der Verhütung, Untersuchung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten, ABl. 2016 L 336/3.
23 Näheres zur der Komplexität der Datenübermittlung aus den USA zum Zwecke der Strafverfolgung: *Hilgers*, DÖV 2021, 1074.
24 *EuGH,* Urt. v. 30.4.2024, Rs. C-670/22, Rn. 97.
25 Zu den Rechtshilfeabkommen zwischen Deutschland und USA siehe: *Hilgers*, DÖV 2021, 1074 (1079).
26 GA *Ćapeta*, Schlussantr. v. 26.10.2023 – C-670/22, Rn. 116 ff.
27 *EGMR*, Urt. v. 3.1.2022 – 44715/20 und 47930/21.
28 *BGH*, NJW 2022, 1539 Rn. 11.
29 *EGMR,* Urt. v. 10.3.2009 – 4378/02, Rn. 72 ff.
30 *EGMR,* Urt. v. 17.1.2017 – 43000/11 und 49380/11, Rn. 96.
31 *EGMR,* Urt. v. 10.3.2009 – 4378/02, Rn. 89 f.
32 *EGMR,* Urt. v. 13.12.2012 – 22689/07, Rn. 78 f.
33 *EGMR,* Urt. v. 31.7.2012 – 36662/04, Rn. 67.
34 *EGMR,* Urt. v. 7.2.2017 – 35285/08, Rn. 97-99.

Datenerhebung derart mitgeteilt werden, dass sie sich gegen diese rechtlich zu Wehr setzen können.[35] Vorliegend ist der Staat, der die Datenerhebung durchgeführt hat, jedoch nicht bekannt. Die Betroffenen hatten nach derzeitigem Kenntnisstand der deutschen Gerichte zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit, einen Rechtsbehelf gegen die Datenerhebung zu erheben.

III. AnomChat und Beweisverwertungsverbote in Deutschland

Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung ist bisher umstritten, ob in der AnomChat-Verfahrensreihe ein Beweisverwertungsverbot vorliegt. Das deutsche Recht kennt kein ausdrückliches Verwertungsverbot für im Wege der Rechtshilfe aus dem Ausland erlangte Daten. Daher entfaltet sich im Diskurs um die Verwendung von erlangten Daten aus dem AnomChat eine komplexe Problematik bezüglich ihrer Zulässigkeit vor deutschen Gerichten. Ein essentieller Aspekt ist hierbei, dass deutsche Gerichte grundlegend nicht verpflichtet sind, die Rechtmäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen, die im Ausland durchgeführt wurden, anhand der dortigen Gesetze zu überprüfen.[36] Das impliziert, dass die Verwertbarkeit von im Ausland gesammelten Beweisen grundsätzlich nicht von den nationalen deutschen Vorschriften beeinflusst wird. Dies hat zur Folge, dass die Anwendung von Beweisverwertungsverboten auf Ausnahmefälle beschränkt ist. Ein solcher Ausnahmefall könnte etwa dann vorliegen, wenn die im Ausland erlangten Beweise gegen völkerrechtlich bindende Garantien verstoßen, die dem Schutz individueller Rechte dienen, wie dies in Art. 3 oder Art. 6 EMRK festgelegt ist.[37] Zusätzlich kann das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots angenommen werden, wenn die im Ausland durchgeführten Ermittlungen grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien verletzt haben oder wenn die Ermittlungen dazu dienten, nationale Vorschriften zu umgehen.[38]

In der AnomChat-Verfahrensreihe tendiert der Trend innerhalb der Rechtsprechung mittlerweile zu der Annahme eines Beweisverwertungsverbotes, das auf einer Vielzahl von rechtlichen Grundlagen und Umständen der Datenerhebung beruht.[39] Entscheidend ist dabei, dass sich die Oberlandesgerichte, die Daten aus dem AnomChat für verwertbar hielten, im Rahmen von Haftvorlagen oder Beschwerdeentscheidungen in einem sehr frühen Stadium mit dem Anom-Komplex befassten. Die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main stellte wesentliche Ermittlungserkenntnisse erst Anfang des Jahres 2023 zur Verfügung. Im Folgenden werden die Argumente dargelegt, welche für ein Beweisverwertungsverbot sprechen.

1. Fehlender konkreter Tatverdacht

Teile der aktuellen Rechtsprechung tendieren dazu, das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots mit der Begründung anzunehmen, dass die Behörden Ermittlungen gegen die Beschuldigten im Rahmen der Anom-Operation ohne konkreten Tatverdacht einleiteten.[40]

Gemäß § 100a StPO ist die Überwachung der Kommunikation nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, wozu insbesondere das Vorliegen eines konkreten Tatverdachts gehört. Im Falle von Anom jedoch fehlt es an einem solchen konkreten Tatverdacht, da die Datenerhebung ohne einen spezifischen Verdacht gegen individuelle Nutzer der Anom-App durchgeführt wurde. Die Voraussetzungen des § 100a StPO wurden somit nicht erfüllt und die Datenerhebung kann nicht darauf gestützt werden.[41] Wesentlich ist hierbei, dass das FBI als zentrale Sicherheitsbehörde der USA Strafverfolgungsbehörden und Inlandsgeheimdienst in sich vereint. Dies führt dazu, dass das FBI die Vorfeldaufklärung möglicher Bedrohungen unabhängig von einem konkreten Verdacht betreibt.[42] Dieses Vorgehen steht allerdings im klaren Widerspruch zu den rechtlichen Anforderungen, die nach deutschem Recht für die Datenerhebung gemäß § 100a StPO gelten. Daher liegt ein Verstoß gegen die grundlegenden Prinzipien rechtsstaatlicher Ermittlungen vor.[43]

Wesentlich ist daneben, dass die Datenerhebung nicht gegen individualisierte Nutzer, sondern gegen sämtliche Nutzer der App erfolgte. Es existierte gerade keine Einschränkung hinsichtlich bestimmter Zielpersonen, sondern es wurde ohne Vorliegen eines konkreten Tatverdachts ermittelt. Dies erlaubt den Schluss, dass das Hauptziel darin bestand, Verdachtsmomente erst zu generieren. Durch dieses Vorgehen rief der AnomChat einen Irrtum über das Vorliegen abhörsicherer Kommunikation hervor und täuschte die Nutzer. Diese „anlasslose Massenüberwachung“ führte in der Folge zu einem massiven Eingriff in die Privatsphäre und die grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien. Diese schwerwiegende Verletzung der individuellen Freiheitsrechte ist mit den Prinzipien eines freiheitlich demokratischen Rechtsstaats nicht vereinbar.[44]

---

35 *EGMR,* Urt. v. 7.2.2017 – 35285/08, Rn. 105.

36 *EuGH,* Urt. v. 30.4.2024 – Rs. C-670/22, Rn. 93 ff.; *LG Memmingen*, BeckRS 2023, 26989 Rn. 72-75 mit Verweis auf *BGH,* NJW 2022, 1539.

37 *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 80.

38 *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 84.

39 So etwa *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989; a.A. *OLG Frankfurt a.M.*, NJW 2022, 710; *OLG Saarbrücken,* Beschl. v. 30.12.2022 – 4 HE 35/22; *OLG Karlsruhe,* Beschl. v. 17.1.2022 – 3 Ws 476/21; *OLG Stuttgart,* Beschl. v. 21.12.2021 – H 6 Ws 176-177/21; *LG Frankenthal,* Beschl. v. 7.5.2024 – 2 KLs 5027 Js 19772/23; *OLG München,* Beschl. v. 19.10.2023 – 1 Ws 525/23; *LG Darmstadt,* Beschl. v. 14.2.2022 – 18 KLs 1200 Js 83736/21 und Beschl. v. 3.6.2024 – 15 KLs 950 Js 46577/20.

40 So auch *Derin/Singelnstein*, NStZ 2021, 449 (452); *OLG München,* BeckRS 2023, 30017 Rn. 38.

41 Dies ist auch bei EncroChat der Fall und wird vertieft ausgeführt in *Gebhard/Michalke*, NJW 2022, 655 (658).

42 *OLG München*, BeckRS 2023, 30017 Rn. 38.

43 A.A. *OLG Frankfurt a.M.*, NJW 2022, 710.

44 *Derin/Singelnstein*, StV 2022, 130 (134).

Aufgrund dieser Täuschung stellt sich auch die Frage, ob dieses Vorgehen mit einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vergleichbar ist. Eine solche liegt vor, wenn ein *„agent provocateur"* eingesetzt wurde. Bei einem agent provocateur handelt es sich regelmäßig um verdeckte Ermittler der Polizei, die von den Ermittlungsbehörden eingesetzt werden, um überhaupt erst einen Anfangsverdacht zu generieren.[45] Dieses Verhalten verstößt gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK gegen die allgemeinen Grundsätze eines fairen Strafverfahrens.[46] In einem solchen Fall wäre das Ermittlungsverfahren gemäß §§ 206a, 260 StPO sofort einzustellen.[47] Die Gerichte haben daher von Amts wegen zu prüfen, ob ein solcher rechtswidrig zustande gekommener Anfangsverdacht vorliegt. Entscheidend ist dabei, dass objektive Anhaltspunkte für einen Anfangsverdacht vor dem Tätigwerden der Behörde gerade nicht vorgelegen haben.[48] Darüber hinaus liegt eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation insbesondere dann vor, wenn gegen an sich unverdächtige Personen „hartnäckig" ermittelt wird.[49] Dies ist beim AnomChat der Fall. Sämtliche Nachrichten wurden zunächst unabhängig von einem Anfangsverdacht über eine vermeintlich sichere Kommunikationsmethode abgefangen und dazu verwendet, überhaupt erst einen Tatverdacht gegen die Betroffenen zu generieren. Sollten die Gerichte dieses Vorgehen als rechtsstaatswidrige Tatprovokation werten, würde dies zu einem Verfahrenshindernis führen.

2. Fehlende Möglichkeit einer Überprüfung der ursprünglichen Ermittlungsmaßnahme

Ein Beweisverwertungsverbot kann zudem auch bestehen, wenn den Beschuldigten die Möglichkeit zur Überprüfung und Verteidigung gegen die Datenerhebung fehlt. Vorliegend ist den deutschen Gerichten die Überprüfung der angeblichen Gerichtsbeschlüsse unmöglich. Es existiert noch nicht einmal ein Nachweis darüber, dass die behaupteten Gerichtsbeschlüsse tatsächlich eingeholt wurden.[50] Diese mangelnde Offenlegung des „Drittlandes", in dem der Server platziert war, und der fehlende Zugang zu den dort ergangenen gerichtlichen Beschlüssen schaffen eine erhebliche Rechtsschutzlücke.

Wesentlich ist also auch an dieser Stelle, dass das Drittland nicht preisgegeben wird. Dies führt zu dem „paradoxen Ergebnis", dass ein deutsches Gericht sogar den Gerichtsbeschluss eines anderen deutschen Gerichtes, sollte Deutschland das Drittland sein, nicht überprüfen kann.[51] Es ist daher äußerst fraglich, ob die Daten tatsächlich aufgrund eines Gerichtsbeschlusses erlangt wurden, der rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt, wie sie zumindest nach europäischem Recht gelten. Zweifelhaft ist nämlich insgesamt die Existenz von gerichtlichen Beschlüssen zur Datenerhebung. Es kann nach alldem gerade nicht darauf vertraut werden, dass es sich bei dem Drittstaat um ein europäisches Land handelt und dieses einen rechtmäßigen Gerichtsbeschluss vorweisen kann. Es ist deutschen Gerichten angesichts sämtlicher fehlender Informationen unmöglich, die Herkunft der Daten zu klären, die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze zu überprüfen und die Authentizität von Daten und Dokumenten zu verifizieren.

3. Beschneidung der Verteidigungsrechte der Beschuldigten

Aus der fehlenden Möglichkeit der Überprüfbarkeit der ursprünglichen Ermittlungsmaßnahme folgt auch eine Beschneidung der Verteidigungsrechte der Beschuldigten. Dies liegt insbesondere an der bereits erörterten Trennung zwischen beweiserhebendem und beweisverwertendem Staat, wobei der beweiserhebende Staat völlig unbekannt bleibt.[52] Es ist Beschuldigten mangels zugänglicher Gerichtsbeschlüsse oder weiteren Daten zu der Erhebung der Daten nicht möglich, diese zu überprüfen und sich gegebenenfalls gegen sie zu verteidigen.[53] Insbesondere ist es aber noch nicht einmal den deutschen Gerichten möglich, diese Gerichtsbeschlüsse zu überprüfen. Auch ihre Aufklärungsarbeit ist daher erheblich eingeschränkt. Dieser Eingriff wirkt sich auch deshalb aus, da zu Beginn der Ermittlungen in den USA gar kein individualisierter Tatverdacht gegen die Betroffenen bestand.[54] Der in der EU festgelegte Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruht auf dem Vertrauen der Mitgliedsstaaten in die Fähigkeit der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen, einen gleichwertigen Schutz der anerkannten Grundrechte auf Unions- und Grundrechtscharta-Ebene zu gewährleisten.[55] Jedoch darf dieser Grundsatz nicht dazu führen, dass dem Beschuldigten die Möglichkeit fehlt, die Ursprungsmaßnahme, insbesondere im Hinblick auf die Datenerhebung in einem Drittstaat, vor Gericht zu überprüfen.[56] Hier offenbart sich eine Rechtsschutzlücke, welche die Grundprinzipien eines fairen Verfahrens verletzt und die Rechte des Beschuldigten einschränkt.

4. Vergleich zu EncroChat-Fällen nicht gegeben

Der *BGH* entschied unlängst, dass sog. EncroChat-Daten verwertbar seien. Diese Rechtsprechung ist allerdings aufgrund der unterschiedlichen Sachverhalte nicht auf AnomChat-Verfahren übertragbar.[57] Im Gegensatz zu den EncroChat-Fällen, bei denen der Server in Frankreich stand und von einem französischen Gericht überwacht wurde, gibt es keine vergleichbaren rechtlichen Überprüfungen oder Sicherheitsmaßnahmen in den AnomChat-

45 *Heine/Weißer,* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 26 Rn. 21.
46 *EGMR,* NStZ 1999, 47 (48).
47 *BGH,* NJW 2016, 91 (95 ff.).
48 *EGMR,* NJW 2015, 3631.
49 *BGH,* NStZ 1984, 520 (520).
50 *OLG München,* BeckRS 2023, 30017 Rn. 61 und 65; hierauf stellt auch *LG Darmstadt,* Beschl. v. 3.6.2024 – 15 KLs 950 Js 46577/20 ab. Das Gericht betont, dass es der Staatsanwaltschaft nicht gelang, den Beschluss des europäischen Gerichts vorzulegen, mit dem die Überwachungsmaßnahmen bzgl. Anom genehmigt worden seien.
51 *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 89.
52 *OLG München,* BeckRS 2023, 30017 Rn. 63.
53 *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 83.
54 *OLG München,* BeckRS 2023, 30017 Rn. 63.
55 Ähnlich *EuGH,* Urt. v. 30.4.2024 – Rs. C-670/22, Rn. 86.
56 *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 84.
57 *OLG München,* BeckRS 2023, 30017 Rn. 65.

Verfahren. In den AnomChat-Fällen wurde das angebliche Drittland nie bekanntgegeben. Die fehlende Offenlegung des „Drittlandes" und der gerichtlichen Beschlüsse macht eine Überprüfung nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen und dem Grundsatz des „ordre public" unmöglich.[58] Es kann in den AnomChat-Verfahren gerade nicht geklärt werden, dass die Daten aus einem europäischen Land stammen. Das *LG Darmstadt* führte im Rahmen einer Haftbeschwerde dazu aus:

„Mit dem Problem ‚gerichtlicher Beschlüsse vom Hörensagen' sah sich die Rechtsprechung – soweit ersichtlich – noch nicht konfrontiert. Die mit dieser neuen Rechtsfigur verbundenen Probleme liegen auf der Hand: Was nicht bekannt ist, lässt sich nicht prüfen. Eine belastbare Prüfung der vorliegend relevanten Frage, ob im Rahmen der Beweismittelerlangung rechtsstaatliche Mindeststandards eingehalten wurden, lässt sich ohne Betrachtung der ihr zugrundeliegenden richterlichen Entscheidungen nicht beantworten."[59]

5. Umgehung von StPO-Vorschriften zur Kommunikationsüberwachung

Die Umgehung der StPO hinsichtlich der Kommunikationsüberwachung, insbesondere in AnomChat-Verfahren, eröffnet ein rechtliches Dilemma, wie jüngst das *LG Memmingen* hervorgehoben hat.[60] Eine potenzielle Umgehung, bei der Deutschland als „Drittland" ins Spiel kommt, wirft ein absurdes Problem auf: Deutsche Gerichte könnten daran gehindert sein, Ermittlungsbeschlüsse nach den nationalen Vorschriften der StPO zur Telekommunikationsüberwachung zu überprüfen, obwohl die Ermittlung innerhalb Deutschlands stattfand.[61]

Ein derartiges Szenario würde auf eine bewusste und vorsätzliche Umgehung der einschlägigen Vorschriften der StPO zur Kommunikationsüberwachung hinweisen, was wiederum zur Unverwertbarkeit der erhobenen Beweise führen müsste.[62] Dies verdeutlicht die Notwendigkeit einer gründlichen Untersuchung und Überwachung von Fällen, in denen die StPO-Vorschriften zur Kommunikationsüberwachung möglicherweise umgangen werden, um sicherzustellen, dass rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt bleiben und ein faires Verfahren gewährleistet ist.

6. Fazit zum Beweisverwertungsverbot

Die Diskussion um die Verwertbarkeit von im AnomChat erlangten Daten vor deutschen Gerichten stellt eine komplexe Problematik dar. Das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots ist umstritten, da deutsche Gerichte grundsätzlich nicht verpflichtet sind, die Rechtmäßigkeit ausländischer Ermittlungsmaßnahmen zu überprüfen. Dennoch neigen nunmehr einige Obergerichte in der AnomChat-Verfahrensreihe dazu, ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen – dies insbesondere, da ein konkreter Tatverdacht zu Beginn der Ermittlungsmaßnahmen fehlte, eine Überprüfung der angeblich erlangten Gerichtsbeschlüsse nicht möglich ist und die Verteidigungsrechte der Beschuldigten massiv beschnitten werden.[63] Zu beachten ist, dass es den Strafverfolgungsbehörden obliegt, zu beweisen, dass keine zu einem Beweisverwertungsverbot führende Situation vorlag. Dazu ist es kaum ausreichend, Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen, wenn diese nicht förmlich genehmigt waren. Ein verständliches und vorhersehbares Verfahren braucht eine Genehmigung, damit eine ordnungsgemäße Überwachung gewährleistet werden kann.[64]

IV. Forderung und Ausblick

Angesichts der erheblichen rechtlichen Unklarheiten im Zusammenhang mit AnomChats steht die deutsche Strafjustiz zweifellos vor der anspruchsvollen Aufgabe, ein eigenes Verständnis und eine eigenständige Position zu dieser Thematik zu entwickeln. Das Fehlen von Informationen über den europäischen Drittstaat und die behaupteten eingeholten Gerichtsbeschlüsse sprechen für ein klares Verbot der Beweisverwertung. Sollten deutsche Gerichte bestätigen, dass eine Tatprovokation gegen den Rechtsstaat vorliegt, würde dies sogar ein Verfahrenshindernis darstellen.

Aufgrund der offensichtlichen mangelnden Informationsgrundlage und der damit verbundenen unklaren Herkunft sowie möglichen unrechtmäßigen Erlangung der Daten sollten Ermittlungsverfahren, die ausschließlich auf Nachrichten aus dem AnomChat als einzigem Beweismittel basieren, gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden. Personen mit US-Staatsangehörigkeit wurden von Anfang an aus den AnomChat-Daten herausgefiltert, da diese in den USA nicht für Strafverfolgungszwecke genutzt werden dürfen. In der EU gelten ebenfalls rechtstaatliche Standards, die vorliegend nicht eingehalten worden sind.

Die *Verfasser* ignorieren keineswegs, dass die Daten des AnomChat zur Aufklärung von kriminellen Handlungen beitragen können. Die zahlreichen Ermittlungserfolge dank der AnomChat-Daten quer über den europäischen Kontinent haben verdeutlicht, dass Strafverfolgungsbehörden effektivere rechtliche Instrumente benötigen, um gegen organisierte Kriminalität vorzugehen. Aus diesem Grund sollte die EU in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten den notwendigen Rechtsrahmen schaffen, um in Zukunft die Verwertbarkeit von Daten in Strafverfahren auf eine solide rechtsstaatliche Grundlage zu stellen. Die Regelung dieser Frage auf nationaler Ebene kann nicht erfolgreich sein, da Daten keine Staatsgrenzen kennen. Die aktuelle Rechtslage ist den dynamischen Anforderungen des digitalen Zeitalters nicht mehr gewachsen. Mit einem Rechtsrahmen wäre nicht nur den Ermittlungsbehörden geholfen, sondern auch den Gerichten und letztendlich der Rechtsstaatlichkeit.

---

58 *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 80, 81.
59 *LG Darmstadt,* Beschl. v. 14.2.2022 – 18 KLs 1200 Js 83736/21.
60 *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 91.
61 *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 90.
62 *LG Memmingen,* BeckRS 2023, 26989 Rn. 91.
63 Siehe Fn. 39.
64 *EGMR,* NJW 2015, 3631.

Die Jugendstrafe nach 101 Jahren JGG – ein Blick zurück und einer nach vorn

von Prof. Dr. Ralf Kölbel[*]

Abstract
Da es für das JGG jüngst ein Jubiläum zu begehen galt, besteht Anlass, um auf die Entwicklung des Gesetzes zurückzuschauen. Das ist gerade auch mit Blick auf die Jugendstrafe erforderlich. Denn das Jugendkriminalrecht scheint hier die größte Nähe zum allgemeinen Strafrecht aufzuweisen – eine Nähe, die allerdings in Frage gestellt werden muss. Bei einer näheren Analyse erweist sich die Jugendstrafe nämlich als ein Institut, das sich von der Freiheitsstrafe rechtlich und teilweise auch faktisch klar unterscheidet. Durch die neueste Rechtsprechung des BGH wird diese Differenz jedoch nivelliert. Weil dies für die Zukunft einen problematischen Gebrauch der Jugendstrafe befürchten lässt, ist der Gesetzgeber zu einer Korrektur aufgerufen.

The fact that the JGG recently celebrated an anniversary is certainly an occasion to look back on the development of the law. This is particularly necessary with regard to juvenile sentences, because youth justice seems to be closest to general criminal law here - a closeness that must, however, be called into question. On deeper analysis, the juvenile sentence proves to be an institution that clearly differs from the prison sentence in legal and, in some cases, factual terms. However, the latest case law of the Federal Court of Justice has leveled out this difference. This gives rise to fears of a problematic use of the juvenile sentence in the future – and the legislator is called upon to make a correction.

I. Überblick über die Entwicklung des Status quo

1. Herausbildung des Rechtsrahmens

Die Jugendstrafe hat ihre heutige rechtliche Ausgestaltung schrittweise erlangt. So sah das RJGG von 1923 zwar (wie alle späteren Regelungen) einen erzieherischen Jugendstrafvollzug in eigenen Einrichtungen vor, lehnte sich aber sonst noch eng an die allgemein-strafrechtliche Regelung an. § 9 RJGG 1923 ließ die Anordnungsvoraussetzungen des RStGB unberührt und senkte im Wesentlichen nur die Strafrahmen ab.[1] Neben der (auf Basis des allgemeinen Strafrechts möglichen) Strafrestaussetzung sahen die §§ 10 – 13, 15 RJGG 1923 allerdings die Aussetzung zur Bewährung und die Möglichkeit der dahingehenden Vorbehaltsentscheidung vor.[2] Diese Optionen fielen mit dem RJGG 1943 indes wieder weg; vorgesehen war hiernach nur noch die Strafrestaussetzung, die nach Vollstreckung des ersten Strafdrittels zulässig war (§ 58 RJGG 1943).[3] Das Gesetz regelte nunmehr jedoch besondere Anordnungsgründe (nämlich die Schwere der Tat oder – zeitgeisttypisch – das Vorliegen „schädlicher Neigungen", aus denen sich jeweils ein Bedürfnis der Volksgemeinschaft nach Schutz und Sühne ergeben musste). Daneben gab das RJGG einen eigenen Jugendstrafrahmen vor (3 Monate bis 10 Jahre), übernahm aber auch die bereits 1941 im Verordnungswege[4] eingeführte Jugendstrafe von unbestimmter Dauer.[5]

Die heute geltende jugendstrafbezogene Rechtslage wurde in ihren wesentlichen Zügen sodann durch das JGG von 1953 eingeführt, das dabei in einigen Punkten freilich eng an die Vorgängerregelung anschloss.[6] Das betrifft namentlich die beiden alternativen Anordnungsvoraussetzungen – also die „schädlichen Neigungen" und die Schwere der Schuld (statt ehemals Schwere der Tat) –, wobei auf das bisherige Zusatzkriterium (also das Schutz- und Sühnebedürfnis der Volksgemeinschaft) indes verzichtet wurde.[7] Auch der Strafrahmen wurde kaum modifiziert (6 Monate bis 5 bzw. bei Verbrechen bis 10 Jahre).[8] Doch immerhin kam es zur Wiedereinführung der Bewährungsaussetzung gem. §§ 20 ff. JGG a.F. (anders als im RJGG 1923 nun aber mit Bewährungshilfe) sowie zur

---

* *Prof. Dr. Ralf Kölbel* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, der am 4.7.2024 vor dem Verein zur Förderungen der Kriminalwissenschaften an der Universität zu Köln e.V. bei der Veranstaltung „101 Jahre Jugendgerichtsgesetz gehalten wurde.

1 Konkret: 10 Jahre statt lebenslang, ansonsten die Hälfte der allgemein-strafrechtlichen Obergrenze (bei unveränderter Untergrenze).

2 Für einen Überblick vgl. *Götte*, Jugendstrafvollzug im „Dritten Reich", 2003, S. 86 ff.; *Kebbedies*, Außer Kontrolle. Jugendkriminalpolitik in der NS-Zeit und der frühen Nachkriegszeit, 2000, S. 99 ff.

3 Zu den Neuregelungen zählten auch Modifizierungen des personalen Geltungsbereichs (14- bis 18-Jährige), da das Jugendstrafrecht bei schweren Delikten auch schon für 12-Jährige anwendbar wurde (§ 3 Abs. 2 RJGG 1943). Außerdem konnte es unter Umständen bei frühentwickelten Jugendlichen und „jugendlichen Schwerverbrechern" zugunsten des allgemeinen Strafrechts zurückgestellt werden (§ 20 RJGG 1943). Für einen Überblick dazu und den anderen Neuregelungen vgl. etwa *Stolp*, Die geschichtliche Entwicklung des Jugendstrafrechts von 1923 bis heute, 2015, S. 68 ff.

4 Verordnung über die unbestimmte Verurteilung Jugendlicher vom 10. Sept. 1941 (RGBl. I, S. 567).

5 Diese war bei Annahme schädlicher Neigungen zulässig, wenn sich nicht voraussehen ließ, welche Jugendstrafdauer zwischen 9 Monaten und 4 Jahren zur ausreichenden Einwirkung erforderlich sein werde. Das Gericht musste eine Mindestvollzugszeit (wenigstens 9 Monate) und eine Höchstdauer (maximal 4 Jahre; mindestens 2 Jahre über der Mindestdauer) festlegen. Für den Fall, dass der Jugendliche „die Einordnung in die Volksgemeinschaft nicht erwarten" ließ, bestand die Option der Überweisung in Jugendschutzlager (§ 60 RJGG 1943).

6 Näher etwa *Kubink*, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, 2002, S. 360 ff.

7 Zur Begründung vgl. BT-Drs. 1/3264, 40: „Überbetonung des Schutzprinzips".

8 Bei der Strafrestaussetzung fand ebenfalls nur eine moderate Neuausgestaltung statt. Zu den etwas veränderten Bedingungen bei der Jugendstrafe von unbestimmter Dauer vgl. *Stolp* (Fn. 3), S. 147 ff.

Schaffung der Möglichkeit, die Verhängung der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen auszusetzen (§§ 27 ff. JGG). Erhebliche Tragweite hatte auch die Einbeziehung der Heranwachsenden in den Anwendungsbereich des JGG und damit auch in den Kreis möglicher Jugendstrafadressaten (§ 105 JGG).[9]

In den folgenden 71 Jahren erfuhr dieses Reglement weitere Änderungen. So wurde die im Justizalltag bedeutungslos gewordene Jugendstrafe von unbestimmter Dauer abgeschafft (1990), die sog. Vorbewährung, die sich in der Praxis herausgebildet hatte, in §§ 61 ff. JGG positiviert (2012) und der Strafrahmen bei Mord durch Heranwachsende bei besonderer Schuldschwere auf 15 Jahre angehoben (2012). Etliche Neuregelungen bezogen sich auch auf Bewährungskonstellationen, namentlich die Änderungen bei den Aussetzungsvoraussetzungen in § 21 JGG (1970: Aussetzungsfähigkeit auch von zwei- und nicht nur von einjährigen Jugendstrafen; 1975 und 1990: Muss- statt Ermessensvorschrift) und § 88 JGG (1988: Neuformulierung der Voraussetzungen einer vorzeitigen Entlassung) sowie die mehrfachen Modifizierungen bei der Bewährungshilfe und anderen Details der Bewährungszeitausgestaltung). All diese Verschiebungen betrafen aber nicht die grundlegende Frage: Im wichtigsten Punkt – nämlich bei den Anwendungsvoraussetzungen der Jugendstrafe – geht der aktuelle Rechtsrahmen bis heute weiterhin auf die 1953 kaum veränderte Gesetzgebung von 1943 zurück.[10]

2. Der eigenständige, dezidiert spezialpräventive „Rechtsstatus" der Jugendstrafe

Immerhin hatte die schrittweise erfolgte Ausgestaltung der Jugendstrafe aber dazu geführt, dass sich diese inzwischen in rechtlicher Hinsicht von der Freiheitsstrafe des StGB sehr deutlich abhebt. Über die JGG-eigenen Anwendungsvoraussetzungen (§ 17 JGG) und Strafrahmen (§§ 18 Abs. 1, 105 Abs. 3 JGG) hinaus zeigt sich dies in besonders ausgeformten und erweiterten Optionen für Bewährungsentscheidungen (§§ 21 ff., 27 ff., 61 ff., 88 JGG) sowie in den Sondervorschriften für die Vollstreckung der Jugendstrafe (§§ 82 ff., 88 ff. JGG) und für deren Vollzug,[11] der (auch nach internationalen Vorgaben[12]) altersangemessen und in eigenen Anstalten erfolgen muss (Trennungsprinzip). Selbst das Registerrecht hält Spezialregelungen vor (§§ 97 ff. JGG). Angesichts dieses separaten Rechtsregimes handelt es sich bei der Jugendstrafe zwar rechtstechnisch um eine Strafe,[13] aber um eine solche von eigener Art. Ganz in diesem Sinne sollte bereits die spezielle Bezeichnung der Sanktion „klarstellen, dass die Jugendstrafe von der bei Erwachsenen anzuwendenden Gefängnisstrafe wesensverschieden ist".[14]

Besonders klar äußert sich diese „Wesensverschiedenheit" in immer dezidierter gewordenen Vorgaben für eine erzieherisch orientierte Anordnungs- und Bemessungsentscheidung.[15] So wurden die beiden Varianten des § 17 Abs. 2 JGG anfänglich zwar noch als ein Nebeneinander von „Erziehungs-" und „Schuldstrafe" konzipiert und für Konstellationen vorgesehen, in denen der Jugendliche „der Erziehung durch Strafe bedürftig ist oder (… in denen …) wegen der Größe seiner Schuld eine Strafe nicht entbehrt werden kann".[16] Die Bemessung der Dauer musste jedoch von Anbeginn für beide Jugendstrafformen so erfolgen, dass „die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist" (§ 18 Abs. 2 JGG). Dem Rechtsausschuss zufolge solle dadurch „der spezialpräventive Zweck der Strafe in den Vordergrund" treten; die Gerichte hätten dem „Erziehungszweck der Jugendstrafe (…) entscheidende Bedeutung beizumessen".[17] Unterstrichen wurde diese Maßgabe durch daran angepasste Sanktionierungsregeln, namentlich in §§ 31 ff. JGG (Einheitssanktion) und in § 8 JGG (Verbindung von Jugendstrafe und anderen Interventionsformen). 2008 erhielt diese Grundausrichtung sodann mit Einfügung von § 2 Abs. 1 JGG insofern gesteigertes Gewicht, als hiernach die Verhängung der Jugendstrafe (wie bei jeder anderen jugendstrafrechtlichen Rechtsfolge) „vorrangig" an erzieherischen Aspekten orientiert werden muss. Durch diese besonderen Vorgaben wird neben dem jeweils deliktseinschlägigen Strafrahmen (dazu § 18 Abs. 1 S. 3 JGG) auch § 46 StGB, der bei Erwachsenen nach h.M. nur eine nachrangige Berücksichtigung spezialpräventiver Gesichtspunkte innerhalb des Schuldrahmens erlaubt,[18] aus dem Jugendstrafrecht herausgedrängt (§ 2 Abs. 2 JGG).

In Ansehung all dieser Besonderheiten kann die Jugendstrafe nicht als Spielart der Freiheitsstrafe begriffen und mit ihr auch „nicht gleichgesetzt werden" (Nr. 1 S. 2 RL

---

9 Zugleich wurden die in Fn. 3 erwähnten Relativierungen der Altersgrenzen aufgehoben.

10 Dazu mit deutlicher wie berechtigter Kritik *Pieplow*, in: Hoffmann/Matthes, 100 Jahre Reichsjugendgesetz und Reichsjugendgerichtsgesetz, 2024, S. 174 (188 ff.); *ders*., ZJJ 2024, im Erscheinen; neutraler *Streng,* ZJJ 2022, 266 (269).

11 Die Bundesländer haben meist eigene Jugendstrafvollzugsgesetze erlassen, vereinzelt aber auch in ihren allgemeinen Strafvollzugsgesetzen besondere Abschnitte für den Jugendstrafvollzug eingeführt (vgl. die Zusammenstellung bei *Eisenberg/Kölbel*, JGG, 25. Aufl. (2024), § 92 Rn. 8).

12 United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (UN Generalversammlung Resolution 45/113 v. 14.12.1990).

13 Vgl. etwa *Streng,* GA 2017, 80 (81). Dies ergibt sich etwa aus dem Registerrecht: § 32 Abs. 1 BZRG schreibt die Aufnahme der in §§ 4 – 16 BZRG bezeichneten Eintragungen in das Führungszeugnis vor, während Abs. 2 davon die Verurteilung zur Jugendstrafe in einigen Konstellationen ausnimmt. Die einzige Möglichkeit, die Jugendstrafe unter eine der besagten Eintragungsgründe zu subsumieren, ist aber § 4 Nr. 1 BZRG („auf Strafe erkennt").

14 BT-Drs. 1/3264, S. 40. Ebenso BGHSt 10, 100 (103): „beide Strafübel wesensverschieden". Vgl. auch BGHSt 5, 366 (369): „als Strafmittel besonderer Art, keineswegs als eine Abart der Gefängnisstrafe gedacht".

15 Diese Entwicklung entspricht im Übrigen den Vorgaben der UN-Mindestgrundsätze für die Jugendgerichtsbarkeit (Beijing Rules) und der Kinderrechtskonvention (näher *Neubacher/Lohmann*, JZ 2024, im Erscheinen).

16 BT-Drs. 1/3264, S. 40. Vgl. für die erste Variante auch den Normtext: „Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen".

17 BT-Drs. 1/4437, S. 2.

18 Für die jugendstrafrechtliche Geltung dieses Modells aber *Radtke/Scholze*, in: MüKo-StGB, JGG, Bd. 7, 4. Aufl. (2022), § 17 Rn. 7 f., 61 und § 18 Rn. 7 unter Berufung auf das Schuldprinzip. Eingehende Kritik dazu bei *Eisenberg/Kölbel,* NStZ 2024, 79 (82 f.). Zutreffend ist nur, dass das Vorwurfsgewicht die mögliche Sanktionsintensität – dies indes als Konsequenz des Verhältnismäßigkeitsprinzips – „nach oben" begrenzt (*dies*., JGG, § 17 Rn. 5 und § 18 Rn. 33).

zu § 17 JGG).[19] Ihr aliud-Charakter hat im Übrigen rechtstechnische Konsequenzen. Beispielsweise ermöglicht er ohne weiteres eine Anrechnung auch von freiheitsstrafenfremden Freiheitsentziehungen wie dem vollstreckten Nichtbefolgungsarrest (entsprechend § 31 Abs. 2 S. 2 JGG).[20] Insbesondere aber schließt er die Anwendung von Normen, zu deren Tatbestandsvoraussetzungen auch das Merkmal einer Freiheitsstrafe zählt, bei Vorliegen einer Jugendstrafe regelmäßig aus.[21] Bestätigt wird dies gegenschlussartig durch jene Vorschriften, die beide Freiheitsentziehungsformen als alternative Voraussetzungen kennen (§ 54 Abs. 1 AufenthG, § 5 Abs. 1 S. 1 StAG) oder eine entsprechende Anwendung der Regeln für die Freiheitsstrafe auf Jugendstraffälle anordnen (§ 38 BtMG). Konsequenzen hat dies vor allem für § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB und die §§ 66 ff. StGB, bei denen eine frühere Jugendstrafe nicht mit der dort geforderten früheren Freiheitsstrafe gleichgesetzt werden kann.[22]

Dass sich die Rechtsprechung diesen Konsequenzen verschließt, gibt allerdings einen ersten Hinweis darauf, dass justizseitig nur eine eingeschränkte Akzeptanz der eigenständigen und von der Freiheitsstrafe unabhängigen Rechtsqualität der Jugendstrafe aufgebracht wird. Offenbar geht man dort eher von einer engen Verwandtschaft zwischen beiden Formen der Freiheitsentziehung aus. Das bestätigt sich in Untersuchungen zur gerichtlichen Handhabung von § 18 JGG, die eine stark ausgeprägte Konzentration der festgelegten Strafdauern auf „runde Werte“ (6, 12, 18 und 24 Monate) aufweist[23] – also eine Verteilungsstruktur, die in ihrem Schematismus kaum mit einer täterindividuell angepassten, spezialpräventiven Bemessungspraxis zu vereinbaren ist. Vielmehr sind, wie auch die Auswertung von jugendstrafrechtlichem Aktenmaterial ergab, in der richterlichen Anordnung und Bemessung der Jugendstrafe de facto oft genau jene (tatstrafrechtlichen) Gesichtspunkte bestimmend, von denen die Strafpraxis gegenüber Erwachsenen geprägt wird (Vorbelastung und das objektive Tatgewicht).[24]

3. Die quantitative Verteilung und Entwicklung der Jugendstrafe

Ungeachtet dieser Beobachtungen hat die Jugendstrafe nicht die gleiche Bedeutung wie die Freiheitsstrafe im Erwachsenenstrafrecht. Zwar liegt der jeweilige Anteil an den erfolgten Verurteilungen auf einem ähnlichen Niveau (Tab. 1), doch muss dabei berücksichtigt werden, dass die Deliktsschwere und die individuelle Vorbelastung im Bereich der Jugendkriminalität insgesamt wenig stark ausgeprägt sind und die Diversionsrate (auch) deshalb deutlich höher liegt.[25] Berücksichtigt man diese Vorselektion und bezieht die Jugendstrafanwendung auf alle (auch die informellen) Sanktionsentscheidungen, ist ihr Anteil keineswegs so hoch wie bei der Freiheitsstrafe. Die Mitberücksichtigung des Jugendarrestes würde jedoch zu einer weitgehenden Angleichung führen.[26]

	Entscheidungen nach StGB insgesamt				
	Sanktionierte	Verurteilte	zu Freiheitsstrafe Verurteilte		
	N	N	N	% an Sanktionierten	% an Verurteilten
2010	1.494.554	704.802	129.717	8,7	18,4
2015	1.684.463	674.145	107.089	6,4	15,9
2021	1.300.339	615.497	90.842	7,0	14,8
	Entscheidungen nach JGG insgesamt				
	Sanktionierte	Verurteilte	zu Jugendstrafe Verurteilte		
	N	N	N	% an Sanktionierten	% an Verurteilten
2010	364.795	108.464	17.241	4,7	15,9
2015	285.175	65.342	10.550	3,7	16,1
2021	218.622	46.603	7.293	3,3	15,6

Tab. 1: Sanktionsanteile der Jugend- und Freiheitsstrafe

Die Anwendungshäufigkeit der Jugendstrafe ist im Übrigen gesunken. In 2007, dem ersten Jahr ihrer bundesweiten Erfassung, wurde sie bei 20.480 Verurteilten verhängt, während es 2021, dem letzten Jahr mit vorliegenden Daten, nur noch 7.293 waren.[27] Natürlich drückt sich darin in erster Linie der generelle Rückgang in den Verdachts- und Sanktionierungszahlen sowie die lange sinkende Belastung mit Jugendkriminalität aus. Aber auch in Relativzahlen deutet sich eine ähnliche Tendenz an (Diagramm 1).

19 Näher dazu etwa auch *Eisenberg/Kölbel*, JGG, § 17 Rn. 3; *Beulke/Swoboda*, Jugendstrafrecht, 16. Aufl. (2020); *Eisenberg/Schlüter,* NJW 2001, 188 (190); anders offenbar *Streng*, Jugendstrafrecht, 6. Aufl. (2024), Rn. 423; vgl. auch *Radtke/Scholze*, in: MüKo-StGB, JGG, § 17 Rn. 78: lediglich graduelle Unterschiede.

20 Vgl. dazu *BGH*, NJW 2023, 3734 f. mit zust. Anm. *Kölbel,* JR 2024, 158 ff.

21 Anders verhält es sich nur, wenn sich aus dem Sinn- und Funktionszusammenhang solcher Normen ergibt, dass mit dem Begriff „Freiheitsstrafe“ ausnahmsweise auch eine Jugendstrafe mitgemeint ist. Dies ist etwa bei § 112a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO der Fall (näher *Eisenberg/Kölbel*, JGG, § 17 Rn. 60).

22 *Eisenberg/Kölbel*, JGG, § 17 Rn. 61 f.; dazu, dass im Übrigen auch aus einer früheren Jugend- und einer aktuell verhängten Freiheitsstrafe keine Gesamtstrafe i.S.v. § 55 StGB gebildet werden kann, vgl. etwa BGHSt 10, 100 (103).

23 Zu dieser außerordentlich klaren Prägnanztendenz vgl. die BZR-Auswertung bei *Weigelt*, Bewähren sich Bewährungsstrafen?, 2009, S. 109.

24 Vgl. *Dölling,* in: GS Zipf, 1999, S. 177 (192 f.); *Schulz,* MschrKrim 84 (2001), 310 (319); *Streng*, in: FS Böttcher, 2007, S. 431 (443, 446); *Kurzberg*, Jugendstrafe aufgrund schwerer Kriminalität, 2009, S. 206 ff.; ebenso, wenn auch weniger deutlich die Fallvignetten-Studie von *Buckolt* Die Zumessung der Jugendstrafe, 2009, S. 329 ff., 355 ff.; siehe ferner den Forschungsüberblick bei *Heinz*, Sekundäranalyse empirischer Untersuchungen zu jugendkriminalrechtlichen Maßnahmen, deren Anwendungspraxis, Ausgestaltung und Erfolg, 2019, S. 1477 ff.

25 Eingehend *Heinz*, „Blindflug“? Normsetzung und Normanwendung in der Jugendkriminalrechtspflege im Lichte der empirischen Sanktions- und Wirkungsforschung, 2024, S. 47 ff.

26 Allerdings sorgt § 31 JGG im JGG-Bereich für eine Verzerrung „nach oben“, da es bei Anordnung von Einheitssanktionen deliktsbezogen zu einer Strafmaßüberschätzung kommt. Zur gesamten Vergleichsproblematik vertiefend *Heinz* (Fn. 24), S. 1503 ff.; *ders.* (Fn. 25), S. 90 ff.: Jugendstrafen auch tendenziell länger und seltener ausgesetzt als Freiheitsstrafen.

27 Strafverfolgungsstatistik Tab. 4.1.

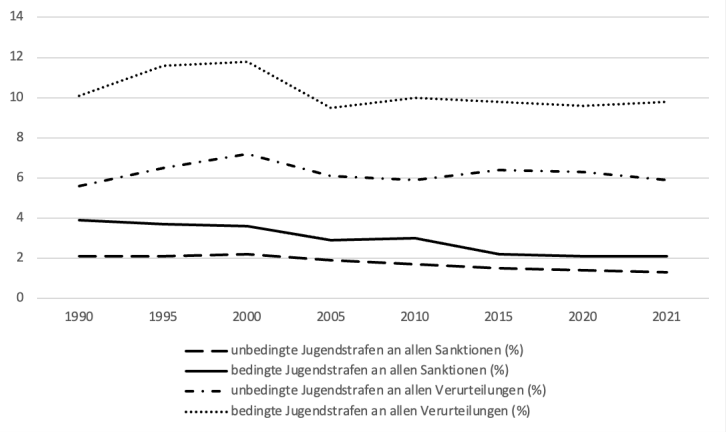


Diagramm 1: Sanktionsanteile der Jugendstrafe im Zeitverlauf (früheres Bundesgebiet, ab 2007 Deutschland gesamt); Quelle: Heinz (Fn. 25), 59

So gingen Urteile, die auf eine un-/bedingte Jugendstrafe lauten, unter allen Verurteilungen nach den 1990er Jahren zunächst etwas zurück, um dann länger auf diesem abgesenkten Niveau zu verbleiben.[28] Da aber in diesem Zeitraum zumindest phasenweise die Diversionsrate und die Häufigkeit, mit der man Heranwachsende nach JGG aburteilte, etwas stiegen, nahmen schwerere Delikte in der Zusammensetzung des zur Verurteilung stehenden Fallbestandes tendenziell zu.[29] In der Stabilität der verurteilungsbezogenen Jugendstrafenanteile drückt sich deshalb eher ein zurückhaltender werdender Jugendstrafgebrauch aus. Bezieht man dessen Häufigkeit auf sämtliche jugendstrafrechtliche Sanktionen, ist dies in den Trenddaten auch deutlich erkennbar (Diagramm 1).

Allerdings steigt unter den verhängten Jugendstrafen der Anteil der (mittel-)langen Freiheitsentziehungen (zulasten der kurzen) merklich an, so dass ihr Gewicht unter den Verurteilungen ebenfalls wächst (Diagramm 2). Auch hierfür dürfte indes die erwähnte qualitative Veränderung des jugendgerichtlichen Fallaufkommens bedeutsam sein. Da sich der recht stabil bleibende Anteil an jenen Verurteilungen, die auf eine Jugendstrafe lauten (Diagramm 1), hierdurch stärker auf gewichtigere Delikte konzentriert, dürfte die veränderte Strafdauerpraxis vorwiegend auf einer veränderten „Fallmischung“ (und weniger auf einer zunehmenden Strenge) beruhen.

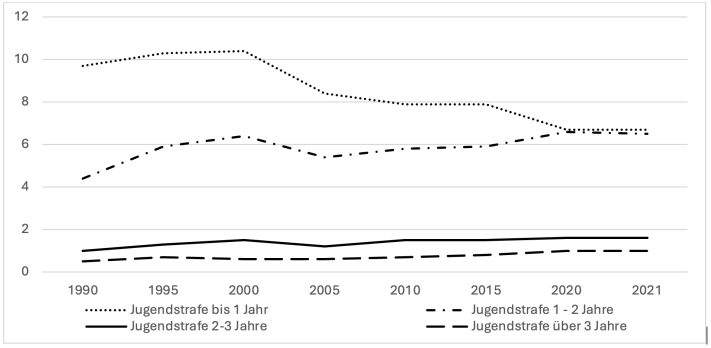


Diagramm 2: Anteile der Jugendstrafe verschiedener Dauer an allen Verurteilungen nach JGG (früheres Bundesgebiet, ab 2007 Deutschland gesamt); Quelle: berechnet nach Heinz (Fn. 25), 66

Im Übrigen wird die Zunahme der Straflänge vielfach durch die Bewährungsaussetzung aufgefangen. So wurden 74 % aller 2021 in aussetzungsfähiger Länge verhängten Jugendstrafen ausgesetzt (über 80 % der bis zu einjährigen und knapp 67 % der ein- bis zweijährigen Jugendstrafen).[30] Unter den Personen, bei denen die Jugendstrafe tatsächlich vollstreckt wird, muss angesichts dieser Aussetzungsrate der Anteil jener, die zu einer längeren Haftdauer verurteilt worden sind, also recht hoch sein. Trotzdem weisen einzelne Untersuchungen darauf hin, dass die effektive Haftzeit bei der Mehrheit der Jugendstrafgefangenen von begrenzter Dauer ist. Der Mittelwert scheint bei einem Jahr oder etwas darunter zu liegen, was auch auf der Anrechnung vorangegangener U-Haftzeiten und einer relevanten Häufigkeit von Strafrestaussetzungen gem. § 88 JGG und § 35 BtMG beruht.[31]

4. Zwischenbilanz zum status quo

Insgesamt wurde die Jugendstrafe während der letzten 101 Jahre durch etliche legislatorische Schritte zu einer Sanktionsart geformt, die sich – der Grundanlage des JGG entsprechend – durch ihre dezidiert spezialpräventive Ausgestaltung von der Freiheitsstrafe klar abheben soll. In den tatsächlichen Entscheidungsprozessen wird dieses besondere Rechtsprogramm zwar offenbar nur bedingt umgesetzt. Doch führt das, legt man die Daten auf der überindividuellen Ebene zugrunde, nicht zu einem übermäßigen Gebrauch. Die Jugendstrafpraxis ist eher als begrenzt (sowie als auch im internationalen Vergleich moderat[32]) einzustufen.

II. Erfüllung der spezialpräventiven Erwartung?

1. Die Bedeutung von Freiheitsentziehung für junge Menschen

Bei der Frage, ob die Jugendstrafe ungeachtet ihres zurückhaltenden Einsatzes die an sie gerichteten Erwartun-

[28] Zu den dabei bestehenden regionalen Unterschieden vgl. *Heinz* (Fn. 24), S. 1230 ff.; *ders*. (Fn. 25), S. 131 ff.

[29] Näher *Heinz* (Fn. 25), S. 54 ff.

[30] *Heinz* (Fn. 25), S. 67 f.; dazu auf BZR-Basis auch *Weigelt* (Fn. 23), S. 107 ff.; *Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2021, S. 126.

[31] Zum Ganzen anhand der vorhandenen Daten näher *Eisenberg/Kölbel*, Kriminologie, 8. Aufl. (2024), § 35 Rn. 49 und *Heinz* (Fn. 24), S. 1292, 1399 f. jeweils m.w.N.

[32] Freiheitsentziehungen werden im Jugendstrafrecht allerdings fast überall zurückhaltend eingesetzt. Allerdings lassen sich in einigen Staaten auch repressivere Phasen beobachten. Zusammenfassende Übersichten bei *Dünkel*, in: DVJJ, Jugend ohne Rettungsschirm?, 2015, S. 506 (545 ff., 551 ff.); *ders*., RdJB 70 (2022), 578 (587 ff.); zu Vergleichsproblemen *Campistol/Aebi*, European Journal on Criminal Policy and Research 24 (2018), 55 ff.

gen erfüllt, ist jedoch Skepsis am Platze. Einerseits verfolgen die landesrechtlichen Regelung des Jugendstrafvollzugs durchgehend (wenngleich mit mancher sicherungsbezogenen Relativierung) spezialpräventive Intentionen.[33] Auch weist der Vollzug tatsächlich einige entsprechende Bedingungen auf – nicht nur in der Versorgungs- und Unterbringungssituation, sondern ebenso im fördernd und unterstützend ausgerichteten Maßnahmenspektrum (Aus- und Schulbildung, Lehrbetriebe, sozialpädagogische Programme, therapeutische Angebote).[34] Diese Behandlungssituation hat sich, nicht zuletzt wegen des zuletzt abnehmenden Belegungsdrucks, tendenziell noch verbessert, bleibt allerdings hinter dem Bedarf weiterhin nicht wenig zurück.[35]

Zugleich ist von Jugendstrafvollzug aber eine Altersgruppe[36] betroffen, die oft noch vor spezifischen Entwicklungsaufgaben[37] steht, die unter den Bedingungen fehlender Freiheit gar nicht zu realisieren sind (Entwicklung von Geschlechtsrollen, Bindungsverhalten und Partnerbeziehungen; Selbsterprobung und Lebensstilentwicklung; Kompetenzbildung für Waren- und Medienkonsum; Habitualisierung einer von Außenkontrollen unabhängigen Verhaltenssteuerung). Hinzu kommen viele Bedrückungen, die im Jugend- nicht weniger als im Erwachsenenvollzug wirksam werden (Fremdbestimmung, ungünstige und ungewollte Sozialkontakte, gewalthaltiger Interaktionsalltag, Störung auch der positiven externen Sozialbeziehungen, materielle Deprivation, anhaltende Außenweltstigmatisierung).[38] Von diesen desintegrativen Bedingungen werden die fördernd und unterstützend ausgerichteten Vollzugselemente überlagert und oft überdeckt. Daher bildet der Jugendstrafvollzug – ungeachtet seiner spezialpräventiven Bestimmung – ein Lebensumfeld, das kaum als entwicklungsgünstig gelten kann.

2. Die Leistungs(un-)fähigkeit der Jugendstrafe

Legt man das Kriterium der Legalbewährung als Erfolgsmaßstab zugrunde, schneidet die (vollstreckte) Jugendstrafe deshalb (ungeachtet gewisser Verbesserungen) in den turnusmäßigen BZR-Auswertungen alles andere als gut ab.[39] Die sog. Rückfallhäufigkeit nach vollzogener Jugendstrafe ist so hoch wie nach keiner anderen (jugend-)strafrechtlichen Sanktion (Tab. 2). Und das zeigt sich nahezu unterschiedslos, denn mit den sich partiell unterscheidenden Vollzugsbedingungen und Übergangsprozessen innerhalb Deutschlands variiert die prinzipiell geringe Erfolgsrate ausweislich der vorliegenden Regionalstudien kaum.[40] Dies gilt im Grunde auch für die Vollzugsdauer[41] und wohl ebenso für offene und freie Vollzugsformen.[42]

Entlassung	Erfasster Rückfall nach BZR (in %)							
	innerhalb von 3 (bzw. bei Jg 1994 von 4) Jahren		innerhalb von 6 Jahren		innerhalb von 9 Jahren		innerhalb von 12 Jahren	
	alle	neue FS/JS oB	alle	neue FS/JS oB	alle	neue FS/JS oB	alle	neue FS/JS oB
1994	78	45						
2004	70	39	81	48	83	52	85	54
2007	68	35						
2010	64	30						
2013	64	27						

Tab. 2: Rückfall nach voll- oder teilvollstreckter Jugendstrafe[43]

Auf die „schwierige" Klientel, bei der die vollzuglichen Interventionen angesichts außerordentlicher entwicklungspsychologischer und sozialer Belastungen[44] zweifellos herausforderungsreich sind, kann diese Leistungsbilanz nicht allein zurückgeführt werden.[45] Auch der Umstand, dass die Angebote und Maßnahmen oft nicht ausreichend individualisiert und auf die persönlichen „needs"

33 Zu den dahingehenden verfassungsrechtlichen Anforderungen vgl. BVerfGE 116, 69 (85 ff.).

34 Aus den vorliegenden Bestandsaufnahmen und Evaluationen etwa *Kerner/Stellmacher/Coester/Wagner*, Systematische Rückfalluntersuchung im hessischen Jugendvollzug, 2011, S. 195 ff.; *Dünkel/Geng,* in: Dölling/Jehle, Täter – Taten – Opfer, 2013, S. 622 ff.; *Arbeitsgruppe länderübergreifende Evaluation Jugendstrafvollzug*, Evaluation des Jugendstrafvollzuges. Psychosoziale und sozialpädagogische Beratungs-, Förder- und Behandlungsmaßnahmen im Fokus, 2020, S. 37 ff.; vgl. auch den Überblick bei *Eisenberg/Kölbel*, Kriminologie, § 35 Rn. 32 ff.

35 Vgl. dazu *Heinz* (Fn. 24), S. 2087 sowie m.w.N. *Neubacher/Lohrmann* JZ 2024, im Erscheinen.

36 Jugendstrafgefangene setzen sich zu 10 bis max. 15 % aus Jugendlichen und zu jeweils etwas über 40 % aus Heranwachsenden und Jungerwachsenen zusammen (dazu sehr eingehend *Heinz* [Fn. 24], S. 1266 ff.).

37 Dazu etwa *Hurrelmann/Quenzel*, Lebensphase Jugend, 14. Aufl. (2022), S. 23 ff.

38 Übersicht über die betreffende Forschung bei *Eisenberg/Kölbel,* Kriminologie, § 36.

39 Zu Unterschieden in den Rückfallquoten bei Jugendstrafgefangenen mit unterschiedlichen personalen Merkmalen vgl. etwa *Hartenstein/Philipp/Hinz/Meischner-Al-Mousawi,* ZJJ 2023, 148 (152 ff.) für Sachsen.

40 Vgl. dazu die Zusammenstellung und Auswertung der vorhandenen Arbeiten bei *Heinz* (Fn. 24), S. 2006 ff., 2067 ff.; *Eisenberg/Kölbel,* Kriminologie, § 41 Rn. 23; *dies*., JGG, § 17 Rn. 18 jeweils m.w.N.

41 Der Verlauf nach vergleichsweise kurzer Jugendstrafvollzugsdauer ist ungünstiger als bei längeren Vollzugszeiten (*Jehle u.a.* [Fn. 30], 2021, S. 63, 159 f.). Dies dürfte – neben oder anstelle haftsozialisatorischer Einwirkungen – auf der entwicklungstypischen „Reifung" beruhen. Zum „maturing-out effect" etwa *Giebel/Boxberg/Hosser,* in: Kury/Shea, Punitivity. International Developments, Bd. 3, 2011, S. 395; vgl. auch *Endres/Beuer/Nolte,* MschrKrim 99 (2016), 342; für mehr als 5-jährigen Jugendstrafen ebenso *Pahl*, Begutachtungspraxis bei langen Jugendstrafen, 2018, S. 121; aus der internationalen Forschung etwa *McCuish/Lussier/Corrado,* Journal of Developmental and Life-Course Criminology 2018, 427 (436 ff.).

42 Die wenigen hierzu vorliegenden Untersuchungen aus Deutschland lassen aber keine sichere Einschätzung zu (*Heinz* [Fn. 24], S. 2026 ff., 2035 ff.).

43 Daten übernommen von *Jehle u.a.* (Fn. 30), 2021, S. 60, 144 und den Vorgängerauswertungen derselben Autoren/innen aus den Jahren 2003, 2013 und 2016. Das Entlassungsjahr in Spalte 1 der Tabelle bezieht sich auf das Jahr, in dem die Entlassung nach vollständiger oder teilweiser Vollstreckung erfolgte.

44 D.h.: oft aus sozial und wirtschaftlich randständigen Familien stammend, geringe Schul- und Berufsausbildung sowie arbeitslos und einkommensschwach; teilweise erhebliche Vorerfassungen, familiäre Problemsituationen, Suchtproblematik und andere psychiatrische Problemlagen (dazu *Heinz* [Fn. 24], 1283 ff.; *Eisenberg/Kölbel,* Kriminologie, § 35 Rn. 26 ff.).

45 So aber ersichtlich verkürzend *Radtke/Scholze,* in: MüKo-StGB, JGG, § 17 Rn. 26.

der Gefangenen abgestimmt werden,[46] reicht zur Erklärung nicht aus. Vielmehr weist die Jugendstrafe infolge der genannten, von ihr erzeugten Bedingungen (II.1.) augenscheinlich eine strukturelle Limitierung ihres „Besserungs"-Potenzials auf. In (nur international vorhandenen) komparativen Daten zeichnet sich demgemäß für stationäre im Vergleich zu ambulanten jugendstrafrechtlichen Sanktionen eine bestenfalls äquivalente, eher aber höhere Rückfallrate ab.[47] Dies ergibt sich inzwischen nicht mehr nur aus Untersuchungen, in denen die Vergleichbarkeit der verschieden sanktionierten Gruppen mit speziell dafür entwickelten statistischen Methoden hergestellt wird, sondern auch aus Studien, die dies durch feldexperimentelle Konstellation gewährleisten.[48] Die Wirkungen fallen im Übrigen umso ungünstiger aus, je jünger die Betroffenen sind.[49]

Die Vollstreckung von Jugendstrafe erweist sich also nicht nur oftmals als nutzenarm, sondern nicht selten sogar als kriminogener Risikofaktor, der die bereits bestehenden Belastungslagen der Zielgruppen verstärkt – ohne dass dies durch die entwicklungsstützenden Gestaltungselemente des Vollzugs abgefedert würde. Auf der Ebene akkumulierter Daten ist die Sanktion im Grunde geeignet, das gesellschaftliche Kriminalitätsaufkommen wachsen zu lassen. Aber natürlich treten innerhalb der Gesamtheit der Jugendstrafgefangenen individuell sehr verschiedene und darunter manchmal auch günstige Entwicklungen auf, die von dem Strafeingriff profitieren (etwa durch Reduzierung psycho-sozialer Belastungen oder wegen des Schonraums gegenüber besonders misslichen Außenweltbedingungen).[50] Doch dies ist de facto alles andere als die Regel.[51]

Auch der Umstand, dass längerfristig durch beinahe alle (ehemaligen) Jugendstrafgefangenen die Delinquenzbelastung abgebaut und spätestens bis zum mittleren Erwachsenenalter auf ein Niveau reduziert wird, das der gesellschaftlich tolerierten Normalität weitgehend entspricht,[52] hebt die Problematik der Jugendstrafe nicht auf. Denn dieser prozesshafte Kriminalitätsausstieg („Desistance") beruht primär auf individueller Reifung, dem Erwerb fortentwickelter Weltsichten und Selbstbilder, der Entstehung stabiler Partnerschaften und dem Zugang zu positiv erlebter Berufstätigkeit. Inwieweit und unter welchen Voraussetzungen der Jugendstrafvollzug zu diesen Veränderungen beiträgt (oder umgekehrt gerade verschleppend wirkt), ist in der kriminologischen Verlaufsforschung zwar noch nicht konkret geklärt,[53] doch spricht wenig für eine zentrale Rolle.[54]

3. Zwischenbilanz zum spezialpräventiven Potenzial

Nach den vorliegenden Befunden löst die reale (also nicht ideale) Jugendstrafe die an sie gerichteten Erwartungen höchstens teilweise ein. Klare „Besserungs"-Erfolge sind selten. Bei einem relevanten Teil ihrer Adressaten mag sie mittelbar zum Herauswachsen aus devianten Entwicklungen beitragen, doch oft stehen eher ihre desintegrativen Effekte im Vordergrund. Durch Akkumulationswirkungen kann sich dies auf gesellschaftlicher Ebene kriminalitäts(re-)produzierend niederschlagen, was in Deutschland nur deshalb kaum spürbar ist, weil Jugendstrafe selten angewandt wird (oben I.3.). Freilich stellt sich die Frage, inwieweit es hier durch sich abzeichnende neuere Entwicklungen zu einer rechtlichen Neuorientierung und einer damit einhergehenden Ausweitung der Anwendungspraxis kommen wird.

III. Die aktuellen Anstöße für eine Neuausrichtung

1. Schädliche Neigungen

Das Vorliegen schädlicher Neigungen wird nach ständiger Rechtsprechung bejaht, wenn bei Begehung der abzuurteilenden und hinreichend gewichtigen Tat[55] (sowie noch

---

46 Dazu Fn. 35.

47 Vgl. etwa *Koops-Geuze/Wermink/Weerman*, Youth Violence and Juvenile Justice 21 (2023), 106 ff. bzgl. kurzer „custodial sanctions" (4 Monate) in den Niederlanden sowie die Meta-Analysen von *Koops-Geuze/Weerman*, European Journal of Criminology 20 (2023), 758 (770 f.) und altersgruppenübergreifend von *Villettaz/Gillieron/Killias*, Campbell Systematic Reviews 11 (2015), 1 ff. sowie die jüngste, ausgesprochen große Auswertung von *Petrich/Pratt/Jonson/Cullen,* Crime and Justice 50 (2021), 353: „custodial sanctions have no effect on reoffending or slightly increase it when compared with the effects of noncustodial sanctions" (353), wobei "juvenile detention was associated with a larger criminogenic effect of imprisonment" (390).

48 Beispiel: zufällige Verteilung vergleichbarer Angeklagter auf verschiedene Gerichte mit deutlich unterschiedlichem Strafzumessungsverhalten. Zu schlechteren Rückfallwerten in den stärker haftbetroffenen Gruppen, die von strengeren Spruchkörpern sanktioniert worden waren, vgl. für die US *Aizer/Doyle*, The Quarterly Journal of Economics 130 (2015), 759 ff.; weniger klare Befunde indes bei *Eren/Mocan*, The Review of Economics and Statistics 103 (2021), 34 ff. (allerdings für den Vergleich von Haft mit „probation" und „non-secure custody"). Für Erwachsene liegen im Übrigen weitere Studien mit diesem Design vor, die die im Text genannte Aussage klar stützen (Zusammenstellung bei *Eisenberg/Kölbel,* Kriminologie, § 41 Rn. 19 Fn. 11).

49 *Novak,* Journal of Developmental and Life-Course Criminology 5 (2019), 536 ff. (für die USA); *Baćak/Andersen/Schnittker,* Social Forces 98 (2019), 303 ff. (für Dänemark).

50 Vgl. etwa die ganz unterschiedlichen Hafterfahrungen und nachvollzuglichen Verläufe bei den von *Wienhausen-Knezevic*, Lebensverlaufsdynamiken junger Haftentlassener, 2020, S. 93 ff. untersuchten Jugendstrafgefangenen sowie die verschiedenen Verlaufstypen, die *Taefi/Hosser,* European Journal of Criminology 2021, 855 ff. sowie ähnlich *Kerner et al.* (Fn. 34), S. 311 ff. rekonstruieren.

51 Vgl. dazu als Ergebnis eines umfassenden (altersgruppenübergreifenden) Reviews: „A good deal of evidence indicates that incarceration, on average, increases offending of those incarcerated. While it may reduce the subsequent offending of some inmates, it apparently increases the offending of more inmates." (*Kleck/Sever*, Punishment and Crime, 2018, 305).

52 Dazu anhand der allgemeinen jugendkriminologischen Verlaufsforschung *Boers*, MschrKrim 102 (2019), 3 (27 ff.) sowie anhand der Rückfallentwicklungen bei hessischen Jugendstrafgefangenen auch *Kerner/Stelzel/Eikens/Coester*, Legalbewährung und Rückfälligkeit junger Gefangener nach der Entlassung, 2017, S. 139 ff., 241 ff.

53 Vgl. die dafür kennzeichnenden, weil sehr heterogenen Befunde bei *McCuish/Lussier/Corrado*, Journal of Developmental and Life-Course Criminology 4 (2018), 427.

54 Zur Forschungslage etwa *Boers/Herlth,* MschrKrim 99 (2016), 101 (115 f.); *Eisenberg/Kölbel,* Kriminologie, § 55 Rn. 41 ff. jeweils m.w.N.

55 Diese Tat muss Symptom der Neigungen sein (vgl. § 17 Abs. 2: „in der Tat hervorgetreten"). Näher zur ferner erforderlichen Vorwurfsproportionalität *Eisenberg/Kölbel,* JGG, § 17 Rn. 39 ff.

im Urteilszeitpunkt[56]) erstens Störungen der Persönlichkeitsentwicklung vorliegen, die zweitens ohne längere „Gesamterziehung“ (gemeint ist die multidimensionale Einwirkung im Jugendstrafvollzug[57]) die Gefahr der Begehung von nicht nur geringfügigen Straftaten induzieren.[58] Für die dahingehende Beurteilung sind Verhaltensauffälligkeiten und Problemlagen in der psychosozialen Entwicklung des Jugendlichen von Bedeutung,[59] wobei der (gerichtlich festgestellten) Delinquenz in der bisherigen (und gegebenenfalls auch nachtatlichen) Entwicklung ein besonderer Hinweiswert zugemessen wird.[60]

Die Kritik an § 17 Abs. 2 Var. 1 JGG beruht auf dessen zweifelhafter Verträglichkeit mit dem Schuldprinzip. Zwar setzt die Anordnung der Jugendstrafe auch bei diesem Verhängungsgrund eine schuldhaft begangene Straftat voraus, doch fungiert diese eher als Anlass und intensitätslimitierende Referenz der Sanktion. Der eigentliche Anordnungsgrund liegt dagegen (ebenso wie die für die Strafbemessung maßgebliche Bezugsgröße) in der neigungsbedingten Gefährlichkeit – die aber lediglich diagnostiziert werden muss, ohne dass es darauf ankäme, ob dem Verurteilten deswegen ein (aus kriminologischer Warte ohnehin kaum begründbarer) Vorwurf zu machen ist.[61] Grundlage der strafenden Freiheitsentziehung ist also die dem Jugendlichen zugeschriebene Beschaffenheit, nicht aber deren individuelle Vermeidbarkeit.[62]

In der Literatur wird die „Neigungs-Variante“ so mitunter für verfassungswidrig gehalten[63] oder ihre legislatorische (aber nicht notwendig ersatzlose) Abschaffung verlangt, wofür man jedoch meist auf die Unbestimmtheit und fragliche Begrenzbarkeit des Anordnungsgrundes verweist.[64] Und in der Tat ist nicht von der Hand zu weisen, dass die tatrichterliche Handhabung nicht selten mit schematischen und oberflächlichen Gefährlichkeitsdiagnosen operiert, mit denen sie entweder eine schlichte Eskalationslogik[65] oder das Strafverlangen bei schwerer Delinquenz (vgl. oben I.2. am Ende) kaschiert. Die Folgen sind, wie die relativ geringen Anwendungszahlen zeigen (oben I.3.), jedoch begrenzt. Gleichwohl wäre eine strukturelle Entflechtung von der Strafkategorie angebracht, wobei diese neue selbstständige Rechtsfolge dann auch inhaltlich auf eine sozialpädagogische Intensivbetreuung (innerhalb strenger Verhältnismäßigkeitsgrenzen auch stationär) hinauslaufen muss.[66] Für solche oder ähnliche Schritte sind im politischen Raum allerdings nicht die geringsten Anzeichen erkennbar.

Die Bereitschaft zu Modifizierungen ist vielmehr auf terminologische Fragen beschränkt. Der Begriff der „schädlichen Neigungen“ sieht sich nämlich nicht nur durch seine Hintergründe in der NS-Gesetzgebung (oben I.1.) in Frage gestellt,[67] sondern vor allem auch wegen seiner Tendenz zur Stereotypisierung und zu einem ausgrenzenden „Othering“.[68] Nach mehrfachen Vorstößen der Bundesländer[69] ist eine zeitgemäße Neufassung von § 17 Abs. 2 Var. 1 JGG nunmehr auch durch das BMJ avisiert.[70] Irgendeine inhaltliche Veränderung läge darin aller Voraussicht nach aber nicht. Dies ist beim Anordnungsgrund der Schuldschwere anders. Hier kristallisiert sich momentan eine deutlich weiterreichende Neuentwicklung heraus.

2. „Schwere der Schuld“

a) Vorwurfsintensität

Nach § 17 Abs. 2 Hs. 2 JGG ordnet das Gericht die Jugendstrafe an, wenn dies „wegen der Schwere der Schuld erforderlich“ ist. Eine Schwelle, bei deren Überschreitung der Schuldvorwurf das notwendige Gewicht aufweist, benennt das Gesetz dabei nicht. Auch der *BGH* sieht konsequent von der Bestimmung eines Grenzwertes ab. Vielmehr beschränkt er sich darauf, ein Spektrum an potenziell relevanten Beurteilungsfaktoren aufzuzeigen und deren Zusammenführung in einer Gesamtbewertung zu betonen. Hiernach komme es – und darin liegt eine Abweichung vom Erwachsenstrafrecht – vorwiegend auf die innere Tatseite an, genauer: auf charakterliche Haltung, Persönlichkeit sowie Tatmotivation des Jugendlichen, soweit

56 Dazu und zu den Konsequenzen vgl. m.w.N. zur Rspr. *Eisenberg/Kölbel,* JGG, § 17 Rn. 34 ff.

57 Die erzieherischen Potenziale anderer jugendstrafrechtlicher Rechtsfolgen dürfen „nicht ausreichend“ (*BGH*, NStZ 2023, 434) und die Jugendstrafe muss insofern „überlegen“ (*Radtke/Scholze,* in: MüKo-StGB, JGG, § 17 Rn. 47) sein. Bei Unklarheiten über die Erforderlichkeit der Jugendstrafe ist gem. § 27 JGG zu verfahren.

58 Stellvertretend zuletzt etwa *BGH*, StV 2022, 9 ff. Dazu, dass die Elemente der „Störung“ und „gefahrbedingten Erforderlichkeit“ kumulativ vorliegen müssen und – zur Vermeidung von Zirkelschlüssen (näher *Walter/Wilms*, NStZ 2007, 1 (3); *Swoboda,* ZJJ 2016, 278 (285 f.) – nicht in eins gesetzt werden dürfen, vgl. *Eisenberg/Kölbel,* JGG, § 17 Rn. 22; *Kemme*, StV 2014, 760 (761 f.).

59 Dazu aus rechtspsychologischer Warte *Kemme/Wetzels*, PraxRPsych 2014, 45 (58); *Düber/Leitner/Köhler,* in: dies., Die Beurteilung schädlicher Neigungen nach § 17 JGG, 2016, S. 103 ff.

60 Dazu und den von der Rspr. gestellten Anforderungen im Einzelnen m.w.N. *Eisenberg/Kölbel,* JGG, § 17 Rn. 26 f., 29 f.

61 Zu den latenten inneren Widersprüchen von Schuld und Prävention bei § 17 Abs. 2 Var. 1 JGG etwa *Haffke*, in: FS Amelung, 2009, S. 17 (20 f.).

62 Aus diesem Grund weist die Jugendstrafe in der Variante von § 17 Abs. 2 Var. 1 JGG eine gewisse Ähnlichkeit mit einer Maßregel auf (vgl. *Eisenberg/Kölbel,* JGG, § 17 Rn. 23; weitergehend *Kemme,* StV 2014, 460 (462 ff.); den Strafcharakter betonend aber *Swoboda,* ZJJ 2016, 216 (282 f.); *Haas*, in: FS Dölling, 2023, S. 518.

63 Vgl. etwa *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (4 f.); im Ergebnis aus anderen Gründen (Ungeeignetheit von Strafe zur bei § 17 Abs. 2 Var. 1 JGG intendierten Gefahrenabwehr) auch *Konze*, Die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen gem. § 17 Abs. 2 Fall 1 JGG, 2015, S. 93 ff.

64 Vgl. statt vieler *Albrecht*, 64. DJT, Gutachten D, S. 152 ff.; *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1, (7 f.); *Heinz* (Fn. 25), S. 140.

65 Man orientiert sich dann „an der Frage, ob alle anderen Erziehungsmöglichkeiten vergeblich erprobt“ worden sind (*Nöding*, Verteidigung in Jugendstrafsachen, 8. Aufl. [2023], Rn. 102).

66 Ähnlich *Streng,* Jugendstrafrecht, Rn. 431; *Haas*, in: FS Dölling, 2023, S. 522; dazu im Detail *Nix*, Kritik der „Erziehungsstrafe“ im Jugendstrafrecht, 2017, S. 17 ff.

67 Im deutschen Jugendstrafrecht wird er in § 1 Abs. 1 der in Fn. 4 genannten VO erstmals verwendet. Zum auf Entehrung und Exklusion gerichtet nationalsozialistischen Verwendungskontext *Swoboda,* ZJJ 2016, 278 (279).

68 Näher *Eisenberg/Kölbel,* JGG, § 17 Rn. 21; *Swoboda,* ZJJ 2016, 278 (283).

69 Vgl. etwa BR-Drs. 238/04, S. 7, 36 f. oder die Beschlüsse der Justizministerkonferenzen vom 25./26.6.2014 und 1./2.6.2016.

70 Zur entsprechenden Ankündigung im Grußwort des Bundesjustizministers zum 32. Deutschen Jugendgerichtstag vgl. den Tagungsbericht von *Höynck/Ernst,* ZJJ 2023, 383.

diese sich „in der Tat manifestiert haben".[71] Um diese personenbezogenen Schlüsse zu ziehen, bedürfe es zwar auch der Einordnung des Tatvorwurfs anhand normal-strafrechtlicher Kriterien, nur habe diese sog. „Parallelwertung" keine selbstständige Bedeutung.

Für diese jugendspezifische Schuldbewertung müsse das Ereignis in all seinen Seiten erfasst werden. Neben alterstypischen (Individual-)Aspekten (Entwicklungsstand, Gruppendynamik und andere situative Bedingungen) beträfe dies auch die allgemeinen Gewichtungsmerkmale, etwa die gesetzgeberische Deliktseinstufung (Vergehen/Verbrechen, Strafrahmen) sowie alle Aspekte, die das fallkonkrete Erfolgs- und Handlungsunrecht prägen (Schäden; Vorgehensweise; Planung/Vorsatz/Fahrlässigkeit; tatbezogene Einstellungen usw.). Dabei spreche die Begehung von legislatorisch als wenig oder mittelschwer eingeordneten Delikten (oder von minderschweren Fällen) tendenziell zwar gegen die Schwere der Schuld (die bei Vornahme von Kapital- und anderen gewichtigen Delikten umgekehrt sehr häufig begründbar sei), aber letztlich komme dem stets nur der Status von mittelbar bedeutsamen Hinweisen zu. Der Ausschlag werde durch das „konkrete Tatbild" gegeben.[72]

b) Wegfall des judikativ geforderten Indikationserfordernisses

Der bisherigen Rechtsprechung zufolge war allerdings auch bei § 17 Abs. 2 Hs. 2 JGG „der das Jugendstrafrecht beherrschende Erziehungsgedanke (§ 18 Abs. 2 JGG) vorrangig zu berücksichtigen".[73] Deshalb genügte ein hinreichender Schuldvorwurf für die Anordnung der Jugendstrafe nach § 17 Abs. 2 Hs. 2 JGG für sich genommen nicht; anordnungsfähig war diese Rechtsfolge nur, wenn sie daneben auch aus erzieherischen Gründen als erforderlich erschien.[74] Diese Interventionsbedürftigkeit musste aber keineswegs den Grad „schädlicher Neigungen" erreichen;[75] es reichte aus, dass die Jugendstrafe im konkreten Fall jedenfalls erzieherisch nicht funktionslos oder gar kontraproduktiv war.[76] Auch wenn diese Linie in manchen Ausnahmebereichen aufgelockert wurde,[77] hatte sie – ungeachtet anhaltender Kritik in Teilen des Schrifttums[78] – als Leitprinzip bislang Bestand.[79]

Nunmehr gab der *5. Senat* diese Auslegung jedoch bekanntlich in einem Anfragebeschluss[80] und – da ihm die anderen fünf Senate (jeweils begründungslos) folgten[81] – einem darauf beruhenden Urteil auf.[82] Hierfür wurden von ihm im Wesentlichen jene Argumente referiert, die die genannte Schrifttumsfraktion seit jeher ins Feld geführt hatte: Der Gesetzgeber habe durch die Fassung des Normtextes in § 17 Abs. 2 JGG, in dem sich die erzieherische Indikation („Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen") allein auf die schädlichen Neigungen bezieht, ebenso wie durch seine Erläuterung in der Gesetzesbegründung[83] zum Ausdruck gebracht, dass § 17 Abs. 2 Hs. 2 JGG eine erziehungsunabhängige Schuldstrafe ermöglichen soll.

Diese mehr als 70 Jahre zurückliegende Festlegung wurde zwischenzeitlich indes relativiert. So hat der Gesetzgeber niemals ein Beharren auf der damaligen Konzeption erkennen lassen und – in Kenntnis der über Jahrzehnte vom *BGH* vertretenen Indikationslösung – weder den § 17 JGG nachjustiert, noch auch nur ein Monitum formuliert. Ganz im Gegenteil wurde mit § 2 Abs. 1 S. 2 JGG zum 1.1.2008 eine rechtsfolgenbezogene Generalregelung implementiert, der zufolge die Sanktionsanordnung „vorrangig" am Erziehungsgedanken auszurichten ist (oben I.2). Durch diese lex posterior, die die Berücksichtigung von Schuld eben nicht in gleichwertiger oder gar alleiniger Weise, sondern eindeutig nur mit einem „nachrangigen" Stellenwert erlaubt, wurde die ursprüngliche Regelungsstruktur wesentlich überformt. Eine Auslegung, die allein an die gesetzgeberische Intention von 1953 anknüpft, ist außerdem auch mit den zwischenzeitlich eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik unvereinbar.[84] Und ohnehin sprach § 18 Abs. 2 JGG schon immer dafür, dass eine reine Schuldstrafe im JGG gar nicht integrierbar ist. Indem die Vorschrift als einziges Kriterium für die Strafdauerfestlegung die Ermöglichung der „erzieherischen Einwirkung" bestimmt, setzt sie deren Notwendigkeit ersichtlich voraus. Dass das JGG für jene

71 Stellvertretend BGHSt 61, 188 (191 f.) = NJW 2016, 2050 (2051); dem prinzipiell zustimmend *BVerfG*, BeckRS 2006, 28246. Zu einem leicht abw. Verständnis vgl. *Eisenberg/Kölbel,* JGG, § 17 Rn. 54; *Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 432.

72 Vgl. die Rspr.-Übersichten etwa bei *Eisenberg/Kölbel,* JGG, § 17 Rn. 46 ff.; *Radtke/Scholze,* in: MüKo-StGB, JGG, § 17 Rn. 63 ff.

73 Stellvertretend *BGH*, NStZ-RR 2018, 358 (258 f.).

74 So die bisher ständige Rechtsprechung. Vgl. die Zusammenstellung entsprechender Judikate bei *BGH*, NStZ 2024, 106 (110 f.); *Eisenberg/Kölbel*, JGG, § 17 Rn. 55; *Neubacher/Lohrmann* JZ 2024, im Erscheinen.

75 Andernfalls wäre die Schuldschwere-Variante letztlich überflüssig und die Begrenzung des § 27 JGG auf die Konstellation der schädlichen Neigungen unstimmig.

76 *Eisenberg/Kölbel,* JGG, § 18 Rn. 55; *Kölbel* JR 2019, 40 (40).

77 Bisweilen hatte der *BGH* die Jugendstrafe auf das Vorliegen eines außerordentlich gesteigerten Vorwurfs gestützt und dabei die Bedeutung der erzieherischen Aspekte relativiert (etwa *BGH*, NStZ 2018, 728 [729]; BeckRS 2022, 4950) oder nicht thematisiert (etwa *BGH*, NStZ 2014, 407 [408]; *BGH*, NStZ 2017, 648 [649]). Ähnlich verfuhr er, wenn der Angeklagte zum Urteilszeitpunkt das 21. Lebensjahr bereits überschritten hatte und sich damit de facto in einem Übergangsbereich zum Schuldstrafrecht des StGB befand (vgl. die Übersicht bei *Eisenberg/Kölbel,* JGG, § 17 Rn. 57 f.).

78 Vgl. z.B. *Brunner/Dölling*, JGG, 14. Aufl. (2023), § 17 Rn. 27; *Ostendorf*, in: NK-JGG, 11. Aufl. (2021), § 17 Rn. 4; *Streng,* Jugendstrafrecht, Rn. 436 f.; *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (7); *Swoboda,* ZStW 132 (2020), 826 (855 f.); *Bachmann,* JZ 2019, 759 (759 f.); *Rose,* NStZ 2019, 57 (59); *Beulke,* NK 2019, 269 (274 ff.); *Kaspar,* JR 2024, 201 (202).

79 Der *1. Senat* hatte sich zwar (in einem obiter dictum) vom Indikationserfordernis distanziert (*BGH*, NStZ 2013, 658 [659]), doch blieb dies in der Rspr. ohne nennenswerte Gefolgschaft. Später kehrte auch dieser Senat wieder zur ursprünglichen Auffassung zurück (*BGH*, NStZ 2018, 659 [660]).

80 *BGH*, NStZ 2024, 106.

81 *BGH*, 1 ARs 11/23; *BGH*, 2 ARs 465/23; *BGH*, 3 ARs 15/23; *BGH*, 4 ARs 10/23 und *BGH*, 10 ARs 10/23.

82 Urt. v. 4.6.2024 – 5 StR 205/23. Die Urteilsbegründung ist weitgehend identisch mit dem Anfragebeschluss und geht auf die zwischenzeitlich erschienene Literatur inhaltlich nicht ein.

83 BT-Drs. 1/3264, S. 40 f.

84 Zu den Widersprüchen zwischen der Auslegung des *5. Senats* und Art. 37 lit. b der Kinderrechtskonvention eingehend *Neubacher/Lohrmann,* JZ 2024, im Erscheinen.

Fälle, in denen es daran fehlt, also offenbar überhaupt keine Bemessungsregelung vorsieht, spricht dafür, dass es diesen Falltypus auch nicht als Fall der Jugendstrafe anerkennt.[85]

3. Implikationen der neuen Judikatur

a) Geringere Anordnungshürden

Die geänderte Rechtsprechung des *BGH* ist angesichts dieser argumentativen Gemengelage also auf alles andere als zwingende Gründe gestützt.[86] Dennoch wird sie die Rechtspraxis wahrscheinlich spürbar verändern. Durch den Wegfall der erzieherischen Notwendigkeit kommt es für § 17 Abs. 2 Var. 2 JGG nunmehr allein auf das Schuldschwere-Kriterium an – und dessen Reichweite ragt in der oben skizzierten Handhabung (III.2.a.) prinzipiell bis in den Bereich mittelschwerer Delikte hinein.[87] Diese abgeflachte Anordnungsschwelle kommt ohne das Korrektiv des Indikationserfordernisses direkt zum Tragen.[88] Zwar ist nicht bekannt, mit welcher Häufigkeit die Jugendstrafe nach § 17 Abs. 2 Var. 2 JGG früher wegen des Fehlens eines stationären Einwirkungsbedarfs abgelehnt wurde, doch dass die Bejahung des Anordnungsgrundes künftig einfacher wird, liegt auf der Hand. Der so eröffnete Anwendungsbereich widerspricht nicht nur dem gesetzgeberischen Willen, auf den sich der *BGH* doch verbal beruft,[89] sondern gefährdet vor allem den moderaten Charakter der bisherigen Anwendungspraxis (oben I.3.). Doch damit nicht genug. Berücksichtigt man auch die Art der vermutlich hinzukommenden Jugendstraf-Fälle, stehen noch weitergehende Konsequenzen im Raum:

b) Mehr nicht-indizierte Anordnungsfälle

Der Beitrag, den die Jugendstrafe zur Begrenzung von Jugenddelinquenz erbringt, muss nach den oben (bei II.2.) erwähnten Befunden insgesamt, sieht man von zeitlich stets begrenzten und für das gesellschaftliche Deliktsaufkommen nur bedingt relevanten Sicherungseffekten ab,[90] skeptisch beurteilt werden. Die Sanktionsform wirkt, makroanalytisch gesehen, eher an der Reproduktion von Kriminalität mit, auch wenn sie in einzelnen Fällen (also mikroanalytisch gesehen) bisweilen entwicklungsförderlich sein kann. Ein im Sinne der positiven Spezialprävention funktionaler Einsatz der Jugendstrafe liegt deshalb ausschließlich unter sehr engen Bedingungen vor – nämlich allein in den wenigen Fällen mit solchen psychosozialen Problemlagen, zu deren Behebung sich die Jugendstrafe individuell eignet (und dies vor allem auch ausnahmsweise besser als eine ambulante Reaktion).

Um sicherzustellen, dass diese Sanktion nach Möglichkeit nur in diesen konkret indizierten Konstellationen eingesetzt wird, bedarf es vor der Anordnung von Jugendstrafe der Prüfung und Feststellung nicht nur einer hinreichenden Vorwurfsschwere,[91] sondern auch einer jugendstrafbezogenen Indikation. Im bisherigen Normprogramm war dies zumindest ansatzweise angelegt, da der erzieherische Bedarf grundsätzlich (in verschiedener Ausprägung) für beide Verhängungsgründe festzustellen war. Nach dem Wegfall dieses Kriteriums in der Schuldschwere-Variante findet eine Indikationsprüfung hier künftig aber nur noch sekundär, nämlich bei der Strafdauerbemessung und der Aussetzungsfrage statt, während sie für das „Ob" keine Bedeutung mehr hat. Zur Anordnung der Jugendstrafe wird es deshalb vielfach auch in Fällen kommen, in denen sie individuell weder erforderlich noch geeignet ist.[92] Natürlich fand das auch bislang nicht selten statt,[93] doch dürfte dies künftig, wenn eine entsprechende Prüfung gar nicht mehr stattfinden muss, noch deutlich häufiger werden.

Hat der *BGH* dies akzeptiert oder gewollt? Man kann nur spekulieren, welche (rechtspolitische) Erwägung ihn in einer dogmatischen Gemengelage, in der ohne weiteres auch eine andere Auslegung möglich war und von ihm deshalb auch über Jahrzehnte selbst vertreten wurde, bewogen hat, diesen Weg ohne ein einziges neues Argument zu beschreiten.[94] Es spielt letztlich aber gar keine Rolle, ob es ihm um Schuldausgleich, Abschreckung oder öffentliche Straferwartungen ging. Viel interessanter wäre, ob er dabei den referierten empirischen Wissensstand zur

---

85 Die Zulässigkeit nicht-erzieherischer Jugendstrafen ergibt sich auch nicht aus der Möglichkeit von sehr langen Strafdauern (§ 18 Abs. 1 S. 2 JGG, § 105 Abs. 3 JGG). Diese Optionen können als Regelungen mit äußerst geringem Anwendungsbereich interpretiert werden, die allein in jenen seltenen Ausnahmefällen relevant werden, in denen gerade eine vieljährige Jugendstrafe erzieherisch angezeigt ist. In diesem Sinne auch BT-Drs. 17/9389, S. 20: § 105 Abs. 3 S. 2 JGG „ermöglicht es, einer besonders schweren Schuld angemessener Rechnung zu tragen, wenn das allgemeine Höchstmaß der Jugendstrafe für Heranwachsende von zehn Jahren dafür im Einzelfall auch *unter Berücksichtigung des leitenden Erziehungsgedankens* nicht ausreicht" (Hervorhebung durch *Verf.*).

86 Näher *Eisenberg/Kölbel*, NStZ 2024, 79 (82 ff.): Argumente beider Seiten heben sich auf, so dass es keine eindeutig überzeugendere Position gibt.

87 Sinnfällig wird das auch im Anfragebeschluss, der einen solchen mittelschweren Vorwurf (Landfriedensbruch) zum Gegenstand hatte (kritisch zur Bejahung der Schuldschwere *Eisenberg/Kölbel,* NStZ 2024, 79 [85]; *Pieplow,* ZJJ 2024, im Erscheinen.) und zudem eigens betont: „Auch Vergehen sind grundsätzlich geeignet, die Schuldschwere i.S.d. § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG zu begründen." (*BGH*, NStZ 2024, 106 [109]).

88 Zu dem darin liegenden Problem *Eisenberg/Kölbel,* NStZ 2024, 97 (84 f.); *Höynck,* StV 2024, 127 (128 f.); *Neubacher/Lohrmann,* JZ 2024, im Erscheinen; dies ansatzweise kritisierend auch *Kaspar,* JR 2024, 201 (203).

89 Vgl. BT-Drs. 1/3264, S. 40: § 17 Abs. 2 Hs. 2 JGG solle greifen, „wo eine *große Schuld* schwere Strafe fordert" (Hervorhebung durch *Verf.*).

90 Dazu *Eisenberg/Kölbel,* Kriminologie, § 41 Rn. 16 f. m.w.N. sowie die vertiefende empirische Analyse bei *Kleck/Sever* (Fn. 51), S. 250 ff.

91 Anderenfalls kommt Jugendstrafe aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht in Betracht.

92 Der in *BGH*, NStZ 2024, 106 behandelte Fall ist dafür ein eindrückliches Beispiel.

93 Dies deshalb, weil sich nicht immer gut vorhersehen lässt, ab wann eine stationäre Sanktion auch entwicklungsstützend wirken kann. Ohnehin kann die Prüfung der erzieherischen Indikation natürlich immer fehlgehen, insbesondere wenn sie, wie oben (bei Fn. 24) angedeutet, nur stiefmütterlich erfolgt.

94 Zumal das Gericht damit die eigene jahrzehntelange Judikatur und damit letztlich auch die eigene fachliche Autorität ersichtlich delegitimiert.

Kenntnis genommen hat,[95] dem zufolge für den spezialpräventiv nicht indizierten Einsatz der Jugendstrafe ein Preis fällig ist: das Risiko einer Kriminalitätssteigerung.[96]

IV. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Das schrittweise gewachsene Rechtsprogramm der Jugendstrafe richtete diese an einer dezidiert spezialpräventiven Zielverfolgung aus. In der Praxis hat die Sanktion in dieser Hinsicht zwar nur bedingt überzeugt, doch war immerhin ihre Anwendungsbreite begrenzt. Insofern fällt der Rückblick ambivalent aus. Der Blick nach vorn ist indes noch weniger erfreulich: Durch die bundesrichterliche Neubestimmung des Schuldschwere-Kriteriums droht nicht nur eine zunehmende Jugendstrafnutzung, sondern auch ein darauf beruhender unguter Impuls für die Kriminalitätsentwicklung. Vermutlich wird diese Gefahr teilweise dadurch aufgefangen, dass die Jugendstrafe in vielen der hinzukommenden Anwendungsfälle gar nicht vollstreckt, sondern zur Bewährung ausgesetzt werden wird.[97] Doch garantiert ist das nicht (ganz abgesehen davon, dass diese Möglichkeit lediglich bei Jugendstrafen von bis zu zwei Jahren besteht und sich – unabhängig vom Widerrufsrisiko – ebenfalls als erhebliche Hypothek für die Lebensführung der Betroffenen ausnehmen kann).

De lege lata ließe sich das Problem allein durch eine neue Auslegung von § 17 Abs. 2 JGG eingrenzen, die den Wegfall des Indikationserfordernisses durch höhere Anforderungen an das Schwere-Kriterium auszugleichen versucht. Damit würde zwar nicht für die hier angemahnte spezialpräventive Zielgerichtetheit bei der Anwendung des Anordnungsgrundes, aber immerhin für eine reduzierte Anwendungshäufigkeit gesorgt. Jener Teil der Literatur, der sich gegen das vom *BGH* früher vorausgesetzte Indikationserfordernis gewandt hatte, hatte dies auch häufig verlangt. Der dabei vorgeschlagene Schwere-Maßstab (Delikte bei denen jede andere Sanktion als eine Jugendstrafe für die Bevölkerung „schlechthin unverständlich" sei[98]), war aber von untauglicher Unbestimmtheit.[99] Eine Anknüpfung an gesetzlich vorgesehene Deliktskataloge hätte diese Nachteile nicht (und zudem den Vorzug einer legislatorischen Rückkopplung). Doch solche Auslegungsvorschläge sind allesamt müßig, da „harte Kriterien" zur Begrenzung von § 17 Abs. 2 Var. 2 JGG („Verbrechen", „Kapitaldelikte", „besonders schwere Fälle", „besonders schwere Qualifikationstatbestände") vom *BGH* durchgängig und nachdrücklich abgelehnt werden.[100]

In dieser Lage, in der der *BGH* das Jugendstrafrecht ohne sachliche Gründe in eine kriminalpolitisch ungute Situation hineinmanövriert und zugleich jede auslegungsgetragene Lösung verstellt, kann nur der Gesetzgeber einen Ausweg eröffnen. Aus hiesiger Sicht böte sich dafür die Ergänzung von § 17 Abs. 2 JGG um einen Satz 2 an, der durch Verweis auf § 138 Abs. 1 StGB für die Schuldschwere-Konstellation eine klar zugeschnittene Begrenzung der potenziell „schweren" Delikte vornimmt – oder stattdessen und besser noch das Indikationserfordernis reetabliert.

---

95 Als Beispiel dafür, dass eine solche Problematik auch von der Rechtsprechung bisweilen wahrgenommen und eigens problematisiert wurde, vgl. besonders *OLG Schleswig*, NStZ 1985, 476,

96 Dazu am Beispiel kurzer Strafen auch *Wermink/Blokland/Bleen u.a.*, Justice Quarterly 41 (2024), 317 (338): "To the extent that short-term imprisonment results in more future crimes than do non-custodial alternatives, the societal costs involved in the detection, prosecution, and sanctioning of the perpetrators of these future crimes, as well as the personal costs incurred by its victims, will need to be reckoned with when aspiring the retribution of present wrongs.".

97 Bei der fraglichen fallgruppentypischen Kombination aus eher mittelschweren Delikten ohne individuell erzieherische Jugendstrafindikation dürfte die positive Legalbewährungserwartung häufig zu begründen sein.

98 Etwa *Ostendorf*, in: NK-JGG, § 17 Rn. 7; *Brunner/Dölling* (Fn. 78), § 17 Rn. 25; *Laue,* NStZ 2016, 103 (103); *Rose,* NStZ 2019, 57 (59).

99 Auch die Herleitung dieses Maßstabs über das Konstrukt der positiven Generalprävention (zuletzt wieder *Kaspar,* JR 2024, 201 [204 f.]) überzeugt wegen seiner durchgängig spekulativen Struktur nicht (*Eisenberg/Kölbel,* NStZ 2024, 79 [84]).

100 Vgl. stellvertretend *BGH*, NStZ 2016, 102; 2022, 753 (754); NStZ-RR 2015, 55 sowie jetzt wieder *BGH*, NStZ 2024, 106 (109).

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

Tatbestandsmerkmal „als Zeuge“ in § 153 StGB als besonderes persönliches Merkmal

BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23

Leitsätze:

Das die Strafbarkeit begründende Tatbestandsmerkmal „als Zeuge“ in § 153 StGB ist kein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB, sondern ein tatbezogenes persönliches Merkmal, auf welches die Norm keine Anwendung findet.

Gründe:

I.

1 Das *LG Aurich* hatte den Angeklagten mit Urteil vom 3. Juni 2021 wegen Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage in Tateinheit mit Strafvereitelung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Auf seine Revision hatte der *Senat* mit Beschluss vom 8. März 2022 (3 StR 398/21, NStZ-RR 2022, 133) das Urteil im Strafausspruch unter Aufrechterhaltung der zugehörigen Feststellungen aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2 Im zweiten Rechtsgang hatte das *LG Aurich* den Angeklagten mit Urteil vom 19. September 2022 auf Grundlage des rechtskräftigen Schuldspruchs zu derselben Freiheitsstrafe wie zuvor verurteilt. Auf seine Revision hatte der *Senat* mit Beschluss vom 11. Januar 2023 (3 StR 445/22, NStZ 2024, 154) das Urteil unter Aufrechterhaltung der Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine Strafkammer des *LG Oldenburg* zurückverwiesen.

3 Nunmehr hat das *LG Oldenburg* den Angeklagten im dritten Rechtsgang zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Hiergegen wendet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

II.

4 Die sachlichrechtliche Nachprüfung des Urteils hat zum noch allein in Rede stehenden Strafausspruch keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

5 Das *LG* hat insbesondere rechtsfehlerfrei den sich aus den §§ 153, 26 StGB ergebenden Strafrahmen zu Grunde gelegt und keine Strafrahmenverschiebung gem. § 28 Abs. 1, § 49 Abs. 1 StGB vorgenommen. Denn das die Strafbarkeit begründende und vom Angeklagten als Anstifter nicht verwirklichte Tatbestandsmerkmal „als Zeuge“ in § 153 StGB ist kein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB, sondern ein tatbezogenes persönliches Merkmal, auf welches die Norm keine Anwendung findet (vgl. ohne ausdrückliche Erörterung *BGH*, Urt. v. 18.3.1976 - 4 StR 77/76, BGHSt 27, 74 [76]; v. 18.10.1978 - 2 StR 368/78, BGHSt 28, 155 [156]; v. 5.4.2007 - 4 StR 5/07, wistra 2007, 341 [342]; Beschl. v. 11.12.2013 - 2 StR 478/13, NJW 2014, 1403; v. 29.8.2017 - 4 StR 116/17, juris Rn. 7 f.).

6 Hierzu gilt:

7 1. Im Ausgangspunkt ist zwischen täterbezogenen persönlichen Merkmalen, die als besondere persönliche Merkmale im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB behandelt werden, und tatbezogenen persönlichen Merkmalen, auf welche die Vorschrift keine Anwendung findet, zu unterscheiden (st. Rspr.; vgl. *BGH*, Urt. v. 29.9.1993 - 2 StR 336/93, BGHSt 39, 326 [327 f.]; v. 25.1.1995 - 5 StR 491/94, BGHSt 41, 1 f. m.w.N.; v. 23.10.2018 - 1 StR 454/17, BGHSt 63, 282 Rn. 15; Beschl. v. 24.3.2021 - 4 StR 416/20, BGHSt 66, 66 Rn. 8; kritisch *Herzberg*, ZStW 88 [1976], 68 [79 ff.]; *Geppert*, ZStW 82 [1970], 40 [57 f.]; *Langer*, in: FS-Lange, 1976, S. 241 [258]; vgl. auch *Fischer*, StGB, 71. Aufl. [2024], § 28 Rn. 3 f.).

8 Die Abgrenzung hängt davon ab, ob das betreffende Merkmal im Schwergewicht die Tat oder die Persönlichkeit des Täters kennzeichnet (st. Rspr.; vgl. *BGH*, Urt. v. 29.9.1993 - 2 StR 336/93, BGHSt 39, 326 [328]; v. 25.1.1995 - 5 StR 491/94, BGHSt 41, 1 [2] m.w.N.; v. 23.10.2018 - 1 StR 454/17, BGHSt 63, 282 Rn. 16; Beschl. v. 22.1.2013 - 1 StR 234/12, BGHSt 58, 115 [117 f.]; v. 24.3.2021 - 4 StR 416/20, BGHSt 66, 66 Rn. 9). Umstände, die eine besondere Gefährlichkeit des Täterverhaltens anzeigen oder die Ausführungsart des Delikts beschreiben, sind in der Regel tatbezogen. Die Einordnung muss in wertender Betrachtung unter Beachtung des Charakters und der Schutzrichtung des jeweiligen Tatbestandes erfolgen (vgl. *BGH*, Urt. v. 23.10.2018 - 1 StR 454/17, BGHSt 63, 282 Rn. 16 m.w.N.).

9 Im Bereich der durch Pflichten gekennzeichneten Merkmale ist für die Abgrenzung letztlich maßgeblich, welche Art von Pflicht das Merkmal umschreibt. Handelt es sich um eine vorstrafrechtliche Sonderpflicht, wird eher die Persönlichkeit des Täters gekennzeichnet und ist daher das Merkmal täterbezogen. Handelt es sich dagegen um ein strafrechtliches, an jedermann gerichtetes Gebot, wird

eher die Tat gekennzeichnet und ist damit das Merkmal tatbezogen (vgl. *BGH*, Urt. v. 25.1.1995 - 5 StR 491/94, BGHSt 41, 1 [4 f. m.w.N.]; v. 23.10.2018 - 1 StR 454/17, BGHSt 63, 282 Rn. 17 m.w.N.; Beschl. v. 22.1.2013 - 1 StR 234/12, BGHSt 58, 115 Rn. 8 ff.; v. 24.3.2021 - 4 StR 416/20, BGHSt 66, 66 Rn. 9).

10 2. Nach diesem Maßstab, der eine dem jeweiligen Tatbestand gerecht werdende Bestimmung des Unrechtsgehalts der Teilnahmehandlung ermöglicht, ist das Merkmal „als Zeuge“ in § 153 StGB ein tatbezogenes persönliches Merkmal, auf welches § 28 Abs. 1 StGB keine Anwendung findet (im Ergebnis ebenso *Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. [2021], Vorb. § 153 Rn. 19; *Wolters/Ruß*, in: LK-StGB, Bd. 9, 13. Aufl. [2022], Vorb. § 153 Rn. 7; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. [2019], Vorb. §§ 153 ff. Rn. 42; *Fischer*, StGB, 71. Aufl. [2024], Vorb. § 153 Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. [2023], § 153 Rn. 7; *Norouzi*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. [2020], Vorb. § 153 Rn. 3; *Sinn,* in: SSW-StGB, 6. Aufl. [2024], § 153 Rn. 4; *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 339 ff.; *Grünwald*, in: GS-Kaufmann, 1989, S. 555 [563]; *Heidland*, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 50 Abs. 2 StGB, 1971, S. 93 ff.; *Gerl*, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 28 StGB, 1975, S. 147 ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht 2, 7. Aufl. [2004], § 97 Rn. 31; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 338; *Roeder*, ZStW 69 [1957], 223 [252]; anders dagegen *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. [2021], § 28 Rn. 63 ff.; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. [2020], § 28 Rn. 32; *Vormbaum*, in: NK-StGB, 6. Aufl. [2023], § 153 Rn. 111; *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 282 ff.; *Puppe*, in: NK-StGB, § 28 Rn. 70; *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. [2019], § 29 Rn. 37; *Zöller*, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. [2019], Vorb. § 153 Rn. 10; *Deichmann*, Grenzfälle der Sonderstraftat, 1994, S. 108 f.; *Herzberg*, GA 1991, 145 [182]; *ders*., ZStW 88 [1976], 68 [103]; *Langer*, in: FS-Wolf, 1985, S. 335 [345 ff.]; *ders*., in: FS-Lange, S. 241 ff.; *Hake*, Beteiligungsstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 111 f.; *Hirsch*, ZStW 88 [1976], 752 [771]).

11 a) Der Wortlaut des § 153 StGB ermöglicht dieses Auslegungsergebnis. Die Formulierung „als Zeuge“ lässt sich ohne Weiteres sprachlich dahin interpretieren, dass sie denjenigen bezeichnet, der in einer zeugenschaftlichen Vernehmung falsch aussagt. So verstanden, kennzeichnet das Merkmal nicht die Persönlichkeit des Täters, es ist vielmehr Element der Deliktshandlung.

12 b) Dieses Verständnis deckt sich mit der Entstehungsgeschichte der Norm. Das Strafgesetzbuch sah ursprünglich nur die Strafbarkeit der beeidigten Falschaussage vor. Da die ursprünglich obligatorische Beeidigung von Aussagen auf Grund von Neuregelungen in der Straf- und Zivilprozessordnung nicht mehr in jedem Fall erforderlich war, kam es zu straflosen uneidlichen Falschaussagen, weil ein entsprechender Straftatbestand fehlte. Vor diesem Hintergrund wurde durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943 (RGBl. I, 339, 340) der Straftatbestand der falschen uneidlichen Aussage in das Strafgesetzbuch eingefügt. Anlass für dessen Schaffung war mithin allein die Gefahr, die durch unwahre Aussagen von Zeugen (und Sachverständigen) für das Rechtsgut ausgeht, und nicht, dass ihnen eine persönliche Sonderpflicht für das Rechtsgut der Rechtspflege zukommt (vgl. *BGH*, Urt. v. 13.7.1966 - 4 StR 178/66, BGHSt 21, 116 [117]; *Gerl*, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 28 StGB, S. 148 f.; *Heidland*, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 50 Abs. 2 StGB, S. 94; jeweils m.w.N.).

13 c) Systematische Erwägungen stützen dieses Auslegungsergebnis.

14 aa) Dies gilt zunächst mit Blick auf Struktur und Regelungsgehalt von § 154 StGB. Danach macht sich strafbar, wer vor Gericht oder vor einer anderen zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle falsch schwört. Der Täterkreis ist im Gegensatz zu § 153 StGB nicht beschränkt, sondern erfasst neben dem Meineid des Zeugen als Qualifikationstatbestand (vgl. *BGH*, Besch. v. 24.10.1955 - GSSt 1/55, BGHSt 8, 301, 309 ff.; *Fischer*, StGB, § 154 Rn. 1) unter anderem die beeidete Aussage einer Partei im Zivilprozess nach § 452 Abs. 1 ZPO (vgl. *BGH*, Urt. v. 16.2.1968 - 4 StR 562/67, JZ 1968, 570; *Müller*, in: MüKo-StGB, § 153 Rn. 4). Das Gesetz nimmt somit in diesem Zusammenhang keine Strafrahmenabstufung zwischen dem Meineid von Zeugen und von Parteien vor; nach dem Willen des Gesetzgebers verwirklichen sie vielmehr gleichwertiges Unrecht.

15 Im Fall der Teilnahme am Parteienmeineid gemäß § 154 Abs. 1 StGB ergäben sich aus der Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB beim Zeugen im Rahmen der falschen uneidlichen Aussage gemäß § 153 StGB erhebliche Wertungs-widersprüche. Denn es fehlt im Tatbestand des § 154 Abs. 1 StGB, der ausdrücklich nur „falsches Schwören“ voraussetzt, ein besonderes persönliches Merkmal, das den Zivilprozessparteien eine Sonderpflicht zur Wahrheit auferlegt. Zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung müsste die Gegenauffassung entweder auf die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB in Fällen des § 154 StGB gänzlich verzichten oder auch für die Zivilprozesspartei eine Pflichtenstellung hinsichtlich der Wahrheitspflicht annehmen (vgl. *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 358).

16 bb) Eine Rechtfertigung für die Abweichung von der vollakzessorischen Zurechnung als Regelfall ergibt sich weiter nicht aus der Strafrahmendiskrepanz zwischen einer Anstiftung zur eidlichen Falschaussage gemäß §§ 154, 26 StGB und der Verleitung zur Falschaussage gemäß § 160 Hs. 1 StGB.

17 Nach § 160 Hs. 1 StGB ist strafbar, wer einen anderen zur Ableistung eines falschen Eides verleitet. Die Vorschrift soll die Lücke schließen, die sich daraus ergibt, dass es sich bei den §§ 153 ff. StGB um eigenhändige Delikte handelt, die deshalb nicht in mittelbarer Täterschaft begangen

werden können (*Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 160 Rn. 1; Fischer, StGB, § 160 Rn. 2; kritisch Küper, JZ 2012, 992 [996 f.]).

18 Mit Blick darauf, dass sich die Norm ohnehin nicht bruchlos in die Gesetzessystematik der Aussagedelikte einfügt, können Folgerungen aus ihr jedenfalls nicht ohne Weiteres gezogen werden (vgl. *Heidland*, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 50 Abs. 2 StGB, S. 97; *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 383 f.). So lässt die geringere Strafandrohung in § 160 Hs. 1 StGB für den Nichtzeugen, der täterschaftlich auf das Rechtsgut einwirkt, nicht den Schluss zu, dass die bewusste Falschaussage gemäß § 153 StGB eine besondere Pflichtwidrigkeit des zur Aussage Verpflichteten darstellt, in der ein personaler Unwert zu sehen ist, der die Anstiftung zur Falschaussage gemäß §§ 153, 26 StGB strafwürdiger erscheinen lässt als eine Verleitung nach § 160 StGB (a.A. *Hoyer*, in: SK-StGB, § 28 Rn. 37; *Herzberg*, GA 1991, 145 [182]; *ders*., ZStW 88 [1976], 68 [103 f.]; *Gallas*, in: FS-Engisch, 1969, S. 600 [607 ff., 614 f.]; *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, S. 283; *Deichmann*, Grenzfälle der Sonderstraftat, S. 60 ff.; *Hake*, Beteiligungsstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale", S. 112). Vielmehr ist der Strafrahmen des § 160 StGB, der den mittelbaren Täter erheblich privilegiert, historisch zu erklären. Er knüpft an die Vorstellung des Meineids als Sakraldelikt an (vgl. *BGH*, Beschl. v. 24.10.1955 - GSSt 1/55, BGHSt 8, 301 [309]; Urt. v. 13.7.1966 - 4 StR 178/66, BGHSt 21, 116 [117]). Danach bestand zwischen einem vorsätzlichen Meineid gemäß § 154 StGB und einem nur unvorsätzlichen Falscheid im Sinne von § 160 Hs. 1 StGB ein erheblicher Wertungsunterschied. Denn das im sakralen Moment der Vereidigung liegende Schutzgut war im letzteren Fall nicht betroffen. Daher erschien die Verleitung zu diesen Delikten weniger strafwürdig als die Anstiftung zu jenen (*Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 28 Rn. 32; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 160 Rn. 3/4; *Fischer*, StGB, Vorb. § 153 ff. Rn. 1; *Heidland*, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 50 Abs. 2 StGB, S. 95 ff.; *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 354 ff., 381 ff.).

19 d) Das Verständnis als tatbezogenes persönliches Merkmal deckt sich weiter mit der Schutzrichtung des § 153 StGB.

20 aa) Den Straftatbeständen der §§ 153 und 154 StGB liegt das zum Schutze der Rechtspflege aufgestellte Verbot zugrunde, die Feststellung des Sachverhalts durch unwahre Aussagen zu gefährden. Deshalb ist das die Strafbarkeit begründende Element die unwahre Aussage als solche (vgl. *BGH*, Beschl. v. 24.10.1955 - GSSt 1/55, BGHSt 8, 301 [309]; Urt. v. 15.2.1957 - 1 StR 471/56, BGHSt 10, 142 [143]; v. 13.7.1966 - 4 StR 178/66, BGHSt 21, 116 [117]). Strafgrund des § 153 StGB ist somit nicht die Verletzung einer besonderen, den Täter treffenden Pflicht zur Bewahrung eines ihm anvertrauten Rechtsgutes, wie dies beispielsweise bei der Amtsträgereigenschaft der Fall ist (vgl. hierzu *BGH*, Urt. v. 24.10.1990 - 3 StR 196/90, BGHSt 37, 207 [213]; v. 25.1.1995 - 5 StR 491/94, BGHSt 41, 1 [4]), sondern der objektive Eingriff in das geschützte Rechtsgut. Das Tatbestandsmerk- mal „als Zeuge" kennzeichnet gerade diesen Rechtsgutangriff. Der Teilnehmer wirkt an dieser Rechtsgutverletzung mit. Die hieraus folgende Rechtsgutbezogenheit des Merkmals begründet somit die akzessorische Zurechnung (*Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 153 ff. Rn. 42; *Geppert*, ZStW 82 [1970], 40 [71 f.]; *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 342; *Grünwald*, in: GS-Kaufmann, S. 555 [559, 563]).

21 bb) Den Zeugen trifft zudem keine besondere Verantwortung für das geschützte Rechtsgut, die einen qualitativen Unterschied zwischen dem Unrecht des Täters einerseits sowie des Teilnehmers andererseits und damit eine Lockerung der vollakzessorischen Zurechnung begründen könnte. Denn das geschützte Rechtsgut der Rechtspflege wird dem Zeugen nicht persönlich „anvertraut". Der Zeugenbegriff des § 153 StGB ist vielmehr ein formell-prozessualer. Der Status eines Zeugen besteht unabhängig davon, ob dieser Angaben zur Beweisfrage machen kann. Seine Verpflichtung beschränkt sich darauf, zu einem ihm gestellten Beweisthema Tatsachen zu bekunden. Umstände, die mit diesen nicht im Zusammenhang stehen, kann der Zeuge von sich aus nicht zum Gegen- stand der Vernehmung machen. Überdies hat er bei der Wahrheitsfindung keine rechtliche, sondern nur eine tatsächliche Stellung. Er erhält keine rechtliche Dispositionsbefugnis über den Inhalt seiner Bekundung und damit über das Rechts- gut, denn die Beweiswürdigung seiner Angaben obliegt allein dem Gericht (*Müller*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 153 Rn. 19; *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 352; *Norouzi*, in: Matt/Renzikowski, StGB, Vorb. § 153 Rn. 3; *Gerl*, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 28 StGB, S. 148; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, S. 337 f.; a.A. *Langer*, in: FS-Wolf, S. 335 [353 ff.]).

22 cc) Die Formulierung „als Zeuge" macht darüber hinaus deutlich, dass es sich allein um eine vom Zeugen im Zeitpunkt seiner Vernehmung zu erfüllende Pflicht handelt. Außerhalb der Vernehmung wird er wieder zum „jedermann", der im selben Umfang wie jede andere Person der Rechtspflege verpflichtet ist (vgl. *Wolters/Ruß*, in: LK-StGB, Vorb. § 153 Rn. 7; *Müller*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 153 Rn. 19; *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 351 f.). So macht sich der Zeuge ohne Weiteres strafbar, wenn er auf andere Weise das Rechtsgut gefährdet, indem er beispielsweise außerhalb des Gerichtsgebäudes auf Zeugen einwirkt, gefälschte Urkunden bei Gericht einreicht oder unwahre Zwischenrufe im Sitzungssaal außerhalb seiner Vernehmung unternimmt. Auch dies unterscheidet Fälle der vorliegenden Art von den durch persönliche Pflichten gekennzeichneten Tatbeständen der Untreue und der Amtsdelikte.

Für die Wahrheitspflicht des Zeugen als besonderes persönliches Merkmal

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 5.2.2024 – 3 StR 470/23

von Tim Stephan und
Hannah Schulze Zurmussen[*]

I. Einleitung

Die §§ 153 ff. StGB sind, insbesondere wegen der Eigenhändigkeit der Delikte des 9. Abschnitts, ein äußerst komplexer Deliktsbereich. Insbesondere anhand der Frage, inwieweit bei Beteiligten auch die akzessorietätslockernde Vorschrift des § 28 Abs. 1 StGB anwendbar ist, zeigen sich die hier vorliegenden Problematiken deutlich. Die zu besprechende Entscheidung des *BGH* vom 5.2.2024[1] musste sich hierbei mit der in der Literatur höchst umstrittenen Frage befassen, inwiefern das Tatbestandsmerkmal „als Zeuge" in § 153 StGB ein besonderes persönliches Merkmal i.S. des § 28 Abs. 1 StGB darstellt.[2] Bislang wurde sich mit der konkreten Rechtsfrage noch nicht höchstrichterlich befasst, wodurch die hiesige Entscheidung wohl in der Wissenschaft und der Praxis gleichsam besondere Bedeutung erlangen wird. Die folgende Entscheidungsbesprechung setzt sich kritisch mit den Begründungslinien des *3. Strafsenats* unter Heranziehung der bisher in der juristischen Fachliteratur vorzufindenden Argumente auseinander.

II. Sachverhalt

Der Mitangeklagte hatte dem späteren Zeugen versprochen, diesem trotz seines geringen Verdienstes eine Bankfinanzierung in Form eines Kredits in Höhe von 200.000 EUR zu ermöglichen. Als Provision verlangte der Mitangeklagte 10.000 EUR, die der Zeuge ihm zur Hälfte in bar gab und den restlichen Betrag durch das Erbringen von Handwerkerleistungen abgelten sollte. In der Folge wurde dem Zeugen jedoch kein Kredit gewährt. Dieser ging sodann zu dem Büro des Angeklagten und verlangte die gezahlte Provision zurück, woraufhin der Angeklagte den Zeugen kurzzeitig mit einer Pistole bedrohte. Nachdem sich die Situation friedlich auflöste, kamen die von der Frau des Angeklagten gerufenen Polizeibeamten an der Wohnung an.

Am 27.2.2019 wurde der Angeklagte durch einen Strafbefehl wegen Bedrohung in Tateinheit mit unerlaubten Führens einer Schusswaffe zu einer Geldstrafe verurteilt, gegen die der Angeklagte Einspruch einlegte. Zu einem späteren Zeitpunkt trafen sich der Mitangeklagte und der Zeuge gemeinsam bei dem Angeklagten, der als Rechtsanwalt tätig war. Die beiden Angeklagten überzeugten den Zeugen davon, vor Gericht auszusagen, er wäre betrunken gewesen und könne sich an nichts erinnern. In der Hauptverhandlung bekundete der Zeuge, dass er an dem betreffenden Tag Alkohol und Medikamente konsumiert habe und aggressiv gewesen sei. Bedroht worden sei er nicht. Das *AG* sprach daraufhin den Angeklagten mit Urteil vom 4.7.2019 frei. Das Urteil ist rechtskräftig.

Das *LG* hatte den Angeklagten mit Urteil vom 3.6.2021 wegen Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage in Tateinheit mit Strafvereitelung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt. Dieses Urteil wurde mit Beschluss vom 8.3.2022 vom *BGH* aufgehoben und zurückverwiesen. Daraufhin verurteilte das *LG* den Angeklagten am 19.9.2022 zu derselben Freiheitsstrafe wie zuvor – auch diese Entscheidung wurde jedoch durch den *BGH* mit Beschluss vom 11.01.2023 als rechtsfehlerhaft bewertet und aufgehoben. Das *LG Oldenburg* hat den Angeklagten im dritten Rechtsgang zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt.

III. Die Entscheidung

Die Revision des Angeklagten wurde vom *BGH* als unbegründet i.S. des § 349 Abs. 2 StPO angesehen. Der *3. Strafsenat* ging davon aus, dass das *LG* den Strafrahmen des §§ 153, 26 StGB korrekt herangezogen und gerade keine Strafrahmenverschiebung gem. §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB vorgenommen hat. Der *Senat* war davon überzeugt, dass das Tatbestandsmerkmal „als Zeuge" in § 153 StGB kein besonderes persönliches Merkmal i.S.

* *Tim Stephan* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik von *Prof. Dr. Anja Schiemann* an der Universität zu Köln. *Hannah Schulze Zurmussen* ist Studentische Hilfskraft an diesem Lehrstuhl.

1 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23.

2 Dafür *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. (2019), § 28 Rn. 37; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 28 Rn. 32; *Vormbaum*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 153 Rn. 111; *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 66; *Maiwald/Maurach/Schroeder*, in: Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht BT, Tb. 2, 10. Aufl. (2012), § 75 Rn. 86; dag. *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. § 153 Rn. 42; *Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), Vorb. § 153 Rn. 19; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), Vorb. § 153 Rn. 7; *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), Vorb. § 153 Rn. 2; *Wolters/Ruß*, in: LK-StGB, Bd. 9, 13. Aufl. (2022), Vorb. § 153 Rn. 7; *Norouzi*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), Vorb. § 153 Rn. 3.

des § 28 StGB darstellt. Vielmehr sei die Zeugeneigenschaft als tatbezogenes persönliches Merkmal zu werten, auf das die üblichen Regeln der (limitierten) Akzessorietät der Teilnahme anwendbar sind.

Bei der Anwendung des § 28 StGB geht der *Senat* als (Grund-)Prämisse von der herrschenden Differenzierung zwischen tat- und täterbezogenen persönlichen Merkmalen aus.[3] Die Abgrenzung hänge demnach davon ab, ob „das betreffende Merkmal im Schwergewicht die Tat oder die Persönlichkeit des Täters kennzeichnet".[4] Die Abgrenzung zwischen vollakzessorischen Merkmalen i.S. des §§ 26, 27 StGB und besonderen persönlichen Merkmalen i.S. des § 28 StGB ist bei Weiterführung dieses Ansatzes von einer umfassenden Einzelfallabwägung geprägt.[5] Dies spiegelt sich auch in den Ausführungen des *Senats* wider: „Die Einordnung muss in wertender Betrachtung unter Beachtung des Charakters und der Schutzrichtung des jeweiligen Tatbestandes erfolgen".[6] Im Bereich der sog. Pflichtdelikte wird die Abgrenzung zwischen tat- und täterbezogenen persönlichen Merkmalen dahingehend konkretisiert, dass entscheidend ist, welche Art von Pflicht durch das Merkmal umschrieben wird. Eine vorstrafrechtliche Sonderpflicht sei danach als täterbezogen einzustufen; strafrechtliche Jedermann-Gebote hingegen kennzeichnen eher die Tat.[7]

IV. Bewertung

Unter Zugrundelegung dieses Differenzierungsansatzes kommt der *Senat* mittels einer Anwendung der typischen juristischen Auslegungsmethoden zu seinem bereits vorgestellten Ergebnis. Die Begründung wird im Folgenden einer (kritischen) Bestandsaufnahme unterzogen.

1. Wortlaut

Für den *3. Strafsenat* spricht zunächst der Wortlaut des § 153 StGB für die Einordnung als tatbezogenes Merkmal. Der Passus „als Zeuge" beschreibe die Deliktshandlung und gerade nicht die Persönlichkeit des Täters.[8]

Der *Senat* ist hierbei überzeugt, dass die Zeugeneigenschaft lediglich die Deliktshandlung konkretisiert, weil durch den Wortlaut nur bezeichnet wird, dass eine Person in einer zeugenschaftlichen Vernehmung falsch aussagt. Zuzugestehen ist dem *Senat* insoweit, dass der Wortlaut so gedeutet werden kann, dass eine falsche Aussage „als Zeuge" strafbewehrt ist, weil tatsächlich nur der Zeuge und der Sachverständige als strafprozessuale Beweismittel falsch aussagen können;[9] der Wortlaut umschreibt die tatsächlichen Möglichkeiten des Zeugen, erheblich auf das Rechtsgut – die Rechtspflege – einzuwirken und ggf. dieses zu beeinträchtigen. Dass der Wortlaut explizit die Zeugeneigenschaft der falschaussagenden Person benennt, bilde lediglich das von § 153 StGB erfasste Tatszenario ab.

Aus dem Wortlaut selbst lässt sich jedoch nur bedingt klar entnehmen, dass die Zeugenstellung des § 153 StGB *ausschließlich* das tatbestandliche Verhalten umschreiben soll. Durch die personelle Begrenzung auf Zeugen und Sachverständige wird zwar ersichtlich, dass die Tatbegehung – und insbesondere die Potenzialität einer Rechtsgutsbeeinträchtigung – insbesondere bestimmten Personengruppen zugeordnet wird. Die Begrenzung der Deliktsverwirklichung auf lediglich diese zwei konkreten Personengruppen legt jedoch auch nahe, dass beiden eine hervorgehobene Stellung bei der Aufgabe der Wahrheitsfindung zuteilwird, die z.B. anderen Verfahrensbeteiligten gerade nicht zugeordnet werden kann.[10] Die Beschränkung des (personellen) Anwendungsbereiches könnte dahingehend dafürsprechen, dass die Eigenschaft „als Zeuge" i.S. des § 153 StGB den Moment einer besonderen Pflichtverletzung der konkreten Person auffängt.[11]

Für die Argumentation des *3. Senats* könnte insoweit viel eher ein Vergleich mit dem Wortlaut des *Prototyps* der Delikte, die nach h.A. stets ein besonderes persönliches Merkmal aufweisen, sprechen: die Rede ist von den Amtsträgerdelikten.[12] Analysiert man die Amtsträgerdelikte, so fällt auf, dass hierbei, z.B. bei § 339 StGB (Rechtsbeugung), § 340 StGB (Körperverletzung im Amt) und § 348 StGB (Falschbeurkundung im Amt), regelmäßig die Formulierung „*ein* Richter, *ein* […] Amtsträger oder *ein* Schiedsrichter" vom Gesetzgeber gewählt wurde. *Müller* geht aufgrund dieser gesetzlichen Wortwahl wohl davon aus, dass nur die Formulierung „ein Zeuge" auf die für die Unrechtsbegehung hervorgehobene Verletzung einer persönlichen Pflicht hindeuten würde.[13] Die Entscheidung des Gesetzgebers, in § 153 StGB den Passus „als Zeuge" zu wählen, sei ein Hinweis, dass es sich nicht um eine besondere Pflicht außerhalb der Vernehmung handele, sondern um eine „im Moment der Vernehmung zu erfüllende Pflicht", die nicht außerhalb der Tatsituation bestehe – und damit keine hervorgehobene Pflicht darstellt, die eine Anwendung des § 28 StGB rechtfertigt.[14]

---

3 Siehe hierzu *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, 61. Ed. (Stand: 1.5.2024), § 28 Rn. 8; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 28 Rn. 4.

4 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 8.

5 Vgl. *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. (2021), § 28 Rn. 34, die der herrschenden Ansicht das Fehlen einer nachvollziehbaren rechtsdogmatischen Fundierung vorwerfen: „Auch ein […] klares und teleologisch fundiertes Prinzip für die nichtakzessorische bzw. akzessorische Behandlung persönlicher Merkmale lässt sich der bisherigen Rechtsprechung nicht entnehmen".

6 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 8.

7 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 9.

8 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 9.

9 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 153 ff. Rn. 42; *Müller*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 153 Rn. 19.

10 Vgl. *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 282 f. Zu der Bedeutung des Zeugen für die strafprozessuale Wahrheitsfindung siehe IV.4.b.

11 *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, S. 282 f; anders hingegen *Müller*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 153 Rn. 19 der davon ausgeht, dass die Eingrenzung des Täterkreises diese nicht besonders verpflichten, sondern vielmehr schützen soll.

12 Vgl. hierzu *Valerius*, Jura 2013, 15 (17); *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 28 Rn. 38: „[…] paradigmatisch verstandene Fallgruppe […]"; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 28 Rn. 45: „Als gesicherte Einzelfälle der besonderen persönlichen Merkmale [darf] […] Amtsträger (§ 345) gelten."; *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 343.

13 Vgl. *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 351.

14 Vgl. *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 351.

Jedoch wird bei der weiteren Analyse der Amtsdelikte deutlich, dass dieses auf den ersten Blick stichhaltige Argument auf einem ungenauen Fundament fußt. Denn es existieren auch andere Amtsträgerdelikte, die nicht die Formulierung „ein Amtsträger", sondern vielmehr „als Amtsträger" nutzen, z.B. § 344 Abs. 1 S. 1 StGB (Verfolgung Unschuldiger) oder § 345 Abs. 1 StGB (Vollstreckung gegen Unschuldige). Nach der These von *Müller* umschreibe das Merkmal des Amtsträgers bei diesen Delikten jedoch nicht eine hervorgehobene soziale Pflicht dieser Personengruppe, sondern nur eine Art „Momentaufnahme", die die Unrechtsbegehung umschreibt. Es ist jedoch nicht ohne Weiteres erkennbar, wieso gerade bei den genannten Delikten (§§ 344 f. StGB) das Tatbestandsmerkmal „Amtsträger" in seinem Kern anders verstanden werden sollte als in den zuvor genannten Tatbeständen (§§ 339, 340, 348 StGB). Vielmehr müsste diese rechtlich erhebliche Abweichung gesondert legitimiert werden – was jedoch nicht möglich erscheint.

Aus dem Wortlaut des § 153 StGB wird – abweichend von der Ansicht des *BGH* – nicht ersichtlich, inwiefern die Zeugeneigenschaft ein täterbezogenes Merkmal darstellt. Vielmehr kann – je nach der eingenommenen Perspektive – vertreten werden, dass das Merkmal „als Zeuge" eine spezifische Eigenschaft der aussagenden Person beschreibt (dann „täterbezogen") oder die Tathandlung umschreibt, wonach nur eine falsche Aussage „als Zeuge" tatbestandsverwirklichend vollzogen werden kann[15].

2. Historie

Ebenfalls kritikwürdig ist die Argumentation des *Senats*, wonach das gerichtliche Normverständnis durch die geschichtliche Entwicklung des § 153 StGB gestützt wird. Der *Senat* ist unter Zugrundelegung einer höchstrichterlichen Entscheidung aus dem Jahr 1966[16] davon überzeugt, dass der Anlass für die Schaffung des § 153 StGB allein die von den Zeugen und Sachverständigen ausgehende Rechtsgutsgefahr bildete.[17] Eine persönliche Sonderpflicht des Zeugen für das Rechtsgut der Rechtspflege sei nicht für die Schaffung des neuen Tatbestandes maßgeblich gewesen.[18]

Ursprung der gesetzlichen Regelung der falschen uneidlichen Aussage gem. § 153 StGB war die Entwicklung der prozessualen Beeidigungspraxis. Das gängige Vorgehen der obligatorischen Beeidigung von Aussagen wurde aufgrund von zivil- und strafprozessualen Neuregelungen im Jahre 1933, wonach die Beeidigung einer Aussage in bestimmten Ausnahmefällen bzw. Konstellationen zukünftig im Ermessen des Tatrichters lag, überwiegend aufgegeben.[19] Die prozessuale Entwicklung wiederbelebte bisherige Bestrebungen, einen Straftatbestand für die falsche *uneidliche* Aussage in das StGB einzuführen.[20] 1943 wurde sodann durch Art. 6a Abs. 1 der Strafrechtsangleichungsverordnung ein neuer Tatbestand der falschen uneidlichen Aussage eingefügt, der bis heute im Kern unverändert blieb.[21] Insoweit ist für die Betrachtung, wie das Merkmal „als Zeuge" des § 153 StGB zu verstehen ist, die Gesetzesbegründung der Strafrechtsangleichungsverordnung maßgeblich.

Die Begründung des damaligen Gesetzgebers fällt hierbei kurz aus, enthält jedoch wichtige Aussagen zum Charakter des Tatbestandes der falschen uneidlichen Aussage. Nach der Gesetzesbegründung entspreche „die Strafdrohung gegen die falsche uneidliche Aussage […] auch einer ethischen Forderung: Auch wer unbeeidigt aussagt, hat sich im *Bewußtsein seiner Verantwortung vor der Volksgemeinschaft* streng an die Wahrheit zu halten […]"[22]

Unabhängig von der im Rahmen des NS-Rechts typischerweise vorzufindenden völkisch-ideologisch aufgeladenen Terminologie[23] ist zu erkennen, dass der neue Straftatbestand die materiellrechtliche Ahndung des Verstoßes gegen die Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen Aussage eines jeden Staatsbürgers, während er in staatlichen Verfahren als Zeuge auftritt, bezweckte. Strafrechtshistorisch wird durch den Passus „als Zeuge" also nicht (nur) die strafrechtliche Angriffsrichtung umschrieben. Vielmehr wird jeder Aussagende aufgrund seiner besonderen Stellung als Beweismittel im Strafverfahren persönlich in die Pflicht genommen, die Wahrheit zu sagen. Diese besondere Pflicht gilt insoweit auch nicht nur bei einer Vereidigung, sondern bei jeder (zeugenschaftlichen) Vernehmungssituation; sie ist nicht nur an die Vereidigung geknüpft.[24] Diese (historischen) Ausführungen sprechen dafür, dass die Verletzung der Wahrheitspflicht des Zeugen insoweit eine besondere personale Pflichtverletzung i.S. des § 28 Abs. 1 StGB darstellt.

Die Heranziehung der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift ist allerdings mit Vorsicht zu genießen. Insbesondere bei Straftatbeständen, die ihren Ursprung im NS-Strafrecht haben, ist zu bedenken, dass die damals gel-

---

15 So auch *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 340.

16 BGHSt 21, 116 (117).

17 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 12.

18 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - *BGH* 3 StR 470/23, Rn. 12.

19 Vgl. hierzu *Vormbaum*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, 2011, S. 43 f. Hierbei ist jedoch zu betonen, dass bereits 1936 mittels einer Ausführungsverordnung der Staatsanwaltschaften versucht wurde, diese prozessuale Entwicklung aufzuhalten. Ausführlich zur Ausführungsverordnung vom 29. Juni 1936 siehe *Vormbaum*, Eid, Meineid und Falschaussage, 1990, S. 130 f.

20 Siehe hierzu *Wolters/Ruß*, in: LK-StGB, Vorb. § 153 Entstehungsgeschichte; ausführlich *Vormbaum*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, S. 41 ff.; *Vormbaum*, Eid, Meineid und Falschaussage, S. 134 ff.

21 *Vormbaum*, Eid, Meineid und Falschaussage, S. 138.

22 Begründung wortgenau zu finden in *Vormbaum*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, S. 41 ff., Hervorhebung durch d. Verf.

23 Hierzu besonders detailliert *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, 2019, S. 26 ff. Den Gedanken der Volksgemeinschaft hat insbesondere *Roland Freisler*, einer der bekanntesten NS-Strafrechtler, geprägt und sich kriminalpolitisch zu Nutze gemacht, wie z.B. *Ambos*, a.a.O. S. 31 pointiert erfasst: „Sowohl der Einzelne als auch der Staat werden in den Dienst der Volksgemeinschaft gestellt […]". Freisler war bereits früh auch in den Beratungen der Strafrechtskommission zur Änderung der Aussagedelikte involviert, siehe hierzu: *Vormbaum*, Eid, Meineid und Falschaussage, S. 122 ff.

24 Vgl. *Puppe*, in: NK-StGB, § 28 Rn. 70.

tende Gesetzesbegründung ggf. von dem aktuellen Gesetzgeber nicht mehr getragen wird. Insbesondere das von den Aussagedelikten zu schützende Rechtsgut hat einen erheblichen Wandel durchlaufen. Während ursprünglich die Bedeutung des religiös geprägten Eides betont wurde,[25] ist nunmehr der Rechtspflegeschutz als singuläres Ziel der Aussagedelikte fest etabliert[26]; dass die Eidesverletzung nicht mehr wesentlich ist, ist allgemein anerkannt.[27] In Anbetracht dieser Entwicklung könnte auch der Schwerpunkt der für § 153 StGB strafbarkeitsbegründenden Merkmale selbst einen Wandel vollzogen haben, wonach das Merkmal „als Täter" nicht (mehr) vordergründig eine personale Zeugenpflicht umschreibt, sondern viel eher die Tatausführung – durch eine Aussage des Zeugen – sachlich charakterisiert. Die Entstehungsgeschichte des § 153 StGB allein führt also zu keinem klaren Ergebnis hinsichtlich der konkreten Rechtsfrage; vielmehr sind systematische und teleologische Erwägungen entscheidend heranzuziehen.

3. Systematik

Systematisch stellt der *BGH* zwei Erwägungen an.

a) Verhältnis zwischen § 153 und § 154 Abs. 1 StGB

Die erste betrifft das Verhältnis von § 153 zu § 154 Abs. 1 StGB. Letztgenannte Vorschrift fungiert für Zeugen und Sachverständige als Qualifikation des § 153 StGB. Bei anderen Aussagenden, insbesondere den Parteien im Zivilprozess,[28] die nicht in den Anwendungsbereich des § 153 StGB fallen, ist § 154 Abs. 1 StGB dagegen ein eigenständiger Tatbestand.[29] Nach Annahme des *BGH* ergebe sich aus dem Gleichlauf zwischen Zeugen und Zivilparteien in § 154 Abs. 1 StGB, dass das falsche Schwören beider Täterkreise gleichwertiges Unrecht verwirkliche.[30] Der *BGH* führt hierbei aus, dass sich in Bezug auf die Teilnahme am Parteimeineid gem. § 154 Abs. 1 StGB „erhebliche Wertungswidersprüche" ergäben, soweit die Zeugenstellung als besonderes persönliches Merkmal iSd § 28 StGB einzustufen wäre.[31] Der *Senat* geht hierbei stillschweigend davon aus, dass die Zivilpartei keine besondere Stellung zukommt – und der gleiche Strafrahmen des § 154 Abs. 1 StGB bezüglich des Meineids eines Zeugen und einer Zivilpartei dafür spreche, dass die Zeugenpflicht kein besonderes persönliches Merkmal sei.

Dabei verpasst der *BGH*, sich ernsthaft mit den dogmatischen Alternativen auseinanderzusetzen, die dieser sogar selbst benennt:

„Zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung müsste die Gegenauffassung entweder auf die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB in Fällen des § 154 StGB *gänzlich verzichten* oder *auch für die Zivilprozesspartei eine Pflichtenstellung hinsichtlich der Wahrheitspflicht annehmen*".[32]

Zunächst würde sich hier die Möglichkeit, § 28 StGB nur auf § 153 StGB anzuwenden, eröffnen. Grund dafür wäre, dass nunmehr die Anstiftung zum Zeugenmeineid und zum Parteienmeineid gem. § 154 StGB nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen würde; beide wären akzessorisch zum Haupttäter zu bestrafen. Jedoch erscheint es *praeter legem*, ohne weiteres die Anwendung des § 28 StGB bezüglich § 154 StGB zu sperren, um Wertungswidersprüchen zu entgehen. Die (Nicht-)Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB auf eine bestimmte Vorschrift kann sich nur daraus ergeben, dass die konkreten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Alles andere ist nicht legitimierbar. Dem *BGH* ist zuzustimmen, dass diese Argumentation eher dagegenspricht, die Wahrheitspflicht des Zeugen als besonderes persönliches Merkmal einzustufen.[33]

Der *BGH* benennt hier jedoch auch eine andere Möglichkeit, wie der Wertungswiderspruch vermieden werden könnte. Dies wäre der Fall, wenn eine allgemeine Wahrheitspflicht auch für die Partei des Zivilprozesses anzunehmen sei.[34] Er verwirft diesen Gedankengang aber ohne weitere Ausführungen. Der *BGH* macht hierbei jedoch selbst auf einen nicht zu unterschätzenden Begründungsansatz aufmerksam, wieso trotz der Einschätzung des Passus „als Zeugen" als besonderes persönliches Merkmal i.S. des § 28 Abs. 1 StGB zwischen dem Meineid von Zeugen und von (Zivil-)Parteien tatsächlich kein Unterschied gemacht werden sollte. Soweit der Partei im Zivilprozess eine besondere Wahrheitspflicht zugesprochen wird, so wäre der vom Senat angeführte Wertungswiderspruch aufgelöst.

Anders als der Beschuldigte im Strafverfahren ist die Partei neben dem Zeugen und Sachverständigen als drittes personales Beweismittel im Zivilverfahren einzuordnen. Die Partei trifft qua Gesetz eine – dem Zeugen vergleichbare – Wahrheitspflicht bezüglich Erklärungen über tatsächliche Umstände, vgl. § 138 Abs. 1 ZPO. Dies korreliert u.a. mit dem zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz (bzw. Verhandlungsmaxime), wonach grundsätzlich die Parteien selbst den Beweisstoff für die Verhandlung vorbringen[35] – und damit sogar noch eher für die Wahrheitsfindung verantwortlich sind als z.B. der Zeuge. Während der Richter ggf. gem. §§ 448 ff. ZPO von Amts wegen zu einer Parteivernehmung übergehen kann, um etwaige Unklarheiten oder Lücken in den Tatsachenvorträgen der Parteien aufzulösen, ist diese Vernehmungsmöglichkeit eher als Ausnahme ausgestaltet.[36] Die Zivilpartei trifft

25 Vgl. *Vormbaum*, in: NK-StGB, Vor §§ 153 ff. Rn. 22, sog. Publicafides-Theorie. Dieser Ansatz beruhte jedoch auf der veralteten Rechtslage, wonach der Gerichtseid selbst noch als Beweismittel fungierte und nicht nur für die Beweiswürdigung relevant war.

26 Siehe *Zöller*, in: SK-StGB Bd. 3, 9. Aufl. (2019), Vor § 153 Rn. 6; *Wolters/Ruß*, in: LK-StGB, Vor § 153 Rn. 4.

27 Siehe statt aller *Wolters/Ruß*, in: LK-StGB, Vor § 153 Rn. 4.

28 *Müller*, in: MüKo-StGB, § 154 Rn. 16.

29 *Müller*, in: MüKo-StGB, § 154 Rn. 4; *Norouzi*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 154 Rn. 1.

30 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - *BGH* 3 StR 470/23, Rn. 15.

31 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - *BGH* 3 StR 470/23, Rn. 16.

32 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - *BGH* 3 StR 470/23, Rn. 16, Hervorhebungen durch die Verf.

33 So auch *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 357 f.

34 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - *BGH* 3 StR 470/23, Rn. 16.

35 Siehe hierzu *Prütting/Gebauer*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. (2020), Einl. Rn. 88.

36 Vgl. *Schreiber*, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. (2020), § 448 Rn. 1.

eine besondere Verantwortung für die Wahrheitsfindung und das Rechtsgut der Rechtspflege i.S. des §§ 154 ff. StGB. Die parteiliche Wahrheitspflicht ist (auch) als besonderes persönliches Merkmal gem. § 28 Abs. 1 StGB einzustufen. Wäre § 28 Abs. 1 StGB entsprechend der Ansicht des *3. Strafsenats* nun nicht auf die (bestehende) Pflicht des Zeugen/Sachverständigen anzuwenden, bestehe tatsächlich ein erheblicher, sich aus § 154 Abs. 1 StGB ergebender Wertungswiderspruch.

b) Strafrahmendiskrepanz zwischen § 160 und §§ 153, 154 StGB

Die zweite Argumentationslinie des *BGH* befasst sich mit der systematischen Einfügung des § 160 StGB in die Aussagedelikte. Die Vorschrift erfasst den Täter, der jemanden zu einer (unbewussten) Falschaussage verleitet – und ist wertungsmäßig als Begehung durch mittelbare Täterschaft einzustufen.[37] Der Strafrahmen von bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe, der bei dieser Straftatbegehung vorgesehen ist, ist jedoch im Vergleich zu der Anstiftung zur eidlichen Falschaussage gem. §§ 154, 26 StGB (Mindestfreiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr) deutlich geringer. § 160 StGB privilegiert den (mittelbaren) Täter hier erheblich.[38] Diese auf den ersten Anschein nicht nachvollziehbare Abstufung könne nur dadurch erklärt werden, dass die Wahrheitspflicht des Zeugen als besonderes persönliches Merkmal eingestuft wird und damit für den Anstifter die Strafrahmenprivilegierung gem. §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB zur Anwendung kommt.[39] Der *BGH* ist jedoch überzeugt, dass diese Strafrahmendiskrepanz keinen Rückschluss darauf zuließe, dass im Rahmen der Aussagedelikte von der vollakzessorischen Zurechnung abgewichen werden soll.[40] Der vorzufindende Wertungswiderspruch sei vielmehr historisch zu erklären.[41]

Einerseits schloss die Einführung des § 160 StGB eine Strafbarkeitslücke im Bereich der Aussagedelikte. Angesichts der Qualität der §§ 153 ff. StGB als eigenhändige Delikte war der Täter, der eine gutgläubige Person zur Falschaussage bewegte, straflos – obwohl hierbei hinreichendes Unrecht verwirklicht wurde. Eine „Vertatbestandlichung" dieser Konstellation war insoweit erforderlich und wurde durch § 160 StGB umgesetzt.[42] Andererseits sei die Strafrahmendiskrepanz auf das historische Verständnis des Meineids als „Sakraldelikt" zurückzuführen.[43] Während das von den Aussagedelikten geschützte Rechtsgut – die Rechtspflege – durch beide Verhaltensweisen gleichermaßen gefährdet wird, wurde der Meineid gerade wegen der Verletzung dieses sakralen Momentes als besonders strafwürdig erachtet.[44] Der (vorsätzliche) Meineid gem. § 154 Abs. 1 StGB begründe höheres Unrecht als ein (unvorsätzlicher) Falscheid i.S. des § 160 Hs. 1 StGB – und damit zusammenhängend auch den höheren Strafrahmen der Anstiftung zu einem Meineid gem. §§ 154 Abs. 1, 26 StGB.[45]

Dass die unterschiedlichen Strafrahmen (auch) historisch mit der Bedeutung der vorsätzlichen Eidesverletzung zu erklären sind, erscheint schlüssig. Insbesondere die Bedeutung der Vereidigung zum Zeitpunkt der Einführung des § 160 StGB darf nicht ausgeblendet werden, wenn der Strafrahmen des § 160 Hs. 1 StGB nachvollzogen werden will. § 160 StGB war bereits weit vor der Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943 Teil des Strafgesetzbuches und ist dahingehend noch geprägt von der besonderen Bedeutung des Eides als Beweismittel.[46]

Jedoch wird von *Vormbaum* und *Herzberg* angeführt, dass die historische Bedeutung des religiösen Eides und ggf. die Verletzung dieses Rechtsgutes nicht *allein* die erhebliche Strafrahmendiskrepanz begründen kann. Dies zeigt insbesondere § 160 Hs. 2 StGB, bei dem der Gedanke des „Sakraldelikts" (eigentlich) keinen Einfluss haben kann, der im Vergleich zu § 153 StGB jedoch eine deutlich schwerere Strafe androht.

Die erhebliche Strafrahmendiskrepanz ist nur abschließend erklärbar, wenn dem *unmittelbaren* Täter eine über die reine Beeinträchtigung des Rechtsgutes hinausgehende Unrechtsbegehung angelastet wird.[47] Immerhin hätte sich der Gesetzgeber bei Einführung des § 160 StGB dazu entscheiden können, den mittelbaren Täter im gleichen bzw. – wenn der Einfluss des Meineids berücksichtigt wird – vergleichbaren Maße wie den unmittelbaren Täter zu bestrafen. Diese Wertung ergibt sich auch unmittelbar aus § 25 Abs. 1 StGB, wonach der unmittelbare und mittelbare Täter grundsätzlich nicht unterschiedliches Strafunrecht verwirklichen; eine Abstufung ist gesetzlich nicht vorgesehen.[48] Angesichts der Identität des geschützten Rechtsgutes beider Tatbestände kommt als Erklärung in Betracht, dass der Strafrahmen des § 153 StGB – und die damit zusammenhängende Begehung schwereren Unrechts – durch die Verletzung einer besonderen Pflicht des Aussagenden legitimiert wird, die bei einem mittelbaren Täter – und insoweit grundsätzlich bei Personen, die nicht als Aussagende auftreten – gerade fehlt.[49]

Diese Schlussfolgerung lässt sich auch durch eine gedankliche Übung in Bezug auf das Verhältnis zwischen

---

37 Vgl. *Kindhäuser/Hilgendorf*, StGB, 9. Aufl. (2022), § 160 Rn. 1; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 160 Rn. 3 f.

38 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 160 Rn. 3 f.

39 Vgl. für diese Argumentation *Roxin*, Strafrecht AT, § 27 Rn. 66; *Vormbaum*, Schutz des Strafurteils, S. 283 f.; *Herzberg*, ZStW 1976, 68 (103 f.); in diese Richtung wohl auch *Hoyer*, in: SK-StGB, § 28 Rn. 37; ablehnend *Müller*, Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 354 ff.

40 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 16 ff.

41 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 18.

42 *Vormbaum*, Schutz des Strafurteils, S. 283.

43 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 19; siehe hierzu insbes. *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 160 Rn. 3/4.

44 *BGH* 3 470/23 Rn. 19; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 160 Rn. 3/4.

45 *BGH* 3 470/23 Rn. 19.

46 Zur Entstehungsgeschichte des § 160 StGB siehe insbes. *Vormbaum*, Eid, Meineid und Falschaussage, S. 34 ff.

47 Zu dieser Argumentationslinie vgl. auch *Puppe*, in: NK-StGB, § 28 Rn. 70.

48 Vgl. zu diesem Gedanken schon *Vormbaum*, Schutz des Strafurteils, S. 283; *Herzberg*, ZStW 1976, 68 (103); in diese Richtung auch *Hoyer*, in: SK-StGB, § 28 Rn. 37: „[…] eine Falschaussage in mittelbarer Täterschaft, stellt auch gemessen am Rechtsgut kein leichteres Unrecht dar als eine Falschaussage in unmittelbarer Täterschaft".

49 So insbes. *Vormbaum*, Schutz des Strafurteils, S. 283 f.; *Herzberg*, ZStW 1976, 68 (103).

§ 160 Hs. 1 StGB und §§ 154, 26 StGB weiter untermauern. *Roxin* hat bereits konstatiert, dass der niedrige Strafrahmen mit dem Grundgedanken der strafrechtlichen Beteiligungslehre konfligiert, dass die Bestrafung des mittelbaren Täters und die des Anstifters grundsätzlich vergleichbar sein sollte. Hierzu ist auch anzumerken: Wenn schon ein Strafrahmenunterschied besteht, dann ist der Täter – der ggü. dem Anstifter typischerweise gesteigertes Unrecht verwirklicht – härter zu bestrafen.[50]

Diese Abweichung von den Grundsätzen der Beteiligungslehre rein historisch zu erklären ist nicht abwegig. Jedoch erscheint es systemlogischer, den Zeugen als besonders Verpflichteten anzusehen und insoweit auch davon auszugehen, dass in den Fällen der §§ 154, 26 StGB die Vorschrift des § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden ist. Dieser Lösungsansatz würde die unbefriedigende Lage in Bezug auf den nur schwer nachvollziehbaren erheblichen Strafrahmenunterschied zwischen §§ 154, 26 StGB und § 160 Hs. 1 StGB angemessen auflösen und in Kongruenz mit den Grundlagen der Beteiligungslehre anpassen. Das spricht dafür, die Wahrheitspflicht des Zeugen als besonderes persönliches Merkmal einzustufen und § 28 Abs. 1 StGB auf Beteiligte im Bereich der Aussagedelikte anzuwenden.

Die historische Konzeption des ursprünglichen sakralen Charakters kann in Teilen die Systematik der § 153 ff. StGB erklären. Jedoch sprechen auch gewichtige Argumente gegen diese Begründungslinie. Der *BGH* vermag hier keine dogmatisch überzeugende Lösung aufzuzeigen.

4. Telos

Die teleologische und letztlich entscheidende Argumentationslinie knüpft hauptsächlich an das Konzept der besonderen Wahrheitspflicht des Zeugen an. Hierbei führt der *Senat* insbesondere an, dass das von §§ 153 f. StGB geschützte Rechtsgut indiziert, dass der Passus „als Zeuge" kein strafbegründendes Element ist.[51] Hierfür spreche grundlegender das Faktum, dass – nach der Ansicht des *BGH* – eine besondere Verantwortung des Zeugen für das Rechtsgut nicht existiere und er insoweit keine besondere Pflichtenstellung einnehme.[52]

a) Verhältnis des Schutzgutes zur Stellung „als Zeuge"

Nach der Ansicht des *BGH* sei der Strafgrund der §§ 153 ff. StGB allein der *objektive* Eingriff in das geschützte Rechtsgut, keine Verletzung einer bestimmten personalen Pflicht. Zum Vergleich sei bei den Amtsträgerdelikten das Rechtsgut diesem Personenkreis gerade anvertraut; das gelte aber gerade nicht für die Aussagedelikte. Das Merkmal „als Zeuge" charakterisiere dahingehend nur den Rechtsgutsangriff.[53]
Es wurde bereits bei der Analyse des Wortlautes angemerkt, dass nicht ohne hinreichende Begründungsarbeit darauf geschlossen werden kann, dass der Passus „als Zeuge" ausschließlich die Angriffsrichtung umschreibt. Vielmehr muss die Rechtsgutsbezogenheit nicht per se gegen das Sonderunrecht eines bestimmten Täters sprechen.[54] Dieser Gedanke muss auch nicht zwingend mit der Abgrenzung zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen konfligieren, die ja bekanntlich zur Differenzierung auf eine *Gesamtabwägung* der Umstände zurückgreift. Ein Element, das objektiv den Angriff auf das Rechtsgut umschreibt, kann auch eine persönliche Pflichtenstellung des Täters kennzeichnen.

b) Die Wahrheitspflicht des Zeugen

Deutlich interessanter sind jedoch die Ausführungen zur besonderen Pflichtenstellung des Zeugen. Den Zeugen treffe keine besondere Verantwortung für die Rechtspflege – diese werde dem Täterkreis des § 153 StGB nicht persönlich anvertraut.[55] Die Rolle des Zeugen sei durch seine formale Verfahrensstellung ohne besondere Verantwortung für das Rechtsgut geprägt.

Dem *BGH* ist dahingehend zuzustimmen, dass der Zeuge im Bereich der Rechtspflege nicht den gleichen Stellenwert einnimmt wie z.B. der Richter. Dieser muss auf Grundlage der Beweislage die Entscheidung im konkreten Strafverfahren treffen und ihm obliegt auch die Würdigung der einzelnen Beweismittel, also auch der konkreten Zeugenaussage. Der Zeuge hat insoweit keine rechtliche Dispositionsbefugnis über die Würdigung seiner Aussage[56]; die Verbindung zwischen dem Zeugen und der Rechtspflege ist eine mittelbare. Dies könnte dafürsprechen, dass der Einfluss des Zeugen auf die Wahrheitsfindung[57] – und damit unweigerlich auch die Rechtspflege – so gering ist, dass ihm eine besondere Pflichtenstellung nicht zugeschrieben werden kann.

Jedoch darf nicht die Bedeutung der personalen Beweismittel für ein anthropozentrisches Strafverfahren unterschätzt werden.[58] Der Zeuge nimmt im Prozess sehr wohl eine besondere Rolle mit einem besonderen sozialen Bezug ein; das in ihn gesetzte Vertrauen hängt von der Stellung ab, die er persönlich einnimmt.[59] Dies wird gerade bei Betrachtung der Wahrheitspflicht des Zeugen bzw. des Sachverständigen deutlich: Nur dieser ist hinsichtlich der *konkreten* Beweisthemen dazu verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Eine Pflicht des Angeklagten oder des Nebenklägers besteht z.B. nicht; diese sind insoweit auch nicht mit der prozessualen Wahrheitssuche so verbunden wie

---

50 Pointiert *Roxin*, Strafrecht AT, § 27 Rn. 66: „Wenn schon der Fall des § 160 (nach Tatherrschaftsgrundsätzen ein Fall der mittelbaren Täterschaft) mit erheblich reduzierter Strafe belegt wird, kann dem Teilnehmer die Strafmaßreduktion nach § 28 I nicht versagt werden".
51 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 20.
52 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 21 ff.
53 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 20.
54 Vgl. *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 28 Rn. 64.
55 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 21 f.
56 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 22.
57 Zu den Elementen des Rechtsgutes „Rechtspflege" vgl. *Vormbaum*, in: NK-StGB, Vorb. § 153 Rn. 12 f.
58 Vgl. *Kett-Straub*, in: Handbuch des Strafrechts, Bd. 8, 2022, § 50 Rn. 3.
59 *Roxin*, Strafrecht AT, § 27 Rn. 66.

die personalen Beweismittel.[60] Vielmehr treffen nur diese eine konkrete prozessuale Wahrheitspflicht – und sind höchstpersönlicher Natur.[61] Die prozessual zwingenden Belehrungspflichten (vgl. § 57 StPO), bei denen der Zeuge nicht nur über die Wahrheitspflicht belehrt wird, sondern auch über die potenziellen strafrechtlichen Folgen einer unwahren Aussage, exemplifizieren die besondere Stellung des Zeugen.[62] Zudem wird angesichts des von dem Gericht festzusetzenden Gegenstands der Vernehmung (vgl. § 69 StPO) deutlich, dass dem einzelnen Zeugen für bestimmte Beweisthemen eine besondere Verantwortung bezüglich der Wahrheitsermittlung zukommt;[63] an die konkrete Zeugeneigenschaft werden also höchstpersönliche Aussagen zu bestimmten Themen geknüpft.[64] Es ist insoweit *Langer* zuzustimmen, wenn er dem Zeugen eine „Schlüsselstellung" für die Wahrheitsfindung – eines der Verfahrensziele und damit auch Element des Rechtsgutes „Rechtspflege" – zuweist.[65]

Dagegen spricht auch nicht, dass die Wahrheitspflicht des Zeugen allein auf den Moment der Vernehmung beschränkt ist. Der *Senat* sieht es als Indiz gegen eine besondere Pflichtenstellung an, dass der Zeuge außerhalb der Vernehmung wieder zum „jedermann" wird.[66] Zwar kann jeder Bürger in die Stellung des Zeugen geraten. Jedoch war es bereits frühzeitig einhellige Auffassung, dass ein besonderes persönliches Merkmal nicht zwingend dauerhafter Natur sein muss.[67] Auf die Dauer des Moments kommt es insoweit nicht an.

Demnach kann dem *Senat* auch nicht zugestimmt werden, wenn er davon ausgeht, dass eine teleologische Auslegung für seine Entscheidung spricht.

V. Fazit

Während der *BGH* in der hiesigen Entscheidung gewichtige Gründe gegen die Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB auf die Aussagedelikte vorbringt, ergibt sich bei näherer Betrachtung die Lückenhaftigkeit mancher seiner Argumentationslinien. Ist eine systemlogische Lösung zu der Rechtsfrage gesucht, so erscheint es doch zielführender, § 28 Abs. 1 StGB auf § 153 StGB anzuwenden und dementsprechend den Teilnehmer zu einer falschen uneidlichen Aussage, soweit er selbst kein Zeuge oder Sachverständiger ist und Kenntnis von der besonderen Stellung des unmittelbaren Täters hat, gem. § 49 Abs. 1 StGB zu privilegieren. Diese Thematik wird jedo sicherlich auch in Zukunft von Interesse sein, da noch nicht alle hier angesprochenen Aspekte einer wirklich zufriedenstellen Lösung zugeführt werden konnten.

---

60 Dagegen *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 351: „Der Vergleich mit dem Beschuldigten als durch prozessuale und materielle Normen privilegierten Extranen kann […] keinen Aufschluß über das Sonderunrecht des Intranen ergeben".

61 Vgl. *Zöller*, in: SK-StGB, Vorb. § 153 ff. Rn. 10; *Kindhäuser/Hilgendorf*, StGB, Vorb. §§ 153 Rn. 3; in diese Richtung auch *Roxin*, Strafrecht AT, § 27 Rn. 66.

62 *Herzberg*, ZStW 1976, 68 (103).

63 Zur Wahrheitspflicht des Zeugen vgl. *Maiwald/Maurach/Schroeder*, in: Maurach/Schröder, Maiwald, Strafrecht BT, § 75 Rn. 26.

64 *Hirsch*, ZStW 1976, 752 (771).

65 *Langer*, in: FS-Wolf, 1985, S. 352; ablehnend jedoch *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 350 f.

66 *BGH*, Beschl. v. 5.2.2024 - 3 StR 470/23, Rn. 23.

67 Siehe statt aller *Roxin*, Strafrecht AT, § 27 Rn. 23; *Geppert*, ZStW 1970, 40 (50).

BUCHBESPRECHUNGEN

Jan Nicklaus: Fahrlässigkeit als Irrtum. Eine Untersuchung von Sorgfalt und Erlaubnistatbeständen im Strafrecht

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2023, Nomos, ISBN: 978-3-7560-1242-8, S. 243, Euro 74,00.

Hauptanliegen der Dissertation ist die Auslegung des Fahrlässigkeitsbegriffs in einer Weise, die sich widerspruchsfrei in das Straftatsystem im Übrigen einfügt, den gesetzlichen Anforderungen genügt und Wertungswidersprüche minimiert (S. 15). Ziel der Arbeit ist es daher, Hinweise zur Anwendung des geltenden Gesetzesrechts zu geben (S. 16) und so eine Methodik zur möglichst präzisen und somit rechtssicheren Beschreibung der strafrechtlich relevanten gesetzlichen Wertungen zu entwickeln (S. 18).

Hierzu erfolgt zu Beginn des Kapitels 2 eine Auseinandersetzung mit dem die heutige Diskussion prägenden Meinungsspektrum (S. 19 ff.), so dass zunächst ein Überblick über die objektive Zurechnung und hierauf bezogene Fahrlässigkeitsbegriffe gegeben wird. Danach wird sich dem Begriff der objektiven Gefahr zugewandt und festgestellt, dass eine klare Definition der Gefahr ohne Bezugnahme auf die Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters oder einer auf diesen bezogenen Maßfigur im Kontext der Lehre von der objektiven Zurechnung und darauf aufbauender Fahrlässigkeitsbegriffe nicht möglich sei (S. 49). Insgesamt stellt er fest, dass alle derzeit diskutierten Kriterien entweder partikular oder unbestimmt seien (S. 57).

Der Verfasser präferiert einen negativen Ansatz dahingehend, dass zunächst geschriebene und nachrangig anerkannte ungeschriebene Ausschlusstatbestände zu prüfen seien und erst bei Nichtbestehen unter Zugrundelegung insbesondere verfassungsrechtlicher Maßstäbe zu ermitteln sei, ob ein neuer ungeschriebener, überindividueller Ausschlusstatbestand gebildet werden könne. Sei ein solcher nicht begründbar, so könne es sich nicht um eine erlaubte Verhaltensweise handeln. Ungeschriebene Erlaubnistatbestände unterlägen als teleologische Reduktion denselben Allgemeinanforderungen wie Gesetze. Sie könnten, so *Niklaus* in der Folge nicht auf Voraussetzungen aufbauen, die als Teil der konditionalen Anordnung nicht in jedem Fall Bestand haben können. Allerdings bestünde das Bedürfnis nach einer zusätzlichen Wertungsebene. Hier favorisiert der Verfasser eine negative Wertungsebene, die mit den ebenfalls negativen Fallgruppen der objektiven Zurechnung weitgehende Überschneidungen aufweise. Insofern sei dies nur eine methodische und perspektivische Präzisierung (S. 63 f.).

Im dritten Kapitel wird der Frage nachgegangen, ob die negative Wertungsebene überhaupt noch einen Bezug zum Begriff der Fahrlässigkeit aufweist oder ob es sich um getrennte Voraussetzungen des Strafunrechts handelt. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass weder eine von der Rechtswidrigkeit kategorisch getrennte, allgemeingültige und in diesem Sinne positive Ebene der objektiven, gefahrbasierten Unerlaubtheit noch ihre Gleichsetzung mit der strafrechtlichen Fahrlässigkeit den gesetzlichen Anforderungen gerecht werden. Vorzugswürdig sei die Prüfung spezieller negativer Fallgruppen in Form von Erlaubnistatbeständen, die einen großen Teil des Gehalts der objektiven Zurechnung abbildeten, jedoch dazu zwingen würden, die abgewogenen Interessen offenzulegen und bloß gefühlsmäßige Wertungen zu vermeiden. Die Erlaubnistatbestände könnten sich auf das objektive Geschehen, die dem Täter zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen oder seine Vorstellung beziehen. Zwar wiesen die Erlaubnistatbestände strukturelle Parallelen zu den Rechtfertigungsgründen auf, jedoch könne eine dogmatische Zuordnung unterbleiben, da an diese Unterscheidung keine Unterschiede in der Rechtsfolge anknüpfen. Letztlich will der Verfasser auf die „terminologische Differenzierung“ verzichten (S. 106). Die wertungsbasierten Erlaubnistatbestände würden so von dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmerkmal vollständig getrennt. Dieses setze allein die Erkennbarkeit der den Vorsatz sowie ggf. weitere subjektive Merkmale begründende Umstände im Sinne eines naturalistischen Erkennenkönnens voraus. Ob sich eine solche dogmatische Neujustierung durchsetzen wird, bleibt sehr zweifelhaft.

Kapitel vier widmet sich dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit als „wertungsfreie“ Merkmale (S. 107 ff.). Ein wertungsfreier Vorsatzbegriff müsse an § 16 Abs. 1 S. 1 StGB als gesetzlichem Anhaltspunkt ansetzen, der die Kenntnis der den Tatbestand verwirklichenden Umstände voraussetze. Es genüge das bloße Fürmöglichhalten des Erfolgseintritts sowie des Vorliegens der weiteren Tatumstände. Zusätzliche voluntative Erfordernisse fielen entweder zwingend mit dem Handeln bei gleichzeitigem Fürmöglichhalten zusammen oder seien eine Frage der Bewertung dieses Handelns. Letztere Elemente seien daher als Erlaubnistatbestände zu formulieren. Da der Verfasser allein das Fürmöglichhalten des Vorliegens tatbestandsverwirklichender Umstände als erforderlich ansieht, um den Vorsatz zu bejahen, sei konsequenterweise auch die bewusste Fahrlässigkeit Vorsatz im Sinne des StGB. Dadurch werden die gängigen Abgrenzungskriterien zwischen dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit aufgehoben. Dies

erleichtert zwar die Einordnung, weitet aber die Vorsatzstrafbarkeit erheblich aus, so dass für eine Fahrlässigkeitstat nur noch wenig Raum bleibt – nämlich bei unbewusster Fahrlässigkeit. Diese Ausweitung der Strafbarkeit, die bei einer Verschiebung von bewusster Fahrlässigkeit hin zum Vorsatz bei den Delikten mit einer erheblichen Strafschärfung verbunden ist, kann nicht überzeugen.

Der Verfasser führt aus, dass die unbewusste Fahrlässigkeit auf subjektive Merkmale bezogen sei und allein die Erkennbarkeit der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung voraussetze. Dieses Merkmal beruhe auf körperlichen, geistigen und täterexternen Erkenntnisquellen und erfordere eine Strategie im Umgang mit diesen Erkenntnisquellen, die einer Maßfigur zugeschrieben werden können. Dagegen seien veranlassungs- oder sonstige abwägungsbasierten Modelle erst im Rahmen der Erlaubnistatbestände zu berücksichtigen. Für die Erkennbarkeit sei demgegenüber optimales Verhalten der Maßfigur zu unterstellen und mit dieser Maßgabe die Möglichkeit der Verifikation einer Möglichkeitshypothese zu prüfen. Dem sei ein Verifikations-, d.h. Erkennbarkeitszeitraum zugrunde zu legen. Hier böte sich der Handlungshorizont an.

Die – auch vom Verfasser zugegebene – weite Strafbarkeit wird durch Erlaubnistatbestände wieder eingeschränkt. Die Erlaubnis könne sich auf ein bestimmtes Handeln als solches oder das Handeln trotz bestimmter tatsächlicher oder erlangbarer Vorstellungsinhalte beziehen. Insofern könnten Erlaubnistatbestände auf einzelne Straftatmerkmale beschränkt sein. Vorrangige Quelle der Erlaubnistatbestände sei das einfache Gesetzesrecht. Neben einer primären außerstrafrechtlichen Bedeutung könnten dessen Bestimmungen einen sekundären strafrechtlichen Gehalt haben, was durch Gesetzesauslegung zu ermitteln sei. Insofern könnten primär außerstrafrechtliche Bestimmungen bestimmte Geschehensabläufe hinsichtlich einzelner oder aller Straftatbestände erlauben, so dass eine Strafbarkeit – oder genauer das Strafunrecht – ausscheide. Ein häufiges Auslegungsergebnis sei die Risikoerlaubnis. Seien dem Täter aber Umstände bekannt oder erkennbar, die eine gegenüber dem kategorialen Erfolgsrisiko erhöhte Schädigungswahrscheinlichkeit begründen, bestünde die Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitsstrafbarkeit fort.

Der ganz überwiegend enger bestimmte Anwendungsbereich des Strafrechts werde durch ungeschriebene Erlaubnistatbestände konstituiert. Die darin liegende teleologische Reduktion dürfe keine freie Wertung, sondern müsse eine Form der Gesetzesauslegung sein. Sie sei gegenüber der gesetzlichen Grenze des erlaubten Handelns subsidiär. Anstelle des erlaubten Risikos könne ein auf die subjektive Risikovorstellung bezogener Erlaubnistatbestand bei nur abstrakter Risikovorstellung und gleichzeitiger Förderung rechtlich geschützter Interessen anerkannt werden. Allerdings müsse dieser auf die verfassungskonforme Auslegung beschränkt bleiben und somit auch im beschriebenen Anwendungsbereich zurückhaltend erfolgen.

Weiterhin herausgearbeitet wurden fahrlässigkeitsspezifische Erlaubnistatbestände. Zudem lege die Abwägung der relevanten rechtlich anerkannten Interessen nahe, eine ungeschriebene Risikoerlaubnis anzuerkennen, die es gestatte, andere Menschen nicht dauerhaft nach überlegener Tatsachen- und Erfahrungssatzkenntnis zu fragen.

Ich bin nicht so optimistisch wie der Verfasser, dass in den jenseits des Straftatbestands gesetzlich ungeregelten Fällen die wesentlichen Härten durch einen ungeschriebenen Erlaubnistatbestand abgefedert werden können. Auch dieser bietet Unwägbarkeiten, auch wenn *Niklaus* Abwägungsfaktoren beschreibt. Dennoch, lesenswert ist diese Dissertation schon deswegen, um die Dogmatik der Fahrlässigkeit neu zu denken. Gerade die Abgrenzung zwischen dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit ist unbefriedigend, zudem die Frage, warum unbewusste Fahrlässigkeit überhaupt strafbewährt sein kann. Ob das Abwägungsmodell bei diesen Grundsatzfragen weiterhelfen kann, ist dabei nicht entscheidend. Vielmehr wird dadurch die generelle Diskussion rund um die Fahrlässigkeit – hoffentlich – wieder angeregt.

Maximilian Schneider: DNA-Analyse und Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Datenschutz- und Strafverfahrensrecht

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2023, Verlag Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-18766-9, S. 804, Euro 149,90.

Auch wenn es schon zahlreiche Monografien zur DNA-Analyse im Strafverfahren gibt, stößt diese umfangreiche Arbeit von *Schneider* dennoch in gleich mehrere Lücken, die zu Beginn identifiziert werden (S. 43 ff.). Im zweiten Kapitel werden die naturwissenschaftlichen Grundlagen gelegt, wobei es der Verfasser versteht, sehr knapp und pointiert nicht nur den Aufbau und die Struktur der DNA sowie das Untersuchungsverfahren vorzustellen, sondern auch die Verwertung und den Beweiswert von DNA-Analysen und deren Grenzen.

Kapitel drei widmet sich dem Datenschutz. Dabei wird deutlich, dass das Recht der DNA-Analyse für Zwecke des Strafverfahrens wegen seiner datenschutzrechtlichen Implikationen zahlreichen Vorgaben durch das Völkerrecht, das Unionsrecht und das nationale Verfassungsrecht unterliegt. Jedes dieser Rechtssysteme beinhaltet Rechte des Einzelnen, in die durch die DNA-Analyse unabhängig davon, ob der Spurenleger bekannt oder unbekannt ist, eingegriffen wird. Die Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes finden ebenfalls bei der DNA-Analyse Anwendung, was Auswirkungen auf die Einwilligungen habe (S. 140).

Der DNA-Analyse als Beweismittel im laufenden Strafverfahren wird facettenreich in Kapitel 3 nachgespürt. Zunächst geht es um die Gewinnung von Untersuchungsmaterial in Form von Körperzellen am oder im menschlichen Körper, insbesondere dem Wangenabstrich. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass der Wangenabstrich einen anderen körperlichen Eingriff i.S.d. § 81a StPO darstellt, allerdings die Eingriffsvoraussetzungen nicht anwendbar seien. Vielmehr sei § 81a StPO so auszulegen, dass es der Hinzuziehung eines Arztes nicht bedürfe, wenn keine Gesundheitsgefahren bestehen, was beim Wangenabstrich der Fall sei (S. 155). Schaue man auf die Körperzellenentnahme bei Dritten gem. § 81c StPO, so könne ein Wangen- oder Vaginalabstrich de lege lata nicht auf Abs. 2 der Norm gestützt werden. Allerdings geböte es die Verfassung, die Maßnahme durchführen zu können, so dass § 81c Abs. 2 StPO analog anzuwenden sei. Aus Gründen der Rechtsklarheit schlägt der Verfasser eine gesetzliche Normierung durch Einfügung eines weiteren Satzes wie folgt vor: „Zum Zwecke einer molekulargenetischen Analyse nach § 81e StPO können Körperzellen auch mittels körperlichen Eingriffs entfernt werden; § 81c Abs. 2 S. 2 StPO findet keine Anwendung“ (S. 165 f.).

Anschließend wird sich dem praktisch bedeutsamen, aber recht umstrittenen Problemkreis des heimlich erlangten Materials als Untersuchungsgegenstand gewidmet. Nach Auffassung *Schneiders* scheidet § 81e Abs. 1 StPO ggf. i.V.m. §§ 81a, 81c StPO als Ermächtigungsgrundlage aus, da § 81e Abs. 1 StPO die Analyse von auf anderem Weg erlangtem Material nicht gestatte und §§ 81a, 81c StPO ein heimliches Vorgehen verböten. Zwar gäbe der Wortlaut des § 81e Abs. 2 StPO eine Analyse her, jedoch sprächen systematische Argumente dagegen. So wäre es verwunderlich, wenn der Gesetzgeber bei allen anderen heimlichen Vorgehensweisen besondere Schutzmechanismen vorsehen würde, nur bei der DNA-Analyse nicht. Außerdem würde der Verweis auf die Vernichtungsanordnung des § 81a Abs. 3 Hs. 2 StPO gänzlich umgangen, wenn heimlich gewonnene Zellen nach § 81e Abs. 2 StPO analysiert werden könnten. Des Weiteren erforderten heimliche Vorgehensweisen ein erhöhtes Maß an Normklarheit, was de lege lata nicht gegeben sei (S. 192).

Im nächsten Unterkapitel wendet sich der Verfasser Untersuchungs- und Feststellungsverboten zu und geht insbesondere auch auf die Neueinfügung phänotypischer Merkmale durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens 2019 ein. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die neue Ermittlungsmethode in § 81e Abs. 2 S. 2 StPO sowohl verfassungs- als auch unionsrechtlich unbedenklich ist. Vorgebrachte Gegenargumente seien vielfach einem überholten molekulargenetischen Verständnis geschuldet. Danach wird sich der Frage gewidmet, ob weitere als die im Gesetz aufgezählten Feststellungen bei Einwilligung des Betroffenen getroffen werden dürfen. *Schneider* spricht sich mangels expliziter Regelung dagegen aus, zumal die Implikationen des Art. 8 Abs. 2 JI-Richtlinie in diesem Fall umgangen würden (S. 237 f.).

Zweckbindungsgeboten und Verwendungsbeschränkungen wird im folgenden Unterkapitel nachgegangen, bevor sich den formellen Voraussetzungen der DNA-Analyse sowie der Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangtem Material zugewandt wird. Es sei vor dem Hintergrund der Notwendigkeit einer effizienten Strafrechtspflege nicht zu beanstanden, dass grundsätzlich auch rechtswidrig erlangte Beweise verwertet werden, solange das Strafverfahren an sich fair verlaufe. Normativer Anknüpfungspunkt bleibe § 261 StPO. Datenschutzrechtliche Belange könnten in die allgemeine strafverfahrensrechtliche Dogmatik integriert werden. Allerdings scheinen, so der Verfasser, die datenschutzrechtlichen Dimensionen bisher nicht ausreichend erkannt worden zu sein (S. 297).

Kapitel 5 behandelt sehr ausführlich die DNA-Reihenuntersuchung nach § 81h StPO. Nach dezidierten Erörterungen kommt der Verfasser zu dem Schluss, dass § 81h StPO „in der jetzigen Fassung weder der Weisheit letzter Schluss noch die größte Fehlleistung des Gesetzgebers in der jüngeren Geschichte ist“ (S. 496). Rechtlich gangbar

als alternative Möglichkeiten erscheinen *Schneider* sowohl die Implementierung einer Ermächtigungsgrundlage für die zwangsweise DNA-Reihenuntersuchung als auch die Eliminierung des Richtervorbehalts. Allerdings würde ersteres an die äußerste Grenze dessen gehen, was verfassungsrechtlich möglich ist. Dagegen wäre eine Abschaffung des Richtervorbehalts eher möglich, es sei aber zu bezweifeln, ob er tatsächlich abgeschafft werden müsse (S. 497).

Entgegen der ganz herrschenden Meinung spricht sich der Verfasser dafür aus, bei Verstößen gegen die Anordnungsvoraussetzungen grundsätzlich von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen. Einwilligung und Anordnungsvoraussetzungen könnten nicht isoliert voneinander betrachtet werden, da § 81h StPO beides dergestalt miteinander verknüpfe, dass Anordnungsmängel nur sachgerecht im Hinblick auf die Reichweite der Einwilligung beurteilt werden könnten (S. 519). Unklar bleibe, wann aufgrund von Reihenuntersuchungen gewonnene DNA-Identifikationsmuster zu löschen seien. Hier böte es sich an, die Erforderlichkeit als Löschungsgrund vorzugeben, bspw. durch folgende Formulierung: „Erforderlich sind die Aufzeichnungen in der Regel nicht mehr, wenn inzwischen der Abgleich ergeben hat, dass das DNA-Identifikationsmuster des Teilnehmers nicht mit dem Spurenmaterial übereinstimmt“ (S. 727).

In Kapitel sechs wird sich der DNA-Analyse als Beweismittel für künftige Strafverfahren gewidmet. Hierzu werden § 81g StPO sowie flankierende Vorschriften im BKAG genau analysiert. Neben dem Erfordernis der Anlasstat sei die Negativprognose das entscheidende Kernstück des § 81g StPO. Maßstab sei § 16 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 lit. a BKAG, so dass nach allgemeinen Erfahrungswerten die Möglichkeit bestehen muss, dass künftig gegen den Betroffenen Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sind (S. 653).

Kriminalpolitische Tendenzen, auf das Erfordernis einer qualifizierten Negativprognose sowie den Richtervorbehalt zu verzichten, lehnt *Schneider* ab. In quantitativer Hinsicht hätte die Zulassung erweiterter Feststellungen in §§ 81e und 81h StPO dazu geführt, dass den Strafverfolgungsbehörden mehr Daten des Einzelnen zur Verfügung stünden. Die Implementierung der §§ 81g und 81h StPO ermögliche darüber hinaus die Erhebung von Daten von mehr Personen als dem Beschuldigten eines konkreten Strafverfahrens. Damit einher gingen besondere Schutzpflichten hinsichtlich der erhobenen oder zu erhebenden Daten. Dem werde der Wegfall der Notwendigkeit richterlicher Prüfung nicht gerecht. Eine Absenkung der materiellen Anordnungsvoraussetzungen des § 81g StPO führe zu einer Erfassung einer Vielzahl von Personen, so dass das Risiko von Mehrfachtreffern erhöht werde.

Was dieser umfangreichen Arbeit gutgetan hätte, wären Zusammenfassungen der Kapitel fünf und sechs und etwas breitere Ausführungen zum Fazit und den Schlussbemerkungen. Die sehr kleinteilige, facettenreiche Analyse befriedigt den Leser zwar im Detail, insbesondere durch kluge und dezidierte Positionierungen des Verfassers. Gleichwohl wäre es von Vorteil gewesen, die Detailanalysen noch einmal ergebnisorientiert zusammenzustellen und insbesondere die im Untersuchungsgang identifizierten Forschungslücken durch eine Zusammenführung übersichtlich zu schließen.

Letztlich besticht die Dissertation aber nicht nur durch ihren Detailreichtum, sondern auch durch die fleißige und umfassende Literatur- und Rechtsprechungsauswertung. die eine Fundgrube für den interessierten Leser ist. In Sachen Datenschutz und DNA-Analyse ist durch die Monografie ein erster Grundstein gelegt. Es bleibt zu hoffen, dass sich noch weitere Arbeiten an dieser Schnittstelle anschließen.