

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn
Stellv.: Wiss. Mit. 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. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion international

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 404 – 438

404 | Die „Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“ als zusätzliches Mordmerkmal

von Florian Rebmann und Sabine Patricia Maier

412 | Leerstellen in der Debatte um ein Sexkaufverbot in Deutschland

von Teresa Katharina Harrer

417 | Die gesetzliche Neuregelung der Geldwäsche und ihre Auswirkungen auf gerichtliche Feststellungen und schutzpolizeiliche Maßnahmen

von Dr. Tamina Preuß, M.A.

431 | Europäische Staatsanwaltschaft – Zuständigkeit auch für die Verfolgung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der Europäischen Union?

von Anna Seebon

AUSLANDSBEITRAG | 439 – 445

439 | Die Herabsetzung der Strafmündigkeit in China: Ein Scheitern zwischen Jugend und Kriminalpolitik?

von Assoc. Prof. Dr. He Liu

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 446 – 482

446 | BVerfG erklärt BKAG teilweise für verfassungswidrig

BVerfG, Urt. v. 1.10.2024 – 1 BvR 1160/19

465 | Verfassungsrechtlicher „Feinschliff“ für das Bundeskriminalamt der Zukunft

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel

470 | **BGH äußert sich zu Immunität bei Spionagetätigkeiten**

BVerfG, Urt. v. 1.10.2024 – 1 BvR 1160/19

475 | **Völkergewohnheitsrechtliche Exemtionen der allgemeinen Funktionsträgerimmunität abseits des Völkerstrafrechts – Von fremdstaatlicher Spionage und dem deklaratorischen Charakter des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG**

von Dr. Svenja Raube. LL.M.

BUCHBESPRECHUNGEN | 483 – 488

483 | ***Christian Rückert: Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren***

von Prof. Dr. Anja Schiemann

486 | ***Matthias Schaum: Das Recht des mittellosen Beschuldigten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand***

von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHT | 489 – 490

489 | **„Sounds X Nature“ – Drittes Symposium zu Musik, Recht und Geschichte am Mittelalterlichen Kriminalmuseum Rothenburg o.d.T.**

von Dr. Markus Hirte, LL.M. und RiOLG Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu

Die „Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“ als zusätzliches Mordmerkmal Eine kritische Betrachtung des Gesetzentwurfs der Unionsfraktion zur Verbesserung des Opferschutzes, insbesondere für Frauen und verletzbare Personen

von Florian Rebmann und
Sabine Patricia Maier*

Abstract

Am 2.7.2024 hat die Unionsfraktion einen Gesetzentwurf in den Bundestag eingebracht, mit dem sie insbesondere Frauen strafrechtlich besser schützen will. Vorgeschlagen wurde unter anderem, die „Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“ als zusätzliches Mordmerkmal in § 211 Abs. 2 StGB einzufügen. Die Unionsfraktion adressiert mit diesem Vorschlag die in jüngerer Zeit aufgeflammete Debatte über die angemessene Bestrafung sog. Femizide, die sich in Deutschland auf Tötungsdelikte in oder nach Partnerschaften fokussiert. Die Autor:innen legen dar, dass die Unionsfraktion bei ihrem Vorschlag von unsicheren und empirisch widerlegten Annahmen zu häuslicher Gewalt und Intimpartnerinnentötungen ausgeht. Weiterhin verkennt sie die spezifische Dynamik, die Gewalt in Partnerschaften häufig zugrunde liegt. Nicht zuletzt ist der Vorschlag auch aus strafrechtsdogmatischen Gründen abzulehnen. Insbesondere birgt er die Gefahr, dass Neonaticide zukünftig als Mord bestraft werden, was mit dem Willen des historischen Gesetzgebers und der derzeitigen Rechtsprechung nicht zu vereinbaren wäre und zu einer extensiven Anwendung der sogenannten Rechtsfolgenlösung führen dürfte.

On the 2nd of July 2024, the CDU/CSU parliamentary group submitted a draft bill to the German Bundestag to improve the protection of women through Criminal Law. One of the proposals was to add "taking advantage of physical superiority" as an additional element of murder in Section 211 (2) of the German Criminal Code. With this proposal, the CDU/CSU parliamentary group is addressing the recent debate on the appropriate punishment for so-called femicides, which in Germany focuses on intimate partnerships homicides. The authors explain that the CDU/CSU's proposal is based on uncertain and empirically incorrect assumptions about domestic violence and intimate partner homicide. It also fails to recognise the specific dynamics underlying intimate partner violence. Finally, the proposal should also be rejected for reasons of Criminal Law Doctrine. In particular, it harbours the risks that neonaticides could be punished as murder,

which would be incompatible with the intent of the historical legislator and current case law and is likely to lead to an extensive application of the so-called "Rechtsfolgenlösung".

I. Einleitung

Forderungen nach Strafrechtsverschärfungen haben derzeit Konjunktur – offenbar ist der Glaube an die präventive Wirkung höherer Kriminalstrafen trotz fehlender Evidenz nach wie vor ungebrochen. Jüngst hat sich die Unionsfraktion (CDU/CSU) im Bundestag unter Federführung ihres rechtspolitischen Sprechers Günther Krings (CDU) mit einem Gesetzentwurf an die Öffentlichkeit gewagt, der „insbesondere für Frauen und verletzbare Personen“ den „Opferschutz“ verbessern soll. Und was könnte aus Sicht der Union dafür besser geeignet sein als das Strafrecht auch in diesem Bereich aufzurüsten?

1. Der Entwurf: Die Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit als weiteres Mordmerkmal

Neben anderen Strafrechtsverschärfungen, z.B. höheren Mindeststrafen für sogenannte Gruppenvergewaltigungen, fordert die Unionsfraktion in ihrem Gesetzentwurf vom 2.7.2024 insbesondere eine Erweiterung des Mordparagrafen. Von einer umfassenden Reform der Straftaten gegen das Leben unter Fortfall der zwingenden lebenslangen Freiheitsstrafe in § 211 StGB, die in der Vergangenheit immer wieder (erfolglos) angemahnt¹ und kürzlich vom Deutschen Anwaltverein (DAV) erneut ins Spiel gebracht wurde², ist der Vorschlag jedoch weit entfernt. Eine solche Reform lehnt die Unionsfraktion, wie auch Bundesjustizminister Marco Buschmann (FDP), nach wie vor explizit ab.³

Zu den bereits in § 211 Abs. 2 StGB enthaltenen Mordmerkmalen soll nach dem Willen der Union stattdessen schlicht ein weiteres, wohl tatbezogenes, hinzutreten. Wegen Mordes und zwingend mit lebenslanger Freiheitsstrafe soll zukünftig nicht mehr nur bestraft werden, wer

* Florian Rebmann ist Strafrechtswissenschaftler und Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht (Kinzig) der Universität Tübingen; Sabine Patricia Maier ist Sozialwissenschaftlerin und Akademische Mitarbeiterin am Institut für Kriminologie der Universität Tübingen sowie im Forschungsinstitut tifs e.V. Beide arbeiten im DFG-geförderten Forschungsprojekt „Femizide in Deutschland“ des Instituts für Kriminologie in Zusammenarbeit mit dem Kriminologischen Forschungsinstitut Niedersachsen.

¹ Hachmeister, Die Reform der Tötungsdelikte, 2023, S. 100 ff., 277 ff.

² DAV, Stellungnahme Nr. 7/2024, 1.3.2024, S. 1, online abrufbar unter: <https://bit.ly/3YVWiff> (zuletzt abgerufen am 9.7.2024).

³ BT-Drs. 20/12085, S. 17; zur Haltung der Union im Reformprozess 2014-2016 siehe LTO, BMJV-Pläne stoßen auf Widerstand in der Union, 20.5.2016, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4hFV4N0> (zuletzt abgerufen am 9.7.2024); zur Haltung der derzeitigen Ampelkoalition zu einer Reform der Tötungsdelikte siehe Suliak, Der Mord-Paragraf wird nur sprachlich aufpoliert, LTO, 19.6.2024, online abrufbar unter: bit.ly/4hzli3x (zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

etwa heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln zu Werke geht, sondern auch, wer eine andere Person „unter Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“ tötet.⁴ „Nach allgemeinen moralischen Maßstäben“, so heißt es in dem Gesetzentwurf, gelte es zurecht als „besonders verwerflich, niederträchtig und feige“, sich an einem „Schwachen, Hilflosen, Wehrlosen“ zu vergreifen.⁵ Die Ausführungen sind fast Wort für Wort einem Beitrag des Rechtswissenschaftlers *Wolfgang Mitsch* (JuS 2013, 783) entnommen. Zu den „Schwachen, Hilflosen, Wehrlosen“ zählt die Unionsfraktion neben Kindern und Menschen mit Behinderungen auch – pauschal und anders als *Mitsch* a.a.O. – Frauen. Des Weiteren will die Unionsfraktion – im Gleichklang mit Bundesjustizminister *Marco Buschmann* (FDP)⁶ – die tätertypeninspirierte Wendung „Mörder ist...“ aus § 211 StGB streichen.⁷

Von ihrem Vorstoß erhofft sich die Unionsfraktion eine härtere Bestrafung sog. Trennungstötungen, aber auch der Tötung von Säuglingen. Bei Trennungstötungen gehe es zwar „eben nicht“ um die Tötung einer Frau wegen ihres Geschlechts – den Begriff „Femizid“⁸ meidet der Entwurf wie der Teufel das Weihwasser⁹ –, sondern um „zumeist spontan“ durch „Gefühle der Wut“ motivierte Tötungsdelikte, die darauf beruhten, dass die Täter die opferseitige Trennung vor der Tat „psychisch häufig nicht adäquat verarbeiten“ könnten.¹⁰ Jedoch zeigten die Schwurgerichte bei der Ausdeutung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe immer wieder einen „Hang zu täterfreundlicher individualpsychologisierender Nachsicht“.¹¹ Zu einer Verurteilung wegen Mordes (aus sonst niedrigen Beweggründen) komme es daher häufig nicht. Das Mordmerkmal „heimtückisch“ spiele bei derartigen Delikten zudem eine eher untergeordnete Rolle. Denn Männer seien „vielfach nicht darauf angewiesen“, ihre (Ex-)Partnerinnen hinterrücks zu töten. Sie könnten es sich „aufgrund überlegener Körperkräfte“ leisten, „ihr Vorhaben offen, ja zuweilen sogar mit Ansage umzusetzen.“¹²

Die Unionsfraktion stört sich insgesamt daran, dass „eine Schwächesituation des Opfers [...] per se keinen mordmerkmalserfüllenden Sachverhalt“ darstelle. So erfülle die Tötung eines Säuglings zumeist kein Mordmerkmal.¹³ § 211 StGB privilegiere daher im Ergebnis körperlich überlegene Personen.¹⁴

2. Forderungen nach Strafschärfungen bei Femiziden

Mit ihrer Forderung nach einer Verschärfung des § 211 StGB ist die Unionsfraktion indes nicht allein. Auch die Ampelkoalition hat mit der Einführung der geschlechtsspezifischen Beweggründe in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB (Grundlagen der Strafzumessung) durch Gesetz vom 26.7.2023¹⁵ bereits versucht, punitiv auf die Rechtsprechung der Gerichte insbesondere zu sog. Trennungstötungen einzuwirken.¹⁶ § 46 Abs. 2 S. 2 StGB kann jedoch allenfalls auf die Auslegung des § 211 StGB ausstrahlen – eine direkte Anwendung der Strafzumessungsvorschrift auf den Mordparagrafen ist wegen der absoluten Rechtsfolge in § 211 Abs. 1 StGB grundsätzlich ausgeschlossen. Und auch die Rechtspolitiker:innen der SPD hatten schon am 7.3.2023 vergleichsweise verkürzt und daher medienwirksam eine „lebenslange Haft für Femizide“ gefordert.¹⁷

Die deutsche Debatte um eine härtere Bestrafung sog. Femizide knüpft an internationale kriminalpolitische Entwicklungen an. Infolge feministischer Mobilisierungen insbesondere gegen das grassierende staatliche Desinteresse an der Aufklärung und Verfolgung von Tötungsdelikten an Frauen vor dem Hintergrund sexistischer, diskriminierender Diskurse, wurde seit Mitte der 2000er Jahre in fast jedem lateinamerikanischen Land ein Straftatbestand eingeführt, der die Tötung einer Frau unter bestimmten Umständen als Femizid pönalisiert.¹⁸ Diese Reformen und insbesondere deren Umsetzung werden aber selbst innerhalb der feministischen Bewegungen und Rechtswissenschaften kontrovers diskutiert.¹⁹

Auch in Europa werden in letzter Zeit Forderungen nach Femizidtatbeständen lauter. Vor kurzem veröffentlichte das European Institute for Gender Equality (EIGE) im Rahmen des Projekts „Name it, Count it, End it“ eine Schrift, in der es die Mitgliedstaaten der EU auffordert, Femizide als solche unter Strafe zu stellen, um die Sichtbarkeit des Phänomens im Rechtssystem zu erhöhen. Außerdem solle sichergestellt werden, dass die Strafen hinreichend abschreckend seien.²⁰ Zwar hat EIGE offengelassen, wie eine solche Strafnorm genau aussehen könnte, allerdings zielt der Vorschlag offenbar ebenfalls auf eine Strafschärfung ab.

⁴ BT-Drs. 20/12085, S. 8.

⁵ BT-Drs. 20/12085, S. 12.

⁶ Eingehend *Suliak*, Der Mord-Paragraf wird nur sprachlich aufpoliert, LTO, 19.6.2024.

⁷ BT-Drs. 20/12085, S. 17.

⁸ Zum Begriff siehe *Maier/Lutz/Labarta/Rebmann*, APuZ 14/2023, 9-15.

⁹ In journalistischen Beiträgen, die den Gesetzentwurf kommentieren, ist hingegen interessanterweise häufig von Femiziden die Rede, vgl. nur *Breyton*, So wollen Unionspolitiker Gewalttäter und Gruppenvergewaltigter härter bestrafen, Die Welt, 23.6.2024, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4hEkZEI> (zuletzt abgerufen am 9.7.2024).

¹⁰ BT-Drs. 20/12085, S. 16.

¹¹ BT-Drs. 20/12085, S. 17 unter Verweis auf *Schneider*, ZRP 2021, 183.

¹² BT-Drs. 20/12085, S. 16.

¹³ BT-Drs. 20/12085, S. 2, 12; vgl. *Mitsch*, JuS 2013, 783 (784).

¹⁴ BT-Drs. 20/12085, S. 17.

¹⁵ Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, BGBl. I 2023, Nr. 203.

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 20/5913, S. 65.

¹⁷ Spiegel Online, SPD-Rechtspolitiker fordern lebenslange Haft für Femizide, 7.3.2023, online abrufbar unter: <https://bit.ly/3CguSYR> (zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

¹⁸ *Deus/Gonzalez*, Analysis of Femicide/Feminicide Legislation in Latin America and the Caribbean and a Proposal for a Model Law, 2018, S. 20 ff., 32 ff., online abrufbar unter <https://bit.ly/40wYNWX> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

¹⁹ Vgl. *Dyroff/Maier/Pardeller/Wischnewski*, in: dies., *Feminizide*. Grundlagentexte und Analysen aus Lateinamerika, 2023, S. 11-32; *Toledo Vásquez*, in: *Howe/Alaattinoğlu*, Contesting femicide. Feminism and the Power of Law revisited, 2019, S. 39-51.

²⁰ EIGE, Improving legal responses to counter femicide in the European Union, 2024, S. 73; online abrufbar unter: <https://bit.ly/3YS9Ybs> (zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

Hierzulande scheint man sich jedenfalls über die Parteigrenzen hinweg einig darin zu sein, dass Intimpartnerentötungen (künftig) härter bestraft werden sollen. Dass sich nun die CDU/CSU diesem eher von progressiven politischen Kräften besetzten Thema, der Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen, annehmen, ist indes weniger verwunderlich, als es auf den ersten Blick scheinen mag. Es ist nicht das erste Mal, dass konservative kriminalpolitische Kräfte in Europa sich die punitive Stimmung in Bezug auf Femizide zunutze machen – ähnliches ereignete sich vor kurzem in Kroatien.²¹ Dies mag auch damit zusammenhängen, dass sich das Thema (häusliche) Gewalt gegen Frauen und Kinder anbietet, um traditionelle Stereotype von Frauen als „das schwache Geschlecht“ zu beschwören und paternalistisch einen verstärkten Schutz von „Frauen und Kindern“ einzufordern. Dafür müssen die sozialen Verhältnisse, die manche Personen verletzbarer als andere machen, nicht infrage gestellt werden, während auf vermeintlich naturgegebene Geschlechterunterschiede rekuriert werden kann.

Der Vorstoß der Unionsfraktion ist – wie im Folgenden aufgezeigt wird – abzulehnen. Der Gesetzentwurf geht von unsicheren oder sogar falschen empirischen Annahmen aus (II.), ist in Bezug auf § 211 StGB handwerklich misslungen (III.) und birgt u.a. die Gefahr, dass insbesondere Frauen, die in sozialen Notlagen oder psychischen Ausnahmesituationen ihre Neugeborenen töten, zukünftig lebenslang hinter Gitter müssen (IV.). Es ist auch nicht einzusehen, wie der Schutz der Opfer durch das Mordmerkmal verbessert werden könnte (V.).

II. Unsichere und falsche empirische Annahmen

Die Unionsfraktion begründet die Aktualität ihres Entwurfs mit der vermeintlich steigenden häuslichen Gewalt in Deutschland, verkennt dabei aber die Limitationen der Polizeilichen Kriminalstatistik (1.). Sie verkennt weiterhin die Gründe für die ungleiche Gewaltbetroffenheit der Geschlechter, die sich nicht an körperlichen Eigenschaften festmachen lassen. Auch ignoriert die Unionsfraktion jüngere kriminologische Erkenntnisse zu Intimpartnerentötungen, also der Tötung einer Frau durch einen (ehemaligen) Intimpartner (2.).

1. Der angebliche Anstieg der häuslichen Gewalt und die Verrohung der Gesellschaft

Die Unionsfraktion leitet ihren Gesetzentwurf mit der Aussage ein, dass das adressierte Kriminalitätsphänomen – hier u.a. häusliche Gewalt zulasten von Frauen – steige. Immerhin bringt sie implizit den Hinweis unter, dass das „Lagebild Häusliche Gewalt“, auf das sich der Entwurf maßgeblich stützt, nur die polizeilich registrierten Opfer erfasse.²² Hieraus wird allerdings nicht geschlossen, dass der Anstieg der registrierten Opfer nicht zwingend auf

eine Zunahme häuslicher Gewalt zurückzuführen sein muss. Stattdessen folgt die Bemerkung, dass die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), auf der das Lagebild beruht, das ganze Ausmaß häuslicher Gewalt ja gar nicht erfasse.²³

Tatsächlich stieg die Zahl der polizeilich registrierten Opfer von häuslicher Gewalt, die sich in der Terminologie des BKA aus innerfamiliärer und Partnerschaftsgewalt zusammensetzt, in den vergangenen Jahren stetig an. Laut dem Lagebild Häusliche Gewalt 2023 wurden im vergangenen Jahr 256.276 Opfer häuslicher Gewalt erfasst, wovon 167.865 Opfer auf Partnerschaftsgewalt entfielen.²⁴ Seit 2019 ist die Zahl der registrierten Opfer von häuslicher Gewalt mithin um rund 19,5 %, die Zahl der Opfer von Partnerschaftsgewalt um rund 17,5 % gestiegen.

Inwieweit dieser Anstieg im polizeilichen Hellfeld einen tatsächlichen Anstieg widerspiegelt, ist aus kriminologischer Perspektive wegen der Limitationen der PKS allerdings unklar. Denn das Lagebild Häusliche Gewalt erfasst ausschließlich Opfer, die der Polizei durch Anzeigen oder (seltener) proaktive Ermittlungen bekannt geworden sind. Es „bietet kein getreues Spiegelbild der Kriminalitätssituation, sondern eine je nach Deliktsart mehr oder weniger starke Annäherung an die Realität“ und wird „stark vom Anzeigeverhalten der Bevölkerung beeinflusst“ – wie das BKA selbst seinem Bericht voranstellt.²⁵

In Widerspruch zu der in dem Gesetzentwurf ventilierten These einer fortschreitenden gesellschaftlichen Verrohung²⁶ könnte die Zunahme im Hellfeld zumindest teilweise auf eine gestiegene Sensibilität für Gewaltvorfälle und eine höhere Anzeigebereitschaft der Betroffenen zurückzuführen sein. Wäre der Anstieg im Hellfeld folglich auf eine *Aufhellung des Dunkelfelds* und nicht auf einen *Anstieg im Dunkelfeld* zurückzuführen, dann wäre dies kein Anzeichen einer verrohten Gesellschaft, sondern ganz im Gegenteil ein Erfolg gesellschaftlicher Sensibilisierung für die Sorgen und Nöte von Personen, die von Gewalt im sozialen Nahbereich betroffen sind.

Man mag den vorstehenden Ausführungen entgegenhalten, dass die Anzeigequote bei Partnerschaftsgewalt laut einer Opferbefragung des LKA Niedersachsen (Untersuchungszeitraum: 2020) nur bei prima facie erschreckenden 0,5 % lag²⁷ und deswegen kaum gestiegen sein dürfte. Diese geringe Anzeigequote in der Studie des LKA Niedersachsen betont auch die Unionsfraktion.²⁸ Ohne weiteren Kontext ist dies allerdings irreführend. Denn in der Befragung des LKA Niedersachsen wurde z.B. auch nach Beleidigungen durch eine:n (ehemalige:n) Partner:in gefragt. Beleidigungen machen mit einer 12-Monats-Prävalenz von 4,9 % den größten Teil aller Partnerschaftsdelikte aus. Bei körperlicher Gewalt lag die Prävalenz bei 1,1 %, bei sexualisierter Gewalt bei 0,5 %.²⁹ Es liegt auf

²¹ Siehe *Kujundžić*, Femicide as a new criminal offence in Croatia: Is more law the answer?, Cross-border Talks, 22.11.2023, online abrufbar unter: bit.ly/3Cr28MZ (zuletzt abgerufen am 9.7.2024).

²² BT-Drs. 20/12085, S. 11, 17.

²³ BT-Drs. 20/12085, S. 11, 17.

²⁴ BKA, Lagebild Häusliche Gewalt 2023, S. 7, 13, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4flMgdC> (zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

²⁵ BKA, a.a.O., S. 1.

²⁶ BT-Drs. 20/12085, S. 2, 12.

²⁷ LKA Niedersachsen, Bericht zu Gewalterfahrungen in Partnerschaften 2021, September 2022, S. 17, online abrufbar unter: <https://bit.ly/3CfxxaK> (zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

²⁸ BT-Drs. 20/12085, S. 11.

²⁹ LKA Niedersachsen (Fn. 27), S. 10.

der Hand, dass nicht jede Person ihre:n (Ex-)Partner:in wegen einer bloßen Beleidigung anzeigen wird. Beleidigungen können zwar im Einzelfall äußerst belastend sein, erfordern aber (auch aus Betroffenenperspektive) nicht immer eine polizeiliche Intervention. Die Anzeigequote bei Beleidigungen lag in der Studie des LKA bei 0,7 %. Die Betroffenen entscheiden sich zum Beispiel gegen eine Anzeige, weil sie die Gewalt schlicht als nicht so schwerwiegend empfinden (57,9 %), die Gewalt als Privatsache ansehen (50,2 %) oder, weil sie die Angelegenheit selbst geregelt haben (29,5 %).³⁰ Bei schweren Gewaltdelikten, um die es der Union vornehmlich geht, lag die Anzeigequote in der Studie des LKA deutlich höher. Immerhin 45,7 % aller Opfer, die im Kontext einer (Ex-)Partnerschaft mit einem gefährlichen Gegenstand oder einer Waffe angegriffen wurden, brachten die Tat zur Anzeige.³¹

Hätte die Unionsfraktion besagte Studie des LKA vollständig analysiert, dann hätte sie dort übrigens auch lesen können, dass es zumindest in Niedersachsen (allem Anschein nach) zwischen 2012 und 2020 nicht zu einem Anstieg der Partnerschaftsgewalt gekommen ist. Obwohl die Befragungstechnik verbessert wurde und die Befragung im Jahr 2021 anders als die im Jahr 2013 zusätzlich auch Gewalt in Ex-Partnerschaften erfasste, war die Prävalenz im Jahr 2012 für fast alle Formen von Partnerschaftsgewalt höher oder lag auf einem ähnlichen Niveau wie 2020.³² Schon zwischen 1992 und 2011 ging die Prävalenz häuslicher Gewalt einer Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen zufolge deutlich zurück, schwere Gewalttaten zulasten von Frauen sogar um 58 %.³³ Zwischen 2015 und 2022 ist dagegen die Partnerschaftsgewalt in Niedersachsen *im Helffeld* insgesamt um rund 21 % gestiegen (von 13.653 auf 16.505 Partnerschaftsdelikte).³⁴

Abschließend sei noch angemerkt, dass der Anstieg der Partnerschaftsgewalt im Helffeld auch stark durch die Ausweitung des § 241 StGB (Bedrohung) mit Gesetz vom 30.3.2021 (BGBl. I 2021, S. 441) und weitere Gesetzesverschärfungen bedingt ist. Diese im Einzelnen durchaus gerechtfertigten Anpassungen sprechen ebenfalls dafür, dass der Anstieg im Helffeld eher auf eine Sensibilisierung der Gesellschaft für verschiedene Gewaltformen, die in den Gesetzesänderungen zum Ausdruck kommt, denn auf eine Verrohung derselben zurückgeht.

2. Stereotypes Verständnis von Gewalt im Geschlechterverhältnis und die Spontantatthese

Schwerer als diese in der gegenwärtigen Kriminalpolitik allzu häufig zu beobachtenden Ungenauigkeiten im Umgang mit der PKS³⁵ wiegen die verkürzten und stereotypen Annahmen zu den Ursachen der ungleichen Gewaltbetroffenheit der Geschlechter und die fehlerhaften Ausführungen im Entwurfstext zu den Umständen, in denen sich Trennungstötungen ereignen sollen.

Der Entwurf spricht von „verletzlichen Personen“ und nennt dafür Frauen, Kinder, Senioren und Menschen mit Behinderung. Verletzlichkeit oder „Verletzungsoffenheit“ ist jedoch eine grundlegende Eigenschaft menschlicher Existenz³⁶, was sichtbar würde, wenn die Union auch die Zahlen zur allgemeinen Gewaltkriminalität nach Geschlecht aufgeschlüsselt dargestellt hätte – diese wird hauptsächlich unter männlichen Personen begangen. Ebenso sind grundsätzlich alle Menschen in der Lage, Gewalt auszuüben („verletzungsmächtig“) und tun es auch. Dass Verletzungsoffenheit und Verletzungsmächtigkeit für *bestimmte* Gewaltphänomene, insbesondere sexuelle/sexualisierte Gewalt und häusliche bzw. Gewalt in (heterosexuellen) Partnerschaften, systematisch ungleich verteilt ist und Frauen (sowie queere und gendernonkonforme Personen) deutlich überproportional betreffen, ist demnach wesentlich auf soziale Ungleichheitsverhältnisse, einschließlich der sozialen Konstruktion der Geschlechterdifferenz, zurückzuführen.³⁷ Insbesondere in Partnerschaften üben Männer Gewalt nicht einfach nur deswegen aus, weil sie (vermeintlich meistens) körperlich überlegen sind. So stellte schon *Carol Hagemann-White* in einer der ersten deutschen Studien zu häuslicher Gewalt klar: „Gewalt ist eine Handlung, für die Menschen verantwortlich zu machen sind, und die meisten Täter sind durchaus zurechnungsfähig: Sie können sich entscheiden. Sie entscheiden sich [unter anderem] dann zur Gewalt, wenn sie glauben, ein Recht darauf zu haben.“³⁸ Strukturelle Benachteiligungen und Abhängigkeiten tragen genauso dazu bei wie diskriminierende Vorstellungen und symbolische Abwertungen von allem, was als „weiblich“, „infantil“, „alt“ oder „behindert“ deklariert wird.³⁹

Auch die von Deutschland ratifizierte sog. Istanbul-Konvention erkennt an, dass „Gewalt gegen Frauen der Ausdruck historisch gewachsener Machtverhältnisse zwi-

³⁰ LKA Niedersachsen (Fn. 27), S. 22.

³¹ LKA Niedersachsen, (Fn. 27), S. 17.

³² LKA Niedersachsen (Fn. 27), S. 48.

³³ *Hellmann*, Repräsentativbefragung zu Viktimisierungserfahrungen in Deutschland, 2014, S. 129 ff., nur deutsche Staatsbürgerinnen.

³⁴ LKA Niedersachsen, PKS-Jahrbuch 2015, S. 29; LKA Niedersachsen, PKS-Jahrbuch 2022, S. 24, beides online abrufbar unter: <https://bit.ly/40DLSIY> (zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

³⁵ Vgl. auch etwa BT-Drs. 20/5913, S. 15 mit fast genau derselben Formulierung.

³⁶ Siehe etwa *Fineman*, in: Jones/Grear/Fenton/Stevenson, *Gender, Sexualities and Law*, 2011, S. 53–62; *Dackweiler/Schäfer*, in: dies., *Gewalt-Verhältnisse: feministische Perspektiven auf Geschlecht und Gewalt*, 2002, S. 9–28.

³⁷ *Dackweiler/Schäfer*, a.a.O., S. 13.

³⁸ *Hagemann-White*, *Strategien gegen Gewalt im Geschlechterverhältnis. Bestandsanalyse und Perspektiven*, 1992, S. 13.

³⁹ Vgl. zu weiteren in diesem Kontext relevanten Merkmalen *Auer/Micus-Loos/Schäfer/Schrader*, *Intersektionalität und Gewalt: Verwundbarkeiten von marginalisierten Gruppen und Personen sichtbar machen*, 2023.

schen Frauen und Männern ist“, „Gewalt gegen Frauen als geschlechtsspezifische Gewalt strukturellen Charakter hat, sowie [...] einer der entscheidenden sozialen Mechanismen ist, durch den Frauen in eine untergeordnete Position gegenüber Männern gezwungen werden“ und „die Verwirklichung der rechtlichen und der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern ein wesentliches Element der Verhütung von Gewalt gegen Frauen ist“.⁴⁰

Diesem strukturellen und diskriminierenden Charakter von Gewalt gegen Personengruppen wie Frauen, Kinder, Ältere und Menschen mit Behinderung wird der Entwurf der Union dagegen nicht gerecht, wenn die Ungleichheitsverhältnisse, die die Gewalt ermöglichen, auf die „körperliche Überlegenheit“ als einen vermeintlich naturgegebenen Machtunterschied reduziert werden. Genannte Personengruppen werden als „Schwache, Hilflose, Wehrlose“ dargestellt, an denen sich zu vergreifen als besonders „verwerflich, niederträchtig und feige“ gelte.⁴¹ Damit werden die Betroffenen nicht als gleichwertige Personen auf Augenhöhe gezeichnet, sondern a priori als Opfer deklariert, die mit paternalistischen Maßnahmen geschützt werden müssen. Damit perpetuiert die Union ein stereotypes Bild des hilflosen – typischerweise weiblichen oder feminisierten – Gewaltopfers. Das kann Frauen nachteilig werden, die nicht reibungslos in dieses Rollenbild passen, weil sie etwa Widerstand leisten oder sich wehren. Wie unten näher erläutert gilt dies auch für das neue Mordmerkmal, das bei Tötungen zulasten von Frauen, die körperlich nicht unterlegen sind, nicht anwendbar wäre (dazu näher sogleich).

Mit dem Mordmerkmal der „Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“, soll „auch die Kritik aufgegriffen [werden], dass der gewalttätige Ehemann, der seine Frau jahrelang körperlich misshandelt, lediglich wegen Totschlags verurteilt wird, weil kein Mordmerkmal verwirklicht wurde, während die gepeinigete Ehefrau wegen Mordes verurteilt werden könnte, wenn sie ihn wegen ihrer körperlichen Unterlegenheit im Schlaf und damit heimtückisch tötet.“⁴²

Während diese Kritik angebracht ist⁴³, verkennt der Entwurf, dass diese gerade nicht darauf abzielt, in jeder dieser Konstellationen unbedingt Mord nahezulegen, sondern es sollen die sozialen Umstände und Hintergründe der Tat differenzierter berücksichtigt werden. Beim misshandelnden Ehemann geht es nicht um seine körperliche Überlegenheit, sondern etwa darum, dass er zuvor schon gewalttätig war, möglicherweise systematisch, die Tötung der Frau damit in einem Zusammenhang steht, aber allzu oft

als singulärer, spontaner Gewaltausbruch dargestellt und beurteilt wird.⁴⁴

Der Fokus auf rein körperliche Gewalt, die aus der „körperlichen Überlegenheit“ folgen soll, blendet indes andere Gewaltformen (sexuell/sexualisiert, psychisch, sozial, ökonomisch/finanziell) aus, die in Gewaltbeziehungen relevant sind und häufig untererfasst werden. Insbesondere systematisches Kontrollverhalten (*coercive control* in der englischsprachigen Literatur) wird mit Tötungsdelikten an (Ex-)Partner:innen in Zusammenhang gebracht. In diesen Fällen ist manchmal kaum oder gar keine körperliche Gewalt dokumentiert, aber die Tatpersonen (fast ausschließlich Männer) verwenden vielfältige, manipulative Strategien, um über ihre Opfer Macht und Kontrolle auszuüben – körperliche Gewalt ist hier gar nicht nötig. Ob sich das Bedrohungsszenario für die Betroffenen aus einer „körperlichen Überlegenheit“ der Täter speist, ist indes fraglich.⁴⁵ Dennoch handelt es sich um hochrisikobehaftete Konstellationen, insbesondere dann, wenn die Betroffenen versuchen, sich der Kontrolle zu entziehen, beispielsweise durch eine Trennung.⁴⁶

Ob bei Trennungstötungen tatsächlich häufig Besitzansprüche oder sonst „geschlechtsspezifische“ Beweggründe der einzelnen Tatperson zum Ausdruck kommen, wie etwa die Bundesregierung in der Entwurfsbegründung zur jüngsten Reform des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB ausführte⁴⁷, kann hier dahinstehen. Subjektive Beweggründe sind generell nicht die besten kriminologischen Indikatoren, da ihre Feststellung immer auch von der Perspektive der feststellenden Person abhängt. Manche männlichen Täter akzeptieren eine Trennung offensichtlich aber auch gerade deshalb nicht, weil sie Frauen als zu einer Trennung prinzipiell nicht berechtigt ansehen, ihnen mithin die Rechtssubjektivität absprechen. In diesen Fällen liegt also durchaus ein geschlechtsbezogenes Motiv vor.⁴⁸

Nachgewiesenermaßen unzutreffend ist jedenfalls die Behauptung, Trennungstötungen würden „zumeist spontan“ begangen werden.⁴⁹ Die Union folgt hier dem stereotypen Bild des „Verbrechens aus Leidenschaft“ und reproduziert selbst problematische Diskurse, wenn sie etwa von „Trennungsschmerz“ und Eifersucht als „ebenso häufiges wie schwer einzuschätzendes Motiv“ spricht.⁵⁰ Trennungstötungen seien eben keine Tötungen von Frauen aufgrund ihres Geschlechts – die Männer könnten die Trennungstätigkeiten der (ehemaligen) Partnerinnen schlicht „psychisch nicht adäquat verarbeiten“, würden darüber „meist spontan“ Gefühle der Wut entwickeln und „solchermaßen motiviert zur Tat“ schreiten.⁵¹

⁴⁰ Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, Präambel, BGBl. II 2017, S. 1026.

⁴¹ BT-Drs. 20/12085, S. 12.

⁴² BT-Drs. 20/12085, S. 15.

⁴³ Siehe nur Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 123 ff. m.w.N.

⁴⁴ Vgl. z.B. Oberlies, KJ (23) 1990, 318–331.

⁴⁵ Wenn die Betroffene beispielsweise fürchtet, der Ex-Partner könnte die Bremsleitungen ihres Autos durchschneiden, um ein Beispiel aus unserer Empirie zu verwenden.

⁴⁶ Monckton Smith, Violence Against Women (26) 2020, 1287-1285; Johnson/Erkisson/Mazerolle/Wortley, Feminist Criminology (14) 2019, 3-23; Claire/McLachlan, Feminist Criminology (18) 2023, 353-375.

⁴⁷ BT-Drs. 20/5913, S. 15.

⁴⁸ In unserer Forschungstätigkeit im Rahmen des Projekts „Femizide in Deutschland“ des Instituts für Kriminologie und des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen sind uns bereits mehrere solcher Fälle begegnet; zum Forschungsprojekt siehe <https://bit.ly/3YGc6St> (zuletzt abgerufen am 10.7.2024).

⁴⁹ BT-Drs. 20/12085, S. 16.

⁵⁰ BT-Drs. 20/12085, S. 16.

⁵¹ BT-Drs. 20/12085, S. 16.

Die Union stützt sich bei dieser Ansicht auf einen Aufsatz des Bundesanwalts *Hartmut Schneider* (ZRP 2021, 183), der wiederum auf eine Untersuchung des Psychiaters *Wilfried Rasch* aus dem Jahr 1964 verweist.⁵² Der Untersuchung von *Rasch* lag aber schon kein (quantitatives) Design zugrunde, das Aussagen über die Häufigkeit von Spontanataten erlauben würde. Wie jüngst die Kriminologin *Julia Habermann* anhand von Erkenntnissen aus der internationalen Forschung eindrücklich klargestellt hat, werden Trennungstötungen bzw. Intimidide gerade *nicht* zumeist spontan begangen.⁵³ Zwar gibt es Taten, bei denen der Täter in einer vergleichsweise kurzen Tatanlaufphase eine homizidale Tatbereitschaft entwickelt oder in denen es schwierig ist, den Moment des Tötungsent schlusses genau zu bestimmen. Einem erheblichen Teil dieser Taten geht allerdings eine längere Phase voraus, in denen der Täter sich gedanklich mit der Tat befasst oder diese sogar konkret plant. In einer Untersuchung von *Luise Greuel* wurde der Anteil geplanter Intimidide sogar auf gut zwei Drittel (67 %) beziffert.⁵⁴

Die Spontanatthese gilt in der kriminologischen Forschung daher schon seit langem als widerlegt. Nicht überraschend ist freilich, dass die Union diese Erkenntnisse schlichtweg ignoriert, weil sie offenbar nicht in ihre Agenda passen. Verwunderlich ist dies auch vor dem Hintergrund, dass sich die Spontanatthese weder mit der Behauptung, die Taten würden oft sogar angekündigt (siehe I. 1.), noch mit dem konkret vorgeschlagenen Mordmerkmal vereinbaren lässt (dazu näher sogleich).

Falsch ist übrigens auch die Behauptung, bei Trennungstötungen spiele das Mordmerkmal „heimtückisch“ keine Rolle. Denn das Mordmerkmal wird in solchen Konstellationen deutlich häufiger aktiviert als das der „sonst niedrigen Beweggründe“.⁵⁵ Hierbei handelt es sich aber wohl um einen Folgefehler, der auf die überkommene Spontanatthese zurückgeht.

III. Handwerkliche Ungereimtheiten des Gesetzentwurfs

Schon bei oberflächlicher Betrachtung des Gesetzentwurfs fallen überdies einige handwerkliche Ungereimtheiten auf.

Unverständlich ist beispielsweise, warum die Unionsfraktion zwar die Formulierung „Mörder ist ...“ aus § 211 StGB streichen will, die Formulierung „...als Totschläger...“ in § 212 StGB allerdings offenbar nicht. Ein gewisser Widerspruch ist auch auszumachen, wenn die Unionsfraktion meint, sie wolle die Tätertypenlehre aus § 211 StGB entfernen, dann aber betont, dass es sich bei § 211 StGB nicht um eine „Nazi-Vorschrift“ handle. Ein derartiges Etikett sei zumindest unpräzise, da die Ursprünge

des § 211 StGB auf den schweizerischen Strafrechtler *Carl Stooss* zurückgingen.⁵⁶

Festzuhalten ist demgegenüber, dass § 211 StGB im Jahr 1941 vom nationalsozialistischen Gesetzgeber eingeführt wurde – die nationalsozialistische Provenienz lässt sich schon aus diesem Grund nicht bestreiten. Sowohl die Vorarbeiten von *Stooss* als auch nationalsozialistisches Gedankengut sind in die Normfassung eingeflossen.⁵⁷ Die Vorstellung, dass etwas nur dann typisch nationalsozialistisch sei oder sich als „Nazi-Vorschrift“ klassifizieren lasse, wenn eine Norm durch die Nationalsozialisten quasi aus dem Nichts erfunden wurde, würde verkennen, dass die nationalsozialistische Ideologie sich gerade dadurch auszeichnete, dass sie zeitgenössisches Gedankengut integrierte und pervertierte.

Bemerkenswert ist auch, dass die Unionsfraktion ein Strafgesetz ändern will, in der Begründung aber höhere moralische Instanzen anruft. Sie postuliert eine allgemeine (sic!) moralische Wertung, dass ein Angriff auf einen Wehrlosen besonders verwerflich sei und überschlägt sich dann mit inhaltsleeren Superlativen (niederträchtig, feige). Ungeachtet dessen, dass es eine solche *allgemeine moralische Wertung* nicht gibt, haben solche Wertungen in einer Gesetzesbegründung nichts zu suchen. Dass die Mordmerkmale an moralischen Kategorien ausgerichtet sind, ist gerade eines der Grundübel des § 211 StGB.⁵⁸ Eine ernstzunehmende Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte sollte dieses Problem nicht noch vertiefen.

Der von der Unionsfraktion konkret für § 211 StGB vorgeschlagene neue Normtext lautet:

„§ 211 Mord: Wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken oder unter Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit einen Menschen tötet, wird wegen Mordes mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“⁵⁹

Dabei erschließt sich nicht, warum die Unionsfraktion das neue Mordmerkmal nicht den bereits bestehenden tatbezogenen Mordmerkmalen zuordnet („heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln oder unter Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“), sondern eine vierte Mordmerkmalsgruppe kreiert.

Entscheidend für die Feststellung der „körperlichen Überlegenheit“ des Täters soll dabei eine „Gesamtschau“ sein. Die „physische Stärke“ sei nicht alleinentscheidend. Erheblich könne beispielsweise auch eine Kampfsportausbildung sein.⁶⁰

⁵² *Rasch*, Tötung des Intimpartners, 1964 (Reprint 2014).

⁵³ *Habermann*, Partnerinnentötungen und deren gerichtliche Sanktionierung, 2023, S. 100 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der internationalen Literatur.

⁵⁴ *Greuel*, Forschungsprojekt „Gewalteskalation in Paarbeziehungen“, 2009, S. 70.

⁵⁵ So auf Grundlage einer Urteilsanalyse *Habermann*, Partnerinnentötungen und deren gerichtliche Sanktionierung, S. 302.

⁵⁶ BT-Drs. 20/12085, S. 17.

⁵⁷ Jüngst *Plüss*, Der Mord-Paragraf in der NS-Zeit, 2018, S. 249 ff.; *Frommel*, JZ 1980, 559 (562).

⁵⁸ Vgl. statt vieler *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 140.

⁵⁹ BT-Drs. 20/12085, S. 8.

⁶⁰ BT-Drs. 20/12085, S. 17.

Körperliche Überlegenheit ist indes ein notwendigerweise relationaler Begriff. Demnach hängt die Überlegenheit einer Person von der Konstitution des Opfers ab. Es ist offensichtlich, dass dies zu merkwürdigen Ergebnissen führen würde. Angenommen, eine von Gewalt betroffene Person macht eine Kampfsportausbildung, um sich wehren zu können, und wird dann von ihrem im Kampfsport unerfahrenen Peiniger getötet. Wäre das Mordmerkmal dann erfüllt? Was wäre, wenn der Täter eine Schusswaffe oder ein Messer verwendet? Spielte seine körperliche Über- oder gar Unterlegenheit dann für die Bewertung der Tat noch eine Rolle? Angenommen, ein 80-Jähriger tötet seine bettlägerige, bewusstlose Partnerin, weil er ihr Leiden nicht mehr mit ansehen kann, indem er ihr ein Kissen auf das Gesicht drückt. Wäre dies ein Ausnutzen der körperlichen Überlegenheit – und, wenn ja, wäre dies tatsächlich höchststrafwürdig oder gar nach „allgemeinen Maßstäben besonders [...] niederträchtig“?

Unklar ist auch, welchen Sinn das Mordmerkmal „Heimtücke“ neben dem neuen Mordmerkmal noch hätte. Nimmt man die Forderung ernst, es gehe um „eine Gesamtschau“, wären wohl auch situative Faktoren bei der Feststellung der körperlichen Überlegenheit zu beachten. Jeder, der sein Opfer heimtückisch tötet, ist diesem wegen dessen arglosigkeitsinduzierter Wehrlosigkeit im Moment der Tötung situativ „körperlich“ überlegen. Käme es hingegen allein auf die faktischen Körperkräfte an, müssten jedoch auch andere situative Faktoren ausscheiden. Dann wäre aber die Tötung eines gefesselten Kampfsportlers durch einen zierlichen Täter nicht mehr erfasst. Gerade den Umstand, dass die Tötung einer gefesselten Person nicht immer als Mord zu bestrafen sei, kritisiert aber die Union.⁶¹ Da es also offenbar sehr wohl auf die situativen Faktoren bei der Feststellung der körperlichen Überlegenheit ankommen soll, wäre mithin das Mordmerkmal „heimtückisch“ hinfällig und ersatzlos zu streichen.

Ein Ausnutzen der körperlichen Überlegenheit soll vorliegen, „wenn der Täter sich gerade die körperliche Überlegenheit zunutze macht, wenn sie sein Vorhaben ermöglicht oder jedenfalls begünstigt und er dies bewusst als einen Faktor einkalkuliert hat.“⁶² Diese Definition ist angelehnt an die Definition der Ausnutzung der Hilflosigkeit des Opfers in § 232a Abs. 1 StGB (vgl. auch § 232 StGB). Nach allgemeiner Meinung und der Rechtsprechung setzt das Ausnutzen voraus, dass die Situation des Opfers die Tat zumindest erleichtert und der Täter dies bewusst einkalkuliert.⁶³

Es mag hier dahinstehen, ob es sinnvoll ist, diese Parallele zu ziehen, da es in § 232a StGB um ein Merkmal des Opfers (dessen Hilflosigkeit etc.) und nicht des Täters (dessen Überlegenheit) geht. Erstaunlich ist, dass für das neue Mordmerkmal in § 211 StGB nicht auf die Schutzlosigkeit bzw. Wehrlosigkeit des Opfers abgestellt wurde. Schließlich geht es der Union ja um den Schutz wehrloser Personen. Damit weicht die Union auch von dem Vorschlag von

Mitsch ab, bestimmte Opfereigenschaften als Mordmerkmale zu klassifizieren⁶⁴, obwohl die Union sich ganz wesentlich auf seine Ausführungen beruft.

Jedenfalls ist zweifelhaft, ob das Mordmerkmal bei dieser Definition in den von der Union beschriebenen Spontanatkonstellationen überhaupt erfüllt wäre. Dagegen spricht die Parallele zum Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke. Ein solches Ausnutzungsbewusstsein, das sich wie das bewusste Ausnutzen im Kontext des neuen Mordmerkmals nicht im bloßen Vorsatz erschöpfen soll, kann nach der Rechtsprechung nämlich bei ebenjenen Spontanataten fraglich sein.⁶⁵ Es ist auch – unterstellt man den spontanen Charakter von Trennungstötungen – eine fernliegende Konstruktion innerpsychischer Vorgänge, dass ein Täter in einem solchen Zustand noch irgendetwas „bewusst [...] einkalkuliert“⁶⁶. Die als Begründung vorgebrachte, als ungerecht empfundene Schräglage, nach der „spontan“ gewalttätige Männer seltener ein Mordmerkmal erfüllen, wird damit in der Rechtsanwendungspraxis vermutlich nicht verschwinden. Der Entwurf beraubt sich somit schon im Vorherein einer seiner wesentlichen Legitimationsgrundlagen.

IV. Kindstötungen und die historische Verantwortung des Gesetzgebers

Die Unionsfraktion beklagt weiterhin, dass die Tötung eines Säuglings nicht per se als Mord zu bestrafen sei. Generell ist es indes de lege lata so, dass außer bei dem Mordmerkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ die rein objektiven Umstände einer Tat nie für sich die Punktstrafe in § 211 StGB (lebenslang) legitimieren. Objektive Mordmerkmale haben zwar Vorzüge in Hinblick auf die Bestimmtheit des Gesetzes, kranken aber daran, dass sie einzelne Tatumstände aus der Dynamik des Gesamtgeschehens herausgreifen und daher zu einer Verknennung besonderer Umstände im Einzelfall führen können. In den Worten von *Mitsch*, den die Union zitiert: „[Es] müsste jedoch gewährleistet sein, dass eine einzelfallgerechte Sanktionierung nicht durch zu starres und unflexibles Anknüpfen an rein objektive Gegebenheiten verhindert wird.“⁶⁷ Dementsprechend hat die Rechtsprechung den Mordmerkmalen „grausam“ und „heimtückisch“ subjektive Voraussetzungen hinzugefügt, die die Höchststrafwürdigkeit sicherstellen sollen (unbarmherzige Gesinnung/bewusstes Ausnutzen/feindliche Willensrichtung). Bekanntlich können besonders verzeihliche Beweggründe bei der Heimtücke sogar dazu führen, dass die Gerichte *contra legem* von der Punktstrafe in § 211 StGB abweichen (müssen). Wer ein neues Mordmerkmal konzipieren will, sollte sicherstellen, dass es nicht die ohnehin schon problematische sog. Rechtsfolgenlösung noch befeuert.

Um die Problematik in Gänze zu verstehen, ist ein Blick in die Rechtsgeschichte der Straftaten gegen das Leben informativ. Bis 1998 sah § 217 StGB a.F. eine Privilegierung der Tötung des unehelichen Kindes unmittelbar nach

⁶¹ BT-Drs. 20/12085, S. 12.

⁶² BT-Drs. 20/12085, S. 17.

⁶³ Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Auflage (2021), § 232 Rn. 43.

⁶⁴ *Mitsch*, JuS 2013, 783 (787).

⁶⁵ *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 189 m.w.N.

⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 20/12085, S. 17.

⁶⁷ Vgl. dazu auch *Mitsch*, JuS 2013, 783 (787).

der Geburt durch die Kindsmutter vor.⁶⁸ So sehr diese Norm abzulehnen war, weil sie in Widerspruch zu Art. 6 Abs. 5 GG nur uneheliche Kinder erfasste und diese daher benachteiligte⁶⁹, so richtig ist es doch, dass solche Delikte häufig im Kontext sozialer Nöte oder psychischer Ausnahmesituationen begangen werden. Jede Kindstötung ist tragisch, aber nicht jede ist besonders „niederträchtig“ und „feige“. Die soziale Lage der zumeist weiblichen Täterinnen lässt eine Beurteilung der Tatmotivation als niedrig daher in aller Regel nicht zu. Dies gilt unabhängig davon, dass der BGH seine Rechtsprechung für Fälle, denen fortgesetzte Misshandlungen vorausgehen, kürzlich (zurecht) nachgeschärft hat.⁷⁰ Gerade bei Neonatiziden, also der Tötung von Säuglingen unmittelbar nach der Geburt, hat der BGH immer wieder besondere Vorsicht bei der Anwendung der Motivgeneralklausel angemahnt; dass die Täterin auch egoistische Interessen verfolgt, genüge für eine Verurteilung wegen Mordes nicht. Eine solche komme nur ausnahmsweise in Betracht, wenn „die Tat von besonders krasser Selbstsucht geprägt ist.“⁷¹

Nach einer aktuellen Untersuchung von Mira Behrens (2023) gab es in Deutschland zwischen 1997 bis 2006 nur zwei Fälle des „Neonatizids“, die das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe erfüllten.⁷² Ganz im Gegenteil liegt in solchen Konstellationen regelmäßig sogar eine Anwendung des § 213 StGB (minder schwerer Fall des Totschlags) nahe. In der genannten Studie kam § 213 StGB sogar in 58,5 % der 65 untersuchten Fälle zum Einsatz.⁷³ Weil sich die Norm aber nur auf § 212 StGB bezieht, ist § 213 StGB nach herrschender Meinung und der Rechtsprechung gesperrt, wenn ein Mordmerkmal vorliegt.⁷⁴ Wer sich nach § 211 StGB strafbar macht, ist grundsätzlich mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Als § 217 StGB a.F. im Jahr 1998 abgeschafft wurde, führte die damalige Bundesregierung in der Entwurfsbegründung zutreffend aus: „Die Ausnahmesituation, in der sich eine Mutter befindet, die ihr Kind in oder direkt nach der Geburt tötet, kann in angemessener Weise bei der Prüfung berücksichtigt werden, ob ein minder schwerer Fall des Totschlags gemäß § 213 vorliegt. Es trifft zu, daß eine Anwendung des § 213 ausscheidet, soweit Mordmerkmale bei der Tötung der Kinder verwirklicht werden. Allerdings dürfte in Fällen der hier in Rede stehenden Art regelmäßig keiner der in Betracht kommenden Mordmerkmale des § 211 erfüllt sein.“⁷⁵

Es liegt in der historischen Verantwortung des Gesetzgebers, keine Mordmerkmale zu erfinden, die daran potenziell etwas ändern würden. Ansonsten laufen Frauen, die in sozialen Notlagen ihre Neugeborenen töten, künftig Gefahr, wegen Mordes lebenslang hinter Gitter zu müssen.

Das Mordmerkmal der „Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“ wäre allerdings bei Neonatiziden, versteht man es hinreichend weit, regelmäßig gegeben. Mithin konterkarierte es die zutreffende Einsicht des historischen Gesetzgebers, § 217 StGB a.F. sei hinfällig, weil der sozialen Notlage der Täterinnen anderweitig hinreichend Rechnung getragen werden könne. Auswege gäbe es dann nur bei einer sehr engen Auslegung, die das Merkmal von der Entwurfsbegründung entfremden müsste, oder bei einer exzessiven Anwendung des § 21 StGB. Will man diese Pathologisierung nicht hinnehmen, bliebe noch die strafrechtsdogmatisch fragwürdige Rechtsfolgenlösung. Es wäre jedoch ein Armutszeugnis, wenn die einzige Reform des § 211 StGB seit mehreren Jahrzehnten zur Folge hätte, bekannte Probleme noch zu vertiefen.

Jene de lege lata notwendige Flexibilität auf Tatbestandsseite ließe sich freilich – und mit erheblichem Gewinn für die Bestimmtheit der Norm – dadurch vermeiden, dass entweder die starre lebenslange Freiheitsstrafe in § 211 StGB abgeschafft oder eine besondere Strafmildervorschrift für lebenslange Freiheitsstrafen im Allgemeinen Teil verankert wird. Dann stünde es dem Gesetzgeber auch offen, vermehrt auf objektive Mordmerkmale zu setzen, bei denen die Gefahr einer „individualpsychologisierenden Nachsicht“ nicht bestünde. Hierauf hat auch Mitsch in dem von der Union zitierten Aufsatz nachdrücklich hingewiesen.⁷⁶ Eine Reform, die den Absolutheitsmechanismus in § 211 StGB infrage stellt, lehnt die Union aber explizit ab (s.o.).

V. Fazit

Selbst wenn der Entwurfstext nicht von unsicheren oder falschen empirischen Annahmen ausgehen würde (II.), keine handwerklichen Mängel aufwies (III.) und auch nicht die historische Verantwortung des Gesetzgebers in Bezug auf Neonatizide ignorierte (IV.), würde das neue Mordmerkmal vermutlich keinen einzigen Femizid und auch keinen Neonatizid verhindern. Eine rigorose Mindeststrafenpolitik ist ungeeignet, um gesellschaftlichen Großstörungen wie dem Problem der häuslichen Gewalt zu begegnen. Zu begrüßen ist demgegenüber, dass die Unionsfraktion auch an Präventionsmaßnahmen denkt. Dass sie unter diesem Schlagwort jedoch nur repressive Maßnahmen wie eine elektronische Fußfessel für bereits gewalttätig gewordene Personen aufführt, wird dem Begriff Prävention bei weitem nicht gerecht. Um Gewalt wirkungsvoll zu verhindern und zu bekämpfen, sind Investitionen u.a. in Sozial- und Jugendarbeit, inkl. Beratungsstellen, Schutzwohnungen und Frauenhäuser, Täterarbeit und Bildungsprojekte notwendig, ebenso wie eine Gleichstellungs-, Migrations- und Sozialpolitik, die strukturelle Abhängigkeiten und Ungleichheiten verringert.

⁶⁸ Abgeschafft durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26.1.1998, BGBl. I 1998, S. 164.

⁶⁹ So Rump/Hammer, NSiZ 1994, 69 ff.

⁷⁰ Siehe etwa BGH, NSiZ 2024, 88.

⁷¹ Siehe BGH, NSiZ 2009, 210; BGH, StV 2021, 77.

⁷² Behrens, Strafzumessung bei Neonatizid, 2023, S. 88.

⁷³ Behrens, a.a.O.

⁷⁴ Schneider, in: MüKo-StGB, § 213 Rn. 2 mit weiteren Nachweisen; dazu auch Mitsch, JuS 2013, 783 (787).

⁷⁵ BT-Drs. 13/8587, S. 81.

⁷⁶ Mitsch, JuS 2013, 783 (787); so auch bereits Rüping, JZ 1979, 617 (621).

Leerstellen in der Debatte um ein Sexkaufverbot in Deutschland

von Teresa Katharina Harrer*

Abstract

Die Frage nach der Einführung einer generellen Freierstrafbarkeit in Deutschland bleibt umstritten: Die Unionsfraktion des Bundestages fordert ein Sexkaufverbot nach Nordischem Modell. Die in einer öffentlichen Anhörung im September 2024 befragten Sachverständigen äußerten sich in ihren Stellungnahmen gespalten. Kürzlich entschied der EGMR über die Menschenrechtskonformität des französischen Verbots. In den juristischen wie politischen Debatten bleiben ethische und rechtsphilosophische Fragen unterbeleuchtet. Eine umfassende gesellschaftspolitische Debatte über grundlegende Werte und Verständnisse von Sexualität, Autonomie und Konsens ist notwendig.

The question of the introduction of a general criminal liability for johns in Germany remains controversial: The CDU/CSU federal parliamentary group is calling for a sex purchase ban according to the Nordic model. The experts questioned in a public hearing in September 2024 were divided in their statements. Recently, the ECtHR ruled on the human rights conformity of the French ban. In the legal and political debates, ethical and legal-philosophical questions remain under-examined. A comprehensive socio-political debate on fundamental values and understandings of sexuality, autonomy and consent is necessary.

Die Diskussion um den „richtigen“ rechtlichen Umgang mit dem Phänomen Prostitution/Sexarbeit¹ in Deutsch-

land² kommt nicht zum Erliegen. Im November 2023 forderte die Unionsfraktion im Bundestag in einem Positionspapier³ ein Sexkaufverbot nach Nordischem Modell, dessen Vor- und Nachteile in einer öffentlichen Anhörung des Bundestagsausschusses⁴ Mitte September von Sachverständigen diskutiert wurden.⁵ Im Juli 2024 entschied der EGMR zur Vereinbarkeit eines solchen Verbots in Frankreich mit der Europäischen Menschenrechtskonvention.⁶

In der oft emotionalisierten und polarisierten Debatte bleiben die mitschwingenden Kernfragen meist unadressiert. Alexander Diersehuis, der Duisburger Polizeipräsident, verwies in der Anhörung auf die Notwendigkeit eines Sexkaufverbots, um polizeiliche Ermittlungsarbeit effizienter gestalten zu können,⁷ Andrea Hitzke vom Bundesweiten Koordinierungskreis gegen Menschenhandel, Johanna Weber vom Berufsverband erotische und sexuelle Dienstleistungen sowie Erika Krause-Schöne von der Gewerkschaft der Polizei sprachen sich gegen ein Verbot aus, insbesondere weil sie unter dem Nordischen Modell noch mehr Verdrängung, Ausbeutung und prekäre Arbeitsbedingungen befürchteten.⁸ Margarete von Galen wies darauf hin, dass zwischen rechtlichen und Vollzugsdefiziten unterschieden werden müsse und merkte an, dass eine rechtliche Ausgestaltung vollkommen ohne Anstiftungs- oder Beihilfestrafbarkeit der Sexarbeitenden/Prostituierten nicht denkbar sei.⁹ Neben ermittlungstaktischen, rechtstechnischen oder rechtspraktischen Argumenten verlangen die weitreichenden rechtspolitischen Fragen

* Teresa Katharina Harrer ist Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Elisa Hoven an der Universität Leipzig und Stipendiatin des Dr.-Ingrid-Guentherodt-Stipendiums des Deutschen Juristinnenbundes. Sie ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der FernUniversität in Hagen. Einzelne Aspekte des Beitrags wurden bereits in dem Beitrag Harrer, ZRP 2024, 222 f. veröffentlicht.

¹ Es wird hier die Doppelbezeichnung verwendet, weil beiden Begriffen unterschiedliche Konnotationen und politische Implikationen innewohnen, s. Speck, FemPol 1/2018, 109 ff.; Sauer, Das framing von Prostitution und Sexarbeit. Vorurteile und Stereotypisierung in den aktuellen Diskursen zur Sexarbeit, Vortrag auf dem Kurzsymposium „Sexarbeitspolitiken“, Universität Wien, 21.4.2016, online abrufbar unter: <https://www.lustwerkstatt.at/wp-content/uploads/2016/05/Vorurteile-und-Stereotypisierung-in-den-aktuellen-Diskursen-zur-Sexarbeit.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.11.2024); Pertsch/Bader, Forum Recht 2016, 99 ff. Beide Begriffe werden gleichrangig nebeneinander verwendet, in der Absicht, damit möglichst wenig Vorannahmen zu transportieren.

² Auch in anderen europäischen Ländern wird um die Regulation der Sexarbeit/Prostitution gerungen. Zuletzt hatte sich das spanische Parlament im Mai 2024 nach langjähriger Debatte gegen ein Sexkaufverbot entschieden. Siehe Dolinsek, Spanien Gegen Sexkaufverbot: Was würde wirklich gegen Ausbeutung von Frauen helfen?, Berliner Zeitung, 5.7.2024, online abrufbar unter: <https://www.berliner-zeitung.de/open-source/spanien-gegen-sexkaufverbot-was-wuerde-wirklich-gegen-ausbeutung-von-frauen-helfen-li.2224163> (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

³ Das Papier trägt den Titel „Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden – Sexkauf bestrafen“ und ist abrufbar unter: <https://www.cducusu.de/sites/default/files/2023-11/Positionspapier%20Sexkauf%20bestrafen.pdf>.

⁴ Siehe die Pressemitteilung vom Deutschen Bundestag, Sexkaufverbot stößt bei Sachverständigen auf unterschiedliches Echo, 23.9.2024, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/media-thek/1014436-1014436> (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

⁵ Ein Videomitschnitt der Anhörung ist online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw39-pa-familie-prostitution-1013786> (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

⁶ EGMR, Urt. v. 25.7.2024 – 63664/19.

⁷ Deutscher Bundestag, Wortprotokoll der 73. Sitzung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 23.9.2024, S. 8 f. Kritisch zu polizeilichen Interventionsmöglichkeiten als Begründung für strafrechtliche Verbote bereits Renzikowski, ZRP 7/2005, 213 ff.

⁸ Deutscher Bundestag (Fn. 7), S. 10, 12, 16.

⁹ Deutscher Bundestag (Fn. 7), S. 28. In die gleiche Richtung auch Heger, ZRP 2024, 11 ff. Kritisch dazu Harrer, ZRP 2024, 222 f.

eine differenzierte Betrachtung unter Einbeziehung der moralisch-ethischen Aspekte. Diese Aspekte betreffen elementare Fragen von Autonomie und Konsens und damit jede und jeden Einzelnen in der Gesellschaft.

I. Die Entscheidung des *EGMR* zum französischen Sexkaufverbot und die Debatte in Deutschland

Der *EGMR* entschied kürzlich, dass das 2016 in Frankreich eingeführte Sexkaufverbot nach schwedischem Vorbild keinen Verstoß gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Art. 8 EMRK, begründet.¹⁰ Das Gericht befand im Ergebnis, dass das französische Gesetz verhältnismäßig sei und einen angemessenen Ausgleich zwischen den betroffenen Rechten und Interessen herstelle.

Ausschlaggebend war, dass das Gericht dem nationalen Gesetzgeber einen erweiterten Ermessensspielraum zugestand, da es um einen Regelungsgegenstand gehe, über den zwischen den Konventionsstaaten keine Einigkeit herrscht und der sensible moralische oder ethische Themenbereiche betrifft.¹¹ Im französischen Gesetzgebungsprozess war nach Ansicht des *EGMR* die Möglichkeit entsprechender negativer Begleiteffekte gesehen und berücksichtigt worden. Da einzelne Maßnahmen des Nordischen Modells erst auf lange Sicht ihre Wirkung entfalteten und sich der französische Staat der Defizite in der Umsetzung bewusst sei, sah der *EGMR* diesen Ermessensspielraum nicht als überschritten an.

Das Hauptargument des Gerichts, dass es sich bei der Prostitution um ein hoch komplexes und umstrittenes Phänomen mit sensiblen moralischen Bezügen handelt, dessen Ursachen, Auswirkungen und Lösungsansätze in der Wissenschaft, in der Praxis sowie in der Politik uneinheitlich bewertet werden, liefert einen wichtigen Hinweis für die Debatte in Deutschland: Wenn empirische Daten fehlen und die Lösungsansätze in einer moralisch dilemmatischen Situation umstritten sind, dann bemisst sich die Rechtmäßigkeit der gesetzgeberischen Entscheidung für oder gegen ein Sexkaufverbot an der Qualität der Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Argumenten.

Idealerweise beinhaltet ein demokratischer Entscheidungsprozess eine gesamtgesellschaftliche Auseinandersetzung über die grundlegenden Wertungsfragen mit Bedeutung für alle Bürger*innen.

II. Die richtigen Fragen stellen: Die Bedeutung von Moral und Rechtsphilosophie für die Rechtspolitik

Recht soll „objektiv“ sein, es soll nicht der Verhinderung von Moralwidrigkeiten dienen.¹² Damit ist gemeint, dass Strafrecht nicht die Aufgabe hat, „moralische Standards“ beim Bürger durchzusetzen.¹³ Allerdings wird das Recht „von gesellschaftlich dominanten Überzeugungen dazu getragen, was Aufgabe eines gerechten Rechts ist“¹⁴ – es bleibt insofern stets *moralisch fundiert*.

Recht hat die Aufgabe, gleiche selbstbestimmte Lebensbereiche im sozialen Miteinander zu gewährleisten und dient dazu, die individuelle Gestaltung des je eigenen Lebensbereichs nach eigenen (moralischen) Wertmaßstäben zu ermöglichen.¹⁵ Kurz: Recht soll „selbstbestimmtes Leben im Miteinander“¹⁶ sichern. Solange aber unklar ist, was Selbstbestimmung im konkreten (Regelungs-)Fall bedeutet, kann auch nicht festgestellt werden, was selbstbestimmtes Leben im Miteinander heißt. Denn Freiheits- und Gleichheitsrechte in Einklang zu bringen, erfordert Abwägung.¹⁷ Das aber setzt im ersten Schritt voraus, überhaupt zu wissen, was das Wesen dieser Rechte ausmacht.¹⁸ Dafür ist es erforderlich, die eigenen Perspektiven und Vorannahmen wahrzunehmen, offenzulegen und zu hinterfragen.¹⁹

Dieser notwendige erste Schritt wird in der Debatte um ein deutsches Sexkaufverbot häufig „übersprungen“.²⁰

III. Grundlagenfragen und Grundbegriffe

Grundlegende Fragen nach der Bedeutung von Sexualität²¹, Freiwilligkeit und Konsens stellen sich nicht nur in Bezug auf Sexarbeit/Prostitution, sondern sie betreffen jede:n einzelne:n von uns. Das gesamte Sexualstrafrecht ist weiterhin reformbedürftig.²² Fragen nach dem (straf-

¹⁰ *EGMR*, Urt. v. 25.7.2024 - 63664/19.

¹¹ *EGMR*, Urt. v. 25.7.2024 - 63664/19, Rn. 61-70 (Französisches Original).

¹² Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2003, S. 1 ff.

¹³ Prägnant formuliert bereits vom BGH in der sog. Fanny-Hill-Entscheidung (1969): „Das Strafrecht hat nicht die Aufgabe, auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen“, siehe BGHSt 23, 40 (43 f.).

¹⁴ Schmidt, Pornographie und sexuelle Selbstbestimmung, im Erscheinen (2025), S. 102. Zur Unterscheidung von Recht und Moral und dem Verhältnis der Begriffe zueinander siehe Neumann, in: Hilgen-dorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 2021, S. 9 ff.

¹⁵ Schmidt (Fn. 14), S. 102 m.w.N.; Hörnle, ZStW 2015, 851 (857).

¹⁶ Schmidt (Fn. 14), S. 102

¹⁷ Grundlegend zum Verhältnis der fundamentalen Rechte „Freiheit, Gleichheit, Würde“ siehe Bär, University of Toronto Law Journal 4/2009, 417 ff.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 22, 180 (219 f.); weiterführend Kaufmann, ARSP 1984, 384 ff.

¹⁹ S. Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 24, 99. Vgl. auch Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2021, S. 59 ff.

²⁰ Für eine umfassende Einordnung der Argumente im Prostitutionsdiskurs s. Lembke, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 275 ff.

²¹ Ich verwende in Anlehnung an Volkmar Sigusch den Begriff der „Sexualitäten“, Sigusch, Sexualitäten, Eine kritische Theorie in 99 Fragmenten, 2. Aufl. (2015). Die Verwendung des Plurals soll – hier Heide Funk und Karl Lenz folgend – zum Ausdruck bringen, dass Sexualität vielfältig ist und keinem normativen Normalitätsentwurf von Sexualität gefolgt wird, s. Lenz/Funk, in: Funk/Lenz, Sexualitäten, Diskurse und Handlungsmuster im Wandel, 2005, S. 7 (12). Ähnlich auch Valentiner (Fn. 19), S. 32.

²² Vgl. Renzikowski/Schmidt, KriPoZ 2018, 325 ff.

rechtlichen) Schutz sexueller Autonomie sind höchst umstritten.²³ Eine grundlegende Neubewertung und -justierung von Verantwortungsparametern ist dringend erforderlich.

Was eigentlich ist und bedeutet Sexualität?²⁴ Was meint „Selbstbestimmung“?²⁵ Was zeichnet einen „echten“ Konsens aus?²⁶ Wie muss Zustimmung geäußert oder erfragt werden, um einen Eingriff in eine fremde Sexualsphäre in selbstbestimmte, konsensuale Sexualität zu verwandeln?²⁷ Ob und ggf. vor welchen Täuschungen ist der Wille zu schützen?²⁸ Welche Abhängigkeitsverhältnisse wiegen so schwer, dass sie sogar zur Unbeachtlichkeit eines tatsächlich geäußerten Willens führen müssen?²⁹ Können Ängste, Nöte und Zwangslagen so viel Druck auf den Willen ausüben, dass wir nicht mehr von Selbstbestimmung ausgehen wollen?

Diese und ähnliche Fragen müssen thematisiert werden. Wie in der Diskussion um ein Sexkaufverbot häufig offenbar wird, besteht kein gemeinsames Verständnis von fundamentalen Begriffen wie „Sexualität“, „Selbstbestimmung“, „Freiwilligkeit/Zwang“ oder „Konsens“. ³⁰ Die grundlegenden Begriffe in der Debatte als gegeben vorauszusetzen, ohne über die dahinterstehenden hochkomplexen Konzepte zu streiten, trägt Missverständnisse weiter und verfestigt einen polarisierten Diskurs. Ein demokratischer Entscheidungsprozess, in dem die eigentlich notwendigen Wertungsentscheidungen getroffen werden können, verlangt die Auseinandersetzung über scheinbar Selbstverständliches.³¹

1. Sexualitäten

Das setzt zunächst die Benennung und Hinterfragung von Vorverständnissen³² dessen voraus, worum es überhaupt

geht: Sexualitäten. Denn ohne einen Begriff von Sexualitäten zu entwickeln, kann sich dem Terminus der sexuellen Selbstbestimmung nicht sinnvoll genähert werden. Eine feststehende, unabänderliche Definition von Sexualität(en) kann es nicht geben.³³ Im Kontext von Sexarbeit/Prostitution erscheint mehr noch als in jedem anderen Regelungsbereich ein Verständnis von Sexualitäten notwendig, das die soziale Situiertheit von Personen im Gesellschaftsgefüge mit einbezieht.³⁴

Die Sexual- und Sozialwissenschaften haben die Vorstellung von „Sexualität“ als einem rein biologisch-physiologischen Vorgang (zumeist hetero-normativ gedacht als penetrativ-koitalen vaginalen Geschlechtsverkehr) dekonstruiert.³⁵ Sexualitäten sind sehr viel vielfältiger in ihren Erscheinungsformen und als hochgradig vergeschlechtlichtes Phänomen und interaktionistisches Geschehen sozial und kulturell vermittelt und erlernt.³⁶ Die soziale Dimension von Sexualitäten ist in Bezug auf die Sexarbeit/Prostitution doppelt relevant: einerseits bedeutet sie, dass die Strukturen, die die gesamte Gesellschaft prägen, auch die Sexarbeit/Prostitution hervorbringen und in ihr wirksam werden.³⁷ Andererseits wirkt die sexuelle Kultur, die in der Sexarbeit/Prostitution etabliert wird, in die Gesamtgesellschaft zurück - und ebenso wirkt sich ihre Regulierung auf unser Selbstverständnis, unsere sexuelle Kultur aus.³⁸

2. Sexuelle Selbstbestimmung

Sexuelle Selbstbestimmung als Herausforderung und Aufgabe, die sich in einem hierarchisch vorstrukturierten Raum (stets) stellt, setzt ebenso komplexe Vorüberlegungen voraus (dazu sogleich). Im juristischen Diskurs wurden die Inhalte, Reichweite und Grenzen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung bis vor Kurzem kaum expli-

²³ Hoven/Weigend, in: dies., Consent and Sexual Offenses, Comparative Perspectives, 2022, S. 7 f.; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (164); Vavra, ZIS 2018, 611 (615); Hörnle, ZRP 2015, 190 ff. und Frommel, ZRP 2015, 190 ff.

²⁴ Schmidt stellt fest: „Ebenso wie bei Pornographie dürften viele Menschen ganz selbstverständlich davon ausgehen, dass ganz klar ist, was Sexualität ist [...]“ – was aber zu hinterfragen sei, siehe Schmidt (Fn. 14), S. 81 ff.

²⁵ S. dazu Hörnle, ZStW 2015, 851 (857).

²⁶ Huschke Mau argumentiert, dass in der Prostitution/Sexarbeit eine Zustimmung lediglich zum Geld, nicht aber zur sexuellen Handlung selbst erfolge und ordnet deshalb den in diesem Zusammenhang stattfindenden Sex als „ungewollt“ und folglich „sexuellen Missbrauch“ ein, siehe Mau, Entmenschlicht, Warum wir Prostitution abschaffen müssen, 2022, S. 141

²⁷ Vavra beschreibt diesen Vorgang als die „transformative Kraft der Zustimmung“, Vavra, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 120 ff.

²⁸ Dazu ausführlich Vavra, ZIS 2018, 611 (615); a.A. Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 ff.

²⁹ Dazu Vavra, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, S. 298 ff.

³⁰ In der öffentlichen Anhörung zum Antrag der Unionsfraktion, ein Sexkaufverbot zu beschließen, wurde vorgetragen, dass eine Unterscheidung von „freiwilliger“ und „erzwungener“ Prostitution unmöglich sei (S. 13, 14), während Andrea Krause-Schöne eben diese klare Abgrenzung forderte (S. 11 f.) und Alexander Dierselhuus die Möglichkeit der Unterscheidung implizit voraussetzte (S. 8, 22), siehe hierzu Deutscher Bundestag (Fn. 7). Was mit dem Begriff der „Freiwilligkeit“ aber gemeint ist, wurde nicht thematisiert.

³¹ So auch Anja Schmidt: „I know it when I see it“ [ist zu] ein[em] Schlagwort für Phänomene geworden, die aufgrund ihrer unhinterfragten Offensichtlichkeit als undefinierbar gelten, wobei das Offensichtliche endlich hinterfragt werden müsste.“, Schmidt (Fn. 14), S. 1.

³² Valentiner (Fn. 19), S. 22.

³³ Lenz/Funk, in: Funk/Lenz, Sexualitäten, Diskurse und Handlungsmuster im Wandel, S. 7 (15).

³⁴ Vgl. Grenz, in: Benkel, Soziale Dimensionen der Sexualität, 2010, S. 291 ff.

³⁵ Vgl. Stein-Hilbers/Soine/Wrede, in: Schmerl/Soine/Stein-Hilbers/Wrede, Sexuelle Szenen, Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften, 2000, S. 9 ff. S. auch Valentiner (Fn. 19), S. 35 ff.

³⁶ Wrede, in: Schmerl/Soine/Stein-Hilbers/Wrede, Sexuelle Szenen, Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften, S. 25 (39 f.); Caplan, in: Schmerl/Soine/Stein-Hilbers/Wrede, Sexuelle Szenen, Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften, S. 44 ff.

³⁷ Vgl. Sigusch (Fn. 32), S. 413 ff.; Gerheim, Die Produktion des Freiers, Macht im Feld der Prostitution, 2012, S. 61 ff.

³⁸ Vgl. Schmidt, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, S. 305 (314 f., 317 f.). Beide Wirkweisen werden in der Debatte um ein Sexkaufverbot argumentativ in Stellung gebracht, um ein Verbot zu begründen oder abzulehnen, vgl. Deutscher Bundestag (Fn. 7), S. 13; Maiz e.V., in: Schrader/Künkel, Sexarbeit. Feministische Perspektiven, 2019, S. 60 (61).

ziert. Erst in den letzten Jahren wurden erste Kartographierungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung vorgenommen,³⁹ die Leitlinien herausgearbeitet haben, anhand derer sich dieses komplexe Rechtsgut in spezifischen Bereichen konkretisieren lässt.⁴⁰ Erst im Zusammenspiel unterschiedlicher und teils kollidierender Grundrechtsdimensionen lässt sich der Bedeutungsgehalt der sexuellen Selbstbestimmung (auch strafrechtlich) konkretisieren.

Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung besitzt vielfältige Dimensionen: es kann als das Versprechen der Entfaltung personaler Autonomie im Gesellschaftsgefüge begriffen werden, als das Recht auf selbstbestimmte Zugangskontrolle, als Diskriminierungsverbot.⁴¹ Damit einher gehen unterschiedliche staatliche Gewährleistungspflichten wie die Unterlassung einer Beeinträchtigung der Bürger:innen in deren konsensualer Sexualität.⁴² Aber auch Schutz, Teilhabe und Leistung hat der Staat als elementare Grundbedingungen sexueller Selbstbestimmung zu gewährleisten.⁴³

All diese Dimensionen sind bei der strafrechtlichen Ausgestaltung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung zu berücksichtigen.⁴⁴ So erscheint etwa ein umfassendes Verbot auch von Sexualbegleitung/-assistenz für Menschen mit Beeinträchtigungen, soweit diese sexuelle Dienstleistungen umfasst, vor dem Hintergrund der besonderen Diskriminierungsverbote zumindest problematisch.⁴⁵

3. Autonomie und Konsens

Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung ist eng mit der Menschenwürde verflochten,⁴⁶ die wiederum auf dem Grundgedanken der Autonomie aufbaut.⁴⁷ Die in der Debatte um ein Sexkaufverbot zum Ausdruck kommenden unterschiedlichen Vorstellungen davon, was „Freiwilligkeit“ ist,⁴⁸ führen zu der Frage, wie wir Autonomie im Zusammenhang mit sexueller Interaktion denken und be- greifen.

Autonomie, hier verstanden als „verantwortete Freiheit“⁴⁹

ist ein voraussetzungsvolles philosophisches, ideengeschichtlich aufgeladenes Konstrukt.⁵⁰ Ausgehend von den liberalen Konzeptionen der Aufklärung hat die feministische Philosophie herausgearbeitet, dass relationale und prozessuale Rahmenbedingungen eine zentrale Rolle dafür spielen, wer wo wie autonom agieren kann.⁵¹ In einer sexuellen Interaktion etwa bestehen entlang verschiedener Machtachsen und -asymmetrien unterschiedliche Freiheiten für unterschiedliche Personen. Aus diesem Befund lassen sich verschiedene Rückschlüsse ziehen: Konsens, verstanden als Prozess der Aushandlung,⁵² kann als unmögliches Unterfangen, als Farce gedeutet werden, wenn angenommen wird, dass „Zustimmung“ in hierarchischen Machtverhältnissen stets nur eine Unterordnung unter ebendiese Verhältnisse darstellt.⁵³ Denken wir Autonomie jedoch als eine Möglichkeit, die auch unter imperfekten Gegebenheiten wie ungleicher Machtverteilung noch graduell besteht, dann erscheint Konsens einerseits als die Ausübung von Autonomie, und zugleich wird Autonomie durch Konsens in sexuellen Interaktionen erst wirksam.⁵⁴

Im Hinblick auf den Zweck, selbstbestimmtes Leben im Miteinander zu gewährleisten, ist Autonomie daher zu denken als etwas, das wir einander erst ermöglichen (müssen).⁵⁵ Dem Recht obliegt es, hierfür förderliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Daraus ergibt sich die Anforderung der Gestaltung eines gerechten und alle Geschlechter gleichermaßen schützenden, so viel Freiheit wie möglich sichernden Sexualstrafrechts, das einerseits die Dimension geschlechtsspezifisch vorgeprägter Verhaltensweisen⁵⁶ berücksichtigt, andererseits nicht selbst stereotypen Vorannahmen erliegt.⁵⁷ Das ist eine komplexe, fast paradoxe Herausforderung. Dabei sind strukturelle Ungleichheiten nicht nur entlang der Achse Geschlecht, sondern auch in Kategorien wie geographische und ethnische aber auch soziale Herkunft, finanzielle Ressourcen und Bildung zu berücksichtigen.

4. Realitäten anerkennen

Auch wenn der Streit um „das richtige Recht“ zumindest für Jurist:innen ein normativer ist, muss präsent bleiben, dass die rechtliche Regulierung der Prostitution/Sexarbeit

³⁹ Valentiner (Fn. 19); Hörnle, ZStW 2015, 851 (857).

⁴⁰ Für den Bereich der Pornographiedelikte Schmidt (Fn. 14).

⁴¹ Valentiner (Fn. 19), S. 377 ff.

⁴² Zinsmeister, in: Lembke, Regulierungen des Intimen, 2017, S. 71 (75 f., 86 f.).

⁴³ Valentiner (Fn. 19), S. 377 f. zu den Grundbedingungen sexueller Autonomie auch Zinsmeister, in: Lembke, Regulierungen des Intimen, S. 71 (75 f.).

⁴⁴ Schmidt (Fn. 14), S. 125 ff.

⁴⁵ Valentiner, in: Kuhn/Renzikowski/Schellhammer, Sexuelle Selbstbestimmung bei Menschen mit kognitiven Einschränkungen?, 2024, S. 169 (176 f., 187 ff.); Proufas, SRA Journal 2023, 47 ff. Die Forderung der Unionsfraktion umfasst ein solches Verbot jedoch: Deutscher Bundestag, Drucksache 20/10384, Antrag der Fraktion CDU/CSU Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden – Sexkauf bestrafen, 20.2.2024, S. 2, online abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/20/103/2010384.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.11.2024).

⁴⁶ Valentiner (Fn. 19), S. 201 ff.

⁴⁷ Harrer, KriPoZ 2021, 287 ff.

⁴⁸ S. Fn. 29.

⁴⁹ Nach Rössler, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 327 ff.

⁵⁰ Für eine zusammenfassende Darstellung s. Rössler, in: Neuhäuser/Raters/Stoecker, Handbuch Angewandte Ethik, 2023, S. 155 ff.

⁵¹ Holzleithner, in: Lembke, Regulierungen des Intimen, 2017, S. 31 (37).

⁵² Valentiner (Fn. 19), S. 150 ff.

⁵³ MacKinnon, Harvard Law & Policy Review 10/2016, 431 (441).

⁵⁴ Vavra, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, S. 121.

⁵⁵ Mit Eva von Redecker: „Die Freiheit ist gerade das, was wir einander ermöglichen und geben müssen.“, Deutschlandfunk Kultur, Philosophie und Klimakrise - Ohne Feminismus keine Rettung der Welt, Eva von Redecker im Gespräch mit Simone Miller, 13.11.2022, Min. 9:30, <https://www.deutschlandfunkkultur.de/philosophie-klimakrise-feminismus-rettung-der-welt-100.html> (zuletzt abgerufen am 12.11.2024).

⁵⁶ S. dazu grundlegend Simon/Gagnon, in: Schmerl/Soine/Stein-Hilbers/Wrede, Sexuelle Szenen, Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften, S. 70 ff.

⁵⁷ Nach Zinsmeister hat sich der Staat „jeglicher Normierung des Geschlechts und des Sexuellen zu enthalten“, Zinsmeister, in: Lembke, Regulierungen des Intimen, S. 71 (86 f.). Vgl. zu dieser Gefahr bei der Rechtsanwendung Renzikowski, JR 2024, 39 ff.; für das Verfassungsrecht s. Valentiner (Fn. 19), S. 24.

reale Menschen und deren sehr diverse Lebensrealitäten existenziell betrifft. Der übergeordnete Zweck, selbstbestimmtes Leben im Miteinander für alle zu ermöglichen, darf dabei nicht in den Hintergrund treten. Die Auswirkungen rechtlicher Regulierung für die von ihr betroffenen Menschen muss umfassend diskutiert werden: für diejenigen, die aktuell von Gewalt und Ausbeutung bedroht oder betroffen sind, für diejenigen, für die Sexarbeit gerade die beste, eine akzeptable oder gar die einzige Option zur Sicherung ihres Lebensunterhalts darstellt aber auch für diejenigen, die darin ihre „Berufung“ sehen.⁵⁸

Weder darf unterschlagen werden, dass es sich um einen Bereich mit erhöhten Gewaltrisiken und geschlechtsspezifischen Vulnerabilitäten handelt,⁵⁹ noch kann in hart-paternalistischer Manier erwachsenen Menschen pauschal die Entscheidungsfähigkeit abgesprochen werden.⁶⁰ Für diejenigen, die auch unter einem Sexkaufverbot weiter der Sexarbeit/Prostitution nachgehen (müssen), kann Verdrängung aus dem sichtbaren Bereich und Verfolgungsdruck im öffentlichen Raum die Arbeitsbedingungen weiter prekarisieren.⁶¹ Zugleich ist der Staat zum effektiven Schutz vor sexualisierter Gewalt verpflichtet. Ist dies im regulatorischen Modell so unzureichend durchsetzbar, wie es nach Auffassung einiger Expert:innen aus dem Bereich der Strafverfolgung⁶² derzeit der Fall ist, muss die Option einer generellen Freierstrafbarkeit ernsthaft erwogen werden. Zu fragen ist jedoch auch, ob dem Staat nicht weniger invasive (und zugleich wirkungsvollere) Mittel zur Verfügung stehen, um die effektive Strafverfolgung bei Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung in der Sexarbeit/Prostitution zu gewährleisten. Zu denken wäre dabei insbesondere an eine Aufstockung polizeilicher Ressourcen, die Einrichtung von (mehr) Schwerpunktstaatsanwaltschaften, Fortbildungen bei Gerichten und Ermittlungsbehörden und insbesondere den Ausbau von Beratungs- und Ausstiegsangeboten.

In einer breit angelegten, nuancierten gesellschaftspolitischen Debatte müssen alle Akteur:innen ernstgenommen werden.⁶³ Im Rahmen der Evaluation des ProstSchG werden derzeit umfangreiche Befragungen mit Sexarbeiter:innen/Prostituierten durchgeführt. Die Evaluation stellt die bislang größte staatlich in Auftrag gegebene Untersuchung zur Lebenssituation dieser Bevölkerungsgruppe in Deutschland dar. Die Ergebnisse abzuwarten, bevor – erneut⁶⁴ – Tatbestände des Sexualstrafrechts über-eilt verändert werden, ohne dass der Reform ein konsistentes Konzept in Bezug auf die aufgeworfenen Grundfragen zugrunde läge, gebietet die demokratische Redlichkeit – und im Zweifel der *EGMR*.

IV. Fazit

Viele der in der Diskussion um die Sexarbeit/Prostitution aufgeworfenen Fragen verweisen im Kern auf unser gesamtgesellschaftliches Verständnis von Freiheit, Würde und Gleichheit, letztlich auf die Grundlagen unserer Demokratie.⁶⁵ Im Kontext sexueller Kultur und dem Wunsch nach einer offenen, sicheren und gleichberechtigten Gesellschaft berühren sie die Position jedes und jeder Einzelnen im Gesellschaftsgefüge. Welche Vorstellungen von Geschlecht und Sexualitäten tragen wir in uns? Welche Interaktionsmuster prägen unser eigenes (Er-)Leben und wollen wir diese kultivieren oder sollen sie sich verändern? Falls ja, wohin?

Die politische Debatte sollte mit einem Quäntchen demütiger Zurückhaltung geführt werden. Denn kommerzielle Sexualitäten sind nicht per se etwas kategorial anderes als andere Formen von Sexualität. Sie sind nichts ominös Fremdes, sondern in der Kernproblematik uns allen aus unserem eigenen Leben bekannt.

⁵⁸ *Maga*, in: Schrader/Künkel, Sexarbeit. Feministische Perspektiven, S. 51 (52).

⁵⁹ Auch wenn dieses Risiko nicht naturgegeben oder unabänderlich ist, sondern mit *Sanders*, *Studies in Law, Politics and Society* 2016, 93 ff. als ein von sozialen, kulturellen und politischen Faktoren abhängiges Phänomen gesehen wird, ist es doch zunächst real, statt vieler s. Deutsche Aidshilfe, Was brauchen Sexarbeiter:innen? Eine qualitativ-partizipative Studie zu den gesundheitlichen Bedarfen von Sexarbeiter:innen in Deutschland, Forschungsbericht der Studie "Sexuelle Gesundheit und HIV/STI-Präventionsstrategien und -bedarfe von Sexarbeitenden", April 2024, S. 49 ff.

⁶⁰ Weiterführend *Mosbacher*, *Strafrecht und Selbstschädigung*, 2001; *Klimpel*, *Bvormundung oder Freiheitsschutz?*, 2003.

⁶¹ *Kingston/Thomas*, *Crime Law Soc Change* 4/2019, 423 (428 ff.).

⁶² So *Dierselhuis* in der öffentlichen Anhörung, siehe Deutscher Bundestag (Fn. 7), S. 8 ff., 20 ff.; *Bosch*, *Freierstrafbarkeit – Quo vadis?*, 2021; s. auch *Mack/Rommelfanger*, *Sexkauf*, 2023, S. 122 ff.

⁶³ Auch Männer, trans- und nonbinäre Personen sind relevante Gruppen, deren Erfahrungen und Interessen zu berücksichtigen sind, vgl. Deutsche Aidshilfe (Fn. 58), S. 18, 26 ff. Gleiches gilt für diejenigen, die sexuelle Dienstleistungen kaufen, z.B. im Rahmen von Sexualassistenten oder etwa Frauen, die nach Vergewaltigungen Sexarbeit in Anspruch nehmen, um wieder Sicherheit in sexuellen Interaktionen zu bekommen, siehe *Vaccalluzzo*, Unionsfraktion im Bundestag für Sexkaufverbot – das sagen Sexarbeitende zu dem Nordischen Modell, *Abendzeitung*, 9.11.2023, online abrufbar unter: <https://www.abendzeitung-muenchen.de/politik/unionsfraktion-im-bundestag-fuer-sexkaufverbot-das-sagen-sexarbeitende-zu-dem-nordischen-modell-art-939230> (zuletzt abgerufen am 12.11.2024).

⁶⁴ Vgl. *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), Vorb. § 174 Rn. 113.

⁶⁵ S. *Harrer/Valentiner*, *FemPol* 1/2024, 57 ff.

Die gesetzliche Neuregelung der Geldwäsche und ihre Auswirkungen auf gerichtliche Feststellungen und schutzpolizeiliche Maßnahmen

von Dr. Tamina Preuß, M.A.*

Abstract

Der Straftatbestand der Geldwäsche wurde durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9.3.2021 neu gefasst. Die erheblichste mit der Neufassung verbundene Änderung ist die Entscheidung des Gesetzgebers für den sog. „All-Crimes-Ansatz“, d.h. die Aufgabe des enumerativen Vortatenkatalogs der Geldwäsche, sodass jede rechtswidrige Tat Vortat der Geldwäsche sein kann. Der Beitrag gibt einen Überblick über die gesetzliche Neuregelung der Geldwäsche und beleuchtet ihre Auswirkungen auf gerichtliche Feststellungen und schutzpolizeiliche Maßnahmen. Die Quintessenz des Beitrags ist, dass die Neufassung des § 261 StGB in beiden Bereichen zu gewissen Beweiserleichterungen führt. Diese sind jedoch begrenzt. Zudem wiegen die kriminalpolitischen und verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den „All-Crimes-Ansatz“ schwer.

The criminal offense of money laundering was revised by the Act to Improve the Criminal Act on Combating Money Laundering of March 9, 2021. The most significant change associated with the amended version is the legislator's decision to implement the so-called "all-crimes approach", i.e. the abolition of the enumerative catalogue of predicate offenses for money laundering, so that any unlawful act can be a predicate offense for money laundering. The article provides an overview of the new legal regulation of money laundering and highlights its effects on judicial findings and police measures. The quintessence of the article is that the amended version of Section 261 StGB leads to certain facilitations of evidence in both areas. However, these are limited. In addition, the criminal policy and constitutional concerns about the "all-crimes approach" are serious.

I. Einführung

Verfahren wegen Geldwäsche, also der Einschleusung von illegal erwirtschafteten Geldern in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf, beschäftigen die Ermittlungsbehörden und Gerichte bekanntlich regelmäßig. So

ist aktuell ein Fall, der sich in der Region Hannover ereignet hat, Gegenstand der Medienberichterstattung. Hier wird einer Tätergruppierung vorgeworfen, eigene Postagenturen – dies sind Partner der Post, die neben ihren eigentlichen Geschäften, wie Kiosken oder Schreibwarenhandeln, Postdienstleistungen und Finanzdienstleistungen anbieten – zur Verschleierung inkrimierter Gelder genutzt zu haben. Konkret wird gegen die Tatverdächtigen der Vorwurf erhoben, Strohleute im osteuropäischen EU-Ausland als sog. Finanzagenten angeworben zu haben, diese unter falschem Vorwand nach Deutschland gebracht und hier veranlasst zu haben, Betriebe zu gründen und Konten zu eröffnen. Nachdem die Strohleute in ihre Heimat zurückgeschickt wurden, wurden deren Konten für Geldtransfers im Zusammenhang mit Betrug (sog. „Enkeltrick“ und Phishing) und Steuerhinterziehung verwendet. Nach Erkenntnissen der Staatsanwaltschaft Hannover wurden zwischen Mitte 2021 und Mitte 2023 in den Postagenturen 60 Mio. Euro in bar abgehoben, wovon zwei Millionen Euro aus Betrugsdelikten stammen sollen. Woher die restlichen 58 Millionen Euro stammen, ist derzeit noch unklar. Bei der Durchsuchung von mehreren Wohnungen und Geschäftsräumen, auch eines Notariats, in Hannover und Umgebung wurden u.a. Luxusfahrzeuge, Schmuck und knapp 400.000 Euro in bar sichergestellt.¹

Der Geldwäschetatbestand § 261 StGB gilt als die am häufigsten geänderte Vorschrift des StGB.² Die letzte und wesentlichste Änderung war seine Neufassung durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9.3.2021 mit Wirkung zum 18.3.2021.³ Gegenstand dieses Beitrags ist die hiermit verbundene gesetzliche Neuregelung der Geldwäsche und ihre Auswirkungen auf gerichtliche Feststellungen und schutzpolizeiliche Maßnahmen.

Zu diesem Zweck wird zunächst auf den Begriff der Geldwäsche und das zugrundeliegende Phänomen eingegangen (II.). Sodann folgt ein Überblick über den Straftatbestand der Geldwäsche in § 261 StGB (III.). Die hieran anschließenden Ausführungen widmen sich der Neufassung

* Dr. Tamina Preuß, M.A. ist Habilitandin und Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg bei Prof. Dr. Frank Peter Schuster, Mag. iur.

¹ NDR, Postagenturen in Region Hannover zur Geldwäsche betrieben?, 7.5.2024, online abrufbar unter: https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/hannover_weser-leinegebiet/Postagenturen-in-Region-Hannover-zur-Geldwaesche-betrieben.post766.html (zuletzt abgerufen am 26.7.2024); Staatsanwaltschaft Hannover, Tätergruppe nutzt selbst betriebene Post-Filialen um inkrimierte Gelder in Millionenhöhe abzuheben, Pressemitteilung, 6.5.2024, online abrufbar unter: <https://staatsanwaltschaft-hannover.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/tatergruppierung-nutzt-selbst-betriebene-post-filialen-um-inkriminierte-gelder-in-millionen-hohe-abzuheben-231900.html> (zuletzt abgerufen am 26.7.2024).

² Statt vieler Fischer, StGB, 71. Aufl. (2024), § 261 Rn. 1.

³ BGBl. I 2021, S. 327.

des Geldwäschetatbestandes (IV.). Der Schwerpunkt liegt auf dem sog. „All-Crimes-Ansatz“, d.h. der Abschaffung des enumerativen Vortatenkataloges, sodass jede rechtswidrige Tat Vortat der Geldwäsche sein kann. Neben einer Erörterung der Auswirkungen dieses Paradigmenwechsels⁴ auf die gerichtlichen Feststellungen, erfolgt eine Auseinandersetzung mit der seitens der Literatur aus kriminalpolitischer und verfassungsrechtlicher Sicht geäußerten Kritik. In einem separaten Abschnitt werden die Besonderheiten schutzpolizeilicher Maßnahmen bei Verdacht der Geldwäsche erläutert (V.). Insbesondere wird diskutiert, welche Auswirkungen die Novellierung des § 261 StGB in diesem Bereich hat. Der Beitrag endet mit einem Fazit und einem Ausblick (VI.).

II. Begriff und Phänomen der Geldwäsche

Geldwäsche ist eine Übersetzung des englischen Ausdrucks „money laundering.“ Der etymologische Ursprung des Begriffs liegt in der Zeit der Prohibition von 1920 bis 1933 in den Vereinigten Staaten.⁵ Der Legende nach geht das Phänomen auf den US-amerikanischen Gangster-Boss *Al Capone* zurück, der im Chicago der 1920er Jahre Erträge aus kriminellen Geschäften in Waschsalons investierte, um die kriminelle Herkunft der Gelder zu verschleiern. Im Prozess nach seinem Beruf gefragt, soll er geantwortet haben: „Ich bin im Wäscherei-Business tätig.“ Einen entsprechenden Straftatbestand gab es im damaligen US-amerikanischen Recht nicht. *Al Capone* wurde wegen Steuerhinterziehung schuldig gesprochen.⁶

Der deutsche Gesetzgeber hat die Geldwäsche nicht legaldefiniert.⁷ Der kriminologischen Begriffsbestimmung nach ist Geldwäsche ein Vorgehen, das darauf abzielt, Vorhandensein, Herkunft oder Bestimmung von Vermögenswerten zu verschleiern, die aus illegalen Geschäften stammen, um sie dann als rechtmäßige Einkünfte erscheinen zu lassen.⁸

Der Prozess der Geldwäsche lässt sich nach einem häufig verwendeten Modell des U.S. Customs Service, einer

früheren US-amerikanischen Zollbehörde, in drei Phasen unterteilen:⁹ Die erste Phase wird als „Placement“ („Platzierung“) bezeichnet. In dieser Phase erfolgt die Einspeisung der durch Straftaten erlangten Bargeldmenge in den legalen Wirtschafts- und Finanzkreislauf, z.B. durch Transformierung von Bargeld in Buchgeld. Häufig wird hier die Taktik des „Smurfings“ genutzt, d.h. viele kleinere Teilbeträge werden von unterschiedlichen Personen – den sog. „Smurfs“ – auf unterschiedliche Konten eingezahlt, um keine Aufmerksamkeit zu erregen.¹⁰ Aus Tätersicht ist das „Placement“ die riskanteste Phase im Geldwäscheprozess. Es folgt die zweite Phase, das sog. „Layering“ („Verschleierung“). In dieser Phase werden die Spuren zur illegalen Herkunft des Geldes durch das Tätigen zahlreicher Transaktionen weiter verwischt. Wörtlich übersetzt bedeutet „Layering“ Schichtung. Jede weitere Transaktion wird als „Schicht“ („Layer“) begriffen, durch die das Geld weiter von dessen krimineller Herkunft getrennt wird. Dies geschieht beispielsweise durch Scheingeschäfte, Briefkastengesellschaften, Scheingesellschaften und die Nutzung von Offshore-Finanzplätzen mit minimaler Finanzmarktaufsicht und -regulierung. Die dritte und letzte Phase ist die „Integration“ („Integration“). Hierunter versteht man die endgültige Einbringung der Vermögenswerte in den legalen Wirtschaftskreislauf, z.B. durch langfristige Investition in Immobilien oder Firmenanteile. In dieser Phase ist der Nachweis der illegalen Herkunft der Gelder am schwierigsten, weil die Distanz zur ursprünglichen kriminellen Erlangung am größten ist.¹¹

Zu beachten ist, dass es sich bei diesem Drei-Phasen-Modell um eine vereinfachte Darstellung eines komplexen Prozesses handelt.¹² In der Realität sind nicht alle Phasen zwingend in jedem Geldwäschevorgang enthalten und die Phasen nicht immer klar voneinander zu trennen. So kann beispielsweise die „Integration“ in den legalen Markt sich lediglich als weiteres „Layering“ darstellen, sodass ein Ende des Geldwäscheprozesses nicht stets klar definierbar ist.¹³ Auch wurden in der Literatur weitere Modelle der Geldwäsche konzeptualisiert, wie das Zwei-Phasen-Modell nach *Bernasconi*, das zwischen Geldwäsche ersten

⁴ Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330 (333).

⁵ Veljovic, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, 2022, S. 19.

⁶ Diergarten/Barreto da Rosa, Praxiswissen Geldwäscheprevention, 2. Aufl. (2021), Rn. 6; Gazeas, NJW 2021, 1041 (1041). Kritisch zum Mythos von *Al Capone* als „Erfinder“ der Geldwäsche, Fiedler/Krumma/Zanconato/McCarthy, Das Geldwäscherisiko verschiedener Glücksspielarten, 2017, S. 3 mit Fn. 1.

⁷ Diergarten/Barreto da Rosa, Praxiswissen Geldwäscheprevention, Rn. 3. Eine Begriffsbestimmung ist in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (4. EU-Geldwäscherichtlinie), ABl. L 141 enthalten.

⁸ Laustetter, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022, online abrufbar unter: https://ksv-polizeipraxis.de/der-strafatbestand-der-geldwaesche-gemaess-%C2%A7-261-stgb/#_edn3 (zuletzt abgerufen am 26.7.2024). Vgl. auch die Definitionen der FATF, online abrufbar unter: <https://www.fatf-gafi.org/en/pages/frequently-asked-questions.html#tabs-36503a8663-item-6ff811783c-tab> (zuletzt abgerufen am 26.7.2024) und des BKA, online abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/Geldwaesche/geldwaesche_node.html (zuletzt abgerufen am 26.7.2024).

⁹ Zum Ganzen BKA, online abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/Geldwaesche/geldwaesche_node.html (zuletzt abgerufen am 26.7.2024); Diergarten/Barreto da Rosa, Praxiswissen Geldwäscheprevention, Rn. 8 ff.; Fiedler/Krumma/Zanconato/McCarthy, Das Geldwäscherisiko verschiedener Glücksspielarten, S. 8 ff.; Veljovic, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 32 ff.

¹⁰ Fiedler/Krumma/Zanconato/McCarthy, Das Geldwäscherisiko verschiedener Glücksspielarten, S. 9.

¹¹ Diergarten/Barreto da Rosa, Praxiswissen Geldwäscheprevention, Rn. 14.

¹² Diergarten/Barreto da Rosa, Praxiswissen Geldwäscheprevention, Rn. 9.

¹³ Fiedler/Krumma/Zanconato/McCarthy, Das Geldwäscherisiko verschiedener Glücksspielarten, S. 11; Suendorf, Geldwäsche, Eine kriminologische Untersuchung, 2001, S. 145.

Grades und Geldwäsche zweiten Grades unterscheidet.¹⁴ Nach *Veljovic* ist ein Vier-Phasen-Modell, das die Vortatbegehung als erste Phase integriert, mit Unterteilung der Integrationsphase in die Teilphasen der Kontamination und der Refinanzierung besser geeignet, dem Geldwäscheschleppprozess gerecht zu werden.¹⁵

Im Hellfeld stellt sich die Geldwäsche folgendermaßen dar: In der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) wurden für das Jahr 2023 über 32.000 Fälle der Geldwäsche erfasst.¹⁶ In den letzten zehn Jahren haben die in der PKS registrierten Fälle kontinuierlich zugenommen. So waren es für das Berichtsjahr 2022 noch 22.614 erfasste Fälle, für 2013 noch 8.134 Fälle.¹⁷ Die Aufklärungsquote lag im Jahr 2023 bei über 90 Prozent.¹⁸ Die Zahl der Verurteilten wegen Geldwäsche liegt dagegen konstant auf eher niedrigem Niveau.¹⁹ Dies dürfte damit zu erklären sein, dass die angezeigten Fälle hohe Einstellungsquoten aufweisen und dass in Verfahren, in denen wegen Geldwäscheschleppverdachts ermittelt wird, letztlich wegen anderer Taten verurteilt wird.

Die Dunkelfeldstudie von *Bussmann/Veljovic*, im Rahmen derer diese 669 zufällig ausgewählte Verfahrensakten von 28 Staatsanwaltschaften mit rechtskräftigem Abschluss wegen Geldwäsche analysierten, ergab, dass 99 Prozent der rechtskräftig abgeurteilten Fälle von Geldwäscheragenten bzw. faktisch als solche Handelnde betrafen.²⁰ Es ist anzunehmen, dass ein erhebliches Dunkelfeld existiert.²¹ Der Umfang der Geldwäsche wird auf zwei bis fünf Prozent des globalen Bruttoinlandsprodukts geschätzt.²² Für Deutschland gehen Schätzungen von einem Geldwäschevolumen von 100 Milliarden Euro jährlich aus.²³ Zu beachten ist allerdings, dass derartige Schätzungen nicht auf einer belastbaren Schätzungsgrundlage beruhen.²⁴

III. Überblick über § 261 StGB

Der durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.7.1992²⁵ eingeführte Straftatbestand § 261 StGB dient nach seiner ursprünglichen Konzeption der Bekämpfung des Einschleppens von Vermögensgegenständen aus Organisierter Kriminalität in den legalen Wirtschafts- und Finanzkreislauf. Den Strafverfolgungsbehörden soll an der Nahtstelle zwischen illegalen Erlösen aus Straftaten und dem legalen Finanzkreislauf ermöglicht werden, die sog. „Papierspur“ („paper-trail“) illegaler Finanzflüsse zu verfolgen und so in die Strukturen der Organisierten Kriminalität einzudringen. Der Vortäter soll in finanzieller Hinsicht von seiner Umwelt isoliert werden und der inkriminierte Gegenstand verkehrsunfähig gemacht werden. Hierdurch soll der Anreiz zur Begehung derartiger Taten entfallen. Durch die Abschöpfung der Gewinne soll der Organisierten Kriminalität das Investitionskapital für die Begehung weiterer Straftaten entzogen werden.²⁶ Vom ursprünglichen Ziel der Bekämpfung Organisierter Kriminalität hat sich § 261 StGB im Laufe der Zeit aufgrund der stetigen Ausweitung des Vortatenkatalogs – dieser war in der Ursprungsfassung auf Verbrechen, bestimmte Vergehen nach dem BtMG sowie alle von einem Mitglied einer kriminellen Vereinigung begangenen Vergehen begrenzt²⁷ – bis hin zum aktuellen „All-Crimes-Ansatz“ immer weiter entfernt.²⁸

Bei § 261 StGB handelt es sich, wie bei Hehlerei, Begünstigung und Strafvereitelung, um ein Anschlussdelikt,²⁹ das bestimmte Formen des Umgangs mit Gegenständen, die aus einer rechtswidrigen Tat herrühren, unter Strafe stellt. Geschütztes Rechtsgut ist nach h.M. die inländische Rechtspflege in ihrer Aufgabe, die Wirkung von Strafta-

¹⁴ *Bernasconi*, Finanzunterwelt, 1988, S. 30. Vgl. auch *Bongard*, Wirtschaftsfaktor Geldwäsche, 2001, S. 79.

¹⁵ *Veljovic*, Die Reform der Geldwäscherbekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 36 ff.

¹⁶ BKA, PKS 2023, Fallentwicklung und Aufklärung der Straftatengruppen, V1.0 erstellt am 7.2.2024, online abrufbar unter: <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2023/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=226082> (zuletzt abgerufen am 1.6.2024).

¹⁷ BKA, PKS Grundtabelle - ohne Tatortverteilung ab 1987, 4-stelliger Straftatenschlüssel, V1.0 erstellt am 11.3.2023, online abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157435/umfrage/polizeilich-erfasste-faelle-von-geldwaesche-seit-1995/> (zuletzt abgerufen am 26.7.2024).

¹⁸ BKA, PKS 2023, Grundtabelle V1.0, erstellt am 7.2.2024, online abrufbar unter: <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2023/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=226082> (zuletzt abgerufen am 26.7.2024).

¹⁹ BT-Drs. 19/3818, S. 18 ff.; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (333); *Neuheuser*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 261 Rn. 19; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2019, S. 36, online abrufbar unter: https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00062210/FS10_R3_2019.pdf (zuletzt abgerufen am 26.7.2024).

²⁰ *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (418).

²¹ *Klur*, Kriminalistik 2022, 294 (295); *Schindler*, NZWiSt 2020, 457 (458).

²² Munich Security Conference, Transnational Security Report, Juni 2019, S. 40, online abrufbar unter: https://securityconference.org/assets/01_Bilder_Inhalte/01_Themen/05_Transnational-Security/MSC_Transnational_Security_Report.pdf (zuletzt abgerufen am 26.7.2024).

²³ *Bussmann*, Dark figure study on the prevalence of money laundering in Germany and the risks of money laundering in individual economic sectors, 2015, S. 4, online abrufbar unter: <https://wcms.itz.uni-halle.de/download.php?down=55536&elem=3321719> (zuletzt abgerufen am 26.7.2024); *Bussmann/Vockrodt*, Compliance-Berater 2016, 138 (143).

²⁴ BT-Drs. 18/1763, S. 6; FATF, What is Money Laundering?, online abrufbar unter: <https://www.fatf-gafi.org/en/pages/frequently-asked-questions.html#tabs-36503a8663-item-6ff811783c-tab> (zuletzt abgerufen am 26.7.2024); *Schindler*, NZWiSt 2020, 457 (458).

²⁵ BGBl. I, S. 1302.

²⁶ Zum Ganzen *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 261 Rn. 2; *Neuheuser*, in: MüKo-StGB, § 261 Rn. 4; *Ruhmannseder*, in: BeckOK-StGB, 61. Aufl. (Stand: 1.5.2024), § 261 Rn. 2.

²⁷ BGBl. I, S. 1302; BT-Drs. 19/24180, S. 2, 12.

²⁸ *Ruhmannseder*, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 3.

²⁹ Statt vieler *Jahn/Ebner*, JuS 2009, 597 (598).

ten zu beseitigen.³⁰ Teilweise werden zusätzlich die durch die Vortaten geschützten Rechtsgüter als geschützt erachtet, wobei unterschiedliche Auffassungen vertreten werden.³¹

§ 261 StGB gilt als eine der am schwersten verständlichen Vorschriften des StGB.³² Dies hat der Vorschrift in der Literatur Bezeichnungen wie „enfant terrible des StGB“³³ und „Monstrum“³⁴ eingebracht. Selbst der 5. Strafsenat des BGH ging im Jahr 2008 davon aus, dass es sich bei § 261 StGB in der damaligen Fassung um einen „Straftatbestand an der Grenze der Verständlichkeit“ handelte, dessen restriktive Auslegung aus Gründen der Bestimmtheit geboten sei.³⁵ Aufgrund der Länge und Komplexität der Vorschrift erfolgt an dieser Stelle nur ein cursorischer Überblick über § 261 StGB.

1. Objektiver Tatbestand

Tatobjekt der Geldwäsche ist nicht nur Geld, sondern jeder Gegenstand. Hiervon umfasst sind alle Rechtsobjekte, die einen Vermögenswert haben (z.B. bewegliche und unbewegliche Sachen, Rechte an solchen, Bar- und Buchgeld).³⁶ Der Gegenstand muss aus einer rechtswidrigen Tat herrühren. Hierfür genügt die Herkunft aus jeder rechtswidrigen und tatbestandsmäßigen Tat i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Eine schuldhaftige Begehung ist nicht erforderlich.³⁷ Eine Geringfügigkeitsgrenze ist nicht vorgesehen.³⁸ Nach Maßgabe des § 261 Abs. 9 StGB sind im Ausland begangene Vortaten einbezogen.

Der Gegenstand rührt aus der Vortat her, wenn er sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Sinne eines Kausalzusammenhangs auf die Vortat zurückführen lässt.³⁹ Dies gilt auch für Gegenstände, die an Stelle des ursprünglich kriminell erlangten Gegenstandes getreten sind (sog. Surrogate)⁴⁰ und sogar für Gegenstände, die sich aus bemakeltem und legalen Gegenständen zusammensetzen, wie dies etwa bei Vermischung oder Mischfinanzierung der Fall sein kann. Hier rührt der Gegenstand nach der Rechtsprechung des BGH insgesamt aus der Vortat her, sofern der aus der Vortat herrührende Anteil bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht völlig unerheblich ist.⁴¹ Für Giralgeld hat der 1. Strafsenat einen Anteil des Zuflusses aus deliktischen Quellen von 5,9 Prozent für nicht völlig unerheblich erachtet und eine Festlegung, ob es einer Mindestquote des deliktischen Anteils bedarf, für nicht notwendig erachtet.⁴² Der Linie der Rechtsprechung folgend rührt beispielsweise ein Kleinwagen, der zu einem

Kaufpreis von 10.000 Euro mit 1.000 Euro bemakeltem und 9.000 unbemakeltem Geld finanziert wurde, komplett aus der Vortat her.

§ 261 Abs. 1, 2 StGB enthält eine Vielzahl von Tathandlungen, die sich vielfach überschneiden und nicht immer trennscharf voneinander abgrenzbar sind.⁴³ Diese können schon im Vorfeld der ersten Phase des Drei-Phasen-Modells liegen.⁴⁴ Während Abs. 1 unmittelbar mit dem Gegenstand umgehende Verhaltensweisen (objektbezogene Tathandlungen) betrifft, bezieht sich Abs. 2 auf sonstige tatsachenbezogene Vereitelungshandlungen (informati- onsbezogene Tathandlungen).⁴⁵ Exemplarisch erwähnt werden sollen an dieser Stelle Verbergen des Gegenstandes (§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) und Umtausch, Übertragung und Verbringung des Gegenstands in der Absicht, dessen Auffinden, dessen Einziehung oder die Ermittlung von dessen Herkunft zu vereiteln (§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB). § 261 Abs. 1 S. 2 StGB regelt als Begrenzung des objektiven Tatbestandes zum Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs den straflosen Vorerwerb eines Dritten für die Fälle des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StGB.⁴⁶

2. Subjektive Voraussetzungen

Subjektiv ist grundsätzlich dolus eventualis bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich.⁴⁷ Teilweise sehen die Tatbestandsvarianten darüber hinausgehende Anforderungen vor. So wird in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB die Absicht, das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft des Gegenstands zu vereiteln, vorausgesetzt. Verlangt wird dolus directus 1. Grades.⁴⁸ Auch gelten für die Annahme von Honoraren durch Strafverteidiger gem. § 261 Abs. 1 S. 3, Abs. 6 S. 2 StGB auf subjektiver Ebene gesteigerte Anforderungen.

§ 261 Abs. 6 S. 1 StGB normiert die Strafbarkeit von Leichtfertigkeit bezüglich des Herrührens des Gegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat. § 261 Abs. 6 S. 2 StGB nimmt hiervon bestimmte Tatmodalitäten durch einen Strafverteidiger, der sein Honorar annimmt, aus. Leichtfertigkeit liegt nach der vorsatznahen Auslegung⁴⁹ der Rechtsprechung vor, wenn sich die deliktische Herkunft aus einer rechtswidrigen Tat geradezu aufdrängt und der Täter gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt.⁵⁰ Eine leichtfertige Begehungsweise wird typischerweise bei Finanzagenten angenommen, die ihre Konten

³⁰ BGH, NJW 2009, 1617 (1618); BT-Drs. 12/989, S. 27; Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 261 Rn. 2.

³¹ Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 7 m.w.N.

³² Schindler, NZWiSt 2020, 457 (462).

³³ Jahn/Ebner, JuS 2009, 597 (598).

³⁴ Reisch, JuS 2023, 207 (207). Vgl. auch Michalke, in: FS Fischer, 2018, S. 449 (451).

³⁵ BGH, NJW 2008, 2516 (2517).

³⁶ BT-Drs. 12/989, S. 27; Kraatz, Jura 2015, 699 (701); Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 9.

³⁷ Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 10.

³⁸ Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 10.2.

³⁹ BGH, NStZ-RR 2010, 109 (111); BGH, NStZ 2009, 328 (329).

⁴⁰ Statt vieler Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 17.

⁴¹ BGH, NStZ 2017, 167 (169); BGH, NJW 2015, 3254. A.A. die Lehre von der Teilkontamination vgl. Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 18 m.w.N.

⁴² BGH, NJW 2015, 3254 (3255).

⁴³ Fischer, StGB, § 261 Rn. 24.

⁴⁴ Laustetter, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

⁴⁵ Altenhain, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 261 Rn. 7.

⁴⁶ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 26. Aufl. (2024), § 23 Rn. 33; Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 34.

⁴⁷ Fischer, StGB, § 261 Rn. 51.

⁴⁸ Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 54.

⁴⁹ Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 91.

⁵⁰ BGHSt 43, 158 (168); BGH, BeckRS 2021, 21720 Rn. 61.

gegen Provision für den Geldtransfer inkriminierter Gelder zur Verfügung stellen.⁵¹ Nicht denkbar ist eine leichtfertige Begehung bei den Tatvarianten des § 261 StGB, die eine manipulative Tendenz oder Vereitelungsabsicht voraussetzen.⁵²

3. Qualifikation und besonders schwere Fälle

§ 261 Abs. 4 enthält eine Qualifikation der vorsätzlichen Geldwäsche nach § 261 Abs. 1, 2 StGB für die Tatbegehung als Verpflichteter nach dem Geldwäschegesetz (Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten, GwG).⁵³ § 261 Abs. 5 StGB sieht einen erhöhten Strafrahmen für besonders schwere Fälle vor. Benannte besonders schwere Fälle sind gewerbsmäßiges Handeln und Handeln als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Geldwäsche verbunden hat. Ein unbenannter besonders schwerer Fall nach § 261 Abs. 5 S. 1 StGB kommt beispielsweise in Betracht, wenn es sich bei dem Tatobjekt um einen hohen Geldbetrag handelt.⁵⁴

4. Persönliche Strafausschließungs- und Strafhebungsgründe

In § 261 Abs. 7 StGB ist ein persönlicher Strafausschließungsgrund⁵⁵ für die sog. Selbstgeldwäsche von Beteiligten an der Vortat enthalten. Hintergrund ist, dass die eigennützige Verwertung des erlangten Gegenstandes vom Vortäter typischerweise zu erwarten ist und gegenüber der Vortat kein eigenständiges Unrecht darstellt.⁵⁶ Voraussetzung ist die Strafbarkeit wegen Beteiligung an der Vortat. Diese wird bejaht, wenn entweder bereits eine Verurteilung erfolgt ist oder sich die Vortat zumindest im anhängigen Verfahren befindet.⁵⁷ Eine Rückausnahme ist vorgesehen für den Fall, dass der Täter oder Teilnehmer den Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei dessen rechtswidrige Herkunft verschleiert. Es wird angenommen, dies gehe über den gewöhnlichen Umgang mit der Sache hinaus und sei daher mit einem eigenständigen Unwert behaftet.⁵⁸

Ein persönlicher Strafaufhebungsgrund für Fälle tätiger Reue ist die strafbefreiende Selbstanzeige nach § 261

Abs. 8 StGB.⁵⁹ Ziel dieser Regelung ist die Schaffung eines Anreizes für die Anzeige strafbarer Geldwäschevorgänge und die Mitwirkung an der Sicherstellung gewaschener Gegenstände.⁶⁰

5. Regelung zur Einziehung, § 261 Abs. 10 StGB

§ 261 Abs. 10 StGB enthält eine Regelung zur Einziehung der aus der Vortat herrührenden Gegenstände. Nach § 261 Abs. 10 S. 1 StGB können Beziehungsgegenstände (§ 74 Abs. 2 StGB) eingezogen werden.⁶¹ Nach § 261 Abs. 10 S. 2 i.V.m. § 74a StGB gilt dies auch für Gegenstände, die dem Täter nicht gehören oder zustehen. § 261 Abs. 10 S. 3 StGB stellt klar, dass auch die obligatorische Einziehung als Tatertrag möglich ist und dass diese der fakultativen Einziehung nach § 74 Abs. 1 StGB (i.V.m. §§ 74a, 74c StGB) vorgeht, wenn die Einziehung nach beiden Vorschriften in Betracht kommt.⁶² Über die Tatertragseinziehung ist der Zugriff auf Surrogate und Nutzungen möglich.⁶³

IV. Die Neufassung des § 261 StGB durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche

§ 261 StGB wurde durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9.3.2021 mit Wirkung zum 18.3.2021⁶⁴ neugefasst.

1. Zielsetzung

Die Zielsetzung der Novellierung lag darin, die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche⁶⁵ umzusetzen und zugleich die praktische Handhabbarkeit des § 261 StGB zu verbessern. Insgesamt sollte die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche intensiviert werden.⁶⁶

2. Wesentliche Neuerungen

Im Folgenden wird auf die wesentlichen Neuerungen durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche eingegangen.

⁵¹ LG Darmstadt, wistra 2006, 468; Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 100; Neuheuser, NSTZ 2008, 492 (496); Valerius, RDJ 2023, 510 (516).

⁵² Altenhain/Fleckenstein, JZ 2020, 1045 (1050); Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 53.

⁵³ Kritisch Veljovic, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 93 f.; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, 46. Aufl. (2023), Rn. 1067; WisteV, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 7.9.2020, S. 14 f., online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090720_Stellungnahme_WisteV_ReFE_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 21.10.2024).

⁵⁴ BGH, NSTZ 1998, 622 (623); Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 106.

⁵⁵ Bergmann/Pfaff, in: Schröder/Bergmann/Pfaff, Lösungsvorschläge für das Geldwäschestrafrecht, 2020, S. 79 (81); Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330 (339). A.A. Konkurrenzregel Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 112; Fischer, StGB, § 261 Rn. 68; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 261 Rn. 10.

⁵⁶ BT-Drs. 19/24180, S. 34 f.; Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 66.

⁵⁷ Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 116.

⁵⁸ BT-Drs. 19/24180, S. 34.

⁵⁹ Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 68.

⁶⁰ BT-Drs. 12/989, S. 28; Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 261 Rn. 33.

⁶¹ Fischer, StGB, § 261 Rn. 73.

⁶² BGH, BeckRS 2021, 13986; Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 133.

⁶³ Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 133.

⁶⁴ BGBl. I 2021, S. 327.

⁶⁵ ABl. L 284, S. 22.

⁶⁶ BT-Drs. 19/24180, S. 1, 12.

a) Änderung der amtlichen Überschrift

Die amtliche Überschrift, die zeitweise durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) vom 28.10.1994⁶⁷ um den Zusatz „Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte“ ergänzt worden war, erhielt wieder ihre ursprüngliche Fassung. Dies hat den Hintergrund, dass die Verschleierung nur eine von mehreren Tathandlungen ist und der Begriff „Geldwäsche“ dem üblichen Sprachgebrauch, wie er sich insbesondere auch im GwG zeigt, entspricht.⁶⁸

b) „All-Crimes-Ansatz“

Der Gesetzgeber entschied sich für den sog. „All-Crimes-Ansatz“, d.h. er gab den zuvor bestehenden enumerativen Vortatenkatalog auf, sodass jede rechtswidrige Tat Vortat der Geldwäsche sein kann. Einem solchen Ansatz folgten in der Europäischen Union bereits zuvor Belgien, Italien, Frankreich, die Niederlande und Polen.⁶⁹

aa) Übererfüllung der Richtlinie (EU) 2018/1673

Mit der Entscheidung für den „All Crimes-Ansatz“ ging der deutsche Gesetzgeber bewusst über die Mindestvorschriften für die Definition von Straftatbeständen im Bereich der Geldwäsche der EU-Richtlinie⁷⁰ hinaus.⁷¹ Diese gibt ausweislich Art. 2 Nr. 1 unter dem Oberbegriff „kriminelle Tätigkeiten“ folgende Vortaten der Geldwäsche vor: Nach Art. 2 Nr. 1 S. 1 ist eine „kriminelle Tätigkeit“ jede Form der kriminellen Beteiligung an Straftaten, die gemäß dem nationalen Recht mit einer Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsentzug im Höchstmaß von mehr als einem Jahr oder – in Mitgliedstaaten, deren Rechtssystem ein Mindeststrafmaß für Straftaten vorsieht – mit einer Freiheitsstrafe oder einer die Freiheit beschränkenden Maßnahme im Mindestmaß von mehr als sechs Monaten gehandelt werden kann. Nach wohl überwiegender Meinung stehen das Höchstmaß- und das Mindestmaß-Kriterium in einem Verhältnis der Exklusivität und es wird angenommen, dass Deutschland zu den Staaten gehört, die ein Mindestmaß für Straftaten vorsehen (vgl. §§ 38 Abs. 2, 40 Abs. 1 S. 2 StGB).⁷² Daher mussten alle Straf-

taten, die im Mindestmaß eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten vorsehen, als Vortaten der Geldwäsche aufgenommen werden. Dem entsprach Deutschland bereits durch „Verbrechen“ in § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB a.F., denn ein Mindestmaß der Freiheitsstrafe über sechs Monate, aber zugleich unter einem Jahr und damit noch im Vergehensbereich, kennt das deutsche Strafrecht nicht. Somit ergab sich aus dem maßgeblichen Mindestmaß-Kriterium dieser Auffassung folgend kein Umsetzungsbedarf.⁷³ Unabhängig vom Strafmaß gelten nach Art. 2 Nr. 1 S. 2 der Richtlinie die in lit. a) bis lit. v) genannten Kategorien von Straftaten als „kriminelle Tätigkeiten.“ Hierzu zählen diverse Straftatenkategorien, wie etwa sexuelle Ausbeutung, Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln, Umweltkriminalität, Raub und Diebstahl und Angriffe auf Informationssysteme. Eine besondere Schwere der Straftat muss nicht gegeben sein.⁷⁴

Der deutsche Gesetzgeber entschied sich gegen eine Umsetzung der Richtlinie durch punktuelle Änderungen des Vortatenkatalogs. Zur Begründung führt die Entwurfsbegründung u.a. systematische Gründe an. Argumentiert wird, dass ansonsten Straftatbestände, die eigentlich nur bei banden- oder gewerbsmäßiger Begehung geeignete Vortaten seien, wie der Betrug, dies bei bestimmten Tatobjekten, wie der Richtlinie zur Bekämpfung von Betrug mit unbaren Zahlungsmitteln,⁷⁵ ohne zusätzliche Voraussetzungen sein würden.⁷⁶ Punktuelle Änderungen würden dem Ziel, den Rechtsrahmen für eine strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche deutlich zu verbessern, nicht gerecht.⁷⁷ Weiter wird die Aufgabe des selektiven Vortatenkatalogs damit begründet, dass es „in einem immer stärker zusammenwachsenden Europa“ naheliegend sei, „dass Straftäter die damit einhergehenden Vorzüge wie beispielsweise die Reise- und Kapitalverkehrsfreiheit dazu nutzen, strafbar erworbenes Vermögen über Umwege wieder in den Wirtschaftskreislauf einzuschleusen“ und dem strafrechtlich entgegenzutreten sei.⁷⁸ Ergänzend wird angeführt, es erscheine nicht gerechtfertigt, die Geldwäschestrafbarkeit auf Erträge aus Straftaten der Organisierten Kriminalität oder auf typischerweise profitgeleitete Straftaten einzuengen, zumal ein Tatlohn für jede Straftat gewährt werden könne.⁷⁹

⁶⁷ BGBl. I 1994, S. 3188. Vgl. auch BT-Drs. 12/6853, S. 7.

⁶⁸ BT-Drs. 19/24180, S. 28.

⁶⁹ BT-Drs. 19/24180, S. 16; *Schneider*, Die Neuregelung der Geldwäschestrafbarkeit – praxisnah, polizeibezogen, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022, online abrufbar unter: <https://ksv-polizeipraxis.de/die-neuregelung-der-geldwaeschestrafbarkeit-praxisnah-polizeibezogen/> (zuletzt abgerufen am 12.6.2024). In anderen Staaten soll es durch den „All-Crimes-Ansatz“ bisher nicht zu einer erheblichen Erleichterung der Strafverfolgung gekommen sein, *Schindler*, NZWiSt 2020, 457 (463).

⁷⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 und Erwägungsgrund 5 der Richtlinie.

⁷¹ BT-Drs. 19/24180, S. 16.

⁷² BT-Drs. 19/24180, S. 14; *Böhme/Busch*, wistra 2021, 169 (170); *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (331). A.A. Verhältnis der Ergänzung und Umsetzungsbedarf aus dem Höchstmaß-Kriterium *Bergmann/Pfaff*, in: Schröder/Bergmann/Pfaff, Lösungsvorschläge für das Geldwäschestrafrecht, S. 9 (20 ff.). Offengelassen von *Schröder/Blaue*, NZWiSt 2019, 161 (162).

⁷³ BT-Drs. 19/24180, S. 14.

⁷⁴ *Bergmann/Pfaff*, in: Schröder/Bergmann/Pfaff, Lösungsvorschläge für das Geldwäschestrafrecht, S. 9 (17).

⁷⁵ ABl. L 149 vom 2.6.2001, S. 1.

⁷⁶ BT-Drs. 19/24180, S. 15 f.

⁷⁷ BT-Drs. 19/24180, S. 16.

⁷⁸ BT-Drs. 19/24180, S. 16. Kritisch zu dieser Begründung *Bülte*, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, 30.11.2020, S. 12 f., online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/buelte-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.10.2024); *Jahn*, Schriftliche Stellungnahme, 3.12.2020, S. 12, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/jahn-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.10.2024).

⁷⁹ BT-Drs. 19/24180, S. 16.

bb) Auswirkungen des „All-Crimes-Ansatzes“ auf gerichtliche Feststellungen

Nach der Entwurfsbegründung dient der „All-Crimes-Ansatz“ dazu, die Beweisführung zu erleichtern und dadurch die materiell-rechtliche Grundlage für eine nachdrückliche Intensivierung der Geldwäschestrafverfolgung zu schaffen.⁸⁰

Zuvor setzten die tatrichterlichen Feststellungen einer Verurteilung wegen Geldwäsche voraus, dass sich aus den festgestellten Umständen jedenfalls in groben Zügen bei rechtlich richtiger Bewertung eine Katalogtat als Vortat ergab.⁸¹ Feststellungen zu Tätern und Teilnehmern der Vortaten waren nicht erforderlich, ebenso wenig zu Tatort, Tatzeit und den Modalitäten der Vortat.⁸² Die Tat musste keinem bestimmten Katalogtatbestand zugeordnet werden. Es musste aber ohne vernünftigen Zweifel ausgeschlossen werden können, dass der Gegenstand legal erlangt wurde oder dass er aus einer Nichtkatalogtat stammte.⁸³ Dementsprechend genügte die bloße Feststellung, dass der Gegenstand deliktischen Ursprungs ist, nicht.⁸⁴ Schließlich hätte er dennoch auch aus einer Nichtkatalogtat (wie z.B. einem nicht gewerbsmäßig begangenen Diebstahl) stammen können. Aus den Feststellungen zum Vorsatz hinsichtlich des Herrührens des Gegenstands aus einer Katalogtat musste sich dementsprechend ergeben, dass der Täter Umstände kannte oder sich vorstellte, aus denen sich in groben Zügen bei rechtlich richtiger Bewertung, die er nur laienhaft erfasst haben musste, eine Katalogtat als Vortat ergab.⁸⁵ Schwierigkeiten, entsprechende Feststellungen treffen zu können, haben in der Vergangenheit häufig zu Einstellungen bzw. Urteilsaufhebungen geführt.⁸⁶

Nach der Neuregelung ist für eine Verurteilung wegen Geldwäsche weiterhin die volle Überzeugung des Gerichts vom Herrühren des Gegenstands aus einer Vortat erforderlich.⁸⁷ Daher muss sich aus den gerichtlichen Feststellungen in nachvollziehbarer Weise ergeben, dass der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt. Die Anforderungen sind gegenüber der vorherigen Rechtslage herabgesetzt, da die Tat keinen Katalogtatbestand erfüllen

muss. Feststellungen zu Tätern und Teilnehmern der Vortat, Tatort, Tatzeit und Tatmodalitäten sind weiterhin nicht erforderlich.⁸⁸

c) Anpassung des Strafrahmens

Die Mindeststrafe von drei Monaten Freiheitsstrafe wurde in Folge der erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs durch den Verzicht auf den Vortatenkatalog und zur Angleichung an die Strafdrohungen der §§ 257, 258, 259 StGB gestrichen, sodass auch die Ahndung mit einer Geldstrafe möglich ist.⁸⁹

d) Neustrukturierung der Tathandlungen

Die Tathandlungen wurden neu strukturiert und an den Wortlaut der Richtlinie angepasst.⁹⁰

e) Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestandes

Im Referentenentwurf war der Wegfall der leichtfertigen Geldwäsche vorgesehen. Dies wurde damit begründet, dass der Tatbestand aufgrund der erheblichen Ausweitung durch den „All-Crimes-Ansatz“ bei Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestandes eine uferlose Weite erhalte, insbesondere alltägliche Verhaltensweisen kriminalisiert würden. Auch sei durch den Wegfall des Vortatenkatalogs das Bedürfnis für die Anwendung der Leichtfertigkeitregelung, das darin besteht, Beweisschwierigkeiten zu überwinden, wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass der Täter sich mit bedingtem Vorsatz eine Straftat vorgestellt hat, die dem Straftatenkatalog unterfällt,⁹¹ entfallen. Die Abschöpfung von Taterträgen in möglicherweise durch die beabsichtigte Änderung von § 261 StGB nicht mehr erfassten Fällen könne über § 76a Abs. 4 StGB, der die Möglichkeit zur Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft gibt, erfolgen.⁹²

Im Regierungsentwurf und in der Gesetz gewordenen Neufassung des § 261 StGB wurde dennoch an der leichtfertigen Begehungsweise festgehalten. Eine Begründung hierfür erfolgte nicht. Im Regierungsentwurf wird lediglich angemerkt, dass der Anwendungsbereich der leicht-

⁸⁰ BT-Drs. 19/24180, S. 2, 12 f.

⁸¹ BGH, BeckRS 2018, 22158 Rn. 25; BGH, NStZ 2016, 538 (538); BGH, BeckRS 2003, 1885; OLG Hamburg, NStZ 2011, 523 (523).

⁸² BGH, BeckRS 2023, 28753 Rn. 45; BGH, NStZ 2016, 538 (538). A.A. Bernsmann, StV 1998, 46 (51), der eine Konkretisierung der Vortaten nach Täter, Art und Weise der Begehung, Tatzeitpunkt und Tatort für notwendig erachtete.

⁸³ BGH, BeckRS 2018, 22158 Rn. 26; BGH, NStZ 2016, 538 (538).

⁸⁴ BGH, BeckRS 1999, 30081269; OLG Hamburg, NStZ 2011, 523 (523).

⁸⁵ Vgl. BGH, BeckRS 2021, 11567; BGH, BeckRS 2018, 38747 Rn. 14.

⁸⁶ Bittmann, NStZ 2022, 577 (577 f.); Laustetter, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

⁸⁷ BT-Drs. 19/24180, S. 13.

⁸⁸ OLG Koblenz, BeckRS 2023, 43041 Rn. 85; Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 25.

⁸⁹ BT-Drs. 19/24180, S. 19; Gazeas, NJW 2021, 1041 (1042).

⁹⁰ Gazeas, NJW 2021, 1041 (1042); Schiemann, KriPoZ 2022, 27 (28). Weiterführend Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330 (336 ff.); Neumann, ZJS 2022, 820 (822 ff.); Veljovic, Die Reform der Geldwäschekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 89 ff.

⁹¹ BT-Drs. 12/989, S. 27.

⁹² BMJV, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, S. 19, online abrufbar unter: www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 31.7.2024). Kritisch zum geplanten Wegfall des Leichtfertigkeitstatbestands DRB, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, 4.12.2020, S. 2 f., online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/lueblinghoff_drb-data.pdf (zuletzt abgerufen am 2.8.2024); DRB, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV, September 2020, S. 2 f., online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/DRB_200904_Stn_Nr_8_GEGeldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 2.8.2024); GdP, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 24.8.2020, S. 2, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/082420_Stellungnahme_Gewerkschaft_der_Polizei_RefE_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 31.7.2024); Neuheuser, NStZ 2020, 441 (442).

fertigen Geldwäsche infolge der Streichung des selektiven Vortatenkatalogs erheblich ausgeweitet wird.⁹³

f) Änderungen bei den strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen

Als Folge der Ausweitung des Vortatenkatalogs wurden die strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen für die Telekommunikationsüberwachung (TKÜ), Online-Durchsuchung und Erhebung von Verkehrsdaten aus Gründen der Verhältnismäßigkeit angepasst.⁹⁴ Eine TKÜ darf nur auf den Verdacht der Geldwäsche gestützt werden, wenn die Vortat der Geldwäsche eine in § 100a Abs. 2 Nrn. 1-11 StPO genannte schwere Straftat ist (§ 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. m StPO). Die Online-Durchsuchung und die Verkehrsdaterhebung aufgrund des Verdachts der Geldwäsche setzen voraus, dass es sich um einen besonders schweren Fall der Geldwäsche unter den in § 261 Abs. 5 S. 2 StGB genannten Voraussetzungen handelt und dass die Vortat der Geldwäsche eine in den dortigen Katalogen genannte Straftat ist (§§ 100b Abs. 2 S. 2 Nr. 1 lit. h, 100g Abs. 2 S. 2 lit. h StPO).

g) Änderungen bei der Einziehung

Die Regelung zur Einziehung in § 261 Abs. 7 StGB a.F. wurde in § 261 Abs. 10 StGB verortet und es wurde klar gestellt, dass „gewaschene“ Gegenstände nicht nur als Tatobjekte gem. §§ 74, 74a StGB eingezogen werden können, sondern die Tatertragseinziehung nach §§ 73-73c StGB vorrangig ist.⁹⁵

Eine weitere Änderung bezieht sich auf die sog. erweiterte selbstständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB. Diese Regelung ermöglicht es, Vermögen unklarer Herkunft unabhängig vom Nachweis konkreter rechtswidriger Taten und ohne ein subjektives Verfahren einzuziehen.⁹⁶ Durch die Neuregelung wurden die einziehungsfähigen Vermögenswerte auf Nutzungen erweitert.⁹⁷ Ferner erfolgte die Klarstellung, dass die Regelung auch angewendet wird in Fällen, in denen der einzuziehende Gegenstand in einem Verfahren wegen einer sonstigen Straftat sichergestellt wurde und ein Verdacht einer Katalogstraftat erst nach der Sicherstellung in das Verfahren einbezogen wurde.⁹⁸

Im Gesetzgebungsverfahren wurde diskutiert, Geldwäsche im möglichen Anknüpfungs-Verfahren für die erwei-

terte selbstständige Einziehung auf Fälle zu beschränken, in denen die Vortat ein Verbrechen ist oder gewerbs- oder bandenmäßig begangen wurde. Dies wurde damit begründet, dass ansonsten jede Vortat in den Anwendungsbe- reich des § 76a Abs. 4 StGB geraten könnte, sodass nicht mehr nur schwerpunktmäßig schwere Straftaten aus dem Bereich des Terrorismus und der Organisierten Kriminalität erfasst würden.⁹⁹ Die geplante Einschränkung stieß auf Kritik, da § 76a Abs. 4 StGB es gerade ermöglichen soll, Vermögen unklarer Herkunft einzuziehen. Argumen- tiert wurde, es sei schleierhaft, wie es gelingen solle, bei den nicht im Einzelnen festzustellenden Taten zu einer ge- werbs- oder bandenmäßigen Begehung zu kommen.¹⁰⁰ Der Gesetzgeber beließ es dabei, dass nach § 76a Abs. 4 S. 3 lit. f StGB jede vorsätzliche Geldwäsche Katalogtat der erweiterten selbstständigen Einziehung sein kann.¹⁰¹

h) Weitere Änderungen und Überlegungen

Weitere Änderungen durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche und verworfene Überlegungen während des Gesetzgebungs- verfahrens können an dieser Stelle nur zusammenfassend aufgezählt werden.

So wurde in Umsetzung von Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie in § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB eine Lockerung des Erforder- nisses beiderseitiger Strafbarkeit für bestimmte Auslands- vortaten (sog. „Euro-Crimes“) eingeführt.¹⁰² Der neue Qualifikationstatbestand des § 261 Abs. 4 StGB¹⁰³ wurde in Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 lit. b der Richtlinie nor- miert.¹⁰⁴ Das Strafverteidigerprivileg nach der Rechtspre- chung des *BVerfG*¹⁰⁵ wurde in § 261 Abs. 1 S. 3 und Abs. 6 S. 2 StGB klarstellend kodifiziert. Kontrovers dis- kutiert wird seitdem die Übertragbarkeit der Regelung auf Mandate außerhalb des Strafrechts und andere rechtsbera- tende Berufe.¹⁰⁶ Eine Änderung der Einschränkungen des Zeugnisverweigerungsrechts von Pressevertretern nach § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StPO wurde vorgenommen.¹⁰⁷ Fern- er entschied sich der Gesetzgeber, Geldwäsche in den Katalog für die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkam- mern nach § 74c Abs. 1 Nr. 6 lit. a GVG aufzunehmen, sodass diese zuständig sind, soweit für die Beurteilung des Falls besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erfor- derlich sind.¹⁰⁸

⁹³ BT-Drs. 19/24180, S. 34. Kritisch *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1050); *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1044 f.); *Neumann*, ZJS 2022, 682 (684 f.); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (128).

⁹⁴ BT-Drs. 19/24180, S. 38 ff.

⁹⁵ BT-Drs. 19/26602, S. 3. Vgl. III. 5.

⁹⁶ *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 76a Rn. 10.

⁹⁷ BT-Drs. 19/24180, S. 27.

⁹⁸ BT-Drs. 19/26602, S. 8; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043); *Reisch*, JuS 2023, 207 (211). Kritisch *Veljovic*, Die Reform der Geldwä- schebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 219.

⁹⁹ BT-Drs. 19/24180, S. 27.

¹⁰⁰ BDK, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche und zugleich Umsetzung der Richtli- nie (EU) 2018/1673, 7.9.2020, S. 4, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090720_Stellung- nahme_BDZ_RefE_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 31.7.2024); *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (425).

¹⁰¹ Kritisch *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kri- minalpolitisches Paradoxon, S. 217 ff.

¹⁰² Kritisch *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1047); *Schiemann*, Kriminalistik 2022, 27 (29); *Schindler*, NZWiSt 2020, 457 (463); *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpoli- tisches Paradoxon, S. 119 ff.

¹⁰³ Vgl. III. 3.

¹⁰⁴ BT-Drs. 19/24180, S. 17; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (340).

¹⁰⁵ *BVerfG*, NJW 2004, 1305.

¹⁰⁶ Vgl. weiterführend *El-Ghazi*, in: Herzog, Geldwäschegesetz, 5. Aufl. (2023), § 261 Rn. 151 ff.; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045 f.); *Ruhmannseder*, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 40 f.

¹⁰⁷ BT-Drs. 19/24180, S. 38 f.; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043).

¹⁰⁸ BT-Drs. 19/24180, S. 2, 13. Kritisch *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043); *Spitzer*, ZRP 2020, 216 (218); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (130); *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 151 f.

Erwogen, aber nicht realisiert, wurde die Streichung der strafbefreienden Selbstanzeige¹⁰⁹ und eine terminologische Anpassung der tauglichen Tatobjekte an das Recht der Vermögensabschöpfung.¹¹⁰

3. Kritik am „All-Crimes-Ansatz“

Hinsichtlich des Wechsels vom „Katalogmodell“ zum „All-Crimes-Ansatz“ werden in Rechtswissenschaft und Praxis vielfach kriminalpolitische und verfassungsrechtliche Bedenken geäußert. Hintergrund ist, dass seit der Neuregelung sämtliche Delikte – auch Massen- und Bagatellkriminalität – taugliche Vortaten der Geldwäsche sein können.¹¹¹

Daher wird in der juristischen Literatur plakativ von einer Entwicklung zum „Allerweltsdelikt“¹¹² der Ausweitung zum „universellen Kontaktdelikt“¹¹³ der „Veralltäglichsung“ der Geldwäsche,¹¹⁴ vom einem „Allwetter-Tatbestand“¹¹⁵ bzw. von einer „Globalstrafbarkeit“¹¹⁶ gesprochen. Dies soll anhand eines Beispiels verdeutlicht werden:

Beispiel 1: Eine 13-jährige Schülerin (S) stiehlt beim Händler um die Ecke eine Tafel Schokolade, um das Herz eines 14-jährigen Mitschülers (M) zu gewinnen, der die Tat aus sicherer Entfernung beobachtet. Nach neuer Rechtslage würde sich M wegen Geldwäsche (§ 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB i.V.m. § 1 Abs. 2 JGG) strafbar machen, wenn er das Geschenk annehmen würde.¹¹⁷

Tathandlung ist hier das Sich-Verschaffen nach § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB, definiert als das Erlangen eigener Verfügungsgewalt durch den Täter im Einvernehmen mit dem Vortäter.¹¹⁸ Für die Strafbarkeit des M spielt es keine Rolle, dass S selbst als 13-Jährige nicht strafmündig ist, da die Vortat nur rechtswidrig, nicht schuldhaft, sein

muss. Auch ist ohne Relevanz, dass es sich bei der Vortat um den Diebstahl einer geringwertigen Sache handelt.

a) Endgültiges Entfallen des ursprünglichen Ziels der Bekämpfung von Organisierter Kriminalität

Dementsprechend ist die Entscheidung für den „All-Crimes-Ansatz“ mit der Literatur als endgültiges Entfallen des ursprünglich mit der Geldwäschestrafbarkeit verfolgten Ziels der Bekämpfung von Organisierter Kriminalität zu bewerten.¹¹⁹ Es ist jedoch anzumerken, dass die Verbindung zur Organisierten Kriminalität schon in der Vergangenheit nur bei generalisierender Betrachtung verfolgt und nicht bei jeder einzelnen Tat für erforderlich gehalten wurde.¹²⁰

b) Keine Intensivierung der strafrechtlichen Geldwäschebekämpfung

Weiter wird die Neuregelung als untauglich betrachtet, das gesetzgeberische Ziel der Intensivierung der strafrechtlichen Geldwäschebekämpfung zu erreichen.¹²¹

Zum einen wird argumentiert, der „All-Crimes-Ansatz“ sei nicht geeignet, die bisherigen Beweisschwierigkeiten zu überwinden, denn das größte Hindernis sei es, überhaupt irgendeine kriminelle Quelle des fraglichen Vermögens nachzuweisen, z.B. in Fällen, in denen die Herkunft des fraglichen Vermögens hinter vielschichtigen Strukturen aus Strohpersonen, Briefkastenfirmen und Drittstaaten verborgen ist.¹²² Über diese Schwierigkeiten hilft der „All-Crimes-Ansatz“ richtigerweise nicht hinweg.

Zum anderen führt der „All-Crimes-Ansatz“, auch in Verbindung mit der Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestands, dazu, dass die ohnehin knappen Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden durch die schiere Masse gegen

¹⁰⁹ Dies begrüßen *Bülte*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, 30.11.2020, S. 31; *Jahn*, Schriftliche Stellungnahme, 3.12.2020, S. 6; *Schiemann*, *Kriminalistik* 2022, 27 (30).

¹¹⁰ BT-Drs. 19/24180, S. 20 f. Vgl. auch *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 89.

¹¹¹ Statt vieler *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, *Strafrecht* BT 2, Rn. 1028.

¹¹² Bundesverband der Unternehmensjuristen, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, August 2020, S. 1, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/080120_Stellungnahme_BUJ_RefE_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 29.8.2024); *Gazeas*, *NJW* 2021, 1041 (1043).

¹¹³ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, *Strafrecht* BT 2, Rn. 1028. Vgl. auch *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, der von einem „Universaldelikt zur Bestrafung der Unterstützung allgemeiner Kriminalität“ (S. 97) und einem „vermögensbezogenen Universaldelikt“ (S. 112) spricht.

¹¹⁴ *Bittmann*, *NSZ* 2022, 577 (577).

¹¹⁵ *El-Ghazi*, Cannabis-Konsumenten droht Verfolgung wegen Geldwäsche, *LTO*, 29.4.2024, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cannabis-geldwaesche-entkriminalisierung-legalisierung-erwerb-schwarzmarkt-kcang/> (zuletzt abgerufen am 31.7.2024).

¹¹⁶ *Fischer*, *StGB*, § 261 Rn. 11.

¹¹⁷ *Gercke/Jahn/Reckmann*, Inkriminierte Schokolade, *LTO*, 19.10.2020, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/geldwaesche-regierungsentwurf-vortaten-leichtfertige-all-crimes-organisierte-kriminalitaet-terrorisumus/> (zuletzt abgerufen am 20.6.2024). Vgl. auch *Reisch*, *JuS* 2023, 207 (210) mit einem weiteren anschaulichen Beispiel.

¹¹⁸ *Ruhmannseder*, in: *BeckOK-StGB*, § 261 Rn. 26.

¹¹⁹ Bundesverband der Unternehmensjuristen, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, August 2020, S. 2; *Jahn*, Schriftliche Stellungnahme, 3.12.2020, S. 16.

¹²⁰ *Ruhmannseder*, in: *BeckOK-StGB*, § 261 Rn. 3; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, *Strafrecht* BT 2, Rn. 1028.

¹²¹ *Schiemann*, *Kriminalistik* 2022, 27; *Vogel*, Warum die Reform der Geldwäscheparagraphen ihr Ziel verfehlt, *Verfassungsblog*, 24.8.2020, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/warum-die-reform-des-geldwaescheparagraphen-ihr-ziel-verfehlt/> (zuletzt abgerufen am 31.7.2024).

¹²² *Vogel*, Warum die Reform der Geldwäscheparagraphen ihr Ziel verfehlt, *Verfassungsblog*, 24.8.2020. Vgl. auch *BDK*, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche und zugleich Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1673, S. 3, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090720_Stellungnahme_BDK_RefE_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 31.7.2024), der den „All-Crimes-Ansatz“ aber ausdrücklich begrüßt.

ringfügiger Taten belastet werden und ihnen die Kapazitäten für komplexe und zeitaufwendige Fälle fehlen.¹²³

Angenommen wird, dass die Vielzahl an Verfahren zumindest teilweise durch die Opportunitätseinstellungen nach §§ 153, 153a StPO bewältigt werden kann.¹²⁴ Dem wird jedoch zu Recht entgegengesetzt, dass diese der Einzelfallgerechtigkeit, nicht der Korrektur struktureller Mängel, dienen. Dies ist, wie sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip ergibt, Sache des Gesetzgebers.¹²⁵ Zudem ist zu beachten, dass bereits die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens in die Grundrechte der Betroffenen eingreift¹²⁶ und für diese auch faktisch erhebliche Nachteile, wie Reputationsschäden, mit sich bringen kann.

c) Verhältnis zu anderen Anschlussdelikten

Durch die Neufassung des § 261 StGB hat sich das Verhältnis zu anderen Anschlussdelikten verändert, da § 261 StGB aufgrund des „All-Crimes-Ansatzes“ seinen „Sonderstatus“ diesen gegenüber verloren hat.¹²⁷ Problematisch ist insbesondere das Verhältnis zur Hehlerei.¹²⁸ Nach aktueller Rechtslage fallen sämtliche Fälle der Hehlerei zugleich unter den Tatbestand der Geldwäsche bzw. der Beihilfe hierzu.¹²⁹ Aufgrund des fehlenden eigenen Anwendungsbereichs der Hehlerei wird ihre ersatzlose Streichung diskutiert.¹³⁰

d) Verfassungsrechtliche Bedenken

Schwer wiegen die verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen den Wegfall des Vortatenkatalogs, insbesondere in Verbindung mit der Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestandes, erhoben werden. Angenommen wird, dass die Einbeziehung von Bagatell- und Massenkriminalität in den Kreis der Vortaten gegen den Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt.¹³¹

Zur Begründung wird auf die erheblichen Strafbarkeitsrisiken im Rahmen legaler Wirtschaftstätigkeit hingewie-

sen. Insbesondere gingen von der ungenauen Überwachung von Lieferketten potenziell existenzbedrohende Risiken aus.¹³² *Bülte* verdeutlicht dies anhand eines anschaulichen Beispiels:

Beispiel 2: Ein Pharmaunternehmen (P) bringt fahrlässig ein bedenkliches Arzneimittel in den Verkehr und verstößt damit gegen § 5 Abs. 1 Arzneimittelgesetz (AMG), unter Strafe gestellt in § 95 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 AMG. Nicht nur dieses Arzneimittel selbst, sondern auch der aus der Veräußerung erzielte Gewinn ist taugliches Tatobjekt der Geldwäsche. Die Abnehmerin des Arzneimittels (A), der bei Abnahme Leichtfertigkeit hinsichtlich der Bedenklichkeit vorgeworfen werden kann, macht sich nach § 261 Abs. 1 i.V.m. Abs. 6 S. 1 StGB strafbar.¹³³

Weiter wird die Annahme eines Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darauf gestützt, dass der Gesetzgeber die Entscheidung für den „All-Crimes-Ansatz“ lediglich mit dem Bedürfnis nach Beweiserleichterung begründet und dass bestimmte Verhaltensweisen mit Bezug zu den Vortaten ohnehin als Hehlerei oder Begünstigung strafbar sind. Das Strafrecht habe der Ahndung von Handlungen zu dienen, die der Gesetzgeber für so sozialschädlich hält, dass der Einsatz des Strafrechts als sein „schärfstes Schwert“ notwendig ist, nicht aber von Handlungen, deren Strafbarkeit er lediglich statuiert, um andere Handlungen effektiver verfolgen zu können.¹³⁴

Um den Konflikt mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vermeiden, hat *Jahn* bereits im Gesetzgebungsverfahren die Einführung einer sog. „Minima-Regelung“, d.h. einer Regelung, die Bagatelle von der Strafbarkeit oder der Anklage ausschließt, in § 261 StGB vorgeschlagen. Diese sollte wie folgt lauten: „§§ 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a gelten entsprechend.“¹³⁵ *Jahn* nimmt damit auf das Strafantragserfordernis für den Haus- und Familieneinbruch nach § 247 StGB sowie beim Diebstahl geringwertiger Sachen nach § 248a StGB und die Regelung in § 243 Abs. 2 StGB, die den besonders schweren Fall des Diebstahls geringwertiger Sachen einschränkt, Bezug.

¹²³ *Bülte*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, 30.11.2020, S. 19; *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (214); *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1044, 1046); *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (340); *Jahn*, Schriftliche Stellungnahme, 3.12.2020, S. 14; *Rensch/Schwarz*, NZWiSt 2021, 322 (324); *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 98.

¹²⁴ DRB, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, 4.12.2020, S. 3. Vgl. auch *Schneider*, Die Neuregelung der Geldwäschestrafbarkeit – praxisnah, polizeibezogen, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

¹²⁵ *Bülte*, Geldwäsche & Recht 2021, 8 (8); *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334 f.); *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 169 f.

¹²⁶ *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 170 unter Bezugnahme auf *BVerfG*, NJW 1994, 1577 (1590) (abweichendes Votum von *Sommer*).

¹²⁷ *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1046).

¹²⁸ Zum Verhältnis der Geldwäsche zur Begünstigung und zur Strafvereitelung *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 107 ff.

¹²⁹ Vgl. ausführlich *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2023, 121.

¹³⁰ *Akay/Schiemann*, KriPoZ 2024, 77 (86); *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2023, 121 (126). Ausdrücklich gegen die Abschaffung der Hehlerei *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 168.

¹³¹ *Bülte*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, 30.11.2020, S. 21, 34; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334); *Jahn*, Schriftliche Stellungnahme, 3.12.2020, S. 17; *Neumann*, ZJS 2022, 682 (684); *Ruhmannseder*, in BeckOK-StGB, § 261 Rn. 10.2, 54.2; *Schiemann*, Kriminalistik 2022, 27 (30); *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 117 f., 153, 305. Teilweise werden auch Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz wegen des Zusammenspiels von „All-Crimes-Ansatz“ und Leichtfertigkeitstrafbarkeit geäußert, vgl. *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (131 f.); vgl. auch *Ruhmannseder*, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 31.1 f. im Hinblick auf § 261 Abs. 2 StGB.

¹³² *Bülte*, Geldwäsche & Recht 2021, 8 (11).

¹³³ Vgl. *Bülte*, Geldwäsche & Recht 2021, 8 (11).

¹³⁴ *Bülte*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, 30.11.2020, S. 21; *Ruhmannseder*, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 10.2.

¹³⁵ *Jahn*, Schriftliche Stellungnahme, 3.12.2020, S. 25. Die Aufnahme einer vergleichbaren Regelung § 248a StGB fordert auch *WisteV*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines „Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche“, 7.9.2020, S. 3. Kritisch *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 172 ff.

Unklar ist jedoch, was eine entsprechende Geltung dieser Regelungen genau bedeuten würde. Würden Vortaten mit geringwertigen Sachen als Tatobjekte generell aus dem Kreis der Geldwäsche ausscheiden oder soll, falls geringwertige Sachen Objekte der Vortat waren, ein Strafantragsfordernis bestehen? Würde sich die Vorschrift nur auf Diebstähle oder auch auf andere Vortaten beziehen? Würde der Wert des durch die Vortat Erlangten maßgeblich sein oder der Wert desjenigen, auf das sich die Geldwäschebehandlung bezieht? Offen bleibt, ob die Geldwäsche, wenn ihr derartige Bagatellkriminalität als Vortat zugrunde liegt, bei Existenz einer derartigen „Minima-Regelung“ nicht strafbar wäre oder nicht verfolgt würde. Unklar wäre weiter, wie eine solche Regelung sich auf die Zulässigkeit strafprozessualer Maßnahmen wegen Geldwäscheverdachts auswirken würde und ob die Regelung mit der zugrundeliegenden Richtlinie vereinbar wäre, die selbst keine derartige Ausnahme vorsieht.

Gegen den Vorschlag von *Jahn* wird eingewandt, dass starre Wertgrenzen zu unflexibel sind und insbesondere in den Grenzbereichen knapp ober- bzw. unterhalb der Wertgrenze zu zufälligen Ergebnissen führen.¹³⁶ Zudem sind auch Bagatellfälle der Geldwäsche denkbar, welche die Geringwertigkeitsgrenze der §§ 248a, 243 Abs. 2 StGB, die sich nach dem objektiven Verkehrswert zur Tatzeit bestimmt¹³⁷ und bei 25 Euro¹³⁸ bzw. 50 Euro¹³⁹ liegt, überschreiten.¹⁴⁰

Größere Flexibilität in der Handhabung ist mit dem Vorschlag von *Veljovic*, eine geldwäscheorientierte Schwelle der Sozialschädlichkeit in den Wortlaut des § 261 StGB aufzunehmen, verbunden. Diese an der Zweck-Mittel-Relation des § 240 Abs. 2 StGB orientierte Klausel soll als Einschränkung des objektiven Tatbestandes dienen und durch bestimmte, nicht gesetzlich verankerte, der nationalen und internationalen Geldwäscheforschung entnommene, in einer Liste zusammengestellte Indikatoren konkretisiert werden. Dabei soll die Erfüllung eines einzelnen Indikators in der Regel nicht ausreichen, um die Schwelle der Sozialadäquanz zu überschreiten, mit Ausnahme des erkennbaren Bezugs der Transaktion zur Organisierten Kriminalität.¹⁴¹ Als abweichender Lösungsansatz kommt die punktuelle Erweiterung des vormaligen Vortatenkatalogs auf die in der Richtlinie ausdrücklich als kriminelle Tätigkeiten vorgesehenen Vortaten in Betracht.¹⁴² Eine weitere Restriktionsmöglichkeit ist die Streichung des Leichtfertigkeitstatbestandes, wie ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehen,¹⁴³ oder eine Einschränkung

des Leichtfertigkeitstatbestandes auf Geldwäscheobjekte von besonders hohem Wert oder schwere Vortaten, orientiert am Katalog des § 100a Abs. 2 StPO¹⁴⁴ oder des § 138 StGB.¹⁴⁵

V. Schutzpolizeiliche Maßnahmen bei Geldwäscheverdacht

Sollen schutzpolizeiliche Maßnahmen auf den Verdacht der Geldwäsche gestützt werden, bereitet oftmals die Annahme eines Anfangsverdachts Schwierigkeiten.¹⁴⁶ Dies liegt u.a. daran, dass zwischen der Vortat der Geldwäsche und der Geldwäschebehandlung im Regelfall eine zeitliche Zäsur liegt und bei der Geldwäsche regelmäßig nicht in die Vortat involvierte Personen in das spätere Geschehen einbezogen werden.¹⁴⁷

So hat beispielsweise das Ermittlungsverfahren gegen den russischen Oligarchen und Milliardär *Alischer Usmanow* wegen Geldwäsche für Schlagzeilen gesorgt, im Zuge dessen im September 2022 u.a. mehrere Villen am Tegernsee und eine Luxusjacht durchsucht wurden. Der damals ergangene Durchsuchungsbeschluss des *AG Frankfurt a. M.* wurde mittlerweile auf die Beschwerde von *Usmanow vom LG Frankfurt a. M.* aufgehoben und festgestellt, dass die Durchsuchung rechtswidrig gewesen ist.¹⁴⁸ Der Grund lag darin, dass der Anfangsverdacht der Geldwäsche in Bezug auf das Merkmal einer geldwäscherlevanten Vortat nicht auf einer zureichenden Tatsachengrundlage beruhte.¹⁴⁹

Im Folgenden wird nach einigen grundlegenden Informationen zu schutzpolizeilichen Maßnahmen bei Verdacht der Geldwäsche auf die Auswirkungen des „All-Crimes-Ansatzes“ in diesem Bereich eingegangen. Abschließend finden die Besonderheiten der besonders praxisrelevanten sog. „Auffindefälle“ Erwähnung.

1. Grundlagen

Grundsätzlich kommen in Geldwäscheverdachtsverfahren die bekannten allgemeinen und besonderen Ermittlungsmaßnahmen in Betracht, insbesondere Durchsuchung gem. § 102 StPO, Beschlagnahme als Beweismittel gem. § 94 StPO, Beschlagnahme zur Sicherung der Einziehung bzw. der Wertersatzeinziehung gem. §§ 111b, 111e StPO, TKÜ gem. § 100a StPO, Online-Durchsuchung gem. § 100b StPO und Erhebung von Verkehrsdaten gem. § 100g StPO.

¹³⁶ *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 173.

¹³⁷ *BGH*, BeckRS 2017, 115059; *BGH*, NStZ 1981, 62 (63); *BGH*, NJW 1977, 1460 (1461).

¹³⁸ *BGH*, BeckRS 2004, 7428; *OLG Hamm*, BeckRS 2015, 11626. Vgl. auch *OLG Oldenburg*, NStZ-RR 2005, 111: Wertgrenze von 30 Euro.

¹³⁹ *OLG Frankfurt a. M.*, NStZ-RR 2017, 12; *OLG Frankfurt a. M.*, NStZ-RR 2008, 311; *OLG Hamm*, NJW 2003, 3145; *OLG Zweibrücken*, NStZ 2000, 536; *LG Nürnberg-Fürth*, BeckRS 2023, 29957.

¹⁴⁰ *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 174.

¹⁴¹ Ausführlich *Veljovic*, Die Reform der Geldwäschebekämpfung als kriminalpolitisches Paradoxon, S. 177 ff., 223, 309 ff.

¹⁴² *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1042).

¹⁴³ Vgl. IV. 2. e).

¹⁴⁴ DRB, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, S. 3.

¹⁴⁵ Vgl. *Jahn*, Schriftliche Stellungnahme, 3.12.2020, S. 25.

¹⁴⁶ Vgl. *Richter*, Anfangsverdacht der Geldwäsche, 2009, S. 72. Nach *Körner* (NStZ 1996, 64 [66]) handelt es sich bei der Frage nach den Voraussetzungen des Anfangsverdachts der Geldwäsche um „das Kardinalproblem der Geldwäschebekämpfung.“

¹⁴⁷ *Raschke*, NZWiSt 2020, 282 (284).

¹⁴⁸ *Diehl/Lehberger*, Gericht erklärt Durchsuchungen bei Oligarch Usmanow für rechtswidrig, Spiegel, 26.5.2023, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/ermittlungen-wegen-geldwaesch-e-gericht-kippt-durchsuchungen-bei-oligarch-usmanow-a-2bb53e08-1e38-45b7-bec6-28c199be72eb> (zuletzt abgerufen am 20.6.2024).

¹⁴⁹ *LG Frankfurt a. M.*, BeckRS 2023, 15916.

Voraussetzung für die Anordnung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen ist jeweils ein Anfangsverdacht i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO. Durch dieses Erfordernis sollen die Bürger vor unnötigen, unbegründeten und unangemessenen staatlichen Übergriffen, insbesondere vor Willkür, geschützt werden. Es soll verhindert werden, dass die Strafverfolgungsbehörden ohne konkreten Bezug zu Straftaten Daten erheben.¹⁵⁰ Unzulässig ist die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen, deren Voraussetzung ein Anfangsverdacht ist, zur Ermittlung von Tatsachen, die ihrerseits zur Begründung des Anfangsverdachts erst erforderlich sind.¹⁵¹ Ein Anfangsverdacht liegt vor, wenn auf Grundlage von über bloße Vermutungen hinausreichenden, bestimmten tatsächlichen Anhaltspunkten aufgrund kriminalistischer Erfahrung die Möglichkeit besteht, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt.¹⁵² Der Anfangsverdacht muss auf alle Tatbestandsmerkmale bezogen sein.¹⁵³ Den Ermittlungsbehörden steht bei der Frage, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO vorliegen, ein Beurteilungsspielraum zu.¹⁵⁴

2. Auswirkungen des „All-Crimes-Ansatz“ auf schutzpolizeiliche Maßnahmen

Nach der bisherigen Rechtsprechung setzten Ermittlungsmaßnahmen wegen Geldwäsche einen sog. „doppelten Anfangsverdacht“ voraus.¹⁵⁵ Durch diesen Begriff wurde verdeutlicht, dass sich der Anfangsverdacht auf die Geldwäschebehandlung und auf das Herrühren des Gegenstandes aus einer bestimmten Katalogtat beziehen musste. Letzteres wurde vom *BVerfG* damit begründet, dass die Katalogtat als Vortat wesentliches Merkmal der Strafbarkeit wegen Geldwäsche war und dass erst die Vortat das Geld oder den sonstigen Gegenstand, mit dem der Geldwäscher umgeht, mit dem Makel versah, der einer neutralen, sozialtypischen Handlung, wie beispielsweise einer Geldzahlung, das Unwerturteil der Strafbarkeit zuwies.¹⁵⁶

Dabei war die mögliche Katalogtat im Antrag und Beschluss zu konkretisieren, wobei nicht erforderlich war, dass sie bereits in allen Einzelheiten bekannt war, denn das Stadium des Anfangsverdachts zeichnet sich gerade dadurch aus, dass weitere Ermittlungen ggf. in Form straf-

prozessualer Zwangsmaßnahmen nötig sind, weil die Tat gerade noch nicht in ihren Einzelheiten aufgeklärt ist.¹⁵⁷ Anhaltspunkte für die Annahme, der betroffene Gegenstand rühre aus irgendeiner Straftat her, genügten nicht. Zur Begründung wurde von der *3. Kammer des Zweiten Senat des BVerfG* angeführt, der Gesetzgeber habe in der damaligen Fassung des § 261 StGB gerade nicht gänzlich auf den Vortatenkatalog verzichtet.¹⁵⁸ So reichte beispielsweise der allgemeine Verweis auf Finanzstraftaten in einem Durchsuchungsbeschluss nicht aus,¹⁵⁹ ebenso wenig die begründete Annahme, das Geld sei nicht mit legalen Quellen zu erklären, wenn der einzige geäußerte Vortatenverdacht mit Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB eine Nicht-Katalogtat betraf.¹⁶⁰

Auch nach derzeitiger Rechtslage ist ein „doppelter Anfangsverdacht“ erforderlich.¹⁶¹ Dieser muss sich aber nicht mehr auf eine Katalogtat als Vortat beziehen, sondern es genügt jede beliebige rechtswidrige Tat. Insofern sind die Begründungsanforderungen herabgesetzt worden.

Zu klären ist, ob auf eine Konkretisierung der Vortat nun völlig verzichtet werden kann. Auf den ersten Blick könnte die Argumentation des *BVerfG* zur früheren Rechtslage, die Vortat müsse konkretisiert werden, da der Gesetzgeber nicht auf einen Vortatenkatalog verzichtet habe, dafür sprechen. Mittlerweile wurde schließlich auf einen Vortatenkatalog verzichtet.¹⁶² Allerdings ist es immer noch die rechtswidrige Vortat, die eine an sich erlaubte Handlung zu Geldwäscheinrecht macht. Auch verlangen die Anordnungen strafprozessualer Zwangsmaßnahmen nach einer zumindest groben Konkretisierung der Vortat, um ihre Informations- und Umgrenzungsfunktion¹⁶³ erfüllen zu können. Daher ist nach hier vertretener Auffassung das Erfordernis zumindest grober Konkretisierung der Vortat beizubehalten.

Hinsichtlich der TKÜ, der Online-Durchsuchung und der Erhebung von Verkehrsdaten ist darauf hinzuweisen, dass nicht jeder Geldwäscheverdacht diese schwerwiegenden Zwangsmaßnahmen ermöglicht, sondern die Anforderungen an die Geldwäschevortat – wie bereits erörtert¹⁶⁴ – er-

¹⁵⁰ Peters, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2. Aufl. (2024), § 152 Rn. 34.

¹⁵¹ *BVerfG*, NJW 2020, 1351 (1352); *BVerfG*, NJOZ 2006, 3082 (3084); *Rensch/Schwarz*, NZWiSt 2021, 322 (324 f.).

¹⁵² *BVerfG*, NStZ-RR 2004, 206 (207); *BGH*, NJW 1989, 96 (97); *Diemer*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 152 Rn. 7; *Peters*, in: MüKo-StPO, § 152 Rn. 35 ff.

¹⁵³ *Neuheuser*, in: MüKo-StGB, § 261 Rn. 157a.

¹⁵⁴ *BVerfG*, NJW 1984, 1451 (1452); *BGHSt* 41, 30, 33; *BGHSt* 37, 48 (51); *Beukelmann*, in: BeckOK-StPO, 52. Aufl. (Stand: 1.7.2024), § 152 Rn. 5; *Diemer*, in: KK-StPO, § 152 Rn. 8; *Peters*, in: MüKo-StPO, § 152 Rn. 49. Ausführlich *Richter*, Anfangsverdacht der Geldwäsche, S. 59 ff. Kritisch *Bernmanns*, NStZ 1995, 512; *Störmer*, StV 1995, 653.

¹⁵⁵ *BVerfG*, NStZ-RR 2023, 216 (217); *BVerfG*, NJW 2020, 2391 (2393); *BVerfG*, NJW 2020, 1351 (1352). Vgl. auch *Hirsch*, WuB 2020, 367 (369); *Neuheuser*, in: MüKo-StGB, § 261 Rn. 157a; *ders.*, NStZ 2020, 441 (442); *ders.*, NStZ 2020, 559 (559). A.A. *LG München I*, BeckRS 2011, 12017; *LG Saarbrücken*, wistra 1995, 32 mit abl. Anm. *Klos*.

¹⁵⁶ *BVerfG*, NStZ-RR 2023, 216 (217); *BVerfG*, NJW 2020, 2391 (2393); *BVerfG*, NJW 2020, 1351 (1352).

¹⁵⁷ *BVerfG*, NStZ-RR 2023, 216 (217); *BVerfG*, NJW 2021, 1452 (1454); *BVerfG*, NJW 2020, 1351 (1353).

¹⁵⁸ *BVerfG*, NJW 2021, 1452 (1453).

¹⁵⁹ *LG Lübeck*, BeckRS 2022, 32018 Rn. 29.

¹⁶⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 1351 (1353).

¹⁶¹ BT-Drs. 19/24180, S. 28; Wissenschaftliche Dienste, Ermittlungsbefugnisse bei der Geldwäschebekämpfung, 2023, S. 11, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/958078/edac3ac7f4bed5d9112f56fc630ec4c/WD-4-040-23-WD-7-055-23-pdf.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.10.2024); *LG Lübeck*, BeckRS 2022, 32018 Rn. 27; *Altenhain*, in: NK-StGB, § 261 Rn. 24; *Bittmann/Bues*, wistra 2022, 485 (485); *Bülte*, Geldwäsche & Recht 2021, 8 (10); *Hiéramente*, jurisPR-StrafR 3/2023 Anm. 3; *ders.*, jurisPR-StrafR 9/2021 Anm. 1; *Rensch/Schwarz*, NZWiSt 2021, 322 (323); *Travers/Gallus*, jurisPR-Compl 5/2023 Anm. 2; *Travers/Michaëlis*, NZWiSt 2021, 125 (129).

¹⁶² Vgl. IV. 2. b).

¹⁶³ Vgl. *BVerfG*, NJW 2004, 3171 (3171); *OLG Hamm*, BeckRS 2010, 11321; *LG Wiesbaden*, NZWiSt 2016, 444.

¹⁶⁴ Vgl. IV. 2. f).

höht sind. Dementsprechend sind hier die Begründungsanforderungen für den Anfangsverdacht nicht abgesenkt worden.

3. „Auffindefälle“

Grundkenntnisse der Geldwäsche sind für die Streifenfälligkeit als Polizeibeamtin bzw. -beamter unabdingbar, insbesondere da es häufig zu Situationen kommt, in denen bei Kontrollen größere Bargeldbeträge aufgefunden werden und vor Ort innerhalb kurzer Zeit entschieden werden muss, ob das Bargeld beim Betroffenen belassen oder sichergestellt bzw. beschlagnahmt wird. Man spricht hier von sog. „Auffindefällen“¹⁶⁵ oder auch „ad hoc-Situationen.“¹⁶⁶ Wie in solchen Fällen in der Polizeipraxis am besten vorgegangen wird, wird im Folgenden anhand eines in der polizeilichen Ausbildungsliteratur besprochenen Beispiels erläutert:

Beispiel 3: Bei einer allgemeinen Verkehrskontrolle finden die Polizeibeamten im Kofferraum des von B geführten Pkw 30.000 Euro Bargeld.¹⁶⁷

Die zentrale Frage ist in dieser Situation, ob ein Anfangsverdacht der Begehung einer rechtswidrigen Tat besteht und das Bargeld Taterlangtes aus dieser Tat i.S.v. § 73 StGB bzw. Tatprodukt, Tatmittel oder Tatobjekt i.S.v. § 74 StGB sein und damit ggf. zur Vorbereitung der Einziehung nach § 111b Abs. 1 StPO beschlagnahmt werden kann.¹⁶⁸

Hierbei ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden. In der ersten Konstellation besteht, abgesehen vom Verdacht der Geldwäsche, ein Anfangsverdacht einer konkreten Straftat.¹⁶⁹ Im *Beispiel 3* wäre dies beispielsweise der Fall, wenn vor Ort zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für ein Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG gefunden werden. Dies ist etwa anzunehmen, wenn neben dem Bargeld zugleich Betäubungsmittel gefunden wird, das aufgrund seiner größeren Menge und/oder der Verpackung, bei beispielsweise mehreren bereits zum Verkauf abgepackten Betäubungsmittleinheiten, auf ein Handeltreiben hindeuten kann. Derartige Anhaltspunkte sind aber nicht ohne Weiteres gegeben, wenn der Betroffene unter Betäubungsmittleinfluss steht oder Utensilien für den Konsum von Be-

täubungsmittel aufgefunden werden. Besteht ein Anfangsverdacht für Betäubungsmittelkriminalität, ist schon aufgrund der konkreten Straftat die Beschlagnahme als Beweismittel nach § 94 StPO bzw. als Taterlangtes zur Vorbereitung der Einziehung nach § 111b StPO zulässig.¹⁷⁰

In der zweiten Konstellation, wenn sonst keine offensichtlichen Anhaltspunkte für eine sonstige konkrete Straftat vorhanden sind, erfolgt die Abklärung, ob sich Erkenntnisse hinsichtlich der Herkunft des ungewöhnlich hohen Bargeldbetrags und der Person des Fahrers des Pkw gewinnen lassen. Zentrale Fragen sind hier u.a., ob der Fahrer glaubhaft die legale Herkunft und eine legale geplante Verwendungsweise bezüglich des Bargeldbetrags vortragen kann, ob er Belege über die legale Herkunft des Geldes vorweisen kann und auf wen der Pkw zugelassen ist. Auch können sich Anhaltspunkte aus der Fahrtroute und daraus, ob diese mit dem ggf. im Navigationsgerät eingespeicherten Ziel der Fahrt übereinstimmt, ergeben. Weiter ist zu fragen, wie die Lebensverhältnisse der betroffenen Person sind, ob es Erkenntnisse zu legalen Einkommensquellen gibt und ob die Größe des aufgefundenen Bargeldbetrags in einem offensichtlichen Missverhältnis zu den legalen Einkommensquellen steht. Zudem wird geklärt, ob in den polizeilichen Dateninformationssystemen Eintragungen zum Fahrer vorhanden sind.¹⁷¹ Auch kommt dem Vorhandensein von ungewöhnlichen Gegenständen, wie einer Geldzählmaschine,¹⁷² Bedeutung zu.

Bis hierhin handelt es sich um eine informatorische Befragung, d.h. eine Erkundigung, mit der herausgefunden werden soll, ob überhaupt ein Anfangsverdacht besteht und/oder wer als Auskunftsperson in Frage kommt.¹⁷³ Eine vorherige Belehrung als Beschuldigter ist nicht erforderlich. Die Einsichtnahme in das Navigationsgerät ist in diesem Stadium nur mit Einwilligung des Fahrzeugsführers zulässig.¹⁷⁴ Es darf Berücksichtigung finden, dass hohe Bargeldbeträge im Zeitalter des elektronischen Zahlungsverkehrs schon per se hochgradig verdächtig sind und den Stempel der Vertuschung und Verschleierung der Herkunft dieses Geldes regelrecht auf der Stirn tragen.¹⁷⁵

Sobald ein Anfangsverdacht einer Geldwäsche besteht, ist der Betroffene als Beschuldigter zu belehren. Das Bargeld ist als Beweismittel bzw. zur Vorbereitung der Einziehung

¹⁶⁵ *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022. Vgl. auch *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (210). Beispielsweise stellte die Polizei in Hamburg im Jahr 2018 200.000 Euro Bargeld aus einem Schließfach sicher, siehe Spiegel, Polizei findet 220.000 Euro Drogengeld in Schließfach, 11.1.2018, online abrufbar unter: www.spiegel.de/panorama/justiz/hamburg-polizei-findet-220-000-euro-drogengeld-in-schliessfach-a-1187328.html (zuletzt abgerufen am 1.8.2024).

¹⁶⁶ *Reitemeier*, Vermögensabschöpfung, Für die Ermittlungspraxis mit Formulierungshilfen, Fallbeispielen und Schemata, 2018, S. 241.

¹⁶⁷ *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022. Vgl. auch *Reitemeier*, Vermögensabschöpfung, S. 241.

¹⁶⁸ *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

¹⁶⁹ *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

¹⁷⁰ *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

¹⁷¹ *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022. Vgl. auch *Reitemeier*, Vermögensabschöpfung, S. 241 f.

¹⁷² *Zeit Online*, Geldwäsche-Verdacht: Zoll findet 1,4 Millionen in Koffern, 6.2.2024, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/news/2024-02/06/geldwaesche-verdacht-zoll-findet-1-4-millionen-in-koffern> (zuletzt abgerufen am 7.8.2024). Vgl. auch *LG Mannheim*, BeckRS 2020, 50512.

¹⁷³ *Kölbel/Ibold*, in: MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 163a Rn. 9; *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

¹⁷⁴ *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

¹⁷⁵ *LG Hamburg*, BeckRS 2019, 8228 Rn. 22; *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

sicherzustellen bzw. zu beschlagnahmen.¹⁷⁶ Für beide Maßnahmen sind die Richtervorbehalte nach § 98 Abs. 1 StPO bzw. § 111j Abs. 1 StPO zu beachten.¹⁷⁷ Bei Gefahr im Verzug dürfen jedoch auch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen tätig werden; bei der Beschlagnahme zur Vorbereitung der Einziehung dürfen die Ermittlungspersonen in Eilfällen gem. § 111j Abs. 1 S. 2, 3 StPO nur die Beschlagnahme einer beweglichen Sache anordnen. Durch diese Maßnahmen wird Zeit gewonnen, um weitergehende Ermittlungen zum Tatvorwurf durchführen zu können.¹⁷⁸ Die Auffindsituation ist zu dokumentieren und die Spuren sind zu sichern.¹⁷⁹

Ggf. kommt auch die Beschlagnahme des zum Transport des Bargelds verwendeten Fahrzeugs als Tatmittel für die Begehung der Geldwäsche nach § 111b Abs. 1 StPO i.V.m. § 74 Abs. 1 StGB in Betracht. Zu beachten ist der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der in § 74f StGB einfachgesetzlich ausformuliert ist.¹⁸⁰ Nach § 74f Abs. 1 S. 1 StGB darf die nicht vorgeschriebene Einziehung nach §§ 74, 74a StGB nicht angeordnet werden, wenn sie zur begangenen Tat und dem Vorwurf, der den Betroffenen trifft, außer Verhältnis stünde. Dies hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Höhe des transportierten Bargelds, ab. Für den Streifendienst empfiehlt sich die Kontaktaufnahme mit dem zuständigen Dezernenten oder der Dezernentin der Staatsanwaltschaft bzw. dem Eildienst der Staatsanwaltschaft.¹⁸¹

Wenn kein Anfangsverdacht einer Geldwäsche oder einer sonstigen Straftat besteht, erfolgt keine Anordnung einer Beschlagnahme. Das Geld ist beim Betroffenen zu belassen, es sei denn, die Voraussetzungen für eine präventive polizeiliche Sicherstellung nach den Landespolizeigesetzen liegen vor.¹⁸²

VI. Fazit und Ausblick

Die Neufassung des § 261 StGB bringt durch den „All-Crimes-Ansatz“ für tatrichterliche Feststellungen in Urteilen und schutzpolizeiliche Maßnahmen gewisse Ver-

einfachungen mit sich. Diese sind jedoch dadurch begrenzt, dass auf die zumindest grobe Konkretisierung einer Vortat der Geldwäsche im Rahmen der Anordnung strafprozessualer Maßnahmen ebenso wenig verzichtet wird wie auf entsprechende Feststellungen im Urteil. Auch bestehen bei besonders schwerwiegenden Zwangsmaßnahmen gesteigerte Anforderungen an den Anfangsverdacht.

Die kriminalpolitischen und verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Neufassung des Geldwäschetatbestandes wiegen schwer. Eine Einschränkung des Tatbestandes ist angebracht, um die Kapazitäten der Ermittlungsbehörden nicht mit Klein- und Bagatelldelinquenz zu belasten und das Ziel der Intensivierung der strafrechtlichen Geldwäschebekämpfung tatsächlich zu erreichen. Die vorgestellten¹⁸³ Lösungsvorschläge von *Jahn* und *Veljovic* weisen in die richtige Richtung. Als alternative Lösung ist die punktuelle Erweiterung des früheren Vortatenkatalogs auf die in der Richtlinie ausdrücklich als kriminelle Tätigkeiten vorgesehenen Vortaten in Erwägung zu ziehen.

In der Literatur wird teilweise davon ausgegangen, dass es nur eine Frage der Zeit ist, bis § 261 StGB aufgrund entsprechender Vorlage durch das *BVerfG* für nichtig erklärt wird und bis dahin eine verfassungskonforme Auslegung empfohlen.¹⁸⁴

Die Entwicklung der straf- und auch verwaltungsrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche ist ständiger Gegenstand juristischer und politischer Diskussion. Derzeit befindet sich der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der risikobasierten Arbeitsweise der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen im Gesetzgebungsverfahren, der mit dem Ziel, den Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung fokussierter auszurichten, erhebliche Änderungen im *GwG* vorsieht.¹⁸⁵ Es ist zu erwarten, dass auch § 261 StGB nicht lange unverändert fortbestehen wird. Das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche wird mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht die letzte Novellierung des Geldwäschetatbestands gewesen sein.

¹⁷⁶ *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

¹⁷⁷ *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

¹⁷⁸ *Reitemeier*, Vermögensabschöpfung, S. 242.

¹⁷⁹ *Reitemeier*, Vermögensabschöpfung, S. 244.

¹⁸⁰ Vgl. *Saliger*, in: NK-StGB, § 74f Rn. 2.

¹⁸¹ *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

¹⁸² *Laustetter*, Der Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB, KSV Polizeipraxis, 21.9.2022.

¹⁸³ IV. 3. d).

¹⁸⁴ *Neumann*, ZJS 2023, 74 (79); *dies.*, ZJS 2022, 682 (685).

¹⁸⁵ BT-Drs. 20/8793.

Europäische Staatsanwaltschaft – Zuständigkeit auch für die Verfolgung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der Europäischen Union?

von Anna Seebon, B.A.*

Abstract

Lässt sich die Kompetenz der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa) auf die Ermittlung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der EU erweitern? Zur Klärung der Frage wird diskutiert, ob diese als Straftaten gegen finanzielle Interessen der Union (Art. 86 Abs. 1 AEUV) erfasst werden können oder ob der aufwändige Weg der Zuständigkeitsausdehnung im Bereich der schweren Kriminalität nach Art. 86 Abs. 4 AEUV beschritten werden muss.

Should the power of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) be extended to the investigation of offences against EU restrictive measures? In order to clarify this question, it is discussed whether these can be covered as crimes affecting the financial interests of the Union (Art. 86 (1) TFEU) or whether the complex path of the extension of competences in the area of serious crime under Art. 86 (4) TFEU must be followed.

I. Ausgangspunkt

Der völkerrechtswidrige¹ Angriff Russlands auf die Ukraine verletzt den Frieden in Europa und stellt durch die Befürchtung einer Ausweitung der Aggression auf angrenzende EU-Mitgliedstaaten zudem das Konstrukt der Europäischen Union beziehungsweise Europas als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auf die Probe. Im Januar 2024 – etwa zwei Jahre nach Beginn der russischen Invasion – wurde der Schaden des Kriegs in der Ukraine bereits auf 155 Milliarden US-Dollar geschätzt; ein Großteil davon fällt auf zerstörten Wohnraum.² Während 6,5 Millionen Ukrainerinnen und Ukrainer Schutz suchen und Familien um mehr als 10.000 zivile Opfer trauern,³ profi-

tieren einige russische Unternehmen von einem wirtschaftlichen Aufschwung: Das Transportunternehmen *Public Joint Stock Company (PJSC) TransContainer* etwa soll unter der Leitung von *Kontseriev* illegale Geschäfte mit Waffen betreiben und hierfür strategisch mit anderen (ausländischen) Wirtschaftsteilnehmerinnen und -teilnehmern zusammenarbeiten, um die russische Regierung gezielt bei der Offensive auf die Ukraine zu unterstützen.⁴ Ende Juni dieses Jahres wurde der Generaldirektor der *PJSC TransContainer* nun auf die Liste der Personen und Einrichtungen gesetzt, gegen die die Europäische Union restriktive Maßnahmen verhängt.⁵

Restriktive Maßnahmen der Union setzen dem russischen Vorgehen eine entschiedene Antwort entgegen, doch stellt sich die Frage nach deren effektiver Durchsetzung. Auf Initiative der ehemaligen deutschen und französischen Justizminister *Buschmann* und *Dupond-Moretti* wird eine Ausweitung der Kompetenzen der Europäischen Staatsanwaltschaft auf die Verfolgung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen diskutiert, da „Sanktionsverstöße⁶ nicht nur gemeinsam bestraf[t], sondern auch gemeinsam verfolg[t werden] müssen“⁷. Sollte also beispielsweise eine strafbare wirtschaftliche Zusammenarbeit mit *Kontseriev* zukünftig durch die Europäische Staatsanwaltschaft (EUSTa) verfolgt werden?

Zur Einordnung der Thematik sollen zunächst einige Eckpunkte über die EUSTa skizziert werden: Im Anschluss an ein langjähriges Gesetzgebungsverfahren⁸ wurde die EUSTa durch die EUSTa-Verordnung⁹ aus dem Jahr 2017, die primärrechtlich auf Art. 86 AEUV gestützt wird,¹⁰ mit Kompetenzen speziell zum Schutz der finanziellen Interessen der Union ausgestattet.¹¹ Da die in Art. 86 Abs. 1 UA. 1 AEUV geforderte Einstimmigkeit in Bezug

* Anna Seebon, B.A. ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Europäisierung, Internationalisierung und Digitalisierung des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts an der Universität des Saarlandes (Prof. Dr. Dominik Brodowski).

¹ Siehe dazu u.a. Bock, UKuR 2022, 64; Britz, jM 2023, 343; Schmahl, NJW 2022, 969.

² Nivievskiy/Goriunov/Nagurney, Analyse: Schäden und Wiederaufbau der ukrainischen Infrastruktur, BPB, 15.3.2024, online abrufbar unter: <https://www.bpb.de/themen/europa/ukraine-analysen/546619/analyse-schaeden-und-wiederaufbau-der-ukrainischen-infrastruktur/> (zuletzt abgerufen am 14.11.2024).

³ BPB, Krieg in der Ukraine, online abrufbar unter: <https://www.bpb.de/themen/europa/krieg-in-der-ukraine/> (zuletzt abgerufen am 14.11.2024).

⁴ Durchführungsverordnung 2024/1842/EU des Rates vom 28. Juni 2024 zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 269/2014 über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen.

⁵ Ebd.

⁶ In der Literatur oft als Synonym zum rechtstechnischen Begriff „restriktive Maßnahmen“ verwendet.

⁷ Dupond-Moretti/Buschmann, Europäische Staatsanwaltschaft muss Strafverfolgung übernehmen, LTO, 28.11.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/justizminister-deutschland-frankreich-eu-staatsanwaltschaft-russland-ukraine-sanktionen/> (zuletzt abgerufen am 14.11.2024).

⁸ Weiterführend Klip, European Criminal Law, 4. Aufl. (2021), S. 604 f.; Wirth, Die Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, S. 114–153; Herrfeld, in: Herrfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft. Handbuch, 2022, § 2 Rn. 1–7.

⁹ VO 2017/1939/EU des Rates v. 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa). Im Folgenden EUSTa-VO.

¹⁰ Hecker, Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. (2024), 13. Kap. Rn. 39; Herrfeld, in: Herrfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft § 2 Rn. 8; Hinterhofer, in: Frankfurter Kommentar, AEUV, Bd. 2, 2. Aufl. (2023), Art. 86 Rn. 1.

¹¹ Pohlmann, KriPoZ 2023, 396 (397). Zur Struktur der EUSTa etwa Klip, European Criminal Law, S. 608 ff.; Brodowski, StV 2017, 684 (685).

auf die Errichtung der EUSTa gescheitert war,¹² wurde auf Art. 86 Abs. 1 UA. 3 AEUV zurückgegriffen. Danach können „mindestens neun Mitglieder [...] eine Verstärkte Zusammenarbeit¹³ auf der Grundlage des betreffenden Entwurfs [des zuvor gemäß Art. 86 Abs. 1 UA. 1 AEUV befassten Europäischen Rates]“ bilden. Eine Besonderheit der EUSTa liegt also darin, dass sie nicht von allen EU-Mitgliedstaaten begründet wird, sondern dass die EUSTa-VO nur für die Teilnehmer an der Verstärkten Zusammenarbeit¹⁴, d.h. unter Ausschluss von Ungarn, Dänemark und Irland,¹⁵ bindend ist.¹⁶ De lege lata ist die EUSTa zusammenfassend für die Ahndung von ausgabe-seitigem und einnahmeseitigem Betrug (Art. 22 Abs. 1 EUSTa-VO i.V.m. Art. 3 Abs. 2 PIF-RL¹⁷) sowie von Geldwäsche, Korruption und missbräuchlicher Verwendung von EU-Mitteln (Art. 22 Abs. 1 EUSTa-VO i.V.m. Art. 4 PIF-RL) zuständig.¹⁸ Gemeinsam ist diesen Taten, dass durch sie ein über das Interesse der einzelnen Staaten hinausgehender Belang erfasst wird, nämlich das finanzielle Interesse der Union.¹⁹ Die Handlung muss nach nationalem Recht (des ermittelnden Staates) strafbar sein, wobei die entsprechenden Straftatbestände unionsrechtlich harmonisiert sind.²⁰

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit den rechtlichen Voraussetzungen einer Kompetenzerweiterung auf die strafrechtliche Verfolgung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der Union. Aus gegebenem Anlass

sowie aufgrund der räumlichen Nähe des Konflikts liegt der Fokus dabei auf restriktiven Maßnahmen gegen Russland.

II. Zuständigkeitserweiterung

Zuständigkeitserweiterungen wurden in der Literatur bereits grundlegend diskutiert.²¹ Die konkrete Frage der Erweiterung auf die Verfolgung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der EU wird aktuell allerdings noch wenig beachtet.²²

1. Restriktive Maßnahmen gegen Russland

Restriktive Maßnahmen sind in der Regel außenpolitisch motivierte Maßnahmen, die mit einer Beschränkung der Wirtschaftsbeziehungen zu einem Staat einhergehen, um diesen von seinem völkerrechtswidrigen Verhalten abzubringen.²³ Sie können auf Grundlage des Art. 29 EUV und Art. 215 AEUV im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) erlassen werden.²⁴ In Bezug auf restriktive Maßnahmen gegen Russland können, neben sonstigen nicht zu kategorisierenden restriktiven Maßnahmen (beispielsweise dem Sende- und Propagandasender),²⁵ vier Kategorien unterschieden werden: personenbezogene, güterbezogene, finanzielle und territoriale restriktive Maßnahmen.²⁶ Die bereits im Jahre

¹² Dannecker, in: Streinz, AEUV, 3. Aufl. (2018), Art. 86 Rn. 18; Herrnfeld, in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 2 Rn. 6.

¹³ Zur Effektivität der EUSTa hinsichtlich ihrer Gründung durch eine Verstärkte Zusammenarbeit: *Di Francesco Maesa*, eucrim 2017, 156.

¹⁴ Im Text, wenn nicht anders gekennzeichnet, als „Mitgliedstaaten“ bezeichnet.

¹⁵ EPPO, Participating EU Member States, online abrufbar unter: <https://www.eppo.europa.eu/en/about/members> (zuletzt abgerufen am 14.11.2024). Zu Polen siehe Beschl. 2024/807/EU der Kommission v. 29.2.2024 zur Bestätigung der Beteiligung Polens an der Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft. Zu Schweden siehe Beschl. 2024/1952/EU der Kommission v. 16.7.2024 zur Bestätigung der Beteiligung Schwedens an der Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft.

¹⁶ Vgl. Herrnfeld, in: EPPO Commentary, 2021, Introduction Rn. 9; Herrnfeld, in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 2 Rn. 16.

¹⁷ RL 2017/1371/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug.

¹⁸ *Grasso/Sicurella/Giuffrida*, in: Ligeti/Antunes/Giuffrida, The European Public Prosecutor's Office at Launch, 2020, S. 43 ff.; Herrnfeld/Brodowski, in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 5 Rn. 16 ff.; Brodowski, in: EPPO Commentary, Art. 22 Rn. 11 ff.; Hinterhofer, in: Frankfurter Kommentar, AEUV, Art. 86 Rn. 20.

¹⁹ Brodowski, in: EPPO Commentary, Art. 22 Rn. 8.

²⁰ Herrnfeld/Brodowski, in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 5 Rn. 9; Brodowski, StV 2017, 684 (686).

²¹ Siehe im Allgemeinen u.a. Dannecker, in: Streinz, AEUV, Art. 86 Rn. 6 ff.; Hinterhofer, in: Frankfurter Kommentar, AEUV, Art. 86 Rn. 48 ff.; Meyer, in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 3 Rn. 22 ff.; Suhr, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. (2022), Art. 86 Rn. 22 ff.; Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, 82. EGL (2024), AEUV, Art. 86 Rn. 67 ff. sowie zur Diskussion um Kompetenzerweiterungen für Terrorismus- und Umweltdelikte u.a. Petzsche, in: Brodowski/Castellani/Trautmann, The European Public Prosecutor's Office as Motor for Transformation in the European Area of Freedom, Security and Justice, 2024 (in Vorbereitung); Seiler, in: Chevallier-Govers/Weyembergh, La création du Parquet européen, 2021, S. 405; Christodoulou, Revue pénale luxembourgeoise 2023, 11; *Di Francesco Maesa*, eucrim 2017, 156 (158 f.); Fontaine, Revue pénale luxembourgeoise 2023, 19.

²² Siehe nur Petzsche, in: Brodowski/Castellani/Trautmann, The European Public Prosecutor's Office as Motor for Transformation in the European Area of Freedom, Security and Justice (in Vorbereitung); Pohlmann, KriPoZ 2023, 396; Csonka/Zoli, The New Directive on the Violation of Union Restrictive Measures in the Context of the EPPO, eucrim, 12.6.2024, online abrufbar unter: <https://eucrim.eu/articles/the-new-directive-on-the-violation-of-union-restrictive-measures-in-the-context-of-the-eppo/> (zuletzt abgerufen am 14.11.2024).

²³ Nestler, Bank- und Kapitalmarktstrafrecht, 2017, Rn. 922 f.; Osteneck, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, AEUV, 4. Aufl. (2019), Art. 215 Rn. 4.

²⁴ Terhechte, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, EUV, Art. 29 Rn. 6 f.; Kaufmann-Bühler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, EUV, Art. 29 Rn. 2, 5; van der Hout, ZeuS 2022, 773 (775). Zur Legalität und Legitimität Knierim, in: FS Ignor, 2023, S. 947; Lange, EuR 2024, 3; Valta, Wirtschaftsanktionen gegen Russland und ihre rechtlichen Grenzen, Verfassungsblog, 28.2.2022, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/wirtschaftsanktionen-gegen-russland-und-ihre-rechtlichen-grenzen/> (zuletzt abgerufen am 14.11.2024). Kritik am „personenbezogenen Strafrecht“ übt Nestler, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 18 Rn. 18 m.w.N.

²⁵ Schwendinger/Göcke, EuZW 2022, 499 (507); van der Hout, ZeuS 2022, 773 (783).

²⁶ Van der Hout, ZeuS 2022, 773 (778). Überblick über die Sanktionen bei Schwendinger/Göcke, EuZW 2022, 499.

2014 erlassenen Verordnungen 269/2014/EU²⁷ und 883/2014/EU²⁸ wurden im Rahmen des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine mehrfach ergänzt.²⁹ In Deutschland werden die Straftatbestände in den §§ 18, 19 AWG begründet, wobei die Blanketttatbestände durch das EU-Recht ausgefüllt werden.³⁰

2. Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union als Finanzdelikt?

Dank des dynamischen Verweises in Art. 22 Abs. 1 EUStA-VO wäre eine Zuständigkeitsausweitung im Bereich der Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union durch eine Änderung der PIF-RL zu bewirken.³¹ Gegen die These, dass Verstöße gegen restriktive Maßnahmen der Union Finanzdelikte seien, spricht allerdings zum einen, dass ein direkter Einfluss auf das Schutzzut – den EU-Haushalt – durch die Verschiebung von Geldern und den Handel mit Gütern nicht ohne weiteres besteht, da sich der Haushalt hauptsächlich aus Eigenmitteln bestehend aus Zöllen, (Mehrwertsteuer-)Abgaben und Anteilen am Bruttonationaleinkommen der Mitgliedstaaten zusammensetzt.³² Zum anderen kann auch im „Verschwinden“ von Vermögen nach Russland kein Schaden gesehen werden, denn durch das Einfrieren von Vermögenswerten ergeben sich keine Veränderungen der Eigentumsverhältnisse.³³ Es muss mithin eine andere Möglichkeit der Zuständigkeitserweiterung gefunden werden.

3. Kompetenzerweiterung auf einen Bereich der schweren Kriminalität i.S.d. Art. 86 Abs. 4 AEUV

Nach Art. 86 Abs. 4 AEUV können die Befugnisse „zur Bekämpfung der schweren Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension“ durch einstimmigen Beschluss des Rates nach Zustimmung des Europäischen Parlaments und nach Anhörung der Kommission durch das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren³⁴ ausgedehnt werden. Von dem Kriminalitätsbereich umfasst sind zumindest die in Art. 83 Abs. 1 UA. 2 AEUV genannten besonders

schweren Straftaten,³⁵ zudem müssten die Taten europarechtlich harmonisiert werden, wenn eine europäische Strafverfolgung angestrebt wird.³⁶ Zusätzlich müsste die in Art. 86 Abs. 1 AEUV genannte Verordnung den erweiterten Kompetenzbereich einbeziehen, sodass eine Modifizierung der EUStA-VO notwendig wäre.³⁷

a) EU-Gesetzgebungsverfahren

Unlängst waren bereits erste Schritte der EU-Institutionen in diese Richtung zu verzeichnen. Mit Beschluss des Rates vom 28.11.2022³⁸ wurde der Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der EU in die Liste der Kriminalitätsbereiche des Art. 83 Abs. 1 AEUV aufgenommen und hiermit der Weg einer einheitlichen strafrechtlichen Durchsetzung geebnet. Darauf aufbauend kann eine Richtlinie gemeinsame Begriffsbestimmungen sowie Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen bemessen.³⁹ Dies geschah mit einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Definition von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union und zur Änderung der RL 2017/1673/EU vom 24.4.2024,⁴⁰ die sich auf einen Vorschlag der Kommission vom 2.12.2022⁴¹ stützt. Grundlegend wurde dem Beschluss des Rates die Notwendigkeit zugrunde gelegt, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafen für den Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union zu schaffen und dabei auch die Umgehung⁴² zu ahnden.⁴³

b) Bezugspunkt der Einstimmigkeit

In Bezug auf eine Kompetenzerweiterung nach Art. 86 Abs. 4 AEUV richtet sich der Blick zunächst auf die Frage, auf welche Mitglieder sich die Einstimmigkeit im Rat bezieht. Nach einer restriktiven Ansicht scheitert die Kompetenzerweiterung grundsätzlich schon an der Gründung der EUStA als Verstärkte Zusammenarbeit, da eine Änderung der Verträge nur durch einzelne Mitgliedstaaten nicht erfolgen dürfte.⁴⁴ Allerdings könnte bereits die Annahme des Art. 86 AEUV mit dem Lissaboner Vertrag als vorgelagertes Einverständnis der Mitgliedstaaten über

²⁷ VO 269/2014/EU des Rates v. 17.3.2014 über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen.

²⁸ VO 833/2014/EU des Rates v. 31.7.2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren.

²⁹ *Schmahl*, NJW 2022, 969 (972).

³⁰ *Nestler*, Bank- und Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 933. Siehe auch Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Rechtliche Einzelaspekte von Verstößen gegen EU-Sanktionen, Sachstand v. 21.6.2022, WD 7 – 3000 – 049/22, S. 6, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/908294/d974b882dff06f0bb9ca8719265cb720/WD-7-049-22-pdf.pdf> (zuletzt abgerufen am 14.11.2024).

³¹ Vgl. *Brodowski*, in: EPPÖ Commentary, Art. 22 Rn. 90; *Herrnfeld*, in: *Herrnfeld/Esser*, Europäische Staatsanwaltschaft, § 2 Rn. 11; *Wirth*, Die Europäische Staatsanwaltschaft, S. 251 ff.

³² *Ungerer*, in: *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, 6. Aufl. (2022), S. 569; *Storr*, in: *Niedobitek*, Europarecht, 2. Aufl. (2020), § 9 Rn. 27 ff.

³³ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Rechtliche Einzelaspekte von Verstößen gegen EU-Sanktionen, Sachstand v. 21.6.2022, WD 7 – 3000 – 049/22, S. 5; *Schwendinger/Göcke*, EuZW 2022, 499 (501).

³⁴ *Böse*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar, AEUV, Art. 86 Rn. 8; *Suhr*, in: *Calliess/Ruffert*, AEUV, Art. 86 Rn. 23.

³⁵ *Böse*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar, AEUV, Art. 86 Rn. 8; *Dannecker*, in: *Streinz*, AEUV, Art. 86 Rn. 6; *Zöller/Bock*, in: *Böse*, Europäisches Strafrecht. Enzyklopädie Europarecht, 2. Aufl. (2021), § 22 Rn. 27.

³⁶ *Seiler*, in: *Chevallier-Govers/Weyembergh*, La création du Parquet européen, S. 405 (417); *Pohlmann*, KriPoZ 2023, 396 (399).

³⁷ *Suhr*, in: *Calliess/Ruffert*, AEUV, Art. 86 Rn. 23; *Pohlmann*, KriPoZ 2023, 396 (398).

³⁸ Beschl. 2022/2332/EU des Rates v. 28.11.2022 über die Feststellung des Verstoßes gegen restriktive Maßnahmen der Union als einen die Kriterien nach Artikel 83 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllenden Kriminalitätsbereich.

³⁹ ErwG 18 Beschl. 2022/2332/EU.

⁴⁰ RL 2024/1226/EU. Siehe dazu *Csonka/Zoli*, The New Directive on the Violation of Union Restrictive Measures in the Context of the EPPO, eucrim, 12.6.2024.

⁴¹ COM (2022) 684 final.

⁴² Siehe dazu statt vieler *Galander/Göcke*, UKuR 2023, 7; *Lehner*, UKuR 2023, 105.

⁴³ ErwG 4 Beschl. 2022/2332/EU.

⁴⁴ *Vogel/Eisele*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der EU, AEUV, Art. 86 Rn. 67.

die vereinfachte Vertragsänderung im Hinblick auf die Kompetenzerweiterung gesehen werden.⁴⁵ Denkbar wäre also, auch hier wieder nur auf die Teilnehmer der Verstärkten Zusammenarbeit abzustellen. Dies würde die Arbeitsfähigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit erhöhen und überdies scheint die Zuständigkeit der EUStA ohnehin hauptsächlich die an ihr teilnehmenden Mitgliedstaaten zu betreffen. In diesem Sinne argumentiert *di Francesco Maesa*, welche die allgemeinen Regelungen über die Verstärkte Zusammenarbeit aus den Art. 326–334 AEUV zu Rate zieht und sich diesbezüglich vor allem auf Art. 330 AEUV stützt.⁴⁶ Nach Abs. 1 sind „nur die Mitglieder des Rates, die die an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten vertreten, [...] stimmberechtigt“. Expliziter ist Art. 330 Abs. 2 AEUV, nach welchem sich die „Einstimmigkeit [...] allein auf die Stimmen der Vertreter der an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten“ bezieht. Nach *di Francesco Maesa* sind die Art. 326–334 AEUV demnach *legi generali* zu den Vorschriften in Art. 86 AEUV, welche gerade dann zur Anwendung kommen, wenn keine spezielle Vorschrift besteht.⁴⁷ Art. 86 Abs. 4 AEUV bleibt in Bezug auf die Einstimmigkeit stumm, sodass nach dieser Auslegung die allgemeinen Vorschriften zur Verstärkten Zusammenarbeit zur Anwendung kämen.

Die wohl herrschende Ansicht versteht das Einstimmigkeitserfordernis hingegen wörtlich, wonach daher alle Staaten, wonach daher alle Staaten, auch die nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligten, stimmberechtigt sind.⁴⁸ Hierfür spricht das systematische Argument, da Art. 86 Abs. 4 AEUV im Gegensatz zu Art. 86 Abs. 1 AEUV gerade keine Vorschriften zur Verstärkten Zusammenarbeit umfasst,⁴⁹ als *lex specialis* jedoch vorrangig anwendbar ist.⁵⁰ Folgte man letztgenannter Ansicht, sind allerdings Besonderheiten der verbliebenen Staaten zu beachten: So ist Dänemark wegen des Zusatzprotokolls Nr. 22 zum AEUV bei einstimmigen Ratsbeschlüssen über Maßnahmen zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, zu welchen Art. 86 AEUV gehört, ohnehin nicht stimmberechtigt.⁵¹ Selbiges gilt für Irland, dem es freisteht, sich an diesen Maßnahmen zu beteiligen.⁵²

Beide Staaten sind daher prinzipiell nicht von der Einstimmigkeit erfasst.⁵³ Somit verbleibt lediglich das „Sorgenkind“ Ungarn.

Eine Umgehung der Einstimmigkeit wäre auch dann denkbar, wenn die Gründung einer zusätzlichen Verstärkten Zusammenarbeit mit erweiterten Kompetenzen möglich wäre. Allerdings scheitert dies daran, dass der kompetenzerweiternde Ratsbeschluss aus Art. 86 Abs. 4 AEUV in Art. 86 Abs. 1 AEUV nicht bedacht wird.⁵⁴ Für eine analoge Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die Verstärkte Zusammenarbeit nach Art. 326 ff. AEUV mangelt es hingegen an einer Regelungslücke.⁵⁵

c) Anforderungen an die Straftaten

Für die vorliegende Betrachtung besonders relevant ist daneben, dass es sich bei den Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der Union nach Art. 86 Abs. 4 AEUV um „schwere, mehr als einen Mitgliedstaat betreffende Straftaten“ handeln muss.⁵⁶ Dabei dürfte, im Lichte des Wortlauts des ErWG 37 der EUStA-VO, vor allem die Schwere der Tat im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf Unionsebene von Relevanz sein. Der Einmarsch Russlands in die Ukraine im Februar 2022 stellte „die grundlegendste Erschütterung der europäischen Sicherheitsordnung seit Ende des Kalten Kriegs“⁵⁷ dar, die „den Weltfrieden und die internationale Sicherheit dauerhaft bedroht, die Festigung und Förderung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten untergräbt sowie erheblichen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und ökologischen Schaden verursachen kann“⁵⁸. Der Aggressionskrieg geht mit einem schweren Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 der UNCh einher.⁵⁹ Da dieses erga omnes gilt, können auch Gegenmaßnahmen der EU gerechtfertigt sein, wenngleich sich der Angriff gegen die Ukraine und somit gegen einen Drittstaat⁶⁰ richtet.⁶¹ Mithilfe der restriktiven Maßnahmen sollen die Finanzierung des Kriegs sowie der Zugang zu Waffen erschwert und die illegale Ausbeutung natürlicher Ressourcen verhindert werden.⁶² Die Zuwiderhandlung, d.h. etwa die Verfügung

⁴⁵ Brodowski, GA 2022, 421 (430). So im Ergebnis auch *Wasmeier/Killmann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, AEUV, 7. Aufl. (2015), Art. 86 Rn. 49, die keine Vertragsänderung i.e.S. sehen.

⁴⁶ *Di Francesco Maesa*, eucrim 2017, 156 (159).

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ So *Herrnfeld*, in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 2 Rn. 12; *Böse*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, AEUV, Art. 86 Rn. 8; *Hinterhofer*, in: Frankfurter Kommentar, AEUV, Art. 86 Rn. 52; *Suhr*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 86 Rn. 25; *Petzsche*, in: Brodowski/Castellani/Trautmann, The European Public Prosecutor's Office as Motor for Transformation in the European Area of Freedom, Security and Justice (in Vorbereitung).

⁴⁹ Vgl. *Suhr*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 86 Rn. 25.

⁵⁰ *Seiler*, in: Chevallier-Govers/Weyembergh, La création du Parquet européen, S. 405 (410).

⁵¹ Art. 1 Protokoll Nr. 22 über die Position Dänemarks, ABl. C 326/1 v. 26.10.2012.

⁵² Art. 1, 3 Protokoll Nr. 21 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. C 202/295 v. 7.6.2016. Siehe auch *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, AEUV, Art. 67 Rn. 41 ff.

⁵³ *Anders Seiler*, in: Chevallier-Govers/Weyembergh, La création du Parquet européen, S. 405 (410).

⁵⁴ *Wasmeier/Killmann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, AEUV, Art. 86 Rn. 52.

⁵⁵ A.a.O., Rn. 53.

⁵⁶ Vgl. *Hinterhofer*, in: Frankfurter Kommentar, AEUV, Art. 86 Rn. 50; *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, AEUV, Art. 86 Rn. 69.

⁵⁷ *Van der Hout*, Zeus 2022, 773 (774).

⁵⁸ ErWG 10 Beschl. 2022/2332/EU.

⁵⁹ *Schaller*, NJW 2022, 832 (832); *Schmahl*, NJW 2022, 969 (969).

⁶⁰ Die Ukraine ist aber seit 2022 EU-Beitrittskandidat: Europäischer Rat/Rat der Europäischen Union, Ukraine, online abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/enlargement/ukraine/> (zuletzt abgerufen am 14.11.2024).

⁶¹ *Kokott*, ZEuS 2023, 3 (5); *Schmahl*, NJW 2022, 969 (973).

⁶² ErWG 10 Beschl. 2022/2332/EU.

über Vermögenswerte trotz Verbotes, führt dazu, dass Gelder aus der EU weiterhin genutzt und den Krieg unterstützende Güter erworben werden können (siehe I.). Ein Verstoß gegen restriktive Maßnahmen ist mithin förderlich für die genannten Verbrechen. Allerdings muss restriktiv geprüft werden, ob die konkrete Tat ein solches Ausmaß erreicht, dass ein gravierender Einfluss auf die Union besteht, die Handlung daher als schwerwiegende Straftat bezeichnet werden kann und auf Unionsebene verfolgt werden sollte. Auszuschließen ist dies zumindest bei unbedeutenden Transaktionen oder Schenkungen, die das Kriegsgeschehen nicht zu beeinflussen vermögen. Ähnlich wie bei den bestehenden Regelungen in Art. 25 Abs. 2 EUStA-VO können zum Zweck der Abgrenzung von Bagatelldelikten entsprechende Grenzwerte in die EUStA-VO aufgenommen werden (De-minimis-Klauseln)⁶³, nach denen die Kompetenzausübung der EUStA etwa auf Vermögensverschiebungen von über 10.000 € beschränkt wird, während die Zuständigkeit wiederum bestehen bliebe, wenn trotz Nichteinhaltung der Grenzwerte von „Auswirkungen auf Unionsebene“ auszugehen ist. Letzteres kann beispielsweise der Fall sein, wenn eine Täterin oder ein Täter ähnliche, jedoch voneinander unabhängige, Straftaten in mehreren Mitgliedstaaten begeht.⁶⁴ Fraglich bleibt, inwieweit die Taten einen grenzüberschreitenden Charakter aufweisen, denn die Straftaten müssen gemäß Art. 86 Abs. 4 AEUV – anders als bei der aktuellen Zuständigkeit der EUStA nach Art. 86 Abs. 1 AEUV im Bereich der finanziellen Interessen der Union – mehrere EU-Mitgliedstaaten betreffen,⁶⁵ mithin einen Bezug zu mindestens zwei Mitgliedstaaten durch die Tat handlung oder den Taterfolg aufweisen.⁶⁶ Vor dem Hintergrund fortschreitender Globalisierung sind Grenzübertritte zumindest beim Transport von Materialien und Gütern oder aber bei der Durchreise von Personen denkbar. Außerdem ist nicht ausgeschlossen, dass eine gelistete natürliche oder juristische Person oder Organisation ihr Vermögen, welches in Folge der restriktiven Maßnahmen eingefroren wurde, und damit auch ihren Einfluss in mehreren EU-Ländern verteilt hat.⁶⁷ Weiterhin können Tochterunternehmen in verschiedenen EU-Ländern ansässig sein. Aufgrund der weltweiten Tätigkeit von Straftäterinnen und Straftätern sowie grenzüberschreitender Verhaltensweisen ist eine gemeinsame grenzüberschreitende Antwort auf Unionsebene somit erforderlich.⁶⁸ Diesbezüglich muss allerdings der Bezugspunkt der Straftat zu mindestens zwei Mitgliedstaaten im Einzelfall nachgewiesen werden. Beachtenswert ist, dass die Richtlinie unter anderem die Zusammenarbeit mit den EU-Institutionen zur Ermittlung und Verfolgung von Straftaten fordert und dabei ausdrücklich die EUStA erwähnt.⁶⁹ Die bereits nach

Art. 22 Abs. 3 EUStA-VO teilweise bestehende Zuständigkeit für die Ermittlung einiger Verstöße gegen restriktive Maßnahmen, die untrennbar mit Delikten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union nach Art. 22 Abs. 1 EUStA-VO verbunden sind, könnte folglich in diesem Sinne ausgeweitet werden.⁷⁰

4. Vorteile der europäischen Strafverfolgung

Für die Auseinandersetzung mit dieser Möglichkeit sind grundlegende Aspekte herauszukristallisieren, welche die Ermittlung durch die EUStA im Vergleich zur rein nationalen Strafverfolgung vorteilhaft erscheinen lassen. *Brodowski* schlägt hierzu drei Kriterien vor: Zunächst wird nach einem gesamteuropäischen Interesse gefragt, welches über die einzelstaatlichen Interessen hinausgeht (a), weiterhin nach der Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes (b) und drittens, ob die Ermittlungstätigkeit der EUStA die Kohärenz der einzelstaatlichen Maßnahmen wahrt (c).⁷¹ Diese sollen für den vorliegenden Beitrag um das Prinzip der Verhältnismäßigkeit europäischer Strafverfolgung (d) ergänzt werden.⁷²

a) Gesamteuropäisches Interesse

Der Ukraine-Krieg bedroht durch seine räumliche Nähe und die Konfliktbereitschaft Russlands im weiteren Sinne auch die Sicherheit der EU. Würde das EU-Beitrittsersuchen der Ukraine vom Februar 2022 Erfolg haben, befände sich ein EU-Mitglied im Krieg mit Russland.⁷³ Auch wenn man einen solchen Beitritt in nächster Zeit als unwahrscheinlich betrachtet und daher für die vorliegende Frage vernachlässigt,⁷⁴ führt der Verstoß Russlands gegen das Gewaltverbot (siehe II.3.c)) dazu, dass sich die EU auf das (kollektive) Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UNCh stützen kann.⁷⁵

Gemäß Art. 3 Abs. 1 EUV ist es das Ziel der Union, den Frieden, die Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern. Dieser Friedensbestrebung wirkt der Angriffskrieg entgegen. Anders gesagt steht die EU für ihr Vorhaben, Frieden zu schaffen und zu erhalten, ein, indem sie die Kriegsführung Russlands durch Erhebung restriktiver Maßnahmen erschwert.⁷⁶ Mit diesem Ziel einher geht daher ein Schutz der Glaubwürdigkeit der EU-Organe sowie des Vertrauens der Bürger in die EU.⁷⁷ Da es sich um kollektive Werte der Union handelt, besteht auch ein besonderer Bedarf des gemeinsamen Vorgehens auf Unionsebene.⁷⁸ Zudem wurden die in Frage stehenden restriktiven Maßnahmen von der EU-Staatengemeinschaft auf Grundlage des EU-Primärrechts erlassen (siehe II.1.). Da-

⁶³ *Brodowski*, StV 2017, 684 (687).

⁶⁴ *Herrnfeld/Brodowski*, in: Herrnfeld/Esner, Europäische Staatsanwaltschaft, § 5 Rn. 75.

⁶⁵ Siehe *Seiler*, in: Chevallier-Govers/Weyembergh, La création du Parquet européen, S. 405 (417).

⁶⁶ *Hinterhofer*, in: Frankfurter Kommentar, AEUV, Art. 86 Rn. 50; *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, AEUV, Art. 86 Rn. 69.

⁶⁷ Vgl. auch *Nestler*, Bank- und Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 929.

⁶⁸ Vgl. ErwG 13 Beschl. 2022/2332/EU; ErwG 41 RL 2024/1226/EU.

⁶⁹ ErwG 35 RL 2024/1226/EU.

⁷⁰ *Csonka/Zoli*, The New Directive on the Violation of Union Restrictive Measures in the Context of the EPPO, eucrim, 12.6.2024.

⁷¹ *Brodowski*, GA 2022, 421 (430).

⁷² Siehe auch *Christodoulou*, Revue pénale luxembourgeoise 2023, 11 (15 ff.).

⁷³ Siehe dazu *Brauneck*, DÖV 2022, 969 (970).

⁷⁴ *Lorenzmeier*, UKuR 2022, 390 (393); *Schmahl*, NJW 2022, 969 (972). Vgl. auch *Brauneck*, DÖV 2022, 969.

⁷⁵ Vgl. *Schmahl*, NJW 2022, 969 (973).

⁷⁶ *Van der Hout*, ZeuS 2022, 773 (788).

⁷⁷ Siehe dazu ErwG 59 EUStA-VO.

⁷⁸ Vgl. auch ErwG 12 Beschl. 2022/2332/EU.

raus lässt sich begründen, dass es sich um europäische restriktive Maßnahmen handelt, welche demnach auch im europäischen Interesse durchgesetzt werden sollen. Hinzu kommt, dass restriktive Maßnahmen ihre Wirkung – den völkerrechtswidrig agierenden Staat zu einem Umdenken zu zwingen – ohnehin nur durch die konsequente Durchsetzung durch alle beteiligten Staaten entfalten können. Schon für den Schutz der finanziellen Interessen der Union durch die EUSTa wurde begründet, dass ein über das Interesse der einzelnen Staaten hinausgehender Belang erfasst wird (siehe I.). Indem die Sicherheit sowie die Werteordnung der EU im Ganzen bedroht wird, gilt Gleiches aus den eben genannten Gründen auch für die restriktiven Maßnahmen, sodass ein gesamteuropäisches Interesse begründet ist.

b) Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes

Damit die Zuständigkeitsübertragung auf die EUSTa dem in Art. 5 Abs. 3 EUV festgelegten Subsidiaritätsgrundsatz gerecht wird, muss zum einen die Unzulänglichkeit der nationalen Ermittlungstätigkeit in diesem Bereich aufgezeigt und zum anderen der Mehrwert einer europäischen Strafverfolgung nachgewiesen werden.⁷⁹ Auf ersteres verweist bereits die Kommission in der Begründung des Richtlinienvorschlages. Demnach hätten Ermittlungsverfahren wegen Verstößen gegen restriktive Maßnahmen nur unzureichende Priorität und außerdem seien die Kooperationsverhältnisse der operativen Zusammenarbeit mangelhaft.⁸⁰ Gleichwohl müssten die von den Mitgliedstaaten angesetzten Strafverfolgungsmaßnahmen nach Wirksamwerden der Harmonisierungsrichtlinie⁸¹ erneut überprüft werden, um sich auf ein genaues Bild davon stützen zu können, inwieweit die Mitgliedstaaten EU-weit angepassten Forderungen nachkommen können und wollen.

Grundsätzlich kann die zentrale Koordination der EUSTa zu einer effektiveren unionsweiten Strafverfolgung führen. Hierdurch werden Jurisdiktionskonflikte und damit einhergehende Streitigkeiten reduziert.⁸² Die Arbeit der Delegierten Staatsanwältinnen und Staatsanwälte ist gemäß Art. 13 Abs. 1 UA, 2 S. 2 EUSTa-VO den Weisungen der zuständigen Kammer unterworfen,⁸³ sodass einheitliche Vorgaben durchgesetzt werden können und die koordinierte und kohärente Strafverfolgung deren Effektivität

steigert.⁸⁴ Als Kritikpunkt wird eingewandt, dass die EUSTa aufgrund ihrer Abhängigkeit vom nationalen Strafprozessrecht und der Kollegialität der Entscheidungsfindung nicht ausreichend angepasst sei.⁸⁵ Zwar ist diesbezügliche Kritik zu hören; sie streitet aber letztlich dafür, eine noch weitergehende europäische Integration durch Übertragung zusätzlicher Kompetenzen im Bereich des europäischen Strafrechts zu akzeptieren.⁸⁶ Hingegen spricht die Handhabung zum jetzigen Zeitpunkt vielmehr auch für das demokratische System und die Bewahrung der Vielfalt europäischer Strafrechtssysteme,⁸⁷ welche in der EUSTa zwar harmonisiert, nicht jedoch vollkommen vereinheitlicht werden sollen.

Im Besonderen liegt das Wesen restriktiver Maßnahmen – wie unter II.4.a) beschrieben – im grenzüberschreitenden Vollzug.⁸⁸ Eine effektive gesamteuropäische Durchsetzung ist notwendig, um den sanktionierten Staat zu einem Umdenken zu zwingen.⁸⁹ Die Ermittlung durch eine supranationale Behörde würde dieses Ziel, das auch in ErwG 16 des Ratsbeschlusses zum Ausdruck kommt, jedenfalls fördern.⁹⁰ Hinzu kommt die Fachkenntnis der europäischen Strafverfolgungsbehörde im Bereich internationaler Finanzströme.⁹¹ Die illegale Verschiebung von Vermögenswerten, die mit dem Verstoß gegen restriktive Maßnahmen einhergeht, weist zumindest in dieser Hinsicht Ähnlichkeiten mit den Finanzdelikten der PIF-RL auf, sodass sich die hierzu bei der EUSTa aufgebaute Expertise nutzen ließe. Wie der *EuGH* im Urteil vom 23.12.2023 bestätigte,⁹² ist auch die Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität durch die Maßnahmen des Art. 31 EUSTa-VO im Vergleich zur nationalstaatlichen Ermittlung vereinfacht. Aus diesen Gründen ist die Zuständigkeitsausdehnung auf die Verfolgung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen mit dem Subsidiaritätsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 3 EUV konform, wenn eine erneute Überprüfung die Unzulänglichkeit der mitgliedstaatlichen Strafverfolgung nahelegen würde.

c) Kohärenz im Hinblick auf mitgliedstaatliche Systeme

Überdies müsste gewährleistet sein, dass die nationalen Strafrechtssysteme weiterhin Anwendung finden können und die innere Sicherheit zwischen den Mitgliedstaaten gewahrt bleibt.⁹³ ErwG 21 des Ratsbeschlusses betont

⁷⁹ Seiler, in: Chevallier-Govers/Weyembergh, La création du Parquet européen, S. 405 (415); Christodoulou, Revue pénale luxembourgeoise 2023, 11 (15).

⁸⁰ COM (2022) 684 final, S. 4.

⁸¹ RL 2024/1226/EU.

⁸² Vgl. Meyer, in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 3 Rn. 27; Seiler, in: Chevallier-Govers/Weyembergh, La création du Parquet européen, S. 405 (424).

⁸³ Burchard, in: EPPO Commentary, Art. 13 Rn. 5; Herrnfeld, in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 4 Rn. 27; Wirth, Die Europäische Staatsanwaltschaft, S. 201.

⁸⁴ Siehe dazu auch ErwG 58 der EUSTa-VO; Petzsche, in: Brodowski/Castellani/Trautmann, The European Public Prosecutor's Office as Motor for Transformation in the European Area of Freedom, Security and Justice (in Vorbereitung).

⁸⁵ Siehe etwa Wirth, Die Europäische Staatsanwaltschaft, S. 213 ff.; Seiler, in: Chevallier-Govers/Weyembergh, La création du Parquet européen, S. 405 (427); Sicurella, NJECL 2023, 18 (21 ff.).

⁸⁶ Siehe zu Zweifeln an der auf die Demokratie- und Souveränitätstheorie gestützte „Sonderstellung“ des Strafrechts Bäcker, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, 2022, S. 169; Brodowski, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 139.

⁸⁷ Vgl. van der Hout, ZeuS 2022, 773 (788).

⁸⁸ ErwG 41 RL 2024/1226/EU.

⁸⁹ Vgl. van der Hout, ZeuS 2022, 773 (786).

⁹⁰ Zur Kritik v. a. in Bezug auf verfügbare Ressourcen der EUSTa siehe Petzsche, in: Brodowski/Castellani/Trautmann, The European Public Prosecutor's Office as Motor for Transformation in the European Area of Freedom, Security and Justice (in Vorbereitung).

⁹¹ Petzsche, in: Brodowski/Castellani/Trautmann, The European Public Prosecutor's Office as Motor for Transformation in the European Area of Freedom, Security and Justice (in Vorbereitung); Pohlmann, KriPoZ 2023, 396 (399); Csonka/Zoli, The New Directive on the Violation of Union Restrictive Measures in the Context of the EPPO, eucrim, 12.6.2024.

⁹² *EuGH*, NJW 2024, 487 (490).

⁹³ Brodowski, GA 2022, 421 (430).

dazu die Notwendigkeit, „die Vielfalt der nationalen Systeme und [die] grundlegenden Aspekte [...] der Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten“ zu berücksichtigen. Die EUStA-VO lässt nationales Straf(verfahrens)recht unberührt und enthält zahlreiche Verweise auf die nationalen Vorschriften, sodass kein supranationales Strafprozessrecht eingeführt wurde (vgl. etwa Art. 5 Abs. 3 EUStA-VO).⁹⁴ Generell ist vielmehr das materielle und nicht das prozessuale Strafrecht vom Souveränitätsanspruch der Nationalstaaten betroffen,⁹⁵ sodass die Frage nach Kohärenz verstärkt im Rahmen der ohnehin erfolgten Verabschiedung der Harmonisierungsrichtlinie 2024/1226/EU zu beachten war. Für die Diskussion um eine gemeinsame europäische Durchsetzung bereits erlassener Vorschriften kann sie daher zurücktreten.

Lediglich die unter II.3.c) bereits angedeutete Problematik, den grenzüberschreitenden Charakter der Verstöße gegen restriktive Maßnahmen auszumachen, spielt vorliegend eine Rolle. Es müsste genau herausgearbeitet und definiert werden, wann mindestens zwei Mitgliedstaaten betroffen sind, da die Mitgliedstaaten zuständig blieben, wenn diese notwendige Voraussetzung im konkreten Fall nicht vorliegt.⁹⁶ Hierfür kann ein Vergleich mit der derzeitigen Regelung hilfreich sein: Die EUStA-VO sieht in Art. 25 Abs. 4 vor, dass trotz des prinzipiellen Vorrangs der EUStA⁹⁷ die Letztentscheidungskompetenz einer nationalen Justizbehörde zukommt, wenn Uneinigkeiten zwischen der EUStA und der zuständigen Justizbehörde eines Mitgliedstaates über die Zuständigkeit aufkommen.⁹⁸ Dementsprechend kann sich die EUStA nicht über die Mitgliedstaaten hinwegsetzen und ein Verfahren an sich ziehen. Diese Regelung greift ebenfalls im Fall einer Ausweitung der Zuständigkeit auf die Ahndung anderer schwerer grenzüberschreitender Taten, wodurch die soeben geforderte Kohärenz gewahrt bleibt.

d) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

Zuletzt muss die Zuständigkeitsübertragung der Verfolgung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen auf die EUStA auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV genügen.⁹⁹ Der legitime Zweck liegt, wie unter II.3.c) begründet, im Erhalt des Friedens und der europäischen Werteordnung,¹⁰⁰ im Schutz der Integrität des Binnenmarktes und der Sicherheit Europas.¹⁰¹ Die zentrale Koordination und strafrechtliche Ermittlung ist zumindest förderlich für eine konsequente Durchsetzung der Straftatbestände sowie für den damit einhergehenden Einstand für die Werte der EU, mithin ist die Zuständigkeitsausweitung auch zur Zweckerfüllung geeignet. Zudem geht die Übertragung auf die EUStA nicht über das erforderliche Maß hinaus, da eine gleichermaßen effek-

tive Verfolgung derartiger Verstöße auf nationaler Ebene nicht zu erreichen ist. Weiterhin müsste der Einschnitt in den Zuständigkeitsbereich¹⁰² der Mitgliedstaaten in Abwägung mit den Interessen der Union angemessen sein. Der Erhalt der Menschenrechte, der Freiheit und Demokratie ist ein grundlegender Aspekt des europäischen Raums gemäß Art. 2 Abs. 1 EUV, mithin ein schwerwiegendes Gut. Im Gegensatz dazu bestehen – wie z.B. unter II.4.c) beschrieben – weitreichende Kontrollmöglichkeiten, um den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten nicht zu sehr einzuengen. Zudem haben diese mit dem Beitritt zur EU den Verträgen zugestimmt, in welchen bereits die Einrichtung der EUStA mit Perspektive der Kompetenzerweiterung auf schwere Kriminalitätsbereiche vorgesehen wurde, sodass es als weniger schwerwiegend angesehen werden muss, wenn tatsächlich von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden soll. Hinzu tritt, dass die für das eigentliche Ermittlungsverfahren zuständigen Delegierten Staatsanwältinnen und Staatsanwälte mit dem nationalen Justizsystem verflochten sind und lediglich „funktional zu [Beamtinnen und Beamten] europäische[r] Behörden“¹⁰³ werden,¹⁰⁴ sodass die Mitgliedstaaten auch bei der Auswahl der mit dieser Aufgabe betrauten Personen (Art. 17 Abs. 1 EUStA-VO) sowie den Vollzugshandlungen (Art. 28 Abs. 1 EUStA-VO) weiterhin mitwirken. Zum Zweck des Einstehens für den europäischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist es nur folgerichtig, eine unionsrechtliche Strafverfolgungseinrichtung einzusetzen und deren Kenntnisse zu nutzen. Die konstruktive und effektive Verfolgung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen ist ein mildes Mittel im Rahmen einer europäischen Antwort auf den völkerrechtswidrigen Angriffskrieg Russlands, ohne sich umgehend der Gefahr einer militärischen Beteiligung auszusetzen. Selbstverständlich lässt sich über Verbesserungspotential der EUStA-VO Position beziehen und ihre Weiterentwicklung sollte zudem vor oder zumindest parallel mit einer eventuellen Zuständigkeitserweiterung in den Blick genommen werden. Dennoch ist das Konzept einer effektiven gesamteuropäischen Strafermittlung und -verfolgung für die in Frage stehenden Fälle vor allem im Hinblick auf den verfolgten Versuch der Friedenssicherung durch (Straf-)Recht langfristig überzeugend, sodass die Vorteile schwerer wiegen als ein teilweiser Kompetenzverlust der Mitgliedstaaten. Probleme und Unsicherheiten, welche sich auf dem Weg zur Erreichung dieses Ziels präsentieren, sollten keinen Grund darstellen, von dem Vorhaben generell Abstand zu nehmen. Dementsprechend erscheint es auch angemessen, die Zuständigkeit für die strafrechtliche Ermittlung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der EU auf eine europäische Institution zu übertragen.

⁹⁴ Brodowski, GA 2022, 421 (427); Zöller/Bock, in: Böse, Europäisches Strafrecht, § 22 Rn. 32.

⁹⁵ Brodowski, GA 2022, 421 (431). Siehe aber Fn. 86.

⁹⁶ Seiler, in: Chevallier-Govers/Weyembergh, La création du Parquet européen, S. 405 (417).

⁹⁷ Siehe ErwG 58 EUStA-VO.

⁹⁸ Siehe dazu Herrnfeld, in: EPP Commentaries, Art. 25 Rn. 23 ff.

⁹⁹ Vgl. Christodoulou, Revue pénale luxembourgeoise 2023, 11 (15).

¹⁰⁰ ErwG 2 RL 2024/1226/EU.

¹⁰¹ ErwG 1 RL 2024/1226/EU.

¹⁰² Siehe aber zur Kritik Fn. 86.

¹⁰³ Trautmann, in: Herrnfeld/Esser, Europäische Staatsanwaltschaft, § 6 Rn. 29.

¹⁰⁴ Siehe auch Sicurella, NJECL 2023, 18 (22); Schneider, in: Niedernhuber, Die neue Europäische Staatsanwaltschaft, 2023, S. 39 (42 f.).

III. Fazit

Insgesamt lässt sich somit begründen, dass eine Zuständigkeitsübertragung für die Ahndung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen auf die EUSa zu begrüßen und auf Grundlage des Art. 86 Abs. 4 AEUV rechtlich möglich ist. Zusammenfassend kann ein gemeinsames Einsehen für die europäische Werteordnung durch die konsequente Verfolgung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen bewiesen werden, was wiederum durch die einheitliche Strafverfolgung durch die Europäische Staatsanwaltschaft gelingt. Der Rat und das Europäische Parlament sind mit ihrer Einigung in Bezug auf eine Richtlinie zur Harmonisierung der Straftatbestände einen wichtigen Schritt im Hinblick auf eine mögliche Erweiterung der Zuständigkeit der EUSa gemäß Art. 86 Abs. 4 AEUV im Bereich der besonders schweren Kriminalität i.S.d. Art. 83 Abs. 1 AEUV gegangen. In jedem Fall muss abschließend festgehalten werden, dass die Kompetenzerweiterung der EUSa, wenngleich sie bereits in den europäischen Verträgen vorgesehen ist, nicht

wegen des aktuellen politischen Drucks voreilig angegangen werden darf.¹⁰⁵ Weitreichende Neuerungen in kurzer Zeit könnten die ohnehin bereits zu verzeichnende Europaskepsis verschärfen und dem Populismus zugutekommen.¹⁰⁶ Stattdessen muss die Zuständigkeitsausdehnung zunächst genau durchdacht, relevante Begriffe umfassend definiert und Regelungsbedarf in der EUSa-VO erörtert werden, um die Zuständigkeiten der nationalen und der europäischen Ebene klar abgrenzen zu können. In dieser Hinsicht sollte vor allem eine erneute Überprüfung darüber angestellt werden, ob die Mitgliedstaaten ihrer Strafverfolgungsobliegenheit im Bereich der Verstöße gegen restriktive Maßnahmen auch nach Harmonisierung der Straftatbestände nicht umfassend nachkommen und eine einheitliche Strafverfolgung durch die EUSa daher erwiesenermaßen von Vorteil wäre. Ohnehin bleibt abzuwarten, ob die politische Bereitschaft zu einer Kompetenzausdehnung besteht – unter den aufgezeigten Bedingungen wäre sie aber rechtlich möglich und auch wünschenswert.

¹⁰⁵ So auch *Petsche*, in: Brodowski/Castellani/Trautmann, The European Public Prosecutor's Office as Motor for Transformation in the European Area of Freedom, Security and Justice (in Vorbereitung).

¹⁰⁶ Siehe *Schellenberg/Schellenberg*, Rechtspopulismus im europäischen Vergleich – Kernelemente und Unterschiede, BPB, 14.10.2024, online abrufbar unter: <https://www.bpb.de/themen/parteien/rechtspopulismus/240093/rechtspopulismus-im-europaeische-n-vergleich-kernelemente-und-unterschiede/> (zuletzt abgerufen am 14.11.2024).

AUSLANDSBEITRAG

Die Herabsetzung der Strafmündigkeit in China: Ein Scheitern zwischen Jugend und Kriminalpolitik?

von Assoc. Prof. Dr. He Liu*

Abstract

Die zunehmende Jugendkriminalität hat in der chinesischen Kriminalpolitik zu heftigen Diskussionen über die Strafmündigkeit geführt; die Meinungen hierzu gehen nach wie vor weit auseinander. In Bezug auf die Strafmündigkeit hat der chinesische in Divergenz zum deutschen Gesetzgeber ein anderes Modell gewählt. Zwar hat chinesische Gesetzgeber die Strafmündigkeit, wie auch der deutsche Gesetzgeber, im Strafgesetzbuch festgeschrieben. In den letzten Jahren hat der chinesische Gesetzgeber im Rahmen einer Änderung des Strafgesetzbuches (11. Änderung) die Strafmündigkeit jedoch auf zwölf Jahre herabgesetzt. Diese Herabsetzung spiegelt die schwankende Haltung der chinesischen Kriminalpolitik in Bezug auf die Jugendlichen wider. In Reaktion auf diese Änderung haben chinesische Strafrechtswissenschaftler eigene Ansätze zur angemessenen Strafmündigkeitsgrenze vorgebracht, die allerdings auf unterschiedlichen Werturteilen und Prämissen gestützt werden. Dabei sollte die Strafmündigkeit auf einer stabilen Kriminalpolitik beruhen (Berücksichtigung des Erziehungsgedankens). In diesem Beitrag wird die Herabsetzung der Strafmündigkeit in China als Ausgangspunkt verwendet, um Überlegungen hinsichtlich der chinesischen Jugendkriminalpolitik insgesamt anzustellen.

Juvenile delinquency has led to heated discussions on criminal responsibility in Chinese criminal policy, and opinions continue to differ widely. With regard to the age of criminal responsibility, the Chinese legislature has chosen a different legislative model from the German one. Like the German legislator, the Chinese legislator has stipulated the age of criminal responsibility in the Criminal Code. In recent years, however, the Chinese legislature has lowered the age of criminal responsibility to twelve years with certain changes of the Criminal Code (11th Amendment). This reduction reflects the fluctuating attitude of Chinese criminal policy towards young people. In response to this amendment, Chinese scholars have put

forward completely opposing views on the age of criminal responsibility, based on different value judgements and positional choices. The age of criminal responsibility should be based on a stable criminal policy (discussion at the idea of “education before punishment”). In this paper, the lowering of the age of criminal responsibility in China is used as a starting point, which can be understood as reflections in Chinese juvenile criminal policy.

I. Einleitung: Die Entwicklung der Jugendkriminalität in China

In den letzten Jahren, in denen immer wieder über grausame Jugendkriminalität in China berichtet wurde, wurde im Rahmen des öffentlichen Diskurses zunehmend gefordert, dass der Staat seine Strafgewalt einsetzen sollte, um solche Verbrechen strafrechtlich zu ahnden. Insbesondere der Fall der Vergewaltigung und Ermordung von einem Kind in der Provinz Liaoning und der Fall des bandenmäßigen Mordes durch Minderjährige in der Provinz Gansu haben sowohl in akademischen als auch in den Kreisen der Strafrechtspraktiker in China hitzige Debatten über die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Jugendlichen ausgelöst.¹ Wenn die Gesellschaft mit intensiven Konflikten und Herausforderungen konfrontiert ist, versucht der Staat zumeist, auf die Unzufriedenheit des Normadressaten angemessen zu reagieren und besänftigt diesen, indem er neue Strafnormen erlässt oder bereits bestehende ändert. Diese aktive Auseinandersetzung mit sozialen Problemen durch die Strafgesetzgebung als Instrument zur Regulierung sozialer Konflikte ist ein typisches Merkmal des modernen Strafrechts.² Nichts anderes ist im Jugendstrafrecht zu beobachten. Nach Angaben der Obersten Volksstaatsanwaltschaft Chinas steigt die Zahl der Jugendstraftaten in China nicht nur von Jahr zu Jahr, was die Zahl der erfassten Fälle betrifft (siehe Abb. 1). Zugleich nimmt die Zahl der strafrechtlichen Verurteilungen Minderjähriger deutlich zu (siehe Abb. 2).³

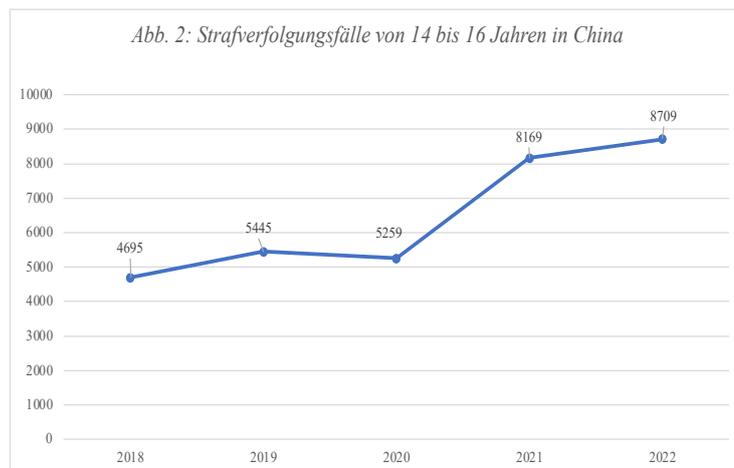
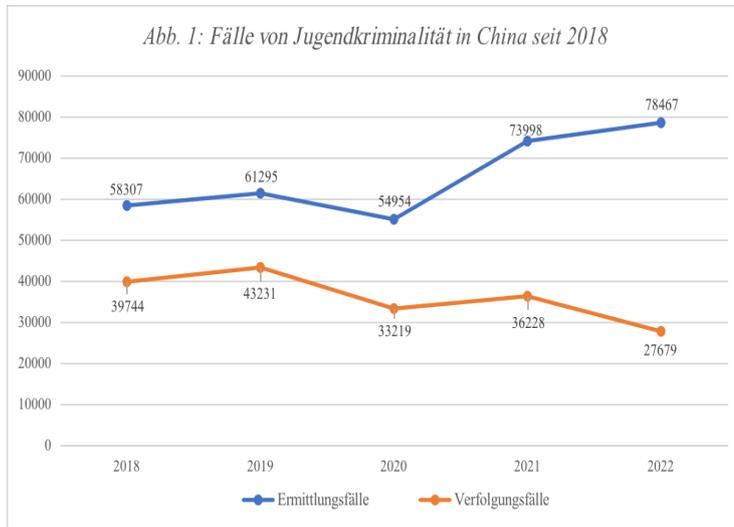
* Assoc. Prof. Dr. He Liu ist an der Fudan Universität (Shanghai, China) tätig. Der Verfasser bedankt sich herzlich bei Prof. Dr. Dr. h.c. Bernd Heinrich, Tübingen, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Anregungen für den Beitrag.

¹ Diese beiden schweren Fälle wurden in China breit diskutiert. Der erste Fall ist die Vergewaltigung und Ermordung eines 10-jährigen Mädchens durch einen 13-jährigen Jungen in der Provinz Liaoning im Jahr 2019. Der zweite Fall ist die Ermordung eines 21-jährigen Mannes durch acht Minderjährige in der Provinz Gansu im Jahr 2022. Vgl. Luo, Mordfall bei Jugendlichen, Hongxing Zeitung, 10.10.2020, online abrufbar unter: https://www.sohu.com/a/423722418_116237 (zuletzt abgerufen am 25.10.2024).

² Vgl. He, Peking University Law Journal 2/2015, 401 (423).

³ Basierend auf Daten aus dem Weißbuch über die Strafverfolgung von Minderjährigen, das von der Obersten Volksstaatsanwaltschaft Chinas von 2019 bis 2023 veröffentlicht wurde. Dabei werden von der nachfolgenden Abb. 1 alle Fälle von Jugendlichen (zwischen 14 und 18 Jahren), von Abb. 2 hingegen nur die Zahl der Fälle von Jugendlichen zwischen 14 und 16 Jahren erfasst.

Während die Zahl der tatsächlich verfolgten Fälle von Jugendlichen insgesamt sinkt (Abb. 1), erhöht sich die Zahl der verfolgten Fälle von Jugendlichen zwischen 14 und 16 Jahren (Abb. 2), was darauf schließen lässt, dass es einen Trend zu einem Erstarben der Jugendkriminalität gerade in dieser Altersgruppe gibt.



Seit den 1990er Jahren hat die Bekämpfung der Jugendkriminalität in China allmählich an Bedeutung gewonnen. Der chinesische Gesetzgeber führte 1991 „Das Gesetz zum Schutz von Minderjährigen in der Volksrepublik China“ und 1999 „Das Gesetz der Volksrepublik China zur Vorbeugung jugendlicher Straftaten“ ein. Trotz der Tatsache, dass China ein rechtliches Instrumentarium zur Bekämpfung der Jugendkriminalität entwickelt hat, stellt die Jugendkriminalität nach wie vor ein erhebliches Problem dar, das auf eine Vielzahl von Faktoren zurückzuführen ist, die die Jugendkriminalität beeinflussen. Insbesondere ist in China feststellbar, dass die Kluft zwischen Ermittlungs- und Verfolgungsfällen von Minderjährigen jedes Jahr größer wird (s. Abb. 1). Ein Grund für diese Diskrepanz ist das niedrige Alter der Minderjährigen, das

wiederum verhindert, dass viele Fälle aufgrund mangelnder Schuldfähigkeit vor Gericht kommen bzw. abgeurteilt werden. Deswegen hat der chinesische Gesetzgeber versucht, das Problem der Jugendkriminalität durch eine Herabsetzung der Strafmündigkeit zu lösen.

II. Die Veränderungen der Strafmündigkeit in China

Bevor wir die Strafmündigkeit erörtern, muss deren Verhältnis zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit und insbesondere zur Schuldfähigkeit skizziert werden. Die Strafmündigkeit betrifft hingegen die Frage, ab wann – insbesondere ab welchem Alter – eine Person die Folgen einer von ihr begangenen Straftat tragen muss. Sie ist ein Element der Beurteilung auf der Schuldebene im Rahmen des Verbrechenssystems. Deswegen ist die Strafmündigkeit keine ontologische Frage bei der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, sondern dient nur als Schulausschluss. Die Strafmündigkeit wird nur als Indiz für die Schuldfähigkeit des Täters herangezogen.⁴ Diese Altersgrenze ist im Wesentlichen eine normative Setzung im Strafrecht.⁵ Die strafrechtlichen Normen unterscheiden zwischen den Gruppen von Bürgern aufgrund ihres Alters.⁶ Die Entscheidung, ab welcher Altersgrenze die Schuldfähigkeit einer Person vermutet werden soll, ist ein soziales Spiel, und daher ist deren normative Setzung von Natur aus unsicher.⁷

Aus historischer Sicht hat der chinesische Gesetzgeber zu verschiedenen Zeiten versucht, das Alter der Strafmündigkeit mit der Schuldfähigkeit zu verbinden. So wurde argumentiert, dass die Fähigkeit zur strafrechtlichen Verantwortung mit Erreichen eines bestimmten Alters vorausgesetzt werde. Die Rechtsreform unter der späten Qing-Dynastie markiert dabei den Zeitpunkt der Modernisierung des chinesischen Rechts. Aus diesem Grund werden hier die Strafmündigkeitsänderungen in der chinesischen Geschichte in drei Phasen unterteilt: die Zeit vor der Qing-Dynastie (475 v. Chr. bis 1840), der späten Qing-Dynastie (1840 bis 1912) und der Volksrepublik China (1949 bis heute).

1. Die Zeit vor der Qing-Dynastie

Die früheste Bestimmung über die Strafmündigkeit in China findet sich im FaJing Code (Book of Standards, 法經), verfasst von Li Kui aus der Zeit der Streitenden Staaten (475 bis 221 v. Chr.). Hier heißt es: „wenn der Täter unter 15 Jahre alt ist, kann die Strafe bei schweren Straftaten um drei Stufen und bei geringeren Straftaten um eine Stufe herabgesetzt werden“. Für unter 15-jährige ist es ein wichtiger Faktor, milder bestraft zu werden. Zu dieser Zeit (217 v. Chr.) wird die Fähigkeit, die strafrechtliche Verantwortlichkeit zu bestimmen, auf die Körpergröße als Kriterium in *Yunmeng Qinjian* (Qin-Bambustäfelchen, 雲夢秦簡) gestützt. Die Strafmündigkeit wurde auf unter fünfzehn Jahre festgelegt (allgemeine Körpergröße von 160 cm oder weniger). In den Gesetzen der Han-Dynastie

⁴ Vgl. *Frehse*, in: FS für Schüler-Springorum, 1993, S. 379-387.

⁵ Vgl. *Liu*, Peking University Law Review 2/2021, 201.

⁶ Vgl. *Schild*, in: NK-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. (2017), § 19 Rn. 1.

⁷ Vgl. *Roesler*, Die Diskussion über die Herabsetzung der Strafmündigkeitsgrenze und den Umgang mit Kinderdelinquenz, 2008, S. 283 f.

(202 v. Chr. bis 9 n. Chr.) ist das Mindestalter für die strafrechtliche Verantwortung (7 bis 8 Jahre) nur für schwere Straftaten vorgesehen. Später, in der Tang- (618 bis 907), Song- (960 bis 1279), Ming- (1368 bis 1644) und Qing-Dynastie (1636 bis 1911), folgte das Gesetz im Wesentlichen der Regel, die Strafmündigkeit auf 7 Jahre festzulegen, während gleichzeitig mildernde Umstände für die Straftaten von Minderjährigen unter 15 Jahren vorgesehen wurden.

2. Die späte Qing-Dynastie

Das neue Strafgesetzbuch der Qing von 1911 wurde von der Qing-Regierung verkündet und war das erste modernisierte Strafgesetzbuch in der chinesischen Geschichte.⁸ Die Qing-Regierung beauftragte *Okada Asataro*, einen japanischen Juristen, der sich in Deutschland aufgehalten hatte, mit der Ausarbeitung des Gesetzes.⁹ Das neue Strafgesetzbuch der Qing von 1911 brach mit dem bisherigen chinesischen Gesetzgebungsmodell, das Gesetzestexte mit Gesetzeskommentaren vermischte, und schuf einen Durchbruch, indem es das Strafrecht aus der Sammlung von Gesetzen herauslöst, die zu einem einzigen Gesetzeswerk zusammengefasst worden waren. Diese Rechtsreform repräsentiert eine wichtige Phase in der Modernisierung des chinesischen Rechts. Das neue Strafgesetzbuch der Qing legte die Grenze von 12 Jahren als Mindestalter für die strafrechtliche Verantwortlichkeit fest und sah auch Strafmilderungsumstände für die Straftaten von Minderjährigen zwischen 12 und 15 Jahren vor. Obwohl es von der Qing-Regierung nicht formell umgesetzt wurde, wurden seine Grundelemente später im Jahre 1928 von der Republik China übernommen.

3. Die Volksrepublik China

In § 11 des Entwurfs des Strafgesetzes der Volksrepublik China von 1950 hieß es: „Wer die Straftat unter vierzehn Jahren begeht, wird nicht bestraft“. Während in der Qing-Dynastie die Strafmündigkeitsgrenze bei 12 Jahren angesetzt wurde, wurde mit dem Beginn der Volksrepublik China vorgeschlagen, das Mindestalter für die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf 14 Jahre zu erhöhen. Andere Entwürfe, die sich (auch) mit der Frage nach dem Beginn der strafrechtlichen Verantwortlichkeit befassten, folgten jedoch diesem Standpunkt nicht. Vielmehr schwankte bei den verschiedenen Entwürfen das Mindestalter im Allgemeinen zwischen 12 und 14 Jahren.¹⁰

Das 1997 in Kraft getretene Strafgesetz der Volksrepublik China legte nunmehr in § 17 Abs. 1 fest, dass von der Schuldfähigkeit des Täters grundsätzlich ab dem 16. Lebensjahr auszugehen ist, während § 17 Abs. 2 hiervon Ausnahmen postuliert, wonach bei der Begehung schwerer Taten eine strafrechtliche Verantwortlichkeit bereits mit 14 Jahren anzunehmen ist. Zu diesen Taten gehören Mord, vorsätzliche Körperverletzung mit schwerer Verletzung oder Todesfolge, Vergewaltigung, Raub, Drogen-

handel, Brandstiftung, Explosionen und das Werfen gefährlicher Stoffe. Der chinesische Gesetzgeber hat mit der 11. Strafgesetzbuchsänderung von 2020 die Altersgrenze der Strafmündigkeit jedoch punktuell bei bestimmten besonders schweren Straftaten von 14 auf 12 Jahre herabgesetzt. Diese Herabsetzung der Strafmündigkeit beschränkt sich auf besonders schwere Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit, d.h. Mord, Totschlag und Körperverletzung. Der chinesische Gesetzgeber fügte einen neuen § 17 Abs. 3 hinzu, der wie folgt lautet: „Eine Person im Alter von 12 bis 14 Jahren, die unter erschwerenden Umständen eine vorsätzliche Tötung oder eine vorsätzliche Körperverletzung mit Todesfolge oder eine schwere Körperverletzung, die zu einer schweren Behinderung führt, durch besonders grausame Mittel begangen hat, wird bestraft. Wenn die Oberste Volksstaatsanwaltschaft die Strafverfolgung genehmigt, wird die Person strafrechtlich zur Verantwortung gezogen“. Obwohl die Strafmündigkeitsgrenze in der Gesetzgebung geändert wurde, ist es dennoch der empirischen Wissenschaft nach wie vor unmöglich zu beweisen oder zu widerlegen, dass ein 12-jähriges Kind die Fähigkeit zur strafrechtlichen Verantwortung besitzt. Dies wirft weitere Kontroversen auf, die im Folgenden dargelegt werden.

III. Debatte über die Herabsetzung der Strafmündigkeitsgrenze in China

In diesem Beitrag wird die Debatte über die Herabsetzung des Strafmündigkeitsalters erörtert und anschließend versucht, die Gründe für die Gesetzesänderung zu analysieren. Auch wenn der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen hat, gibt es noch in der Fachliteratur keine Einstimmigkeit hinsichtlich der Sinnhaftigkeit der Absenkung in China.

1. Unterstützung für die Herabsetzung der Strafmündigkeit

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Täter mit Erreichen eines bestimmten Alters die Einsicht- und Steuerungsfähigkeit besitzt und in der Lage ist, strafrechtlich verantwortlich zu handeln. Da die Strafmündigkeit einen gesetzlichen Schuldausschlussgrund darstellt, wird in Zeiten, in denen immer mehr Straftaten von Minderjährigen begangen werden, in der Öffentlichkeit der Ruf nach einer Herabsetzung der Strafmündigkeit laut. Dafür gibt es hauptsächlich folgende Gründe:

a) Niedriges Alter des Täters

In der chinesischen Kriminalstatistik kann beobachtet werden, dass in den letzten Jahren mehr Straftaten durch Kinder unter 14 Jahren begangen werden.¹¹ Der wichtigste Teil des Wachstumsprozesses von Kindern und Jugendlichen ist die Phase der individuellen Vollendung der Sozialisation. Darin entdecken Kinder und Jugendliche den spezifischen Inhalt sozialer Normen durch die Konse-

⁸ Vgl. *Shuhong*, ZStW 130 (2018), 1264 ff.

⁹ Vgl. *Chen*, Journal of East China University of Political Science and Law 4/2016, 66 f.

¹⁰ Vgl. *Yao*, Peking University Law Journal 5/2023, 1207.

¹¹ Vgl. *Dang*, Procuratorate Daily, 1.7.2015.

quenzen ihres eigenen Verhaltens in Bezug auf die Einhaltung oder Verletzung sozialer Normen.¹² In dieser Phase neigen Kinder und Jugendliche auch aufgrund ihrer unreifen geistigen Entwicklung und mangelnder Verhaltenskontrolle dazu, die Grenzen dessen zu überschreiten, was durch soziale Normen erlaubt ist. Das Phänomen der Kinderkriminalität tritt auf, wenn es sich bei den sozialen Normen, die von Kindern und Jugendlichen verletzt werden, um strafrechtliche Gebots- oder Verbotsnormen handelt. Das durchschnittliche Alter, in dem erstmaliges gewalttätiges Verhalten unter Minderjährigen in China auftritt, liegt bei 12 Jahren. Im Alter von 13 bis 14 Jahren ist die Häufigkeit von Verhaltensweisen, die gegen die strafrechtlichen Normen der Gesellschaft verstoßen, am höchsten.¹³ Auf dieser Grundlage sei es notwendig, die Strafmündigkeitsgrenze auf 12 Jahre zu senken, um dem häufigen Auftreten schwerer Straftaten von Kindern zu begegnen.

b) Vorzeitige geistige Entwicklung von Minderjährigen

Die geistige Entwicklung von Minderjährigen findet jedoch zu einem immer früheren Zeitpunkt statt, und jüngere Kinder sind in ihrer Wahrnehmung von Normen heutzutage viel weiter fortgeschritten. Die gegenwärtige Gesellschaft ist in das Zeitalter der Wissensexplosion eingetreten. Die heutigen jüngeren Kinder können mit Hilfe des Internets und anderer KI-Tools bequemer und schneller auf mehr Wissen und Informationen zugreifen und diese erfassen. Diese Wahrnehmung von Wissen und Informationen trägt zur frühen Reifung der geistigen Entwicklung des Minderjährigen bei. In Verbindung mit der einschlägigen Forschung über die Ursachen von Kinderkriminalität lässt sich feststellen, dass bei der Ausführung von Gewalt- und Verletzungshandlungen durch Kinder im Alter von 11 bis 14 Jahren bereits ein Grundbewusstsein für das schädigende Verhalten und deren Folgen vorhanden ist und ein Wille, die Verletzungsfolgen aktiv zu verwirklichen, besteht.¹⁴ Das Schädigungsbewusstsein und der Verwirklichungswille des Minderjährigen deuten auf ihre Schuldfähigkeit hin. Insbesondere haben sie regelmäßig bereits eine entsprechende Unrechtsinsicht. Die Herabsetzung der Strafmündigkeit steht daher im Einklang mit den sich wandelnden wissenschaftlichen Erkenntnissen der früheren geistigen Reife von Minderjährigen.

c) Auswirkungen des Strafzwecks

Die Verhängung von Strafe durch den Staat für die Straftaten Minderjähriger ist ein wichtiges Mittel, um den Schaden, den die Opfer erlitten haben, wiedergutzumachen. Neben den traditionellen Straftheorien, die auf Prävention und Vergeltung abzielen, heben expressive Straftheorien den Zweck der Strafe als Kommunikationsmittel hervor. Diese Theorie identifiziert den Prozess der staatlichen Strafgewalt als einen Akt der Kommunikation zwischen Normen und Gruppen in der Gesellschaft.¹⁵

Wenn der Staat eine Strafe gegen Minderjährige verhängt, bringt er nicht nur seine Verurteilung der Tat des Täters zum Ausdruck, sondern lindert dadurch zugleich auch den Schmerz der Opfer, die unter den Folgen der Straftat leiden, und schließlich bestätigt die Strafe die Gültigkeit der strafrechtlichen Normen, indem sie mit beiden Parteien kommuniziert.¹⁶ Wenn die Bürger die Befugnis zur Verhängung von Strafen an den Staat abtreten, muss der Staat auf die Straftat reagieren und darf das Opfer nicht allein lassen.¹⁷ Deswegen könne die Herabsetzung der Strafmündigkeit das Vertrauen der anderen Mitglieder der Gesellschaft in die Gültigkeit der strafrechtlichen Normen wirksam erhalten.

2. Widerstand gegen die Herabsetzung der Strafmündigkeit

Die Gegenansicht vertritt die Auffassung, dass die Strafmündigkeitsgrenze im Strafrecht naturgemäß eine normative Setzung und ein vom Gesetzgeber unter Berücksichtigung verschiedener Faktoren vorgenommener Schuldabschluss sei. Die vorgenommene Gesetzesänderung zur Herabsetzung der Strafmündigkeit sei vor allem aufgrund der folgenden Punkte abzulehnen.

a) Anforderungen an eine rationale Gesetzgebung

Die „emotionale“ öffentliche Meinung könne nicht als Grundlage für eine rationale Strafgesetzgebung dienen. Als Fälle wie die Vergewaltigung und Ermordung durch Kinder in der Provinz Liaoning, von denen die Medien nacheinander berichteten, auftauchten, sei es verständlich, dass die öffentliche Meinung die Herabsetzung der Strafmündigkeitsgrenze fordert. Aber solche vereinzelt Fälle von Straftaten, die von Minderjährigen begangen wurden, könnten nicht der Hauptgrund für eine Herabsetzung der Strafmündigkeit sein, die als Konsequenz zu einer nicht legitimierbaren strafrechtlichen Erfassung von anderen Minderjährigen in der Gesellschaft führt, die jedoch ggf. noch nicht die hinreichende geistige Entwicklung durchlaufen haben, die es bei strafmündigen Menschen zu erwarten gilt. Der Staat könne sich nicht auf Einzelfälle stützen, um Minderjährigen insgesamt strengere Anforderungen an die strafrechtliche Verantwortung aufzuerlegen.¹⁸ Obwohl die gesetzliche Änderung auf der Grundlage der emotionalen öffentlichen Meinung zwar in gewissem Maße die in der Gesellschaft entstandenen Ressentiments gemildert habe, habe sie gravierende Mängel im Strafrechtssystem hinterlassen. Derartige Herabsetzungen der Strafmündigkeit führten nämlich nicht nur dazu, dass jüngere Kinder mit einem „kriminellen Etikett“ versehen werden, was die künftige Resozialisierung erschwert, sondern führten auch zu einer Absenkung des Beurteilungsmaßstabs für die Strafmündigkeit des Täters, was sich wiederum auf die bestehende Jugendkriminalpolitik auswirkt.¹⁹ Daher ist im Rahmen einer rationalen Strafgesetzgebung dem Gedanken zu widerstehen, ohne hinreichende

¹² Vgl. *Beinder*, JR 2019, 554 (555).

¹³ Vgl. *Zhang*, Kriminologische Forschung über Jugendkriminalität in China, 2012, S. 46.

¹⁴ Vgl. *Chen/Xiong*, Journal of Chinese Youth Social Science 5/2017, 93 (96).

¹⁵ Vgl. *Hörnle*, Straftheorien, 2017, S. 34 f.

¹⁶ Vgl. *Liu*, *Controversies*, Peking University Law Review, 2/2021, 191.

¹⁷ Vgl. *Ullrich*, DRiZ 2020, 54.

¹⁸ Vgl. *Streng*, in: GS für Walter, 2014, S. 423 (425).

¹⁹ Vgl. *Liu*, Law Science Magazine 7/2020, 121 (122).

wissenschaftliche Legitimation der emotionalen öffentlichen Meinung zu folgen.

b) Beschränkung der biologischen Eigenschaft von Minderjährigen auf geistige Entwicklung

Gegen die Herabsetzung der Strafmündigkeitsgrenze spricht auch, dass Minderjährige noch eine kontinuierliche Gehirnentwicklung durchlaufen. Aufgrund der heutigen Informationsentwicklung werden Minderjährige schon früh mit umfassenderen Informationen aus der Gesellschaft konfrontiert und haben bereits früh, oftmals noch vor dem Abschluss des 14. Lebensjahres, ein erstes Bewusstsein von Rechtswidrigkeit. Sie haben zwar ein solches Bewusstsein, sind aber nicht in der Lage, das Wesen des Tatenrechts zu verstehen. Nur durch ihre fortlaufende Interaktion mit der Gesellschaft können Minderjährige die sozialen Bedeutungen der Verhaltensart, des Handlungsinhalts und des Erfolgs erfassen. Diese Handlungswahrnehmung durch jüngere Minderjährige steht im Einklang mit den Erkenntnissen der biologischen Hirnforschung, wonach sich die für Handlungsentscheidungen zuständigen Gehirnregionen langsamer als die für Handlungswahrnehmungen zuständigen Regionen entwickeln. Es gibt sogar Forschungsergebnisse, die davon ausgehen, dass die volle Entwicklung beider Gehirnregionen bis zum Alter von 25 Jahren anhält.²⁰ Es zeigt sich, dass die biologischen Eigenschaften des Gehirns von Minderjährigen noch stark in der Entwicklung begriffen sind. Die Zuschreibung der strafrechtlichen Verantwortung beruht jedoch auch darauf, dass die Bewusstseins- und Steuerungsfähigkeit des Täters vorliegt. Insoweit ist es schwierig, einen Zeitpunkt, an dem von einer abgeschlossenen geistigen Entwicklung des Minderjährigen – und damit dem Vorliegen der Bewusstseins- und Steuerungsfähigkeit – nicht ausgegangen werden kann, als Beginn der strafrechtlichen Verantwortlichkeit festzusetzen.

c) Sozialisationsdefizite von Minderjährigen

Die Grundschulausbildung von Minderjährigen ist eine wichtige Sozialisierungsphase. Diese Ausbildung ist geprägt von einer verfassungsrechtlichen Verantwortung des Staates und der Gesellschaft gegenüber den Minderjährigen. § 46 Abs. 2 der Verfassung Chinas legt fest, dass der Staat für die allseitige Entwicklung von Kindern und Jugendlichen Sorge zu tragen hat. Ein Minderjähriger ist während der schulischen Ausbildung noch im Prozess, die sozialen Normen zu lernen und zu verinnerlichen; der Sozialisierungsprozess gilt als (noch) nicht abgeschlossen. Dies ist aber eindeutig eine Umgehung der Verantwortung und der Pflichten des Staates und der Gesellschaft.²¹ In der heutigen Informationsgesellschaft leben Kinder im Alter von 12 Jahren nicht mehr allein in der Gemeinschaft der Familie und der Schule. Jüngere Minderjährige nutzen Mobiltelefone, um schon im Voraus am sozialen Leben der „Erwachsenenwelt“ teilzunehmen. Diese frühe Teilnahme am sozialen Leben bedeutet jedoch nicht, dass Minderjährige bereits eine vergleichbare Handlungsfähigkeit zugeschrieben werden sollte. Minderjährige sind

zwar vielen Informationen ausgesetzt, haben aber nicht die entsprechende Fähigkeit zur Verarbeitung. Deswegen kann der Gesetzgeber die frühe Teilnahme von Minderjährigen an dieser Gesellschaft nicht als Beweis für Sozialisation und Reifebeurteilung werten. Der Gesetzgeber sollte über die Irrationalität dieser weit verbreiteten, aber nicht abgestuften Informationen auf Online-Plattformen nachdenken. Die soziale Kompetenz der Minderjährigen kann nicht damit begründet werden, dass diese bereits erheblich am sozialen Leben, insbesondere im digitalen Raum, teilnehmen.

IV. Überlegungen zur Kriminalpolitik im Bereich der Jugendstraftaten

Die oben erwähnte Debatte um die Herabsetzung der Strafmündigkeit ist im Wesentlichen ein Ausdruck des Konflikts zwischen verschiedenen Straftheorien. Dies hat sich unterschiedlich auf die Kriminalpolitik bei Jugendstraftaten ausgewirkt. *Jerouschek* argumentiert, dass die Strafanwendung auf Minderjährige die eindeutig gerechteste Reaktion für die Opfer ist.²² Es stellt sich jedoch die Frage, ob von Minderjährigen begangene Straftaten gleich wie diejenigen von Erwachsenen behandelt werden können oder sollten. Die meisten chinesischen Wissenschaftler sind der Meinung, dass die erzieherische Funktion der Strafe im Jugendstrafrecht eine vorrangige Rolle spielen soll, und dass die vergeltende Funktion kein Ziel in der Kriminalpolitik sei.²³ Die Diskussion zwischen diesen beiden Straftheorien verdeutlicht die schwankende Position der heutigen Jugendstrafrechtspolitik in China. Dies beruht darauf, dass der Erziehungs- und der Vergeltungszweck als Gegensätze begriffen werden. Um eine stabile und einheitliche kriminalpolitische Position zu finden, wird in dieser Arbeit das Verhältnis zwischen der vergeltenden und der erzieherischen Funktion im Jugendstrafrecht neu geordnet und damit der Erziehungsgedanke neu reflektiert.

1. Der Erziehungs- und der Vergeltungszweck im Jugendstrafrecht

Die Erziehungsfunktion der Strafe im Jugendstrafrecht ist gerechtfertigt. Aufgrund ihrer körperlichen und geistigen Entwicklung sind Minderjährige in einem jüngeren Alter in höherem Maße von der objektiven Außenwelt beeinflusst und es kann nur bedingt behauptet werden, dass Minderjährige bereits frei einen Willen zur Begehung von Straftaten bilden können. Wie bereits erwähnt (s. oben III. 2.), befinden sich Minderjährige in einem doppelten Stadium der Entwicklung: Einerseits ist der Prozess der Gehirnentwicklung noch im Gange, andererseits steht der Abschluss der bürgerlichen Sozialisation noch aus. Aufgrund dessen haben Minderjährige grundsätzlich noch keine klare Vorstellung von der Beziehung zwischen Verhalten und (gesellschaftlichen) Normen. Indem minderjährige Straftäter durch das Strafrecht erzogen und angeleitet werden, kann dies dazu beitragen, dass sie den Zusammenhang zwischen Verhalten und Normen besser ver-

²⁰ Vgl. *Steffen*, DRiZ 2020, 55 ff.

²¹ Vgl. *Hinz*, ZRP, 2000, 107 (110).

²² Vgl. *Jerouschek*, JZ 2000, 185 ff.

²³ Vgl. *Wang*, *Modern Law Science* 4/2020, 74 ff.

stehen. Diese Erziehungsfunktion kann somit ihre Rückkehr in die Gesellschaft erleichtern und die Rückfallquote im Vergleich zu erwachsenen Straftätern verringern.

Daneben darf aber auch die Vergeltungsfunktion der Strafe im Jugendstrafrecht nicht außer Acht gelassen werden. Die sozialen Normen werden als Kommunikationsmodus zwischen den Gesellschaftsmitgliedern aufrechterhalten.²⁴ Wenn der Täter eine Straftat begeht, negiert er im Wesentlichen die Gültigkeit der sozialen Normen. Die Verhängung von Strafe durch den Staat gegen den Täter ist eine negative Bewertung seines Verhaltens. Dadurch wird wiederum die Gültigkeit der Normen bestätigt. In der Entwicklung der Strafrechtsgeschichte besitzt der Staat das Monopol hinsichtlich der Verhängung von Strafe; es entwickelte sich das sog. „Abzahlungsprinzip“, welches die Strafe mit der Schuld verbindet.²⁵ Die Strafen werden aus dem Zorn des Opfers abgeleitet, aber dieser Zorn wird durch die Idee des Abzahlungsprinzips gebunden und modifiziert, d. h., dass jeder Schaden ein Äquivalent findet und in Form von Schmerzen, die demjenigen zugefügt werden, der den Schaden verursacht hat, vergolten werden kann. Der Täter büßt für seine Tat, indem er die Vollstreckung der Strafe akzeptiert. In diesem Prozess spiegelt sich auch *Nietzsches* Ansicht wider, dass das Wesen der Strafe darin bestehe, Schmerz zuzufügen und die Erinnerung zu verstärken.²⁶ Bei Straftaten Jugendlicher verhängt der Staat die Strafen nicht nur, um das schmerzliche Gedächtnis an die von dem Minderjährigen begangene Straftat zu verstärken, sondern auch, um die Traurigkeit des Opfers und der Gesellschaft insgesamt zu lindern. Für letztere Ansicht ist der Vergeltungszweck im Jugendstrafrecht die schlichte Erfüllung von Gerechtigkeit.

2. Die Einschränkung des Erziehungsgedankens

Der Erziehungs- und der Vergeltungszweck ergeben sich aus der Eigenschaft der Strafe selbst, und beide Zwecke sind theoretisch anzuerkennen. Die verschiedenen Strafzwecke stehen nicht im Widerspruch zueinander. Im Bereich der Jugendkriminalität kann man aufgrund der Besonderheit der Minderjährigkeit weder den Vergeltungszweck vollständig verfolgen und die Möglichkeit der Resozialisierung außer Acht lassen, noch kann man den Erziehungszweck vollständig erfüllen und die schmerzhaften Eigenschaften ignorieren. Im Jugendstrafrecht ist es nicht möglich, bestimmte Funktionen einseitig zu betonen. Deswegen soll der jugendstrafpolitische Standpunkt sich nicht zwischen den beiden Theorien einseitig entscheiden. Das chinesische Medienbeobachtungssystem (EDU-AOS) sammelte innerhalb einer Woche mehr als 15.000 Tweets zum Thema Mobbing an Schulen im Internet, von denen mehr als 8.500 negativ waren.²⁷ Aus diesem Grund nimmt die Sorge der Öffentlichkeit um die Sicherheit an Schulen zu und die Toleranz gegenüber Jugendkriminalität in der heutigen Gesellschaft ab. Wenn

bei der vorhandenen Unzufriedenheit der Öffentlichkeit mit der Jugendkriminalität dennoch bei der Bestrafung von Minderjährigen ausschließlich der Erziehungsgedanke verfolgt wird und jugendliche Straftäter dadurch aufgrund einer normativ festgesetzten vermeintlichen Schuldunfähigkeit entschuldigt sind, führt dies unweigerlich zu einer noch stärkeren negativen Stimmung in der Öffentlichkeit. Diese Stimmung ist ein Zeichen für die Enttäuschung über den Erziehungszweck im Jugendstrafrecht.²⁸ Der Hauptgrund dafür liegt darin, dass der Staat bei der Verhängung von Strafe gegen Minderjährige den vergeltenden Strafcharakter aufhebt und die präventive Wirkung des Erziehungsgedankens überbewertet. Vor diesem Hintergrund müssen wir die erzieherische Funktion der Strafe und insbesondere deren Leistungsfähigkeit im Jugendstrafrecht überdenken.

Erstens ist die Erziehung selbst kein Zweck der Jugendstrafrechtspolitik, sondern ein Mittel zur Zweckverwirklichung. Das Ziel ist es, minderjährigen Straftätern bei der Rückkehr in die Gesellschaft zu helfen und die Öffentlichkeit davor zu bewahren, in Zukunft zum Opfer zu werden. Aufgrund der Unreife von Minderjährigen und ihrer hohen Formbarkeit kann die Erziehung als Mittel eingesetzt werden, um das Ziel in der Jugendstrafrechtspolitik zu erreichen. Wenn die Erziehung aber selbst als Zweck eingesetzt wird, ist die Gefahr groß, dass die Strafe entfremdet und zu einer Waffe gegen die bürgerlichen Freiheiten wird.²⁹ Wenn der Staat es sich also zur Aufgabe gemacht hat, einen Zustand der Freiheit zu gewährleisten, in dem alle Bürger in Sicherheit leben können, kann der Erziehungsgedanke nur als Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe eingesetzt werden.

Zweitens kann die Erziehung nicht als die Rechtfertigung für die Verhängung von Strafe herangezogen werden. Keine strafrechtliche Sanktion kann von der schmerzhaften Eigenschaft der Strafe selbst losgelöst werden. Die Bedeutung der Strafe liegt in der Aufrechterhaltung des öffentlichen Vertrauens in die Gültigkeit der Rechtsnormen, was durch den äußeren Schutz der Zwangsgewalt des Staates bestätigt werden muss.³⁰ Der Staat hat ein System der strafrechtlichen Sühne geschaffen, das auf dem „Abzahlungsprinzip“ beruht.³¹ Wenn die Erziehung als Rechtfertigung für eine Änderung der Verhängung von Strafe herangezogen wird, wird die Legitimationsgrundlage eines solchen Systems aufgelöst und damit auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Rechtsnormen zerstört. Dies ist auch die Ursache für die Unzufriedenheit der Öffentlichkeit mit der derzeitigen Bekämpfung der Jugendkriminalität. Daher ist die Strafverhängung gegen jugendliche Straftäter auch ein notwendiges Mittel zur Aufrechterhaltung der Gültigkeit von Rechtsnormen, und die Erziehung kann nicht als Rechtfertigung für eine Änderung der Strafmaßnahmen oder gar eine Strafminderung oder -befreiung dienen.

²⁴ Vgl. Hörnle, *Straftheorien*, S. 23.

²⁵ Vgl. Merle, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, 2007, S. 138 f.

²⁶ Vgl. Bung, *ZStW* 119 (2007), 120 (123).

²⁷ Vgl. Jia, *Modern Law Science*, 4/2020, 74 ff.

²⁸ Vgl. Zhao, *Chinese Criminal Science* 3/2010, 10 ff.

²⁹ Vgl. Heinz, *ZStW* 114 (2002), 519 (576 f.).

³⁰ Vgl. Chen, *Tsinghua University Law Journal* 5/2014, 156 ff.

³¹ Vgl. Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral*, 1887 (Reprint 2017), S. 55.

V. Schluss

Der Einfluss der Straftheorien auf die Kriminalpolitik wird bei der Herabsetzung der Strafmündigkeit durch den chinesischen Gesetzgeber offensichtlich. Die Strafmündigkeit ist in der heutigen Strafrechtsdogmatik jedoch in die Frage der Schuldfähigkeit des Täters eingebettet. Aber die Altersgrenze kann – im Gegensatz zur Schuldfähigkeit – nicht in einer gerechten Weise konstruiert werden. Mit anderen Worten: wenn wir eine extreme Position einnehmen, können wir die Altersgrenze ablehnen und die Schuldfähigkeit im Einzelfall materiell beurteilen. Dabei ist es richtig, dass Schuldfähigkeit und Kriminalpolitik (unter Berücksichtigung des Zwecks der Strafe) zwei verschiedene Dinge sind. Aber wenn wir die Strafmündigkeit im Strafgesetzbuch beibehalten würden, müssten wir auf die Kriminalpolitik zurückgreifen, um die hypothetische Schuldfähigkeit zu regeln.

Dabei spielte der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht in der Vergangenheit immer die entscheidende Rolle. Aber dies führte zu einer Krise des öffentlichen Vertrauens in die strafrechtlichen Normen. In diesem Beitrag wurde versucht, das Verhältnis zwischen der erzieherischen und der vergeltenden Funktion der Strafe im Jugendstrafrecht neu zu positionieren. Die beiden Aspekte sollten sich nicht gegenseitig ausschließen. Im Gegenteil, wir sollten die Strafe als Erziehungsmittel nutzen, um jugendlichen Straftätern bei der Rückkehr in die Gesellschaft zu helfen, und die Vergeltung als Mittel, um das Gedächtnis der jugendlichen Straftäter zu stärken und auf soziale Unzufriedenheit zu reagieren. Die individuelle Gerechtigkeit kann mit der sozialen Gerechtigkeit nur unter dem Gesichtspunkt in Einklang gebracht werden, dass sie der individuellen Entwicklung des minderjährigen Straftäters zugutekommt und die Gültigkeit der sozialen Normen insgesamt erhält.

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

BVerfG erklärt BKAG teilweise für verfassungswidrig

BVerfG, Urt. v. 1.10.2024 – 1 BvR 1160/19

Amtliche Leitsätze:

1. Voraussetzung einer heimlichen Überwachung von Kontaktpersonen mit eingriffsintensiven Maßnahmen zum Zweck der Datenerhebung ist jedenfalls, dass eine Überwachung der polizeirechtlich verantwortlichen Person mit entsprechenden Mitteln zulässig wäre.

2. Im Rahmen einer zweckwahrenden Verarbeitung zuvor erhobener personenbezogener Daten sind diese grundsätzlich zu löschen, nachdem der unmittelbare Anlassfall abgeschlossen und damit der der Erhebungsmaßnahme zugrundeliegende konkrete Zweck erfüllt ist. Ein Absehen von einer Löschung über den unmittelbaren Anlassfall hinaus kommt in Betracht, soweit sich aus den Daten – sei es aus ihnen selbst, sei es in Verbindung mit weiteren Kenntnissen der Behörde – zwischenzeitlich ein konkreter Ermittlungsansatz ergeben hat und damit die Voraussetzungen einer zweckändernden Nutzung vorliegen.

3. Eine vorsorgende Speicherung personenbezogener Grunddaten zur Identifizierung und zu einem bestimmten strafrechtlich relevanten Verhalten von Beschuldigten durch das Bundeskriminalamt auf einer föderalen polizeilichen Datenplattform erfordert jedenfalls die Festlegung angemessener Speicherschwel­len sowie die Bestimmung einer angemessenen Speicherdauer:

a. Die vorsorgende Speicherung muss auf einer Speicherschwelle beruhen, die den Zusammenhang zwischen den vorsorgend gespeicherten personenbezogenen Daten und der Erfüllung des Speicherzwecks in verhältnismäßiger Weise absichert und den spezifischen Gefahren der vorsorgenden Speicherung angemessen begegnet. Dies ist bei der Speicherung von Daten für die Verhütung und Verfolgung von Straftaten nur gegeben, wenn eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Betroffenen eine strafrechtlich relevante Verbindung zu möglichen Straftaten aufweisen werden und gerade die gespeicherten Daten zu deren Verhütung und Verfolgung angemessen beitragen können. Diese Prognose muss sich auf zureichende tatsächliche Anhaltspunkte stützen.

b. Es bedarf der gesetzlichen Regelung einer angemessenen Speicherdauer. Diese wird insbesondere geprägt durch das Eingriffsgewicht, die Belastbarkeit der Prognose in der Zeit sowie durch andere sich aus dem

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebende Gesichtspunkte. Die Prognose verliert ohne Hinzutreten neuer relevanter Umstände grundsätzlich an Überzeugungskraft über die Zeit.

Gründe:

A.

¹ Die Beschwerdeführenden wenden sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde gegen Regelungen des Gesetzes über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz, im Folgenden: BKAG) in der Fassung des Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes vom 1.6.2017 (BGBl I, S. 1354), die zum 25.5.2018 in Kraft getreten sind (BGBl I, S. 1354). Angegriffen ist zum einen die Ermächtigung des Bundeskriminalamts zum Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus, soweit diese eine Überwachung von Kontaktpersonen erlaubt (§ 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 i.V.m. § 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG). Zum anderen rügen die Beschwerdeführenden Regelungen zur Weiterverarbeitung bereits erhobener personenbezogener Daten im Informationssystem des Bundeskriminalamts und im polizeilichen Informationsverbund (§ 16 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG; § 18 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4, Abs. 2 Nr. 1 und 3 und Abs. 5 i.V.m. § 13 Abs. 3, § 29 BKAG) sowie zu polizeilichen Hinweisen (§ 16 Abs. 6 Nr. 2 auch i.V.m. § 29 Abs. 4 Satz 2 BKAG).

I.

² Mit dem Gesetz zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes vom 1.6.2017 beabsichtigte der Bundesgesetzgeber insbesondere die Umsetzung der Vorgaben des Urteils des *BVerfG* vom 20.4.2016 (BVerfGE 141, 220) und die der Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (ABl EU, L 119 vom 4.5.2016, S. 89-131; JI-Richtlinie; im Folgenden: JI-RL; vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 1). Im Zuge dieser Reform sollte unter anderem die IT-Architektur des Bundeskriminalamts neu strukturiert werden, um so die Effizienz und Effektivität der kriminalpolizeilichen Arbeit zu

verbessern. In Reaktion auf die Erfahrungen aus der Aufklärung der NSU-Mordserie im November 2011 wurde gefordert, dass die informationstechnischen Grundlagen für die notwendige Vernetzung aller an einer Ermittlung beteiligten Dienststellen jederzeit sofort verfügbar sein müssten. Es dürfe nicht nochmals vorkommen, dass Zeit und Kraft dafür verloren gingen, unterschiedliche Systeme während einer laufenden Ermittlung zu verknüpfen. Zugleich sollte den Datenschutzanforderungen Rechnung getragen werden (vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 76).

- ³ Die neuen Regelungen im Bundeskriminalamtgesetz zur Einrichtung einer föderalen Datenplattform („polizeilicher Informationsverbund“) stehen im Zusammenhang mit der für notwendig erachteten digitalen Transformation der Polizei. So verständigten sich im November 2016 die Innenminister des Bundes und der Länder auf die „Saarbrücker Agenda zur Informationsarchitektur der Polizei als Teil der Inneren Sicherheit“. Zur Umsetzung dieser Agenda stellte der Bund das Programm Polizei 2020 auf (vgl. Bundesministerium des Innern, Polizei 2020 - White Paper, 2018). Auf seiner Grundlage trafen Bund und Länder im Dezember 2019 die „Verwaltungsvereinbarung über die Errichtung eines Polizei-IT-Fonds und über die Grundlagen der Zusammenarbeit bei der Modernisierung des polizeilichen Informationswesens von Bund und Ländern – Vereinbarung zur Ausführung von Art. 91c Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 und S. 4 GG“. Alleinige Regelungsgegenstände sind die Einrichtung eines Polizei-IT-Fonds zur Finanzierung und die Entscheidungsstrukturen bei der Zusammenarbeit bei der Modernisierung des polizeilichen Informationswesens.
- ⁴ In der föderalen Informationsordnung der Polizei gab es auch schon zuvor eine IT-Verbundarchitektur. Vorgänger des neuen „polizeilichen Informationsverbunds“ ist das bestehende Informationssystem Polizei (INPOL), das solange weiterbetrieben und gepflegt werden soll, bis die phasenweise Übernahme durch die neuen Komponenten sichergestellt ist (vgl. Bundesministerium des Innern, Polizei 2020 - White Paper, 2018, S. 16). INPOL ist ein Verbundsystem, das von den Polizeien der Länder und des Bundes gemeinsam genutzt wird. Es enthält die Datenbanken für die polizeiliche Fahndung sowie allgemeine Auskunftszwecke (INPOL-Z). Zudem werden auch verbundrelevante Daten aus den Fallbearbeitungssystemen zur Analyse komplexer Sachverhalte gespeichert (INPOL-Fall). Dabei werden die Daten in verschiedenen Dateien gespeichert (vgl. § 9 der Verordnung über die Art der Daten, die nach den §§ 8 und 9 des Bundeskriminalamtgesetzes gespeichert werden dürfen [BKA-Daten-Verordnung – BKADV v. 4.6.2010, BGBl I, S. 716], die zuletzt durch Art. 6 Abs. 12 des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017 [BGBl I, S. 872] geändert worden ist), so unter anderem in Delikts- und phänomenbezogene Dateien, in Kriminalaktennachweisen, in Gewalttäterdateien und erkennungsdienstlichen Dateien sowie in der DANN Analyse-Datei und der Haftdatei. Das alte System der Dateien hat allerdings zur Folge, dass eine Person je nach Ermittlungskontext in mehreren Datenbanken gespeichert sein kann. Mangels

übergreifender Verknüpfung zwischen den unterschiedlichen Datenbanken können eine Verbindung zwischen den Daten oder Abweichungen (etwa Eingabefehler) nicht systemunterstützt festgestellt werden (vgl. Bundesministerium des Innern, Polizei 2020 - White Paper, 2018, S. 5). Deswegen ist mit der Gesetzesreform die Vorgabe zur Gliederung des Datenbestands des Bundeskriminalamts in Dateien aufgegeben worden (vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 2 u. 75 f.). An deren Stelle soll als Ausdruck des kooperativen Föderalismus ein polizeilicher Informationsverbund zwischen den Polizeibehörden von Bund und Ländern treten, dem technisch ein einheitliches Verbundsystem des Bundeskriminalamts und ein System differenzierter Kennzeichnungen der Daten zugrunde liegt. Innerhalb dieses Verbundsystems stellen die daran teilnehmenden Behörden einander Daten zur Verfügung.

- ⁵ Das Bundeskriminalamt unterhält zudem für seine eigenen Informationsbestände ein Informationssystem, mit dem es zugleich – soweit vorgesehen – an dem polizeilichen Informationsverbund teilnimmt. Dementsprechend hat der Gesetzgeber die zuvor verstreut geregelten Datenverarbeitungsbefugnisse neu geordnet und zentral normiert. Dabei hat er sich für einen einheitlichen Begriff der Weiterverarbeitung entschieden, an den die Ermächtigungen anknüpfen (vgl. unten Rn. 120).

[...]

III.

- ²⁶ Die Beschwerdeführenden haben ihre Verfassungsbeschwerde am 22.5.2019 erhoben und mit Schriftsatz vom 29.9.2022 ergänzt. Soweit die Beschwerdeführerinnen zu 1) und 2) zunächst die Befugnisse des Bundeskriminalamts zu Online-Durchsuchungen (§ 49 BKAG) und Quellen-Telekommunikationsüberwachungen (§ 51 Abs. 2 BKAG) beanstanden hatten, haben sie mit Schriftsatz vom 27.4.2022 diesen Teil der Verfassungsbeschwerde zurückgenommen.
- ²⁷ Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung ihres Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Dabei wenden sich die Beschwerdeführerinnen zu 1) und 2) gegen die Befugnis des Bundeskriminalamts zur Datenerhebung zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus (§ 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG), soweit diese eine Überwachung von Kontaktpersonen (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG) erlaubt. Zudem beanstanden sie die Befugnis des Bundeskriminalamts zur Weiterverarbeitung personenbezogener Daten in seinem eigenen Informationssystem, die durch derartige Überwachungsmaßnahmen erlangt wurden (§ 16 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG). Die Beschwerdeführenden zu 3) bis 5) wenden sich gegen die Weiterverarbeitungsbefugnis in § 18 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4, Abs. 2 Nr. 1 und 3 und Abs. 5 auch in Verbindung mit § 29 Abs. 4 S. 2 BKAG. Alle Beschwerdeführenden greifen die Ermächtigung zur Hinzuspeicherung ermittlungsunterstützender Hinweise im Informationssystem beziehungsweise Informationsverbund an (§ 16 Abs. 6 Nr. 2 auch i.V.m. § 29 Abs. 4 S. 2 BKAG).

[...]

C.

⁸⁰ Die Verfassungsbeschwerde ist, soweit sie zulässig ist, teilweise begründet. Die angegriffenen Regelungen greifen in das Grundrecht der Beschwerdeführenden auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ein (I). Sie sind zwar im zu prüfenden Umfang formell verfassungsgemäß (II), genügen aber den Vorgaben der Verhältnismäßigkeit (III) nicht durchgehend. So ist § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG in seiner konkreten Ausgestaltung nicht mit der Verfassung vereinbar (IV). Demgegenüber greifen die gegen § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken bei zutreffender Auslegung nicht durch (V). § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG hingegen wahrt die verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht (VI).

I.

⁸¹ Die angegriffenen Befugnisse greifen in das als verletzt gerügte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ein. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht als eigenständige Ausprägung auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. BVerfGE 65, 1 [42] – Volkszählung; 78, 77 [84]; 118, 168 [184]; 152, 152 [188 Rn. 83] – Recht auf Vergessen I). Danach setzt die freie Entfaltung der Persönlichkeit unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Das Grundrecht gewährleistet damit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1 [42 f.]; 120, 274 [312]; zum unionalen Datenschutzgrundrecht als Ausprägung der Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 7 GRCh und des Schutzes personenbezogener Daten aus Art. 8 GRCh vgl. *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014, *Digital Rights Ireland and Seitlinger u.a.*, C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 35, 47 und 54 f.; Urt. v. 9.11.2010, *Volker und Markus Schecke und Eifert*, C-92/09 und C-93/09, EU:C:2010:662, Rn. 47 sowie BVerfGE 152, 216 [254 ff. Rn. 99 ff.] – Recht auf Vergessen II m.w.N.). Es geht damit über den Schutz der Privatsphäre hinaus. Es flankiert und erweitert den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit, indem es ihn schon auf der Stufe der Persönlichkeitsgefährdung beginnen lässt (vgl. BVerfGE 120, 274 [312]).

⁸² Dies zugrunde legend stellt zunächst die Befugnis des Bundeskriminalamts zur heimlichen Erhebung von Daten nach § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG einen Grundrechtseingriff dar (vgl. auch BVerfGE 141, 220 [286 f. Rn. 147 ff.]; zum Eingriffsgewicht sogleich unter Rn. 99). Aber auch die Befugnisse zur Weiterverarbeitung zuvor erhobener personenbezogener Daten – § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG und § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2

Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG – begründen jeweils eigenständige Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, deren Eingriffsintensität variieren kann (vgl. insbesondere BVerfGE 141, 220 [324 ff. Rn. 276 ff.]; 165, 363 [393 Rn. 61]).

II.

⁸³ Soweit die angegriffenen Befugnisnormen zulässig gerügt sind, sind sie in formeller Hinsicht mit der Verfassung vereinbar. Insbesondere steht dem Bund insoweit die Gesetzgebungskompetenz zu.

⁸⁴ 1. § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 in Verbindung mit § 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG sowie § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG im Rahmen der Aufgabenerfüllung nach § 5 BKAG sind in kompetenzrechtlicher Hinsicht verfassungsgemäß. Für den Bund besteht die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG zur Regelung der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um Übernahme ersucht. Der Begriff der Gefahrenabwehr schließt kompetenzrechtlich die Verhütung von Straftaten ein (vgl. zur Terrorismusabwehr nach dem Bundeskriminalamtgesetz i.d.F. vom 25.12.2008 bereits BVerfGE 141, 220 [263 Rn. 88]). Der hier maßgebliche § 5 Abs. 1 S. 1 BKAG beschränkt diese Befugnisse des Bundeskriminalamts ausdrücklich entsprechend den Vorgaben des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG.

⁸⁵ 2. Der Bund verfügt ferner über die Gesetzgebungskompetenz für die Regelungen der § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG hinsichtlich des polizeilichen Informationsverbundes und dem damit ermöglichten überbehördlichen Austausch personenbezogener Daten über bestimmte Personen.

⁸⁶ a) Soweit die angegriffenen Vorschriften den Austausch von Informationen zwischen dem Bundeskriminalamt, den Landeskriminalämtern, sonstigen Polizeibehörden der Länder und der Steuerfahndung der Landesfinanzbehörden regeln, besteht für den Bund die Gesetzgebungskompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe a GG zur Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in der Kriminalpolizei (vgl. BVerfGE 133, 277 [317 Rn. 97]). Diese Zusammenarbeit umfasst insbesondere die laufende gegenseitige Unterrichtung und Auskunftserteilung und erlaubt funktionelle und organisatorische Verbindungen, gemeinschaftliche Einrichtungen und gemeinsame Informationssysteme (vgl. BVerfGE 133, 277 [317 f. Rn. 97]; 156, 11 [41 Rn. 76]; 163, 43 [79 Rn. 99]). Die Gesetzgebungskompetenz erstreckt sich dabei nicht nur auf die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder, sondern ebenfalls auf die der Länder untereinander (BVerfGE 163, 43 [80 Rn. 101]). Der Begriff „Kriminalpolizei“ schließt nicht aus, dass der Bund eine Zusammenarbeit auch zur Verhinderung von Straftaten regeln kann, sondern dient lediglich der Beschränkung auf Regelungen, die sich auf bedeutsame Straftaten von Gewicht beziehen (vgl.

BVerfGE 133, 277 [318 Rn. 98]; 156, 11 [41 f. Rn. 77]; 163, 43 [81 Rn. 104]). Dabei muss es sich um Straftatbestände handeln, bei denen es der durch Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG erlaubten Zusammenarbeit bedarf oder eine solche naheliegt. Ausgeschlossen sind von vornherein die allgemeine Gefahrenabwehr oder die Bekämpfung von Kleinkriminalität, erst recht die Bekämpfung von Ordnungswidrigkeiten (BVerfGE 156, 11 [41 f. Rn. 77 f.]; 163, 43 [81 Rn. 104]).

⁸⁷ Hiernach können § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG kompetenzrechtlich auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG gestützt werden. Die angegriffenen Befugnisnormen ermächtigen das Bundeskriminalamt, dessen Aufgaben auf „kriminalpolizeiliche Angelegenheiten“ beschränkt sind (vgl. § 1 Abs. 1 BKAG), in seiner Funktion als Zentralstelle nach § 2 Absätze 1 bis 3 BKAG personenbezogene Daten weiterzuverarbeiten und insbesondere für den Zugriff der anderen am polizeilichen Informationsverbund teilnehmenden Behörden vorsorgend zu speichern. Der entsprechend dem Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe a GG verwendete Begriff „Kriminalpolizei“ dient der Beschränkung auf Regelungen, die sich auf bedeutsame Straftaten von Gewicht beziehen (vgl. BVerfGE 163, 43 [81 Rn. 104] m.w.N.). Dies gilt auch für die Zentralstellenaufgaben des Bundeskriminalamts, die gemäß § 2 Abs. 1 BKAG auf koordinierende und unterstützende Aufgaben bei der Verhütung und Verfolgung von Straftaten mit länderübergreifender, internationaler oder erheblicher Bedeutung beschränkt sind (vgl. zu § 10 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BKAG a.F. BVerfGE 155, 119 [225 Rn. 241]). Straftaten, die aufgrund ihres grenzüberschreitenden Charakters die Belange eines anderen Bundeslandes oder eines anderen Staates (vgl. BT-Drs. 13/1550, S. 21) betreffen, als auch solche, die den Rechtsfrieden empfindlich stören und die geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (vgl. BVerfGE 109, 279 [344]; 124, 43 [64]), begründen ein Bedürfnis nach Zusammenarbeit von Bund und Ländern in der Kriminalpolizei.

⁸⁸ b) Soweit als weitere Behörden die Bundespolizei, Zollbehörden und die Polizei beim Deutschen Bundestag in den Informationsverbund miteinbezogen werden, ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG sowie aus der Natur der Sache. Die Beteiligung der Bundespolizei und der Zollbehörden am Informationsverbund kann der Bund auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG stützen, der ihm die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für den Zoll- und Grenzschutz einräumt. Die angegriffenen Vorschriften weisen diesen keine neuen, durch Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG nicht mehr gedeckten, auf die Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten gerichteten Datenerhebungsbefugnisse zu, sondern knüpfen an die für die eigene Aufgabenerfüllung erhobenen Daten an und regeln lediglich die wechselseitige Zurverfügungstellung der Daten zwischen den teilnehmenden Behörden „zur jeweiligen Aufgabenerfüllung“ (§ 29 Abs. 3 S. 2 BKAG; vgl. zum Datenaustausch nach dem Antiterrordateigesetz BVerfGE 133, 277 [319 f.

Rn. 101, 102]; 156, 11 [43 Rn. 81 f.]). Hinsichtlich der Einbeziehung der Polizei beim Deutschen Bundestag folgt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus der Natur der Sache (vgl. allgemein zu dieser ungeschriebenen Gesetzgebungskompetenz BVerfGE 12, 205 [251]; 22, 180 [216 f.]; 26, 246 [257]; vgl. zum Schutz von Verfassungsorganen auch BVerfGE 155, 119 [173 Rn. 112]).

⁸⁹ c) Art. 91c Abs. 2 GG, der vorsieht, dass Bund und Länder die für die Kommunikation zwischen ihren informationstechnischen Systemen notwendigen Standards und Sicherheitsanforderungen auf Grund von Vereinbarungen festlegen können, enthält insoweit keine spezielle Regelung, die der Annahme einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die angegriffenen Vorschriften entgegensteht. Art. 91c GG trifft lediglich für die Kommunikation zwischen IT-Systemen von Bund und Ländern eine spezielle Regelung, um einen effizienten, schnellen und sicheren Austausch von Daten ohne System- und Medienbrüche zu gewährleisten (vgl. *Wischmeyer*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. [2024], Art. 91c Rn. 21; s.a. *Ruge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. [2022], Art. 91c Rn. 21, 27).

III.

⁹⁰ 1. a. Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung bedürfen einer gesetzlichen Ermächtigung, die einen legitimen Gemeinwohlzweck verfolgt und für die Zweckerreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist (vgl. BVerfGE 65, 1 [44]; 100, 313 [359 f.]; 155, 119 [176 f. Rn. 123]; st. Rspr.). Dabei ergeben sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne spezielle Anforderungen. Wie streng diese im Einzelnen sind, bestimmt sich nach dem Eingriffsgewicht der jeweiligen Befugnis zur Erhebung von oder dem weiteren Umgang mit personenbezogenen Daten (vgl. BVerfGE 141, 220 [269 Rn. 105]; 165, 363 [389 f. Rn. 54]; st. Rspr.). Zur Konkretisierung der Rechtfertigungsanforderungen sind deshalb die grundsätzlich verschiedenen, aber aufeinander bezogenen Grundrechtseingriffe zu unterscheiden. Vorliegend ist insbesondere zwischen der gesondert geregelten Datenerhebung sowie der unter dem Oberbegriff der Weiterverarbeitung einheitlich normierten Speicherung personenbezogener Daten und deren weiterer Nutzung zu differenzieren (vgl. BVerfGE 65, 1 [43] – Volkszählung; 120, 351 [361] – Datensammlung über steuerliche Auslandsbeziehungen; sowie BVerfGE 155, 119 [167 Rn. 93] – Bestandsdatenauskunft II). Eine Verwendung zuvor erhobener Daten über den ursprünglichen Anlass hinaus begründet dabei einen neuen Grundrechtseingriff und muss verfassungsrechtlich eigens nach dem Grundsatz der Zweckbindung gerechtfertigt werden (vgl. BVerfGE 141, 220 [324 Rn. 277, 327 Rn. 285]). Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt – vorliegend mangels entsprechender Rügen nicht weiter zu prüfende – Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 141, 220 [282 Rn. 134] m.w.N.; st. Rspr.). Ebenfalls muss die Datensicherheit gewährleistet werden (vgl. BVerfGE 155, 119 [182 Rn. 135]).

- ⁹¹ b) Für die verfassungsrechtliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) ist die Aufgabe des Gesetzgebers in den Blick zu nehmen, einen Ausgleich zwischen der Schwere der hier zur Prüfung stehenden Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung potentiell betroffener Personen und der Pflicht des Staates zum Schutz der Grundrechte anderer zu schaffen (vgl. BVerfGE 141, 220 [267 Rn. 98]). Der Gesetzgeber hat dabei auf der einen Seite das – mitunter erhebliche – Eingriffsgewicht der durch die angegriffenen Vorschriften erlaubten Erhebungs- und Weiterverarbeitungsmaßnahmen in Rechnung zu stellen. Erhebungsmaßnahmen können teilweise tief in die Privatsphäre eindringen. Weiterverarbeitungsmaßnahmen können zeitlich über die ursprünglichen Anlasszwecke hinausgehende sicherheitsbehördliche Wissensbestände über Einzelne schaffen und Möglichkeiten ihrer Verknüpfung eröffnen. Hierdurch können für das Persönlichkeitsrecht sensible Zusammenhänge betroffen sein, und dem damit verbundenen potentiell hohen Eingriffsgewicht ist in der Abwägung Rechnung zu tragen. Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber einen wirksamen Schutz der Grundrechte und Rechtsgüter der Bürgerinnen und Bürger zu sichern. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die verfassungsmäßige Ordnung, der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder sowie Leib, Leben und Freiheit der Person Schutzgüter von hohem verfassungsrechtlichen Gewicht sind. Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm – unter Achtung von Würde und Eigenwert des Einzelnen – zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung sind Rechtsgüter von überragendem verfassungsrechtlichen Gewicht (vgl. BVerfGE 154, 152 [249 Rn. 163]), die mit anderen hochwertigen Verfassungsgütern im gleichen Rang stehen. Der Staat ist deshalb verpflichtet, das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit des Einzelnen zu schützen, das heißt vor allem, auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren (vgl. BVerfGE 141, 220 [267 f. Rn. 100]; st. Rspr.; zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit vgl. BVerfGE 154, 152 [226 Rn. 108]).
- ⁹² 2. Alle zulässig angegriffenen Befugnisse sind zudem am Grundsatz der Bestimmtheit und Normenklarheit zu messen, der der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger, einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte dient (vgl. BVerfGE 113, 348 [375 ff.]; 156, 11 [44 Rn. 85]; 162, 1 [95 Rn. 199]; st. Rspr.).
- ⁹³ Bei der Bestimmtheit geht es vornehmlich darum, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle vornehmen können. Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (vgl. BVerfGE 145, 20 [69 f. Rn. 125] m.w.N.). Dabei reicht es aus, wenn sich im Wege der Auslegung der einschlägigen Bestimmung mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen lässt, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen.
- Verbleibende Unsicherheiten dürfen nicht so weit gehen, dass die Vorhersehbarkeit und Justiziabilität des Handelns der durch die Norm ermächtigten staatlichen Stellen gefährdet sind (vgl. BVerfGE 134, 141 [184 Rn. 126]; 156, 11 [44 f. Rn. 85 ff.] m.w.N.).
- ⁹⁴ Bei der Normenklarheit steht die inhaltliche Verständlichkeit der Regelung im Vordergrund, insbesondere damit Bürgerinnen und Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können (vgl. BVerfGE 145, 20 [69 f. Rn. 125]). Weil die Grundrechte hier ohne Wissen der Bürgerinnen und Bürger und oft ohne die Erreichbarkeit gerichtlicher Kontrolle durch die Verwaltung, durch Polizei und Nachrichtendienste eingeschränkt werden, muss der Inhalt der einzelnen Norm verständlich und ohne größere Schwierigkeiten durch Auslegung zu konkretisieren sein. So mag eine Regelung durch Auslegung bestimmbar oder der verfassungskonformen Auslegung zugänglich und damit im verfassungsrechtlichen Sinne bestimmt sein, jedoch geht damit nicht zwingend auch ihre Normenklarheit für die Adressaten einher (vgl. BVerfGE 163, 43 [83 Rn. 111]; 165, 1 [53 f. Rn. 97]; st. Rspr.).
- ⁹⁵ Bei der heimlichen Datenerhebung und -verarbeitung sind an die Bestimmtheit und Normenklarheit besonders strenge Anforderungen zu stellen. Im Einzelnen unterscheiden sich die Anforderungen maßgeblich nach dem Gewicht des Eingriffs und sind insoweit mit den jeweiligen materiellen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit eng verbunden (vgl. BVerfGE 141, 220 [265 Rn. 94]; 155, 119 [181 Rn. 133]; 162, 1 [95 Rn. 200, 125 f. Rn. 273] jeweils m.w.N.; st. Rspr.). Bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen, die weit in die Privatsphäre hineinreichen können, sind die Bestimmtheitsanforderungen indessen hoch (vgl. BVerfGE 162, 1 [95 Rn. 200]). Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass ein effektiver Schutz gegenüber staatlicher Datenerhebung und -verarbeitung nur auf Grundlage eines ausreichend spezifischen gesetzlichen Normprogramms möglich ist. Heimliche Überwachungsmaßnahmen gelangen den Betroffenen kaum zur Kenntnis und können daher von ihnen nur selten im Rechtsweg angegriffen werden. Der Gehalt der gesetzlichen Regelung kann so nur eingeschränkt im Wechselspiel von Anwendungspraxis und gerichtlicher Kontrolle konkretisiert werden, was der Gesetzgeber durch die hinreichende Bestimmtheit der jeweiligen Normen auffangen muss (vgl. BVerfGE 162, 1 [95 f. Rn. 200, 125 f. Rn. 273] m.w.N.).

IV.

⁹⁶ § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG genügt in seiner konkreten Ausgestaltung nicht diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen.

⁹⁷ Die Regelung ermächtigt das Bundeskriminalamt zu heimlichen Überwachungsmaßnahmen gegenüber Personen, gegen die selbst kein Verdacht terroristischer Aktivitäten besteht, die aber in einem Näheverhältnis zu einer verantwortlichen Person stehen (Kontaktpersonen). Dabei ist der Einsatz besonderer in § 45 Abs. 2 BKAG aufgeführter Mittel erlaubt, so zum Beispiel längerfristige Observationen oder der Einsatz von Vertrauenspersonen und von verdeckt

Ermittelnden. Für die näheren Voraussetzungen der Überwachung verweist § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG auf § 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG. Dieser normiert Kriterien des Näheverhältnisses zwischen der Kontaktperson und der eigentlichen verantwortlichen Person und nimmt hinsichtlich der verantwortlichen Person auf § 39 Abs. 2 Nr. 1 BKAG Bezug.

⁹⁸ Die durch die Befugnisnorm gestatteten Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) können erhebliches Gewicht haben (1). Grundsätzlich kann der Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung auch gegenüber Kontaktpersonen zur Abwehr entsprechend gewichtiger Gefahren verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Im Ergebnis erfüllt die in § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG vorgesehene Eingriffsschwelle jedoch nicht die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (2).

⁹⁹ 1. § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 2 BKAG ermächtigt das Bundeskriminalamt zu Eingriffen in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), die unterschiedlich schwer wiegen können. Während der Eingriff beim Erstellen einzelner Fotos oder bei einer zeitlich begrenzten schlichten Beobachtung eher geringes Gewicht haben kann, ist etwa eine langfristig dauerhafte heimliche Aufzeichnung des gesprochenen Worts und Bilds einer Person regelmäßig ein Eingriff von erheblicher Schwere (vgl. BVerfGE 141, 220 [290 Rn. 160]; 165, 1 [48 Rn. 88]). Insbesondere wenn die in § 45 Abs. 2 BKAG zugelassenen Maßnahmen gebündelt durchgeführt werden und dabei darauf zielen, möglichst alle Äußerungen und Bewegungen zu erfassen und bildlich wie akustisch festzuhalten, können sie tief in die Privatsphäre eindringen und ein besonders schweres Eingriffsgewicht erlangen (vgl. BVerfGE 141, 220 [286 f. Rn. 149 ff.]; 162, 1 [160 f. Rn. 357]). Der Einsatz von Vertrauenspersonen und verdeckt Ermittelnden kann auch im Hinblick auf das durch diese ausgenutzte Vertrauen sehr schwerwiegend sein (vgl. BVerfGE 141, 220 [289 f. Rn. 160]; 162, 1 [153 f. Rn. 340 f., 158 Rn. 351]). Eingriffsmindernd wirkt, dass die Überwachungsbefugnisse nach § 45 BKAG zeitlich befristet sind. So sieht § 45 Abs. 5 S. 3 BKAG bei einer richterlichen Anordnung nach § 45 Abs. 3 BKAG eine zeitliche Begrenzung auf höchstens einen beziehungsweise drei Monate vor. Diese Anordnung kann zwar unbegrenzt oft verlängert werden, dies bedarf aber jeweils erneut richterlicher Anordnung (§ 45 Abs. 5 S. 4 BKAG).

¹⁰⁰ 2. Die diesem Eingriffsgewicht entsprechenden verfassungsrechtlichen Anforderungen wahrt § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG nicht. Die Vorschrift dient zwar einem legitimen Ziel und ist geeignet und erforderlich, um dieses zu erreichen (a). Nicht zu vereinbaren ist die Norm aber mit den besonderen Anforderungen, die sich aus der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne an die hier erforderliche Eingriffsschwelle ergeben (b). Dem kann durch eine verfassungskonforme Auslegung nicht begegnet werden (c). An diesem Ergebnis ändert auch der Richtervorbehalt nichts (d).

¹⁰¹ a) Die Befugnis des § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG dient einem

legitimen Ziel. Sie gibt dem Bundeskriminalamt Überwachungsmaßnahmen an die Hand, mit denen dieses seine Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus wahrnehmen soll. Der Begriff des internationalen Terrorismus ist dabei durch die Aufgabenbeschreibung des § 5 Abs. 1 S. 2 BKAG und dessen Verweis auf § 129a Abs. 1 und 2 StGB definiert und – in Übereinstimmung mit den Vorstellungen des verfassungsändernden Gesetzgebers bei Schaffung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG (vgl. BT-Drs. 16/813, S. 12) – auf spezifisch charakterisierte Straftaten von besonderem Gewicht begrenzt. Straftaten mit dem Gepräge des Terrorismus in diesem Sinne zielen auf eine Destabilisierung des Gemeinwesens und umfassen hierbei in rücksichtsloser Instrumentalisierung anderer Menschen Angriffe auf Leib und Leben Dritter. Sie richten sich gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes (vgl. BVerfGE 141, 220 [266 f. Rn. 96 f.]). Die Bereitstellung von wirksamen Überwachungsmaßnahmen zu ihrer Abwehr ist ein legitimes Ziel und für die demokratische und freiheitliche Ordnung von großem Gewicht (vgl. BVerfGE 133, 277 [333 f. Rn. 133]).

¹⁰² Die Einräumung der hier angegriffenen Überwachungsbefugnis ist zur Erreichung dieses Ziels geeignet. Sie gibt dem Bundeskriminalamt Überwachungsmaßnahmen an die Hand, die dazu beitragen können, den Gefahren des internationalen Terrorismus entgegenzutreten. Sie ist auch erforderlich. Mildere Mittel, die gleichermaßen effektiv die Abwehr des internationalen Terrorismus ermöglichen, sind nicht ersichtlich. Dies lässt freilich unberührt, dass auch die Anwendung der Befugnisse im Einzelfall dem Grundsatz der Geeignetheit und Erforderlichkeit zu folgen hat (vgl. BVerfGE 141, 220 [266 f. Rn. 97]).

¹⁰³ b) Nicht zu vereinbaren ist § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG aber mit den besonderen Anforderungen, die sich aus der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne an die Rechtfertigung heimlicher Überwachungsmaßnahmen der Polizei ergeben. Denn schon die in § 39 Abs. 2 Nr. 1 BKAG für die polizeirechtlich verantwortliche Person normierte Eingriffsschwelle rechtfertigte deren heimliche Überwachung mit besonders eingriffintensiven Mitteln nach § 45 Abs. 2 BKAG nicht. Erst recht darf dann die selbst nicht verantwortliche Kontaktperson, die in einem Näheverhältnis zu dieser verantwortlichen Person steht, nicht mit derart eingriffintensiven Methoden überwacht werden.

¹⁰⁴ aa) Die dem Eingriffsgewicht der heimlichen Erhebungsbefugnisse entsprechenden Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne richten sich sowohl an das mit der Datenerhebung zu schützende Rechtsgut als auch an die vorliegend allein gerügte sogenannte Eingriffsschwelle, also den Anlass der Überwachung (vgl. auch BVerfGE 141, 220 [269 Rn. 104, 270 f. Rn. 106 ff., 271 ff. Rn. 109 ff.]; 162, 1 [84 f. Rn. 174]). Der Einsatz einer eingriffintensiven heimlichen Überwachungsbefugnis wie der vorliegenden setzt schon gegenüber der verantwortlichen Person eine wenigstens konkretisierte Gefahr für ein hinreichend gewichtiges Rechtsgut voraus (1). Sol-

len auch Kontaktpersonen aus dem Umfeld der verantwortlichen Person mit derartigen Mitteln überwacht werden, bedarf es einer hinzutretenden spezifischen individuellen Nähe der Betroffenen zu der aufzuklärenden Gefahr (2).

¹⁰⁵ (1) Die Erhebung von Daten durch heimliche Überwachungsmaßnahmen mit hoher Eingriffsintensität ist im Bereich der Gefahrenabwehr grundsätzlich nur verhältnismäßig im engeren Sinne, wenn eine Gefährdung der zu schützenden Rechtsgüter im Einzelfall hinreichend konkret absehbar ist und der Adressat der Maßnahmen aus Sicht eines verständigen Dritten den objektiven Umständen nach in sie verfangen ist (vgl. BVerfGE 141, 220 [271 Rn. 109]). Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung verlangt hier, dass entweder eine konkrete Gefahr oder eine wenigstens konkretisierte Gefahr für ein hinreichend gewichtiges Rechtsgut besteht (vgl. dazu BVerfGE 141, 220 [271 ff. Rn. 111 ff.]).

¹⁰⁶ Eine konkretisierte Gefahr setzt zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter voraus. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Eingriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens tragen, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt. Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen (BVerfGE 141, 220 [272 f. Rn. 112]; 165, 1 [49 ff. Rn. 90 ff.]; st. Rspr).

¹⁰⁷ Dafür müssen grundsätzlich zwei Bedingungen erfüllt sein: Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (BVerfGE 141, 220 [272 f. Rn. 112] m.w.N.). Speziell in Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können die Anforderungen an die Erkennbarkeit des Geschehens weiter abgesenkt werden, wenn dafür bereits genauere Erkenntnisse über die beteiligten Personen bestehen: Hier gilt, dass Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden können, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, dafür aber das individuelle Verhalten einer Person bereits die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird (vgl. BVerfGE 141, 220 [272 f. Rn. 112]; 165, 1 [50 f. Rn. 91]). Denkbar ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist (BVerfGE 141, 220 [272 f.

Rn. 112]).

¹⁰⁸ Hingegen wird dem Gewicht eines Eingriffs durch heimliche polizeirechtliche Überwachungsmaßnahmen nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn der tatsächliche Eingriffsanlass noch weiter in das Vorfeld einer in ihren Konturen noch nicht absehbaren konkreten Gefahr für die Schutzgüter der Norm verlegt wird. Eine Anknüpfung der Eingriffsschwelle an das Vorfeldstadium ist verfassungsrechtlich angesichts der Schwere des Eingriffs nicht hinnehmbar, wenn zu diesem Zeitpunkt nur relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Rechtsgutsgefahren bestehen. Die Bedeutung einzelner Beobachtungen ist dann häufig vieldeutig. Die Geschehnisse können harmlos bleiben, aber auch den Beginn eines Vorgangs bilden, der in eine konkrete Gefahr oder gar eine Verletzung der tatbestandlich geschützten Rechtsgüter mündet. Solche Offenheit genügt für die Durchführung von eingriffsintensiven heimlichen Überwachungsmaßnahmen nicht (vgl. BVerfGE 141, 220 [273 Rn. 113]; 165, 1 [51 Rn. 92]).

¹⁰⁹ (2) Besondere zusätzliche Anforderungen bestehen für die heimliche Überwachung von Kontaktpersonen, die nicht selbst polizeirechtlich verantwortlich sind. Zwar ist auch der Einsatz einer eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahme wie der vorliegend in Rede stehenden unmittelbar gegenüber Kontaktpersonen nicht schlechthin ausgeschlossen. Er steht aber unter strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen und setzt eine spezifische individuelle Nähe der Betroffenen zu der die Überwachung der verantwortlichen Person rechtfertigenden aufzuklärenden Gefahr voraus (vgl. BVerfGE 141, 220 [273 f. Rn. 114 ff., 291 ff. Rn. 167 ff.]).

¹¹⁰ Unabhängig von der hier nicht gerügten spezifischen individuellen Nähe ist Voraussetzung der Überwachung von Kontaktpersonen, dass jedenfalls eine Überwachung der verantwortlichen Person mit entsprechenden Mitteln zulässig wäre. Denn andernfalls fehlte es bereits an einer hinreichenden aufzuklärenden Gefahr. Wenn also bereits die verantwortliche Person nicht mit eingriffsintensiven Maßnahmen überwacht werden darf, darf erst recht nicht die Kontaktperson auf diese Weise überwacht werden.

¹¹¹ bb) Diesen Anforderungen an die Eingriffsschwelle genügt § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG bereits hinsichtlich der notwendigen Gefahrennähe der in Bezug genommenen verantwortlichen Person nicht; erst recht darf deshalb eine nicht verantwortliche Kontaktperson nicht überwacht werden.

¹¹² Die Vorschrift erlaubt die Datenerhebung hinsichtlich einer Kontaktperson nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG, wenn diese in einer spezifischen Nähebeziehung zu einer verantwortlichen Person steht und die Abwehr der Gefahr oder die Verhütung der Straftaten auf andere Weise aussichtslos ist oder wesentlich erschwert wäre. § 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG nimmt dabei Bezug auf eine verantwortliche Person nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 BKAG. Nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 BKAG genügt für eine Erhebung personenbezogener Daten, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Person „eine Straftat nach § 5 Absatz 1 S. 2

begehen will und die erhobenen Daten zur Verhütung dieser Straftat erforderlich sind“. Damit bleiben die Anforderungen weit hinter den in § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 BKAG normierten Anforderungen für besondere Mittel der Datenerhebung bei verantwortlichen Personen zurück und sollen schon nach der gesetzlichen Konzeption nur für weniger eingriffsintensive Erhebungen gelten. Insbesondere müssen hier hinsichtlich der verantwortlichen Person nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 BKAG im Gegensatz zur verantwortlichen Person nach § 45 Abs. 1 S. 1 BKAG weder „bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie [die Person] innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat nach § 5 Abs. 1 S. 2 begehen wird“ (Nr. 2), noch muss „deren individuelles Verhalten die konkrete Wahrscheinlichkeit begründe[n], dass sie [die Person] innerhalb eines übersehbaren Zeitraums eine Straftat nach § 5 Abs. 1 S. 2 begehen wird“ (Nr. 3).

¹¹³ c) Eine für derart eingriffsintensive Maßnahmen hinreichende Eingriffsschwelle kann § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG auch nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung entnommen werden (zu deren allgemeinen Voraussetzungen und Grenzen BVerfGE 122, 39 [60 ff.]). Insbesondere kann der Verweis in § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG entgegen der Auffassung der Bundesregierung nicht dergestalt gedeutet werden, dass er sich auf eine verantwortliche Person nach § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 BKAG bezieht und nur die Tatnähekriterien des § 39 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a bis c BKAG übernimmt. Eine solche Auslegung setzte voraus, dass sämtliche Anforderungen der Verfassung eingehalten würden. Dazu gehört hier, dass der Norm unter Beachtung des Grundsatzes der Bestimmtheit und Normenklarheit eine verfassungskonforme Eingriffsschwelle entnommen werden kann.

¹¹⁴ (aa) Der Annahme einer solchen Eingriffsschwelle steht schon der insoweit eindeutige Wortlaut entgegen. Nichts anderes ergibt sich aus der systematischen Auslegung. Dass die Adressatengruppen des § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4 BKAG durch ein gemeinsames Tatbestandsmerkmal („wenn die Abwehr der Gefahr oder die Verhütung der Straftaten auf andere Weise aussichtslos ist oder wesentlich erschwert wäre“) „verklammert“ werden, lässt nicht die Folgerung zu, dass Nr. 4 als eine Adressatengruppe auch auf die anderen Adressatengruppen in Nr. 1 bis 3 Bezug nehmen soll. Auch das systematische Verhältnis von § 39 BKAG als allgemeiner Befugnis zur Erhebung personenbezogener Daten zu § 45 BKAG als spezieller Vorschrift für besondere Mittel der Datenerhebung vermag einen solchen Zusammenhang nicht herzustellen. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber an anderer Stelle im Bundeskriminalamtgesetz den Bezug zur verantwortlichen Person unmissverständlich normiert hat (vgl. etwa § 47 Abs. 2 Nr. 3 BKAG sowie § 65 Abs. 1 Nr. 3 BKAG und § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BKAG).

¹¹⁵ Der Wille des Gesetzgebers, der im Vergleich zur Altfassung nur redaktionelle Folgeänderungen beabsichtigt hat (vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 113 f.), hat deshalb in der Vorschrift keinen hinreichenden Niederschlag gefunden (vgl. auch Schulenberg, in: Barczak, BKAG, 2023, § 45 Rn.

74). Es mag zwar zutreffen, dass die eingeschränkte Bedeutung des Verweises dem Bundeskriminalamt bekannt ist und die Vorschrift in der Praxis entsprechend angewendet wird. Jedoch ist für die verfassungsrechtliche Beurteilung einer Erhebungsbefugnis nicht die (derzeitige) Behördenpraxis maßgeblich, sondern die rechtliche Ausgestaltung (vgl. auch BVerfGE 162, 1 [147 Rn. 326]). Der Einsatz grundrechtsintensiver Überwachungsbefugnisse bedarf von Verfassungs wegen hinreichender Anbindung an Maßgaben des Rechts, die dem demokratischen Gesetzgebungsverfahren entspringen (vgl. BVerfGE 154, 152 [238 f. Rn. 139]; 162, 1 [97 Rn. 203 f.; 144 f. Rn. 322]).

¹¹⁶ (bb) Im Wege der Auslegung der Norm eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Eingriffsschwelle zu entnehmen, wäre hier jedenfalls mit dem Grundsatz der Bestimmtheit und Normenklarheit bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen nicht zu vereinbaren. Da § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG heimliche Datenerhebungen ermöglicht, die tief in die Privatsphäre einwirken können, gelten insoweit besonders strenge Anforderungen. Weil heimliche Überwachungsmaßnahmen den Betroffenen kaum zur Kenntnis gelangen und daher auch nur selten angegriffen werden, kann der Gehalt der gesetzlichen Regelung nur eingeschränkt im Wechselspiel von Anwendungspraxis und gerichtlicher Kontrolle konkretisiert werden, was der Gesetzgeber durch die hinreichende Bestimmtheit auffangen muss (vgl. BVerfGE 162, 1 [126 Rn. 273]; oben Rn. 95). Dem genügt jedenfalls eine wie hier normtextkorrigierende Auslegung nicht.

¹¹⁷ (d) Auch der in § 45 Abs. 3 BKAG überwiegend angeordnete Richtervorbehalt ist nicht dazu geeignet, die Mängel einer zu unbestimmt geregelten oder zu niedrig angesetzten Eingriffsschwelle auszugleichen (vgl. BVerfGE 110, 33 [67 f.]; 120, 274 [331 f.]).

V.

¹¹⁸ Soweit die Verfassungsbeschwerde sich gegen § 16 Abs. 1 BKAG wendet, bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Vorschrift.

¹¹⁹ § 16 Abs. 1 BKAG ermächtigt das Bundeskriminalamt zur Weiterverarbeitung personenbezogener Daten in seinem Informationssystem, soweit dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist und das Bundeskriminalamtgesetz keine zusätzlichen besonderen Voraussetzungen vorsieht.

¹²⁰ Der Begriff der Weiterverarbeitung wird im Bundeskriminalamtgesetz und auch in den allgemeinen datenschutzrechtlichen Normen im Gegensatz zum Begriff der Verarbeitung (vgl. § 46 Nr. 2 BDSG sowie Art. 3 Nr. 2 JI-RL) nicht legaldefiniert. Das Bundeskriminalamtgesetz unterscheidet innerhalb der allgemeinen Befugnisse zur Datenverarbeitung (Abschnitt 2) zwischen der Datenerhebung (§ 9 - § 11 BKAG), der Weiterverarbeitung von Daten (§ 12 - § 24 BKAG) und der Datenübermittlung (§ 25 - § 28 BKAG). Nach Wortlaut und Systematik erfasst der Be-

griff der Weiterverarbeitung die Datenerhebung und Datenübermittlung nicht, die jeweils speziell geregelt sind (vgl. auch Eichenhofer, in: Barczak, BKAG, § 16 Rn. 5). Dieses rechtssystematische Verständnis findet sich auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs wieder. Da der einheitliche Begriff der Verarbeitung weit konzipiert sei und insbesondere die Datenerhebung, die Datenübermittlung, die Einschränkung der Datenverarbeitung und das Löschen der Daten umfasse (vgl. § 46 Nr. 2 BDSG), bedürfe es einer Einschränkung. Der Begriff der Weiterverarbeitung solle aus rechtssystematischen Gründen diese Verarbeitungsschritte nicht erfassen. Allerdings fielen unter ihn die übrigen Aspekte der Verarbeitung wie die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, der Abgleich oder die Verknüpfung von Daten (vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 90).

¹²¹ Diese Weiterverarbeitung geschieht im Rahmen des § 16 Abs. 1 BKAG nach Maßgabe des § 12 BKAG. Die Rüge bezieht sich allein auf die Weiterverarbeitung personenbezogener Daten, die das Bundeskriminalamt zuvor mit besonders eingriffsintensiven Mitteln nach § 45 BKAG erhoben hat und im Rahmen der Aufgabenerfüllung zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus nach § 5 BKAG verarbeitet. Gerügt ist ohnehin nur die Weiterverarbeitung nach Maßgabe von § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG, also die Weiterverarbeitung der Daten im Rahmen ihrer ursprünglichen Zwecke.

¹²² In diesem Umfang erlaubt die Befugnis Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) von erheblichem Gewicht. Sie wahrt aber die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne an eine weitere Nutzung von Daten.

¹²³ 1. Soweit § 16 Abs. 1 BKAG gerügt ist, wirkt eingriffsverstärkend, dass die verarbeiteten Daten zuvor mit eingriffsintensiven Überwachungsmethoden nach § 45 Abs. 2 BKAG erhoben wurden (a). Das Eingriffsgewicht wird allerdings nicht dadurch weiter erhöht, dass besonders eingriffsintensive Verarbeitungsmethoden wie beispielsweise eine algorithmenbasierte automatisierte Datenanalyse gestattet wären; es wird vielmehr dadurch gemindert, dass vorliegend nur eine zweckwahrende Verarbeitung nach Maßgabe von § 12 Abs. 1 BKAG verfahrensgegenständlich ist (b).

¹²⁴ a) Das Eingriffsgewicht von Datenweiterverarbeitungsbefugnissen richtet sich zunächst nach dem Gewicht der vorausgegangenen Datenerhebungseingriffe (vgl. BVerfGE 165, 363 [390 Rn. 54]). Dieses ist umso höher, je eingriffsintensiver die zugrundeliegende Erhebungsmaßnahme war (vgl. zur Abstufung anhand der Eingriffsintensität BVerfGE 141, 220 [269 f. Rn. 105 ff.]). Eingriffsintensivierend wirkt damit vorliegend, dass die personenbezogenen Daten in einem ersten Schritt durch das Bundeskriminalamt im Wege heimlich durchgeführter Befugnisse erhoben wurden, die dabei tief in die Privatsphäre hineinreichen können und berechnigte Vertraulichkeitser-

wartungen berühren können. Auch wenn sich das Eingriffsgewicht der Erhebungsbefugnisse im Einzelnen unterscheidet, wiegt dieses in der Regel jedenfalls schwer (vgl. BVerfGE 141, 220 [264 f. Rn. 92]; vgl. dazu bereits oben Rn. 99).

¹²⁵ b) Für die Feststellung des Eingriffsgewichts ist überdies die Art der Datennutzung von Bedeutung, insbesondere, wie die gewonnenen personenbezogenen Informationen weiterverwendet werden und welche Folgen dies für die Betroffenen haben kann (vgl. BVerfGE 65, 1 [45 f.]; 155, 119 [178 f. Rn. 129]; 165, 363 [407 f. Rn. 99] m.w.N.). Insoweit ist das Eingriffsgewicht von § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG dadurch begrenzt, dass die Vorschrift allein die Weiterverarbeitung der Daten im Rahmen ihrer ursprünglichen Zwecke ermöglicht.

¹²⁶ Die Vorschrift ermächtigt aber nicht zu besonders eingriffsintensiven Verarbeitungsmethoden, was das Eingriffsgewicht erhöhen könnte. Zwar schließt allein der Begriff der Weiterverarbeitung seinem Wortlaut nach auch besonders eingriffsintensive Auswertungsmethoden nicht von vornherein aus. Auch bestimmt allein die bloße Vorstellung des Gesetzgebers von der Reichweite der Befugnis nicht deren Eingriffsgewicht (vgl. BVerfGE 162, 1 [147 Rn. 326]). Allerdings hat der Gesetzgeber § 16 Abs. 1 BKAG erkennbar als Generalermächtigung formuliert (vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 97: „Grundnorm“; Graulich, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. [2019], § 16 BKAG Rn. 8), deren Anwendbarkeit durch ihren letzten Halbsatz auch ausdrücklich dahin eingeschränkt wird, dass spezielle Weiterverarbeitungsbeugnisse vorgehen, die ihrerseits an eigenständige Vorgaben geknüpft und durch diese begrenzt sein können. Eine solche Regelungstechnik ist aus dem allgemeinen Polizeirecht hinsichtlich der offen gefassten polizei- und ordnungsrechtlichen Generalermächtigungen bekannt und verfassungsrechtlich im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden.

¹²⁷ Auf eine solchermaßen formulierte Generalklausel dürfen jedoch grundsätzlich nicht solche Eingriffe gestützt werden, die eine erhöhte Eingriffsintensität aufweisen und daher die Schaffung einer speziellen Ermächtigungsgrundlage erfordern. Dies wäre bei einer automatisierten Datenanalyse und -auswertung der Fall, weil diese ein Eigengewicht aufweist, das schon wegen der spezifischen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen einer speziellen Ermächtigungsgrundlage bedürfte (vgl. BVerfGE 165, 363 [389 f. Rn. 54, 395 ff. Rn. 66 ff., 400 Rn. 77]). Denn eine automatisierte Datenanalyse und -auswertung ermöglicht breitere und tiefere Erkenntnisse über Personen, kann eine spezifische Fehler- und Diskriminierungsanfälligkeit aufweisen und softwaregestützte Verknüpfungen schwer nachvollziehbar werden lassen (vgl. zu Risiken, aber auch Potenzialen BVerfGE 165, 363 [400 ff. Rn. 77 ff.]). Es ist deshalb davon auszugehen, dass § 16 Abs. 1 BKAG keine Verarbeitungsmethoden mit derartigem potenziellen grundrechtlichen Eigengewicht umfasst.

¹²⁸ 2. § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG

wahrt mit diesem Normverständnis die verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die Befugnis dient einem legitimen Ziel und ist zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich (a). Auch ist sie mit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne für eine zweckwahrende Weiterverarbeitung personenbezogener Daten vereinbar (b).

- ¹²⁹ a) § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG dient einem legitimen Ziel. Die Vorschrift erlaubt dem Bundeskriminalamt eine Verwendung der von ihm zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 BKAG erhobenen personenbezogenen Daten zur Wahrnehmung derselben Aufgabe. Ebenso wie die Bereitstellung von wirksamen Aufklärungsmitteln dient auch die Möglichkeit der Datenweiterverarbeitung einem legitimen Ziel und ist für die demokratische und freiheitliche Ordnung von großem Gewicht (dazu oben Rn. 101 f.; vgl. BVerfGE 133, 277 [333 f. Rn. 133]).
- ¹³⁰ Die Befugnis ist auch geeignet, da sie dazu beitragen kann, den Gefahren des internationalen Terrorismus wirkungsvoll entgegenzutreten, indem die gewonnenen Kenntnisse auch als Ausgangspunkt für weitere Ermittlungen genutzt werden können. Sie ist zudem erforderlich, weil durch die zweckwahrende Datenweiterverarbeitung relevante Erkenntnisse zur Abwehr des internationalen Terrorismus gewonnen werden können, die auf andere, grundrechtsschonendere Weise nicht gleichermaßen zu erlangen wären.
- ¹³¹ b) § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG ist auch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vereinbar. Dem Eingriffsgewicht für die Betroffenen steht das gewichtige öffentliche Interesse gegenüber, für die Aufklärung und Bekämpfung des internationalen Terrorismus eine effektive Datenweiterverarbeitung zu ermöglichen.
- ¹³² Die aus dem Eingriffsgewicht folgenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen der Weiterverarbeitung ergeben sich im Ausgangspunkt aus dem Gewicht der vorausgegangenen Datenerhebungseingriffe; insoweit gelten die Grundsätze der Zweckbindung und Zweckänderung (vgl. BVerfGE 141, 220 [324 Rn. 276]; 165, 363 [390 Rn. 54]). Regelmäßig wird so die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne des in der Weiterverarbeitung bereits erhobener Daten liegenden Grundrechtseingriffs gesichert (vgl. BVerfGE 165, 363 [397 Rn. 70]). Vorliegend bedarf es keiner darüber hinausgehenden Rechtfertigungsanforderungen, die etwa für besonders eingriffsintensive Verarbeitungsbefugnisse zu fordern wären (vgl. BVerfGE 165, 363 [389 f. Rn. 54, 395 ff. Rn. 66 ff.]).
- ¹³³ (aa) Erlaubt der Gesetzgeber die Nutzung solcher Daten über den konkreten Anlass und rechtfertigenden Grund einer Datenerhebung hinaus, muss er hierfür eine eigene Rechtsgrundlage schaffen (vgl. BVerfGE 141, 220 [324 Rn. 277]; st. Rspr.). Dabei kann er insbesondere die weitere Nutzung der Daten im Rahmen der ursprünglichen Zwecke erlauben. Eine solche Nutzung kann sich insoweit auf die der Datenerhebung zugrundeliegenden Rechtfertigungsgründe stützen und unterliegt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Zweckänderung, sondern lediglich denen an die zweckwahrende Weiternutzung (vgl. BVerfGE 141, 220 [324 ff. Rn. 278 ff.] m.w.N.; 162, 1 [107 Rn. 227]; 165, 363 [390 f. Rn. 57]).
- ¹³⁴ Die zulässige Reichweite solcher Nutzungen richtet sich nach der Ermächtigung für die Datenerhebung. Die jeweilige Eingriffsgrundlage bestimmt die zur Datenerhebung ermächtigte Behörde, den Zweck und die Bedingungen der Datenerhebung und definiert damit die erlaubte Verwendung. Die Zweckbindung der auf ihrer Grundlage gewonnenen Informationen beschränkt sich folglich nicht allein auf eine Bindung an bestimmte, jeweilige Datenerhebung maßgeblichen Ermächtigungsgrundlage. Eine weitere Nutzung innerhalb der ursprünglichen Zwecksetzung kommt damit nur seitens derselben Behörde im Rahmen derselben Aufgabe und für den Schutz derselben Rechtsgüter in Betracht wie für die Datenerhebung maßgeblich: Ist diese nur zum Schutz bestimmter Rechtsgüter oder zur Verhütung bestimmter Straftaten erlaubt, so begrenzt dies deren unmittelbare sowie weitere Verwendung auch in derselben Behörde, soweit keine gesetzliche Grundlage für eine Zweckänderung eine weitergehende Nutzung erlaubt (vgl. BVerfGE 141, 220 [324 f. Rn. 279]; 165, 363 [390 f. Rn. 57]).
- ¹³⁵ Nicht zu den Zweckbindungen, die für jede weitere Nutzung der Daten seitens derselben Behörde im selben Aufgabenkreis zum Schutz derselben Rechtsgüter und zur Verfolgung oder Verhütung derselben Straftaten je neu beachtet werden müssen, gehören grundsätzlich die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an Eingriffsschwellen, wie sie die hinreichend konkretisierte Gefahrenlage im Bereich der Gefahrenabwehr und ein qualifizierter Tatverdacht im Bereich der Strafverfolgung darstellen. Das Erfordernis einer hinreichend konkretisierten Gefahrenlage oder eines qualifizierten Tatverdachts bestimmt den Anlass, aus dem entsprechende Daten erhoben werden dürfen, nicht aber die erlaubten Zwecke, für die die Daten der Behörde dann zur Nutzung offenstehen (vgl. BVerfGE 141, 220 [325 Rn. 280]). Folglich widerspricht es nicht von vornherein dem Gebot einer dem ursprünglichen Erhebungszweck entsprechenden Verwendung, wenn die weitere Nutzung solcher Daten bei Wahrnehmung derselben Aufgabe auch unabhängig von weiteren gesetzlichen Voraussetzungen als Spurenansatz erlaubt wird. Die Behörde kann die insoweit gewonnenen Erkenntnisse zum Schutz derselben Rechtsgüter und im Rahmen derselben Aufgabenstellung – allein oder in Verbindung mit anderen ihr zur Verfügung stehenden Informationen – allgemein und damit unabhängig von konkreten Gefahren oder konkreten Ermittlungsansätzen als Ausgangspunkt für weitere Ermittlungen nutzen. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass sich die Generierung von Wissen – nicht zuletzt auch, wenn es um das Verstehen terroristischer Strukturen geht – nicht vollständig auf die Addition von je getrennten, nach Rechtskriterien formell einoder ausblendbaren Einzeldaten reduzieren lässt. Damit ist keine Datennutzung ins Blaue hinein eröffnet.

Vielmehr hat auch eine Verwendung der Daten als Spurenansatz durch die Bindung an die für die Datenerhebung maßgeblichen Aufgaben und die Anforderungen des Rechtsgüterschutzes einen hinreichend konkreten Ermittlungsbezug, den der Gesetzgeber nicht durch weitere einschränkende Maßgaben absichern muss (vgl. BVerfGE 141, 220 [325 f. Rn. 281]; 165, 363 [391 f. Rn. 58]). Die Einhaltung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Zweckbindung sichert dabei, dass es einen hinreichenden Eingriffsanlass gibt (vgl. BVerfGE 165, 363 [412 Rn. 108]). Die Nutzung als Spurenansatz kann zwar bereits mit Blick auf einen nur potentiellen Informationsgehalt zugelassen werden (vgl. BVerfGE 141, 220 [336 f. Rn. 313]), muss aber immer auf einer Prüfung im Einzelfall basieren und darf nicht etwa dazu dienen, ins Blaue hinein sachliche Anhaltspunkte für eine künftige Begehung von Straftaten überhaupt erst zu generieren (vgl. BVerfGE 165, 363 [432 Rn. 158]). Diese Anforderungen sind erforderlich, aber grundsätzlich auch ausreichend, um eine weitere Nutzung der Daten im Rahmen der Zweckbindung zu legitimieren (BVerfGE 141, 220 [326 Rn. 282]).

¹³⁶ Weiter reicht die Zweckbindung allerdings für – vorliegend aufgrund der beschränkten Rüge nicht verfahrensgenständliche – Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen: Hier ist jede weitere Nutzung der Daten, auch seitens derselben Behörde im selben Aufgabenkreis zum Schutz derselben Rechtsgüter und zur Verfolgung oder Verhütung derselben Straftaten, nur dann zweckentsprechend, wenn sie auch aufgrund einer den Erhebungsvoraussetzungen entsprechenden dringenden Gefahr (vgl. dazu BVerfGE 162, 1 [134 Rn. 297] m.w.N.) oder im Einzelfall zumindest hinreichend konkretisierten Gefahr (vgl. dazu BVerfGE 141, 220 [272 f. Rn. 112]) erforderlich ist (vgl. BVerfGE 141, 220 [326 Rn. 282]; 165, 363 [392 Rn. 59]).

¹³⁷ (bb) Der Gesetzgeber kann eine weitere Nutzung der Daten auch zu anderen Zwecken als denen der ursprünglichen Datenerhebung erlauben (Zweckänderung); als Ermächtigung zu einer Datennutzung für neue Zwecke unterliegt sie den im Urteil des *BVerfG* vom 20.4.2016 formulierten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die zweckändernde Weiternutzung von Daten (vgl. BVerfGE 141, 220 [326 ff. Rn. 284 ff.] m.w.N.; siehe auch BVerfGE 165, 363 [392 ff. Rn. 60 ff.]).

¹³⁸ Informationen, die durch besonders eingriffsintensive Maßnahmen erlangt wurden, können auch nur zu besonders gewichtigen Zwecken genutzt werden. Als Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung gilt insoweit das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung. Für Daten aus eingriffsintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen kommt es danach darauf an, ob die entsprechenden Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln neu erhoben werden dürften. Voraussetzung für eine Zweckänderung ist danach, dass die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dient,

die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten. Nicht in jedem Fall identisch sind die Voraussetzungen einer Zweckänderung mit denen einer Datenerhebung hingegen hinsichtlich des erforderlichen Konkretisierungsgrads der Gefahrenlage oder des Tatverdachts, also hinsichtlich der Eingriffsschwelle. Verfassungsrechtlich geboten, aber regelmäßig auch ausreichend ist insoweit, dass sich aus den Daten ein konkreter Ermittlungsansatz ergibt (vgl. BVerfGE 141, 220 [326 ff. Rn. 284 ff.]; 165, 363 [393 Rn. 61 f.]).

¹³⁹ Der konkrete Ermittlungsansatz in diesem Sinne ist ein einzelfallbezogener tatsächlicher Anlass, der sich aus den Daten selbst oder in Verbindung mit weiteren Erkenntnissen der Behörde ergeben muss (vgl. BVerfGE 141, 220 [328 f. Rn. 289, 336 f. Rn. 313]). Allgemeine kriminologische Erwägungen oder Erfahrungssätze reichen daher für sich genommen nicht aus. Vielmehr müssen sich aus den Informationen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftatenbegehung oder -aufdeckung ergeben (vgl. BVerfGE 141, 220 [349 Rn. 348]). Der tatsächengestützte Ermittlungsansatz muss hinreichend spezifisch sein, um Rückschlüsse auf eine Straftat von vergleichbarem Gewicht zu ermöglichen, wie sie der ursprünglichen Datenerhebung zugrunde lag, da andernfalls die Einhaltung der Grundsätze der Zweckänderung nicht überprüft werden könnte (vgl. BVerfGE 141, 220 [328 f. Rn. 289, 336 f. Rn. 313]). Dies entspricht für die Strafverfolgung im Wesentlichen dem Anfangsverdacht im strafprozessualen Sinne (vgl. BVerfGE 155, 119 [190 Rn. 153]; vgl. Schulenberg, in: Barczak, BKAG, § 12 Rn. 123 f.; Schwabenbauer, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. [2021], Abschnitt G, Rn. 257). Im Bereich der Gefahrenabwehr müssen die Informationen im Einzelfall die Annahme einer zumindest auf mittlere Sicht drohenden Gefahr tragen (vgl. BVerfGE 141, 220 [328 f. Rn. 289 f.]; vgl. Schulenberg, in: Barczak, BKAG, § 12 Rn. 30). Anderes gilt allerdings wie bei der zweckwahrenden Weiterverarbeitung auch hier für Informationen aus Wohnraumüberwachungen oder aus dem Zugriff auf informationstechnische Systeme (siehe oben Rn. 136; vgl. BVerfGE 165, 363 [394 Rn. 64]).

¹⁴⁰ cc) Besondere Bedeutung kommt den Löschungsvorgaben zu, mit deren Hilfe der Gesetzgeber die Zweckbindung der Weiterverarbeitungsbefugnisse sichert. Die Regelung von Löschungspflichten gehört zu den übergreifenden Verhältnismäßigkeitsanforderungen. Mit solchen Vorgaben wird gewährleistet, dass eine Verwendung personenbezogener Daten auf die die Datenverarbeitung rechtfertigenden Zwecke begrenzt bleibt und nach Erledigung nicht mehr möglich ist (vgl. BVerfGE 141, 220 [285 f. Rn. 144]). Grundsätzlich sind die erhobenen Daten zu löschen, sobald sie für die festgelegten Zwecke oder den gerichtlichen Rechtsschutz der Betroffenen nicht mehr benötigt werden (BVerfGE 150, 1 [108 Rn. 222]). Die Löschung der Daten ist zur Gewährleistung von Transparenz und Kontrolle zu protokollieren (vgl. BVerfGE 141, 220 [286 Rn. 144]; 154, 152 [265 Rn. 210]).

¹⁴¹ Auch im Falle einer zweckwahrenden Weiterverarbeitung

sind die erhobenen Daten daher grundsätzlich zu löschen, nachdem der unmittelbare Anlassfall abgeschlossen und damit der der Erhebungsmaßnahme zugrundeliegende konkrete Zweck erfüllt ist. Danach ist eine zweckwahrende Verarbeitung nicht mehr zulässig. Dies sichern Löschvorschriften ab. Ein Absehen von einer Löschung über den unmittelbaren Anlassfall hinaus kommt nur in Betracht, soweit sich aus den Daten – sei es aus ihnen selbst, sei es in Verbindung mit weiteren Kenntnissen der Behörde – zwischenzeitlich ein konkreter Ermittlungsansatz ergeben hat (vgl. BVerfGE 141, 220 [322 f. Rn. 270]) und damit die Voraussetzungen einer zweckändernden Nutzung vorliegen (siehe vorstehend Rn. 137 ff.; zur Ausnahme der vorsorgenden Speicherung unter engen Voraussetzungen, Rn. 152 ff.).

¹⁴² 3. Ausgehend von den vorstehenden Maßstäben genügt die zweckwahrende Verarbeitung („weitere Nutzung“) personenbezogener Daten, die zuvor mit besonders eingriffsintensiven Mitteln des § 45 Abs. 2 BKAG erhoben worden sind, nach § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG in Zusammenschau mit den gesetzlichen Löschungsvorgaben den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

¹⁴³ a) Die Eingriffsbefugnis wahrt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine zweckwahrende Nutzung. Denn soweit die Weiterverarbeitung personenbezogener Daten gerügt ist, die zuvor nach § 45 BKAG erhoben worden sind, sichern die Vorgaben des § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG neben der Identität der erhebenden und verarbeitenden Behörde (Bundeskriminalamt), dass die Weiterverarbeitung nur zur Erfüllung derselben Aufgabe (§ 5 Abs. 1 S. 1 und 3 BKAG) und zum Schutz derselben Rechtsgüter oder zur Verfolgung oder Verhütung derselben Straftaten (§ 5 Abs. 1 S. 2 BKAG) erfolgt.

¹⁴⁴ Dass § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG nicht ausdrücklich im Sinne einer Mindestanforderung auf eine Nutzung der Daten als Spurenansatz verweist oder die Nutzung an eine anderweitige Verarbeitungsschwelle knüpft, ist unbedenklich. Denn § 16 Abs. 1 BKAG setzt voraus, dass die Weiterverarbeitung „erforderlich“ sein muss, was gewährleistet, dass die Daten nicht unter der Schwelle im Sinne eines Spurenansatzes mit hinreichendem Ermittlungsbezug genutzt werden können (vgl. auch BVerfGE 165, 363 [432 Rn. 158]). Die in § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG niedergelegten Grenzen der zweckwahrenden Weiterverarbeitung gewährleisten zugleich, dass keine Datennutzung ins Blaue hinein eröffnet ist (vgl. BVerfGE 141, 220 [325 f. Rn. 281]; 165, 363 [412 Rn. 108]).

¹⁴⁵ Die verfassungsrechtlichen Vorgaben werden auch gewahrt, soweit das Bundeskriminalamt im Rahmen dieser gesetzlichen Vorgaben die zur Abwehr des internationalen Terrorismus erhobenen personenbezogenen Daten so lange zweckwahrend weiterverarbeiten kann, wie der der Datenerhebung zugrundeliegende konkrete Gefahrenabwehrvorgang noch nicht abgeschlossen ist (vgl. zu den konkreten Löschungsvorgaben sogleich Rn. 148 ff.). Denn auf diese Weise kann dem gewichtigen Bedürfnis einer effektiven Terrorismusabwehr durch eine adäquate

Bestimmung des Zwecks der Maßnahme Rechnung getragen werden.

¹⁴⁶ Der konkrete Zweck kann dabei in Abhängigkeit von der jeweiligen Aufgabe, dem Ermittlungsstand und der Abgrenzbarkeit der Verfahren festgelegt werden. Der Zweck eines Gefahrenabwehrvorgangs muss etwa nicht auf eine Tat im strafprozessualen Sinne (vgl. §§ 155, 264 StPO) beschränkt sein, sondern kann bei terroristischen Gefahren auch in der Bekämpfung einer komplexen kriminellen Struktur – etwa der Zerschlagung einer bestimmten terroristischen Gruppierung – bestehen, muss aber immer den Anforderungen der die Datenerhebung legitimierenden Ermächtigungsgrundlage gerecht werden.

¹⁴⁷ Dementsprechend erfolgt nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung und nach den schriftlichen Stellungnahmen der Abschluss eines Gefahrenabwehrvorgangs ebenso wie dessen Eröffnung durch einen formalen Akt. Ein laufender Vorgang im Rahmen der Abwehr des internationalen Terrorismus nach § 5 BKAG kann komplexe Sachverhalte umfassen und sich über einen gewissen Zeitraum erstrecken, was sich aus den Besonderheiten terroristischer Strukturen und dem praktischen Bedürfnis ergibt, diese aufzuklären (vgl. BVerfGE 141, 220 [325 f. Rn. 281]). Während des laufenden Gefahrenabwehrvorgangs können die insoweit gewonnenen Erkenntnisse zum Schutz derselben Rechtsgüter und im Rahmen derselben Aufgabenstellung als Ausgangspunkt für weitere Ermittlungen dienen, die insbesondere zu einem konkreten Ermittlungsansatz für die Eröffnung eines neuen Gefahrenabwehrvorgangs führen können, der die Voraussetzungen einer zweckändernden Weiterverarbeitung nach § 12 Abs. 2 BKAG erfüllen kann.

¹⁴⁸ Der Gesetzgeber hat durch Löschungsvorgaben sichergestellt, dass bei einer Weiterverarbeitung nach § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG der Grundsatz der Zweckbindung gewahrt wird.

¹⁴⁹ In Bezug auf die angegriffene Befugnisnorm ergeben sich die Vorgaben zur Löschung personenbezogener Daten gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 und 2 BDSG unmittelbar aus § 75 Abs. 2 BDSG, der wiederum durch § 77 BKAG ergänzt und konkretisiert wird (vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 131). § 79 BKAG hat daneben eine spezifisch klarstellende Auffangfunktion für personenbezogene Daten, die mit Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus oder vergleichbaren Maßnahmen erlangt wurden (vgl. *Wilhelm-Robertson*, in: Barczak, BKAG, § 79 Rn. 1-3; s.a. *Ruthig*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, BKAG, § 77 Rn. 2, § 79 Rn. 1). Bei § 77 BKAG und § 75 BDSG handelt sich um nationale Ausformungen der datenschutzrechtlichen Grundsätze der Datenminimierung und Speicherbegrenzung, die auf unionaler Ebene durch Art. 4 Abs. 1 Buchst. c und d, Art. 16 JI-Richtlinie aufgestellt werden (vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 119; *Burghardt/Reinbacher*, in: BeckOK-DatenschutzR, 46. Ed. [Stand: 1.5.2023], § 75 BDSG Rn. 1; *Nolte/Werkmeister*, in: Gola/Heckmann, DSGVO - BDSG, 3. Aufl. [2022], § 75 BDSG Rn. 1).

¹⁵⁰ Gemäß § 77 Abs. 1 S. 1 BKAG, § 75 Abs. 2 BDSG und § 79 Abs. 1 S. 1 BKAG sind personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen, wenn ihre Kenntnis für die Aufgabenerfüllung nicht mehr erforderlich ist beziehungsweise wenn sie zur Erfüllung des der Erhebungsmaßnahme zugrundeliegenden Zwecks nicht mehr erforderlich sind. Dies verweist auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze zur Zweckbindung und genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen (vgl. BVerfGE 141, 220 [322 f. Rn. 270]; 155, 119 [231 f. Rn. 258 f.]). Entsprechend gibt § 77 Abs. 1 S. 1 BKAG eine Erforderlichkeitsprüfung jedenfalls bei der Einzelfallbearbeitung, spätestens aber periodisiert nach Aussonderungsprüffristen (vgl. dazu BVerfGE 141, 220 [323 Rn. 270]) vor, deren Beachtung durch technische Maßnahmen zu gewährleisten ist (§ 77 Abs. 1 S. 3 BKAG).

¹⁵¹ Der Grundsatz der Zweckwahrung wird durch § 79 Abs. 1 S. 1 a.E. BKAG hinreichend gesichert. Danach sind die Daten ausdrücklich nur zu löschen, soweit keine Weiterverarbeitung der Daten nach den Vorschriften des Abschnitts 2 Unterabschnitt 2 erfolgt, zu denen § 16 Abs. 1 BKAG gehört. Die Ergänzung stellt klar, dass eine Löschung über den Anlassfall hinaus bei einer „zulässigen Weiterverarbeitung“ (BT-Drs. 18/11163, S. 132; vgl. auch *Ruthig*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, *Sicherheitsrecht des Bundes*, BKAG, § 79 Rn. 2 f.; *Wilhelm-Robertson*, in: Barczak, BKAG, § 79 Rn. 3) unterbleibt, etwa unter Einhaltung der Voraussetzungen für die zweckändernde Weiterverarbeitung nach § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 2 BKAG (vgl. zu § 20v Abs. 6 S. 1 BKAG a.F. BVerfGE 141, 220 [322 f. Rn. 270]; vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 132). Mit Blick auf die zweckwahrende weitere Verwendung der Daten gemäß § 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG kommt ein Absehen von einer Löschung nach Erfüllung des der Erhebungsmaßnahme zugrundeliegenden konkreten Zwecks deshalb nur insoweit in Betracht, als sich aus den Daten konkrete Ermittlungsansätze für die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus ergeben (vgl. BVerfGE 141, 220 [322 f. Rn. 270]).

VI.

¹⁵² § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, soweit dieser in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG die Speicherung zuvor erhobener personenbezogener Grunddaten durch das Bundeskriminalamt im polizeilichen Informationsverbund erlaubt, genügt dagegen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

¹⁵³ § 18 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG erlaubt dem Bundeskriminalamt zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 2 Abs. 1 bis 3 BKAG im polizeilichen Informationsverbund, näher bestimmte personenbezogene Daten verschiedener Personenkategorien weiterzuverarbeiten (vgl. zum Begriff Rn. 120). Hier zur Prüfung steht nur die Bereitstellung der Daten in dem Informationsverbund, nicht aber der § 29 Abs. 4 S. 2 BKAG unterfallende Zugriff auf diese Daten. Nach § 2 Abs. 1 bis 3 BKAG unterstützt das Bundeskriminalamt als Zentralstelle für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen und für die Kriminalpolizei

die Polizeien des Bundes und der Länder bei der Verhütung und Verfolgung von Straftaten mit länderübergreifender, internationaler oder erheblicher Bedeutung und unterhält als Zentralstelle einen einheitlichen polizeilichen Informationsverbund als Grundlage für die Datenweiterverarbeitung (vgl. oben Rn. 18).

¹⁵⁴ Ungeachtet des tatbestandlich weiten Anwendungsbereichs von § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG ist die Prüfung vorliegend beschränkt. Nicht gegenständlich ist die Weiterverarbeitung solcher personenbezogener Daten, die zuvor mittels einer Wohnraumüberwachung oder Online-Durchsuchung gewonnen worden sind. Inwieweit die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine der Speicherung nachfolgende Verwendung der personenbezogenen Daten hier eingehalten sind, muss offen bleiben, da dies nicht zulässig gerügt worden ist.

¹⁵⁵ Die durch § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BKAG eröffnete Befugnis zur Speicherung erlaubt Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung von mitunter erheblichem Gewicht (1). Die durch diese Vorschrift ermöglichte vorsorgende Speicherung ist unter engen Voraussetzungen, zu denen eine hinreichende Speicherschwelle gehört, rechtfertigungsfähig. Sie wahrt hier aber nicht die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (2).

¹⁵⁶ 1. § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG erlaubt die Weiterverarbeitung von zuvor erhobenen oder in sonstiger Weise erlangten personenbezogenen Daten im polizeilichen Informationsverbund und damit Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) von erheblichem Gewicht.

¹⁵⁷ a) Generell wird das Gewicht eines Eingriffs in die informationelle Selbstbestimmung vor allem durch Art, Umfang und denkbare Verwendung der Daten sowie die Gefahr ihres Missbrauchs bestimmt. Dabei ist unter anderem bedeutsam, wie viele Grundrechtsträger wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sind und unter welchen Voraussetzungen dies geschieht, insbesondere ob diese Personen hierfür einen Anlass gegeben haben. Maßgebend sind die Zahl der Betroffenen und die Intensität der individuellen Beeinträchtigung im Übrigen. Für das Gewicht der individuellen Beeinträchtigung ist erheblich, ob die Betroffenen als Personen anonym bleiben, welche persönlichkeitsbezogenen Informationen erfasst werden und welche Nachteile den Grundrechtsträgern aufgrund der Maßnahmen drohen oder von ihnen nicht ohne Grund befürchtet werden. Dabei führt insbesondere die Heimlichkeit einer staatlichen Eingriffsmaßnahme ebenso zur Erhöhung ihrer Intensität wie die faktische Verwehrung vorherigen Rechtsschutzes und die Erschwerung nachträglichen Rechtsschutzes, wenn er überhaupt zu erlangen ist (vgl. BVerfGE 155, 119 [178 f. Rn. 129]; 165, 363 [399 f. Rn. 76] m.w.N.; st. Rspr).

¹⁵⁸ Diese allgemeinen Kriterien bestimmen auch bei der hier vorliegenden Ermächtigung zur vorsorgenden Speicherung personenbezogener Daten das Eingriffsgewicht mit

und erhalten bei einer solchen teilweise eine spezifische Prägung. Die Speicherung von Daten ist vorsorgend, weil sie nicht zu den Zwecken ihrer Erhebung oder Herstellung erfolgt, ohne dass eine neue Zweckbindung, die zu einer unmittelbaren weiteren Nutzung führt, an ihre Stelle gesetzt wird. Die neu gesetzten Zwecke liegen in der Bereithaltung der Daten für den Fall, dass sie für konkrete Zwecke künftig benötigt werden sollten. Das Besondere dieser Zweckänderung besteht in dem Fehlen einer unmittelbaren konkreten nutzungsorientierten Zwecksetzung zum Zeitpunkt der Speicherung. Zugleich teilt die vorsorgende Speicherung das allgemeine Charakteristikum jeder Speicherung, das darin liegt, dass die betroffenen Daten bereits zuvor durch Erhebung oder in sonstiger Weise in die staatliche Sphäre gelangt sind.

- ¹⁵⁹ Auch das Eingriffsgewicht bei vorsorgenden Speicherungen personenbezogener Daten hängt zunächst ab vom Gewicht der vorausgegangenen Datenerhebungseingriffe und damit von der Herkunft der Daten. Es ist umso höher, je eingriffsintensiver die jeweils zugrundeliegende Erhebungsmaßnahme war (zur Abstufung anhand der Eingriffsintensität BVerfGE 141, 220 [269 f. Rn. 105 ff.]).
- ¹⁶⁰ Maßgeblich geprägt wird die Eingriffsintensität ferner durch Art und Umfang der gespeicherten Daten. Die Art der Daten ist von Bedeutung, weil die Verwendung unterschiedlicher Daten direkt oder mittelbar unterschiedliche Persönlichkeitsrelevanz entfalten kann (vgl. zu einer Unterscheidung besonderer Kategorien personenbezogener Daten beispielsweise Art. 10 II-RL). Je weniger die zu speichernden Daten der Art und ihrem Umfang nach eingeschränkt sind, umso größer ist die zur Verarbeitung gelangende Datenmenge und umso höher ist tendenziell das Eingriffsgewicht (vgl. BVerfGE 156, 11, [48 Rn. 96]; 165, 363 [401 Rn. 78]; parallel *EuGH*, Urt. v. 30.1.2024, Direktor na Glavna direktisa „Natsionalna politisia“ pri MVR Sofia, C-118/22, EU:C:2024:97, Rn. 63; *EGMR* (GK), *S. and Marper v. The United Kingdom*, Urt. v. 4.12.2008, Nr. 30562/04 u.a., § 103 f.).
- ¹⁶¹ Es ergibt einen wesentlichen Unterschied, welchen Anlass die betroffene Person zu einer Speicherung gegeben hat (vgl. BVerfGE 165, 363 [399 f. Rn. 76, 403 Rn. 84]). Werden etwa Informationen über (mögliche) Rechtsverstöße gespeichert, ist einzustellen, in welcher Beziehung die betroffenen Personen objektiv zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und ob und inwiefern sie einen Eingriff durch ihr Verhalten zurechenbar veranlasst haben (vgl. BVerfGE 165, 363 [400 Rn. 77] m.w.N.). So stellt es für das Eingriffsgewicht einer Speicherung einen Unterschied dar, ob die betroffene Person hinsichtlich einer Straftat verurteilt oder aber lediglich beschuldigt oder verdächtigt wird (vgl. zu einer entsprechenden Unterscheidung anhand von Personenkategorien beispielsweise Art. 6 Buchst. a und b II-RL; vgl. unter dem Aspekt von Benachteiligungen auch *EGMR* (GK), *S. and Marper v. The United Kingdom*, Urt. v. 4.12.2008, Nr. 30562/04 u.a., § 122; *Peruzzo and Martens v. Germany*, Entscheidung v. 4.6.2013, Kammer V, Nr. 7841/08 und 57900/12, § 43 f.).
- ¹⁶² Bedeutsam für das Eingriffsgewicht ist weiter, wie die gewonnenen personenbezogenen Daten weiterverwendet werden und welche Folgen dies für die Betroffenen haben kann (vgl. BVerfGE 65, 1 [45 f.]; 155, 119 [178 f. Rn. 129]; 165, 363 [407 f. Rn. 99] m.w.N.). Bei einer vorsorgenden Speicherung sind dabei nicht nur die möglichen künftigen Nutzungen zu berücksichtigen und wie viele und welche Grundrechtsträger dabei wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sein können sowie unter welchen Voraussetzungen dies geschehen kann. Es sind darüber hinaus die mit einer vorsorgenden Speicherung verbundenen Besonderheiten einzustellen. Denn die vorsorgende Speicherung schafft einen Datenbestand, der nicht aus sich heraus auf konkrete Zwecke beschränkt ist, dabei aber Möglichkeiten der Verknüpfung von Daten eröffnet und personenbezogen auf potentiell sicherheitsrelevante Bezüge hinweisen kann. Dies wiederum kann zur Erstellung umfassenderer Persönlichkeitsbilder beitragen und erhöht die Wahrscheinlichkeit, von sicherheitsbehördlichen Maßnahmen adressiert zu werden. Die Regelung der Speicherzwecke hat deshalb Einfluss auf das Eingriffsgewicht. Je spezifischer die Zwecke, denen die Speicherung dient (Speicherzwecke), gefasst sind, umso geringer ist das Eingriffsgewicht.
- ¹⁶³ Im Hinblick auf föderale polizeiliche Datenplattformen verschiedener Behörden ist einzustellen, welche und wie viele Akteure beteiligt sind und welchen Voraussetzungen der Datenzugriff unterliegt (vgl. BVerfGE 133, 277 [323 Rn. 112 f.]; 165, 363 [404 Rn. 89]; *EGMR*, *Gardel v. France*, Urt. v. 17.12.2009, Kammer V, Nr. 16428/05, § 70). Insofern wirkt eine Speicherung in einem Informationsverbund, auf den viele Akteure zugreifen können, eingriffsverstärkend.
- ¹⁶⁴ Die Eingriffsintensität bestimmt sich schließlich auch maßgeblich nach der Speicherdauer. Je länger die Speicherung und damit die weitere Nutzungsmöglichkeit der personenbezogenen Daten andauert, desto intensiver ist der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. BVerfGE 125, 260 [322]).
- ¹⁶⁵ b) Nach diesen Maßstäben ist das Eingriffsgewicht der Speicherung personenbezogener Daten nach § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG erheblich, bei fehlender Begrenzung von Speicherung und Verwendung schwerwiegend.
- ¹⁶⁶ Eingriffsintensivierend wirkt sich aus, dass schon die vorsorgende Speicherung nach § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BKAG regelhaft eine zweckändernde Weiterverarbeitung darstellt. Denn in den meisten Fällen werden personenbezogene Daten zum Zweck der Verhütung und Verfolgung von Straftaten gespeichert werden, die ursprünglich – zumeist von anderen Behörden oder Dritten – zu anderen konkreten Zwecken erhoben worden sind (vgl. zu den diesbezüglichen Erhebungsbefugnissen des Bundeskriminalamts §§ 9 ff. BKAG). Dementsprechend wirkt eingriffsverstärkend, dass die Speicherung losgelöst vom ursprünglichen konkreten Erhebungszweck für noch nicht konkret bekannte künftige Zwecke erfolgt.
- ¹⁶⁷ Die Speicherung hat vorliegend mit Blick auf die Her-

kunft der personenbezogenen Daten ein erhöhtes Eingriffsgewicht, soweit diese zuvor mittels besonders eingriffintensiver Überwachungsmaßnahmen erhoben worden sind. Zwar dürfte ein Großteil der in § 18 Abs. 2 BKAG genannten Daten auch ohne eingriffintensive Maßnahme gewonnen werden können. Dies ist jedoch nicht zwangsläufig der Fall.

¹⁶⁸ Mit Blick auf die Art und den Umfang der zu speichernden personenbezogenen Daten wird das Eingriffsgewicht durch die Vorgaben in § 18 Abs. 2 Nr. 1 BKAG beschränkt. Gespeichert werden können im gerügten Umfang danach von Beschuldigten nur die Grunddaten und Informationen betreffend die kriminalaktenführende Polizeienstelle, die Kriminalaktennummer, die Tatzeiten, die Tatorte sowie die Tatvorwürfe durch Angabe der gesetzlichen Vorschriften und die nähere Bezeichnung der Straftaten. Die Grunddaten sollen der Identifizierung dienen und umfassen deswegen insbesondere Namen, Geschlecht, Geburtsdatum, Geburtsort, Staatsangehörigkeit und Anschrift der betroffenen Personen (vgl. § 20 S. 2 Nr. 1 BKAG). Diesen Daten kommt eine nicht unerhebliche, aber beschränkt bleibende Persönlichkeitsrelevanz zu.

¹⁶⁹ § 18 Abs. 1 BKAG grenzt zudem den von einer Speicherung betroffenen Personenkreis ein und differenziert dabei zumindest im Ausgangspunkt nach verschiedenen Personenkategorien. Die Eigenschaft als Beschuldigter nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 BKAG setzt in Anlehnung an das strafprozessuale Verständnis in der Regel voraus, dass gegen den Betroffenen eine Strafverfolgungsbehörde formal ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet hat. Die Beschuldigteneigenschaft kann aber auch durch einen anderen Willensakt der Strafverfolgungsbehörden begründet werden (vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. [2024], Einl. Rn. 76). Demgegenüber knüpft der Begriff des Verurteilten in § 18 Abs. 1 Nr. 1 BKAG an Art. 6 Buchst. b JI-RL an und entspricht den in § 4 des Bundeszentralregistergesetzes geregelten Verurteilungen, die eine gerichtliche Feststellung eines Fehlverhaltens voraussetzen. Ausgehend hiervon ist eingriffintensivierend bei § 18 Abs. 1 Nr. 2 BKAG zu berücksichtigen, dass es im Gegensatz etwa zu Verurteilten bei Beschuldigten an einem gerichtlich festgestellten Anlass einer Speicherung fehlen kann. Zudem können Beschuldigte einem erheblichen Informationsdefizit unterliegen, da sie nicht notwendigerweise von gegen sie gerichteten Erhebungsmaßnahmen, entsprechenden Weiterverarbeitungen und dem Status als Beschuldigter erfahren (vgl. § 170 Abs. 2 S. 2 StPO).

¹⁷⁰ Aufgrund der Heimlichkeit der vorsorgenden Speicherung ist die Erlangung nachträglichen Rechtsschutzes erheblich eingeschränkt, was das Eingriffsgewicht erhöht.

¹⁷¹ Für die Beurteilung der Eingriffintensität zu gewichten sind auch die weitreichenden Verwendungsmöglichkeiten der gespeicherten Daten durch eine Vielzahl von Behörden (vgl. § 29 Abs. 3 BKAG). Zwar ist das Bundeskriminalamt als Zentralstelle im Wesentlichen auf die Wahrnehmung von Koordinationsaufgaben beschränkt (vgl.

BVerfGE 110, 33 [51]). Polizeiliche Aufgaben der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung sind insoweit nicht übertragen, sondern werden dort nur koordiniert und informationell verklammert (vgl. BVerfGE 155, 119 [212 Rn. 209]). Neben der Auswertung durch das Bundeskriminalamt im Rahmen seiner Zentralstellenaufgabe (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 BKAG) und einer entsprechenden Unterrichtung der Strafverfolgungsbehörden (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 BKAG) kann die Weiterverarbeitung aber auch auf eine Kooperation im Rahmen des polizeilichen Informationsverbunds gerichtet sein. Im Rahmen dieses Datenaustauschs, an dem das Bundeskriminalamt nach Maßgabe der §§ 29 und 30 BKAG teilnimmt (§ 13 Abs. 3 BKAG), erhalten aber weitere Sicherheitsbehörden unter den Anforderungen des § 29 Abs. 4 S. 2 BKAG – insbesondere spezifischer Kennzeichnungspflichten (§ 14 BKAG) und Zugriffsberechtigungen (§ 15 BKAG) – auf einen mitunter erheblichen Teil der personenbezogenen Daten Zugriff. Hier erhöhen die erleichterten Zugriffsmöglichkeiten der teilnehmenden Behörden die Eingriffintensität. Dabei sind nach § 29 Abs. 3 BKAG außer dem Bundeskriminalamt und Landeskriminalämtern zur Teilnahme berechtigt: sonstige Polizeibehörden der Länder, die Bundespolizei, die Polizei beim Deutschen Bundestag, mit der Wahrnehmung grenzpolizeilicher Aufgaben betraute Behörden der Zollverwaltung, die Zollfahndungsämter, das Zollkriminalamt und die mit der Steuerfahndung betrauten Dienststellen der Landesfinanzbehörden. Nicht teilnahmeberechtigt sind die Nachrichtendienste.

¹⁷² In diesem Rahmen kann bereits die Speicherung im polizeilichen Informationsverbund als Beschuldigter mit seinen Grunddaten nachteilige Konsequenzen haben. Die Speicherung kann auf den unmittelbaren Austausch von Erkenntnissen gerichtet sein und entsprechende Einträge können gegenüber den teilnehmenden Behörden auf sicherheitsrelevante Bezüge hinweisen. Damit kann die Speicherung in letzter Konsequenz auf operative Maßnahmen gerichtet sein oder jedenfalls die Wahrscheinlichkeit sicherheitsbehördlicher Maßnahmen gegen die Betroffenen deutlich erhöhen.

¹⁷³ Eingriffsverstärkend wirkt zudem in der konkreten Ausgestaltung, dass der Gesetzgeber auch angesichts der Zweckbestimmung einer künftigen Verhütung und Verfolgung bestimmter Straftaten neben den allgemeinen Löschungsvorgaben keine weitergehenden ausdifferenzierten Begrenzungen hinsichtlich der Speicherdauer der Daten getroffen hat. Damit können Daten mitunter über sehr lange Zeiträume gespeichert werden, ohne dass dabei deutlicher anhand des Gewichts der zu verhütenden oder aufzuklärenden Straftaten differenziert würde.

¹⁷⁴ Angesichts dieses erheblichen Eingriffsgewichts wahrt § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG nicht die verfassungsrechtlichen Anforderungen. Zwar dient die Vorschrift einem legitimen Ziel und ist zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich (a). Auch ist die ermöglichte vorsorgende Speicherung der von ihr umfassten Daten im polizeilichen Informationsverbund unter engen Voraussetzungen rechtfertigungsfähig. In ihrer konkreten Ausgestaltung ist sie indes

mit Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne unvereinbar, da es an einer hinreichend normierten Speicherungsschwelle und den gebotenen Vorgaben zur Speicherdauer fehlt (b).

¹⁷⁵ a) Die vorsorgende Speicherung muss einem legitimen Ziel dienen, geeignet und erforderlich sein (vgl. dazu Rn. 90).

¹⁷⁶ § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BKAG dient einem legitimen Ziel. Die Befugnis ermöglicht dem Bundeskriminalamt die sachgerechte Erfüllung seiner Aufgaben als Zentralstelle nach § 2 Absätze 1 bis 3 BKAG, die ihrerseits auf eine effektive und zügige Strafverfolgung und Gefahrenabwehr durch die Sicherheitsbehörden gerichtet sind (vgl. auch BT-Drucks. 18/11163, S. 2, 76). Im Rahmen dieser Zentralstellenaufgaben unterstützt das Bundeskriminalamt die Polizeibehörden bei der Verhütung und Verfolgung von Straftaten mit länderübergreifender, internationaler oder erheblicher Bedeutung (§ 2 Abs. 1 BKAG). Zur Wahrnehmung dieser Aufgabe hat es insbesondere alle hierfür erforderlichen Informationen zu sammeln und auszuwerten (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 BKAG) sowie die Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Länder unverzüglich über die sie betreffenden Informationen und die in Erfahrung gebrachten Zusammenhänge von Straftaten zu unterrichten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 BKAG). Gleichzeitig unterhält es als Zentralstelle den einheitlichen polizeilichen Informationsverbund, an dem das Bundeskriminalamt nach Maßgabe der §§ 29 und 30 BKAG teilnimmt (§ 13 Abs. 3 BKAG). Die Schaffung eines Informationsverbundes der Polizeien von Bund und Ländern gewährleistet einen ziel führenden und zügigen Austausch der Erkenntnisse zwischen den Sicherheitsbehörden (vgl. auch BT-Drucks. 18/11163, S. 2, 76). Die vorsorgende Speicherung dient im Rahmen dieses Zwecks dazu, die Möglichkeit zu schaffen, Zusammenhänge zwischen solchen Straftaten im Sinne von § 2 Abs. 1 BKAG bei ihrem zeitlich gestaffelten Auftreten zu erkennen.

¹⁷⁷ Zur Erreichung dieses legitimen Zwecks ist die Befugnis zur Datenweiterverarbeitung nach § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BKAG auch geeignet und erforderlich. Die Regelung ist zur Zweckerreichung geeignet, da die Verhütung und Verfolgung von Straftaten erleichtert wird, wenn Daten und Erkenntnisse gesammelt, verdichtet und effektiv unter den berechtigten Sicherheitsbehörden ausgetauscht werden können. Auf diese Weise kann differenziert Informationsproblemen unter Wahrung der gebotenen Organisationsordnung entgegengetreten werden, die in einem föderalen Staat jedenfalls nicht vollständig auf organisatorischer Ebene gelöst werden können und sollen (vgl. BVerfGE 133, 277 [332 f. Rn. 131]). Die vorsorgend zu speichernden Grunddaten der Beschuldigten bilden dabei die entscheidenden Faktoren für die zweifelsfreie, schnelle und effektive Identifizierung der betreffenden Person (vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 99). Die Befugnis ist auch erforderlich, da die Zusammenarbeit der Polizeien von Bund und Ländern mithilfe der Datenweiterverarbeitung durch das Bundeskriminalamt im Rahmen der Zentralstellenaufgaben auf andere, grundrechtsschonendere Weise nicht gleichermaßen wirksam zu erreichen wäre. Insbe-

sondere ist im Vergleich zu dem geschaffenen polizeilichen Informationsverbund kein milderes, gleich geeignetes Mittel ersichtlich. Die ebenfalls ermöglichte Datenübermittlung im Einzelfall oder der Zugriff auf andere partielle Datenbanken (beispielsweise das Bundeszentralregister) sind nicht gleich wirksam. Vor allem sind die eigenen Zugriffs- und Verarbeitungsrechte der teilnehmenden Behörden für eine schnelle Verfügbarkeit der Daten und damit effektive Kriminalitätsbekämpfung notwendig. Da gerade Straftaten mit länderübergreifender, internationaler oder erheblicher Bedeutung aufgrund der verflochtenen Handlungszusammenhänge mitunter schwer zu erfassen sind, hängt der Erfolg einer wirksamen Aufgabewahrnehmung der Sicherheitsbehörden in besonderer Weise davon ab, dass wichtige Informationen, die bei einer Behörde anfallen, auch für andere Behörden erschlossen werden und durch das Zusammenführen und Abgleichen der verschiedenen Daten aus diffusen Einzelerkenntnissen aussagekräftige Informationen und Lagebilder werden (vgl. BVerfGE 133, 277 [333 Rn. 132]).

¹⁷⁸ b) Nicht zu vereinbaren ist die Speicherung nach § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG in ihrer konkreten Ausgestaltung hingegen mit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

¹⁷⁹ aa) Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verlangt, dass die Schwere der gesetzgeberischen Grundrechtsbeschränkung bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe steht (vgl. BVerfGE 141, 220 [267 Rn. 98]; 148, 40 [57 f. Rn. 49]). Dabei ist ein angemessener Ausgleich zwischen dem Eingriffsgewicht der Regelung und dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel, zwischen Individual- und Allgemeininteresse herzustellen (vgl. BVerfGE 100, 313 [375 f.]; 133, 277 [322 Rn. 109]; stRspr). Geboten hierfür ist eine Ausgestaltung, die dem Eingriffsgewicht differenzierend und hinreichend Rechnung trägt.

¹⁸⁰ Die vorsorgende Speicherung stellt eine Zweckänderung dar (1). Sie muss an eine eindeutig erkennbare Zweckbestimmung geknüpft sein (2). Weiter sind Anforderungen an die Eingriffsschwellen, hier in Form von Speicherschwelen, zu stellen (3). Aufgrund der weiten Zielsetzung bedarf es spezifischer Begrenzungen der Speicherdauer (4). Schließlich muss der Gesetzgeber klare Verwendungsregeln und differenzierte organisatorische und verfahrensrechtliche Anforderungen sowie adäquate Kontrollmöglichkeiten vorsehen (5).

¹⁸¹ (1) Die vorsorgende Speicherung stellt eine Zweckänderung dar. Eine solche bedarf als Grundrechtseingriff einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, insbesondere ihrerseits einer gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerfGE 141, 220 [324 Rn. 277]). Sie darf allerdings nicht zu einer Umgehung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine Datenübermittlung führen, auf die die Grundsätze der hypothetischen Datenneuerhebung Anwendung finden.

¹⁸² Für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der vorsorgenden Speicherung erforderlich sind jedenfalls die Festlegung angemessener Speicherzwecke und Speicher

schwellen sowie die Bestimmung einer angemessenen Speicherdauer.

¹⁸³ (2) Die Entkoppelung der vorsorgenden Speicherung von den konkreten Zweckbestimmungen der Erhebung und einer späteren konkreten Nutzung (Rn. 158) erfordert die Festlegung hinreichend gewichtiger, konkret benannter Zwecke für die Speicherung selbst. Diese Speicherzwecke müssen der künftigen Nutzung einen festen Rahmen vorgeben. Der Staat darf nicht etwa alle Daten, die er rechtmäßig erhoben oder geschaffen hat, über den primären Zweck hinaus mit der Begründung vorsorgend speichern, die Daten könnten künftig noch einmal benötigt werden und der gebotene Schutz könne in die Ausgestaltung der zulässigen künftigen Nutzung verlagert werden. Unzulässig wäre es daher, unabhängig von solchen Zweckbestimmungen einen Datenvorrat zu schaffen, dessen Nutzung je nach Bedarf und politischem Ermessen der späteren Entscheidung verschiedener staatlicher Instanzen überlassen bleibt. Die Bereitstellung eines solchen seiner Zwecksetzung nach offenen Datenvorrats würde den notwendigen Zusammenhang zwischen Speicherung und Speicherungszweck aufheben und damit auch die zentrale datenschutzrechtliche Freiheitssicherung durch die Zweckbindung. Auch wäre die Tragweite für die Bürgerinnen und Bürger nicht vorhersehbar (vgl. BVerfGE 125, 260 [345 f., 355 f.]; 155, 119 [180 Rn. 131]).

¹⁸⁴ (3) Für die Bestimmung der Speicherschwelle muss der Gesetzgeber neben Herkunft, Art und Umfang der Daten insbesondere berücksichtigen, dass sich die Speicherung auch im Einzelfall an den festgelegten Speicherzwecken messen lassen muss. Die Speicherschwelle muss den Zusammenhang zwischen den vorsorgend gespeicherten personenbezogenen Daten und der Erfüllung des Speicherzwecks in verhältnismäßiger Weise absichern und den spezifischen Gefahren der vorsorgenden Speicherung angemessen begegnen.

¹⁸⁵ Bei ihrer Bestimmung sind daher zunächst die Herkunft, also etwa die Erhebungsmethoden, aber auch Art und Umfang der Daten zu berücksichtigen und in Relation zu den mit der Speicherung letztlich verfolgten Zwecken zu setzen. Deren Angemessenheit muss die Besonderheit der vorsorgenden Speicherung einbeziehen. Dies erfordert insbesondere das Bestehen einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit dafür, dass die vorsorgend gespeicherten Daten zur Erfüllung der mit der Speicherung letztlich verfolgten Zwecke benötigt werden.

¹⁸⁶ Bei der Speicherung von Daten für die Verhütung und Verfolgung vom Speicherzweck erfasster Straftaten ist dies bei personenbezogenen Daten nur gegeben, wenn eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Betroffenen eine strafrechtlich relevante Verbindung zu möglichen Straftaten aufweisen werden und gerade die gespeicherten Daten zu deren Verhütung und Verfolgung angemessen beitragen können. Diese Prognosen müssen sich auf zureichende tatsächliche Anhaltspunkte stützen. Als taugliche Prognosekriterien können insbesondere die Art, Schwere und Begehungsweise der vormaligen Tat sowie die Persönlichkeit des Betroffenen und sein bisheriges

strafrechtliches Erscheinungsbild in Frage kommen. Von Bedeutung wird angesichts der allgemeinen fachwissenschaftlichen Erkenntnisse zu Kriminalprognosen regelmäßig sein, ob die Person wiederholt und in welchem Ausmaß sie straffällig geworden ist. Relevant wird auch der Zeitraum sein, während dessen sie strafrechtlich nicht (mehr) in Erscheinung getreten ist (vgl. auch *EGMR*, P. N. gegen Deutschland, Urt. v. 11.6.2020, Kammer V, Nr. 74440/17, u.a. §§ 76 ff.; *EuGH*, Urt. v. 30.1.2024, Direktor na Glavna direktsia „Natsionalna politisia“ pri MVR - Sofia, C-118/22, EU:C:2024:97, Rn. 60 f., 67). Die Wahrscheinlichkeit kann personenbezogen, phänomenbezogen oder tatbezogen begründbar sein. So könnte etwa eine Ausrichtung an Delikts-/Phänomenbereichen erfolgen, wie beispielsweise Terrorismus, Organisierte Kriminalität, Schleusung, Menschenhandel, Ausbeutung, Waffen- und Sprengstoffkriminalität, Gewaltdelikte/gemeingefährliche Straftaten, Rauschgiftkriminalität, Cyberkriminalität, Eigentumskriminalität/Vermögensdelikte, Sexualdelikte, Arzneimittelkriminalität, Falschgeldkriminalität, Geldwäsche, Korruption, Wirtschafts- und Umweltkriminalität und politisch motivierte Kriminalität.

¹⁸⁷ (4) Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der vorsorgenden Speicherung personenbezogener Daten bedarf es zudem der gesetzlichen Regelung einer angemessenen Speicherdauer.

¹⁸⁸ Grundsätzlich müssen personenbezogene Daten gelöscht werden, sobald sie für die zuvor festgelegten Zwecke oder den gerichtlichen Rechtsschutz der Betroffenen nicht länger benötigt werden (vgl. oben Rn. 140 f.). Dies gewährleistet im Ausgangspunkt, dass die Daten nicht länger gespeichert werden, als es für die Zwecke, für die sie gespeichert wurden, erforderlich ist (vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 30.1.2024, Direktor na Glavna direktsia „Natsionalna politisia“ pri MVR - Sofia, C-118/22, EU:C:2024:97, Rn. 43; Art. 4 Abs. 1 Buchstabe e JI-RL; *EGMR* (GK), S. and Marper v. The United Kingdom, Urt. v. 4.12.2008, Nr. 30562/04 u.a., § 107) und die Speicherdauer der Daten auf ein verfassungsrechtlich zulässiges Maß beschränkt bleibt.

¹⁸⁹ Die Dauer der zulässigen Speicherung wird insbesondere geprägt durch das Eingriffsgewicht (Rn. 157 ff.), die Belastbarkeit der Prognose in der Zeit sowie durch andere sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebende Gesichtspunkte. Die Prognose verliert über die Zeit ohne Hinzutreten neuer relevanter Umstände grundsätzlich an Überzeugungskraft (vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 30.1.2024, Direktor na Glavna direktsia „Natsionalna politisia“ pri MVR - Sofia, C-118/22, EU:C:2024:97, Rn. 60 f.; *EGMR*, Catt v. the United Kingdom, Urt. v. 24.1.2019, Kammer I, Nr. 43514/15, §§ 119 f.). Die verfassungsrechtlich gebotene kompensatorische Einhegung einer Befugnis zur vorsorgenden Speicherung gebietet daher ein Regelungskonzept, das entsprechend diesen Gesichtspunkten differenzierte Prüfungs- und Aussonderungsfristen setzt. Auch muss die vorsorgende Speicherung grundsätzlich zeitlich begrenzt sein.

- ¹⁹⁰ Es obliegt dem Gesetzgeber, unter Berücksichtigung seiner Delegationsbefugnisse (vgl. BVerfGE 150, 1 [96 ff. Rn. 190 ff.] m.w.N.) die entsprechenden Regelungen einschließlich der notwendigen prozeduralen Sicherungen hierfür zu treffen.
- ¹⁹¹ (5) Unerlässliche Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit der Speicherbefugnis sind weiterhin klar normierte Verwendungsregeln (vgl. BVerfGE 155, 119 [179 f. Rn. 130 f.]; 125, 260 [327 f.]), die insbesondere den im Urteil des *BVerfG* vom 20.4.2016 formulierten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die zweckändernde Weiternutzung personenbezogener Daten genügen müssen (vgl. BVerfGE 141, 220 [326 ff. Rn. 284 ff.] m.w.N.).
- ¹⁹² Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt zudem insbesondere auch bei der Speicherung personenbezogener Daten Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle (siehe bereits Rn. 90; vgl. BVerfGE 141, 220 [282 Rn. 134] m.w.N.; st. Rspr) sowie an die Gewährleistung der Datensicherheit (vgl. BVerfGE 155, 119 [182 Rn. 135]). Für die vorsorgende Speicherung im polizeilichen Informationsverbund gehören dazu klare Zugriffsregeln, die sicherstellen, dass nur für den Speicherzweck zuständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Polizei Zugriff haben (vgl. hierzu etwa § 15 Abs. 3 S. 2 und 3 BKAG, BT-Drs. 18/11163, S. 97).
- ¹⁹³ (bb) § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG genügt diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Die Befugnis ist mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne unvereinbar. Es fehlt an einer hinreichend normierten Speicherschwelle und den gebotenen Vorgaben zur Speicherdauer. Ob darüber hinaus den Gefahren der vorsorgenden Speicherung von mit besonders eingriffsintensiven Methoden erhobenen personenbezogenen Daten hinreichend begegnet wurde (vgl. dazu BVerfGE 133, 277 [373 f. Rn. 226]; 141, 220 [323 Rn. 274]), bedarf deshalb hier keiner Entscheidung.
- ¹⁹⁴ (1) § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG erlaubt eine vorsorgende Speicherung personenbezogener Daten ohne Bindung an ihren vorherigen Zweck. Für die darin liegende Zweckänderung bildet die Vorschrift eine gesetzliche Grundlage. Soweit sie die Speicherung regelt, führt sie für sich genommen auch nicht zu einer Umgehung der Anforderungen des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung; der verfassungsrechtlichen Beurteilung anderer Weiterverarbeitungen bedarf es hier nicht.
- ¹⁹⁵ (2) § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 3, § 29 BKAG enthält für die Speicherung personenbezogener Daten zu Zwecken künftiger Straftatenverhütung und -verfolgung keine hinreichende Speicherschwelle. Die Norm lässt für die vorsorgende Speicherung allein die Beschuldigteigenschaft genügen. Insbesondere ist eine Negativprognose fachrechtlich nicht vorgesehen. Der Status des Beschuldigten ist auch jenseits der Fälle des § 18 Abs. 5 BKAG schon mit Unsicherheiten hinsichtlich der Beziehung zur vorgeworfenen Straftat verbunden und vermag deshalb für sich allein erst recht keinen belastbaren Schluss auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer relevanten Beziehung zu anderen zukünftig zu verfolgenden oder zu verhütenden Straftaten zu tragen.
- ¹⁹⁶ Zwar hat der Gesetzgeber einzelne Aspekte einer solchen Prognose sowohl für die Tatverdächtigen und Anlasspersonen im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BKAG hinsichtlich ihrer Grunddaten berücksichtigt als auch nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 BKAG für Beschuldigte hinsichtlich ihrer weiteren personenbezogenen Daten. Eine Übertragung dieser Speicherschwelle für den vorliegenden Anwendungsfall scheidet aber aufgrund des in dem eindeutigen Wortlaut zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willens aus (vgl. dazu *BVerfG*, Beschl. des *Ersten Senats* v. 21.11.2023 - 1 BvL 6/21 -, Rn. 67 ff.). Auch wenn die Praxis des Bundeskriminalamts prognostische Elemente vor einer Speicherung berücksichtigt, ist für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Befugnis deren rechtliche Reichweite und nicht eine Behördenpraxis maßgeblich (vgl. BVerfGE 162, 1 [147 Rn. 326]).
- ¹⁹⁷ (a) Den verfassungsrechtlichen Anforderungen wird auch nicht dadurch entsprochen, dass eine Speicherung nach § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BKAG die Prüfung der Erforderlichkeit im Einzelfall voraussetzt. Eine derartige Prüfung gebietet § 47 Nr. 3 BDSG, nach dem personenbezogene Daten für das Erreichen des Verarbeitungszwecks unter anderem erforderlich sein müssen. Die Erforderlichkeitsprüfung im Einzelfall gehört zu den in § 47 BDSG normierten allgemeinen Grundsätzen für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die auch das Bundeskriminalamt bei Weiterverarbeitungsschritten wie der Speicherung von Daten grundsätzlich zu beachten hat. Ausgeschlossen wäre seine Anwendung nur, soweit das Bundeskriminalamtgesetz eine Vollregelung zur bereichsspezifischen Verarbeitung personenbezogener Daten enthielte. Eine solche Vollregelung hat das Bundeskriminalamtgesetz für die Datenweiterverarbeitung aber nicht getroffen (vgl. auch *Wolf-Rüdiger/Schenke/Graulich/Ruthig*, in: *Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes*, 2. Aufl. [2019], Einführung Rn. 27).
- ¹⁹⁸ Auch die danach vorzunehmende Prüfung der Erforderlichkeit im Einzelfall kann aber mangels näher bestimmter Vorgaben nicht hinreichend gewährleisten, dass den Anforderungen einer spezifischen Negativprognose Rechnung getragen wird. Denn eine nicht näher angeleitete Prüfung der Erforderlichkeit genügt in ihrer Offenheit nicht dem verfassungsrechtlich gebotenen Differenzierungsgrad.
- ¹⁹⁹ (b) Eine hinreichende Schwelle für die Speicherung nach § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BKAG lässt sich auch nicht durch Rückgriff auf die Vorgaben des § 12 Abs. 2 BKAG gewinnen. Denn dem Bundeskriminalamtgesetz kann nicht im Wege der anerkannten Auslegungsmethoden entnommen werden, dass die Voraussetzungen von § 12 Abs. 2 BKAG bei der vorliegenden Speicherung zu prüfen sind. Im Gegensatz zum Wortlaut des § 16 Abs. 1 BKAG

soll nach § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BKAG eine Weiterverarbeitung, also insbesondere eine Speicherung zuvor erhobener personenbezogener Daten, nicht ausdrücklich „nach Maßgabe des § 12“ BKAG erfolgen. Auch systematische Erwägungen streiten nicht für eine Anwendbarkeit der Vorschrift. Überdies wird § 12 BKAG nicht in den Ausführungen der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 18 BKAG erwähnt (vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 99 ff.). Dass das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung in § 12 Abs. 2 BKAG als allgemeiner Grundsatz formuliert sein soll, der bei jeder Datenverarbeitung durch das Bundeskriminalamt – unabhängig von der jeweiligen Eingriffsintensität der ursprünglichen Erhebungsmaßnahme – zu beachten sei (vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 92), rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Insbesondere ist nicht zu erkennen, dass der Gesetzgeber bereits jede zweckändernde Speicherung personenbezogener Daten im Rahmen der Zentralstellenaufgaben vom Erfordernis des Vorliegens konkreter Ermittlungsansätze abhängig machen wollte.

- ²⁰⁰ (3) Überdies fehlt es an einem hinreichend ausdifferenzierten Regelungskonzept zur Speicherdauer. Die vorhandenen Regelungen in § 75 Abs. 2 und 4 BDSG und § 77 Abs. 1 BKAG genügen diesen Anforderungen nicht. Nach § 75 Abs. 2 BDSG sind personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen, wenn ihre Verarbeitung unzulässig ist, sie zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung gelöscht werden müssen oder ihre Kenntnis für die Aufgabenerfüllung nicht mehr erforderlich ist. Zudem enthält § 75 Abs. 4 BDSG die Pflicht, angemessene Fristen vorzusehen und

durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen sicherzustellen, dass diese Fristen eingehalten werden. Ob gespeicherte personenbezogene Daten zu löschen sind, überprüft das Bundeskriminalamt danach zuvörderst im Rahmen einer durch Gesetz oder Verordnung nicht hinreichend angeleiteten Einzelfallbearbeitung.

- ²⁰¹ An diesem Defizit vermögen auch etwaige Vorgaben aus dem als „Verschlussache - nur für den Dienstgebrauch“ eingestuft und im hiesigen Verfahren nicht vorgelegten Leitfaden des Bundeskriminalamts für ein Löschkonzept nichts zu ändern.
- ²⁰² Zwar sieht § 77 Abs. 1 S. 1 BKAG zeitlich festgelegte Fristen für die Prüfung der Löschungspflichten vor. Diese Aussonderungsprüffristen dürfen bei Erwachsenen zehn Jahre nicht überschreiten, wobei nach Zweck der Speicherung sowie Art und Schwere des Sachverhalts zu unterscheiden ist (vgl. § 77 Abs. 1 Satz 2 BKAG).
- ²⁰³ Allerdings genügt dies allein nicht den Anforderungen an ein durch den Gesetzgeber auszugestaltetes Regelungskonzept. Es bleibt hier weiterhin dem Bundeskriminalamt überlassen, durch eigene innerbehördliche Vorgaben die Prüfungs- und Aussonderungsfristen zu konkretisieren. Es kann deshalb offenbleiben, ob die verfassungsrechtlichen Kriterien zur Bemessung der Fristen (vgl. Rn. 189) angemessen abgebildet sind.

[...]

Verfassungsrechtlicher „Feinschliff“ für das Bundeskriminalamt der Zukunft

Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 1. Oktober 2024 – 1 BvR 1160/19

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel*

Abstract

Mit Urteil vom 1. Oktober 2024 hat der Erste Senat des BVerfG verschiedene Regelungen des Gesetzes über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten in der Fassung des Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes vom 1. Juni 2017 für mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar erklärt. Die verhandelte Verfassungsbeschwerde war gegen Vorschriften des BKAG gerichtet, die eine Überwachung von Kontaktpersonen zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus sowie die Weiterverarbeitung bereits erhobener personenbezogener Daten im Informationssystem des Bundeskriminalamts (BKA) und im sog. „polizeilichen Informationsverbund“ erlauben. Der Bundesgesetzgeber hat nun bis spätestens zum 31. Juli 2025 eine Neuregelung der verworfenen Bestimmungen vorzunehmen. Dieser Beitrag behandelt ausgewählte Aspekte des „BKA II“-Urteils.

I. Einleitung

Das Bundeskriminalamt ist eine prominent im Grundgesetz genannte Polizeibehörde des Bundes, deren wesentliche Rechtsgrundlagen sich im Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten finden.¹ Ihm sind unterschiedliche Aufgaben zugewiesen; es ist etwa zentrale Einrichtung zur Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten, Zentralstelle² für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen und für die Kriminalpolizei zur Unterstützung der Polizeien des Bundes und der Länder bei der Verhütung und Verfolgung von Straftaten mit länderübergreifender, internationaler oder erheblicher Bedeutung, zentrale nationale Stelle für verschiedene Organisationen

der europäischen und internationalen³ polizeilichen Zusammenarbeit sowie Strafverfolgungsbehörde für bestimmte Delikte. Die „Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes“ gehört gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG⁴ zum Kanon der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, ebenso nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt „in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht“. Art. 87 Abs. 1 GG erlaubt u.a. die Einrichtung von Zentralstellen für die Kriminalpolizei. Diesen verfassungsrechtlichen Rahmen für das Bundeskriminal(polizei)amt hat der Bundesgesetzgeber durch den Erlass des Gesetzes über die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes (Bundeskriminalamt) vom 8. März 1951⁵ näher konkretisiert. Das Regelwerk weist eine wechselhafte Historie⁶ auf und wurde mehrfach novelliert und modernisiert, grundlegend namentlich durch das Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz – BKAG) vom 7. Juli 1997.⁷ Eine weitere „Sedimentschicht“ der Gesetzgebung entstand durch Art. 1 des Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes (BKA-NSG) vom 1. Juni 2017,⁸ der das BKAG neu gefasst hat. Hintergrund und Anlass der Novelle war das Urteil des BVerfG vom 20. April 2016,⁹ mit dem Teile des Gesetzes für verfassungswidrig erklärt wurden, insbesondere Vorschriften, die mit dem Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. Dezember 2008¹⁰ eingefügt worden waren. Dazu trat die Notwendigkeit einer Überarbeitung des BKAG aufgrund des neuen europäischen Datenschutzregimes mit seiner komplexen Doppelstruktur aus Datenschutz-Grundverordnung und JI-Richtlinie.¹¹ Ziel war insbesondere eine Neu-

* Prof. Dr. Dr. Markus Thiel ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

¹ Zur historischen Entwicklung *Vofschmidt*, *Kriminalistik* 2012, 378 ff.; *Zachert*, *Kriminalistik* 1991, 682 ff.; *Wehner*, *Kriminalistik* 1976, 197 ff.

² Zu frühen wissenschaftlichen Kontroversen um diese Funktion vgl. etwa *Riegel*, *NJW* 1983, 656 ff.; *Schoreit*, *CR* 1986, 224 ff. und 744 f.; *Ahlf*, *CR* 1986, 662 ff.

³ Vgl. zur Zusammenarbeit mit Interpol schon *Riegel*, *DVBfL* 1984, 986 ff.; *Merk*, *BayVBl* 1980, 676 ff.

⁴ Dazu *Gusy*, *DVBfL* 1993, 1117 ff.

⁵ BGBl. I Nr. 12 v. 14.3.1951, S. 166 ff.

⁶ Zum Funktionswandel *Schmidt*, *KJ* 2010, 307 ff.; s. auch *Denkowski*, *NK* 2008, 82 ff.

⁷ BGBl. I Nr. 46 v. 10.7.1997, S. 1650 ff.; s. dazu *Incesu*, *Vorgänge* Nr. 3/1997, 1 ff.; *Schreiber*, *NJW* 1997, 2137 ff.; *Riegel*, *RIa* 1997, 230 ff.

⁸ BGBl. I Nr. 33 v. 8.6.2017, S. 1354 ff.

⁹ BVerfGE 141, 220 ff.; dazu etwa *Arzt*, *Vorgänge* Nr. 3/2016, 81 ff.; *Dürr*, *JA* 2019, 432 ff.; *Durner*, *DVBfL* 2016, 780 ff.; *Kießling*, *VerwArch* 2017, 282 ff.; *Rusteberg*, *KritV* 2017, 24 ff.; *Sachs*, *JuS* 2016, 662 ff.; *Siems*, *NWVBl* 2018, 1 ff.

¹⁰ BGBl. I Nr. 66, S. 3083 ff.

¹¹ Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, *BT-Drs.* 18/11163 v. 14.2.2017, S. 1; zur für die Sicherheitsbehörden maßgeblichen JI-Richtlinie vgl. *Schlehahn*, *DuD* 2018, 32 ff.; *Stevens/Limberger*, *JZ* 2022, 656 ff.

aufstellung der IT-Architektur des Bundeskriminalamts zur Steigerung der Effizienz und Effektivität der kriminalpolizeilichen Arbeit, auch unter dem Eindruck der Mordserie des „Nationalsozialistischen Untergrunds“ (NSU) und der späteren Ermittlungserkenntnisse hierzu.¹² Das Informationssystem Polizei (INPOL-neu¹³) etwa wird phasenweise durch einen neuen, einheitlichen „polizeilichen Informationsverbund“ (derzeit schon mit einigen Funktionen aktiv: „PIAV“) ersetzt, der einen nicht mehr in mehrere Datenbanken¹⁴ fragmentierten Informationsbestand vorhalten¹⁵ und an dem das Bundeskriminalamt mit einem eigenen Informationssystem teilnimmt. Gegen einzelne Vorschriften des BKAG in der Fassung des BKA-NSG von 2017 erhoben mehrere Beschwerdeführende Verfassungsbeschwerden, über die der *Erste Senat* mit Urteil vom 1. Oktober 2024 entschieden hat. Die Beschwerde hatte teilweise Erfolg;¹⁶ mehrere Vorschriften wurden für unvereinbar mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erklärt und müssen nunmehr bis spätestens zum 31. Juli 2025 neu geregelt werden.

II. Wesentliche Inhalte der Entscheidung

1. Die Zulässigkeitschürde haben die Beschwerdeführenden – wie bei Verfassungsbeschwerden der jüngeren Vergangenheit Personen aus der Anwaltschaft, Angehörige der Fußball-Fanzszenen und politische Aktivist:innen – nicht mit allen Einwänden nehmen können. In ständiger Rechtsprechung stellt das *BVerfG* besondere Anforderungen an die Darlegung einer eigenen, gegenwärtigen und unmittelbaren Betroffenheit, die teilweise nicht erfüllt waren;¹⁷ diese Voraussetzungen sollen verhindern, dass die Verfassungsbeschwerde als abstraktes Normenkontrollverfahren genutzt wird, und stellen keine unzulässige Verkürzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) dar. Mit breiteren Ausführungen widmet sich der *Senat* der Frage der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Normen und bejaht sie auf der Grundlage von Art. 73 Abs. 1 Nrn. 9a und 10 GG.¹⁸ Als materielle Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Bewertung werden vor allem das Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie der Grundsatz der Bestimmtheit und Normenklarheit benannt.¹⁹

2. Für nicht mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG²⁰ vereinbar erklärt der *Senat* § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG. § 45 BKAG enthält Ermächtigungen für besondere Mittel der Datenerhebung, die in Abs. 2 der Vorschrift aufgezählt werden, beispielsweise die längerfristige Observa-

tion und der Einsatz von Vertrauenspersonen und verdeckten Ermittlern. Die Adressaten, gegen die sich solche Maßnahmen richten dürfen, werden in verschiedenen Varianten des Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 – 4 festgelegt. Nr. 4 erklärt ohne Regelung weiterer Anforderungen „eine Person nach § 39 Absatz 2 Nummer 2“ als potenziell überwachbare Person. Einzige weitere Tatbestandsvoraussetzung ist, dass „die Abwehr der Gefahr oder die Verhütung der Straftaten auf andere Weise aussichtslos ist oder wesentlich erschwert wäre“. Ansatzpunkt der verfassungsrechtlichen Kritik ist eben dieser „nackte“ Verweis auf § 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG, denn dort ist lediglich vorausgesetzt, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Person mit einer Person nach Nr. 1 „nicht nur flüchtig oder in zufälligem Kontakt in Verbindung steht und a) von der Vorbereitung einer Straftat nach § 5 Absatz 1 Satz 2 Kenntnis hat, b) aus der Verwertung der Tat Vorteile ziehen könnte oder c) die Person nach Nummer 1 sich ihrer zur Begehung der Straftat bedienen könnte und die Verhütung dieser Straftaten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre“. Was der gesetzessystematisch geschaffenen Kombination aus § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 und § 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG damit fehlt, ist die Einziehung einer adäquaten materiellen Eingriffsschwelle. § 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG bezieht sich auf eine Person nach Nr. 1, und dort genügt es, dass diese Person „eine Straftat nach § 5 Absatz 1 Satz 2 begehen will und die erhobenen Daten zur Verhütung dieser Straftat erforderlich sind“. Diese vergleichsweise niedrig angesetzte Eingriffsschwelle beruht darauf, dass § 39 BKAG (lediglich) die Erhebung personenbezogener Daten normiert, während § 45 BKAG gewissermaßen die „Dickschiffe“ polizeilicher Datenerhebungsinstrumente regelt. Der *Senat* sieht darin einen Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, der auch nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung behoben werden kann (weil dies nicht unter Verstoß gegen den Grundsatz der Bestimmtheit und Normenklarheit geschehen könnte) oder durch den normativ vorgesehenen Richtervorbehalt kompensiert würde.²¹ Dem ist uneingeschränkt beizupflichten: Verdeckte Informationsgewinnungseingriffe gegenüber „Kontaktpersonen“ weisen eine erhebliche Eingriffsintensität auf; darauf, dass solche Maßnahmen in der Praxis selten eingesetzt werden, kommt es nach zutreffender Feststellung des *Senats* nicht an – der Werkzeugkoffer muss verfassungsrechtlich „sauber“ sein, selbst wenn das konkrete Werkzeug „ganz unten“ liegt. Daher darf § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG nicht allein auf § 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG und damit nur auf die Eigenschaft als Kontaktperson verweisen, sondern müsste zusätzlich die Anforderung einer konkreten Gefahr oder zu-

¹² Zur Rolle des Bundeskriminalamts vgl. *Soukup/Barten*, Kriminalistik 2013, 22 ff.; s. auch *Pfahl-Traughber*, ZfP 2021, 87 ff.; *ders.*, Kriminalistik 2013, 17 ff.; *Virchow*, NK 2014, 141 ff.

¹³ Dazu *Sehr*, Kriminalistik 1999, 532 ff.; *Rublack*, DuD 1999, 437 ff.; zum Vorgänger INPOL *Wiesel*, Kriminalistik 1992, 391 ff.

¹⁴ Bislang bei INPOL-neu z.B. delikts- und phänomenbezogene Dateien, Gewalttäterdateien (kritisch *Ruch/Feltes*, NK 2016, 66 ff.), erkennungsdienstliche Dateien, DNA-Analyse-Datei (*Kube*, Kriminalistik 1998, 415 ff.; *Busch*, NJW 2002, 1754 ff.) und Hafidatei; s. die Verordnung über die Art der Daten, die nach den §§ 8 und 9 des Bundeskriminalamtgesetzes gespeichert werden dürfen (BKA-Daten-Verordnung – BKADV); ferner *Arzt*, NJW 2011, 352 ff.

¹⁵ *BVerfG*, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 4.

¹⁶ Die Kostenregelung sieht die Erstattung von einem Drittel der notwendigen Auslagen der Beschwerdeführenden durch die Bundesrepublik Deutschland vor.

¹⁷ *BVerfG*, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 63 ff.

¹⁸ *BVerfG*, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 83 ff.

¹⁹ *BVerfG*, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 90 ff.

²⁰ Grundlegend *BVerfGE* 65, 1 ff.; dazu etwa *Schoch*, Jura 2008, 352 ff.; *Franzius*, ZJS 2015, 259 ff.; *Behrendt*, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 2023.

²¹ *BVerfG*, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 100 ff.

mindest einer konkretisierten Gefahr für ein hinreichend gewichtiges Rechtsgut enthalten. Der *Senat* veranschaulicht dies mit der griffigen Formel, dass die Kontaktperson einer verantwortlichen Person dann erst recht nicht mit eingriffsintensiven Maßnahmen überwacht werden darf, wenn dies bereits bei der verantwortlichen Person nicht zulässig wäre.²² Der Gesetzgeber ist mit der gewählten Verweisungstechnik in die Falle der „Unterkomplexität“ getappt – ein Fehler, der freilich leicht zu beheben, gleichwohl aber emblematisch für eine der spezifischen Herausforderungen moderner Sicherheitsgesetzgebung²³ ist: Die Gesetzgeber neigen zu komplizierten Verweisen, die nicht selten nicht hinreichend „nachverfolgt“ bzw. bei Folgeänderungen „mitnovelliert“ werden, zu verfassungsrechtlich bedenklichen Verweisungsketten²⁴ und kaum auflösbaren Normkollisionen führen oder in ein „*dead end*“ münden. Auch um den Preis eines weiteren Anwachsens des Normumfangs kann nur dazu geraten werden, statt bloßer Verweise mit gesonderten und präzisen Tatbestandsformulierungen zu arbeiten.

3. Verfassungsrechtlich nichts zu beanstanden hat der *Senat* an § 16 Abs. 1 BKAG. Die Vorschrift gestattet dem Bundeskriminalamt die Weiterverarbeitung personenbezogener Daten in seinem eigenen Informationssystem. Dieser Umgang mit Daten unterliegt lediglich dem Vorbehalt, dass er zur Erfüllung der Aufgaben des Bundeskriminalamts erforderlich ist, und dass sich im BKAG keine speziellere Vorgabe findet. Die Verfassungsbeschwerde bezog sich allein auf die nicht zweckändernde Weiterverarbeitung von Informationen, die zuvor mit besonders eingriffsintensiven Mitteln gemäß § 45 BKAG erhoben wurden und im Rahmen der Aufgabenerfüllung zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus nach § 5 BKAG verarbeitet werden. Der *Senat* stellt heraus, dass sich das Gewicht des Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch die Weiterarbeitung nach demjenigen der vorausgegangenen Datenerhebungseingriffe richtet²⁵ – auch dies vollumfänglich im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung.²⁶ Man könnte bei dieser Belastungsakzessorietät von einer datenschutzrechtlichen „*fruit of the poisonous tree*“-Formel sprechen. In gewohnter Weise wägt der *Senat* eingriffsintensivierende und eingriffsmindernde Umstände ab (eine Vorgehensweise, zu der er in ständiger Judikatur auch die Gesetzgeber anhält²⁷), qualifiziert § 16 Abs. 1 BKAG überzeugend als „Generalmächtigung“ für solche Weiterverarbeitungsvorgänge, die keinen spezielleren Regelungen unterliegen,²⁸ und stellt fest, dass die Bestimmung nicht zu nachgelagerten, besonders eingriffsintensiven Maßnahmen wie etwa einer automatisierten Datenanalyse bzw. -auswertung²⁹ ermächtigt. Sie wird daher mit nachvollziehbarer Argumentation als verhältnismäßig eingeordnet, wo-

bei der *Senat* instruktive, teilweise mit den Ausführungen des Urteils zum BKAG vom 20. April 2016 wortgleiche Erwägungen sowohl zur zweckwahrenden als auch zur zweckändernden Datenverarbeitung anstellt. Bewegt sich der Umgang mit Daten im selben Aufgabenkreis und dient er dem Schutz derselben Rechtsgüter bzw. zur Verfolgung oder Verhütung derselben Straftat, dürfen Rechtsnormen die Nutzung von Informationen als sog. „Spurenansatz“, also als Ausgangspunkt für weitere Ermittlungen erlauben, ohne dass dies dem Erfordernis einer hinreichend konkretisierten Gefahrenlage oder eines qualifizierten Tatverdachts unterworfen werden müsste.³⁰ Damit trägt der *Senat* der Tatsache Rechnung, „dass sich die Generierung von Wissen (...) nicht vollständig auf die Addition von je getrennten, nach Rechtskriterien formell ein- oder ausblendbaren Einzeldaten reduzieren“ lasse.³¹ Dies ist eine bemerkenswerte Aussage, die einer isoliert-kleinteiligen datenschutzrechtlichen Bewertung einzelner zweckwahrender Datenverarbeitungsschritte zu Gunsten der polizeilichen Ermittlungsbedürfnisse eine Absage erteilt, ohne allerdings eine Datennutzung „ins Blaue hinein“ ermöglichen zu wollen – die zwingende Ausrichtung an den behördlichen Aufgaben und der Grundsatz der Zweckbindung genügen nach Ansicht des *Senats*, einen solchen Missbrauch zu verhindern. Besteht der ursprüngliche Ermittlungsansatz nicht mehr, dürfen Informationen auch nicht „auf Vorrat“ aufbewahrt werden. Bei einer Zweckänderung ist für die polizeiliche Praxis die (erneut nicht erstmals geäußerte³²) Erkenntnis von besonderer Bedeutung, dass eine solche Änderung zwar bei der „Umnutzung“ von mit eingriffsintensiven Maßnahmen gewonnenen Informationen voraussetze, dass die neue Nutzung „dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dient, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten“,³³ dass aber in einem solchen Falle die Anforderungen an die Eingriffsschwelle abgesenkt seien. Es sei verfassungsrechtlich geboten, aber auch ausreichend, „dass sich aus den Daten ein konkreter Ermittlungsansatz“ (hinsichtlich einer Straftat von vergleichbarem Gewicht) ergebe. Bei dieser Wertung handelt es sich um eine durchaus beachtliche Modifikation des Grundsatzes der „hypothetischen Datenneuerhebung“³⁴: für das Tätigkeitsfeld der Strafverfolgung setzt der *Senat* die Anforderungen an den konkreten Ermittlungsansatz mit dem Anfangsverdacht im strafprozessualen Sinne gleich, für die Gefahrenabwehr fordert er, dass die Informationen im Einzelfall die Annahme „einer zumindest auf mittlere Sicht drohenden Gefahr“ tragen müssten.³⁵ Was dabei „auf mittlere Sicht“ heißen soll, bleibt vage und auslegungsbedürftig – der Zeitraum bzw. Zeitpunkt wird wohl aufgrund der damit beabsichtigten

²² BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 110.

²³ Vgl. dazu Thiel, GSZ 2021, 97 ff.; ders., Verwaltung & Management 2019, 224 ff.

²⁴ Dazu BVerfGE 163, 43 ff. Rn. 112 ff.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 124.

²⁶ BVerfGE 165, 363 ff. Rn. 54, 66 f.

²⁷ Die Gesetzgeber können damit die Eingriffsintensität „steuern“, vgl. dazu BVerfGE 165, 363 ff. Rn. 75 ff.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 126, unter Verweis auf BT-Drs. 18/11163, 97: „Grundnorm“.

²⁹ Dazu eingehend BVerfGE 165, 363 ff.; dazu Petri, ZD 2023, 345 ff.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 135.

³¹ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 135; so auch schon BVerfGE 141, 220 ff. Rn. 281.

³² Vgl. BVerfGE 141, 220 ff. Rn. 289 f.

³³ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 138.

³⁴ Dazu kritisch Schneider, GSZ 2022, 1 ff.; Löffelmann, GSZ 2019, 16 ff.; s. auch Schwartmann/Köhler, NVwZ 2024, 1709 (1711).

³⁵ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 139; so auch schon BVerfGE 141, 220 ff. Rn. 290.

„Lockerung“ als weiter gefasst zu verstehen sein als die „überschaubare Zukunft“³⁶ bzw. der „absehbare Zeitraum“, mit dem *BVerfG* und Gesetzgeber begrifflich im Zusammenhang mit der hinreichend konkretisierten (bzw. „drohenden“) Gefahr arbeiten.

4. Als nicht verfassungskonform bewertet der *Senat* § 18 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 BKAG, soweit die Vorschriften in Verbindung mit § 13 Abs. 3 und § 29 BKAG die Speicherung zuvor erhobener personenbezogener Grunddaten (nach § 20 S. 2 Nr. 2 BKAG: insbesondere Namen, Geschlecht, Geburtsdatum, Geburtsort, Staatsangehörigkeit und Anschrift) durch das Bundeskriminalamt im polizeilichen Informationsverbund erlauben. Mit der Verfassungsbeschwerde (zulässig) angegriffen war die Bereitstellung der Daten in diesem Verbund, neben der mit § 16 Abs. 1 BKAG erfolglos monierten Verarbeitung im eigenen Informationssystem (s.o. 3.). Diese Speicherung stellt als Weiterverarbeitung einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dar. Der *Senat* hebt den „vorsorgenden“ Charakter der Speicherung hervor: es handele sich um eine Zweckänderung mit der Besonderheit, dass die „neu gesetzten Zwecke (...) in der Bereithaltung der Daten für den Fall“ lägen, „dass sie für konkrete Zwecke zukünftig benötigt werden sollten“.³⁷ Für das Eingriffsgewicht sei daher u. a. bedeutsam, welche möglichen künftigen Nutzungen bestünden und welchen Beeinträchtigungen Grundrechtsträger dabei ausgesetzt sein könnten. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die vorsorgende Speicherung einen Datenbestand schaffe, „der nicht aus sich heraus auf konkrete Zwecke beschränkt“ sei und „Möglichkeiten der Verknüpfung von Daten“ eröffne.³⁸ Auch hier bezieht der *Senat* wieder eingriffintensivierende und -mildernde Umstände in die Überlegungen ein. Die verfassungsrechtlichen Spezifika der Bereitstellung im polizeilichen Informationsverbund sind damit klar konturiert. Namentlich für Beschuldigte geht der *Senat* von einem erheblichen Eingriffsgewicht aus, auch weil die (unter Umständen für „sehr lange Zeiträume“ erfolgende) Speicherung selbst der Grunddaten „in letzter Konsequenz auf operative Maßnahmen gerichtet sein“ oder „jedenfalls die Wahrscheinlichkeit sicherheitsbehördlicher Maßnahmen (...) deutlich erhöhen“ könne.³⁹ Vor diesem Hintergrund hält der *Senat* die Regelungen für mit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne unvereinbar. Erforderlich für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der vorsorgenden Speicherung seien die Festlegung angemessener Speicherzwecke und Speicherschwel­len sowie die Bestimmung einer angemessenen Speicherdauer. Die geforderte Normierung konkreter Speicherzwecke soll die Schaffung eines seiner Zwecksetzung nach offenen Datenvorrats verhindern, „dessen Nutzung je nach Bedarf und politischem Ermessen der späteren Entscheidung verschiedener staatlicher Instanzen überlassen“⁴⁰ bleibe. In

dieser Aussage schwingt der Gedanke der Zukunftssicherung rechtsstaatlicher Standards bei sich verändernden politischen Mehrheiten mit – diesen „Nicht-in-die-falschen-Hände“-Ansatz in Bezug auf polizeiliche Eingriffsbefugnisse hat der Unterzeichner bislang für weit hergeholt gehalten; es scheint aber an der Zeit, ihn ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Dass die Tragweite einer zweckungebundenen vorsorgenden Speicherung für die Bürgerinnen und Bürger nicht vorhersehbar sei,⁴¹ tritt als wesentlicher Gesichtspunkt hinzu. Weniger geläufig als der Begriff der Speicherzwecke ist derjenige der Speicherschwelle. In seiner Funktion entspricht er weitestgehend der Eingriffsschwelle – es geht um materielle Voraussetzungen für das „Ob“ einer vorsorgenden Speicherung einer Information. Erforderlich ist das „Bestehen einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit dafür, dass die vorsorgend gespeicherten Daten zur Erfüllung der mit der Speicherung letztlich verfolgten Zwecke benötigt werden“.⁴² Damit sind die Speicherschwel­len untrennbar mit den Speicherzwecken verknüpft und (selbstverständlich) an diesen zu orientieren. Geht es um die Speicherung von Daten zu repressiven Zwecken, ist zum einen erforderlich, dass die betroffene Person mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine strafrechtlich relevante Verbindung zu möglichen Straftaten aufweisen werde, zum anderen, dass gerade die gespeicherten Daten zu deren Verhütung und Verfolgung angemessen beitragen können. Die diesbezüglich anzustellende Prognose kann personenbezogen (Persönlichkeit des Betroffenen, bisheriges strafrechtliches Erscheinungsbild) bzw. tatbezogen (Art, Schwere und Begehungsweise) ausgerichtet sein, sich aber auch an Delikt- bzw. Phänomenbereichen orientieren.⁴³ Dem Gesetzgeber ist damit vergleichsweise freie Hand für die Ausgestaltung des Regelungskonzepts gelassen – gefordert ist aber eine sachgerechte gesetzliche Steuerung der Prognose. Darüber hinaus müssen adäquate Speicherdauern normiert werden (flankiert durch entsprechende Prüffristen und Löschungsvorschriften), und es bedarf der Schaffung von Verwendungsregeln für die weitere (zweckändernde) Nutzung der Daten. § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 13 Abs. 3, § 29 BKAG fehle es, so der *Senat*, an einer hinreichend normierten Speicherschwelle, weil die Vorschriften allein an die Beschuldigteneigenschaft anknüpften, die auch in anderem Kontext „mit Unsicherheiten hinsichtlich der Beziehung zur vorgeworfenen Straftat verbunden“⁴⁴ sei. Diese kritische Haltung gegenüber dem Beschuldigtenstatus als Speicherschwelle ist nachvollziehbar, entscheidet über ihn doch die Strafverfolgungsbehörde durch die Adressierung der Datenerhebungsmaßnahme an die betroffene Person selbst⁴⁵ – bei heimlichem Vorgehen auch ohne deren Kenntnis. Lösungswege für die unzureichende Speicherschwel­lenregelung durch systematische Auslegung verwirft der *Senat* richtigerweise. Schließlich beanstandet er das Fehlen eines hinreichend

³⁶ BVerfGE 141, 220 ff. Rn. 112.

³⁷ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 158.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 162.

³⁹ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 172.

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 183.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 183.

⁴² BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 185.

⁴³ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 186.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 195.

⁴⁵ Vgl. *BGH*, NSStZ 2019, 539 ff.: Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörde und Manifestation durch entsprechenden Willensakt; zur „Rollenzuweisung“ etwa *Bosch*, Jura 2020, 36 ff.

ausdifferenzierten Regelungskonzepts zur Speicherdauer.⁴⁶ Dieses muss der Gesetzgeber schaffen; eine Konkretisierung der gesetzlichen Prüfungs- und Aussonderungsfristen durch innerbehördliche Vorhaben des Bundeskriminalamtes genügt diesen Anforderungen nicht.⁴⁷

III. Ausblick

Der *Senat* hat § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 (soweit i.V.m. § 13 Abs. 3, § 29 BKAG die Speicherung von Daten durch das Bundeskriminalamt in seiner Funktion als Zentralstelle erlaubt wird) und § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BKAG für unvereinbar mit der Verfassung erklärt; den ebenfalls möglichen Ausspruch der Nichtigkeit (vgl. dazu § 31 Abs. 2 S. 2 und 3 BVerfGG)⁴⁸ hält er nicht für erforderlich, weil die Gründe für die Verfassungswidrigkeit nicht den Kern der mit den Normen eingeräumten Befugnisse, sondern einzelne Aspekte ihrer rechtsstaatlichen Ausgestaltung betreffen.⁴⁹ Die Bestimmungen gelten aufgrund ihrer Bedeutung für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung des Bundeskriminalamtes bis zum 31. Juli 2025 vorübergehend fort, der Gesetzgeber kann bis zu diesem Zeitpunkt „nachbessern“.

Damit ist weder die Überwachung von Kontaktpersonen noch die Bereitstellung von Informationen im polizeilichen Informationsverbund per se verfassungsrechtlich zu beanstanden. Dass das *BVerfG* ein sicherheitsbehördliches Instrument ganz grundsätzlich für verfassungswidrig erklärt, ist ohnehin eine Seltenheit. Die Rechtsprechung des *Ersten Senats* zeichnet sich durch eine akribische verfassungsrechtliche „Feinjustierung“ und differenzierte Ergebnisse aus. Wenngleich die Entscheidungen in Presse und Öffentlichkeit häufig als „Niederlage“ für die jeweiligen Gesetzgeber bezeichnet werden, ist mit aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass die Judikatur des *Senats* ein tiefgreifendes Verständnis für Sicherheitsinteressen

und die Notwendigkeiten polizeilicher Praxistätigkeit durchzieht. Dies zeigt sich beispielsweise an der Entscheidung zur automatisierten Datenanalyse: Die „Überwindung der praktischen Erkenntnisgrenzen klassischer Polizeiarbeit“ wird dort keineswegs als unzulässig verworfen; vielmehr sieht der *Senat* in der Nutzung technischer Mittel bis hin zum Einsatz Künstlicher Intelligenz eine (durchaus auch legitimationsfähige) Erhöhung des Eingriffsgewichts.⁵⁰ Adressatin kritischer Urteile und Beschlüsse ist regelmäßig nicht die Polizei, sondern die Legislative. Mitunter stiftet die Verfassungsrechtsprechung zwar rechtsdogmatische Verwirrung wie z. B. bei der Etablierung des Begriffs der „drohenden Gefahr“⁵¹; weit überwiegend aber können die Sicherheitsbehörden von den detailreichen Ausführungen des *Senats* profitieren, weil sie wichtige Leitlinien für das Agieren auf oftmals rechtlich noch unerschlossenem Terrain bieten, für die grundrechtlichen Dimensionen namentlich des polizeilichen Umgangs mit personenbezogenen Daten sensibilisieren und den Einsatz neuartiger technischer Mittel grundrechtsschonend einhegen. Vor diesem Hintergrund ist auch das Urteil des *Ersten Senats* vom 1. Oktober 2024 von großem Nutzen. Es greift – wenig überraschend – zahlreiche Erwägungen aus der Entscheidung zum BKAG vom 20. April 2016 auf. Zugleich kommt ihm eine wesentliche eigenständige Bedeutung zu: Der *Senat* mahnt die Gesetzgeber in Bund und Ländern ebenso zu sorgfältiger Arbeit bei der Nutzung von Verweisen wie zu einer normspezifischen Ausgestaltung von Eingriffsschwellen, und mit den Forderungen hinsichtlich differenzierter Regelungskonzepte zur Trias aus Speicherzwecken, Speicherschwelen und Speicherdauer, die vom demokratisch unmittelbar legitimierten parlamentarischen Gesetzgeber zu erstellen sind und damit einen Baustein einer berechtigten sicherheitsrechtlichen „Wesentlichkeitsvorstellung“ bilden, setzt er wichtige Wegmarken für die Zukunft polizeilicher Informationssysteme.

⁴⁶ *BVerfG*, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 200 ff.

⁴⁷ *BVerfG*, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 203.

⁴⁸ Zur Rechtsfolgenentscheidung des Gerichts vgl. *Dürschmidt*, AöR Bd. 147 (2022), 70 ff.

⁴⁹ *BVerfG*, Urt. v. 1.10.2014 – 1 BvR 1160/19 Rn. 208.

⁵⁰ Vgl. *BVerfGE* 165, 363 ff. Rn. 70, 100 (Künstliche Intelligenz, *predictive policing*).

⁵¹ Aus dem umfangreichen Schrifttum kritisch etwa *Kretschmann/Legnaro*, ZfRSoz 2020, 3 ff.; *Ruscheimer*, KrimJ 2020, 122 ff.; *Austermann/Schlichte*, KJ 2018, 479 ff.; *Enders*, DÖV 2019, 205 ff.; s. auch *Möstl*, BayVBl. 2020, 649 ff.; *Wehr*, Jura 2019, 940 ff.; *Leisner-Egensperger*, DÖV 2018, 677 ff.; *Shirvani*, DVBl. 2018, 1393 ff.

BGH äußert sich zu Immunität bei Spionagetätigkeiten

BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24

Amtliche Leitsätze:

Die allgemeine Funktionsträgerimmunität gilt bei Spionage und geheimdienstlichen Gewaltakten nicht; § 20 Abs. 2 Satz 2 GVG steht dem nicht entgegen.

Gründe:

I.

- ¹ Der Beschuldigte ist am 19.6.2024 festgenommen worden und befindet sich seit dem Folgetag ununterbrochen in Untersuchungshaft; zunächst aufgrund eines Haftbefehls des Ermittlungsrichters des *BGH* vom 20. Juni 2024 (1 BGs 514/24). Dieser Haftbefehl ist durch einen neuen vom 10. Juli 2024 (1 BGs 567/24) ersetzt worden.
- ² Gegenstand des aktuellen Haftbefehls ist der Vorwurf, der Beschuldigte habe am 19.6.2024 in F. für einen Geheimdienst einer fremden Macht eine geheimdienstliche Tätigkeit gegen die Bundesrepublik Deutschland ausgeübt, die auf die Mitteilung von Tatsachen gerichtet gewesen sei. Der Haftbefehl nimmt eine mutmaßliche Strafbarkeit des Beschuldigten wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit gemäß § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB an.
- ³ Gegen den Haftbefehl wendet sich der Beschuldigte mit seiner Beschwerde vom 6.8.2024.
- ⁴ Der Ermittlungsrichter des *BGH* hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen.
- ⁵ Der Generalbundesanwalt hat beantragt, die Haftbeschwerde als unbegründet zu verwerfen.

II.

- ⁶ Die gemäß § 304 Abs. 5 StPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist unbegründet. Die rechtlichen Voraussetzungen für einen Haftbefehl und dessen Vollzug liegen vor.
- ⁷ 1. Nach dem gegenwärtigen Ermittlungsstand ist im Sinne eines dringenden Tatverdachts von folgendem Sachverhalt auszugehen:
 - ⁸ a) Der kriegsversehrte K., der seit Sommer 2023 in Deutschland lebt, war Offizier der ukrainischen Streitkräfte und vor seiner Übersiedelung in die Bundesrepublik unter dieser ihm von der Ukraine verliehenen Identität dort für den ukrainischen militärischen Geheimdienst G. im Bereich der militärischen Aufklärung tätig und an Kampfhandlungen im Ukrainekrieg beteiligt. In russischen Medien wurde er bezichtigt, Ende März 2022 in B. bei Ki. an der Tötung gefangen genommener russischer

Soldaten mitgewirkt und dadurch Kriegsverbrechen begangen zu haben.

- ⁹ Spätestens im Frühjahr 2024 wurde K. in Deutschland Zielperson von Ausforschungsbemühungen eines fremden Geheimdienstes. Am 16.4.2024 erhielt er nach vorheriger Kontaktaufnahme über einen Messengerdienst von einer sich als „J.“ bezeichnenden unbekanntem Person telefonisch das vorgebliche Angebot, für den ukrainischen Inlandsgeheimdienst „S.“ (S.) in Deutschland tätig zu werden. Er solle gegen Entlohnung daran mitwirken, Informationen über russische Staatsbürger in der Bundesrepublik zu sammeln. K. erklärte seine Bereitschaft hierzu, kontaktierte aber nach dem Telefonat sogleich einen ihm bekannten Mitarbeiter des S., von dem er darüber informiert wurde, das dieser ukrainische Geheimdienst nicht involviert sei und das Angebot zur Mitwirkung nicht von diesem stamme. Ihm wurde daraufhin ein Kontakt zu einem Angehörigen der Auslandsabteilung des S. vermittelt, mit dem K. in der Folgezeit in Verbindung stand und mit dem er sein weiteres Vorgehen absprach. Zudem verständigte K. am 22.4.2024 deutsche Polizeibehörden von dem Anwerbeversuch und arbeitete seither mit diesen bei der Aufklärung des Sachverhalts zusammen.
- ¹⁰ In der Folgezeit hatte K. wiederholt mit „J.“ Messengerkontakt, bei dem es unter anderem um ein persönliches Treffen beider in F. ging, aber auch um einen ersten angeblichen Ausforschungsauftrag, den K. ausführen sollte. K. vertröstete „J.“ allerdings unter Hinweis auf seinen angegriffenen Gesundheitszustand hinsichtlich einer Zusammenkunft. Letztlich erklärte „J.“, dass er am 19.6.2024 nach F. kommen werde und man sich an diesem Tag um 14.00 Uhr treffen könne, um den Auftrag persönlich zu besprechen. K. stimmte zum Schein dem Treffen zu.
- ¹¹ Am Mittag des 19.6.2024 legte „J.“ dem K. gegenüber mittels Messengernachricht das Café „ “ in F. als Treffpunkt fest; er werde in diesem warten, um draußen nicht aufzufallen.
- ¹² b) „J.“, der tatsächlich für einen Geheimdienst eines fremden Staates, indes nicht für den ukrainischen S. tätig war, hatte zwischenzeitlich mit dem Beschuldigten und den Mitbeschuldigten I. und Sa. vereinbart, dass diese ihn bei dem Treffen begleiten sowie dieses absichern und observieren sollten. Der Beschuldigte und die beiden Mitbeschuldigten sagten zu; dabei hielt der Beschuldigte zumindest für möglich und nahm jedenfalls billigend in Kauf, hiermit Dienste für einen ausländischen Geheimdienst zu leisten.
- ¹³ Der Beschuldigte und Sa. hielten sich ab etwa 13.15 Uhr

am 19.6.2024 auf dem Platz vor dem Café auf und beobachteten die Örtlichkeit, um das erwartete Eintreffen des K. und etwaiger Begleiter auszuspähen. Nachdem K. dem „J.“ mit Textnachrichten wiederholt mitgeteilt hatte, er verspäte sich, werde aber auf jeden Fall kommen, schrieb ihm „J.“ um 14.56 Uhr, er werde noch fünf Minuten warten und dann gehen. In unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang damit, also augenscheinlich wegen eines erwarteten Scheiterns des Treffens mit der Zielperson, bezahlte der Beschuldigte zwei konsumierte Getränke im Café und begab sich Sa. in den Außenbereich des Cafés, wo er Fotos von dortigen Gästen anfertigte, um unter diesen vermutete zu K. gehörende Personen aufzuklären.

¹⁴ Sodann verließen der Beschuldigte, Sa. und I., der das nähere Umfeld des Cafés aufgeklärt hatte, mit einem vom Beschuldigten geführten Pkw gemeinsam die Örtlichkeit, weil K., wie er von vornherein beabsichtigt hatte, nicht erschienen war. In dem Pkw hatte der Beschuldigte einen GPS-Sender deponiert, der mutmaßlich an dem Fahrzeug der Zielperson angebracht werden sollte, um deren Aufenthaltsort im Anschluss an die Zusammenkunft jederzeit feststellen zu können. Kurze Zeit später wurden die drei festgenommen.

¹⁵ Im Nachgang zu dem gescheiterten Treffen teilte „J.“ dem K. unter Aufrechterhaltung seiner Legende eines Beschäftigten des ukrainischen Geheimdienstes S. mit, die Ukraine werde ihm, weil er Termine nicht einhalte, keine Hilfe - insbesondere keinen konsularischen Beistand - mehr leisten.

¹⁶ c) Die Kontaktaufnahme des ausländischen Geheimdienstes mit K. und ein Treffen mit diesem in dem F. er Café sollten der Gewinnung näherer Informationen über die Zielperson und ihren Aufenthalt in Deutschland dienen. Diese Tatsachen lagen angesichts der früheren Tätigkeit des K. für den ukrainischen Militärgeheimdienst und seiner aktiven Beteiligung an Kriegshandlungen der Ukraine im Aufklärungsinteresse der betreffenden fremden Macht, wobei bislang noch nicht festgestellt werden können, um welchen Staat es sich dabei handelte. Naheliegender erscheint allerdings, dass ein russischer Geheimdienst tätig wurde. Die erstrebten Informationen über die Zielperson sollten hochwahrscheinlich gegen diese gerichteten weiteren nachrichtendienstlichen Operationen auf deutschem Staatsgebiet den Weg ebnen; nicht ausschließbar bezweckten sie sogar, die staatlich veranlasste Tötung K.s in Deutschland oder seine Entführung aus der Bundesrepublik vorzubereiten, um ihn für (vermeintliche) Kriegsverbrechen im internationalen bewaffneten Konflikt in der Ukraine zur Verantwortung zu ziehen.

¹⁷ 2. Der dringende Tatverdacht (§ 112 Abs. 1 Satz 1 StPO) begründet sich wie folgt:

¹⁸ a) Die hochwahrscheinlichen Annahmen zur Kontaktaufnahme des „J.“ mit K. und ihrer Kommunikation in der Folgezeit stützen sich auf Bekundungen der Zielperson sowie Chatnachrichten und Mitschnitte der geführten Telefonate der beiden Personen, die den Ermittlungsbehörden zur Verfügung gestellt worden sind.

¹⁹ b) Die bisherigen Erkenntnisse zum Tätigwerden der Beteiligten am Tattag in dem F. er Café beziehungsweise dessen unmittelbarer Umgebung und damit zum Agieren des Beschuldigten beruhen auf einem Observationsbericht des hessischen Landeskriminalamtes. Dass das Handeln des Beschuldigten Teil geheimdienstlicher Ausforschungsbemühungen war und er insofern mit zumindest bedingtem Vorsatz handelte, ergibt sich aus seinem Verhalten und dem der anderen Beteiligten am Tattag, aber auch aus verschiedenen Begleitumständen. So führte der Beschuldigte bei seiner Festnahme mehrere Kreditkarten mit unterschiedlichen Namen mit sich. Beim Mitbeschuldigten Sa. wurden mehrere Pässe mit verschiedenen Namen, in denen zudem kein Geburtsort verzeichnet war, und beim Mitbeschuldigten I. größere Mengen Bargeld sichergestellt. Ferner hat der Beschuldigte bei Vernehmungen unterschiedliche, nicht miteinander korrespondierende Angaben zu dem in seinem Pkw aufgefundenen GPS-Sender gemacht. Schließlich erscheint angesichts der früheren Tätigkeit der Zielperson plausibel, dass sie in den Fokus eines ausländischen Geheimdienstes geriet.

²⁰ c) Das Vorbringen des Verteidigers des Beschuldigten in der Beschwerdebegründung, es hätten sich keine Hinweise auf ein Kennverhältnis zwischen dem Beschuldigten und der Zielperson ergeben, steht der Annahme dringenden Tatverdachts nicht entgegen. Denn zum einen wird dem Beschuldigten eine Auftragstätigkeit für einen fremden Geheimdienst zur Last gelegt. Zum anderen hat sich der Beschuldigte bei einer Vernehmung dahin eingelassen, K. sei unter anderem Namen Kommandeur einer ukrainischen Militäreinheit gewesen und werde beschuldigt, als solcher im Frühjahr 2022 bei Kämpfen in der Stadt B. im Nordwesten Ki.s Kriegsverbrechen gegen russische Soldaten begangen zu haben. Mithin hatte er Kenntnisse über die Zielperson und über einen naheliegenden Grund für ein geheimdienstliches Vorgehen gegen diese. Auch erscheint, anders als in der Beschwerdebegründungsschrift vorgebracht wird, angesichts der Gesamtumstände die Annahme naheliegend, dass der im Pkw des Beschuldigten deponierte GPS-Sender dazu bestimmt war, ihn für die weitere Ausforschung der Zielperson zu verwenden, zumal der Beschuldigte zum Grund dafür, warum sich das Gerät in seinem Fahrzeug befand, unklare und widersprüchliche Angaben gemacht hat.

²¹ d) Ergänzend nimmt der Senat Bezug auf die Darlegungen zur Begründung des dringenden Tatverdachts im angefochtenen Haftbefehl vom 10.7.2024 (dort unter II.) sowie in der Zuschrift des Generalbundesanwalts an den Senat vom 12.8.2024.

²² 3. In rechtlicher Hinsicht ist entsprechend der Würdigung des Haftbefehls gegenwärtig die Annahme einer Strafbarkeit des Beschuldigten wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit gemäß § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB begründet, wobei die Tat der deutschen Gerichtsbarkeit unterfällt.

²³ a) Es besteht kein - gemäß Art. 25 GG und § 20 Abs. 1 S. 1 GVG beachtliches - Verfahrenshindernis der völkerrechtlichen Immunität. Zwar wurde der Beschuldigte mutmaßlich im Auftrag eines fremden Staates und für diesen

tätig. Auch kommt Personen, die für einen Staat hoheitlich tätig werden, grundsätzlich aus der Staatenimmunität abgeleitete und völkergewohnheitsrechtlich anerkannte (funktionelle) Immunität in Bezug auf ihr hoheitlich-staatliches Handeln gegenüber der Strafgerichtsbarkeit anderer Staaten (allgemeine Funktionsträgerimmunität) zu. Dies gilt unabhängig davon, ob die betreffende Person in einem festen Dienstverhältnis – etwa als Beamter oder Soldat – zu dem ausländischen Staat steht oder – wie möglicherweise hier – nur einzelfallbezogen für diesen tätig wird; entscheidend ist allein, dass sich die Tätigkeit funktional als fremdstaatliches hoheitliches Handeln darstellt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22, Rn. 32; vom 21.2.2024 – AK 4/24, NJW 2024, 1674 Rn. 53; Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 17; *Ambos*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), Vorb. § 3 Rn. 106; *Böse*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), Vorb. §§ 3-7 Rn. 35; *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), Vorb. §§ 3 ff. Rn. 390; *Kreicker*, JR 2015, 298 m.w.N.; s. ferner *BVerfG*, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68, 85, 91; *BGH*, Urt. v. 26.9.1978 – VI ZR 267/76, NJW 1979, 1101 [1102]). Diese allgemeine Funktionsträgerimmunität erfährt indes bei bestimmten Delikten völkergewohnheitsrechtlich verankerte Ausnahmen. Dazu zählen nicht nur völkerrechtliche Verbrechen, also Taten, deren Strafbarkeit unmittelbar im Völkergewohnheitsrecht verwurzelt ist (vgl. insofern *BGH*, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22, Rn. 32; v. 21.2.2024 – AK 4/24, NJW 2024, 1674 Rn. 53 mwN; Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 13 ff. [zu Kriegsverbrechen]). Auch bei fremdstaatlicher Spionage gilt die allgemeine Funktionsträgerimmunität nicht; insofern anerkennt das Völkerrecht das legitime Interesse des betroffenen Staates, solchen Souveränitätsverletzungen mit dem Mittel des Strafrechts zu begegnen (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 15.5.1995 – 2 BvL 19/91 u.a., BVerfGE 92, 277, 321; *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 47; v. 30.6.1993 – 3 StR 347/92, BGHSt 39, 260, 263; Beschl. v. 29.5.1991 – 3 StE 4/91, NJW 1991, 2498 [2499]; *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 5 Rn. 18; *Böse*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 3-7 Rn. 35; *Frister*, in: SK-StPO, Bd. 9, 6. Aufl. (2022), Vorb. §§ 18-21 GVG Rn. 20; *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB, Vorb. §§ 3 ff. Rn. 412, § 5 Rn. 85; *Berg*, ZaöRV 42 [1982], 295 [317]; *Folz/Soppe*, NStZ 1996, 576 [580]; *Kreicker*, JR 2015, 298 [299]; *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, 2007, S. 243 ff.). Das gleiche gilt für geheimdienstlich gesteuerte Gewaltakte auf fremdem Staatsgebiet; bei solchen Taten – etwa der (beabsichtigten) Tötung oder Entführung von Regimegegnern im Ausland – stellt die allgemeine Funktionsträgerimmunität gleichfalls kein völkerrechtlich begründetes Strafverfolgungshindernis dar (so implizit *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, BGHSt 64, 170; Urt. v. 24.6.2004 – 5 StR 306/03, NJW 2004, 3051; v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62, BGHSt 18, 87; vgl. zudem *Ambos*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 3 Rn. 140; *Böse*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 3-7 Rn. 35; *Frister*, in: SK-StPO, Vor §§ 18-21 GVG Rn. 20; *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB, Vorb. §§ 3 ff. Rn. 412; *Folz/Soppe*, NStZ 1996, 576 [580 f.]; *Kreicker*, JR 2015, 298 [299]; *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 254 ff.).

²⁴ Der am 3.8.2024 in Kraft getretene § 20 Abs. 2 S. 2 GVG (BGBl. 2024 I Nr. 255) steht dem nicht entgegen. Die Neuregelung ist nicht dahin zu verstehen, dass der deutsche Gesetzgeber – abweichend vom Völkergewohnheitsrecht und entgegen der einhelligen Rechtspraxis – die dort postulierte Unbeachtlichkeit „funktioneller Immunität“ auf Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch beschränkt wissen will. Vielmehr zeigt der ausdrückliche Verweis der Gesetzesmaterialien auf jüngste Rechtsprechung des *BGH* (*BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, NJW 2024, 1674 Rn. 53) und die Begründung für die Neuregelung, sie diene der „Festschreibung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs“ (vgl. BT-Drs. 20/11661, S. 19), dass es dem Gesetzgeber allein darum ging, die völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Nichtgeltung der allgemeinen Funktionsträgerimmunität bei völkerrechtlichen Verbrechen deklaratorisch festzuschreiben, ohne weitere Ausnahmen bei anderen Deliktgruppen zu negieren oder sich zu anderen völkerrechtlichen Exemtionen als der allgemeinen Funktionsträgerimmunität zu verhalten.

²⁵ b) Die Aktivitäten, an denen der Beschuldigte hochwahrscheinlich mitwirkte und von denen im Sinne eines dringenden Tatverdachts auszugehen ist, unterfallen dem Straftatbestand der geheimdienstlichen Agententätigkeit gemäß § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

²⁶ aa) Eine geheimdienstliche Tätigkeit für den Geheimdienst einer fremden Macht übt aus, wer eine aktive Mitarbeit für einen fremden Nachrichtendienst entfaltet und dadurch seine Bereitschaft verwirklicht, sich funktionell in dessen Ausforschungsbestrebungen einzugliedern, ohne dass damit notwendigerweise eine Eingliederung in den organisatorischen Apparat des Geheimdienstes verbunden sein muss (vgl. *BGH*, Beschl. v. 31.3.2022 – AK 9/22, NStZ 2022, 737 Rn. 22; v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 16; Urt. v. 5.7.1972 – 3 StR 4/71, BGHSt 24, 369, 372; *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 99 Rn. 7 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind hier angesichts des hochwahrscheinlichen Agierens des Beschuldigten erfüllt; es handelte sich bei den verdeckten Observationsmaßnahmen auch um „geheimdienstliches“ Verhalten, also um ein Handeln, das dem Bild entspricht, welches für die Arbeit von Agenten und anderen Hilfspersonen, die für nachrichtendienstliche Zwecke eingesetzt werden, typisch ist (vgl. zu diesem Erfordernis *BGH*, Beschl. v. 31.3.2022 – AK 9/22, NStZ 2022, 737 Rn. 22; v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 16; Urt. v. 5.7.1972 – 3 StR 4/71, BGHSt 24, 369, 372; *Barthe/Schmidt*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. (2021), § 99 Rn. 4 m.w.N.).

²⁷ bb) Die Agententätigkeit war im Sinne des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf die Mitteilung oder Lieferung von Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen gerichtet. Denn der Tatbestand erfasst nicht nur die Informationsübermittlung im engen Sinne, sondern schließt alle Vorbereitungs-handlungen ein, darunter die Beschaffung von Informationen und hierfür erbrachte Hilfsdienste. Zudem kommt es nicht darauf an, zu welchem Zweck die erstrebten Er-

kenntnisse von dem fremden Nachrichtendienst verwendet werden sollen. Der Endzweck der Tathandlungen muss nicht die Informationsvermittlung – etwa durch Lagebeurteilungen – sein; er kann vielmehr auch – wie mutmaßlich hier – in der Vorbereitung nachrichtendienstlicher Operationen – etwa staatsterroristischer Anschläge, von Sabotageakten oder anderen verbrecherischen Vorhaben – liegen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 17; *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, § 99 Rn. 17 m.w.N.).

- ²⁸ cc) Die Tathandlungen waren zudem gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet. Das Tatbestandsmerkmal „gegen die Bundesrepublik Deutschland“ ist nicht eng im Sinne eines unmittelbar gegen den Bestand der Bundesrepublik oder gegen ihre staatlichen Institutionen gerichteten Handelns zu verstehen; vielmehr genügt eine Tätigkeit gegen die Interessen Deutschlands. Es reicht aus, wenn staatliche Belange zumindest mittelbar berührt sind und die Bundesrepublik Deutschland in ihrer funktionalen Stellung als politische Macht betroffen ist (*BGH*, Beschl. v. 31.3.2022 – AK 9/22, NStZ 2022, 737 Rn. 24; v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 19; v. 20.1.2015 – 3 StR 551/14, BGHSt 60, 158 Rn. 5; v. 22.9.1980 – StB 25/80, BGHSt 29, 325 [331]). Das ist bei einer geheimdienstlichen Tätigkeit eines ausländischen Geheimdienstes auf deutschem Staatsgebiet regelmäßig der Fall (*BGH*, Beschl. v. 31.3.2022 – AK 9/22, NStZ 2022, 737 Rn. 24; v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 19; v. 4.4.2019 – StB 54-55/18, NStZ-RR 2019, 177 [179]).
- ²⁹ Werden ausländische Staatsangehörige auf deutschem Boden Opfer von Maßnahmen eines fremden Nachrichtendienstes, ist jedoch zu beachten, dass das Tatbestandsmerkmal „gegen die Bundesrepublik Deutschland“ nicht schon dadurch erfüllt wird, dass die geheimdienstliche Aktivität auf deutschem Staatsgebiet vorgenommen wird, sondern grundsätzlich eine Spionagetätigkeit erfordert, die einen inhaltlichen Antagonismus zu den Interessen der Bundesrepublik Deutschland aufweist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 21; v. 20.1.2015 – 3 StR 551/14, BGHSt 60, 158 Rn. 7). Ein solcher ist regelmäßig allerdings auch bei Spionagetätigkeiten gegen rechtmäßig in der Bundesrepublik lebende sowie unter ihrem rechtlichen Schutz stehende Ausländer gegeben (vgl. *BGH*, Beschl. v. 20.1.2015 – 3 StR 551/14, BGHSt 60, 158 Rn. 5; *Barthe/Schmidt*, in: LK-StGB, § 99 Rn. 9 m.w.N.) und liegt auch hier vor. Denn die Zielperson wohnt in Deutschland aufenthaltsberechtigt mit ihrer Familie und befindet sich hier wegen erlittener Kriegsverletzungen in medizinischer Behandlung. Die nachrichtendienstliche Operation, die letztlich darauf abzielte, ihr von fremdstaatlichen Interventionen unbeeinträchtigt Leben im Schutz der Rechtsordnung Deutschlands zu gefährden, war gegen die Interessen der Bundesrepublik gerichtet, die es sich zur Aufgabe gemacht hat, ukrainischen Kriegsflüchtlingen Schutz zu gewähren. Dem steht nicht entgegen, dass der Zielperson von russischen Medien vorgeworfen wurde, Kriegsverbrechen gegen russische Soldaten in der Ukraine begangen zu haben, und die Ausforschungsbemühungen möglicherweise darauf gerichtet waren, sie hierfür zur Verantwortung zu ziehen. Denn selbst wenn ein Tatverdacht einer Völkerstraftat bestehen sollte, widerstritte ein hiermit in Zusammenhang stehendes geheimdienstliches Vorgehen einer fremden Macht gegen die Zielperson dem Interesse der Bundesrepublik, dass Maßnahmen zur Aufklärung und gegebenenfalls Ahndung völkerrechtlicher Verbrechen auf deutschem Boden allein im Rahmen eines rechtsstaatlichen Verfahrens ergriffen werden.
- ³⁰ dd) Der Beschuldigte handelte hochwahrscheinlich als Mittäter und nicht lediglich als Gehilfe. Täter einer Straftat nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist jedermann, der sich in die Ausforschungsbestrebungen des fremden Nachrichtendienstes integriert, sich mit seiner aktiven Tätigkeit also bewusst in dessen Dienst stellt, ohne dass damit eine Eingliederung in dessen Organisationsstruktur verbunden sein muss. Auch die Tätigkeit, mit der eine Informationsbeschaffung durch andere nur unterstützt wird, begründet Täterschaft und nicht lediglich Beihilfe (vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 22; v. 2.12.1985 – 3 StR 424/85, NStZ 1986, 165, 166; Urt. v. 5.7.1972 – 3 StR 4/71, BGHSt 24, 369, 377 f.; *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, § 99 Rn. 30 m.w.N.).
- ³¹ 4. Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts für die Strafverfolgung und damit die des Ermittlungsrichters des *BGH* für den Erlass des angefochtenen Haftbefehls folgt aus § 142a Abs. 1 i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 3 GVG.
- ³² 5. Es besteht der Haftgrund der Fluchtgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO). Es ist gesamtwürdigend wahrscheinlicher, dass sich der Beschuldigte – sollte er auf freien Fuß gelangen – dem Strafverfahren entziehen, als dass er sich ihm stellen wird.
- ³³ Denn der Beschuldigte hat mit einer längeren, nicht zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe zu rechnen. Dem von der Straferwartung ausgehenden Fluchtanreiz stehen keine hinreichenden fluchthemmenden Umstände entgegen. Insofern gilt, dass die Annahme von Fluchtgefahr kein sicheres Wissen um die sie begründenden Tatsachen erfordert; es genügt derselbe Wahrscheinlichkeitsgrad wie bei der Annahme des dringenden Tatverdachts (vgl. *BGH*, Beschl. vom 6.9.2022 – AK 27/22, Rn. 36; v. 5.10.2018 – StB 43 u. 44/18, Rn. 37).
- ³⁴ Zwar verfügt der Beschuldigte über einen festen Wohnsitz in Deutschland, an dem er gemeinsam mit seiner Ehefrau und zwei Kindern lebt. Jedoch reiste er in der Vergangenheit mehrfach im Jahr nach Russland und weiter nach Armenien und Georgien, wo er eigenen Angaben zufolge ein Haus besitzt und sozial verankert ist. Zudem geht er in Deutschland keiner Erwerbstätigkeit nach und angesichts des dringenden Tatverdachts einer Tätigkeit für einen fremden Staat ist die Annahme gerechtfertigt, dass dieser ihn im Falle einer Freilassung dabei unterstützen würde, dorthin auszureisen und sich dem Zugriff der deutschen Strafverfolgungsbehörden zu entziehen. Von der Verteidigung geltend gemachte gesundheitliche Beeinträchtigungen des Beschuldigten stehen der Annahme von Fluchtgefahr nicht entgegen, zumal sie den Beschuldigten

auch in der Vergangenheit nicht davon abgehalten haben, regelmäßig und zum Teil für mehrere Wochen nach Armenien und Georgien zu reisen.

- ³⁵ Der Zweck der Untersuchungshaft kann unter den gegebenen Umständen nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen im Sinne des § 116 Abs. 1 StPO erreicht werden.
- ³⁶ 6. Die Untersuchungshaft ist angesichts der Straferwartung, der bisherigen - kurzen - Haftdauer sowie der aus den Verfahrensakten ersichtlichen stringenten und dem Beschleunigungsgrundsatz genügenden Ermittlungen verhältnismäßig (§ 120 StPO). Entgegen dem Vorbringen des Verteidigers ist kein der weiteren Untersuchungshaft ent-

gegenstehender Verstoß gegen das besondere Beschleunigungsgebot in Haftsachen darin zu erblicken, dass ein von der Verteidigung zur Frage der Kenntnis des Beschuldigten von dem GPS-Sender in seinem Fahrzeug benannter Zeuge bislang nicht vernommen worden ist. Denn die unter Beweis gestellte Bekundung des Zeugen, der Beschuldigte habe ihm im Frühjahr 2024 mitgeteilt, erst damals von dem Gerät Kenntnis erlangt zu haben, stellt sein Wissen um den Sender zur Tatzeit nicht in Frage. Den dringenden Tatverdacht vermag die Zeugenaussage, selbst wenn sie als zutreffend zu bewerten wäre, bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller Beweisergebnisse nicht in Frage zu stellen. Insofern wird ergänzend auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Zuschrift des Generalbundesanwalts vom 12.8.2024 Bezug genommen.

Völkergewohnheitsrechtliche Exemtionen der allgemeinen Funktionsträgerimmunität abseits des Völkerstrafrechts – Von fremdstaatlicher Spionage und dem deklaratorischen Charakter des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 27.8.2024, StB 54/24

von Dr. Svenja Raube, LL.M.*

I. Einleitung

Die Reihe spannender höchstrichterlicher Entscheidungen zur Frage der allgemeinen Funktionsträgerimmunität staatlicher Funktionäre reißt nicht ab. Erneut hatte der BGH zu der Frage Stellung zu beziehen, ob der Verfolgung ausländischer Funktionsträger das Verfahrenshindernis der sogenannten funktionellen Immunität entgegensteht. Anders als in den letzten Entscheidungen des BGH zu dieser Frage stand in der vorliegenden Entscheidung allerdings nicht die Begehung einer Völkerstraftat nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB), sondern eine Straftat nach dem StGB in Rede, und zwar die geheimdienstliche Tätigkeit nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Insofern hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung bekräftigt, wonach die allgemeine völkergewohnheitsrechtliche Funktionsträgerimmunität bei fremdstaatlicher Spionage nicht gilt. Bei dieser Gelegenheit hatte er sich auch erstmals mit dem am 3.8.2024 in Kraft getretenen § 20 Abs. 2 S. 2 GVG auseinanderzusetzen.¹ Mit der Feststellung, dass diese Vorschrift lediglich als deklaratorische Festbeschreibung der inzwischen gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur funktionellen Immunität bei Völkerstraftaten zu verstehen sei und demgemäß die Fälle nicht abschließend beschreibt, in denen die allgemeine völkergewohnheitsrechtliche Funktionsträgerimmunität nicht gilt, hat der BGH die wichtige Einsicht gestärkt, dass es für die Anwendbarkeit funktioneller Immunität auch künftig allein auf den Stand des Völkergewohnheitsrechts ankommen wird. Zugleich erinnert der BGH in seiner Entscheidung daran, dass sich die Frage der allgemeinen Funktionsträgerimmunität auch bei anderen durch fremdstaatliche Amtsträger begangenen Straftaten als den Völkerstraftaten stellen kann.

II. Sachverhalt und Kontext

Gegenstand der Entscheidung ist die Haftbeschwerde eines Beschuldigten, gegen den der Generalbundesanwalt ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der geheimdienstlichen Agententätigkeit gemäß § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB eingeleitet hat.

Zielperson der dem Beschuldigten vorgeworfenen Agententätigkeit war der kriegsversehrte ukrainische Staatsangehörige K, der seit 2023 in Deutschland lebt und der vor

seiner Übersiedlung für den ukrainischen Militärgeheimdienst tätig war. Im April 2024 erhielt K einen Anruf von J, der ihm das vermeintliche Angebot unterbreitete, in Deutschland für einen näher bestimmten ukrainischen Inlandsgeheimdienst tätig zu werden. In Wahrheit war J nicht für den genannten ukrainischen Geheimdienst, sondern für einen anderen, bislang nicht näher identifizierten ausländischen Geheimdienst eines anderen Staates tätig. Als K durch Nachforschungen herausfand, dass J tatsächlich nicht für den genannten ukrainischen Inlandsgeheimdienst tätig war, wandte er sich an die deutschen Polizeibehörden und arbeitete in der Folgezeit mit diesen zusammen, um die Herkunft des Anwerbeversuchs aufzuklären. Zu diesem Zweck vereinbarte K mit J zum Schein ein persönliches Treffen, bei dem ein angeblicher Ausforschungsauftrag des K besprochen werden sollte. Zur Absicherung des Treffens beauftragte J den Beschuldigten und zwei weitere Personen, ihn zu dem Treffen zu begleiten und das Geschehen zu observieren. Der Beschuldigte sicherte J die gewünschte Unterstützung zu, wobei er es zumindest für möglich hielt, es aber jedenfalls billigend in Kauf nahm, durch seine Handlungen Dienste für einen ausländischen Dienst zu leisten. Am vereinbarten Tag warteten der Beschuldigte und die beiden Mitbeschuldigten zur vereinbarten Zeit in einem Café auf K. Als K nicht erschien, fertigte einer der beiden Mitbeschuldigten Fotos von den anwesenden Gästen des Cafés an, unter denen die drei den K vermuteten. Anschließend verließen der Beschuldigte und die beiden Mitbeschuldigten den Treffpunkt wieder mit dem PKW des Beschuldigten, in dem dieser einen GPS-Sender deponiert hatte.

Nach den Feststellungen des BGH sollten die Kontaktaufnahme und das Treffen mit K der Gewinnung näherer Informationen über diesen dienen. Obwohl nach dem Stand der Ermittlungen zur Zeit der Entscheidung noch nicht feststand, für welchen ausländischen Geheimdienst die Ausforschungsbemühungen des Beschuldigten erfolgten, hielt es der BGH für naheliegend, dass es sich um einen russischen Nachrichtendienst gehandelt hat. Die Informationen seien „hochwahrscheinlich“ dazu bestimmt gewesen, weiteren gegen K gerichteten nachrichtendienstlichen Operationen im Bundesgebiet den Weg zu ebnen. Nicht ausschließbar hätten diese sogar bezweckt, eine staatlich veranlasste Tötung des K in Deutschland oder seine Ent-

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

¹ § 20 Abs. 2 S. 2 GVG trat mit dem Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts in Kraft, s. BGBl. 2024 I Nr. 255 vom 2.8.2024.

führung vorzubereiten, um ihn für vermeintliche im Frühjahr 2022 begangene Kriegsverbrechen gegen russische Soldaten im Konflikt mit der Ukraine zur Verantwortung zu ziehen, wie sie der Beschuldigte in seiner Vernehmung behauptet hatte. Insofern ging der *BGH* davon aus, dass der Beschuldigte bei dem geplanten Treffen den GPS-Sender am Fahrzeug des K hatte anbringen wollen, um dessen Aufenthaltsort nach dem Treffen jederzeit feststellen zu können. Aufgrund dieser Feststellungen bestand nach Ansicht des *BGH* ein dringender Tatverdacht in Bezug auf die Begehung einer geheimdienstlichen Tätigkeit i.S.d. § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch den Beschuldigten.

Neben der Prüfung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Straftatbestandes der geheimdienstlichen Agententätigkeit nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB (dazu IV.) stand in der Entscheidung zunächst die Frage im Vordergrund, ob der Ausübung der deutschen Gerichtsbarkeit bereits ein nach Art. 25 GG und § 20 Abs. 1 S. 1 GVG beachtliches Verfahrenshindernis wegen funktioneller Immunität deshalb entgegenstand, weil der Beschuldigte mutmaßlich im Dienste eines fremden Staates tätig war (III.). Insofern hatte sich der *BGH* auch mit dem erst kürzlich in Kraft getretenen § 20 Abs. 2 S. 2 GVG zu befassen. Der Blick in die Entstehungsgeschichte dieser Norm gibt Anlass, eine Einschränkung der allgemeinen Funktionsträgerimmunität in den Blick zu nehmen, die in jüngerer Zeit wieder in den Fokus der nationalen wie internationalen Aufmerksamkeit gerückt ist.

III. Kein Verfahrenshindernis wegen funktioneller Immunität

1. Grundsätze und Reichweite

Die Regeln über Immunitäten fremdstaatlicher Funktionsträger gehören seit Jahren zu jenen völkerrechtlichen Normen, die für die strafrechtliche Praxis von unmittelbarer Bedeutung sind.² Der Grundsatz, dass kein Staat befugt ist, über die Hoheitsakte eines anderen Staates zu Gericht zu sitzen, folgt aus dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten (*par in parem non habet imperium*).³ Doch auch Amtsträger und Organe, deren Handlungen dem Staat zugerechnet werden, genießen – innerhalb bestimmter Grenzen⁴ – völkerrechtliche Immunität gegenüber der Strafgerichtsbarkeit anderer Staaten.⁵

In der hiesigen Entscheidung stellte sich indessen zunächst die Frage, ob es der Entstehung funktioneller Immunität von vornherein entgegensteht, wenn der Beschuldigte – wie womöglich hier der Fall – nur im Einzelfall für den ausländischen Staat tätig wird. Insofern stellte der *BGH* in einem ersten Schritt klar, dass die allgemeine Funktionsträgerimmunität unabhängig davon gilt, ob die betreffende Person „etwa als Beamter oder Soldat“ in einem festen Dienstverhältnis zu dem ausländischen Staat steht oder nur einzelfallbezogen für diesen tätig wird.⁶ Entscheidend sei allein, dass sich die Tätigkeit funktional als fremdstaatliches hoheitliches Handeln darstelle. Dieses weite Verständnis verdient Zustimmung und steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung, der zufolge für die Entstehung funktioneller Immunität ein formaler Status als Staatsbediensteter nicht erforderlich ist.⁷

Auch die Einordnung des *BGH*, dass es sich bei den Handlungen des Beschuldigten um „hoheitlich-staatliche“ Handlungen gehandelt habe, verdient Zustimmung. Für die Frage, wann eine Handlung als hoheitlich-staatlich zu qualifizieren ist, hat eine Einordnung nach nationalem Recht auf Grund der Natur der Handlung und des äußeren Erscheinungsbilds zu erfolgen,⁸ wobei das Ergebnis völkerrechtlicher Absicherung bedarf.⁹ Die deutsche Rechtsprechung nimmt ein weites Verständnis ein und versteht unter einer Dienst- oder Amtshandlung in Abgrenzung zur Privathandlung jede Tätigkeit, die der Verfolgung bestimmter politischer Ziele dient, sofern die Betätigung nach außen als solche erkennbar ist.¹⁰ Dass dies bei Spionagetätigkeiten regelmäßig der Fall ist, ist allgemein anerkannt – und dies erneut unabhängig davon, ob die Handlung im Rahmen eines festen Dienstverhältnisses zu einem bestimmten Geheimdienst erfolgt.¹¹

2. Völkergewohnheitsrechtliche Exemtionen

Interessanter sind sodann die Ausführungen des *BGH* zu den völkergewohnheitsrechtlichen Grenzen der allgemeinen Funktionsträgerimmunität.

a) Völkerrechtliche Verbrechen

Bevor der *BGH* sich jedoch der Geltung der funktionellen Immunität im Falle von Spionageakten widmet, bekräftigt er zunächst seine Rechtsprechung zu einer anderen „völkergewohnheitsrechtlich verankerte[n] Ausnahme [...]“¹²

² Kreicker, ZIS 2014, 129.

³ Werle/Jeffberger, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), Vorb. §§ 3 ff. Rn. 390.

⁴ Hierzu s.u. III 2.

⁵ Auch „funktionelle Immunität“ oder Immunität „*ratione materiae*“ genannt. Hiervon zu unterscheiden ist die sog. „personelle Immunität“ (Immunität *ratione personae*), die sich nur auf den engen Personenkreis hochrangiger staatlicher Funktionsträger (Staatsoberhaupt, Regierungschef, Außenminister) erstreckt und die mit der Amtszeit endet, s. Kreß, in: Ambos, Rome Statute of the ICC, Article-by-Article Commentary, 4. Aufl. (2022), Art. 98 Rn. 22, 84 f.; Raube, KriPoZ 2024, 216 (217 f.).

⁶ *BGH*, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 23.

⁷ *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 Rn. 17; *BGH*, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, NJW 2024, 1674 Rn. 53; *BGH*, Beschl. vom 20.3.2024 – 3 StR 454/22, Rn. 32; *BVerfG*, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68 (85, 91).

⁸ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, 2007, S. 139 ff.; Ambos, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. (2024), Vorb. § 3 Rn. 139.

⁹ Vgl. Pabst, in: MüKo-ZPO, Bd. 3, 6. Aufl. (2022), GVG, § 20 Rn. 12.

¹⁰ Ambos, in: MüKo-StGB, Vorb. § 3 Rn. 141 m.w.N.

¹¹ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, 2007, S. 234.

¹² Die besseren Gründe sprechen dafür, dass die funktionelle Immunität im Falle völkerrechtlicher Verbrechen von vornherein unanwendbar ist, über die genaue dogmatische Herleitung besteht jedoch keine Einigkeit, s. Kreß, in: Ambos, Rome Statute of the ICC, Art. 98 Rn. 31 ff.; s. auch United Nations, Report of the International Law Commission, A/77/10, 12.8.2022, S. 237 para. 15.

von der allgemeinen Funktionsträgerimmunität, die in jüngerer Zeit im Fokus nicht nur der internationalen Aufmerksamkeit gestanden hat, sondern die aufgrund der verstärkten Ahndung von im Ausland begangenen völkerrechtlichen Verbrechen durch deutsche Gerichte¹³ auch auf nationaler Ebene hohe praktische Relevanz erlangt hat.¹⁴ In das Feld dieser völkergewohnheitsrechtlichen Grenze führen auch die grundsätzlichen Bemerkungen des BGH zu § 20 Abs. 2 S. 2 GVG.

Die Frage der funktionellen Immunität staatlicher Funktionsträger bei völkerrechtlichen Verbrechen stand bereits bei den Nürnberger Prozessen mit im Zentrum und sie ist von fundamentaler Bedeutung für die Durchführbarkeit von Völkerstrafverfahren.¹⁵ Seither bestand in der Staatengemeinschaft und Literatur lange Zeit ein zutreffender¹⁶ und weitestgehend gefestigter Konsens darüber, dass staatliche Hoheitsträger nach dem Stand des Völkergewohnheitsrechts in nationalen Strafverfahren keine funktionelle Immunität genießen.¹⁷ Dieser Konsens geriet ausgerechnet dann aus dem Gleichgewicht, als sich die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (ILC) im Jahr 2007 der Aufgabe annahm, völkergewohnheitsrechtlich geltende Exemtionen der aus der allgemeinen Staatenimmunität resultierenden Immunitäten zu kodifizieren.¹⁸ Zwar deutet der in erster Lesung angenommene Artikelentwurf der ILC in die Richtung des ursprünglichen Konsenses.¹⁹ Doch hat der Artikelentwurf nicht unerheblichen Gegenwind von einigen Staaten und auch von Teilen der Literatur erfahren.²⁰ Hiervon hat sich selbst die Position der – dem Völkerstrafrecht sonst so verpflichteten – deutschen Bundesregierung beeinflussen lassen, deren

Haltung in den vergangenen Jahren bedauerlich unklar war.²¹

Während mehrere widersprüchliche Stellungnahmen der Bundesregierung zum ILC-Artikelentwurf den einst bestehenden Konsens von der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität nicht gerade stärkten, bezog der BGH zu dieser Grundfrage des Völkerstrafrechts in mehreren Entscheidungen umso deutlicher Stellung. So begründete der 3. Strafsenat in einem Urteil vom 28.1.2021 ausführlich, weshalb „jedenfalls die Strafverfolgung fremder nachrangiger Hoheitsträger wegen Kriegsverbrechen oder bestimmter anderer die Völkergemeinschaft als Ganzes betreffender Delikte zulässig“ sei.²² Zu Beginn des Jahres 2024 bekannte sich der BGH sodann in zwei Entscheidungen vom 21.2.2024²³ und 20.3.2024²⁴ umfassend zu der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen. In der letzteren Entscheidung, die für den Abdruck in der amtlichen Sammlung vorgesehen ist, hat der BGH zudem die „allgemeine“ Funktionsträgerimmunität von speziellen funktionellen Immunitäten abgegrenzt, wie sie Mitgliedern diplomatischer Missionen und konsularischer Vertretungen zustehen.²⁵ Diese speziellen Immunitäten unterliegen den §§ 18, 19 GVG.

Unterdessen führte die weiterhin unklare Position der Bundesregierung, die noch in der ambivalenten deutschen Stellungnahme zur ersten Lesung des ILC-Artikelentwurfs vom November 2023 zum Ausdruck gelangte,²⁶ zu beträchtlicher Diskussion und Kritik in der völkerstrafrechtlichen Wissenschaft.²⁷ Die Bemühungen, die Bundesregierung zu einem klaren Bekenntnis zu der – nun

¹³ Geneuss, in: Bock/Wagner, *Gerechtigkeit aus der Ferne*, 2023, S. 58 f.; 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 6.11.2024).

¹⁴ BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 23; Kreicker, JR 2015, 298.

¹⁵ Kreß, *Germany and International Criminal Law: Reflections in Light of Current Developments*, EJIL:Talk!, 12.3.2024, online abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/germany-and-international-criminal-law-reflections-in-light-of-current-developments/> (zuletzt abgerufen am 6.11.2024); Kreicker, JR 2015, 298.

¹⁶ Für eine eingehende Herleitung des völkergewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes s. Kreß, in: Ambos, *Rome Statute of the ICC*, Art. 98 Rn. 31 ff.; Frank/Barthe, ZStW 2021, 235 (243 ff.).

¹⁷ Kreicker, *Völkerrechtliche Exemtionen I*, S. 180; van Alebeek, *Immunity*, 2008, S. 200 ff., 241; s. Kreß, in: Ambos, *Rome Statute of the ICC*, Art. 98 Rn. 24.

¹⁸ Kreicker, ZIS 2014, 129.

¹⁹ So verlautet es in Artikel 7 des Artikelentwurfs, dass funktionelle Immunität in Verfahren wegen Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen ungeachtet von Rang, Status und Stellung des staatlichen Hoheitsträgers nicht anwendbar sein soll, s. United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/77/10, 12.8.2022; *International Law Commission, Provisional Summary of the 3586th meeting*, A/CN.4/SR.3586, 5.7.2022.

²⁰ M.w.N. Kreß, in: Ambos, *Rome Statute of the ICC*, Art. 98 Rn. 25; Raube, KriPoZ 2024, 216 (218); zu den staatlichen Stellungnahmen im Überblick s. de Andrade Pacheco, *Where do States Stand on Official Immunity Under International Law?*, Just Security, 19.4.2024, online abrufbar unter: <https://www.justsecurity.org/94830/where-do-states-stand-on-official-immunity-under-international-law/> (zuletzt abgerufen am 6.11.2024).

²¹ M.w.N. Kreß, *Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik*, FAZ, 21.2.2024; Werle/Sayatz, JZ 2024, 669 (671); Raube, KriPoZ 2024, 216 (218 f.). Zu der jüngsten Stellungnahme der Bundesregierung jedoch s.u. Fn. 31.

²² BGH, Urte. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286, NJW 2021, 1326 (1329). Diese Feststellung stand bereits zu diesem Zeitpunkt in Übereinklang mit der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung. Besonders prominent waren etwa die zwei Verfahren vor dem OLG Koblenz 2021 und 2022 gegen zwei ehemalige Geheimdienstler des syrischen Assad-Regimes, in denen das OLG nicht vom Bestehen eines Verfahrenshindernisses wegen funktioneller Immunität ausgegangen ist, s. OLG Koblenz, Urte. v. 24.2.2021 – 1 StE 3/21, dieses wurde bestätigt in BGH, Beschl. v. 20.4.2022 – 3 StR 367/21; OLG Koblenz, Urte. v. 13.1.2022 – 1 StE 9/19, dieses wurde im Wesentlichen bestätigt in BGH, Beschl. vom 20.3.2024 – 3 StR 454/22, NJW 2024, 3166; s. im Übrigen Frank/Barthe, ZStW 133 (2021), 235 (250-251). Die Entscheidung vom 28.1.2021 wurde indessen mit dem Argument kritisiert, dass der BGH die Immunitätsfrage dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 2 GG hätte vorlegen müssen, s. Rensmann, in: Koch/Kubiciel/Wollenschläger/Wurmnest, 50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg, 2021, S. 513 (530 ff.).

²³ BGH, Beschl. v. 21.2.2024 – AK 4/24, NJW 2024, 1674 Rn. 53; für Besprechungen s. Raube, KriPoZ 2024, 216; Schmid, jurisPR-StrafR 10/2024 Anm. 1.

²⁴ BGH, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22, NJW 2024, 3166.

²⁵ BGH, Beschl. v. 20.3.2024 – 3 StR 454/22, Rn. 32, NJW 2024, 3166 (3169).

²⁶ 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 11.11.2024)

²⁷ S. nur Kreß, *Immunität für Völkermord? Die Janusköpfigkeit der deutschen Völkerrechtspolitik*, FAZ, 21.2.2024; Werle/Sayatz, JZ 2024, 669 (671).

auch durch das höchste deutsche Strafgericht vertretenen Position – zu bewegen, gingen selbst an der deutschen Legislative nicht spurlos vorüber. Das Ringen um eine einheitliche deutsche Position fiel in die Zeit der Reform zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, die das Bundesjustizministerium im Jahr 2023 kurz nach dem 20. Geburtstag des VStGB angestoßen hatte. In dieses Gesetzgebungsverfahren fand schließlich der Vorschlag²⁸ Eingang, der Position des *BGH* in Sachen funktioneller Immunität durch eine gesetzliche Festschreibung den Rücken zu stärken. Diesen Vorschlag griff der Gesetzgeber auf und fügte buchstäblich in der „letzten Minute“ des Gesetzgebungsverfahrens im Sommer 2024 eine neue Vorschrift in das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts ein, um die Rechtsprechung des *BGH* „festzuschreiben“ – § 20 Abs. 2 S. 2 GVG.²⁹ In dieser Vorschrift heißt es:

„Funktionelle Immunität hindert nicht die Erstreckung deutscher Gerichtsbarkeit auf die Verfolgung von Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch.“

Nach dem Inkrafttreten des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG am 3.8.2024 und der letzten Bekräftigung der in ihm zum Ausdruck gelangenden Rechtsüberzeugung durch den *BGH* in der vorliegenden Entscheidung vom 27.8.2024³⁰, war die am 15.11.2024 fällige Stellungnahme der deutschen Bundesregierung zur zweiten Lesung des ILC-Artikelentwurfs mit Spannung zu erwarten. Und tatsächlich kam es in der jüngst veröffentlichten Stellungnahme zu einem Durchbruch in der deutschen Position. Wenn die Bundesregierung der Rechtsüberzeugung der deutschen Justiz und des deutschen Gesetzgebers in ihrer auf November 2024 datierten Stellungnahme zwar nicht ausdrücklich zugestimmt hat, so hat sie der ILC doch vollumfänglich und ohne Vorbehalte von der konsolidierten deutschen Rechtsprechung – inklusive der jüngsten hiesigen Entscheidung – und der Kodifizierung dieser Rechtsprechung in § 20 Abs. 2 S. 2 GVG berichtet.³¹ Gewiss wäre es wünschenswert gewesen, wenn die Bundesregierung über die reine Unterrichtung über das deutsche Recht hinausgegangen wäre und zu dieser Grundsatzfrage des Völkerstrafrechts selbst Farbe bekannt hätte. Dennoch markiert die jüngste Stellungnahme der Bundesregierung im Vergleich zu den vorherigen Stellungnahmen einen bedeutsamen und äußerst erfreulichen Schritt in die richtige Richtung. Auch wenn die Bundesregierung ihren zuvor widersprüchlichen Kurs nicht ausdrücklich korrigiert hat, dürfte wichtiger sein, dass die Bundesregierung der Rechtsüberzeugung der deutschen Justiz und des deutschen Parlaments auch nicht widersprochen hat und dass Deutschland damit auf der internationalen Bühne nach langer Zeit endlich wieder mit einer Stimme spricht.

b) *Deklaratorische Festschreibung ohne abschließenden Charakter*: § 20 Abs. 2 S. 2 GVG

Die Bedeutung der hiesigen Entscheidung ist demnach hoch, und dies auch, weil sich der *BGH* in ihr erstmals mit der neuen Vorschrift des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG auseinandersetzen hatte.

Nach Ansicht des *BGH* steht § 20 Abs. 2 S. 2 GVG weiteren völkergewohnheitsrechtlichen Einschränkungen bzw. Ausnahmen von der funktionellen Immunität nicht entgegen. Diese Feststellung verdient uneingeschränkt Zustimmung. Gleichzeitig zeigt die Notwendigkeit dieser Klarstellung durch den *BGH*, dass die neue Vorschrift Auslegungsschwierigkeiten nach sich zieht.

Die Einfügung des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG war insofern begrüßenswert, als sie das kraftvolle Zeichen aussandte, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Rechtsprechung des *BGH* übereinstimmt. Damit wird § 20 Abs. 2 S. 2 GVG als deutsche Staatenpraxis die völkergewohnheitsrechtliche Rechtsüberzeugung von der Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei Völkerstraftaten bekräftigen.³² Auch dürfte die klare Positionierung des Gesetzgebers in § 20 Abs. 2 S. 2 GVG der deutschen Bundesregierung neben der nunmehr konsolidierten deutschen Rechtsprechung einen weiteren Grund geboten haben, diese Rechtsüberzeugung auf der internationalen Bühne zumindest nicht länger mit einem Fragezeichen zu versehen.

Gleichwohl bestand gegenüber der Einfügung von § 20 Abs. 2 S. 2 GVG in Teilen der Wissenschaft ein gewisses Unbehagen³³ und die hiesige Entscheidung zeigt, dass dieses Unbehagen nicht ganz unbegründet war. Daneben, dass darauf hingewiesen wurde, dass es nicht Aufgabe des Gesetzgebers, sondern der Bundesregierung gewesen sei, der zutreffenden Rechtsüberzeugung des *BGH* auf internationaler Ebene den Rücken zu stärken, sprach für ein solches Unbehagen die bisherige Regelungstechnik in § 20 Abs. 2 GVG. Zum einen rekurrierte § 20 Abs. 2 GVG bereits in seiner alten Fassung im Wege einer dynamischen Verweisung auf das Völkergewohnheitsrecht, in dem die Unanwendbarkeit funktioneller Immunität verankert ist, sodass es der Einfügung einer neuen Vorschrift nicht bedurft hätte. Auch dürfte allein die Regelungstechnik einer dynamischen Verweisung sachgerecht sein, da der Gesetzgeber über die Entwicklung von Völkergewohnheitsrecht nicht disponieren kann. Zum anderen zeigt die hiesige Entscheidung deutlich, dass die Einfügung des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG zugleich das Risiko einer einschränkenden Auslegung im Wege eines Umkehrschlusses birgt. So wohlgemeint die Einfügung des § 20

²⁸ *Ambos*, International Criminal Law in Germany: An Overdue but Incomplete Reform, EJIL:Talk!, 4.1.2024, online abrufbar unter <https://www.ejiltalk.org/international-criminal-law-in-germany-an-overdue-but-incomplete-reform/> (zuletzt abgerufen am 6.11.2024). BT-Drs. 20/11661, S. 19.

²⁹ *BGH*, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 23.

³¹ Comments and observations by the Federal Republic of Germany on the draft articles on “Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction”, November 2024, in Kürze online abrufbar unter: https://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml (zuletzt abgerufen am 18.11.2024).

³² *Jeßberger/Epik*, JZ 2024, 801 (808).

³³ *Kreß*, Germany and International Criminal Law: Some Additional Reflections in Light of Another Set of Current Developments, EJIL:Talk!, 21.8.2024, online abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/germany-and-international-criminal-law-some-additional-reflections-in-light-of-another-set-of-current-developments/> (zuletzt abgerufen am 6.11.2024); *Jeßberger/Epik*, JZ 2024, 801 (808); *Werle/Sayatz*, JZ 2024, 669 (672); *Raube*, KriPoZ 2024, 278 (296).

Abs. 2 S. 2 GVG auch war, so zeigt die durch den BGH nun vorgenommene Klarstellung, dass das Gericht Anlass sah, einer abschließenden Lesart des § 20 Abs. 2 S. 2 GVG vorzubeugen, die der dynamischen Verweisung auf das Völkergewohnheitsrecht in § 20 Abs. 2 S. 1 GVG zuwiderliefe.

Die Sorge vor einer solchen abschließenden Auslegung dürfte die Entscheidung des BGH nun genommen haben. Wenngleich sich bereits aus der Inbezugnahme auf das Völkergewohnheitsrecht in § 20 Abs. 2 S. 1 GVG ergab, dass der neue § 20 Abs. 2 S. 2 GVG lediglich deklaratorischen Charakter haben konnte, ist es begrüßenswert, dass der BGH den nicht abschließenden Charakter der Vorschrift seinerseits klargestellt hat. Zutreffend ist insoweit der Verweis des BGH auf den klaren Willen des Gesetzgebers. So heißt es auch in der Gesetzesbegründung, die Neuregelung diene der „Festschreibung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.“³⁴ Der Gesetzgeber wollte somit die Unanwendbarkeit funktioneller Immunität nicht entgegen einhelliger Rechtspraxis auf Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch beschränken. Zurecht weist der BGH insofern darauf hin, dass es dem Gesetzgeber allein darum gegangen sei „die völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Nichtgeltung der allgemeinen Funktionsträgerimmunität bei völkerrechtlichen Verbrechen deklaratorisch festzuschreiben, ohne weitere Ausnahmen bei anderen Deliktgruppen zu negieren oder sich zu anderen völkerrechtlichen Exemtionen als der allgemeinen Funktionsträgerimmunität zu verhalten.“³⁵

c) Spionage und geheimdienstliche Gewaltakte

Für etwaige Einschränkungen bzw. Ausnahmen von der allgemeinen Funktionsträgerimmunität kommt es mithin nach wie vor allein auf das Völkergewohnheitsrecht an. Mit dieser Feststellung stand die Tür zu der eigentlichen Frage der hiesigen Entscheidung offen, nämlich zu der Frage der Anwendbarkeit funktioneller Immunität im Fall von Spionagetätigkeiten. Nach Ansicht des BGH soll die funktionelle Immunität auch bei diesen Delikten kraft Völkergewohnheitsrecht nicht gelten. Die Ausführungen des BGH geben den Stand des Völkergewohnheitsrechts zutreffend wieder.

Wenngleich Spionage von beinahe allen Staaten der Welt betrieben wird, werden Spionagetätigkeiten zugleich in wohl allen Rechtsordnungen weltweit unter Strafe gestellt.³⁶ Dies gilt oftmals sogar, wenn es sich um reine Auslandstaten handelt, solange sich diese gegen den eigenen Staat richten.³⁷ Auch in der deutschen Rechtsordnung werden gegen Deutschland gerichtete Spionagetätigkeiten

in den §§ 94 ff. StGB sanktioniert, und zwar aufgrund des Schutzprinzips gemäß § 5 Nr. 4 StGB unabhängig davon, ob sich die Tat im In- oder Ausland ereignet hat.³⁸ Während bereits diese Tatsache für die Rechtsüberzeugung zu streiten scheint, dass funktionelle Immunität staatlicher Funktionsträger für Spionagetaten nicht gilt, ist dieser Schluss keinesfalls zwingend. Erforderlich wäre vielmehr, dass ein Immunitätsausschluss in diesen Fällen völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung erfahren hat, das heißt einer von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung getragenen Staatenpraxis entspricht.

Bei der Beleuchtung des geltenden Völkergewohnheitsrechts wird im Allgemeinen zwischen Spionagehandlungen in Friedenszeiten und während eines bewaffneten Konflikts unterschieden.³⁹ Die Spionage zur Zeit eines bewaffneten Konflikts ist völkerrechtlich nicht verboten. Dennoch gestattet das Völkerrecht die Bestrafung des Spions aufgrund seiner Gefährlichkeit für den Gegner.⁴⁰ Da tatbestandliche Spionagehandlungen mithin – anders als andere völkerrechtlich zulässige Handlungen im bewaffneten Konflikt – nicht mit einem Ausschluss der Strafbarkeit verbunden sind, wird die Spionage auch als sog. „risikante Kriegshandlung“ bezeichnet.⁴¹ Was die Staatenimmunität und die aus ihr abgeleitete funktionelle Immunität in Fällen von Spionagevorwürfen angeht, so zeigen die Staatenpraxis und eine gefestigte Rechtsüberzeugung, dass sich der Täter, der im gegnerischen Operationsgebiet auf frischer Tat bei seiner Spionagehandlung gefasst wird, nicht auf funktionelle Immunität berufen kann.⁴² Neben der Abschreckung soll die Strafverfolgung vor allem die Weitergabe der erlangten Erkenntnisse verhindern. Im Gegensatz zur Bestrafung von Völkerstraftaten dient das Strafrecht hier somit nicht der Ahndung einer Tätigkeit, die einem auch im Krieg geltenden „ethischen Minimalkonsens“ zuwiderläuft. Vielmehr zielt sie lediglich auf die Abwehr einer für den Gegner aufgrund ihrer Verdecktheit besonders gefährlichen, aber dennoch völkerrechtlich nicht verbotenen Kriegshandlung.⁴³

Anders als für die Spionage in Zeiten eines bewaffneten Konflikts, bestehen für die Friedensspionage keine völkervertraglichen Regelungen, ihre völkergewohnheitsrechtliche Zulässigkeit ist unklar und in der Literatur umstritten.⁴⁴ Allgemein anerkannt ist demgegenüber erneut die völkergewohnheitsrechtliche Zulässigkeit ihrer strafrechtlichen Ahndung.⁴⁵ Dass die funktionelle Immunität jedenfalls dann die Strafverfolgung nicht hindert, wenn es um Spionagehandlungen geht, die auf dem Staatsgebiet des ausspionierten Staates vorgenommen werden, ist eindeutiger Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts. So zeigt die Staatenpraxis, dass die Staaten Personen, derer

³⁴ BT-Drs. 20/11661, S. 19.

³⁵ BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 24.

³⁶ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 234.

³⁷ Folz/Soppe, NSTZ 1996, 576.

³⁸ Diesen Umstand bekräftigt der BGH in: BGH, Urt. v. 30.7.1993 – 3 StR 347/92, BGHSt 39, 260, 263; BGH, NJW 1993, 3147 (3148).

³⁹ Teilweise auch „Kriegs- und Friedensspionage“, s. Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 235, der Begriff des „Krieges“ ist heute jedoch vom Begriff des bewaffneten Konflikts abgelöst, s. Solis, *The Law of Armed Conflict*, 2016, S. 159 ff.

⁴⁰ Dies ergibt sich etwa auch aus Art. 30 der Haager Landkriegsordnung; Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 237.

⁴¹ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 237.

⁴² S. etwa Urteil des *Supreme Court* vom 31.7.1942 (317 U.S. 1 [1 ff., insb. 31]); Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 238 m.w.N.; Langkau, *Kriegs- und Friedensspionage*, 1970, S. 82 ff.

⁴³ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 239.

⁴⁴ Folz/Soppe, NSTZ 1996, 576; Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 241 f. m.w.N.

⁴⁵ BVerfGE 92, 277 (328) = NJW 1995, 1811 (1814); Stein/Marauhn, *ZaöRV* 2000, 1 (32); Mössner, NJW 1982, 1196 (1198); Schuster, *ZaöRV* 1991, 651 (657).

sie in Friedenszeiten auf ihrem Gebiet habhaft werden und die in den Verdacht geraten sind, Spionage betrieben zu haben, einer strafrechtlichen Verurteilung unterziehen, und dass sie dies in der Rechtsüberzeugung der Nichtgeltung der funktionellen Immunität tun.⁴⁶ Auch hier legitimiert sich die Bestrafung nicht aus einem „allgemeinen sozialemischen Unwerturteil über die Spionagehandlungen als solche“, sondern allein aus dem Schutz des eigenen Staates.⁴⁷ Neben dem berechtigten Interesse, eine Ausforschung von Geheimnissen abzuwehren, soll den von der Spionage betroffenen Staat sogar die Pflicht treffen, sich vor Verletzungen seiner Integrität zu schützen und damit seinen Bürgern „den notwendigen Freiraum zu persönlicher und politischer Selbstbestimmung zu gewährleisten.“⁴⁸ Schwieriger zu beurteilen ist die Frage der Immunität im Falle von aus dem Ausland betriebener Spionage, wobei auch hier die besseren Gründe für einen völkerrechtlich Immunitätsausschluss streiten.⁴⁹

Die Rechtsüberzeugung des *BGH* und die Begründung, dass das Völkerrecht das legitime Interesse des betroffenen Staates anerkenne, solchen Souveränitätsverletzungen mit den Mitteln des Strafrechts zu begegnen, trifft somit unabhängig davon zu, ob die hiesige Spionagehandlung als Fall sogenannter „Kriegs- oder Friedensspionage“ einzuordnen ist.⁵⁰

Die Position von einer völkerrechtlich Ein-schränkung bzw. Ausnahme von der funktionellen Immunität wird auch von der ILC in der Begründung des ILC-Artikelentwurfs⁵¹ geteilt. Die Kommission behandelt die fremdstaatliche Spionage und geheimdienstliche Gewaltakte als Straftaten, die von einem ausländischen Amtsträger im Hoheitsgebiet des Staates des angerufenen Gerichts begangen werden, ohne dass dieser Staat sowohl der Anwesenheit des Amtsträgers in seinem Hoheitsgebiet als auch der Tätigkeit des Amtsträgers, die zur Begehung der Straftat geführt hat, zugestimmt hat. Die ILC begründet die Nichtaufnahme dieser Straftaten in Artikel 7 Abs. 1 des Artikelentwurfs damit, dass diese dem Grundsatz der territorialen Souveränität unterliegen.⁵² Der Grund für die

Nichtaufnahme liege mithin nicht darin, dass die Staatenpraxis bei diesen Straftaten für die Anwendbarkeit funktio-neller Immunität spreche.

Auch in der deutschen Rechtsprechung ist diese Rechtsüberzeugung nicht neu, sondern fest in der bisherigen Rechtsprechung des *BVerfG*⁵³ und des *BGH*⁵⁴ verankert. Einzig in der Literatur hat es mitunter Stimmen gegeben, die dafür streiten, dass die Staatenimmunität zumindest einer Ahndung im Ausland betriebener Spionage entgegenstehen müsse.⁵⁵ Der Fall der im Inland betriebenen Spionage, wie er hier in Rede stand, ist jedoch auch in der deutschen Literatur weitgehend unstrittig.⁵⁶

Der bisherigen deutschen Rechtsprechung und dem Stand des Völkerrechts entspricht auch die nachfolgende Feststellung des *BGH*, wonach die funktionelle Immunität auch bei geheimdienstlichen Gewaltakten nicht gilt.⁵⁷ So erlaubt es das Völkerrecht dem Gebietsstaat etwa, „einen politisch motivierten Mord zu ahnden, den Mitarbeiter eines fremden Geheimdienstes auf seinem Gebiet im Auftrag eines ausländischen Staates begehen.“⁵⁸ Wenngleich der *BGH* im hiesigen Fall nicht über einen geheimdienstlichen Gewaltakt zu entscheiden hatte, verwundert seine Feststellung vor dem Hintergrund nicht, dass nach den Feststellungen im hiesigen Fall nicht ausschließbar war, dass die Ausforschungsbemühungen des Beschuldigten die Grundlage für einen geheimdienstlichen Gewaltakt, womöglich sogar die staatlich veranlasste Tötung oder Entführung der Zielperson bilden sollten.

Während die allgemeine Funktionsträgerimmunität in Fällen von Spionage und geheimdienstlichen Gewaltakten somit nicht vor Strafverfolgung schützt, hat dies – auch hier – keinen Einfluss auf die speziellen Immunitäten etwa des Diplomaten- und Konsularrechts, die von einer Strafverfolgung wegen solcher Delikte befreien.⁵⁹

IV. Die materiell-rechtliche Prüfung des § 99 StGB

Die Entscheidung gab dem *BGH* schließlich Anlass, einige Grundsätze seiner bisherigen Rechtsprechung zur ge-

⁴⁶ Mit umfangreichen Nachweisen s. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 243 f.; *Sander*, ICLQ 2015, 193 (212).

⁴⁷ *BVerfGE* 92, 277 (328) = NJW 1995, 1811 (1815).

⁴⁸ *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 245; *BVerfGE* 92, 277 (328 f.) = NJW 1995, 1811 (1814 f.).

⁴⁹ Hierzu näher s. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 245 ff.

⁵⁰ Eine Einordnung der Spionagetätigkeit als Friedens- oder Kriegsspionage wäre vorliegend nach den bisherigen Feststellungen des *BGH* indes auch nicht möglich, da nach diesen nicht feststand, für welchen ausländischen Geheimdienst der Beschuldigte handelte.

⁵¹ S.o. Fn. 19.

⁵² Im genauen Wortlaut lautet die Begründung: „The Commission considers that certain crimes, such as murder, espionage, sabotage or kidnapping, committed in the territory of a State in the aforementioned circumstances are subject to the principle of territorial sovereignty and do not give rise to immunity from jurisdiction *ratione materiae*, and therefore there is no need to include them in the list of crimes for which this type of immunity does not apply“, s. United Nations, Report of the International Law Commission, A/77/10, 12.8.2022, S. 241 para. 27.

⁵³ *BVerfG*, Beschl. v. 15.5.1995 – 2 BvL 19/91, *BVerfGE* 92, 277 (321).

⁵⁴ *BGH*, Urt. v. 30.7.1993 – 3 StR 347/92, BGHSt 39, 260 (263); Beschl. v. 29.5.1991 – 3 StE 4/91-StB 11/91, NStZ 1991, 429 (430).

⁵⁵ *Bothe*, ZaöRV (1979), 246 (263), m.w.N. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 246 Fn. 52.

⁵⁶ S. nur *Simma/Volk*, NJW 1991, 871 (873); *Berg*, ZaöRV 1982, 295 (317); m.w.N. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 235 Fn. 4; *Herdegen*, ZaöRV 1987, 221 (224); *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB, Vorb. §§ 3 ff. Rn. 412.

⁵⁷ *Werle/Jeßberger*, in LK-StGB, Vorb. §§ 3 ff. Rn. 412; *Böse*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), Vorb. § 3 Rn. 35; s. auch die Begründung der ILC zum Artikelentwurf, United Nations, Report of the International Law Commission, A/77/10, 12.8.2022, S. 241 para. 27. Von Bedeutung in der Staatenpraxis ist etwa der Rainbow-Warrior-Fall, der viel beachtete Lockerbie-Fall oder der Sprengstoffanschlag auf die Berliner Diskothek *La Belle*, s. *BGH*, NJW 2004, 3051; *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen I, S. 255 Fn. 85 m.w.N.

⁵⁸ *Werle/Jeßberger*, in LK-StGB, Vorb. §§ 3 ff. Rn. 412; *Folz/Soppe*, NStZ 1996, 576 (580 f.).

⁵⁹ Vgl. *BVerfGE* 96, 68 (82); *BGH*, NStZ 2013, 600 (601); *Kreicker*, JR 2015, 298 (299); s. auch die Begründung des ILC-Artikelentwurfs, A/77/10, S. 241 para. 27.

heimdienstlichen Agententätigkeit nach § 99 StGB zu bekräftigen. Hier ergaben sich indessen keine größeren Probleme.

Der *BGH* wiederholte zunächst seine Rechtsprechung, wonach eine geheimdienstliche Tätigkeit ausübt, wer „eine aktive Mitarbeit für einen fremden Nachrichtendienst entfaltet und dadurch seine Bereitschaft verwirklicht, sich funktionell in dessen Ausforschungsbestrebungen einzugliedern.“ Eine Eingliederung in den organisatorischen Apparat des Geheimdienstes sei hierfür nicht erforderlich.⁶⁰ Die Observationsmaßnahmen hätten auch ein Handeln bedeutet „das dem Bild entspricht, welches für die Arbeit von Agenten und anderen Hilfspersonen, die für nachrichtendienstliche Zwecke eingesetzt werden, typisch ist“, wie es die Rechtsprechung und herrschende Meinung im Schrifttum im Ausgangspunkt fordert.⁶¹

Die Agententätigkeit entsprach auch dem von § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB geforderten Zweck, war sie doch auf die Mitteilung oder Lieferung von Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen i.S.d. § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB gerichtet. Insofern stärkt der *BGH* zum einen die Einsicht, dass es sich bei der geheimdienstlichen Agententätigkeit in der Regel um ein Kollektivgeschehen handelt, das sich aus einer Vielzahl an Tatbeiträgen zusammensetzt,⁶² sowie zum anderen, dass der Tatbestand nicht nur die Informationsübermittlung im engeren Sinne, sondern auch alle Vorbereitungshandlungen umfasse, worunter auch die Beschaffung von Informationen und hierfür erbrachte Hilfsdienste fielen. Dabei sei unerheblich, wofür die gewonnenen Informationen letztlich verwendet würden.⁶³ Auch sei irrelevant, ob Endzweck der Tathandlung die Informationsvermittlung sei, vielmehr könne der Zweck auch in der Vorbereitung einer nachrichtendienstlichen Operation liegen, wie etwa eines staatsterroristischen Anschlags, Sabotageakten oder anderen Vorhaben.⁶⁴

Mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal „gegen die Bundesrepublik Deutschland“ betont der *BGH* zunächst seiner bisherigen Rechtsprechung folgend, dass dieses Tatbestandsmerkmal nicht eng im Sinne eines unmittelbar gegen den Bestand der Bundesrepublik gerichteten Handelns zu verstehen ist. Vielmehr sei es ausreichend, wenn staatliche Belange zumindest mittelbar tangiert seien und

die Bundesrepublik in ihrer funktionalen Stellung als politische Macht betroffen sei, was bei einer geheimdienstlichen Tätigkeit eines ausländischen Geheimdienstes auf deutschem Staatsgebiet regelmäßig der Fall sei.⁶⁵ Allerdings müsste die Spionagetätigkeit einen inhaltlichen Antagonismus zu den Interessen der Bundesrepublik Deutschland aufweisen.⁶⁶ Insofern bekräftigt der *BGH* seine bisherige Rechtsprechung, wonach nicht erforderlich ist, dass sich die Spionagetätigkeit gegen deutsche Staatsangehörige richtet, vielmehr könne ein solcher Antagonismus auch bei Spionagetätigkeiten gegen in der Bundesrepublik lebende sowie unter ihrem rechtlichen Schutz stehende ausländische Staatsangehörige gegeben sein.⁶⁷ Auch dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des *BGH*, wonach die Bundesrepublik schließlich gehalten sei, den hier unter dem Schutz des Grundgesetzes lebenden und sich betätigenden Ausländern diesen Schutz auch zu gewähren.⁶⁸

Unter dem Schutz der Bundesrepublik aber habe im hiesigen Fall der aufenthaltsberechtigte K gestanden, da es sich die Bundesrepublik zur Aufgabe gemacht habe, ukrainischen Kriegsflüchtlings Schutz zu gewähren.⁶⁹ Da die Operation des Beschuldigten und seiner Mitbeschuldigten darauf abgezielt habe, das von fremdstaatlichen Interventionen unbeeinträchtigte Leben des K im Schutz der Rechtsordnung Deutschlands zu gefährden, sei die Operation auch gegen die Interessen der Bundesrepublik gerichtet gewesen. Dem habe auch nicht entgegengestanden, dass K von russischen Medien vorgeworfen worden sei, Kriegsverbrechen gegen russische Soldaten in der Ukraine begangen zu haben. Selbst wenn dieser Vorwurf zugefallen habe, so der *BGH*, hätte ein geheimdienstliches Vorgehen einer fremden Macht gegen die Zielperson dem Interesse der Bundesrepublik widersprochen, „dass Maßnahmen zur Aufklärung und gegebenenfalls Ahndung völkerrechtlicher Verbrechen auf deutschem Boden allein im Rahmen eines rechtsstaatlichen Verfahrens ergriffen werden.“⁷⁰

Zutreffend hielt der *BGH* schließlich für hochwahrscheinlich, dass der Beschuldigte nicht bloß als Gehilfe, sondern als Mittäter gehandelt hat. Nach der Rechtsprechung begründet die Tätigkeit, mit der eine Informationsbeschaffung durch andere nur unterstützt werde, Täterschaft und

⁶⁰ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 31.3.2022 – AK 9/22, NStZ 2022, 737 Rn. 22 und Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 16; *BGH*, Urt. v. 5.7.1972 – 3 StR 4/71, BGHSt 24, 369 (372).

⁶¹ BGHSt 24, 369 (372) = NJW 1972, 1957; *BGH*, NJW 2020, 856; *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 99 Rn. 5; *Schmidt*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. (2021), § 99 Rn. 4; *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 99 Rn. 8, 10; *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 99 Rn. 12.

⁶² *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, § 99 Rn. 14.

⁶³ *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, § 99 Rn. 17.

⁶⁴ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 (857); *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, § 99 Rn. 17 m.w.N.

⁶⁵ Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des *BGH*, s. *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 (858); *Ellbogen*, in: BeckOK-StGB, 62. Aufl. (Stand: 1.8.2024), § 99 Rn. 17.

⁶⁶ *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 (858).

⁶⁷ Tatbestandsmäßig sollen regelmäßig Ausforschungen sein, von denen Personen betroffen werden, denen ein Asylrecht zusteht, oder die sich gegen Exilanten oder deren Organisationen richten, die sich unter dem Schutz des Art. 5 GG in Deutschland in legaler Weise politisch betätigen, ohne dass es darauf ankommt, ob die ausgespähten Personen "im Lager" der Bundesrepublik Deutschland stehen, s. *BGH*, Beschl. v. 20.1.2015 – 3 StR 551/14, BeckRS 2015, 10171 Rn. 5; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 99 Rn. 20; *Fischer*, StGB, § 99 Rn. 8; *Hegmann/Stuppi*, in: MüKo-StGB, § 99 Rn. 18, a.A. *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 99 Rn. 17.

⁶⁸ *BGH*, NStZ 2017, 153; *Ellbogen*, in: BeckOK-StGB, § 99 Rn. 19.

⁶⁹ *BGH*, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 29.

⁷⁰ *BGH*, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 29.

nicht lediglich Beihilfe.⁷¹ Insofern ergaben sich hier keine Bedenken.⁷²

V. Schlussbemerkung

Während die Frage funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen in den vergangenen Jahren aufgrund der bedeutsamen Entscheidungen der deutschen Justiz nach dem Weltrechtspflegeprinzip im Fokus der nationalen und internationalen Aufmerksamkeit stand, zeigt die vorliegende Entscheidung des *BGH*, dass Völkerstraftaten nicht die einzigen Fälle sind, in denen die allgemeine Funktionsträgerimmunität staatlicher Hoheitsträger nicht gilt. Gleichwohl war die Entscheidung des *BGH* in den Nachwehen einer Reihe von Entscheidungen zu sehen, in denen der *BGH* seine Rechtsprechung zur Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei völkerrechtlichen Ver-

brechen in den letzten Jahren bekräftigt hat. Der hiesige Beschluss wird die Staatenpraxis zu dieser Frage weiter stärken. Insoweit ist zu begrüßen, dass die deutsche Bundesregierung der ILC auch diesen jüngsten *BGH*-Beschluss bereits zur Aufmerksamkeit gereicht hat.⁷³

Daneben geht die wichtigste Aussage der hiesigen Entscheidung dahin, dass für etwaige Einschränkungen bzw. Ausnahmen von der allgemeinen Funktionsträgerimmunität weiterhin allein das Völkergewohnheitsrecht maßgeblich ist und dass § 20 Abs. 2 S. 2 GVG lediglich als eine deklaratorische Festschreibung der nunmehr konsolidierten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Unanwendbarkeit funktioneller Immunität bei Völkerstraftaten zu verstehen ist. Dem pflichtet die Rezensentin vollumfänglich bei.

⁷¹ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 7.8.2019 – 3 StR 562/18, NJW 2020, 856 Rn. 22; *BGH*, Beschl. v. 2.12.1985 – 3 StR 424/85, NSZ 1986, 165 (166); Urt. v. 5.7.1972 – 3 StR 4/71, BGHSt 24, 369 (377 f.).

⁷² Es gelten die allgemeinen Regeln zu Täterschaft und Teilnahme, s. *Hegmann/Stuppi*, in: MüKoStGB, § 99 Rn. 30.

⁷³ S.o. Fn. 31.

Christian Rückert: Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2023, Mohr Siebeck, ISBN: 978-3-16-162216-8, S. 834, Euro 164,00.

Schon in der Einleitung seiner umfangreichen Habilitationsschrift kritisiert Rückert nicht nur den Mangel an gesetzlichen Dateneingriffsbefugnissen sowie die mangelhafte Systematisierung der bestehenden Dateneingriffsbefugnisse, sondern auch die fehlenden Leitlinien und Auslegungskriterien für die Rechtsanwendung. Letzteres setzt sich die Untersuchung dann auch zum Ziel, nämlich möglichst allgemeingültige Leitlinien und Auslegungskriterien für strafprozessuale Dateneingriffe zur Beweisdatengewinnung herauszuarbeiten. Dabei hat Rückert den Anspruch, dass diese Leitlinien und Kriterien dem Gesetzgeber Hilfestellung bei der Schaffung neuer Normen und einer anzustrebenden Re-Systematisierung der strafprozessualen Dateneingriffsbefugnisse geben und darüber hinaus auch dem Rechtsanwender als Auslegungskriterien für die Anwendung der Befugnisnormen dienen.

Die Habilitationsschrift behandelt dabei drei Themengebiete. In den ersten fünf Kapiteln werden allgemeingültige Vorgaben und Leitlinien für die Schaffung und Anwendung strafprozessualer Dateneingriffsbefugnisse zur Beweisdatengewinnung aus dem Verfassungsrecht erarbeitet. In Kapitel 7 werden diese Vorgaben und Leitlinien den entsprechenden Anforderungen aus dem Europäischen Recht gegenübergestellt und in Kapitel 8 werden die Probleme rund um die Verwendung von Daten und Datenverarbeitungsergebnissen als Beweismittel im Strafverfahren behandelt.

Rückert kommt zunächst zu dem wenig überraschenden Ergebnis, dass die deutschen Grundrechte umfassenden Schutz für digitale Daten vor strafprozessualen Zugriffen gewähren. Geschützt werden die Vertraulichkeit von Datenübertragungen durch das Telekommunikationsgeheimnis, die Integrität und Vertraulichkeit von datenverarbeitenden Systemen durch das IT-System-Grundrecht und die Selbstbestimmung über personenbezogene Daten im Übrigen durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dabei werden die Eingriffsbeschränkungen und verfahrensrechtlichen Sicherungen aus der Rechtsprechung zu einzelnen Grundrechten auf andere Grundrechte übertragen, so dass es keine Eingriffsbeschränkungen, die „exklusiv“ nur für Eingriffe in ein bestimmtes Grundrecht vorgesehen sind, gäbe. Die Erforderlichkeit und Ausgestaltung bestimmter Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen richte sich vielmehr hauptsächlich nach der Intensität des durch die strafprozessuale Eingriffsbefugnis gewährten Zugriffs auf Daten. Es komme also weder für die Bestimmung der konkreten Eingriffsintensität noch für die notwendigen, von Gesetzgeber und/oder Rechtsanwender zu beachtenden Eingriffsschwellen und die zu ergreifenden Schutzmechanismen

für die Betroffenen darauf an, welches Grundrecht tangiert ist. Vielmehr gehe es darum, welche Eingriffstiefe der jeweilige Dateneingriff aufweise. Auch dabei sei nicht das betroffene Grundrecht entscheidend, sondern es komme auf abstrakte, auf alle Arten von Datenerhebungs- und -auswertungseingriffen anzuwendende Schwerekriterien an. Dabei überträgt nicht nur das *BVerfG*, sondern auch die ihm folgende h.M. in der Literatur die Schwerekriterien zur Eingriffstiefenbestimmung und die notwendigen Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen in zunehmendem Maße zwischen den einzelnen Grundrechten, so dass der Einschlägigkeit der unterschiedlichen Grundrechte nur noch eine untergeordnete Rolle bei der Bestimmung der Eingriffstiefe und der Eingriffsschwellen zukomme.

Die herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Vorgaben für strafprozessuale Dateneingriffe systematisiert der Verfasser dann in einem nächsten Schritt. Als absolute Eingriffsgrenzen seien die absoluten Erhebungs- und Verwertungsverbote sowie Löschpflichten hinsichtlich solcher Daten zu sehen, die Informationen über den sog. Kernbereich privater Lebensführung enthalten, das Verbot der Rundumüberwachung und das Verbot der Persönlichkeitsprofilbildung. Auch bei digitalen Daten kommt es nach der Auffassung von Rückert allein auf den inhaltlichen Kernbereichsbezug an.

Die weiteren Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen, die vom *BVerfG* für die Ausgestaltung und Anwendung von strafprozessualen Dateneingriffsbefugnissen verlangt werden, könnten jeweils als spezielle Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips beschrieben werden. Während sich der Grundsatz des Vorrangs der offenen gegenüber der heimlichen Ermittlungsmaßnahme als Ausprägung der Erforderlichkeit und des sog. relativ mildsten Mittels beschreiben lasse, stellten die vom *BVerfG* geforderten Eingriffsschwellen und die notwendigen Schutzmechanismen jeweils Abwägungsgesichtspunkte bei der Abwägung der Grundrechtseingriffsintensität mit dem Strafverfolgungsanspruch des Staates auf Ebene der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne dar. Daher erscheint laut Rückert eine Systematisierung und Ausarbeitung von zwei entscheidenden Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeitsprüfung angezeigt. Denn bisher seien keine allgemeingültigen Kriterien erarbeitet worden, mit denen sich die Eingriffsintensität einer strafprozessualen Datenerhebung und Datenverarbeitung auf der einen und des Gewichts des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs auf der anderen Seite transparent, nachvollziehbar und damit überprüfbar bestimmen lasse. Zudem fehle es an einer Systematisierung, wie die Eingriffsintensität mit der Notwendigkeit einzelner Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen zusammenhängt. Daher macht es sich der Ver-

fasser im weiteren Verlauf seiner Arbeit zur Aufgabe, genau dies zu entwickeln.

Die Kriterien zur Messung bzw. Bestimmung der Eingriffsintensität eines strafprozessualen Dateneingriffs zur Beweisdatengewinnung wurden in Kapitel 3 entwickelt. Unter dem Oberbegriff der „Art der Daten“ bestimmen laut Verfasser die Stärke des Personenbezugs, die Einordnung der Daten in die Sozial-, Privat- oder Intimsphäre die Wahrscheinlichkeit, mit der aus den Daten ein (partielles) Persönlichkeitsprofil erstellt werden kann sowie die Beantwortung der Frage, ob an den Daten ein besonderes, gesellschaftlich anerkanntes Vertraulichkeitsinteresse bestehe. Nur eine indizielle Rolle komme dagegen der Einordnung der Daten in die Kategorien der Inhalts-, Verkehrs-, Nutzungs-, Bestands- oder Zugangsdaten zu. Hinsichtlich der Menge der Daten komme es nicht auf die physikalische Menge, sondern auf die Informationsvielfalt und -dichte an, die sich aus den Daten gewinnen lasse. Beim Intensitätskriterium der Zugänglichkeit der Daten ließen sich drei Intensitätsstufen unterscheiden, nämlich öffentlich zugänglich, für einen begrenzten Empfängerkreis zugänglich und für keinen Drittzugriff bestimmt. Die Lesbarkeit der Daten habe eingriffsintensivierende Wirkung.

Hinsichtlich des Intensitätsfaktors der Heimlichkeit einer Maßnahme wurden vier Eingriffsstufen mit steigender Intensität definiert: der offene Eingriff mit aktueller Kenntnis des Betroffenen, der offene Eingriff ohne aktuelle Kenntnis des Betroffenen, ein bewusst heimlicher Eingriff und bewusst heimlicher Eingriff ohne Hinzuziehung eines Intermediärs. Beim Kriterium der Streubreite unterscheidet der Verfasser dagegen drei Stufen. Am niedrigsten sei die Intensität bei der Beschränkung auf Daten einzelner Tatverdächtiger, höher bei einer unbeabsichtigten Miterhebung der Daten nicht Tatverdächtiger und am höchsten bei Maßnahmen, die gezielt die Daten vieler, auch nicht tatverdächtiger Personen erfassen. Für automatisierte Maßnahmen arbeitete der Verfasser als entscheidende Oberkriterien zur Eingriffstiefenbestimmung die Richtigkeitswahrscheinlichkeit und die Nachvollziehbarkeit der verwendeten Methoden heraus.

Bei den Kriterien der Dauer der Maßnahme, der Sicherheit der Daten in staatlicher Obhut und der Veränderung an bestehenden Datensätzen durch die Eingriffsmaßnahme lägen sog. Je-desto-Beziehungen vor. Je länger die Maßnahme, desto intensiver der Eingriff, je systemrelevanter, je weniger rückgängig machbar und je größer die Veränderung, desto schwerwiegender der Eingriff. Je schlechter die IT-Sicherheit der Daten in staatlicher Obhut, desto schwerer wiege der Verarbeitungseingriff. Außerdem beeinflusse die Kenntnis bzw. Unkenntnis der Strafverfolgungsbehörden hinsichtlich des Vorliegens bestimmter Eingriffsschwerekriterien die Intensität. Abstufen lasse sich die Schwere hier danach, ob die Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruhe oder Kriterien bewusst nicht berücksichtigt werden.

Sodann werden unter dem Oberbegriff der Anlassbezogenheit aus Sicht des Betroffenen weitere Schwereabstufungen definiert. Am wenigsten schwer wiege hier der Eingriff, wenn der Anlass hierfür in einem rechtswidrigen, steuerbaren Verhalten des Betroffenen liege. Ein höheres Gewicht liege vor, wenn als Anlass ein rechtmäßiges, aber steuerbares Verhalten genügt, noch höher sei das Eingriffsgewicht, wenn nicht steuerbares Verhalten zugrunde läge. Am intensivsten sei der Eingriff dann, wenn er völlig anlasslos, d.h. ohne Anknüpfungspunkt im Verhalten des Betroffenen erfolge.

Schließlich werde die Eingriffstiefe davon bestimmt, welche Folgen der Eingriff für den Betroffenen außerhalb der bloßen Verarbeitung seiner persönlichen Daten habe. Hier unterscheidet *Rückert* nach zwei Schwerestufen, nämlich der Stigmatisierung des Betroffenen sowie private und berufliche Nachteile für den konkret Betroffenen und eine allgemeine Diskriminierung der Personengruppe, der der Betroffene angehört. Im Übrigen werde die Eingriffstiefe ebenfalls von mehreren Je-desto-Beziehungen bestimmt. Der Eingriff wiege umso schwerer, je schwerer die Straftat ist, wegen derer die Ermittlungsmaßnahme durchgeführt wird, je geringer die Richtigkeitsgewähr des Ergebnisses, auf das die stigmatisierende Maßnahme gestützt wird und je mehr verschiedene Behörden und Personen innerhalb der Behörden Kenntnis haben.

Nachdem der Verfasser die Kriterien herausgearbeitet hat, wird eine relative ordinale Ordnung der Intensitätskriterien für strafprozessuale Dateneingriffe erstellt. Diese werden in Tabellenform zusammengestellt (S. 315 ff. sowie S. 751 ff.), so dass das „maximal erreichbare Maß an Rationalisierung“ erreicht werde (S. 749). Aus den Erkenntnissen werden dann in Kapitel 5 die abstrakt und konkret zu erreichenden Eingriffsschwellen für strafprozessuale Dateneingriffe und zu ergreifende Schutzmechanismen abgeleitet. Ziel ist die Entwicklung eines „Baukastensystems“ (S. 399) der aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, den Kriterien zur Bestimmung der Eingriffsintensität und des Gewichts des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs abzuleitenden Schutzmechanismen und Eingriffsschwellen. Dabei wurden die Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen in unterschiedliche Kategorien eingeteilt. Zu den unabhängig von der Eingriffsintensität geltenden Schutzmechanismen zählen Grundsätze der Normenklarheit und -bestimmtheit, der Zweckbindung und -änderung inklusive der Pflicht zur Kennzeichnung und das Verbot der Rundumüberwachung, Gewährleistung der IT-Sicherheit für vom Staat gespeicherte und verarbeitete Daten, die Vermeidung bzw. Rückgängigmachung von Veränderungen an IT-Systemen der Bürger durch staatliche Eingriffe, die Pflicht zur Löschung bzw. Sperrung von personenbezogenen Daten, wenn diese nicht mehr zur Strafverfolgung oder anderen legitimen staatlichen Zwecken benötigt werden sowie die Pflicht zur Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten.

Daneben wurden Schutzmechanismen identifiziert, die in Abhängigkeit von spezifischen Eingriffskriterien gelten.

Hierzu wurde wieder übersichtlich in Tabellenform die Abhängigkeit der Schutzmechanismen von Eingriffsschwerekriterien zusammengestellt (S. 761). Die übrigen Schutzmechanismen und Eingriffsschwellen hängen dann in ihrer Anwendbarkeit von der Gesamtintensität des strafprozessualen Dateneingriffs ab. Auf Seiten der Eingriffsschwellen sind dies Anforderungen an die Qualität der verfolgten Straftat, Mindestanforderungen an die Stärke des Tatverdachts, Beschränkungen des Kreises der zulässigen Maßnahmenadressaten und Vorgaben hinsichtlich der Auffindewahrscheinlichkeit. Zu den Schutzmechanismen gehören Beschränkungen der Dauer der Maßnahme, Vorgaben für die Form der Anordnung der Maßnahme und Subsidiaritätsklauseln als vertypete Erforderlichkeitsschranken.

Im Anschluss überprüft der Verfasser die erarbeiteten Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen darauf, ob diese durch den Gesetzgeber für den Bereich der strafprozessualen Dateneingriffe zur Gewinnung von Beweisdaten bereits hinreichend umgesetzt wurden. Auch diese gesetzlichen Regelungen werden in Tabellenform zusammengefasst (S. 763). Soweit es keine explizite gesetzliche Regelung gab, wurde überprüft, ob durch Auslegung gewinnbare Eingriffsschwellen- und Schutzmechanismenregelungen vorhanden sind. Hier wurden §§ 64 und 71 BDSG identifiziert.

Schließlich wird festgestellt, dass es einige Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen gibt, für die keine oder nur unzureichende gesetzliche Regelungen existieren. Hier unterbreitet der Verfasser Änderungs- und Regelungsvorschläge, die in den Schlussbetrachtungen ebenfalls noch einmal in Tabellenform zusammengetragen werden (S. 764 ff.). Letztlich wird hervorgehoben, dass einige der Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen auch ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung unmittelbar kraft Verfassungsrechts gelten. Dies sei für die verfassungsrechtlichen Schranken-Schranken der gerechtfertigten Grundrechtseinschränkung wie dem Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit ebenso anzunehmen wie für den Schutz des Kernbereichs und die Verbote der Persönlichkeitsprofilbildung und die Rundumüberwachung. Schließlich ergäbe sich die zwingende Anwendung einiger Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dies gelte etwa für die Pflicht zur Durchführung der Dateneingriffe in möglichst unauffälliger Weise zur Vermeidung beruflicher und privater Stigmatisierung der Betroffenen, die absoluten Grenzen der Dauer der Maßnahme und die Subsidiarität von heimlichen gegenüber offenen Dateneingriffen.

Die Notwendigkeit der einzelnen Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen hänge dabei bis auf wenige absolut geltende Ausnahmen vom Ausgang der vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung ab. Eingriffsschwellen dienten dabei der Erhöhung des Gewichts des Strafverfolgungsanspruchs, die Schutzmechanismen der Absenkung

der Eingriffsintensität. In einigen Fällen sei dabei die Ergriffung von Schutzmaßnahmen und das Prüfen von Eingriffsschwellen aufgrund des dem Erforderlichkeitsgrundsatz innewohnenden Prinzips des relativ mildesten Mittels zwingend. Ebenso müssten Schutzmaßnahmen ergriffen werden, wenn diese nicht zu einem Effektivitätsverlust der Dateneingriffsmaßnahme führten. Im Übrigen dienten die Eingriffsschwellen und Schutzmechanismen zur Feinregulierung und damit zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit der strafprozessualen Dateneingriffsbefugnisse und der konkret vorgenommenen Dateneingriffe. Rückert regt an, dass sich Gesetzgeber und Rechtsanwender in diesem Fall aus den von ihm vorgeschlagenen Maßnahmen wie in einer Art strafprozessualen „Baukastensystem“ bedienen, um die Verhältnismäßigkeit zu wahren (S. 767). Insofern werde dadurch zu einer Rationalisierung und besseren Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit von Verhältnismäßigkeitsentscheidungen beigetragen.

Der Verfasser stellt aber auch klar, dass die Schaffung neuer Eingriffsbefugnisse der schnellen technologischen Entwicklung zwangsläufig hinterherhinken würde. Daher behelfe sich die Praxis mit einer kreativen Auslegung. Hier werden Grenzen der erweiternden Auslegung von Ermittlungsbefugnissen zur Ermöglichung neuartiger strafprozessualer Dateneingriffe aufgezeigt sowie Möglichkeiten und Grenzen der Schaffung technikoffener Eingriffsgrundlagen beschrieben.

Kapitel 7 beleuchtet dann die europarechtlichen Vorgaben für die Schaffung und Auslegung strafprozessualer Dateneingriffsbefugnisse, bevor in Kapitel 8 zentrale Probleme der Verwendung von Daten und Datenanalysen als Beweismittel in der Hauptverhandlung beschrieben werden. Leserfreundlich werden die gewonnenen Erkenntnisse in den Schlussbetrachtungen des Kapitels 9 zusammengefasst.

Es kann nicht Aufgabe einer Rezension sein, inhaltlich eine so umfangreiche Habilitationsschrift wie diese auch nur annähernd wiederzugeben. Aber es ist, so hoffe ich, deutlich geworden, dass diese Arbeit nicht nur sehr deziert die bestehenden Grundlagen und Eingriffsbefugnisse sowie Auslegungsgesichtspunkte zur Erhebung und Verwertung digitaler Beweismitteldaten aufzeigt, sondern auch den Finger in die Wunde der mehr als unzureichenden Rechtsgrundlagen legt und dann nicht weniger bietet, als allgemeingültige Leitlinien und Auslegungskriterien für Rechtsanwender und Gesetzgeber an die Hand zu geben. Insofern wird das Anfangs gegebene Versprechen des Verfassers eingelöst, so dass es, auch durch die anschaulichen Tabellen ein Leichtes ist, sich im Dickicht des unübersichtlichen Gestrüpps an Vorschriften zurechtzufinden. Möge hinzukommen, dass das von Rückert identifizierte Regelungsdefizit vom Gesetzgeber aufgegriffen und in Rechtsform gegossen wird. Eine Systematisierung und Neujustierung der Vorschriften der Dateneingriffsbefugnisse ist längst überfällig.

Matthias Schaum: Das Recht des mittellosen Beschuldigten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2023, Verlag Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-18805-05, S. 297, Euro 89,90.

Anlässlich der Vorgaben der Prozesskostenhilfe-Richtlinie hat der Gesetzgeber mit Wirkung vom 13.12.2019 die notwendige Verteidigung grundlegend reformiert (BGBl. I, S. 2128). Die Dissertation von *Schaum* geht der Frage nach, ob diese Reform den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Grundrechtecharta, der Prozesskostenhilfe-Richtlinie und dem Grundgesetz bezüglich des Rechts auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand entspricht. Um dies zu untersuchen, wird rechtsvergleichend auch auf die einschlägigen Bestimmungen des österreichischen Strafprozessrechts Bezug genommen.

Zunächst wird das Recht des mittellosen Beschuldigten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand nach der Europäischen Menschenrechtskonvention in den Blick genommen, also insbesondere Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK. Problematisch sei, dass nicht abschließend geklärt sei, welche Kriterien zur Festlegung der Mittellosigkeit heranzuziehen sind. Auch lasse sich der Rechtsprechung des EMGR keine allgemeine Wertgrenze entnehmen, ab der von einer Mittellosigkeit des Beschuldigten auszugehen ist. Entscheidend sei, ob die Kosten eines Verteidigers vom Beschuldigten getragen werden können, ohne dass auf Mittel für den notwendigen Unterhalt für sich selbst oder seiner Familie zurückgegriffen werden muss. Ist der Beschuldigte nicht völlig mittellos, so kann eine Selbstbeteiligung in Betracht kommen.

Geklärt ist dagegen die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Interesses der Rechtspflege im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK. Hier spielen laut EMGR die Schwere des Tatvorwurfs, die drohende Strafe, die Komplexität des Falls sowie die persönliche Situation des Beschuldigten eine Rolle. Dabei genügt bereits das Vorliegen eines der Kriterien, um das Interesse der Rechtspflege an unentgeltlichem Verteidigerbeistand zu bejahen. Auch soweit eine Haftstrafe droht, ist ein Verteidigerbeistand grundsätzlich erforderlich.

Schließlich garantiert Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK dem mittellosen Beschuldigten nur die Unentgeltlichkeit des Verteidigerbeistands, aber nicht des gesamten Strafverfahrens. Auch falls sich die Vermögensverhältnisse des Beschuldigten nach Abschluss des Strafverfahrens bessern, kann er zur Tragung der Verteidigerkosten verpflichtet werden.

Die konkrete Ausgestaltung des Rechts auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand überlässt die EMRK den nationalen Rechtsordnungen, wobei die Ausgestaltung effektiv

und wirksam sein muss. Das Recht auf unentgeltliche Verteidigung beginnt bereits im Ermittlungsverfahren ab Beginn der ersten polizeilichen Vernehmung. Nur bei zwingenden Gründen kann das im Ermittlungsverfahren bestehende Recht vorübergehend eingeschränkt werden, wobei darauf zu achten ist, dass die Grundsätze des fairen Verfahrens nicht beeinträchtigt werden. Die Bestellung eines Verteidigers gilt grundsätzlich bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens.

Die Strafverfolgungsbehörden müssen den Beschuldigten unverzüglich über das Recht auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand belehren und ihn bei der Kontaktaufnahme unterstützen. Grundsätzlich hat der Beschuldigte die Möglichkeit, sich von einem Verteidiger seiner Wahl vertreten zu lassen. Allerdings können sich die nationalen Behörden oder Gerichte über diesen Wunsch des Beschuldigten aus Gründen der Sachdienlichkeit oder des Interesses der Rechtspflege hinwegsetzen.

Konkrete Vorgaben zur Vergütung der vom Verteidiger erbrachten Leistungen als unentgeltlicher Verteidigerbeistand gibt es nicht und es ist durchaus mit der EMRK vereinbar, wenn dieser Verteidiger im Vergleich zum Wahlverteidiger eine geringere Vergütung oder sogar gar keine Entlohnung erhält. Nicht thematisiert wurde bislang vom EMGR, wie sich dies ggf. auf die Qualität der Beistandsleitung auswirkt.

Nach diesen aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK abzuleitenden Grundätzen zum Recht des mittellosen Beschuldigten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand wird im zweiten Kapitel herausgearbeitet, welche Anforderungen das Recht der Europäischen Union diesbezüglich bereitstellt. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass das Recht auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand gem. Art. 48 Abs. 2 GRC sowohl von seinen tatbestandlichen Voraussetzungen als auch von seinem Gewährleistungsumfang dem Recht auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK entspricht.

Dagegen habe das Recht auf Prozesskostenhilfe gem. Art. 47 Abs. 3 GRC kein unmittelbares Äquivalent in der EMRK. Tatbestandlich setzt das Recht auf Prozesskostenhilfe voraus, dass der Beschuldigte wiederum mittellos und die Gewährung von Prozesskostenhilfe erforderlich ist, um den Zugang zum Gericht wirksam zu gewährleisten. Allerdings gäbe es auch hier keine gefestigte Rechtsprechung des *EuGH*, welche Kriterien zur Beurteilung der Mittellosigkeit des Beschuldigten heranzuziehen sind. Der *EuGH* berücksichtigt sämtliche Umstände des Einzelfalls, insbesondere den Umfang der Auswirkungen auf den Beschuldigten, die Komplexität des anzuwendenden

Rechts und Verfahrens sowie die Fähigkeit des Betroffenen, seine Sache wirksam zu vertreten. Dagegen normiert die Prozesskostenhilfe-Richtlinie sehr wohl Kriterien zur Ermittlung der Mittellosigkeit, allerdings nicht abschließend und inhaltlich wird lediglich die bisherige Rechtsprechung des EMGR festgeschrieben.

Der Begriff der Prozesskostenhilfe ist in der Richtlinie weit zu verstehen und umfasst nicht nur die Übernahme der Verteidigerkosten, sondern auch das Stellen eines Verteidigers sowie die Befreiung von sonstigen Gerichtskosten. Um dem mittellosen Beschuldigten das Recht auf unentgeltlichen Rechtsbeistand vollumfänglich zu gewährleisten, sind die Garantien aus Art. 48 Abs. 2 und Art. 47 Abs. 3 GRC parallel anwendbar. Die Prozesskostenhilfe konkretisiert laut Verfasser das Recht auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand und kodifiziert in großen Teilen die Rechtsprechung des EGMR.

Allerdings bleibe der Anwendungsbereich der Prozesskostenhilfe-Richtlinie teilweise hinter den Vorgaben der EMRK zurück. Dies gelte beispielsweise für die Einschränkung des Anwendungsbereichs bei geringfügigen Zuwiderhandlungen auf das gerichtliche Verfahren. Auch sei der situative Anwendungsbereich der Prozesskostenhilfe-Richtlinie nicht deckungsgleich mit dem der Rechtsbeistands-Richtlinie, so dass mittellose Beschuldigte in geringerem Umfang ein Recht auf Prozesskostenhilfe haben als Beschuldigte, die über Mittel verfügen. Neben diesen Feststellungen nimmt der Verfasser umfangreiche Detailvergleiche zwischen EMRK, GRC und Prozesskostenhilfe-Richtlinie vor, die teilweise Übereinstimmungen, teilweise aber auch Abweichungen zeigen (zusammengefasst in der Dissertationsschrift auf S. 114 ff.).

Nach diesem Überblick über das Recht des mittellosen Beschuldigten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand nach EMRK, GRC und Prozesskostenhilfe-Richtlinie wird im nächsten Kapitel auf die verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Grundlagen nach deutschem Recht eingegangen. Auf knapp 100 Seiten wird herausgearbeitet, dass die verfassungsrechtliche Garantie auf ein faires Verfahren nach Art. 20 Abs. 3 GG i.V. mit Art. 2 Abs. 1 GG keine konkreten Angaben zur einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Rechts auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand macht. Einfachgesetzlich wird der unentgeltliche Verteidigerbeistand primär durch das Institut der notwendigen Verteidigung gewährleistet. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass dieses Institut durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung zwar teilweise grundlegend umgestaltet wurde, aber noch nicht durchgehend den Vorgaben der EMRK, GRC und Prozesskostenhilfe-Richtlinie sowie dem Grundgesetz entspricht.

So widerspreche das in § 141 Abs. 1 StPO neu geschaffene Antragsmodell nicht nur dem Modell der notwendigen Verteidigung, sondern stehe in seiner konkreten Ausgestaltung auch im Widerspruch zur Prozesskostenhilfe-Richtlinie, nach der die Gewährung von unentgeltlichem Verteidigerbeistand gerade nicht von einem Antrag abhängig gemacht werden solle. Auch knüpfe § 141 Abs. 2

S. 1 Nr. 3 StPO nicht an die Vorgaben der Prozesskostenhilfe-Richtlinie an. Richtlinienwidrig seien zudem die in der Richtlinie genannten Ausnahmeregelungen in § 141 Abs. 2 S. 2 und 3 StPO nicht vorgesehen.

Daneben hält der Verfasser auch § 141a StPO für richtlinienwidrig, weil die dort normierten Vernehmungs- und Gegenüberstellungsmöglichkeiten vor der Bestellung eines Pflichtverteidigers durchgeführt werden könnten, was nicht auf Art. 3 Abs. 6 lit. a, b der Rechtsbeistands-Richtlinie gestützt werden könnte und das Recht auf Verteidigerbeistand einseitig zulasten des mittellosen Beschuldigten einschränke. Daneben seien auch die Bestimmungen zur Auswahl und Bestellung des Pflichtverteidigers nicht mit der Prozesskostenhilfe-Richtlinie vereinbar.

Dagegen verstoße die im Vergleich zum Wahlverteidiger vorgesehene geringere Vergütung des Pflichtverteidigers sowie die generell nicht kostendeckende Vergütung nicht gegen EMRK, GRC und Prozesskostenhilfe-Richtlinie, da diesbezüglich keine Bestimmungen enthalten sind. Allerdings verstoße die unterschiedliche Vergütung gegen das Grundgesetz. Das Institut der Beratungshilfe, sei nicht in der Lage, die Lücken im Recht auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand zu schließen, die das Institut der notwendigen Verteidigung enthalte.

Nach diesen ernüchternden Erkenntnissen nimmt der Verfasser das Recht des mittellosen Beschuldigten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand kurz in den Blick. In Österreich wird das Recht auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand primär durch das Institut der Verfahrenshilfe gewährleistet. Daneben kann der Beschuldigte in Fällen des § 59 Abs. 5 öStPO kostenlos einen Verteidiger in Bereitschaft beiziehen (S. 206 ff.).

Die Ergebnisse seiner Untersuchung überführt *Schaum* in verschiedene Lösungsansätze für eine Reform der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Rechts auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand. Er lehnt eine punktuelle Reform der Vorschriften der notwendigen Verteidigung ab, da diverse Problemkreise dadurch ungelöst blieben (S. 248). Auch die Einführung einer Pflichtrechtsschutzversicherung sowie die generelle Übernahme der Verteidigungskosten durch die Staatskasse seien keine geeigneten Mittel, um dem mittellosen Beschuldigten das Recht auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand zu gewährleisten.

Daneben sei auch der Vorschlag, die zivilprozessuale Prozesskostenhilfe in die strafprozessuale Ausgestaltung zu übernehmen nur bedingt geeignet, die Probleme zu lösen (S. 253). Diskutiert und kritisiert werden daneben Vorschläge wie die Einführung einer begrenzten, subsidiären Staatshaftung für Wahlverteidigerhonorare, die Einführung eines Instituts der Verfahrenshilfe sowie die Einführung des Instituts der Verfahrenshilfe in Kombination mit einem Prozesskostenhilfesystem nach dem Vorbild der Zivilprozessordnung.

In einem eigenen Reformvorschlag möchte der Verfasser nun das Institut der notwendigen Verteidigung von seiner

Funktion, unentgeltlichen Verteidigerbeistand zu gewährleisten, befreien und die Gewährleistung desselben separat regeln (S. 264). Anleihen nimmt er am Vorbild des österreichischen Rechts, schränkt aber ein, dass diese Vorschriften nicht eins zu eins in das deutsche Recht übernommen werden können. Allerdings biete sich die Einführung des Instituts der Verfahrenshilfe nach österreichischem Vorbild an.

Voraussetzung für die Gewährung von Verfahrenshilfe sollte sein, dass der Beschuldigte außerstande ist, die gesamten Verteidigungskosten ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie zur einfachen Lebensführung notwendigen Unterhalts zu tragen. Dies knüpft nach Auffassung der Rezensentin aber genau an das an, was schon nach geltendem Recht im Rahmen der Mittellosigkeit zu berücksichtigen ist. Allerdings nimmt der Verfasser Anleihen bei zivilprozessualen Vorschriften (insb. § 115 ZPO), die zur Ermittlung des Einkommens und Vermögens des Beschuldigten heranzuziehen seien.

Daneben müsse, so der Verfasser, die Gewährung von unentgeltlichem Verteidigerbeistand im Interesse der Rechtspflege, insbesondere im Interesse einer zweckentsprechenden Verteidigung, erforderlich sein. Auch hier liest man eigentlich nichts neues. Letztlich, so *Schaum*, sei die Bewertung immer eine Frage des Einzelfalls. Allerdings sei das Tatbestandsmerkmal des Interesses der Rechtspflege weit auszulegen und eine § 61 Abs. 2 S. 2 öStPO vergleichbare Norm einzuführen, dass in bestimmten Konstellationen die Gewährung von unentgeltlichem Verteidigerbeistand jedenfalls im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist.

Auch § 364b StPO sei zu reformieren, da die Verteidigerbestellung für die Vorbereitung des Wiederaufnahmeverfahrens an die Mittellosigkeit des Beschuldigten anknüpfe, unentgeltliche Verteidigung aber de lege ferenda nur noch über das Institut der Verfahrenshilfe gewährleistet wird. Neben den in § 140 StPO genannten Fallgruppen könnten laut Verfasser weitere Fallgruppen normiert werden, in denen die Mitwirkung eines Verteidigers zwar nicht notwendig, aber im Interesse einer zweckentsprechenden Verteidigung erforderlich sei.

Die Gewährleistung von Verfahrenshilfe müsse grundsätzlich vom Beschuldigten beantragt werden, wobei für Fälle notwendiger Verteidigung eine Ausnahme zu formulieren sei und hier Verfahrenshilfe von Amts wegen zu gewähren sei. Es folgen weitere Ausführungen zur Ausgestaltung der Verfahrenshilfeverteidigung (S. 268), die im Einzelnen nachzulesen sich lohnen.

Schade ist, dass *Schaum* nicht die Gelegenheit genutzt hat, konkrete de lege ferenda Vorschläge auszuarbeiten. Allerdings können seine Ergebnisse eine wertvolle Grundlage für die weitere Diskussion um die Ausgestaltung des Rechts des mittellosen Beschuldigten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand geben. Insofern wird die seit Umsetzung der Prozesskostenhilfe-Richtlinie durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung seitens der Rechtswissenschaft und -praxis geübte Kritik wohl auf längere Sicht nicht abebben. Ob sie allerdings zu einer weiteren Reform des Rechts auf notwendige Verteidigung führen wird, ist nicht absehbar.

TAGUNGSBERICHT

„Sounds X Nature“ - Drittes Symposium zu Musik, Recht und Geschichte am Mittelalterlichen Kriminalmuseum Rothenburg o.d.T.

von Dr. Markus Hirte, LL.M. und
Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu*

I. Einleitung

Am 10.8.2024 veranstaltete das Mittelalterliche Kriminalmuseum Rothenburg o.d.T., Europas bedeutendstes Rechtskundemuseum, sein drittes kulturhistorisches Symposium in Kooperation mit dem Taubertal-Festival.¹ Thematisch widmete sich die Tagung dieses Mal dem Oberthema „Natur und Umwelt“, konkret der Symbiose von Musik und Natur in Geschichte und Recht.² Entsprechend interdisziplinär fiel dann auch das „Line-Up“ der Referierenden aus, bei dem Vertreter:innen aus der Musikbranche, Kultur- und Strafrechtswissenschaft zusammentrafen. Als Neuerung wurde erstmals im Vorfeld der Veranstaltung ein studentischer Essay-Wettbewerb in Kooperation mit Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu (Universität des Saarlandes) initiiert und den Gewinnern die Möglichkeit einer Präsentation ihres Essays coram publico geboten.

Dr. Markus Hirte skizzierte in seiner Eröffnungsrede die beiden Themenblöcke der Veranstaltung. Die erste Sektion widmete sich Musik und Natur(-schutz) von ihren frühen Anfängen bis zum aktuellen Line-up des Taubertal-Festivals 2024. Zudem wurde die Musik als soziale Praxis und gesellschaftliches Teilsystem mit den jeweiligen rechtlichen Implikationen beleuchtet, die von Fragen des Arten- und Tierschutzes beim Musikinstrumentenbau über Energieverbrauchsdebatten bei Großveranstaltungen zu Immissions- und Tierschutzfragen bei Open-Air Veranstaltungen in der Natur bis hin zu urheberrechtlichen Fragen der Verwendung von Naturklängen in Geo- und Biophonie reichen könnten.³ Hingegen sollte in der zweiten Sektion der Schwerpunkt im Strafrecht liegen, mithin wurden Fragen beleuchtet, welche die Rolle der Strafverfolgung und der Kriminalanktion im Hinblick auf den Naturschutz betrafen.

II. Natur und Musik

Prof. Dr. Thomas Potthast (Universität Tübingen) widmete sich der Wiedergabe der Natur im politischen Lied. Der Bioethiker betonte einen Wahrnehmungswechsel zwischen der politischen Chormusik des vergangenen Jahrhunderts und der Naturschutzbewegung der 1970er. Die Natur als anthropozentrisches Mittel zum Zweck sei einer relationalen, zugleich anthroo-relationalen Idee einer „partnerschaftlichen“ Ethik gewichen. Am Anfang stünde die Wandervogelbewegung im 19. Jahrhundert. Diese sei nicht nur der Natur verbunden gewesen, sondern auch geprägt durch den Kulturkampf zwischen Bürgertum und Arbeiterschaft. Dieser Konflikt spiegele sich in den Texten, der Musik und Darbietungsform wider. Die Lieder des Kulturkampfes seien in den 1970ern durch das linke Spektrum ironisiert in die heutige Zeit übernommen worden. Als Beispiel brachte Potthast unter anderem das Singen des nationalsozialistischen „Mercedes-Benz-Marsches“ am Eingang der Daimler-Benz Aktionärsversammlung 1996. Mit dem Verweis auf sich neu ergebende Spannungsfelder verwies Potthast auf die Frage nach kultureller Aneignung durch die Verwendung von alten jüdischen oder afrikanischen Liedern als Kampfhymnen in der linken Szene. Er schloss frei nach Ernst Bloch mit der Bemerkung, dass der Ton und die Natur ansprächen, was im Menschen und der Gesellschaft noch stumm sei.

Die Ausführungen Anja Bergermanns, M.A., Kulturmanagerin im Kriminalmuseum, bildeten die Überleitung zum Taubertal-Festival. Sie nahm auf Liedtexte, Aussagen und (Bühnen-)Darstellungen verschiedener Künstler:innen des Line-Ups wie *Deichkind*, *Alligatoah* und *Beatsteaks* Bezug und analysierte diese auf deren Wahrnehmung der Natur und der Umsetzung des Naturschutzes.

* Markus Hirte ist geschäftsführender Direktor des Mittelalterlichen Kriminalmuseums in Rothenburg ob der Tauber. Seit dem Sommersemester 2018 ist er auch Lehrbeauftragter an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Jena. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität des Saarlandes.

¹ Zum Museum und der Symposiumsreihe vgl. Hirte, in: ders., 100 Jahre Mittelalterliches Kriminalmuseum. Festschrift zum Museumsjubiläum, 2021, S. 19 ff. (44 ff.). Wir bedanken uns bei Armin Leidel (OLG Nürnberg) und Paul Schühle (Universität Tübingen) für die Unterstützung bei diesem Beitrag.

² Für die Berichte zu den Tagungen 2018 und 2019 siehe Hirte, MschrKrim 101 (2018), 478 ff. und Hirte/Wilfling, MschrKrim 102 (2019), 315 ff.

³ Vgl. dazu Meisch/Potthast/Fischer u.a., Natur und Landschaft 2020, 500 ff.

Den Abschluss des ersten Themenkomplexes bildete eine Diskussionsrunde mit *Florian Zoll*, Pressesprecher des Taubertal-Festivals, und *Florian Vogel*, dem Umweltbeauftragten des Festivals. Dabei setzten sie sich mit den Vorteilen des Taubertals als Festival-Location für eine möglichst naturschutzsensible Umsetzung genauso auseinander wie mit den Konflikten, die sich dadurch ergeben.

III. Natur und Recht

Die zweite Sektion stand ganz im Zeichen des Kriminalstrafrechts: Den Start machte *Prof. Dr. Hans Kudlich* (Universität Erlangen-Nürnberg) mit einer Analyse des Schutzes der Umwelt durch das Strafrecht bei der Altfahrzeugrestauration. In bestimmten Konstellationen könne für Amateur-Autobastler § 326 StGB Relevanz entfalten, dem Tatbestand des unerlaubten Umgangs mit Abfällen. Der Fokus richtete sich hierbei zunächst auf den Abfallbegriff nach § 3 KrWG (und damit auch auf die diesbezüglich anerkannte Gegenüberstellung eines objektiven und subjektiven Abfallbegriffs).

Ersterer, sog. Zwangsabfall, wiederum sei bei alten Autos besonders problematisch: Denn dieser Begriff stelle nach § 3 Abs. 4 KrWG darauf ab, dass ein Stoff/Gegenstand nicht mehr nach seiner Zweckbestimmung verwendet werden kann und geeignet ist, die Umwelt zu gefährden. Ab wann bei einem PKW mit Restaurationsbedarf die Zweckbestimmung wegfallen, könne unklar sein. Dabei könne bspw. dem Aufbewahrungsort des PKW eine wichtige Indizfunktion zukommen. Wenn nämlich durch einen ungeschützten Aufenthaltsort weitere Schäden zu befürchten sind, spräche dies für einen Wegfall der Zweckbestimmung. Ebenso stelle sich die Frage, wann einem solchen Wagen Schadenseignung zugesprochen werden könne. Nach einer kurzen Darstellung eines Urteils des *OLG Stuttgart*, das letztlich solch einen Fall betraf (NStZ 2024, 238), machte *Kudlich* schließlich auf den Widerspruch aufmerksam, dass bei nachfolgender Sicherungs- und Beseitigungsbemühungen verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Beurteilung divergiere, da insofern auf unterschiedliche Zeitpunkte abgestellt werde.

Prof. Dr. Brian Valerius (Universität Passau) widmete sich dem Spannungsfeld zwischen Klimaaktivismus und Strafrecht. Er setzte sich zunächst mit dem Phänomen des „Tyre Extinguishing“ auseinander, bei dem Aktivist:innen SUVs die Luft aus den Reifen lassen. Ziel sei es, mittels eines „Bekennerschreibens“ auf die Auswirkungen von SUVs auf das Klima aufmerksam zu machen. Rechtlich sei hier zunächst an Sachbeschädigung zu denken, § 303 StGB. Das Entleeren der Luft sei eine Aufhebung der bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit. Zu beachten sei die Bagatellschwelle, welche laut *BGH* aber bereits überschritten sei, wenn die Wiederherstellung des früheren Zustandes einen nicht geringen Aufwand an Zeit, Arbeit oder Kosten verlange. Dies sei praktisch dann (und nur dann) nicht der Fall, wenn sich eine Aufpumpstation direkt daneben befände. Als Nächstes ging *Valerius* auf die

sogenannten „Klimakleber“ ein. Das Festkleben auf der Straße, um damit einen Stau zu provozieren, verletze die persönliche Willensbetätigungsfreiheit der Autofahrer:innen und sei mit der sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des *BGH* auch als Gewalt gem. § 240 StGB einzustufen. Das Merkmal der Verwerflichkeit sei bei Versammlungen im Lichte von Art. 8 GG anhand der Intensität der Blockade und des Bezugs zum Versammlungsthema jeweils für den Einzelfall zu bewerten. Fernziele hätten bei der Betrachtung vollständig außen vor zu bleiben. Auf den Rechtfertigungsgrund der Notwehr, § 32 StGB, könnten sich die Klimaaktivist:innen nicht berufen, weil schwerlich eine „Nothilfe“ zugunsten eines überindividuellen Interesses angenommen werden könne. Bezüglich eines rechtfertigenden Notstandes, § 34 StGB, bestünden große Zweifel an der Geeignetheit und der Erforderlichkeit. Die Figur des zivilen Ungehorsams könne bereits begrifflos nicht greifen.

Im Anschluss entstand eine lebhafte Diskussion darüber, ob die Strafzwecke bei Überzeugungstäter:innen wie der sog. „Letzten Generation“, denen es gerade auf die Normübertretung ankommt, noch erreicht werden könnten. Während *Oğlakcioğlu* dies kritisch sah, verwies *Valerius* auf das Prinzip der Normgeltung, das Milderungen oder dem Absehen von Strafe hier entgegenstehe.

Als letzten Teil des Symposiums stellte *Oğlakcioğlu* die drei Gewinner des Essay-Wettbewerbs zu dem Thema „Sounds and Nature“ vor und leitete damit über zu deren Impulsvorträgen: *Daniela Kolland* untersuchte mögliche deutsche Umweltstraftaten in Kontext von Superyachten. Das Beispiel eignete sich hervorragend, um die besonderen Schwierigkeiten aufzuzeigen, die sich im Kontext der Verfolgung von Umweltstraftaten (sowohl materiell-rechtlich als auch tatsächlich, Stichwort: Strafanwendungsrecht) ergeben können. *Jonas Guth* beschäftigte sich mit dem Begriff und Phänomen des Ökozids: Er ging hierbei v.a. auf die Frage ein, welche Herausforderungen ein eigener Straftatbestand im Völkerstrafrecht mit sich brächte und führte dies anhand eines Entwurfs der Stop Ecocide Foundation vor. *Robin Kaltenhauser*, der für seinen Beitrag den ersten Platz erhielt, diskutierte, inwieweit die Verursachung von Klimaflucht als Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach Art. 7 IStGH-Statut ausgelegt werden könnte. Im Ergebnis verneinte er dies, und machte darauf aufmerksam, dass die einschlägigen Delikte historisch nicht zur Verfolgung von Umweltstraftaten angelegt seien.

Danach schloss *Hirte* das Symposium nach einer Zusammenfassung der Vorträge mit einem Verweis auf Chancen und Risiken und aktuelle internationale Debatten um die Rechtssubjektsqualität von Flora und Fauna, mit einem Fokus auf Biotope in Neuseeland und Kolumbien. Viele Teilnehmende ließen das Symposium bei angenehmem Spätsommerwetter dann auf dem Taubertal-Festival ausklingen zu lassen. Das vierte Symposium zu Musik, Recht und Geschichte ist für August 2026 geplant.