

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 Zöllner

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 | 58 – 106

58 | Verschärfung der Widerstandsdelikte auf dem Prüfstand

von Prof. Dr. Anja Schiemann

63 | Erlaubtes Gray-Hat-Hacking und neue Strafrahmen im Computerstrafrecht? Überlegungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Modernisierung des Computerstrafrechts

von Wiss. Mit. Mathis S. L. Ohlig

82 | Eine Theorie der Integrität der Strafrechtspflege

von Wiss. Mit. Bedirhan Erdem, LL.M. (Bilkent), LL.M. (HU Berlin)

96 | Eine Lücke im Haftbefehl gegen mutmaßliche Kriegsverbrecher?

von Wiss. Mit. Rosa-Lena Lauterbach

105 | Was ist Postkolonialismus? Eine kriminalpolitische Notiz

von Leonardo Braguinski

AUSLANDSBEITRAG | 107 – 113

107 | Die Debatte über die Einwilligung in sexuelle Handlungen als strafrechtlicher Standard. Eine Analyse im Licht des spanischen „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes

von Ane Rodríguez Barrueta

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 114 – 149

114 | Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Kostentragung für Polizeieinsätze bei Hochrisikospielen

BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22

129 | Kostspieliges Kicken – Das „letzte Wort“ des BVerfG zur Kostentragungspflicht bei Hochrisiko-Fußballspielen?

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel

137 | **Verurteilung einer ehemaligen Zivilangestellten des Konzentrationslagers Sutthof wegen Beihilfe zum Mord in mehr als 10.000 Fällen**
BGH, Urt. v. 20.8.2024 – 5 StR 326/23

145 | **Bemerkungen zu BGH, Urt. v. 20.8.2024 – 5 StR 326/23**
von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

BUCHBESPRECHUNGEN | 150 – 153

150 | **Alina Ehlers: Die strafbewehrte Missbilligung der Tötung auf Verlangen im Sinne des § 216 StGB. Zur Zukunft einer Strafvorschrift nach dem Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

152 | **Janick Haas: Zur Notwendigkeit und Umsetzung einer eigenständigen Strafbarkeit des Betriebens von digitalen Handelsplattformen. Eine kritische Analyse von § 127 StGB n.F. im Lichte des Vorbereitungsstrafrechts**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

Nicht schon wieder! Verschärfung der Widerstandsdelikte auf dem Prüfstand

von Prof. Dr. Anja Schiemann

Abstract

Es ist keine zehn Jahre her, dass durch das 52. StÄG 2017 die Widerstandsdelikte durch Modifizierungen und eine Neustrukturierung eine wesentliche Änderung erfahren haben. Insbesondere hat dies zu einer Ausweitung der Strafbarkeit und Strafschärfung geführt. Schon dies war seinerzeit stark kritisiert worden. Im Gesetzentwurf der früheren Bundesregierung waren weitere Anhebungen der Strafrahmen und eine Ausweitung der Strafbarkeit geplant. Daneben sollten flankierend die Strafzumessungsvorschrift des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB ergänzt und weitere Vorschriften modifiziert werden. Auch wenn der Regierungsentwurf aufgrund der Diskontinuität erst einmal vom Tisch ist, so steht doch zu befürchten, dass er auch in der neuen Legislaturperiode wieder eingebracht wird. Dies vor allem deswegen, weil der politische Wille offensichtlich in Richtung weiterer Verschärfung geht, denn auch die Fraktion der CDU/CSU sowie das Land Baden-Württemberg hatten entsprechende Gesetzentwürfe vorgelegt. Insofern lohnt auch weiterhin ein kritischer Blick auf die Vorschläge, verbunden mit der Hoffnung, dass eine Verschärfung der Widerstandsdelikte unterbleibt und eher darüber nachgedacht werden sollte, eine moderate Reform in die andere Richtung vorzunehmen.

Less than ten years ago the 52nd Criminal Code Amendment Act of 2017 (StÄG) significantly modified and restructured the offenses of resisting arrest. In particular, these changes led to an expansion of criminal liability and to the possibility of heavier penalties. These steps were already heavily criticized at the time. The previous federal government's draft bill planned to further increase the possible penalties and extend criminal liability. Furthermore, it was envisioned that the general sentencing provision in Section 46 Para. 2 Sent. 2 StGB was to be supplemented and other provisions to be modified. Even if the government draft has been shelved for the time being due to governmental discontinuity, it is to be feared that it will be reintroduced in the new legislative period. This is mainly due to the current political will that is obviously moving in the direction of further expansive changes, as the CDU/CSU parliamentary group and the state of Baden-Wuerttemberg had also submitted corresponding draft bills. In this respect, it is still worth taking a critical look at the proposals, combined with the hope that there will be no tightening of the offenses of resisting arrest and that consideration should be given to a moderate reform in the other direction.

I. Gesetzgebungsgeschichte

Die Gesetzgebungsgeschichte zum Regierungsentwurf zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften sowie dem Gemeinwohl dienenden Tätigkeiten ist kurz. Erst am 5.7.2024 stellte das BMJ einen Referentenentwurf zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften sowie sonstigen dem Gemeinwohl dienenden Tätigkeiten vor.¹ Insbesondere sah dieser neben einer Ergänzung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB vor, ein weiteres Regelbeispiel einzufügen sowie das Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes zu ergänzen. Die Stellungnahme des Bundesrats am 27.9.2024 sah dann zahlreiche weitere Ausweitungen des Entwurfs der damaligen Bundesregierung vor.² Bereits am 19.9.2024 brachte das Land Baden-Württemberg einen weiteren Gesetzesantrag in den Bundesrat ein.³ Nach einer Empfehlung des federführenden Rechtsausschusses im November 2024 sollte der Antrag jedoch nicht in den Bundestag eingebracht werden.⁴

Zuvor wurde jedoch bereits im September 2024 der Regierungsentwurf⁵ zusammen mit einem Entwurf der Fraktion CDU/CSU⁶ in erster Lesung im Bundestag beraten, wobei der Entwurf der damaligen Oppositionsfraktion inhaltlich deutlich weiter ging. So sah er bspw. bereits eine Strafrahmenerhöhung bei § 113 Abs. 1 StGB vor.

Die im Rechtsausschuss am 14.10.2024 stattgefundene öffentliche Anhörung der Sachverständigen zeigte ein unterschiedliches Bild, wobei die Mehrzahl der juristischen Sachverständigen Kritik an der geplanten Gesetzesnovellierung übten.⁷

II. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung

1. Ergänzung der Strafzumessungsvorschrift

Der Regierungsentwurf sah vor, dass bei den Strafzumessungsgründen § 46 Abs. 2 S. 2 StGB um den Passus „auch die Eignung der Tat, eine dem Gemeinwohl dienende Tätigkeit nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen“ ergänzt wird. Schon in der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass die Ergänzung nur der Klarstellung und Bekräftigung der geltenden Rechtslage dient. Denn bereits nach geltender Rechtslage könnten die Auswirkungen der Tat als Strafzumessungsgesichtspunkt zu Lasten

¹ Referentenentwurf des BMJ, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2024/07/RefE_Schutz_Vollsteckungsbeamte_Rettungskraefte.pdf (zuletzt abgerufen am 16.2.2025).

² BR-Drs. 423/24. Insbesondere ging es um die Einfügung eines § 106a StGB.

³ BR-Drs. 456/1/24.

⁴ BR-Drs. 456/1/24.

⁵ BT-Drs. 20/12950.

⁶ BT-Drs. 20/13217.

⁷ Die Stellungnahmen der Sachverständigen finden sich unter: <https://kripoz.de/2024/09/05/staerkung-des-schutzes-von-vollstreckungsbeamten-und-rettungskraeften-sowie-sonstigen-dem-gemeinwohl-dienenden-taetigkeiten-2/> (zuletzt abgerufen am 16.2.2025).

des Täters berücksichtigt werden, wie der Fall von *Henriette Reker* zeige.⁸ Das *OLG Düsseldorf* hatte 2016 nach dem Attentat auf die Oberbürgermeisterin Kölns strafschärfend berücksichtigt, dass der Täter „über die Tötung ... hinaus eine Einschüchterung politischer Entscheidungsträger erreichen wollte, um die Ausländerpolitik zu beeinflussen“.⁹ Dieses in der Gesetzesbegründung aufgeführte Fallbeispiel zeigt, dass die Gerichte auch ohne explizite Ergänzung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB durchaus in der Lage sind, diese Gründe im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen. Es geht dem Gesetzgeber hier um ein „klares Zeichen“ gegen die Entwicklungen in Bezug auf gemeinwohlschädliche und demokratiefeindliche Straftaten und eine Sensibilisierung der Gerichte und Ermittlungsbehörden.¹⁰ Warum es dieser Sensibilisierung trotz entsprechender Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts in der Rechtsprechung bedarf, bleibt unklar.

Hinzu kommt, dass die inflationäre Ergänzung des § 46 StGB seitens des Gesetzgebers in den letzten Jahren ohnehin Kritik erfahren hat. So sind durch das Gesetz vom 12.6.2015 Beweggründe durch die Formulierung „insbesondere auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende“ konkretisiert worden. Durch das Gesetz vom 30.3.2021 wurden mit Wirkung vom 1.7.2023 die Beweggründe um „antisemitische“ ergänzt und mit Wirkung ab dem 1.10.2023 kamen „gegen die sexuelle Orientierung“ gerichtete Motive hinzu. Die Aufzählung einer Auswahl von Motiven als „besonders“ menschenverachtend widerspricht „evident der Systematik“ des § 46 Abs. 2 StGB¹¹ und stellt einen „dogmatischen und strukturellen Bruch im Rahmen des § 46 StGB“ dar.¹² Denn sämtliche Ausprägungen gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit wird man in einem abschließenden Katalog nicht festhalten können. Durch eine Auswahl droht nicht nur die Zurücksetzung und Diskriminierung nicht erwähnter Gruppen,¹³ sondern auch die Gefahr, durch die zunehmende Nennung immer weitergehender Einzelfälle den beispielhaften Charakter aufzuheben. Dann aber kann es zu einer Fokussierung der Gerichte auf die benannten Motive führen und nicht aufgeführte Beweggründe könnten unberücksichtigt bleiben. Daher plädiert auch der Deutsche Richterbund dafür, dass die Strafzumessungsvorschrift „ihren beispielhaften Charakter durch die zunehmende Nennung immer weitergehender Einzelfälle nicht verliert“.¹⁴

Kritisiert werden muss darüber hinaus, dass hier vor-schnell Ergänzungen des § 46 Abs. 2 StGB Eingang in den

Gesetzentwurf erhalten haben, obwohl zum Zeitpunkt des Regierungsentwurfs noch eine vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebene Studie zur Evaluierung der in der Vorschrift benannten Strafzumessungsumstände zur Überprüfung und Erleichterung ihrer Anwendung in der Praxis lief (15.11.2022 – 15.11.2024).¹⁵ Insofern hätten zunächst die Ergebnisse dieser Studie abgewartet werden müssen.¹⁶ Es bleibt zu hoffen, dass vor neuerlichen Überlegungen der Ergänzung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB in der 21. Legislaturperiode, die Ergebnisse der Studie im Sinne einer evidenzbasierten Kriminalpolitik auch Beachtung finden.

Neben diesen grundsätzlichen Bedenken an einer Erweiterung der Motive und Beweggründe im Rahmen der Strafzumessung, weist die BRAK auf den begrenzten Anwendungsbereich der Vorschrift hin. Denn § 46 Abs. 3 StGB lege fest, dass eine Berücksichtigung von Umständen, die schon Merkmale eines Tatbestands sind, bei der Strafzumessung unzulässig ist. Da den §§ 113 ff. StGB ein Gemeinwohlbezug der geschützten Tätigkeit immanent sei, dürfte dieser jedenfalls bei diesen Tatbeständen im Rahmen der Strafzumessung keine Berücksichtigung mehr finden.¹⁷ So sah es auch der *BGH* als rechtlich bedenklich an, den Angriff gegen einen „Repräsentanten des Staates“ strafschärfend zu berücksichtigen.¹⁸

Schließlich kann auch mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG Kritik an der Ergänzung des § 46 Abs. 2 StGB geübt werden. So ist das Merkmal des Gemeinwohls nicht gesetzlich normiert und die Grenzen zwischen darunter erfassten und nicht erfassten Tätigkeiten dürften fließend sein. Daneben ist auch der Begriff der „Eignung“ unbestimmt.¹⁹ Durch die „Eignung der Tat, eine dem Gemeinwohl dienende Tätigkeit nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen“,²⁰ wird eine potenzielle Gefährlichkeit überbetont. Da die Strafzumessung für sämtliche Delikte gilt, werden auch Erfolgsdelikte in gewisser Weise potenzielle Gefährdungsdelikte, wobei die Gefährdung bei den allermeisten betroffenen Tatbeständen ein außertatbestandliches Rechtsgut betrifft.²¹

Insgesamt ist daher von einer entsprechenden Ergänzung dringend abzuraten. Auch andere Ergänzungen des § 46 Abs. 2 StGB sollten zukünftig unterbleiben, um die Strafzumessungsgründe nicht zu sehr festzulegen.

⁸ BT-Drs. 20/12950, S. 11.

⁹ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 1.7.2016 – 6 StS 1/16, juris Rn. 233.

¹⁰ BT-Drs. 20/12950, S. 11.

¹¹ So *Fischer/Anstötz*, StGB, 72. Aufl. (2025), § 46 Rn. 26c.

¹² BRAK, Stellungnahme Nr. 55 v. August 2024, S. 5; abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2024/09/BRAK.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.2.2025).

¹³ Hierzu *Engländer*, NStZ 2021, 385 (386).

¹⁴ DRB, Stellungnahme Nr. 15/24, S. 3; abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2024/09/DRB.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.2.2025).

¹⁵ Beauftragt wurde das Kriminologische Institut Niedersachsen e.V. Zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Aufsatzes lagen die Ergebnisse noch nicht vor: <https://kfn.de/forschungsprojekte/evaluierung-der-in-paragraf-46-abs-2-stgb-gesetzlich-benannten-strafzumessungsumstaende/> (zuletzt abgerufen am 16.2.2025).

¹⁶ So bereits DJG, Stellungnahme v. 1.8.2004, S. 3; abrufbar unter <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2024/09/DJG.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.2.2025).

¹⁷ BRAK, Stellungnahme Nr. 55 v. August 2024, S. 6.

¹⁸ *BGH*, NStZ 2014, 512 (513).

¹⁹ BRAK, Stellungnahme Nr. 55 v. August 2024, S. 6; NRV, Stellungnahme v. 2.8.2024, S. 4; abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2024/09/NRV.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.2.2025).

²⁰ BT-Drs. 20/12950, S. 5.

²¹ NRV, Stellungnahme v. 2.8.2024, S. 5 f.

2. Einfügung des Regelbeispiels der Begehung der Tat mittels eines hinterlistigen Angriffs in § 113 Abs. 2 StGB

Der Regierungsentwurf sah darüber hinaus vor, ein weiteres Regelbeispiel zu benennen und in den Katalog des § 113 Abs. 2 StGB aufzunehmen. Bezogen wird sich in der Gesetzesbegründung darauf, dass in jüngerer Vergangenheit hinterlistige Überfälle auf den nach den §§ 113 ff. StGB geschützten Personenkreis als besonders gefährliche Form von Angriffen in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt sind. Auch hier wird aber gesehen, dass solche Angriffe auch nach geltendem Recht insbesondere den Straftatbestand des tätlichen Angriffs erfüllen können und hier sogar ein besonders schwerer Fall in Betracht kommen kann. Daneben könnten Straftatbestände des (besonders schweren) Landfriedensbruchs nach §§ 125, 125a StGB sowie Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte in Betracht kommen.²² Man fragt sich also auch hier, warum bei einem so facettenreichen Instrumentarium strafrechtlicher Tatbestände eine Normierung des hinterlistigen Angriffs als Regelbeispiel des § 113 Abs. 2 StGB überhaupt notwendig ist.

Belehrt wird man hierüber auf der nächsten Seite der Gesetzesbegründung, denn es gehe darum, den strafrechtlichen Schutz von Einsatzkräften *noch angemessener* zu gewährleisten und den spezifischen Unrechtsgehalt solcher Taten *noch deutlicher* zum Ausdruck zu bringen.²³ Da aber eine Strafbarkeitslücke nicht besteht,²⁴ handelt es sich hier um reine Symbolpolitik.

Daneben ist die Verortung des hinterlistigen „Angriffs“ in § 113 Abs. 2 StGB äußerst fragwürdig.²⁵ Denn wird ein Angriff verlangt, so reicht eine klassische Widerstandshandlung nach § 113 Abs. 1 StGB gerade nicht aus, so dass diese neue Variante nur dann einschlägig sein wird, wenn § 114 StGB verwirklicht ist. Warum sie dann als besonders schwerer Fall im Rahmen des § 113 StGB ausgestaltet ist, erschließt sich nicht und die Vorschrift ist falsch verortet.²⁶ Letztlich droht im Fall des neuen Regelbeispiels auch die – den Schutz von Einsatzkräften geradezu konterkarierende – Festsetzung einer deutlich geringeren Strafdrohung als bei dem i.d.R. ebenfalls verwirklichten § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Denn während die Höchststrafe nach § 224 Abs. 1 StGB bei 10 Jahren liegt, kann nach den Regelbeispielen des § 113 Abs. 2 StGB nur bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe verhängt werden.

3. Stärkung des strafrechtlichen Schutzes von Amts- und Mandatsträgern auf europäischer und kommunaler Ebene

Eine im Referentenentwurf noch nicht enthaltene Änderung betraf eine Erweiterung des Anwendungsbereichs

der §§ 105, 106 StGB. Diese wenig bekannten Tatbestände stellen die Nötigung von Verfassungsorganen des Bundes oder Landes oder die Nötigung des Bundespräsidenten sowie von Mitgliedern eines Verfassungsorgans des Bundes oder Landes unter Strafe. Diese sollten nun durch eine entsprechende Erweiterung des Anwendungsbereichs auf europäische und kommunale Ebene übertragen werden.²⁷ Dadurch sollte künftig auch das Europäische Parlament, die Europäische Kommission, der *EuGH* sowie die Volksvertretungen der kommunalen Gebietskörperschaften und deren Mitglieder vor Nötigung geschützt werden,²⁸ um deren Bedeutung für das verfassungsgemäße Funktionieren des staatlichen Lebens Rechnung zu tragen.²⁹ Auch wenn die praktische Bedeutung äußerst gering ist, so ist es doch nur konsequent, die Straftatbestände zur Nötigung von Verfassungsorganen auf Europäische Amts- und Mandatsträger sowie solche auf kommunaler Ebene auszuweiten. Der Schutz der Funktionsfähigkeit und -freiheit³⁰ sollte auch diese umfassen.

Nach der Stellungnahme des Bundesrats sollten dann nicht nur die im Regierungsentwurf geplanten Ergänzungen der §§ 105, 106 StGB greifen, sondern auch ein neuer § 106a StGB in das Gesetz eingefügt werden. Hier ging es um eine Strafbarkeit der Beeinflussung von Amts- und Mandatsträgern.³¹ Dieser neue Straftatbestand sei notwendig, da sich die für das Gemeinwohl engagierten Personen Übergriffen gerade auch in ihrem privaten Bereich ausgesetzt sehen, die bisher vom Strafrecht nicht erfasst seien.³² Die vorgeschlagene Vorschrift beinhaltet eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, denn was ist unter „Lebensgestaltung“ und deren Beeinträchtigung, was unter „räumliche(r) Nähe“ zu verstehen? Zudem wird eine unbenannte Verhaltensweise in Nr. 6 erfasst, nach der unter Strafe gestellt wird, soweit jemand „eine andere zu Nummer 1 bis 5 vergleichbare und ebenso schwerwiegende Handlung vornimmt“, die in dieser Form mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht vereinbar sein kann.³³

Zu bedenken ist darüber hinaus, dass Beeinträchtigungen der Rechtsgüter Einzelner, wenn auch nicht bereichsspezifisch nur für Amts- und Mandatsträger, so aber doch in diversen Tatbeständen, wie bspw. §§ 130, 185 ff., 238, 240, 241 StGB unter Strafe gestellt sind.³⁴ Das ist ausreichend und ein immer ausdifferenzierterer – zusätzlicher – Schutz einzelner Berufsgruppen nicht angezeigt.

4. Aufnahme sog. Taser in das Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes

Der Regierungsentwurf wollte daneben noch eine Ergänzung des § 2 Abs. 4 S. 1 UZwG platzieren. Bislang ist strittig, ob Distanz-Elektroimpulsgeräte (sog. Taser), als

²² BT-Drs. 20/12950, S. 10.

²³ BT-Drs. 20/12950, S. 11.

²⁴ GdP, Stellungnahme vom 31.7.2024, S. 3; abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2024/09/GdP.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.2.2025).

²⁵ Hierzu auch BRAK, Stellungnahme Nr. 55, S. 6; NRV, Stellungnahme vom 2.8.2024, S. 14; GdP, Stellungnahme vom 31.7.2024, S. 3.

²⁶ So auch NRV, Stellungnahme vom 2.8.2024, S. 14.

²⁷ BT-Drs. 20/12950, S. 6.

²⁸ BT-Drs. 20/12950, S. 11.

²⁹ BT-Drs. 20/12950, S. 16.

³⁰ Fischer/*Anstötz*, StGB, § 105 Rn. 2.

³¹ BR-Drs. 423/24.

³² BR-Drs. 423/24, S. 7.

³³ BRAK, Stellungnahme Nr. 55, S. 7 f.

³⁴ BRAK, Stellungnahme Nr. 55, S. 7.

Schusswaffe erfasst sind und somit bei Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes eingesetzt werden können. Insoweit würde bei ausdrücklicher Aufnahme der Distanz-Elektroimpulsgeräte eine derzeit bestehende Rechtsunsicherheit ausgeräumt. Denn bislang fehlt eine ausdrückliche Aufführung dieser Geräte sowohl in § 2 Abs. 3 als auch Abs. 4 UZwG. Allerdings hat das BMI die Distanz-Elektroimpulsgeräte für die bundespolizeiliche Praxis kraft Verwaltungsvorschrift zugelassen.³⁵ Geklärt ist aber dadurch nicht die rechtliche Qualität des Tasers, d.h. ob dieser als Hilfsmittel oder Waffe einzuordnen ist. Wird dieser als Waffe i.S. des § 2 Abs. 4 UZwG eingeordnet, so wird darauf hingewiesen, dass aufgrund des generell bestehenden Gesetzesvorbehalt solche Neuentwicklungen wie der Taser nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Genehmigung als Waffe im Geltungsbereich des UZwG eingesetzt werden dürfen, d.h. eine Rechtsgrundlage erforderlich ist.³⁶

Positiv zu bewerten ist, dass der Taser nicht lediglich als Hilfsmittel eingeordnet werden soll, sondern als Waffe. Dies trägt der erhöhten Gefährlichkeit dieses Einsatzinstruments Rechnung. Denn insbesondere für Herzranke oder anderweitig vorerkrankte Personen kann der Einsatz zu gesundheitlichen Schäden bis hin zum Tod führen.³⁷

III. Sonstige Gesetzesanträge und Gesetzentwürfe

Neben dem Gesetzentwurf der damaligen Bundesregierung wurden zwei weitere Vorschläge eingebracht. Insofern ist es nicht unwahrscheinlich, dass auch in der neuen Legislaturperiode wieder ein Gesetzentwurf zum Schutz von Vollstreckungskräften und Hilfeleistenden zur Abstimmung kommt.

1. Inhalt des Gesetzesantrags des Landes Baden-Württemberg

Schon in der letzten Legislaturperiode nicht weiter beraten wurde der Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg. Dieser sah vor, die Mindeststrafe in § 114 StGB von drei Monaten auf sechs Monate Freiheitsstrafe anzuheben, jedoch die Strafrahenobergrenze von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe unberührt zu lassen. Zudem sollte die Mindeststrafe in besonders schweren Fällen des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte oder des tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte von sechs Monaten Freiheitsstrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe angehoben werden. Die Strafrahenobergrenze von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe sollte wiederum unberührt bleiben.³⁸

2. Inhalt des Gesetzentwurfs der Fraktion der CDU/CSU

Der Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU ging über den Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg noch weit hinaus. So sollte schon nach § 113 Abs. 1 StGB eine Geldstrafe nicht mehr möglich sein, sondern eine Strafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren drohen. Bei den Regelbeispielen sollte die Höchststrafe sogar von fünf auf zehn Jahre festgesetzt und das Regelbeispiel, dass durch eine Gewalttätigkeit der Angegriffene in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht wird, in einen neuen Abs. 3 überführt werden. Nach diesem wäre auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr zu erkennen, wenn eben dieses Regelbeispiel – dann als Qualifikation – erfüllt ist oder der Täter oder ein anderer Beteiligter bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet oder die Tat mittels eines hinterlistigen Überfalls begeht.³⁹

Der Gesetzentwurf der Fraktion CDU/CSU sah zudem eine Modifizierung in § 114 StGB vor, indem die Mindeststrafe von drei auf sechs Monate erhöht werden sollte. Daneben sollte „bei einer Dienstausbübung“ gestrichen und durch „in Beziehung auf seinen Dienst“ ersetzt werden. Außerdem sollte § 115 StGB dahingehend ergänzt werden, dass sich ebenfalls nach § 114 StGB strafbar macht, wer Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten sowie sonstige Angehörige der Gesundheitsberufe bei Ausübung ihres Berufs angreift.⁴⁰

Auch in § 145 StGB (Missbrauch von Notrufen und Beeinträchtigung von Unfallverhütungs- und Nothilfemitteln) sollte ein Abs. 3 eingefügt werden, nach dem ein höherer Strafrahen droht, sofern die Tat bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not begangen wird. Höher bestraft werden sollte auch die Behinderung von hilfeleistenden Personen gem. § 323c Abs. 2 StGB.⁴¹

3. Bewertung

Die beiden Vorschläge sollen der „besonderen Schutzwürdigkeit“⁴² bzw. dem „besonderen Schutzbedarf“⁴³ dieser Personengruppe Rechnung tragen. Das Ziel, durch eine höhere Strafdrohung die Fallzahlen zu reduzieren, wurde schon durch die letzten Reformen verfehlt. Da im Rahmen der Widerstandsdelikte häufig alkoholisierte oder psychisch kranke Täter agieren, ist es sehr unwahrscheinlich, dass von einer Straferhöhung eine abschreckende Wirkung ausgeht.⁴⁴

³⁵ Vgl. Wagner, NVwZ 2022, 1853 (1855).

³⁶ S. Lischen/Denninger/Graulich, Hdb. Des Polizeirechts, 7. Aufl. (2021), Kap. E, Rn. 976. Dagegen wird sich im Rahmen einer Unterarbeitsgruppe zum rheinland-pfälzischen Pilotprojekt für eine Einordnung als Hilfsmittel ausgesprochen, vgl. LT-Drs. 17/6054, S. 1 (27); ebenso eine Arbeitsgruppe des Bundesvorstands der Gewerkschaft der Polizei, Vorlage 17/185, S. 14 sowie Deger, NVwZ 2001, 1229 (1230).

³⁷ Klein, GSZ 2019, 228 (230 f.); Wagner, NVwZ 2022, 1853 (1856).

³⁸ BR-Drs. 456/24, S. 2.

³⁹ BT-Drs. 20/13217, S. 5.

⁴⁰ BT-Drs. 20/13217, S. 5.

⁴¹ BT-Drs. 20/13217, S. 6.

⁴² BR-Drs. 456/24, S. 1.

⁴³ BT-Drs. 20/13217, S. 7.

⁴⁴ Zur fehlenden Abschreckung auch Singelstein, NStZ 22018, 510 (514); Schieman, ZRP 2017, 1846 (1849).

Hinzu kommt, dass es durch eine weitere Straferhöhung (noch) schwieriger wird, Fällen im Bagatellbereich angemessen Rechnung zu tragen. Dies gilt insbesondere auch für die geplante Anhebung der Mindestfreiheitsstrafe. Neben der Anhebung der Strafen schießt die von der Fraktion der CDU/CSU zusätzlich vorgeschlagene Qualifikation der Widerstandstaten unter Anhebung zu einem Verbrechenstatbestand deutlich über das Ziel hinaus. Die hervor gehobene Ermöglichung eines ausreichenden Spielraums für die Gerichte⁴⁵ wird dadurch nicht erreicht, da schon jetzt die Strafraumen nicht annähernd ausgeschöpft werden. Eine angemessene Lösung für niederschwellige Deliktverwirklichungen wird kaum mehr möglich sein.

Was die Aufnahme der Berufsgruppe der Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten sowie sonstige Angehörige der Gesundheitsberufe in den Schutzbereich betrifft, so beruft sich der Gesetzentwurf auf die zunehmende Gewalt in Praxen.⁴⁶ Auch hier ist die Frage, ob sich durch eine Ergänzung des § 115 StGB die Fallzahlen reduzieren lassen. Hinzu kommt, dass eine Ausdehnung auf immer mehr Berufszweige dem Ausnahmecharakter der Vorschrift zuwiderläuft. Wen kann man noch aufnehmen? Lehrer und Lehrerinnen werden bspw. auch vermehrt verbal und körperlich angegriffen. Es muss betont werden, dass Angehörige *jeder* Berufsgruppe schon durch die klassischen Körperverletzungs- und Beleidigungsdelikte sowie den Straftatbestand der Nötigung ausreichend geschützt sind. Eine weitere Ausdehnung des geschützten Personenkreises im Rahmen der Widerstandsdelikte ist daher überflüssig.

Abzulehnen ist auch die Aufgabe eines unmittelbaren Bezugs zur Diensthandlung durch Ersetzen des Passus „während der Dienstausübung“ durch „in Beziehung auf den Dienst“ im Rahmen des § 114 StGB. Es soll nach dem alten Gesetzentwurf der Fraktion CDU/CSU ausreichen, dass der tätliche Angriff in einem sachlich-innerer Zusammenhang zu dem Dienst als solchem steht. Hierdurch sollen ausdrücklich auch Angriffe im Privatbereich erfasst werden, sofern der Angriff durch den Dienst motiviert ist.⁴⁷ Die Anforderungen im Bereich des tätlichen Angriffs sind ohnehin schon heruntergeschraubt, weil kein Angriff im Zusammenhang mit einer Vollstreckungshandlung, sondern nur mit einer „schlichte(n) Ausübung des Dienstes“ gefordert ist.⁴⁸ Jetzt gar keinen Bezug zum Dienst zu fordern, sondern dies auf die private Lebensgestaltung des Opfers auszudehnen, ist abzulehnen, da die Widerstandsdelikte konzipiert worden sind, um gerade der besonderen Lage im Zusammenhang mit polizeilichen Handlungen Rechnung zu tragen.

Dagegen sind die Überlegungen im Zusammenhang mit dem Missbrauch von Notrufen und die Beeinträchtigung

von Unfallverhütungs- und Nothilfemitteln gem. § 145 StGB nachzuvollziehen. Für die besonders gemeinschädlichen Fällen, in denen eine solche Tat nach § 145 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not begangen wird und insofern ein unmittelbarer örtlicher und zeitlicher Zusammenhang mit einer tatsächlichen Gefährdungslage besteht, soll mit einer erhöhten Strafdrohung reagiert werden.⁴⁹ Ob eine solche Qualifikation tatsächlich den erwünschten generalpräventiven Effekt haben würde, bliebe natürlich abzuwarten. Jedenfalls würde einer solche Qualifikation eine gewisse Symbolwirkung zukommen. Dagegen käme der reinen Erhöhung der Höchststrafe auf bis zu drei Jahren im Rahmen des § 323 Abs. 2 StGB keine solche Symbolwirkung zu, geht es doch darum, die Behinderung einer hilfeleistenden Person generell unter Strafe zu stellen, was durch das 52. Strafrechtsänderungsgesetz mit Wirkung vom 30.5.2017 schon sichergestellt worden ist.

IV. Fazit

Es bleibt zu hoffen, dass die neue Bundesregierung darauf verzichtet, erneut ein Gesetzesvorhaben zu initiieren, dass ersichtlich nur von dem Wunsch getragen ist, Strafraumen der Widerstandsdelikte zu erhöhen. Dadurch werden Vollstreckungsbeamte, Rettungskräfte und weitere gleichgestellte Personengruppen nicht – wie immer wieder behauptet – geschützt. Der Schutz von Vollstreckungsbeamten war bereits das Ziel der Reform aus dem Jahr 2017. Die PKS-Zahlen zeigen aber, dass die Straftaten nach §§ 113 ff. StGB danach weiter angestiegen sind. Ob dies an einem veränderten Anzeigeverhalten liegt oder daran, dass die Fallzahlen tatsächlich steigen, kann dabei dahinstehen, da jedenfalls kein Rückgang zu verzeichnen ist. Dann aber hatten schon die damaligen Strafschärfungen nicht den gewünschten Effekt.

Viel eher sollte man über die Einführung eines minder schweren Falls in § 114 StGB nachdenken, um niederschwellige Handlungen hier nicht mit einer Freiheitsstrafe ahnden zu müssen. Da der *BGH* es abgelehnt hat, den Tatbestand – wie von der Literatur gefordert⁵⁰ – durch eine Erheblichkeitsgrenze restriktiv auszulegen,⁵¹ ist eine solche Korrektur dringend geboten.

Ein angemessener Schutz von Vollstreckungsbeamten und ihnen gleichgestellten Personen ist nicht durch Strafschärfungen zu erreichen, sondern es ist bei den tatsächlichen Gegebenheiten anzusetzen. So ist die Ausstattung der Polizei zu verbessern und das Fortbildungsangebot zu erhöhen.⁵² Die Forschung zeigt, dass bspw. Deeskalationsschulungen helfen könnten, entsprechende Straftaten zu verhindern,⁵³ da gerade der Kommunikation im Vorfeld der Widerstandsdelikte entscheidende Bedeutung zukommt.

⁴⁵ So BT-Drs. 20/13217, S. 10.

⁴⁶ BT-Drs. 20/13217, S. 7.

⁴⁷ BT-Drs. 20/13217, S. 11.

⁴⁸ *Fischer/Anstötz*, StGB, § 114 Rn. 4.

⁴⁹ BT-Drs. 20/13217, S. 12.

⁵⁰ Vgl. bspw. *Magnus*, GA 2017, 530 (535); *Busch/Singelstein*, NStZ 2018, 510 (513).

⁵¹ *BGH*, NJW 2020, 2347 (2348).

⁵² Vgl. *Schiemann*, in: FS Prittowitz, 2023, S. 739 (750); *Caspari*, NJ 2011, 318 (329).

⁵³ GeVoRe, Abschlussbericht, online abrufbar unter: https://schiemann.jura.uni-koeln.de/sites/strafrecht_schiemann/Projekte/GeVoRe_DFG_Abschlussbericht.pdf (zuletzt abgerufen am 16.3.2025).

Erlaubtes Gray-Hat-Hacking und neue Strafrahmen im Computerstrafrecht? Überlegungen zum „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Modernisierung des Computerstrafrechts“

von Wiss. Mit. Mathis S. L. Ohlig*

Abstract

Der folgende Beitrag beleuchtet den kürzlich vom Bundesministerium der Justiz veröffentlichten „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Computerstrafrechts“, insbesondere § 202a Abs. 3 und Abs. 4 StGB-E, um herauszufinden, ob der Entwurf eine stimmige Lösung darstellt. Zuerst fällt auf, dass § 202a Abs. 3 StGB-E eine Dokumentationsobliegenheit für IT-Sicherheitsforscher impliziert. Eine Unterrichtungspflicht bei erfolgreicher IT-Sicherheitsforschung fehlt dagegen generell, wobei sie unter gewissen Umständen geboten erscheint. Das Zusammenspiel des § 202a Abs. 3 StGB-E mit § 303a Abs. 1 StGB und § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB sowie den unionsrechtlich geprägten Vorschriften des § 23 GeschGehG und § 106 UrhG wird analysiert und gebotene Kritik dargestellt. Als letzter Aspekt betreffend § 202a Abs. 3 StGB-E wird die Nichterforderlichkeit von Datensabotage zur IT-Sicherheitsforschung diskutiert. Es folgen Überlegungen zu § 202a Abs. 4 StGB-E, welcher eine Strafrahmenerhöhung für besonders schwere Fälle mitsamt Regelbeispielen bereithält. § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E stellt sich dabei die größte Schwachstelle des Referentenentwurfs heraus. § 202a Abs. 4 StGB-E ist deshalb zumindest dahingehend zu ändern, als das bloße Treffen einer kritischen Infrastruktur bereits einen besonders schweren Fall darstellen sollte. Vorzugswürdig wäre es darüber hinausgehend, diese Konstellationen mit einer Qualifikation mitsamt Versuchsstrafbarkeit zu erfassen, für welche das Strafantragserfordernis nach § 205 Abs. 1 S. 2 StGB nicht gelten muss. Für Vorbereitungshandlungen zur Qualifikation sollte § 202c StGB einen höheren Strafrahmen vorsehen. Da der Status quo keine sinnvolle Alternative zur Entkriminalisierung von IT-Sicherheitsforschung darstellt, ist das Computerstrafrecht alsbald zu modernisieren. Der Referentenentwurf bietet hierfür jedoch nur einen Ausgangspunkt.

The following article examines the German Federal Ministry of Justice's recently published "Draft Law Amending the German Criminal Code – Modernization of Computer Criminal Law", in particular Section 202a(3) and (4) StGB-E, to see if it constitutes a consistent solution. Strikingly, Section 202a(3) StGB-E implies a documentation obligation for IT security researchers. On the contrary, the draft law lacks any obligation to report in the case of

successful IT security research, although such an obligation appears to be necessary under certain circumstances. Regarding the systematic interplay of Section 202a(3) StGB-E with Section 303a(1) StGB and Section 303b(1)(2)(1) StGB as well as Section 23 GeschGehG (Act on the Protection of Trade Secrets) and Section 106 UrhG (Act on Copyright and Related Rights), which are based on EU law, the reasoning in the Draft Law is analyzed and, partly, criticized. Concluding the discussion of Section 202a(3) StGB-E, a light is thrown on the proposal that data sabotage shall not fall within the scope of IT security research. Subsequently, Section 202a(4) StGB-E is examined. In the course of the analysis of the listed particularly serious cases of crimes under Section 202a(1) StGB, the presumptive examples in Section 202a(4)(2)(3) StGB-E turn out to be the greatest flaw of the draft bill. Therefore, the draft bill should at least be amended to the extent that the mere attack of critical infrastructure should already constitute a particularly serious case. Beyond that, it would, however, be advantageous to adjust Section 202a(4) StGB-E so that it constitutes a qualified offense, and to also criminalize the attempt thereof. The qualified offense should not be subject to the (relative) requirement of a complaint under Section 205(1)(2) StGB. Additionally, Section 202c StGB should lead to an increased penalty range in case of preparatory acts for the qualified offense. Since the status quo does not represent a sensible alternative to the decriminalization of IT security research, computer criminal law needs to be modernized as soon as possible. The draft bill, however, only is a starting point.

I. Einführung

Heutzutage dürfte es im Bewusstsein der gesamten Gesellschaft angekommen sein, dass mit der globalen Digitalisierung einerseits vielfältige Vorteile für den weltweiten Handel mit Waren und Dienstleistungen verbunden sind und sein werden. Genauso dürfte andererseits mittlerweile klar geworden sein, dass mit der immer weiter fortschreitenden Vernetzung einer stetig wachsenden Anzahl elektronischer informationstechnologischer Systeme (IT-Systeme), insbesondere über das Internet, gleichzeitig die Eröffnung einer unüberschaubaren Anzahl von Angriffsmöglichkeiten auf die vernetzten IT-Systeme und

* Mathis S. L. Ohlig ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Hans Kudlich an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Die hier dokumentierten Arbeiten wurden gefördert mit Mitteln der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) als Teil des Graduiertenkollegs 2475 „Cyberkriminalität und Forensische Informatik“ (Projektnummer 393541319/GRK2475/2-2024).

die mit ihrer Hilfe gespeicherten oder zu übertragenden Daten einhergeht.¹ Die Digitalisierung hat insofern nicht nur Positives mit sich gebracht, sondern auch den faden Beigeschmack neuer Möglichkeiten, die Rechtsgüter und Interessen anderer durch computergestützte Angriffe zu verletzen. Aus diesem Grunde wächst auf der einen Seite auch das Bedürfnis, den digitalen Raum und die diesen etablierenden IT-Systeme durch das Strafrecht angemessen zu erfassen, um den einzelnen Rechtsgutsträger vor Angriffen physischer oder nicht-physischer Art mittels Computer zu schützen. Auf der anderen Seite liegt es auf der Hand, dass es intensiver technischer Bemühungen bedarf, um IT-Systeme v.a. gegenüber nicht-physischen computergestützten Angriffen, sog. Hacking, sicherer zu machen. Das Strafrecht sollte daher keine Verhaltensweisen erfassen, die letztlich auf den Schutz und die Bewahrung von Rechtsgütern und Interessen vieler Individuen sowie der Allgemeinheit gerichtet sind, nur weil sie nicht in einem vertraglichen Rahmen stattfinden.

Dem Ziel des Rechtsgüterschutzes gegen Hacking dienen alle Tatbestände der Delikte, die sowohl klassisch in der Realwelt und genauso mithilfe von Computern begangen werden können (Computerdelikte im weiteren Sinne), z.B. § 253 Abs. 1 StGB,² als auch solche Delikte, deren Begehung notwendigerweise die Verwendung von Computern erfordert (Computerdelikte im engeren Sinne), namentlich v.a. §§ 202a ff., 303a f., im Übrigen §§ 263a, 269 StGB.³

Wenngleich die Computerdelikte im engeren Sinne bereits in der aktuellen Fassung eine Vielzahl von Hackingkonstellationen strafrechtlich erfassen können, fehlt es bislang mangels Bereichsausnahmen noch an einer die tatsächliche Strafwürdigkeit des Verhaltens berücksichtigenden Feinjustierung, wann und mit welcher einzelfallabhängigen Intensität die §§ 202a ff., 303a f. StGB greifen. Nach der aktuellen Rechtslage macht es computerstrafrechtlich keinen Unterschied, ob ein Täter mit guten

Absichten handelt und die Rechtsverletzung eines Einzelnen nur ein notwendiger, aber unliebsamer Schritt auf dem Weg zu einer anvisierten besseren Absicherung des Betroffenen gegen andere, feindselige Angriffe ist, oder ob der Täter in feindseliger Willensrichtung agiert.⁴ Sog. „ethisches Hacking“⁵ bzw. offensive IT-Sicherheitsforschung⁶ ohne Einwilligung⁷ des Berechtigten und feindseliges, nicht-ethisches Hacking sind *de lege lata* gleichgestellt und können gleichermaßen zu einer strafrechtlichen Haftung jedweden Hackers gemäß §§ 202a ff., 303a f. StGB führen. Zudem ist es im geltenden Computerstrafrecht für die Höhe des Strafrahmens bislang unbedeutend, welches Ausmaß die vermögensmäßigen Folgen der Tat haben, wie sich die Tatbegehung gestaltet oder welches Objekt von der Tat betroffen ist, wenn ein Täter mit bösen Absichten handelt. Dies wurde in der juristischen Literatur schon als Missstand herausgearbeitet.⁸ Um entsprechend nachzujustieren, wurde im Bundesministerium der Justiz ein „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Computerstrafrechts“⁹ (Referentenentwurf) erarbeitet.

Die wesentlichen vorgeschlagenen Neuerungen sind die Einführung des § 202a Abs. 3 StGB-E und des § 202a Abs. 4 StGB-E.¹⁰ § 202a Abs. 3 und Abs. 4 StGB-E zielen darauf ab, einerseits wünschenswerte Bemühungen zur Förderung der IT-Sicherheit aus dem tatbestandlichen Anwendungsbereich auszuschließen und andererseits Taten mit besonders hohem Unrechtsgehalt mit angemessen hoher Strafe belegen zu können. Sie sollen ferner über § 202b Abs. 2 StGB-E auch für das Abfangen von Daten gelten. § 202a Abs. 3 StGB-E soll zudem gemäß § 303a Abs. 4 StGB-E bei Datenveränderungen greifen (ohne § 202a Abs. 4 StGB-E). Die folgenden Ausführungen zu § 202a Abs. 3 StGB-E (II.) gälten mithin gleichermaßen für das Delikt des Abfangens von Daten und das Delikt der Datenveränderung sowie auch für die Computersabotage gemäß § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB¹¹ (über § 303a Abs. 4 StGB-E).

¹ Vgl. *Brodowski/Freiling*, Cyberkriminalität, Computerstrafrecht und die digitale Schattenwirtschaft, 2011, S. 25.

² Praktisch ist vor allem die Erpressung relevant, weil Ransomware-Angriffe täglich in großer Anzahl stattfinden und dabei damit gedroht wird, die nach dem Eindringen in ein fremdes IT-System verschlüsselten Daten nicht mehr zu entschlüsseln bzw. keinen Schlüssel dazu bereitzustellen und sie damit unnutzbar zu belassen, solange das Opfer nicht ein Lösegeld bezahlt.

³ Die §§ 202a, 303a-303c StGB wurden mit dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15.5.1986 (2. WiKG; BGBl I. S. 721, 722 ff.) eingeführt und mit dem 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität (41. StrÄndG) in die aktuelle Fassung geändert. Mit dem 41. StrÄndG sind dann auch §§ 202b, 202c StGB erstmalig in Kraft getreten.

⁴ So auch kürzlich: *Valerius*, NSW 2024, 303 ff.

⁵ Unter diesen Begriff fasst *Valerius*, NSW 2024, 303 f. m.w.N., sowohl *White-Hat-Hacking* als auch das *Gray-Hat-Hacking*. Im Referentenentwurf (BMJ, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Computerstrafrechts, online abrufbar unter: [bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_ComputerStrafR.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 8](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_ComputerStrafR.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 8) [zuletzt abgerufen am 26.11.2024]), wird ethisches Hacking mit *Gray-Hat-Hacking* gleichgesetzt. Die nähere Begriffsbestimmung des ethischen Hackings kann hier jedoch dahinstehen, da vorliegend von (eigeninitiativer) IT-Sicherheitsforschung die Rede sein wird, die dem einhelligen Begriffsverständnis von *Gray-Hat-Hacking* entspricht.

⁶ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 8, 16.

⁷ Dass die Einwilligung fehlt, ist gerade das Wesen der IT-Sicherheitsforschung, wie sie im Referentenentwurf behandelt wird. Eine mutmaßliche Einwilligung scheidet daran, dass die Einwilligung rechtzeitig eingeholt werden könnte (*Valerius*, NSW 2024, 303 [312]), spezifisch zum *Gray-Hat-Hacking*; siehe zur mutmaßlichen Einwilligung allgemein: *Rönnau/Meier*, JuS 2018, 851, insb. 853 f.). Eine hypothetische Einwilligung scheidet jedenfalls daran, dass der Betroffene bzw. seine Vertreter bei IT-Sicherheitsforschung stets ansprechbar sein wird (vgl. *Rönnau/Meier*, JuS 2018, 851 [852]).

⁸ Siehe nur: *Valerius*, NSW 2024, 303.

⁹ Referentenentwurf (Fn. 5).

¹⁰ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 4.

¹¹ Der Referentenentwurf (Fn. 5), S. 20, diskutiert hierzu die Auslegung der Erforderlichkeit in § 202a Abs. 3 StGB-E bei bedingt vorsätzlicher Computersabotage durch Datenveränderung. Inwiefern die Erforderlichkeit abzulehnen ist, wird daran anknüpfend unter II. 6. behandelt.

II. § 202a Abs. 3 StGB-E

Die erste vorgeschlagene wesentliche Neuerung ist der Tatbestandsausschluss nach § 202a Abs. 3 StGB-E für § 202a Abs. 1 StGB, der negativ formuliert darauf abzielt, zu regeln, wann eine Handlung *nicht unbefugt* im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB sein soll.¹² Der Blick ist also nach dem Wortlaut des § 202a Abs. 3 StGB-E auf die Handlung im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB und die Unbefugtheit derer zu richten. Mit anderen Worten: § 202a Abs. 1 StGB ist der Ausgangspunkt, an den § 202a Abs. 3 StGB-E anknüpft und eine nachträglich zu prüfende Ausnahmeregelung formuliert.

1. Der Ausgangspunkt: § 202a Abs. 1 StGB

Nach § 202a Abs. 1 StGB ist wegen des Ausspähens von Daten zu bestrafen, wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft. Eine vorhandene besondere Zugangssicherung zu Daten muss im Rahmen des § 202a Abs. 1 StGB gerade in derjenigen spezifischen Art und Weise überwunden werden, welche mittels der besonderen Zugangssicherung verhindert werden soll und dadurch kausal der Zugang erlangt werden.¹³ Der Zugang im Sinne der Norm liegt vor, wenn sich der Täter ohne unerheblichen Aufwand Kenntnis vom Bedeutungsgehalt der Daten (dem das Interesse des formell Verfügungsberechtigten¹⁴ schlussendlich gilt) verschaffen kann.¹⁵ Mechanismen, die eben dieser Kenntnisnahmemöglichkeit im Wege stehen und dazu erkennbar bezweckt sind, sind als Zugangssicherungen zu subsumieren. Zu *besonderen* Zugangssicherungen steigen sie auf, wenn zu ihrer Überwindung grundsätzlich ein zeitlicher und technischer Aufwand notwendig ist, der nicht nur unerheblich ist.¹⁶ Dabei muss der erforderliche Aufwand eben nur im Grundsatz zeitlich und technisch erheblich sein, nicht aber tatsächlich im Einzelfall.¹⁷ An der Bestimmung von Daten für denjenigen, der den Zugang zu den

Daten erlangt,¹⁸ fehlt es, wenn der formell Verfügungsberechtigte weder ausdrücklich noch durch schlüssiges Verhalten den Willen geäußert hat, dass der Täter oder ein Dritter, der durch das Handeln des Täters den Zugang zu Daten erlangt, vom Inhalt der Daten Kenntnis nehmen können soll.¹⁹

Zu guter Letzt – und für den vorliegenden Beitrag zentral – ist die Unbefugtheit des Täters bei der Zugangsverschaffung in § 202a Abs. 1 StGB vorausgesetzt. Dafür, wann die *Unbefugtheit* des Täters gegeben sein soll, wird auch im Referentenentwurf *keine Legaldefinition* vorgeschlagen,²⁰ sondern durch die negative Formulierung in § 202a Abs. 3 StGB-E sprachlich nochmals seinen Charakter als *Tatbestandsausnahme* verdeutlicht. Die Bedeutung des Merkmals der Unbefugtheit wäre insofern – wie seit jeher – weiterhin durch Auslegung zu bestimmen. Im Ergebnis handelt ein Täter bislang unbefugt, sofern er keine Berechtigung zur Verschaffung des Zugangs für sich oder einen Dritten aus der Rechtsmacht des formell Verfügungsberechtigten ableiten kann.²¹ Hierbei bleibt es nach dem Referentenentwurf auch *de lege ferenda*.

2. § 202a Abs. 3 StGB-E: Entfallen der in § 202a Abs. 1 StGB vorausgesetzten Unbefugtheit

Der Referentenentwurf identifiziert die Fälle, in denen der Täter keine Berechtigung aus der Rechtsmacht des formell Verfügungsberechtigten ableiten kann, als Problem, wenn das Ausspähen von Daten aus guten Absichten stattfindet, und will sie mit § 202a Abs. 3 StGB-E lösen, indem er eine gesetzliche Ausnahme *unabhängig vom Opfereverständnis* bereits auf Tatbestandsebene vorschlägt, nicht nur eine Rechtfertigung oder einen bloßen persönlichen Strafaufhebungsgrund.²² Dafür soll es gemäß § 202a Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StGB-E *zweier kumulativer* Voraussetzungen bedürfen: Notwendig wäre zum einen, dass der Täter zur Zeit der Tat (vgl. §§ 8, 15 f. StGB) die *Doppelabsicht* hätte, zuerst eine Schwachstelle oder ein anderes Sicherheitsrisiko eines IT-Systems (Si-

¹² Referentenentwurf (Fn. 5), S. 4.

¹³ Fischer, StGB, 72. Aufl. (2025), § 202a Rn. 11b.

¹⁴ Formell Verfügungsberechtigter ist der sog. Skribent, also derjenige, dem die Informationen und damit die Daten normativ zustehen, indem er den Skripturakt vornimmt oder veranlasst oder das Recht von einem anderen erwirbt (Fischer, StGB, § 202a Rn. 7a).

¹⁵ Zwar soll nach BT-Drs. 16/3656, S. 10, nunmehr schon Hacking als bloßes Eindringen in ein IT-System von § 202a Abs. 1 StGB (n.F.) erfasst sein – anders war dies noch nach § 202a Abs. 1 StGB a.F. (BT-Drs. 10/5058, S. 28). Jedoch führt die ausdrückliche Berücksichtigung von Verschlüsselungen als besondere Zugangssicherungen im Sinne der Norm (BT-Drs. 16/3656, S. 11) dazu, dass es für den strafrechtlichen Datenbegriff schlussendlich auf die mit den Verschlüsselungen geschützten Daten ankommen muss. Daraus folgt wiederum, dass das technische Schutzobjekt einer Verschlüsselung das Schutzobjekt des § 202a Abs. 1 StGB ist, also Informationen im technischen Sinne, siehe zum technischen Informationsbegriff: ISO/IEC 2382:2015(en) (2121271), online abrufbar unter: iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso-iec:2382:ed-1:v2:en (zuletzt abgerufen am 5.12.2024). Im Referentenentwurf (Fn. 5), S. 16, wird nur von der Kenntnisnahme von den Daten gesprochen, ohne dass explizit darauf eingegangen wird, ob der *Entwurfsverfasser* aus den hier zuvor genannten Gründen richtigerweise die Kenntnisnahme vom Dateninhalt meint.

¹⁶ BT-Drs. 16/3656, S. 10 m.w.N.

¹⁷ BGH, NSZ-RR 2020, 278 (280); Fischer, StGB, § 202a Rn. 11b.

¹⁸ Dies kann nach dem Wortlaut des § 202a Abs. 1 StGB gerade nicht nur der Täter sein, sondern auch ein Dritter.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 10/5058, S. 29.

²⁰ Dies fällt insbesondere auf S. 16 des Referentenentwurfs (Fn. 5) auf, wo nur die Auslegung des Wortes in anderen Strafvorschriften beschrieben wird und darauf der schlichte Hinweis folgt, dass das Merkmal in § 202a Abs. 1 StGB zum gesetzlichen Tatbestand gehöre.

²¹ Dies ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang des 15. Abschnitts des StGB, vgl. insbesondere § 202 Abs. 1 StGB. Die Befugnis zur Zugangsverschaffung kann z.B. im Rahmen eines Penetrationstest-Vertrags oder eines Bug-Bounty-Programms, vgl. Referentenentwurf (Fn. 5), S. 7, geregelt sein.

²² Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

cherheitslücke) *festzustellen und* dann die für das IT-System Verantwortlichen, den betreibenden Dienstleister des jeweiligen IT-Systems, den Hersteller der betroffenen IT-Anwendung oder das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) über die festgestellte Sicherheitslücke zu *unterrichten* (Nr. 1). Zum anderen müsste die Handlung – also die Verschaffung des Zugangs zu Daten unter Überwindung einer besonderen Zugangssicherung (§ 202a Abs. 1 StGB) – zur Feststellung der Sicherheitslücke *erforderlich* sein (Nr. 2).

a) *Die Notwendigkeit einer guten Doppelabsicht – kumulativ: Feststellungs- und Unterrichtsabsicht, § 202a Abs. 3 Nr. 1 StGB-E*

Nach § 202a Abs. 3 Nr. 1 StGB-E müssten als erste Voraussetzung kumulativ zweierlei Absichten vorliegen, damit ein Täter *de lege ferenda* nicht unbefugt handelt, nämlich: die *Feststellungsabsicht* mit Blick auf eine Sicherheitslücke einerseits und die *Unterrichtsabsicht* gerichtet auf eine geeignete Stelle im Hinblick auf die zu findende Sicherheitslücke andererseits.

Indem nur die *subjektiven Absichten des Täters* für das Entfallen der Tatbestandsmäßigkeit seines Handelns entscheidend sein sollen und nicht etwa die Anbindung an eine Forschungseinrichtung o.ä., wäre der Tatbestandsausschluss – wie mit Rücksicht u.a. auf die NIS-2-Richtlinie²³ bezweckt – auf *jegliche* wissenschaftliche IT-Sicherheitsforschung, die IT-Sicherheitsbranche, aber auch frei tätige Expertinnen und Experten²⁴ anwendbar. Dies würde eine teilweise Rückkehr zu § 202a Abs. 1 StGB a.F. bewirken, unter den Hacking nach der dahingehend expliziten früheren Gesetzesbegründung generell nicht fallen sollte.²⁵ Die Strafwürdigkeit des Hackings außerhalb der IT-Sicherheitsforschung wird im Referentenentwurf dagegen für unzweifelhaft gehalten.²⁶ Eine vollständige Rückkehr ist insofern nicht im Sinne des Referentenentwurfs.

Nach den allgemeinen Grundsätzen zu Absichten auf subjektiver Tatseite müssen die beiden erforderlichen Absichten nach § 202a Abs. 3 StGB-E für das Entfallen der Unbefugtheit nach § 202a Abs. 1 StGB notwendigen gu-

ten Absichten (nur) *bewusstseinsdominant* sein.²⁷ Dass gleichzeitig zwei Absichten bewusstseinsdominant sein müssen, stellt kein Problem wie bei einem Motivbündel aus Habgier und sonstigen niedrigen Beweggründen beim Mord dar, denn die beiden guten Absichten sollen nach dem Wortlaut des § 202a Abs. 3 StGB-E *kumulativ* als *Doppelabsicht* erforderlich sein. Sie sind insofern in Reihe geschaltet und konkurrieren nicht nebeneinander. Ein „echtes“ Motivbündel kann sich aber aus der guten Doppelabsicht und einem untergeordneten Missbrauchsvorsatz zusammensetzen. Das gleichzeitige Vorliegen eines Missbrauchsvorsatzes schließt die Anwendbarkeit von § 202a Abs. 3 StGB-E insofern nicht aus, wenn die positiven Absichten bewusstseinsdominant sind – allerdings wird tatsächlicher späterer Missbrauch womöglich als indizielles Nachtatverhalten gegen das Bestehen der guten Doppelabsicht zur Zeit der Tat gesehen werden.²⁸

aa) *(Anlasslose) Feststellungsabsicht*

Auf Eigeninitiative beruhende IT-Sicherheitsforschung wird typischerweise dann stattfinden, wenn eben nicht genau bekannt ist, ob bzw. welche Sicherheitslücke besteht oder nicht besteht. Das Wissen über die Existenz von Sicherheitslücken zu erlangen, ist gerade das Ziel der IT-Sicherheitsforschung.²⁹ Es ist v.a. aus diesem Grund und nicht nur aus Praktikabilitätsgründen, wie im Referentenentwurf ausgeführt, richtig, keinen objektiv nachvollziehbaren Anlass für die positiven Absichten eines IT-Sicherheitsforschers zu fordern,³⁰ sondern sogar ins Blaue hinein gerichtete Absichten genügen zu lassen.

Bei der bislang entscheidenden Frage einer Rechtfertigung wegen Notstandes gemäß § 34 StGB bereitet der Umstand, dass das Bestehen von Sicherheitslücken eigeninitiativen IT-Sicherheitsforschern gerade (noch) unklar ist, Schwierigkeiten.³¹ Problematisch ist das Vorliegen der Voraussetzungen der Gegenwärtigkeit der Gefahr im Falle einer nur abstrakt erkennbaren Dauergefahr.³² Ebenso ergeben sich aus der Frage nach der Geeignetheit der IT-Sicherheitsforschung zur Gefahrbeseitigung, aus der Interessenabwägung sowie aus dem Konkretisierungsgrad des subjektiven Rechtfertigungselements rechtliche Probleme.³³ Solche Schwierigkeiten kämen durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung nicht mehr auf.

²³ Der Referentenentwurf (Fn. 5), S. 6, 14, verweist hierzu auf die ErwGr 58, 60 und 61 sowie Art. 7 Abs. 2 Buchst. c in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2022/2555 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2022 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 und der Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2016/1148 (NIS-2-Richtlinie). Besonders hervorzuheben ist ErwGr. 58. Darin wird nämlich explizit die große Bedeutung Dritter bei der Entdeckung von Schwachstellen betont.

²⁴ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 6, 8, 17.

²⁵ Vgl. Referentenentwurf (Fn. 5), S. 7. Zum früheren ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen und der folgenden Anpassung des § 202a Abs. 1 StGB siehe: BT-Drs. 10/5058, S. 28 f.

²⁶ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 7.

²⁷ Vgl. allgemein zu Absichten bei notwendigen Zwischenzielen: *Kulhanek*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. (2024), § 16 Rn. 26. Vgl. etwa zu Absichten als subjektive Mordmerkmale: *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 211 Rn. 67 m.w.N., Rn. 258 m.w.N. Vgl. auch zu § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG: *BGH*, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, BGHSt 55, 206 Rn. 21.

²⁸ Siehe zu diesem Problem später: II. 3.

²⁹ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 8.

³⁰ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 8.

³¹ Am ehesten ließe sich noch für die im Referentenentwurf (Fn. 5), S. 14, besonders hervorgehobene IT-Sicherheitsforschung im Interesse der Öffentlichkeit (z.B. auf kritische Infrastrukturen gerichtet) noch unter § 34 StGB fassen, da hier wegen der Wichtigkeit der Funktionsfähigkeit für die Gesellschaft niedrigere Anforderungen an die Annahme einer notstandstauglichen Dauergefahr zu stellen sind. *Valerius*, NSW 2024, 303 (314), lehnt § 34 S. 1 StGB beim Gray-Hat-Hacking ab. Dagegen nimmt *Klaas*, MMR 2022, 187 ff., an (mit nur kurzer Begründung).

³² Hierzu ließe sich argumentieren, dass diese bestehe, weil heutzutage Computerprogramme regelmäßig in einer Komplexität zu schreiben sind, die eine Fehlerfreiheit praktisch unmöglich macht, vgl. *Brodowski/Freiling*, Cyberkriminalität (Fn. 1), S. 24.

³³ Die Stichworte benennend, jedoch abstrakt, ohne Bezug zu technischen Aspekten bei der Begründung einer Gefahr bleibend: *Klaas*, MMR 2022, 187 (190).

bb) Kumulativ: Unterrichtsabsicht

Die Unterrichtsabsicht müsste *individualisiert* sein, denn nach dem klaren Wortlaut des § 202a Abs. 3 Nr. 2 StGB-E soll es in Zukunft der Absicht, eine der dort *aufgezählten geeigneten Stellen* über eine eventuell vorliegende Sicherheitslücke zu unterrichten, bedürfen. Zur Unterrichtung geeignete Stellen sollen der für das informationstechnische System Verantwortliche, der betreibende Dienstleister des jeweiligen IT-Systems, der Hersteller der betroffenen IT-Anwendung oder das BSI³⁴ sein, § 202a Abs. 3 Nr. 2 StGB-E. Dabei müsste sich die Unterrichtsabsicht nicht spezifisch auf die richtige Empfangsperson bei einer der aufgezählten Stellen richten, denn die interne Organisation einer der geeigneten Empfangsstellen wird dem IT-Sicherheitsforscher regelmäßig nicht bekannt sein.³⁵ Außerdem müsste sich die Unterrichtsabsicht nicht auf die Unterrichtung jedes einzelnen an dem getesteten IT-System Berechtigten richten, von dem *de lege lata* das Einverständnis bzw. die Einwilligung einzuholen wäre, denn die Berichtigungen an IT-Systemen sind regelmäßig vielschichtig (z.B. ist urheberrechtlich auch der Hersteller eines verwendeten eventuell fehlerhaften Computerprogramms Berechtigter³⁶) und kaum oder gar nicht im Vorhinein für den IT-Sicherheitsforscher ersichtlich.³⁷

Die Absicht, z.B. auf der eigenen Webseite oder in einem öffentlichen Forum die Sicherheitslücke veröffentlichen zu wollen, würde nach dem Referentenentwurf *nicht* genügen.³⁸ Dass die Schließung der Sicherheitslücke durch Veröffentlichung des Wissens über eine Sicherheitslücke auf einer Webseite ohne zielgerichtete Benachrichtigung einer zuständigen Stelle angestoßen würde, könnte zwar durchaus die Hoffnung des Täters sein. Es ist aber richtig, die Absicht zielgerichteter Unterrichtung einer nach dem Gesetzesentwurf geeigneten Empfangsstelle zu fordern, weil die Veröffentlichung auf einer Webseite durch den eigeninitiativ vorgehenden IT-Sicherheitsforscher, wenn überhaupt, nur aus Zufall die Aufmerksamkeit einer für die Gewährleistung der Informationssicherheit des betroffenen IT-Systems verantwortlichen Stelle auf sich ziehen wird und deshalb die bloße Absicht zu einem solchen Vorgehen erst recht nicht genügen darf, um eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot des Hackings zu begründen.³⁹

Nach dem Referentenentwurf macht es auch *keinen Unterschied*, ob ein Computerprogramm mit einer Sicherheitslücke auf einer *Vielzahl* von Endgeräten installiert ist oder nur auf wenigen oder einem einzelnen.⁴⁰ Das ist aus zweierlei Gründen hinnehmbar: Erstens soll nicht nur der

Betreiber eines einzelnen IT-Systems richtiger Empfänger der Meldung einer Sicherheitslücke in seinem IT-System sein, sondern genauso der betreibende Dienstleister des jeweiligen Systems, der Hersteller der betroffenen IT-Anwendung und das BSI. Eine tatsächliche Mitteilung an diese Stellen würde zur Schließung der Sicherheitslücke nicht nur in dem der IT-Sicherheitsforschung unterzogenen einzelnen IT-System bewirken, sondern es würde eine darüberhinausgehende Anstrengung zur Schließung der Sicherheitslücke auf allen anderen mit dem betreffenden lückenhaften Computerprogramm betriebenen IT-Systemen folgen (müssen). Zweitens kommt es sowieso nur auf die Absicht zur Unterrichtung, nicht die tatsächliche Unterrichtung an, weshalb eine eventuelle tatsächliche Schließung der Sicherheitslücke wie auch die vorausgehende tatsächliche Unterrichtung für den Tatbestandsausschluss bei IT-Sicherheitsforschung letztlich irrelevant wäre.⁴¹ Die Absicht (der Feststellung einer Sicherheitslücke und) der Unterrichtung einer geeigneten Stelle muss sich schon durch den Angriff eines einzigen IT-Systems in hinreichendem Maße abzeichnen können, denn sonst müsste der IT-Sicherheitsforscher mehrere ähnliche IT-Systeme in gleicher Art und Weise angreifen, um seine Absicht zu manifestieren. Das erscheint nicht zweckmäßig.

cc) Gesamtschau der objektiven Einzelfallumstände zur Bewertung des Vorliegens der guten Doppelabsicht

Zur praktischen Feststellung der positiven Doppelabsicht in einem Gerichtsprozess findet sich ebenfalls eine Stellungnahme im Referentenentwurf. Danach bedürfte es *objektiver Sachverhaltsumstände*, die die Doppelabsicht des Täters erkennen lassen, um in der Rechtsanwendung nicht nur aufgrund der (Schutz-)Behauptungen des Beschuldigten die erforderlichen Feststellungs- und Unterrichtsabsichten zu seinen Gunsten anzunehmen.⁴² Dies ist sicherlich schon deshalb richtig, weil die Gedanken des Täters freilich nur ihm zugänglich sind, sodass der Richter bei seiner freien Beweiswürdigung vom Vorliegen der Absicht ohne objektive Anhaltspunkte nie überzeugt (vgl. § 261 StPO) sein kann.⁴³ Wenn der Täter mit billigenswerten Motiven handeln muss, um in den Genuss einer Tatbestandsausnahme zu kommen, müssen die guten Absichten konsequenterweise ebenso objektiv erkennbar zu Tage treten wie die strafbarkeitsbegründenden subjektiven Merkmale (Vorsatz oder besondere subjektive Merkmale). Sollte also ein IT-Sicherheitsforscher nach der Tat einen vom Betreiber des getesteten IT-Systems bereitgestellten Meldeweg nutzen, um Informationen zu gefundenen Sicherheitslücken mitzuteilen, würde dies – wie im Referentenentwurf beschrieben – ein gewichtiges Indiz

³⁴ Das BSI als taugliche Empfangsstelle Meldung schlägt bereits *Klaas*, MMR 2022, 187 (189 f.) mit Blick auf § 34 StGB bei gutwilligem Hacking bzw. bei IT-Sicherheitsforschung vor.

³⁵ *Klaas*, MMR 2022, 187 (189) zu § 34 StGB.

³⁶ Zur urheberstrafrechtlichen Rechtslage unter Berücksichtigung des Referentenentwurfs siehe II. 2. d).

³⁷ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 7.

³⁸ Vgl. Referentenentwurf (Fn. 5), S. 8, 17. A.A. bezüglich § 34 StGB in Ausnahmefällen: *Klaas*, MMR 2022, 187 (189).

³⁹ Einer ungezielten Veröffentlichung ohne direkte Benachrichtigung einer geeigneten Stelle wohnt praktisch keine Tauglichkeit inne, wirklich an die Schließung der Sicherheitslücke anzustoßen, vgl. Referentenentwurf (Fn. 5), S. 8.

⁴⁰ Eine Unterscheidung schlägt *Klaas*, MMR 2022, 187 (189), im Rahmen des § 34 StGB vor und hält unter der Voraussetzung, dass eine Vielzahl an Geräten betroffen ist, auch die allgemeine Veröffentlichung des Wissens über eine Sicherheitslücke für ein geeignetes Mittel zur Abwehr der durch sie bestehenden Gefahr.

⁴¹ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

⁴² Referentenentwurf (Fn. 5), S. 8, 17.

⁴³ St. Rspr., siehe exemplarisch: *BGH*, NSStZ 2020, 349 Rn. 9 m.w.N.

für eine positive Doppelabsicht zur Zeit (§ 8 StGB) der Tat sein.⁴⁴

dd) Implizierte Dokumentationsobliegenheit

Bei der IT-Sicherheitsforschung können die guten Absichten praktisch v.a. durch Dokumentation des Vorgehens durch den IT-Sicherheitsforscher selbst erkennbar werden. Ohne die Dokumentation sieht IT-Sicherheitsforschung nach außen aus wie böswilliges Hacking. Daraus folgt eine implizite Obliegenheit des IT-Sicherheitsforschers zur nachvollziehbaren, möglichst lückenlosen Dokumentation seiner Vorbereitungen und aller Einzelschritte seiner IT-Sicherheitsforschung sowie über die Vorbereitungen einer späteren Unterrichtung einer tauglichen Stelle.⁴⁵ Auf diese Weise würde der Täter im Vorfeld der Tat faktisch für seine spätere eigene Entlastung bzw. Entlastbarkeit mitverantwortlich gemacht. Diese implizite Dokumentationsobliegenheit scheint der *Entwurfsverfasser* zu wollen, schließlich sieht er als Gesetzesfolge die IT-Sicherheitsforscher so zu einem verantwortungsvollen Umgang mit dem eventuell erlangten Zugang zu fremden Daten veranlasst.⁴⁶

Erscheint die implizite Dokumentationsobliegenheit, mit der dem Täter eine Mitverantwortlichkeit für seine eigene Entlastbarkeit auferlegt wird, auf den ersten Blick möglicherweise noch schwierig, hält sie rechtlichen Bedenken im Ergebnis jedoch stand: Einerseits hat ein IT-Sicherheitsforscher, für den es auf § 202a Abs. 3 StGB-E ankäme, gerade *keine Pflicht zur Zugangverschaffung*. Andererseits ergäbe sich gerade (auch faktisch) *keine Beweislastumkehr*, denn sowohl die Staatsanwaltschaft als auch das Strafgericht müssen allumfassend auch den Täter entlastende Tatsachen ermitteln und bei der rechtlichen Bewertung der Tat berücksichtigen, und der Richter darf und muss eben diese – alle – Beweise frei würdigen (vgl. §§ 160 Abs. 2 [StA], 244 Abs. 2, 261 [Gericht] StPO). IT-Sicherheitsforscher würden die Beweisführung zu ihren Gunsten durch die Dokumentation des eigenen Vorgehens bei der IT-Sicherheitsforschung nur erleichtern.

Die zur Feststellung der positiven Doppelabsicht des Täters praktisch notwendige Gesamtschau dürfte so tatsächlich einen sorgsameren Umgang mit dem im Rahmen von IT-Sicherheitsforschung verschafften Zugang nach sich ziehen,⁴⁷ denn ein sorgloser Umgang im Nachgang der Tat könnte als Indiz gewertet werden, dass es während der Tatbegehung an der positiven Absicht fehlte.

⁴⁴ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

⁴⁵ Was ein IT-Sicherheitsforscher tun muss, um zu zeigen, dass er etwa dem Betreiber eine möglicherweise zu findende Sicherheitslücke mitteilen will, wird im Referentenentwurf nicht erörtert. Es wäre gleichwohl gut vorstellbar, dass der *BGH* Leitlinien hierfür aufstellen würde, so wie dies z.B. hinsichtlich der Blutalkoholwerte als Grundlage für eine Vermutung der Fahruntüchtigkeit der Fall ist. Es bedürfte also der Klärung, ob es beispielsweise schon genügen würde, einen Entwurf einer E-Mail an eine E-Mail-Adresse des Betreibers im Vorfeld der offensiven IT-Sicherheitsforschung im eigenen E-Mail-Postfach abzuspeichern.

⁴⁶ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 14

Bei IT-Sicherheitsforschung, die z.B. auf kritische Infrastrukturen abzielt und für die § 202a Abs. 4 S. 1, S. 2 Nr. 3 StGB-E wegen des Vorliegens eines Regelbeispiels u.U. einen erhöhten Strafraum bereithalten soll, ergibt sich für IT-Sicherheitsforscher noch einmal mehr die Notwendigkeit eines besonders verantwortungsvollen Vorgehens und einer besonders guten Dokumentation, um von § 202a Abs. 3 StGB-E profitieren zu können. Dieser Rückschluss auf erhöhte Anforderungen an die Dokumentation ist deshalb zu ziehen, weil ein besonders großes Risiko z.B. beim offensiven Testen der IT-Sicherheit besonders wichtiger Ziele mitschwingt und fälschlicherweise zur Strafflosigkeit führende Schutzbehauptungen auszuschießen umso wichtiger ist.

b) Kumulativ: Erforderlichkeit der Zugangverschaffung als Handlung zur Feststellung einer Sicherheitslücke, § 202a Abs. 3 Nr. 2 StGB-E

In Ergänzung zur positiven Doppelabsicht des Täters muss die Handlung, durch die der Täter sich den Zugang zu besonders gegen den unberechtigten Zugang gesicherten Daten verschafft, *erforderlich* sein. Wäre das anzunehmen, wäre die Handlung eines Täters nicht unter das Verbot des Ausspähörens von Daten zu fassen, weil im Zusammenwirken mit der Doppelabsicht nach § 202a Abs. 3 StGB-E der Täter nicht unbefugt im Sinne von § 202a Abs. 1 StGB handeln würde. Dies ist nur dann der Fall, wenn sie dazu geeignet ist und das relativ mildeste Mittel darstellt.⁴⁸

aa) Geeignetheit

Die Geeignetheit von Handlungen im Rahmen von IT-Sicherheitsforschung kann nur angenommen werden, wenn überhaupt die Entdeckung und Schließung einer Sicherheitslücke in Aussicht steht.⁴⁹

(1) Vorfrage: Definition des Begriffs Sicherheitslücke

Noch vor der Frage nach der Geeignetheit ist zuerst zu bestimmen, was eine Sicherheitslücke im Sinne des § 202a Abs. 3 StGB-E wäre. Das soll nach dem Wortlaut des § 202a Abs. 3 Nr. 1 StGB-E eine Schwachstelle oder ein anderes Sicherheitsrisiko eines informationstechnischen Systems sein.

Für den Begriff der „Schwachstelle“ ist auf die Definition in § 2 Nr. 38 BSIG-E abzustellen, weil sich die Formulierung des § 202a Abs. 3 Nr. 1 StGB-E an die in § 15 Abs. 2

⁴⁷ Begrifflich ließen sich der im Referentenentwurf (Fn. 5), S. 14, angesprochene verantwortungsvolle Umgang *mit Daten* und ein verantwortungsvoller Umgang mit dem *Zugang* zu den Daten unterscheiden, immerhin ist das Verschaffen des Zugangs zu Daten in § 202a Abs. 1 StGB pönalisiert und nicht das Verschaffen der Daten selbst (z.B. durch Kopieren), was für den Umgang mit Daten als solche Voraussetzung wäre. Im Ergebnis besteht kein wesentlicher Unterschied, denn der Zugang zu Daten meint bereits den Zugang zu den dargestellten Informationen im technischen Sinne (s. Fn. 15), sodass es nur noch eines weiteren Handlungsschrittes – des Zugriffs auf die Daten im technischen Sinne – bedarf, der für sich genommen nach der gesetzgeberischen Wertung durch Verschiebung der Anknüpfung der Strafbarkeit vom Zugriff hin zum Zugang (siehe: BT-Drs. 16/3656, S. 9.) nicht mehr tatbestandsmäßig ist.

⁴⁸ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

⁴⁹ Vgl. zur Erforderlichkeit als Notwehrovoraussetzung: *Kühl*, *StrafR AT*, 8. Aufl. (2017), § 7 Rn. 89.

BSIG-E anlehnt⁵⁰ und dieser wiederum systematisch auf den Begriffsbestimmungen nach § 2 BSIG-E aufbaut. Zudem wird im Referentenentwurf an mehreren Stellen auf die v.a. mit dem BSIG-E bzw. NIS-2-UmsuCG-E⁵¹ umzusetzende NIS-2-Richtlinie hingewiesen, wodurch erkennbar wird, dass diese auch für die vorgeschlagene strafrechtliche Neuregelung zu berücksichtigen ist.⁵² Der Begriff Schwachstelle meint also im Rahmen des § 202a Abs. 3 StGB-E „eine Eigenschaft von IKT⁵³-Produkten oder IKT-Diensten, die von Dritten ausgenutzt werden kann, um sich gegen den Willen des Berechtigten Zugang zu den IKT-Produkten oder IKT-Diensten zu verschaffen oder die Funktion der IKT-Produkte oder IKT-Dienste zu beeinflussen“ (§ 2 Nr. 38 BSIG-E).⁵⁴ Eine Schwachstelle im Sinne von § 202a Abs. 3 Nr. 1 StGB-E wäre demnach ein *technisches* Einfallstor, das für eine Tat nach § 202a Abs. 1 StGB ausgenutzt werden kann. Eine Sicherheitslücke bestünde z.B. in einer *SQL*-Datenbank, wenn eine sog. *SQL Injection* möglich wäre, also ein Verfahren, bei dem über eine öffentlich über das Internet oder anderweitig für den Täter erreichbare Schnittstelle (z.B. ein Suchfeld auf einer Webseite) ein Befehl in der Datenbank-Programmiersprache *SQL* eingegeben und so u.U. erreicht wird, dass sich der Täter auch ohne richtigen Nutzernamen und/oder richtiges Kennwort bei einem über das Internet erreichbaren Dienst anmelden kann.⁵⁵

Was „ein anderes Sicherheitsrisiko eines informationstechnischen Systems“ im Sinne von § 202a Abs. 3 Nr. 1 StGB-E sein kann, wird im Referentenentwurf nicht erörtert. Aus der Formulierung lässt sich nur ableiten, dass das Sicherheitsrisiko eine *Eigenschaft des IT-Systems* sein muss.

(2) Perspektive und Maßstab der Geeignetheit

Die Frage nach der Geeignetheit ist für jede IT-Sicherheitsforschungshandlung einzeln und unter Berücksichtigung der spezifischen technischen Wirkungsweise zu beurteilen. Dabei muss der (technische) Verlauf bei Vollzug der in Frage stehenden Handlung aus der *ex-ante*-Perspek-

tive prognostiziert werden, also aus der Perspektive eines *objektiven* Betrachters in der Position des IT-Sicherheitsforschers. Die *ex-ante*-Perspektive ist bei der Verlaufsprognose deshalb einzunehmen, weil das Risiko der Fehleinschätzung einer *ex post* ungeeigneten Handlung als erfolgsversprechend grundsätzlich nicht vom IT-Sicherheitsforscher zu tragen sein darf, wenn es sich bei der eigeninitiativen IT-Sicherheitsforschung um einen – dem Referentenentwurf entsprechend – als prinzipiell billigenwert eingeschätzten Beitrag handelt.⁵⁶ Zudem darf die Erforderlichkeit des unbefugten Handelns nicht später deshalb entfallen, weil schlussendlich keine Sicherheitslücke gefunden wird.⁵⁷

Aufgrund des Ausnahmecharakters von § 202a Abs. 3 StGB-E ist dabei ein *objektiver* Maßstab anzulegen und die objektiv erkennbaren Umstände der Beurteilung der Geeignetheit einer Handlung zur Auffindung einer Sicherheitslücke zugrunde zu legen. Das Risiko subjektiver Fehleinschätzungen muss der IT-Sicherheitsforscher tragen, weil er sich für eigeninitiative IT-Sicherheitsforschung aufgrund der vagen Gefahrenlage nicht veranlasst fühlen muss.⁵⁸ Durch die Objektivität der *ex-ante*-Perspektive im Rahmen der Geeignetheit bzw. Erforderlichkeit im Sinne der Nr. 2 wird zudem mit der subjektiven Doppelabsicht nach Nr. 1 auf der anderen Seite ein Gleichgewicht objektiver und subjektiver Kriterien für den Wegfall der Unbefugtheit geschaffen.

Praktisch betrachtet wird aus dem objektiven *ex-ante*-Blickwinkel regelmäßig nicht bekannt sein, was letzten Endes im Einzelfall wirklich zur Entdeckung von Sicherheitslücken führen wird. Dies gilt jedenfalls dann, wenn nicht durch einfache Mittel wie sog. *Get*-Anfragen. Eine *Get*-Anfrage kann allgemein und ohne Bezug zur IT-Sicherheitsforschung nötig sein, um mit dem Server richtig kommunizieren bzw. die gesamte Funktionalität nutzen zu können.⁵⁹ Gleichzeitig verrät die Antwort ggf., dass auf einem Server ein veraltetes Betriebssystem läuft. Wenn für dieses bereits eine Sicherheitslücke bekannt ist,⁶⁰ oder

⁵⁰ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 8. Dies gilt auch, wenn in § 2 BSIG-E noch von Begriffsbestimmungen im Sinne dieses Gesetzes die Rede ist, denn die ausdrückliche Bezugnahme auf diese Vorschrift (vgl. z.B. § 303a Abs. 1 StGB bzgl. des Datenbegriffs aus § 202a Abs. 2 StGB) oder die durch den Gesetzgeber in seiner Begründung zu einem anderen Gesetz, steht die Formulierung des BSIG-E freilich nicht entgegen. Siehe für § 2 Nr. 38 BSIG-E: BT-Drs. 20/13184, S. 17.

⁵¹ BT-Drs. 20/13184, „Gesetzesentwurf der Deutschen Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der NIS-2-Richtlinie und zur Regelung wesentlicher Grundzüge des Informationssicherheitsmanagements in der Bundesverwaltung (NIS-2-Umsetzungs- und Cybersicherheitsstärkungsgesetz)“, kurz: NIS-2-UmsuCG-E.

⁵² Siehe v.a. den Referentenentwurf (Fn. 5), S. 6, zur Entdeckung von Schwachstellen zumeist durch Dritte und m.w.N. zur NIS-2-Richtlinie.

⁵³ „IKT“ bedeutet Informations- und Kommunikationstechnik (ErwGr. 1 der Verordnung (EU) 2019/881), kann also synonym zu IT verwendet werden.

⁵⁴ IKT bedeutet Informations- und Kommunikationstechnik (ErwGr. 1 der Verordnung (EU) 2019/881), kann also synonym zu „IT“ verwendet werden. Nach § 2 Nr. 14 und Nr. 15 sollen IKT-Dienst ein IKT-Dienst nach Art. 2 Nr.13 der Verordnung (EU) 2019/881 und ein IKT-Produkt ein IKT-Produkt nach Art. 2 Nr. 12 der Verordnung (EU) 2019/881 sein.

⁵⁵ MDN Web Docs, *SQL Injection*, online abrufbar unter: developer.mozilla.org/en-US/docs/Glossary/SQL_injection (zuletzt abgerufen am 30.11.2024).

⁵⁶ Vgl. die ähnliche Argumentation zur Notwehr: *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 32 Rn. 25.

⁵⁷ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

⁵⁸ Hier besteht ein Unterschied zur Notwehr, bei der mit gegebener Notwehrlage eine Veranlassung besteht; dennoch gilt bei der Notwehr wegen der weitreichenden Rechtsfolge der grundsätzlich anzunehmenden Gebotenheit der Verteidigung ein objektiver Maßstab. Im Ergebnis ist der Maßstab bei der Frage nach der Erforderlichkeit der Zugangverschaffung der gleiche wie bei der Frage der Erforderlichkeit der Notwehrhandlung. Siehe zur Beurteilungsperspektive betreffend der Notwehr-Erforderlichkeit: *Kühl*, StrafR AT, § 7 Rn. 107 ff.

⁵⁹ MDN Web Docs, *Server*, online abrufbar unter: developer.mozilla.org/en-US/docs/Web/HTTP/Headers/Server (zuletzt abgerufen am 30.11.2024).

⁶⁰ Eine öffentlich verfügbare Schwachstellen-Datenbank führt die CVE Program Mission, online abrufbar unter: cve.org (zuletzt abgerufen am 30.11.2024).

sogar ein sog. *Exploit* öffentlich verfügbar ist,⁶¹ ist mit der Anfrage ebenso als bekannt anzusehen, dass eine Sicherheitslücke in dem betreffenden IT-System besteht.

Stets ungeeignet wären Angriffe, bei denen *allein* der „Mensch als Schwachstelle“ ausgenutzt wird, sog. „*Social Engineering*“.⁶² So wäre z.B. ein über Spam-Mails verbreiteter Trojaner,⁶³ der sich beim Öffnen des maliziösen Anhangs in einem IT-System automatisch installieren würde und dann, ohne dafür die Regeln der Firewall zu ändern, über eine Fernzugriffsverbindung zu einem von ihm kontrollierten Server dem Täter den Zugang zu den Daten im infizierten IT-System verschaffen würde, kein geeignetes Mittel zur Feststellung einer Sicherheitslücke. Der Grund hierfür ist, dass sich bei der Zugangverschaffung mittels eines derartigen Trojaners *keine Eigenschaft von IKT-Produkten oder IKT-Diensten* für die notwendige Installation zunutze gemacht wird. Stattdessen wird *der Mensch* zur Auslösung der Installation ausgenutzt. Die Regeln der Firewall werden dann ohne Notwendigkeit eines Programmierfehlers o.ä. in unveränderter Form für die Kommunikation mit einem vom Täter kontrollierten Server (wenngleich zu feindseligen Zwecken) befolgt – würde die Firewall selbst manipuliert, ließe sich hingegen überlegen, ob mit der Manipulierbarkeit eine Sicherheitslücke bestünde. Eine weitere ungeeignete Methode für die Suche nach einer Sicherheitslücke sind sog. „*Phishing-Mails*“, durch die Menschen zur Herausgabe von Passwörtern, etwa für einen Datenbankzugriff, bewegt werden sollen.⁶⁴

Anders als das zwar allgemein verfügbare, aber dem einzelnen Täter fehlende Wissen (insofern negatives Sonderwissen) hat ein positives Sonderwissen des Täters Auswirkungen auf den Erforderlichkeitsmaßstab. Besteht besonderes Täterwissen über technischen Eigenschaften des jeweiligen anvisierten IT-Systems, für welches die Prüfung auf Sicherheitslücken erfolgt, verengt sich der Rahmen des Erforderlichen, denn es fehlt dann die Notwendigkeit, jede theoretisch geeignete Methode der IT-Sicherheitsforschung anzuwenden, wenn sie im Einzelfall bekanntermaßen aussichtslos oder sicher erfolgreich sein würde.

bb) Zugangverschaffung als relativ mildestes bzw. notwendiges Mittel

Da ein *Zugang* zu Daten entweder *besteht oder nicht*, stellt sich die Frage nach dem *mildesten* zur Feststellung einer

Sicherheitslücke gleich geeigneten Mittel so, dass entscheidend ist, ob die *unbefugte Verschaffung* des Zugangs zu Daten *technisch notwendig* ist, um eine Sicherheitslücke zu erkennen oder nicht. Sofern eine Sicherheitslücke auch ohne Zugangverschaffung ermittelt werden kann, ist die Zugangverschaffung nicht das relativ mildeste Mittel unter allen Geeigneten. Nur wenn *keinerlei andere gleich geeignete Mittel* zu Wahl stehen, handelt es sich bei der Verschaffung des Zugangs zu Daten unter Überwindung einer besonderen Zugangssicherung um das relativ mildeste Mittel.⁶⁵ Zudem darf in diesen Fällen die Einholung des Einverständnisses des Betroffenen nicht gleich geeignet sein. Ansonsten wäre das Einverständnis einzuholen, denn Hacking mit dem Einverständnis des Berechtigten stellt schon dem Grunde nach keinen relevanten Eingriff in das formelle Verfügungsrecht dar.⁶⁶

c) § 23 GeschGehG und § 202a Abs. 3 StGB-E

Im Falle des Ausspähens von Daten im Rahmen von IT-Sicherheitsforschung (§ 202a Abs. 3 StGB-E) soll gemäß den Ausführungen im Referentenentwurf neben dem Ausspähen von Daten im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB eine strafbare Verletzung von Geschäftsgeheimnissen nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 Alt. 2 GeschGehG in Betracht kommen, denn im Zuge der IT-Sicherheitsforschung könnten auch Geschäftsgeheimnisse erlangt und im Disclosure-Prozess offengelegt werden.⁶⁷ Im Referentenentwurf werden also zweierlei Stadien der IT-Sicherheitsforschung für strafrechtlich relevant erachtet: Erstens die Zugangverschaffung (Tat nach § 202a Abs. 1 StGB), mit der § 23 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG verwirklicht sein könnte, sowie zweitens das Nachtatverhalten, um die tatsächliche Schließung einer gefundenen Sicherheitslücke zu bewirken,⁶⁸ wodurch § 23 Nr. 2 Alt. 2 GeschGehG verwirklicht sein könnte. Die unterschiedlichen Stadien haben jedoch auf die Rechtsprobleme im Rahmen von § 23 GeschGehG sowie §§ 4, 5 GeschGehG keine weiteren Auswirkungen, weshalb im Folgenden nicht weiter nach ihnen differenziert wird. Problematisch stellen sich – in beiden Stadien gleichermaßen – die im Referentenentwurf dargestellte Annahme von Eigennutz bei IT-Sicherheitsforschung (aa) sowie die Unbefugtheit im geschäftsgeheimnisrechtlichen Sinne (bb) und zuletzt auch die Argumentation zur geschäftsgeheimnisrechtlichen Rechtfertigung, wie sie im Referentenentwurf geführt wird, (cc) dar.

⁶¹ Als *Exploit* bezeichnet man das Ausnutzen einer Schwachstelle in einem IT-System (Fischer, Lexikon der Informatik, 15. Aufl. [2011], S. 311), aber auch die dazu genutzten Programme und Codes. Viele *Exploits* sind öffentlich verfügbar, z.B. *CallbackHell* auf GitHub, online abrufbar unter: github.com/ly4k/CallbackHell (zuletzt abgerufen am 30.11.2024).

⁶² Siehe zu den Begriffen: BSI, Social Engineering – der Mensch als Schwachstelle, online abrufbar unter: [bsi.bund.de/DE/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Cyber-Sicherheitslage/Methoden-der-Cyber-Kriminalitaet/Social-Engineering/social_engineering.html](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Cyber-Sicherheitslage/Methoden-der-Cyber-Kriminalitaet/Social-Engineering/social_engineering.html) (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁶³ Zur Wirkungsweise von Trojanern siehe: BSI, Trojaner – wie erkenne ich getarnte Schadprogramme?, online abrufbar unter: [bsi.bund.de/DE/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Cyber-Sicherheitslage/Methoden-der-Cyber-Kriminalitaet/Schadprogramme/Trojaner/trojaner_node.html](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Cyber-Sicherheitslage/Methoden-der-Cyber-Kriminalitaet/Schadprogramme/Trojaner/trojaner_node.html) (zuletzt abgerufen am: 11.12.2024).

⁶⁴ BSI, Social Engineering – der Mensch als Schwachstelle, online abrufbar unter: [bsi.bund.de/DE/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Cyber-Sicherheitslage/Methoden-der-Cyber-Kriminalitaet/Social-Engineering/social_engineering.html](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Cyber-Sicherheitslage/Methoden-der-Cyber-Kriminalitaet/Social-Engineering/social_engineering.html) (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁶⁵ *Kühl*, StraFR AT, § 7 Rn. 89 ff. m.w.N.

⁶⁶ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

⁶⁷ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 10.

⁶⁸ Zur Tatzeit müsste die Absicht hierzu vorgelegen haben, damit § 202a Abs. 3 StGB-E griffe, siehe hierzu bereits: II. 2.

aa) Wohl kein Eigennutz gemäß § 23 GeschGehG

Der Gedanke, dass der IT-Sicherheitsforscher sich gemäß § 23 GeschGehG strafbar machen könnte, wird im Referentenentwurf hauptsächlich auf die Überlegung gestützt, der IT-Sicherheitsforscher könnte durchaus aus Eigennutz handeln.⁶⁹ Es wird im Referentenentwurf allerdings nicht erörtert, *warum genau* bei der Erlangung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses durch IT-Sicherheitsforschung Eigennutz anzunehmen sein soll, wenn es im Rahmen von IT-Sicherheitsforschung geschieht. Es wird weder erörtert, welche allgemeinen Voraussetzungen für Eigennutz angenommen werden, noch, welchen Vorteil genau ein IT-Sicherheitsforscher sich erhoffen soll. Beide Probleme werden deshalb an dieser Stelle betrachtet:

Anders als es der *Entwurfsverfasser* anzunehmen scheint, bestehen schon auf den ersten Blick Zweifel, ob die Zugangserlangung zu und die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen im Zuge von IT-Sicherheitsforschung unter § 23 Abs. 1 GeschGehG zu fassen sind. Im Allgemeinen setzt Eigennutz nicht voraus, dass der Täter tatsächlich einen Vorteil aus der Tat zieht,⁷⁰ es handelt sich um ein rein *subjektives* Tatbestandsmerkmal. Es bedarf für den Eigennutz also nur der *Motivation*, einen persönlichen Vorteil jedweder (wirtschaftlicher,⁷¹ sozialer⁷² etc.) von der Rechtsordnung gebilligten Art aus der Tat zu ziehen.⁷³ Damit Eigennutz im Sinne des § 23 GeschGehG anzunehmen ist, muss er zudem stets das *bewusstseinsdominante* Motiv sein.⁷⁴

Für die IT-Sicherheitsforschung ist es hingegen gerade charakteristisch, dass sie (v.a.) auf einen (IT-Sicherheits-)Vorteil für die Allgemeinheit gerichtet ist, nicht auf die Erlangung irgendeines persönlichen Vorteils durch die Zugangsverschaffung zu den Daten bzw. dem Geschäftsgeheimnis oder der Offenlegung derer bzw. dessen. Eben dieses Bild des altruistischen IT-Sicherheitsforschers geht auch § 202a Abs. 3 StGB-E voraus und findet insbesondere in der Notwendigkeit einer positiven Doppelabsicht für den Tatbestandsausschluss bei IT-Sicherheitsforschung Ausdruck. Zumindest das bewusstseinsdominante Motiv wird Eigennutz also bei IT-Sicherheitsforschung *typischerweise nicht* sein. Insofern ließe sich sagen, dass § 202a Abs. 3 StGB-E stets dem Eigennutz entgegenstehe.

bb) Keine fehlende Unbefugtheit im Sinne des § 4 Abs. 1 GeschGehG wegen § 202a Abs. 3 StGB-E

Außerdem geht der Strafbarkeit noch die Frage der Unbefugtheit im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG voraus, denn die Erlangung des Zugangs zu Geschäftsgeheimnissen, die mit der Verschaffung des Zugangs zu Daten einhergehen könnte, ist nur dann verboten, wenn sie unbefugt erfolgt. Die Befugnis kann sich dabei aus tatsächlichen, vertraglichen oder gesetzlichen Umständen ergeben.⁷⁵ Da sie also gesetzlich begründet sein kann (z.B. durch § 48 Abs. 1 S. 2 StPO),⁷⁶ wäre zu überlegen, ob nicht § 202a Abs. 3 StGB-E auch eine gesetzliche Befugnis gibt, die auf den zur IT-Sicherheitsforschung notwendigen Umfang begrenzt ist, und nicht die Nutzung erfasst.⁷⁷ Allerdings lautet § 202a Abs. 3 StGB-E „nicht unbefugt im Sinne des Absatzes 1“,⁷⁸ womit die direkte Anwendung des § 202a Abs. 3 StGB-E nach dem klaren Wortlaut aus § 4 Abs. 1 GeschGehG ausscheiden muss.

cc) Rechtfertigung durch legitimes Interesse gemäß § 5 GeschGehG

Würde ein Verhalten als geschäftsgeheimnisrechtlich unbefugt und eigennützig bewertet und damit tatbestandsmäßig im Sinne des § 23 GeschGehG, obwohl kernstrafrechtlich der Tatbestandsausschluss nach § 202a Abs. 3 StGB-E griffe, hinge das Tatunrecht nur noch davon ab, ob ein Rechtfertigungsgrund griffe. Wäre keine Rechtfertigung möglich, würde die intendierte umfassende unrechts- und damit strausschließende Wirkung des Ausnahmetatbestandes in § 202a Abs. 3 StGB-E endgültig verfehlt. Das wurde auch im Referentenentwurf erkannt und darauf hingewiesen, es solle eine Kompatibilität von § 202a Abs. 3 StGB-E und § 23 GeschGehG erreicht werden,⁷⁹ also im Falle des Fehlens der Unbefugtheit nach § 202a Abs. 3 StGB-E auch keine geschäftsgeheimnisrechtliche Strafbarkeit bestehen bleiben. Insofern kommt es auf die Frage an, ob nach § 23 GeschGehG tatbestandsmäßige IT-Sicherheitsforschung gemäß § 5 GeschGehG gerechtfertigt sein kann, wenn sie der Verfolgung eines berechtigten Interesses dient. Dazu wird im Referentenentwurf vorgeschlagen, im Falle des Eingreifens von § 202a Abs. 3 StGB-E ein legitimes Interesse im Sinne des § 5 GeschGehG anzunehmen, weil dadurch auch die Strafbarkeit nach § 23 GeschGehG entfiel.⁸⁰ Genauer gesagt, soll ein mit § 5 Nr. 2 GeschGehG vergleichbares öffentliches Interesse an der Erlangung des Zugangs zum

⁶⁹ Siehe Referentenentwurf (Fn. 5), S. 10, 13.

⁷⁰ BGH, NJW 1958, 349 (350).

⁷¹ Stichwort „Bug-Bounty-Programme“.

⁷² Z.B. über eine öffentlich verfügbare Vulnerability Hall of Fame wie die der WHO, online abrufbar unter: who.int/about/cybersecurity/vulnerability-hall-of-fame/ethical-hacker-list (zuletzt abgerufen am 29.11.2024).

⁷³ BT-Drs. 19/42724, S. 28; Gramlich/Lütke, wistra 2022, 97 (100 m.w.N.); Alexander, in: Köhler/Fedderson, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 42. Aufl. (2024), § 23 GeschGehG Rn. 44. Siehe zum Eigennutz im Allgemeinen: BGH, NJW 1958, 349 (350); Hiéramente, in: BeckOK-GeschGehG, 22. Ed. (15.9.2024), § 23 Rn. 11 m.w.N. Ein *eigenes Gewinninteresse* fordert: Heuchemer, in: BeckOK-StGB, 63. Ed. (1.11.2024), § 23 GeschGehG Rn. 58.

⁷⁴ Gramlich/Lütke, wistra 2022, 97 (100).

⁷⁵ BT-Drs. 19/4724, S. 27; Hiéramente, in: BeckOK-GeschGehG, § 4 Rn. 21 ff.

⁷⁶ Hiéramente, in: BeckOK-GeschGehG, § 4 Rn. 25.

⁷⁷ So – und auch für die Offenlegung – fordert es Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung für Parteien, ihre Rechtsanwälte oder sonstigen Vertreter, Gerichtsbedienstete, Zeugen, Sachverständige und alle sonstigen Personen, die an einem Gerichtsverfahren beteiligt sind, das den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zum Gegenstand hat, oder die Zugang zu Dokumenten haben, die Teil eines solchen Gerichtsverfahrens sind.

⁷⁸ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 4.

⁷⁹ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 10.

⁸⁰ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 10.

Geschäftsgeheimnis anzunehmen sein. Dem liegt wohl der Gedanke zugrunde, dass § 202a Abs. 3 StGB-E gerade auf die Idee zurückgeht, dass die Weiterentwicklung und Absicherung von IT-Systemen durch IT-Sicherheitsforschung im öffentlichen Interesse stehen.⁸¹

Es stellt sich ferner die Frage, wieso über die Zugangverschaffung zum Geschäftsgeheimnis hinausgehend noch ein legitimes Interesse gemäß § 5 GeschGehG annehmbar sein soll, um die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses aus dem Anwendungsbereich des § 23 Abs. 2 GeschGehG auszunehmen. Dazu fehlt eine explizite Erklärung im Referentenentwurf. Es geht jedoch in Verbindung mit § 202a Abs. 3 Nr. 2 StGB-E hervor, dass ein legitimes Interesse zur Offenlegung als Eröffnung des Geschäftsgeheimnisses gegenüber Dritten, nicht notwendigerweise der Öffentlichkeit,⁸² sich nur dann ergeben könnte, wenn die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses eine notwendige Handlung zur Ermittlung einer Sicherheitslücke wäre. Dies wäre im Fall einer *SQL Injection* in eine nur hinter einer Firewall über ein internes Netzwerk zugänglichen Datenbank gegeben, wenn der mit dem internen Netzwerk verbundene Mitwirkende mit dem Zugang zu den Daten auch den Zugang zu Geschäftsgeheimnissen erhielte, weil die *SQL Injection* unter den beschriebenen Umständen nur durch Mitwirkung desjenigen, der im internen Netzwerk eingewählt ist, überhaupt zur Aufdeckung einer Sicherheitslücke führen und damit geeignet bzw. erforderlich im Sinne des § 202a Abs. 3 Nr. 2 StGB-E sein könnte.⁸³

Zudem muss auch im Übrigen ein angemessener Schutz des Geschäftsgeheimnisses durch entsprechende Beschränkung des Handlungszwecks im Einzelfall, insbesondere durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen, gesichert sein.⁸⁴ Anderenfalls handelt es sich um einen unangemessen intensiven Eingriff, für den keine Ausnahme vom Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 GeschGehG greifen kann.

Dogmatisch fällt bei der vorgeschlagenen Übertragung der Wertung aus § 202a Abs. 3 StGB-E in § 5 GeschGehG auf, dass schon die Tatbestandsmäßigkeit gemäß § 202a Abs. 1 StGB wegen § 202a Abs. 3 StGB-E abzulehnen wäre, bei § 23 GeschGehG jedoch erst die Rechtswidrigkeit entfallen soll.⁸⁵ Insofern käme es also entsprechend dem Referentenentwurf zu keinem echten Durchschlagen des § 202a Abs. 3 StGB-E in das Geschäftsgeheimnisrecht. Im Geschäftsgeheimnisrecht wäre nur ausnahmsweise auf Basis des eines Rechtfertigungsgrundes erlaubt, IT-Sicherheitsforschung zu betreiben, wenn die notwendigen Voraussetzungen vorlägen, nicht jedoch bereits eine grundsätzliche Erlaubnis durch einen Tatbestandsaus-

schluss gegeben. Dies ist deshalb bemerkenswert, weil der *Entwurfsverfasser* im Rahmen des § 202a StGB gerade nicht nur eine Rechtfertigung oder einen Strafaufhebungsgrund vorsehen will, sondern eben eine allgemeine Erlaubnis der IT-Sicherheitsforschung (bei guter Doppelabsicht und Erforderlichkeit) regeln möchte.⁸⁶ Im Ergebnis führen zwar sowohl das Ausscheiden der Tatbestandsmäßigkeit als auch der Rechtswidrigkeit zum Ausschluss einer Strafbarkeit. Allerdings hat ein Tatbestandsausschluss eine viel intensivere positive Symbolwirkung in Richtung der IT-Sicherheitsforscher, denn so ist schon gar kein Verbotsgesetz durch ihr Vorgehen erfüllt, das Verhalten also grundsätzlich gebilligt und nicht nur im (rechtsfertigungsbedürftigen) Einzelfall ausnahmsweise erlaubt.⁸⁷

dd) Zwischenfazit zu § 23 GeschGehG

Eine Strafbarkeit wegen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen gemäß § 23 GeschGehG liegt schon auf Tatbestandsebene nicht so klar auf der Hand, wie es im Referentenentwurf beschrieben wird. Sowohl der Eigennutz im Sinne von § 23 GeschGehG als auch die nach § 23 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 GeschGehG vorgelagerte Frage, ob überhaupt ein Handlungsverbot nach § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2 GeschGehG besteht, lassen sich nämlich im Gleichklang mit § 202a Abs. 3 StGB-E auslegen. Damit bedarf es nicht der Rückausnahmen von der mit der Tatbestandsmäßigkeit indizierten Rechtswidrigkeit durch Rechtfertigung nach § 5 GeschGehG, so wie es im Referentenentwurf vertreten wird.

d) § 106 UrhG und § 202a Abs. 3 StGB-E

Es wird im Referentenentwurf ferner auf Strafbarkeitsrisiken nach § 106 UrhG eingegangen, die neben einer Strafbarkeit gemäß § 202a Abs. 1 StGB-E nach der im Referentenentwurf vertretenen Auffassung in Betracht kommen soll. Besonderes Augenmerk des *Entwurfsverfassers* liegt dabei auf der möglichen gesetzlichen Erlaubnis der Fehlerberichtigung nach § 69d Abs. 1 UrhG, die ohne Zustimmung des Urheberrechtsinhabers durch den Berechtigten erfolgen darf. Die Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs der zustimmungsfreien Fehlerberichtigung nach § 69d Abs. 1 UrhG auf den Berechtigten wird im Referentenentwurf allerdings nicht besprochen. Das ist deshalb zu kritisieren, weil derjenige, der ohne Auftrag IT-Sicherheitsforschung betreibt, regelmäßig nicht als „jeder zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigter“ einzuordnen ist. Dies gilt (aa) für die aktuelle Rechtslage, aber auch (bb) zukünftig bei – der schon seit dem 17.10.2024 fälligen – Umsetzung der NIS-2-Richtlinie entsprechend dem noch von der alten Bundesregierung vorgelegten NIS-2-UmsuCG-E.⁸⁸

⁸¹ Siehe zu Belangen des Allgemeinwohls als Grundlage der Rechtfertigung nach § 5 GeschGehG im Einzelfall: BT-Drs. 19/4724, S. 28. Siehe zum öffentlichen Interesse an IT-Sicherheitsforschung: Referentenentwurf (Fn. 5), S. 6 mit Verweis auf die NIS-2-Richtlinie.

⁸² BT-Drs. 19/4724, S. 27; *Hohn-Hein/Barth*, in: BeckOK-UWG, 26. Ed. (1.10.2024), GeschGehG § 2 Rn. 45.

⁸³ Dem geht jedoch die Prämisse voraus, dass der intern Mitwirkende überhaupt Dritter im Sinne des GeschGehG wäre.

⁸⁴ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 10 (unter besonderer Berücksichtigung des sog. „Reverse Engineering“).

⁸⁵ Zu § 5 GeschGehG als Rechtfertigungsgrund siehe: BT-Drs. 19/4724, S. 28.

⁸⁶ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 7.

⁸⁷ Vgl. *Fischer*, StGB, Vorb. § 13 Rn. 12 f.

⁸⁸ BT-Drs. 20/13184.

aa) Keine Berechtigung des IT-Sicherheitsforschers zur Fehlerberichtigung gemäß § 69d Abs. 1 UrhG in Verbindung mit der Richtlinie 2009/24/EG

Unter Berücksichtigung der relevanten Richtlinie 2009/24/EG,⁸⁹ in deren Art. 5 Abs. 1 vom rechtmäßigen Erwerber die Rede ist, kann ein auftragslos und eigeninitiativ handelnder IT-Sicherheitsforscher nur als zur Fehlerberichtigung Berechtigter gesehen werden, wenn er unmittelbar oder mittelbar ein Nutzungsrecht vom Rechteinhaber im Sinne des UrhG ableiten kann, vgl. §§ 31, 35 UrhG. Dabei ist es für den eigeninitiativen IT-Sicherheitsforscher die einzige Möglichkeit, Berechtigter zu werden, für sich selbst ein Nutzungsrecht zu erwirken, z.B. durch Lizenznahme, § 31 Abs. 2 UrhG, weil der angegriffene Berechtigte gerade nichts vom Vorgehen des IT-Sicherheitsforschers weiß. Als urheberrechtlich Berechtigter trägt ein IT-Sicherheitsforscher bei gleichzeitiger Geltung des § 202a Abs. 3 StGB-E weder ein kernstrafrechtliches noch ein urheberstrafrechtliches Haftungsrisiko.

Praktisch wird einem IT-Sicherheitsforscher jedoch nur bedingt oder gar nicht bekannt sein, welche Computerprogramme genau bei einem möglichen Opfer Verwendung finden und es wird sich um einen sog. „Black-Box-Test“ handeln.⁹⁰ Ferner kann es sein, dass es dem IT-Sicherheitsforscher (wirtschaftlich) nur bedingt möglich ist, überhaupt entsprechende Lizenzen zu erwerben.⁹¹ Fehlt es an einer eigenen unmittelbaren (oder abgeleiteten) Berechtigung des IT-Sicherheitsforschers, kommt es nicht auf die bereits angerissene nachgelagerte Frage an, ob die IT-Sicherheitsforschung überhaupt als Fehlerberichtigung gesehen werden kann.⁹²

Unabhängig von der Frage, ob eine Fehlerberichtigung im Sinne des § 69d Abs. 1 UrhG grundsätzlich durch IT-Sicherheitsforschung stattfinden kann, würde es nach dem Gesagten u.U. auch im Falle des Erlasses des § 202a Abs. 3 StGB-E bei einem urheberrechtlichen Strafbarkeitsrisiko für IT-Sicherheitsforscher bleiben.

bb) Folgen der NIS-2-Richtlinie für die Berechtigung des IT-Sicherheitsforschers gemäß § 69d Abs. 1 UrhG

Aus der 2022 erlassenen NIS-2-Richtlinie könnte sich etwas für die Berechtigung des IT-Sicherheitsforschers aufgrund von unionsrechtlich-systematischer Auslegung ergeben, denn in ErwGr. 58 der NIS-2-Richtlinie heißt es u.a.: „Da Schwachstellen häufig von Dritten oder meldenden Einrichtungen entdeckt und offengelegt werden, sollte der Hersteller oder Anbieter von IKT-Produkten oder -Diensten auch Verfahren einführen, damit er von Dritten Informationen über Schwachstellen entgegennehmen kann.“ Damit zeigt der europäische Richtliniengeber, dass er die IT-Sicherheitsforschung durch eigeninitiativ⁹³ Vorgehende als notwendig und sinnvoll anerkennt. Noch deutlicher wird die positive Haltung des europäischen

Richtliniengebers in ErwGr. 60 der NIS-2-Richtlinie. Dort heißt es: „Die Mitgliedstaaten sollten im Rahmen ihrer nationalen Strategien im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften so weit wie möglich die Herausforderungen angehen, mit denen Forscher, die sich mit Schwachstellen befassen, konfrontiert sind, wozu auch deren potenzielle strafrechtliche Haftung gehört. Da natürliche und juristische Personen, die Schwachstellen erforschen, in einigen Mitgliedstaaten der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung unterliegen könnten, werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, Leitlinien für die Nichtverfolgung von Forschern im Bereich der Informationssicherheit zu verabschieden und eine Ausnahme von der zivilrechtlichen Haftung für ihre Tätigkeiten zu erlassen.“ Die so in der NIS-2-Richtlinie ausgedrückte Billigung der IT-Sicherheitsforschung und die Aufforderung zur Straffreistellung seitens der EU-Mitgliedstaaten ist ohne Einschränkungen formuliert. Daraus lässt sich schließen, dass die Straffreistellung allumfassend erfolgen soll, denn jedes Restrisiko bei gewünschter IT-Sicherheitsforschung stünde mit einer maximalen Effektivität für die Verbesserung der allgemeinen IT-Sicherheit im Zweckwiderspruch. Diese Wertung muss konsequenterweise bei der Auslegung unionsrechtsbasierter deutscher Strafvorschriften wie § 69d UrhG berücksichtigt werden.

3. Strafbarkeit bei späterer Absichtsänderung

Wie dieser Abschnitt ist auch ein Abschnitt im Referentenentwurf benannt.⁹⁴ Darin wird richtig erörtert, dass derjenige, der eine Lücke in einem IT-Sicherheitssystem in guter Absicht identifiziert, die Sicherheitslücke aber im Anschluss daran nicht meldet oder offenlegt, sondern missbräuchlich verwendet, sich zukünftig nicht mehr nach § 202a Abs. 1, § 202b Abs. 1 oder § 303a Abs. 1 StGB strafbar mache. Die nachfolgende Argumentation im Referentenentwurf ist wiederum zweifelhaft: Es könnte, so lautet der Referentenentwurf weiter, eingewandt werden, dass sich dieses Problem aus praktischer Sicht nicht allzu oft stellen würde, denn man werde dem Beschuldigten selten glauben, dass er zunächst eine schützenswerte Absicht hatte, wenn er die Daten im Anschluss verkaufe oder erhebliche Schäden verursache. Diese Argumentation deutet an, dass es wegen rein praktischer Beweisprobleme infolge des Nachtatverhaltens, das wie üblich zur Feststellung subjektiver Merkmale herangezogen werden können soll, und der daraus möglicherweise folgenden richterlichen Überzeugung (§ 261 StPO) schnell zu falschen Urteilen kommen kann, die Strafe nach sich ziehen, obwohl die ursprüngliche Tat wegen Vorliegens der erforderlichen Umstände nach § 202a Abs. 3 StGB-E in Wahrheit eigentlich nicht strafbar wäre. Weil eben nur die gute Absicht zur Tatzeit bestehen muss, eine festzustellende bzw. festgestellte Sicherheitslücke an eine taugliche Stelle zu

⁸⁹ Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen.

⁹⁰ BSI, IT-Grundschutz-Kompendium (Stand: 02/2020), Glossar, S. 3.

⁹¹ Z.B. wird Software zum Betreiben von Kraftwerken wohl nicht ohne den Erwerb einer entsprechenden Maschine erwerblich sein.

⁹² Die Begriffe Fehlerberichtigung (mittels Dekompilierung) und Fehler erörtert wird werden im Referentenentwurf (Fn. 5), S. 11 f., unter Erwähnung der *EuGH*-Auslegung erörtert.

⁹³ Würde nicht eigeninitiativ gehandelt wäre der Täter mangels Außenstellung kein Dritter und es käme schon gar nicht auf § 69d Abs. 1 UrhG an.

⁹⁴ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 12 f.

melden, ist dogmatisch aber weder ein gleichzeitiges Vorliegen eines Missbrauchsvorsatzes ausgeschlossen⁹⁵ noch eine spätere Absichtsänderung. In Fällen der späteren Absichtsänderung wäre richtigerweise nur die schon zuvor behandelte nebenstrafrechtliche Strafbarkeit nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG wegen Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zu überlegen, wenn ein bestehender Zugang zu einem solchen oder die Information über die Art und Weise der möglichen Zugangsverschaffung an Dritte weitergegeben würde.⁹⁶

4. Bloße implizierte Unterrichtsobliegenheit bei erfolgreicher Feststellung einer Sicherheitslücke – fehlende Unterrichtungspflicht und ein Regelungsvorschlag hierzu

Auf die Konstellation *erfolgreicher* IT-Sicherheitsforschung geht der Referentenentwurf kaum ein. Selbst wenn IT-Sicherheitsforschung erfolgreich war und eine Sicherheitslücke festgestellt wurde, bestünde nach dem Referentenentwurf aufgrund des bloßen Erfordernisses der Unterrichtsabsicht immer noch *keine Pflicht*. Wie bei der Dokumentationsabsicht obliegt es dem IT-Sicherheitsforscher gleichsam schon, im Erfolgsfall seine gute Doppelabsicht durch die Unterrichtung äußerlich erkennbar werden zu lassen.⁹⁷

Es erschließt sich indes nicht, warum der erfolgreiche IT-Sicherheitsforscher keine Rechtspflicht zur Unterrichtung haben soll, immerhin bestünde in dieser Situation doch einmal die *reale Möglichkeit der Verbesserung* des getesteten IT-Systems; sie bliebe nicht nur ein in der Ferne liegendes Wunschziel. Dass es noch keine standardisierten Responsible-Disclosure-Verfahren gibt,⁹⁸ tut dem keinen Abbruch, denn wenn es nicht um die Veröffentlichung für die Allgemeinheit geht, sondern die Meldung an eine der genannten Empfangsstellen, kann der Tatbestandsausschluss ohnehin nicht sinnvollerweise von der Einhaltung einer Formalität abhängig gemacht werden – und es ist nach dem Wortlaut des Gesetzesvorschlags deshalb nicht.

Dass der IT-Sicherheitsforscher im Erfolgsfall eine Rechtspflicht zur Unterrichtung haben sollte und sein Erfolg ihm insofern strafrechtlich zulasten gehen drohen würde, wenn er nicht oder erst verspätet unterrichtet würde, steht der im Referentenentwurf vertretenen positiven Bewertung der IT-Sicherheitsforschung nicht entgegen. Der IT-Sicherheitsforscher, der sich auf § 202a Abs. 3 StGB-E für seine Straffreiheit verlassen würde, hätte schließlich schon gar nicht eigeninitiativ tätig werden müssen. Zudem basiert die Straffreiheit eigeninitiativer IT-Sicherheitsforschung gerade darauf, dass eigeninitiativ IT-Sicherheitsforschung zur Verbesserung der IT-Sicherheit im Allgemeinen beitragen soll, was dafür spricht, dass der eigeninitiativ handelnde IT-Sicherheitsforscher für Straffreiheit seinen Beitrag leisten muss, dass (möglichst) zukünftig kein anderer dieselbe Sicherheitslücke finden und böswillig ausnutzen kann, wenn die IT-Sicherheit tatsächlich verbessert werden kann.

Dementsprechend sollte der Referentenentwurf wie § 202a Abs. 3 StGB-E um einen Satz 2 ergänzt werden, der wie folgt lauten könnte:

Im Falle der erfolgreichen Feststellung einer Sicherheitslücke ist die Handlung im Sinne des Absatzes 1 als nicht unbefugt anzusehen, wenn die Unterrichtung des für das informationstechnische System Verantwortlichen, des betreibenden Dienstleisters des jeweiligen Systems, des Herstellers der betroffenen IT-Anwendung oder des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik unverzüglich erfolgt.

Würde ein IT-Sicherheitsforscher erst geraume Zeit nach dem Abschluss der IT-Sicherheitsforschung über die Sicherheitslücke unterrichten, erschiene es einem Gericht womöglich wenig überzeugend, dass bei der Zugangsverschaffung die in § 202a Abs. 3 StGB-E bereits erforderlichen belohnenswerten Motive vorlagen. War das Zögern vor der statthaften Unterrichtung allerdings – in Anlehnung an § 121 Abs. 1 BGB – nicht schuldhaft, soll demjenigen, der letzten Endes doch über eine Sicherheitslücke unterrichtet hat, die Entscheidungsregel zugutekommen, weil er schon die Unterrichtungspflicht tragen müsste. So würde der Ausgangsüberlegung des § 202a Abs. 3 StGB-E angemessen Rechnung getragen, dass IT-Sicherheitsforschung wünschenswert ist.

Dass es zu Fällen kommen könnte, in denen ein Hacker erst ohne positive Doppelabsicht vorgeht und sich kurz nach der Tat doch entschließt, die gefundenen Sicherheitslücke zu melden, wäre die nach der Tat entwickelte Doppelabsicht als „positiver *dolus subsequens*“ unbeachtlich (vgl. §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Die Entscheidungsregel könnte dem Täter praktisch dennoch dazu verhelfen, fälschlicherweise behandelt zu werden, als hätte er mit guten Absichten gehandelt. Dieses Risiko einer tätergünstigen Fehlanwendung wäre indes hinnehmbar, schließlich wäre mit der hierfür notwendigen Unterrichtung eine Sicherheitslücke eben bekannt geworden und könnte geschlossen und die betroffenen IT-Systeme sicherer gemacht werden. Außerdem besteht das Risiko der irrigen Annahme guter Absichten wegen späteren guten Gebärens gleichermaßen bei einer bloß implizierten Unterrichtsobliegenheit.

5. § 303a Abs. 1 StGB in Verbindung mit § 303a Abs. 4 StGB-E: Geltung des § 202a Abs. 3 StGB-E für Datenveränderungen

Im Referentenentwurf wird eine Verweisung von § 303a Abs. 4 StGB-E auf § 202a Abs. 3 StGB-E vorgeschlagen, um für Datenveränderungen gemäß § 303a Abs. 1 StGB die im Tatbestandswortlaut vorausgesetzte *Rechtswidrigkeit* der Datenveränderung entfallen zu lassen.⁹⁹ Die vorgebrachte Angemessenheit der Straflosigkeit auch von Datenveränderungen im Rahmen von IT-Sicherheitsforschung wird mit der praktisch typischerweise gegebenen

⁹⁵ Siehe bereits: II. 2. a).

⁹⁶ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 13.

⁹⁷ Vgl. Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

⁹⁸ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 8, 17.

⁹⁹ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 20.

Notwendigkeit von Datenveränderungen zur IT-Sicherheitsforschung begründet.¹⁰⁰ Warum allerdings nicht die Anpassung der Terminologie des § 303a Abs. 1 StGB hin zum Erfordernis „unbefugt“ anstatt „rechtswidrig“ vorgeschlagen wird, wenn die Rechtswidrigkeit nach dem Verständnis des *Entwurfsverfassers* sowieso als Tatbestandsmerkmal zu verstehen sein soll,¹⁰¹ wird nicht angesprochen.¹⁰²

Es wird genauso wenig erwähnt, dass mit einer anderen Ansicht¹⁰³ zur Verortung des Merkmals „rechtswidrig“ im Prüfungsaufbau (auf Rechtswidrigkeitsebene) nur eine rechtfertigende Wirkung von § 202a Abs. 3 StGB-E ausginge, die nach dem Referentenentwurf aber gerade nicht gewollt ist.¹⁰⁴ Mit der expliziten Abstandnahme von der Einrichtung eines bloßen Rechtfertigungsgrundes würde also das Merkmal „rechtswidrig“ in § 202a Abs. 3 StGB-E als allgemeines Verbrechensmerkmal bestätigt.

6. § 202a Abs. 3 StGB-E im Verhältnis zu § 303b StGB – Nichterforderlichkeit von (vorsätzlicher) Datensabotage zur IT-Sicherheitsforschung

Der Referentenentwurf verzichtet darauf, eine Verweisung auf § 202a Abs. 3 StGB-E in § 303b StGB vorzuschlagen, denn die Tatbestandsmäßigkeit und Strafbarkeit des IT-Sicherheitsforschers erschiene angemessen, wenn bei der IT-Sicherheitsforschung eine derartig schwerwiegende Störung verursacht und dies zumindest billigend in Kauf genommen würde.¹⁰⁵ Der *Entwurfsverfasser* erkennt also, dass § 202a Abs. 3 StGB-E systematisch wegen § 303a Abs. 4 StGB-E auch in Fällen einer tatbestandsmäßigen Computersabotage durch Datenveränderung nach § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 303a Abs. 1 StGB („Datensabotage“) griffe und fordert daher die Erforderlichkeit im Rahmen des § 202a Abs. 3 StGB-E abzulehnen und die Tatbestandsmäßigkeit bei datensabotierender IT-Sicherheitsforschung anzunehmen.¹⁰⁶ Dass der *Entwurfsverfasser* § 202a Abs. 3 StGB im Falle des § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 303a Abs. 1, Abs. 4-E StGB pauschal nicht angewendet sehen will, überzeugt. Über den für die IT-Sicherheitsforschung eben nicht charakteristischen Schädigungsvorsatz kann nicht hinweggegangen werden. Es besteht gleichermaßen

ein Strafbedürfnis. Maßgeblich ist insofern stets, ob ein Schädigungsvorsatz besteht, sodass in der Praxis entscheidend wäre, ob das Gericht von einem Schädigungsvorsatz zur Zeit der Zugangsverschaffung überzeugt ist oder nicht (§ 261 StPO).

III. § 202a Abs. 4 StGB-E

Um den eigenartigen Umstand zu beseitigen, dass das Ausspähen von Daten bislang unabhängig davon, ob dadurch besonders schwerwiegende Folgen entstehen oder die Tat aus anderen Gründen einen erhöhten Unrechtsgehalt aufweist, immer denselben Strafrahmen (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, § 202a Abs. 1 StGB) nach sich zieht, schlägt der Referentenentwurf einen neuen § 202a Abs. 4 S. 1 StGB-E vor, der Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren für besonders schwere Fälle des Abs. 1 bereithalten soll. Die Geldstrafe würde, wenn ein höherer Strafrahmen durch einen besonders großen Unwert der Tat angezeigt ist, danach zukünftig ganz ausscheiden und das Maximum der Freiheitsstrafe um zwei Jahre deutlich erhöht sein. Um dem Richter den Maßstab vorzuzeichnen, welche Taten einen erhöhten Unrechtsgehalt mit sich brächten, wird mit § 202a Abs. 4 S. 2 StGB-E ein Katalog von Regelbeispielen vorgeschlagen.

Die vorgeschlagene Strafrahmenerhöhung für besonders schwere Fälle wäre zu begrüßen, obschon freilich jeder neu einzuführenden Strafnorm vor dem Hintergrund des fragmentarischen Charakters des Strafrechts und dem *Ultima-Ratio*-Prinzip mit Skepsis zu begegnen ist. Die Richtigkeit der Neuregelung zeigt sich eindrücklich, wenn die entworfenen Regelbeispiele für besonders schwere Fälle betrachtet werden und deren gemeinsamer Grundgedanke isoliert wird: Ein besonders schwerer Fall soll gemäß § 202a Abs. 4 S. 2 StGB-E in der Regel vorliegen, wenn der Täter (1.) einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt, (2.) aus Gewinnsucht oder gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von solchen Taten verbunden hat¹⁰⁷ oder (3.) durch die Tat die Verfügbarkeit, Funktionsfähigkeit, Integrität, Authentizität oder Vertraulichkeit einer kritischen Infrastruktur¹⁰⁸ oder die Sicherheit der Bundes-

¹⁰⁰ Brodowski/Freiling, Cyberkriminalität, S. 25, sprechen dies bereits aus technischer Perspektive an und weisen darauf hin, dass es für die Ausnutzung einer Schwachstelle der Möglichkeit täterseitig durch eine Eingabe das IT-System zu beeinflussen und in einen Zustand zu bringen, den es sonst nicht gehabt hätte.

¹⁰¹ Siehe Referentenentwurf (Fn. 5), S. 20 m.w.N. zur unterstützten h.M. (Tatbestandsmerkmal) sowie zu einer beachtlichen Mindermeinung (allgemeines Verbrechensmerkmal).

¹⁰² Zur hier vertretenen Auslegung des Merkmals „unbefugt“ im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB siehe: II. 1.

¹⁰³ Siehe hierzu die Nachweise bei: Referentenentwurf (Fn. 5), S. 20.

¹⁰⁴ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

¹⁰⁵ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 20.

¹⁰⁶ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 20.

¹⁰⁷ Diese drei Regelbeispiele entstammen § 303 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB, siehe: Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17.

¹⁰⁸ Hierbei wird im Referentenentwurf (Fn. 5), S. 4, direkt auf den nach dem NIS-2-UmsuCG-E (BT-Drs. 20/13184) anstehenden Austausch des Begriffs der kritischen Infrastrukturen durch den der kritischen Anlagen hingewiesen. Schon bei Anwendung der bisherigen Legaldefinition des Begriffs kritische Infrastruktur im § 2 Abs. 10 S. 1 BSIG wäre die Wesentlichkeit der Daten, zu denen sich Zugang verschafft wird, für die Funktionsfähigkeit der gesamten kritischen Infrastruktur zu fordern gewesen. Würde dies nicht gefordert, würde der Strafrahmensprung, der auf dem Gedanken des Schutzes besonders wichtiger Angriffsziele basiert (vgl. Referentenentwurf, S. 10), eben nicht durch diesen Gedanken gerechtfertigt sein. Es bestünde vielmehr kein erheblicher Unterschied zu einem Angriff auf ein Ziel, das nicht kritische Infrastruktur ist. Ein solcher Fall scheint nach den öffentlich verfügbaren Informationen z.B. bei dem Hacking-Angriff auf den Stromanbieter Tibber gegeben zu sein, bei dem tausende Kundendatensätze gestohlen werden konnten, vgl. Heise Online, Stromanbieter Tibber gehackt, 50.000 deutsche Kunden betroffen, online abrufbar unter: [heise.de/news/Stromanbieter-Tibber-gehackt-50-000-deutsche-Kunden-betroffen-10030864.htm](https://www.heise.de/news/Stromanbieter-Tibber-gehackt-50-000-deutsche-Kunden-betroffen-10030864.htm) (zuletzt abgerufen am 30.11.2024).

republik Deutschland oder eines ihrer Länder beeinträchtigt. Gemeinsam haben alle insgesamt elf¹⁰⁹ Regelbeispiele, dass ein besonders hoher Unrechtsgehalt einer Tat zu vermuten ist, die unter die genannten oder vergleichbare Fälle zu subsumieren wäre, weil die *Tat auf die Beschädigung oder Zerstörung eines anderen und nicht nur die bloße Beeinträchtigung gerichtet* wäre.¹¹⁰ In Taten, die sich durch die beschriebene *Destruktivität* auszeichnen, liegt nach Ansicht des *Entwurfsverfassers* typischerweise ein Unrechtsgehalt, der sich wesentlich von nicht mit den vorgeschlagenen Regelbeispielen vergleichbaren Fällen abhebt, sodass er sich auch im Strafmaß abzeichnen sollte.¹¹¹

1. § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB-E

Für den Vermögensverlust großen Ausmaßes (§ 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB-E), soll die bestehende Rechtsprechung¹¹² grundsätzlich fortzuführen sein.¹¹³ Eine Korrektur der Rechtsprechung wird jedoch für Fälle ausdrücklich gewünscht, in denen sich erst durch die Betroffenheit einer Vielzahl von Opfern der Vermögensverlust großen Ausmaßes als Gesamtschaden ergibt.¹¹⁴ Begründet wird dies mit dem Unrecht, das in diesen Fällen gleichermaßen so nennenswert erhöht sein soll, dass ein erhöhter Strafrahmen gerechtfertigt erschiene und daher ein *unbenannter* besonders schwerer Fall anzunehmen sein müsse.¹¹⁵ Es ist zwar noch nachvollziehbar, dass es auf den Gesamtschaden, nicht den Schaden beim Einzelnen ankommen soll, immerhin ist das Unrecht der Tat nur verteilt, jedoch dadurch nicht insgesamt geringer. Dennoch mutet der Ansatz des Referentenentwurfs in der vorliegenden Verfassung komisch an, die Rechtsprechung, die den großen Vermögensverlust bei einem einzelnen Opfer fordert, einerseits zu billigen, dann aber ausdrücklich einen unbenannten besonders schweren Fall vorwegzunehmen und so eine alternative Auslegung des Regelbeispiels zu fordern. Es ist nicht verständlich, aus welchen Gründen das Merkmal des Vermögensverlusts großen Ausmaßes anders zu verstehen sein sollte als in den Vorschriften, die immerhin als Vorbild gedient haben (insbesondere § 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB). Vorzugswürdig wäre es, stattdessen einen gesetzlichen Regelungsvorschlag zu machen, der dem gewünschten Ergebnis vom Wortlaut her entspricht. Damit würde die Rechtsprechung durch eine im Gesetzeswortlaut verankerte demokratisch legitimierte gesetzgeberische Grundentscheidung gebunden, Art. 20 Abs. 2 S. 2, 103 Abs. 2 GG.¹¹⁶

¹⁰⁹ Die Verfügbarkeit, Funktionsfähigkeit, Integrität, Authentizität oder Vertraulichkeit einer kritischen Infrastruktur sind alle eigenständige Schutzgüter und damit die Beeinträchtigung jedes einzelnen eine Tatbegehungsvariante.

¹¹⁰ Vgl. Referentenentwurf (Fn. 5), S. 18. Siehe zur Destruktivität als Kennzeichen von Taten nach § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E ausführlich: III. 3. a).

¹¹¹ Vgl. Referentenentwurf (Fn. 5), S. 18.

¹¹² Was unter einem Vermögensverlust großen Ausmaßes zu verstehen ist, hat die Rechtsprechung mit Blick auf § 263 Abs. 3 Nr. 2 Alt. 1 StGB ausgelegt. Siehe dazu exemplarisch: *BGH*, NJW 2004, 169 (170).

¹¹³ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 18, verweist dafür weiter auf BT-Drs. 16/3656, S. 14, wo wiederum auf die Übertragung der Regelbeispiele aus anderen Vorschriften in § 303b Abs. 4 StGB beschrieben wird.

2. § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB-E

Ein besonders schwerer Fall soll auch bei gewinnstüchtigem Handeln vorliegen, § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB-E. Wann genau Gewinnsucht vorliegen würde, wird im Referentenentwurf indes nicht erklärt. Der *Entwurfsverfasser* gibt lediglich den Hinweis, dass eine einfache Bereicherungsabsicht regelmäßig gegeben und deshalb mit einem Gewinnstreben in einem ungewöhnlichen, ungesunden und sittlich anstößigen Maß, mithin Gewinnsucht, für die Strafrahmenerhöhung zu fordern sei.¹¹⁷ Anders als bei dem im Referentenentwurf¹¹⁸ angesprochenen § 283 Abs. 1 bis Abs. 3 StGB hat eine nach § 202a Abs. 1 StGB tatbestandsmäßige Handlung allerdings keinen *unmittelbaren Vermögensbezug*. Eine Bereicherung steht für den Täter erst dann in Aussicht, wenn der tatbestandsmäßig gemäß § 202a Abs. 1 StGB verschaffte Zugang zu den Daten weiter, z.B. für die Veränderung dieser (§ 303a Abs. 1 StGB, durch eine weitere Handlung, praktisch v.a. durch Verschlüsselung),¹¹⁹ ausgenutzt wird, um sodann eine Erpressung (§ 253 Abs. 1 StGB, z.B. auf Basis der verlorenen faktischen Zugriffsmöglichkeit des Opfers auf den Informationsgehalt der betroffenen Daten) folgen zu lassen. Erst die Erpressung hat einen direkten Vermögensbezug. Damit muss es für gewinnstüchtiges Ausspähen von Daten ausreichen, dass das letzte Ziel eine vermögensmäßige Bereicherung ist, für die das Ausspähen von Daten Mittel zum Zweck ist.

Auf gewerbsmäßiges Handeln als das Regelbeispiel nach § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB-E wird im gesamten Referentenentwurf nicht weiter eingegangen. Insofern äußert der *Entwurfsverfasser* sich weder bestätigend (anders bei der schon besprochenen Gewinnsucht und beim sogleich zu erörternden Bandenbegriff) noch ablehnend mit Blick auf die bisherige Auslegung des Rechtsbegriffs durch die Rechtsprechung.

Die dritte Variante des § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB-E erfasst die Begehung als Mitglied einer Bande. Zwar ist der Gedanke nachvollziehbar, dass ein *unbenannter* besonders schwerer Fall wegen einer möglicherweise erheblich erhöhten Organisationsgefahr anzunehmen sein soll, wenn es an der Dauerhaftigkeit eines Bandenzusammenschlusses und damit am Regelbeispiel nach § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 Var. 3 StGB-E fehlt, weil der Zusammenschluss nur für eine einzige Tat oder nur mehrere ganz bestimmte Taten gilt.¹²⁰ Allerdings ist der Ansatz, einen unbenannten

¹¹⁴ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 18. Die Addition vieler kleiner Vermögensschäden zu einer Bereicherung großen Ausmaßes auf Täterseite lässt der *BGH* bislang unberücksichtigt, siehe etwa: *BGH*, NSTz 2011, 401 (402).

¹¹⁵ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 18.

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 54, 277 (298 f.); 96, 375 (394 f.).

¹¹⁷ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 19 (m.w.N. zum Begriff Gewinnsucht). Die hier verwendete Definition entstammt: BT-Drs. 7/3441, S. 37 mit Verweis auf *BGH*, GA 1953, 154.

¹¹⁸ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 19.

¹¹⁹ Siehe zum Verhältnis von § 202a Abs. 1 StGB und § 303a Abs. 1 StGB: III. 3. b) bb) (3).

¹²⁰ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 18.

besonders schweren Fall schon in der Normbegründung vorzuschlagen, wie schon mit Blick auf § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB-E erörtert, abzulehnen. Es bleibt ein sonderbarer Vorschlag seitens des *Entwurfsverfassers*, nicht das im Katalog zu regeln, was als so besonders strafwürdig erachtet wird, dass im Referentenentwurf ausdrücklich erörtert wird, § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 Var. 3 StGB-E solle gerade solche Fälle auch erfassen.

3. § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E – Schutz kritischer Infrastrukturen

Die Regelbeispiele nach § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 Var. 1-5 StGB-E setzen die Beeinträchtigung einer kritischen Infrastruktur voraus. Indem der *Entwurfsverfasser* das Tatobjekt kritische Infrastruktur wählt und verschiedene Beeinträchtigungsvarianten beschreibt, formuliert er erstmalig ein vom Vorbildkatalog des § 303b Abs. 4 S. 2 StGB abweichendes Regelbeispiel. Schon aufgrund dieser Abweichung ist § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E genauer unter die Lupe zu nehmen.

a) Destruktivität als Kennzeichen von Taten nach § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E wie auch nach § 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB

Die Beeinträchtigung der Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern oder Dienstleistungen aus § 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB soll laut dem Referentenentwurf deshalb nicht in § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E übertragen werden, weil es bei den Grunddelikten der §§ 202a, 202b StGB an der Zielrichtung der Tathandlung auf die Zerstörung oder Beeinträchtigung anderer fehle.¹²¹ Das Argument überzeugt allerdings nicht, weil die vom *Entwurfsverfasser* bei §§ 202a, 202b StGB vermisste Zielrichtung auf die Zerstörung oder Beeinträchtigung anderer nur bei bloß grundtatbestandlichem Verhalten fehlen kann, aber doch gerade gegeben wäre, wenn ein Fall des § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E vorläge, denn dafür müsste eben eine Beeinträchtigung einer kritischen Infrastruktur in einer der genannten Formen gegeben sein. Insofern wurde mit § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E nur ein anderes Regelbeispiel formuliert, das seinerseits aber ebenso wie § 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB destruktives Verhalten voraussetzt. Dass es im Grundtatbestand nicht auf eine Schädigung ankommt, ist insofern unerheblich. Außerdem wollte der frühere Gesetzgeber mit § 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB gerade vor Angriffen auf die (überwiegend elektronisch stattfindenden) Verfahrensabläufe in *besonders schützenswerten Infrastrukturen*, z.B. öffentlichen Versorgungswerken und Krankenhäusern,¹²²

schützen. So beschrieb er bereits 2007 mit anderen Worten *kritische Infrastrukturen*. Die vorgeschlagene Differenzierung zwischen § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E und § 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB ist mithin abzulehnen.

b) Beeinträchtigung der Verfügbarkeit, Funktionsfähigkeit, Integrität, Authentizität oder Vertraulichkeit einer kritischen Infrastruktur

Gegenstand der Beeinträchtigung durch die Tat, also die Zugangsverschaffung im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB, muss nach dem Referentenentwurf die Verfügbarkeit, Funktionsfähigkeit, Integrität, Authentizität oder Vertraulichkeit des spezifischen Tatobjekts kritische Infrastruktur sein. Damit stellen sich zwei Fragen: (aa) Welche Objekte sind als kritische Infrastrukturen im Sinne des § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E zu subsumieren? (bb) Wie sollte strafrechtlich mit der Beeinträchtigung der Vertraulichkeit umgegangen werden?

aa) Kritische Infrastrukturen gemäß § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E

Für den Begriff der kritischen Infrastruktur wird im Referentenentwurf auf die Legaldefinition im BSIG¹²³ abgestellt.¹²⁴ § 2 Abs. 10 S. 1 BSIG definiert (nach dessen Wortlaut zunächst nur für das BSIG) kritische Infrastrukturen als Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon, die (Nr. 1) einem der acht genannten Sektoren angehören und (Nr. 2) von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden. Eben diese erkannte besondere Wichtigkeit für das Funktionieren der Gesellschaft ist der Grund, warum die kritischen Infrastrukturen nun strafrechtlich besonders geschützt werden sollen.¹²⁵

Wenn die Kritikalität einer ungestörten Funktionsfähigkeit mancher Infrastrukturen einerseits der Strafgrund ist,¹²⁶ von dem ausgehend die Strafrahmenerhöhung gerechtfertigt sein soll, müsste § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E aus diesem Grunde andererseits teleologisch auf die Fälle reduziert werden, in denen tatsächlich ein *Funktionszusammenhang* zwischen den ausgespähten Daten und der Erbringung einer kritischen Dienstleistung besteht, wenn dies nicht ohnehin schon der Fall wäre. Dass diese Beschränkung bereits normseitig besteht, ergibt sich hieraus: Für Anlagen im Sinne der BSI-KritisV ist es gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 BSI-KritisV und damit über §§ 2 Abs. 10 S. 1, S. 2, 10 Abs. 1 BSIG auch im Sinne des BSIG und schließlich im Sinne des an das BSIG anknüpfenden § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E erforderlich,¹²⁷

¹²¹ Siehe zur Argumentation: Referentenentwurf (Fn. 5), S. 17 f., 19. BT-Drs. 16/3656, S. 14 (Herv. d. Verf.).

¹²² BSI-Gesetz vom 14. August 2009 (BGBl. I, S. 2821).

¹²³ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 4, 19.

¹²⁴ Siehe: Referentenentwurf (Fn. 5), S. 19. Die a.a.O. beispielhaft genannten Krankenhäuser, Kernkraftwerke, Flughäfen oder Banken sind nach §§ 2 Abs. 10 S. 1, S. 2, 10 Abs. 1 BSIG in Verbindung mit der BSI-KritisV nicht zwingend, sondern nur dann kritische Infrastrukturen im Sinne des § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E, wenn sie im Einzelfall über den relevanten Schwellenwerten nach dem § 2 Abs. 10 S. 1, S. 2, 10 Abs. 1 BSIG in Verbindung mit der BSI-KritisV.

¹²⁵ Siehe dazu insbesondere nochmals: Referentenentwurf (Fn. 5), S. 9.

¹²⁶ Diese Verweisungskette mit Ende bei der BSI-KritisV, wirft die üblichen Probleme rund um Blankettstrafatbestände auf (siehe hierzu etwa: *Schmitz*, in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 70 ff.). Dabei besteht das besonders schwierige Problem, dass die Schwellenwerte für kritische Infrastrukturen in einer Verordnung, der BSI-KritisV, geregelt sind, also nicht gesetzlich. Eine etwaige Verweisung dürfte nach der Rechtsprechung des *BVerfG* vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG nur dann dynamischer Natur sein, wenn der Verordnung lediglich die Funktion der Konkretisierung des Straftatbestandes, aber nicht die Grundentscheidung über die Pönalisierung eines Verhaltens zukommt (*BVerfG*, NJW 2016, 3648 Rn. 47 m.w.N.).

dass sie für die Erbringung einer kritischen Dienstleistung notwendig sind.¹²⁸ Sie müssen insofern selbst kritisch für die Erbringung der kritischen Dienstleistung durch die kritische Infrastruktur sein.

In seiner zu erwartenden Fassung entsprechend dem aktuellen Entwurf des NIS-2-UmsuCG würde das BSIG zukünftig nicht mehr auf den Begriff der kritischen Infrastruktur abstellen, sondern auf den der kritischen Anlage, § 2 Nr. 22 BSIG-E. § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E wäre dahingehend anzupassen.¹²⁹ Damit wären diese auch strafrechtlich nach dem BSIG in der zukünftigen Fassung bzw. wegen § 56 Abs. 4 S. 1 BSIG-E nach den Detailregeln der entsprechenden Rechtsverordnung zu bestimmen.

bb) Problemfall: Beeinträchtigung der Vertraulichkeit einer kritischen Infrastruktur

(1) Eigener Bedeutungsgehalt der Vertraulichkeitsbeeinträchtigung zulasten einer kritischen Infrastruktur erschöpft sich gegenüber § 202a Abs. 1 StGB im Tatobjekt der kritischen Infrastrukturen

In seinem Urteil, in dem das BVerfG erstmals das Grundrecht auf Integrität und *Vertraulichkeit* informationstechnischer Systeme (als Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) besprach, ging das BVerfG davon aus, dass bereits mit dem Eindringen in ein IT-System der wichtigste Schritt auf dem Weg, das gesamte IT-System auszuspähen, gemacht ist, sodass bereits damit eine Gefahr für die in den Daten enthaltenen Informationen in diesem IT-System besteht und die Vertraulichkeit berührt ist.¹³⁰ Diesen Gedanken ins Strafrecht übertragen, ist mit jedem Ausspähen von Daten gemäß § 202a Abs. 1 StGB die Vertraulichkeit des betroffenen IT-Systems verletzt, weil die Wahrung der Vertraulichkeit der Daten bzw. der mit ihnen dargestellten Informationen der Gegenstand des geschützten formellen Verfügungsrechtes ist.¹³¹

Ein Angriff auf die Vertraulichkeit kritischer Infrastrukturen ist daran anschließend im Falle des Ausspähens von Daten gegeben, wenn sich dieses Ausspähen auf Daten bezieht bzw. der Zugang zu solchen Daten besteht,¹³² welche für die Erbringung der kritischen Dienstleistung notwendig sind. Dies entspricht dem Gedanken der §§ 2 Abs. 10 S. 1, S. 2, 10 Abs. 1 BSIG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 1 BSI-KritisV. Der fehlende eigene Bedeutungsgehalt der Vertraulichkeit im Rahmen des Regelbeispiels gegenüber dem Grundtatbestand, ist wohl gleichsam vom *Entwurfsverfasser* gewollt, denn dieser nahm bei Taten nach § 202a StGB (und § 202b StGB) weder eine grundsätzliche Destruktivität des Täterverhaltens an,¹³³

noch ging er weiter darauf ein, wie sich die Vertraulichkeit einer kritischen Infrastruktur von der Vertraulichkeit ihrer Daten unterscheiden soll.

Demgegenüber käme es bei den Varianten des § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E, namentlich der Beeinträchtigung von Verfügbarkeit, Funktionsfähigkeit, Integrität oder Authentizität, *nicht allein* auf die Frage an, ob eine kritische Infrastruktur Tatobjekt wäre. Diese Verletzungsformen sind nicht zwingend mit jeder Zugangsverschaffung gegeben, sondern haben einen eigenständigen Bedeutungsgehalt. Dies ist indes unschlüssig, weil es auf diesen eigenen Bedeutungsgehalt gar nicht mehr ankommt, wenn mit Bejahung der ersten Variante schon der erhöhte Strafraumen eröffnet sein kann.

(2) Erarbeitung eines alternativen Regelungsvorschlags
Der *Entwurfsverfasser* formulierte zudem, nicht erst die Beeinträchtigung, sondern schon die *Gefährdung* kritischer Infrastruktur sollte einen erhöhten Strafraumen zur Folge haben.¹³⁴ Damit muss *jede* Gefährdung sein, also auch eine *abstrakte*. Dies erscheint zweckmäßig, denn mit der Pönalisierung bereits der abstrakten Gefährdung einer kritischen Infrastruktur geht ein besserer, weil umfangreicher, strafrechtlicher Schutz einher, der auch der Bedeutung des Rechtsguts „Funktionsfähigkeit kritischer Infrastrukturen“ gerecht wird. Somit ist die Formulierung des § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E im Referentenentwurf, mit der eine *Beeinträchtigung* eines der genannten Rechtsgüter im Zusammenhang mit kritischer Infrastruktur gerade Voraussetzung werden soll, *unzweckmäßig*. Die im Referentenentwurf betonte Verletzlichkeit kritischer Infrastrukturen, die sich bei schädigenden Zugriffen in der Vergangenheit gezeigt hat, wird besser berücksichtigt, wenn für die Strafraumenerhöhung keine Beeinträchtigung erforderlich, sondern es bereits genügt, dass überhaupt eine kritische Infrastruktur zum Tatobjekt wird. Deshalb wird vorgeschlagen, den Referentenentwurf wie folgt zu fassen:

(4) In besonders schweren Fällen des Absatzes 1 ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter [...]

3. mit der Tat *eine kritische Infrastruktur trifft* oder

4. die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder beeinträchtigt.

Bei Umsetzung des hier noch vorzutragenden¹³⁵ Änderungsvorschlags zur Anpassung des § 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB an § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E bedürfte

¹²⁸ § 1 Abs. 2 S. 1 BSI-KritisV bestimmt wiederum, dass einer Anlage alle vorgesehenen Anlagenteile und Verfahrensschritte zuzurechnen sind, die zum Betrieb notwendig sind, sowie Nebeneinrichtungen, die mit den Anlagenteilen und Verfahrensschritten in einem betriebstechnischen Zusammenhang stehen und die für die Erbringung einer kritischen Dienstleistung notwendig sind. Nach § 1 Abs. 2 S. 1 BSI-KritisV gelten mehrere Anlagen derselben Kategorie, die durch einen betriebstechnischen Zusammenhang verbunden sind, als gemeinsame Anlage, wenn sie gemeinsam zur Erbringung derselben kritischen Dienstleistung notwendig sind.

¹²⁹ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 4, 19.

¹³⁰ Vgl. BVerfGE 120, 274 (308).

¹³¹ Siehe Fn. 13 zum formellen Verfügungsrecht als Schutzgut des § 202a Abs. 1 StGB.

¹³² Siehe: III. 3. b) aa).

¹³³ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 18.

¹³⁴ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 2.

¹³⁵ Siehe dazu sogleich: (3).

es keiner Strafschärfung in § 202a StGB (z.B. mittels eines neuen Abs. 5 in § 202a StGB) für Fälle, in denen nicht nur die Vertraulichkeit einer kritischen Infrastruktur durch das Ausspähen von Daten berührt ist, sondern darüber hinausgehend ein größeres Unrecht verwirklicht ist, weil noch deren *Funktionsfähigkeit beeinträchtigt* ist (auf was es im Rahmen der hier vorgeschlagenen Fassung eines § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB nicht ankäme).

(3) *Einfügung des hiesigen Regelungsvorschlags in das übrige Computerstrafrecht in der Fassung des Referentenentwurfs und Änderungsvorschlag zu § 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB*

Dass der soeben vorgestellte Regelungsvorschlag eines alternativen neuen § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E gegenüber dem Referentenentwurf vorzugswürdig ist, zeigt sich wie folgt: § 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB könnte, wenn er wie § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E auf den Schutz kritischer Infrastrukturen gerichtet würde (ein Neuregelungsvorschlag zu § 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB folgt am Ende dieses Abschnitts), die Auswirkungen einer Zugangsverschaffung auf die Funktionsfähigkeit kritischer Infrastruktur in Verbindung mit §§ 303b Abs. 4 S. 1, Abs. 1, 303a Abs. 1 StGB erfassen. Technisch muss schließlich immer auch eine Datenveränderung stattfinden, um den Zugang zu Daten zu erlangen (Tathandlung in § 202a Abs. 1 StGB),¹³⁶ wobei diese beim Hacking jedoch durch das Ausspähen von Daten konsumiert wird.¹³⁷ So kann an § 303a Abs. 1 StGB wegen der juristischen Handlungseinheit im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB bereits angeknüpft werden, ohne dass es einer weiteren Handlung nach der Zugangsverschaffung¹³⁸ bedürfte.

Zudem setzt § 303b Abs. 1 StGB grundtatbestandlich eine *Störung*, mithin eine (erhebliche) Beeinträchtigung der Datenverarbeitung, nicht nur eine Gefährdung,¹³⁹ voraus, sodass die Störung freilich Vorfrage des § 303b Abs. 4 S. 1 StGB ist. Gegenüber der hier vorgeschlagenen Fassung des § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB erscheint die bei § 303b Abs. 4 S. 1, S. 2 Nr. 3 StGB wesentlich höhere maximale Strafe von zehn Jahren Freiheitsstrafe gegenüber maximal fünf Jahren Freiheitsstrafe in § 202a Abs. 4 S. 1 StGB-E für Fälle erheblicher Störungen und damit einhergehenden Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Tatobjekts gerechtfertigt.

§ 303b Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB sollte deshalb wie folgt lauten:

¹³⁶ Technisch gesehen bedarf es für jede Zugangsverschaffung zu Daten, immer einer Eingabe, um eine Zustandsveränderung durch Veränderung der Bits im anvisierten IT-System herbeizuführen, welche zwingend notwendig stattfinden muss, damit der Eingebende den Zugang zu den im IT-System gespeicherten Daten erlangen kann, den er beim vorigen Zustand des IT-Systems gerade noch nicht hatte und ihn eben erst erlangen musste, vgl.: *Brodowski/Freiling*, Cyberkriminalität, S. 25.

¹³⁷ Dass es jede Zugangsverschaffung technisch notwendig eine Datenveränderung bedeutet, ist ein noch engerer Zusammenhang als die grundsätzlich erforderliche kriminologisch typische Mitverwirklichung. Zudem ist der Strafrahmen des § 303a Abs. 1 StGB mit maximal zwei Jahren Freiheitsstrafe niedriger angesetzt als der des § 202a Abs. 1 StGB mit maximal drei Jahren Freiheitsstrafe. Insofern liegen die Voraussetzungen der Konsumtion vor. Siehe zu den Voraussetzungen: *Fischer*, StGB, Vorb. § 52 Rn. 43.

Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter [...]

3. durch die Tat *eine kritische Infrastruktur* oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt.

4. *Fehlende Strafbarkeit des Versuchs besonders schwerwiegender Taten nach §§ 202a Abs. 1, 202b StGB trotz Strafwürdigkeit – Änderungsvorschlag: § 202a Abs. 4 StGB-E als Qualifikation mit eigener Versuchsstrafbarkeit*

In § 202a Abs. 4 S. 1 StGB-E soll zwar für die Vollen- dung geregelt werden, dass in besonders schweren Fällen des Ausspähens von Daten gemäß § 202a Abs. 1 StGB eine höhere Strafe zu verhängen sein würde. Das Argument dafür ist, Taten, die sich durch die Verwirklichung eines der Regelbeispiele (§ 202a Abs. 4 S. 2 StGB-E) kennzeichnen und von einfachen abheben, könnten so angemessen geahndet werden.¹⁴⁰ Besonders betont wird dies für das immer professionellere Agieren in fremden Daten- systemen bei Angriffen auf kritische Infrastrukturen.¹⁴¹ Gleichsam mangelt es im Referentenentwurf an einem Regelungsvorschlag zur Strafbarkeit des Versuchs eines Ausspähens oder Abfangens von Daten unter den im Re- ferentenentwurf als Regelbeispiele besonders schwerer Fälle angebrachten Umständen. Dies scheint nicht sach- gerecht zu sein, insbesondere im Hinblick auf den Schutz kritischer Infrastrukturen. Die gewachsene Bedeutung der IT-Sicherheit für die kritischen Infrastrukturen und deren Verletzlichkeit, die sich bei schädigenden Zugriffen in der Vergangenheit gezeigt hat, soll nach dem Referentenent- wurf immerhin eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren gebieten.¹⁴² Umso inkonsequenter wirkt es, dass der Versuch einer derartigen Tat wegen § 12 Abs. 3 StGB i.V.m. §§ 12 Abs. 2, 23 Abs. 1 StGB keinerlei Straf- barkeit unterliegt. Es könnte nur nach § 202c StGB be- straft werden, jedoch *de lege lata* und nach dem Referen- tenentwurf ohne Berücksichtigung besonderer Umstände für die Festlegung des Strafrahmens.¹⁴³

Weil es nicht der sonstigen Regelungssystematik des StGB entsprechen würde, ist nicht nur der Versuch eines besonders schweren Falles zu pönalisieren. Stattdessen ist es vorzugswürdig, § 202a Abs. 4 StGB-E als Qualifika- tion auszugestalten, um im Einklang mit der Regelungs- systematik und -methodik des übrigen StGB allein für die Qualifikation¹⁴⁴ eine eigenständige Versuchsstrafbarkeit

¹³⁸ Z.B. Verschlüsselung der gespeicherten Daten.

¹³⁹ So soll es bei § 202a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB sein, siehe oben: III. 3. a) bb) (2).

¹⁴⁰ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 9.

¹⁴¹ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 9.

¹⁴² Referentenentwurf (Fn. 5), S. 9.

¹⁴³ § 202c StGB soll nach dem Referentenentwurf zukünftig nicht auch auf § 202a Abs. 4 StGB-E verweisen, vgl. Referentenentwurf (Fn. 5), S. 9.

¹⁴⁴ Für Qualifikationen als echte Tatbestände gilt § 12 Abs. 3 StGB freilich nicht.

einführen zu können. Die Versuchsstrafbarkeit mit Blick auf § 202a Abs. 4 StGB-E sollte in einem Abs. 5 in § 202a StGB und in einem Abs. 4 in § 202b StGB eingefügt werden.¹⁴⁵

Zuletzt ließe sich überlegen das (relative) Strafantragserfordernis nach § 205 Abs. 1 S. 2 StGB auf den Grundtatbestand des § 202a Abs. 1 StGB beschränkt und das qualifizierte Ausspähen oder Abfangen von Daten als Offizialdelikt eingestuft werden sollte. Dies könnte damit begründet werden, dass die qualifizierenden Umstände – ähnlich wie bei § 224 Abs. 1 StGB gegenüber § 223 Abs. 1 StGB (vgl. das Strafantragserfordernis § 230 Abs. 1 S. 1 StGB) – stets ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung mit sich brächten. Es wäre für das StGB dabei sogar typisch, ein Offizialdelikt zu normieren, obwohl der Strafrahmen nur bei Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren liegt. Das gilt nicht nur, wenn ein Rechtsgut der Allgemeinheit zu schützen ist,¹⁴⁶ oder wenn zuerst ein Kollektivrechtsgut und dazu auch Individualrechtsgüter,¹⁴⁷ sondern auch wenn ausschließlich individualschützende Strafvorschriften, die Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren androhen, oft keinen Strafantrag.¹⁴⁸

IV. Verzicht auf Änderung des § 202c StGB im Referentenentwurf – Vorschlag einer Erweiterung

Wie im Referentenentwurf argumentiert, würde der Wegfall der Unbefugtheit im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB für den Fall der IT-Sicherheitsforschung (§ 202a Abs. 3 StGB-E) durch die Verweisung von § 202c StGB auf § 202a und § 202b StGB unbillige Strafbarkeitsrisiken für IT-Sicherheitsforscher auch im Vorbereitungsstadium einer Tat verhindern und daher auf einen Vorschlag zur Anpassung des § 202c StGB verzichtet.¹⁴⁹ Eine Anpassung des § 202c StGB wäre jedoch angezeigt, wenn dem hier unterbreiteten Vorschlag gefolgt würde, § 202a Abs. 4 StGB-E als Qualifikation auszugestalten.¹⁵⁰ Die Vorbereitung der Qualifikation sollte dann in einem neuen Abs. 3 in § 202c StGB mit höherer Strafe bedroht sein, als die Vorbereitung der Grunddelikte des Ausspähens oder des Abfangens von Daten.¹⁵¹

V. Der Status quo des Computerstrafrechts als (unge-nügende) Alternative

Im Referentenentwurf wird einzig die Beibehaltung des Status quo als denkbare Alternative genannt und sofort auf

die vom *Entwurfsverfasser* angenommene Mangelhaftigkeit sowohl im Hinblick auf die IT-Sicherheitsforschung als auch auf besonders schwerwiegende Angriffe hingewiesen. Dieser Hinweis ist in beiden Hinsichten richtig: Zunächst ist der Hinweis auf Rechtsunsicherheiten bei der IT-Sicherheitsforschung *ohne Auftrag* korrekt, weil sich die Strafflosigkeit *de lege lata* überhaupt nur aus einer Rechtfertigung wegen Notstandes gemäß § 34 StGB ergeben könnte. Dahingehend stellen sich allerdings – wie erwähnt¹⁵² – große rechtliche Probleme hinsichtlich sowohl der notwendigen Notstandslage als auch der Notstandshandlung, die letztlich bislang Unklarheit über die Rechtslage für den einzelnen IT-Sicherheitsforscher nach sich ziehen. Die im Referentenentwurf zudem kritisierte Mangelhaftigkeit der aktuellen Rechtslage hinsichtlich der intensiveren Bestrafung von Hacking mit besonders schweren Folgen oder auf besonders relevante Ziele, liegt freilich auf der Hand.

VI. Fazit

Auch wenn der vorgeschlagene Referentenentwurf nach der Auflösung des 20. Deutschen Bundestages am 27.12.2024¹⁵³ und der Neuwahl vom 23.2.2025 dem Grundsatz der sachlichen Diskontinuität¹⁵⁴ zum Opfer fällt, bleibt die zugrundeliegende Idee eines Strafbarkeitsausschlusses für IT-Sicherheitsforscher weiterhin unbedingt zu befürworten. Die Bemühungen eigeninitiativer IT-Sicherheitsforscher sind schließlich ein wichtiges Zahnrad in einem (möglichst) funktionstauglichen Uhrwerk der Abwehr von Cybergefahren. Dass die im Referentenentwurf prognostizierte Entlastung der Gerichte kaum von wesentlicher Bedeutung sein wird – deutschlandweit kam es im Jahr 2023 nur 169 Aburteilungen hinsichtlich der §§ 202a ff., 303a f. StGB, davon 86 nach § 202a StGB¹⁵⁵ – kann aus rechtspolitischen Gründen vernachlässigt werden.

Käme es zukünftig noch einmal zu einem Vorhaben der Entkriminalisierung der IT-Sicherheitsforschung, sollte sich begleitend auf europäischer Ebene bemüht werden, das Urheberrecht eine unionsrechtliche Klärung möglicher Ausnahmetatbestände betreffend der IT-Sicherheitsforschung anzustoßen und so strafrechtliche Restrisiken für IT-Sicherheitsforscher final aus der Welt zu schaffen, anstatt ihnen unter Umständen nur mit strafprozessualen Mitteln begegnen zu können.

¹⁴⁵ So könnte man beim vorgeschlagenen Strafrahmen verbleiben, ohne für die Folge der automatischen Versuchsstrafbarkeit (§ 23 Abs. 1 StGB) einen noch höheren Verbrechensstrafrahmen (§ 12 Abs. 1) installieren zu müssen.

¹⁴⁶ So halten die §§ 80a, 83 Abs. 2, 84 Abs. 1 S. 1, 89c Abs. 5, 106 Abs. 1, 109 Abs. 1, 109e Abs. 1, 109h Abs. 1, 114 Abs. 1, 121 Abs. 1, 130 Abs. 1, 145d Abs. 3, 153, 174 Abs. 1 S. 1, S. 2, Abs. 2 S. 1, S. 2, 271 Abs. 3, 275 Abs. 2, 276 Abs. 2, 284 Abs. 3, 312 Abs. 1, 318 Abs. 1, 334 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB den gleichen Strafrahmen bereit.

¹⁴⁷ Dies sind die §§ 184b Abs. 1 S. 2, 344 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 356 Abs. 1 StGB

¹⁴⁸ Zu nennen sind hierzu die §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1, 174c Abs. 1, 176b Abs. 1, 184b Abs. 3, 184c Abs. 2, 188 Abs. 2 Alt. 1, 221 Abs. 1, 232a Abs. 6, 261 Abs. 4, 340 Abs. 1, 345 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 353 Abs. 1 StGB.

¹⁴⁹ Referentenentwurf (Fn. 5), S. 9.

¹⁵⁰ Siehe bereits oben III. 4.

¹⁵¹ Dies steht freilich unter der Prämisse, dass ein zukünftiger Gesetzgeber überhaupt an der umstrittenen (siehe dazu: IV.) Vorbereitungsstrafbarkeit festhalten wollen würde.

¹⁵² Siehe bereits oben II. 2. a) aa).

¹⁵³ BT-Drs. 20/14400.

¹⁵⁴ Siehe dazu: Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL (08/2024), Art. 39 Rn. 58.

¹⁵⁵ Destatis, Statistischer Bericht Strafverfolgung 2022 (EVAS-Nummer 24311), Abschnitt 24311-05: Abgeurteilte und Verurteilte in Deutschland nach Art der Straftat und Altersgruppen – Langfassung. Bemerkenswerterweise wird die geringe praktische Relevanz sogar im Referentenentwurf beschrieben (Referentenentwurf, S. 15 m.w.N.).

Eine Strafschärfung für besonders schwerwiegende Taten des Ausspähens oder Abfangens von Daten erscheint gerechtfertigt. Gleichwohl sollte zumindest die Form überdacht werden.

Der Referentenentwurf bietet mithin einen Ausgangspunkt für eine weitere juristische Diskussion rund um die

Verbesserung des Computerstrafrechts. Allerdings bedarf es noch einiger Nachbesserungen, um ein stimmiges Computerstrafrechtsregime zu installieren.

Eine Theorie der Integrität der Strafrechtspflege

Die Dekonstruktion des „Vertrauens der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten in die Integrität der Strafrechtspflege“ anlässlich des § 32 GVG-E

von Wiss. Mit. Bedirhan Erdem, LL.M. (Bilkent), LL.M. (HU Berlin) *

Abstract

Das Strafprozessrecht steht unter Leistungsdruck. Gewünscht wird ein faires, effektives, funktionstüchtiges und zunehmend auch ein „integres“ Strafverfahren. Den Beweis der effizienten Gewährleistung prozeduraler Gerechtigkeit muss die Strafrechtspflege laufend neu erbringen, damit kein Teil der Gesellschaft ernsthaft befürchten muss, dass Schuldige den Gerichtssaal auf freiem Fuß verlassen oder zu Unrecht übermäßig bestraft sowie Unschuldige verurteilt werden. Die rechtspolitische Dimension des Strafverfahrens reicht über die bloße Summe seiner gesetzlichen Regelungen hinaus. Dies zeigt sich besonders in der 5. GVG-Novelle, die das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Strafrechtspflege als normatives Ziel anerkennt. Diese Entwicklung wirft jedoch die grundsätzliche Frage auf, ob das Strafverfahrensrecht dazu bestimmt ist, gesellschaftliche Erwartungen und politische Wahrnehmungen zu erfüllen, oder ob es sich primär an objektiven rechtsstaatlichen Maßstäben orientieren sollte. Diese Arbeit dekonstruiert diesen rechtspolitischen Ansatz und postuliert, dass das Strafverfahrensrecht nicht den gesellschaftlichen Erwartungshaltungen unterworfen sein darf, sondern stets eine distanzierte Position einnehmen sollte. Denn das Strafprozessrecht vermag den politisch geprägten Wahrnehmungen der Öffentlichkeit keinen rechtsstaatlich fundierten Schutzrahmen zu bieten und darf sich nicht an deren Schwankungen ausrichten.

The law of criminal procedure is subject to performance pressure. There is a growing demand for criminal proceedings that are fair, effective, functional, and increasingly characterized by "integrity." The criminal justice system must continuously demonstrate its capacity to ensure procedural justice efficiently to prevent any segment of society from seriously fearing that the guilty might leave the courtroom unpunished, that wrongful convictions might occur, or that innocent individuals might be subjected to criminal sanctions. The legal-political dimension of criminal procedure extends beyond the mere sum of its statutory provisions. This is particularly evident in the Proposed Fifth Amendment to the Courts Constitution Act (5. GVG-Novelle), which explicitly acknowledges public confidence in the criminal justice system's integrity

as a normative objective. However, this development raises a fundamental question: Should criminal procedural law be designed to accommodate societal expectations and political perceptions, or must it adhere strictly to objective standards of the rule of law? This study deconstructs the underlying legal-political approach and asserts that criminal procedural law must not be subject to prevailing societal expectations but should deliberately detach from them. The normative framework of criminal procedure cannot be molded to accommodate politically influenced public perceptions, nor should it be subjected to their fluctuations. This study aims to critically analyze and deconstruct the relationship between the confidence of the public and procedural participants in the integrity of criminal justice and the proposed amendment to Section 32 of the Courts Constitution Act, all while proposing a theory of criminal justice integrity.

I. Einleitung

„Vertrauen der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten in die Integrität der Strafrechtspflege“ ist nicht als neuer Diskurstopos im Strafprozessrecht aufzufassen, insbesondere wenn seine richterrechtliche Fortbildung im Auge behalten wird. Mit seiner Anerkennung als rechtspolitischer Zweck durch die 5. GVG-Novelle verdient es seine eigene theoretische Behandlung, und zwar mithilfe der Institutions- und Rollenlehre unter Wechselwirkung von Straf- und Strafprozessrecht. Damit sich die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege in ihrem objektiv feststellbaren Deutungsrahmen bestimmen lässt, nimmt die vorliegende Arbeit diesen Topos mit folgenden drei dekonstruktiven Fragen¹ unter die Lupe: Greift jedes deviante bzw. normabweichende Verhalten von Strafvollzugs- oder Verfolgungs- sowie Justizbehörde von sich aus in die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege ein? (II. 1.) Welche Umstände lassen die Vermutung zu, dass die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege faktisch und rechtlich beeinträchtigt wird? (II. 2.) Warum muss das Vertrauen der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten zur Ergänzung der Integrität der Strafrechtspflege hinzutreten? (IV. 1.) Damit kommt die Arbeit auf ihre Schlussfrage zu, ob sich das Strafprozessrecht institutionell auf

* Bedirhan Erdem ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht an der Leuphana Universität Lüneburg und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, ausländisches Strafrecht und Strafrechtstheorie an der Humboldt-Universität zu Berlin. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8833-1757>.

¹ Hierbei handelt es sich nicht um eine Anlehnung an die Methode der kritischen Theorie, wie sie insbesondere durch Derrida geprägt wurde. Vielmehr geht es um die Enthüllung von Grundlagen der institutionellen Integrität der Strafrechtspflege, indem die Selbstverständlichkeit des Vertrauens der Allgemeinheit in diese Integrität als eines der geschützten Interessen im Strafverfahrensrecht hinterfragt wird.

die gefühlten Wahrheiten des politischen Lebens einzuordnen hat (IV. 2.). Die Dekonstruktion gelangt zu dem Ergebnis, dass die Integrität der Strafrechtspflege nicht durch subjektive Vertrauensbekundungen bestimmt werden kann, sondern sich aus objektiven Maßstäben der institutionellen Rollenverteilung und der hierarchischen Machtausübung ableiten muss (III.). Folglich sollte § 32 GVG-E nicht in der vorgeschlagenen Fassung in Kraft treten, da er den Integritätsbegriff in eine unzulässige Abhängigkeit von politischen Vertrauendiskursen versetzt und dadurch die institutionelle Eigenständigkeit der Strafrechtspflege potenziell untergräbt (V.).

II. Integrität der Strafrechtspflege unter Wechselwirkung von Strafrecht und Strafprozessrecht

Die institutionelle Integrität einer gesellschaftlichen oder rein wirtschaftlichen Einrichtung (wie etwa die der „Kreditwirtschaft“ gem. § 265b StGB²) bildet ein beim Gesetzgeber beliebtes, wenngleich vonseiten der Literatur und namentlich der systemkritischen Rechtsgutslehre heftig kritisiertes³ Schutzgut diverser Straftatbestände. Hierzu zählt auch die Integrität der Strafrechtspflege. Allerdings wird diese in den Rechtspflegedelikten des materiellen Strafrechts nicht immer als selbständiges Schutzinteresse fassbar, weil sich der strafrechtliche Schutz dort überwiegend nicht auf die Integrität der Strafrechtspflege beschränkt, sondern auf die staatliche Rechtspflege⁴ insgesamt ausgerichtet ist.⁵ Dieser feine Unterschied im Schutzzumfang bedingt zugleich einen Unterschied in der Angriffsrichtung. Bei Tatbeständen, die Angriffe auf die Institution und Funktionsfähigkeit der Rechtspflege als solche umschreiben (z.B. §§ 138 ff., §§ 145d, 153 ff., 164, 258 StGB), kommen sowohl Handlungen von außen als auch von innerhalb der Rechtspflege als taugliche Tat handlungen in Betracht.⁶ Die Integrität der Strafrechtspflege hingegen kann als Schutzgut nur durch Innenangriffe verletzt werden.⁷ Neben seiner Rolle als *ratio legis* verschiedener Straftatbestände beginnt der „Schutz der institutionellen Integrität“ der Strafrechtspflege zunehmend

auch im deutschen strafprozessrechtlichen Diskurs aufzutauchen und scheint sich dort zudem von seiner kontroversen Stellung innerhalb der rechtsgutstheoretischen Debatte zum materiellen Recht gut abgegrenzt und erfolgreich abgekoppelt zu haben.

1. Schutzwürdigkeit der institutionellen Integrität der Strafrechtspflege

Die Debatte um die rechtsdogmatische Grundlage der institutionellen Integrität der Strafrechtspflege, die als *ratio legis* zahlreicher Straftatbestände dient, ist dem Strafprozessrecht begrifflich zwar weniger vertraut als dem materiellen Strafrecht. Nicht selten entfaltet sich die Diskussion vielmehr in der Wechselwirkung zwischen Strafrecht und Strafprozessrecht. Dafür dient § 339 StGB als ein gutes Beispiel,⁸ der den Schutz der innerstaatlichen Rechtspflege mit deren institutionellen Integrität gleichsetzt.⁹ Die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege taucht grundsätzlich im rein verfahrensrechtlichen Diskurs ohne deren strafrechtlichen Deutungsrahmen auf, und zwar immer unter Verweis auf ein vorangegangenes Dienstvergehen oder eine amtliche Pflichtverletzung, wie etwa in Liebesaffären, in denen ein Vollzugsbeamter bzw. eine Vollzugsbeamtin eine Liebesbeziehung mit einer oder einem Gefangenen unterhält.¹⁰ Der Justizvollzugsbeamte steht nicht mehr in der gleichen Distanz zu denjenigen, mit denen er in einem hierarchischen Machtverhältnis steht, welches die Dispositionsbefugnis des Gefangenen über die eigene sexuelle Autonomie gegenüber dem Amtsträger in der JVA gem. § 174a Abs. 1 StGB von vornherein ausschließt.¹¹ Auch soweit in derartigen Fällen die strafrechtliche Verantwortlichkeit aufgrund der richterrechtlich geschaffenen Rechtsfigur der sog. echten bzw. reinen Liebesbeziehung¹² entfällt, liegt immer noch eine Amtspflichtverletzung vor.¹³ Schließlich handelt es sich um eine erhebliche Abweichung von dem *Verhaltensmuster*, das Amtsträger gesetzlich hätten einhalten müssen und das in der konkreten Situation institutionell erwartet werden kann.¹⁴

² Kubiciel/Tiedemann, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2025), § 265b Rn. 11.

³ Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. (2020), § 2 Rn. 10, 12, 45c. Vgl. ferner zum Vorschlag eines „Drei-Stufen-Tests“ ders., ebenda, § 2 Rn. 45d-f; ders., in: FS Roxin II, 2011, S. 199 (208 ff.).

⁴ BGH, Urt. v. 24.10.1955 – GSSSt 1/55, BGHSt 8, 301 (309); Urt. v. 15.2.1957 – 1 StR 471/56, BGHSt 10, 142 (143).

⁵ Zur rechtsdogmatischen Dekonstruktion von Strafrechtspflege als Rechtsgut s. Vormbaum, Schutz des Strafurteils, 1987, S. 113 ff.

⁶ Vormbaum, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), Vorb. §§ 153-162 StGB Rn. 3; Vormbaum (Fn. 5), S. 109-110.

⁷ Paradigmatisch: § 344 StGB; s. Kuhlen/Zimmermann, in: NK-StGB, § 344 Rn. 4.

⁸ BVerfG, Beschl. v. 14.7.2016 – 2 BvR 661/16, NJW 2016, 3711, Rn. 20; BGH, Urt. v. 15.9.1995 – 5 StR 713/94.

⁹ Kuhlen/Zimmermann, in: NK-StGB, § 339 Rn. 12.

¹⁰ Die richterrechtlich anerkannte Auslegung zur „Integrität“ der Strafrechtspflege in Zusammenhang mit der Amtspflichtverletzung unter Missbrauch der amtlichen Stellung i.S.d. § 174a StGB lautet: „Die Integrität des Justizvollzugs und der Strafrechtspflege im öffentlichen Erscheinungsbild erfordern eine besondere Zuverlässigkeit des jeweiligen Beamten und ein uneingeschränktes Einstehen für die einschlägigen Gesetze und Rechtsvorschriften“. VG Magdeburg, Urt. v. 8.12.2022 – 15 A 19/22 MD, juris, Rn. 50; Thüringer OVG, Beschl. v. 5.12.2011 – 8 DO 329/08, juris, Rn. 63; OVG NRW, Urt. v. 5.12.2018 – 3d A 931/14.O, juris, Rn. 114; Sächsisches OVG, Urt. v. 12.2.2016 – 6 A 392/15.D, juris, Rn. 24.

¹¹ Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (882).

¹² BGH, Urt. v. 25.2.1999 – 4 StR 23/99, NStZ 1999, 349 (349); BGH, Urt. v. 15.6.2000 – 4 StR 156/00, BeckRS 2000, 30117400; OLG München, Urt. v. 19.12.2014 – 5 OLG 15 Ss 606/14, BeckRS 2015, 15258; OLG München, Urt. v. 28.6.2010 – 5 St RR (1) 34/10, NStZ 2011, 464 (465).

¹³ BT-Drs. VI/3521, S. 25; OLG München, Urt. v. 28.6.2010 – 5 St RR (1) 34/10, NStZ 2011, 464 (466); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 174a Rn. 1 m.w.N.

¹⁴ Vormbaum (Fn. 5), S. 132. Je deutlicher sich ein Verhaltensmuster feststellen lässt, umso mehr wird die Institution unabhängig von der eigenen Komponente anerkannt und weist eine eigenständige Realität auf. Vgl. Knight, Institutionen und gesellschaftlicher Konflikt, 1997, S. 87. Verhaltensmuster werden deswegen nicht nur als rechtliche Vorgaben verstanden, sondern soziologisch als „institutional pattern of behaviour“, wie in Schelsky, Soziologen und das Recht, 2. Aufl. (2002), S. 336, oder als „Erwartungsmuster, das die Mitglieder einer Gesellschaft mit bestimmten Positionen verbinden“ laut Jäckel, Soziologie, 2010, S. 185. Zur „Verhaltensregel“ vgl. auch Feldmann, Soziologie, 4. Aufl. (2006), S. 73 f.; Schäfers, Soziologie, 2. Aufl. (2016), S. 78.

Im Fokus steht dabei die Unterscheidung jener Pflichtverletzungen, die über das individuelle Fehlverhalten eines Amtsträgers hinausgehen. Es gilt zu erörtern, welche normabweichenden Handlungen als relevant zu qualifizieren sind, indem sie einen festgelegten, vom Ermessen unabhängigen Verhaltensstandard verletzen, der dem Erhalt der institutionellen Eigenständigkeit dient. Erst im weiteren Verlauf der Dekonstruktion soll sich der präzierte Integritätsbegriff herauskristallisieren, der die Zuschreibung einer Integritätsverletzung zu einer bestimmten Amtspflichtverletzung ermöglicht. Dies entspricht der methodologischen Herangehensweise der vorliegenden Arbeit, die mit der kritischen Hinterfragung der vermeintlichen Selbstverständlichkeit des „Vertrauens der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten in die Integrität“ einsetzt, auf den dekonstruktiven Fragestellungen aufbaut, eine systematische Reflexion über den Integritätsbegriff vornimmt und schließlich zu dessen präziser Definition gelangt.

Im Kontext der institutionellen Integrität der Strafrechtspflege impliziert jeder Verstoß gegen die Integrität notwendigerweise eine Amtspflichtverletzung. Die vorliegende Dekonstruktion beginnt daher mit der Frage, ob, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen eine Amtspflichtverletzung als Grundlage einer Integritätsverletzung zu werten ist – oder ob jede Abweichung vom amtlichen Verhaltensmuster die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege tangiert (*erste dekonstruktive Frage*). Es lässt sich zunächst argumentieren, dass nicht jede Amtspflichtverletzung *per se* eine Integritätsverletzung indiziert. Soweit ein amtliches Verhaltensmuster aber einer der Funktionen¹⁵ entspricht, die dem Erhalt der institutionellen Eigenständigkeit dienen, und das von diesem Verhaltensmuster abweichende Verhalten des Amtsträgers (*normabweichendes Verhalten*) diese Funktion unmittelbar verletzt, könnte der Integritätsverstoß in Betracht kommen. Damit das normabweichende Verhalten die institutionellen Funktionen beeinflussen kann, muss es sich um ein vorbestimmtes Verhaltensmuster handeln, das vom Ermessen des Amtsträgers abgekoppelt ist. Es

kommt nämlich darauf an, dass sich das gesetzliche Muster aus Sicht eines objektiven Betrachters nicht als Handlung eines einzelnen Amtsträgers, sondern als selbständiger Akt der Institution beschreiben lässt.¹⁶ Die institutionelle Integrität muss vor den Angriffen von Einzelnen, die diese Institution ausmachen, geschützt werden, sofern der „institutionelle Akt“¹⁷ (dazu sogleich) und der Akt von Einzelnen nicht zusammenfallen. Dies impliziert, dass die institutionelle Integrität dem Schutz vor Angriffen durch einzelne Institutionsträger unterliegt – und zwar insoweit, als der institutionelle Akt und die individuellen Handlungen nicht kongruent miteinander verschmelzen.¹⁸ Wenn sich das Muster nach Ermessen des Einzelnen einmalig oder mehrmalig ausgestalten lässt, so bedarf die Institution keines Schutzes vor solchen Verhaltensweisen, die ohne weiteres der Institution zuzurechnen sind. Entscheidend ist hierbei die Richtung der Machtausübung,¹⁹ also *das vertikale (asymmetrische) oder das horizontale (symmetrische) Machtverhältnis*.²⁰

Unter einem „institutionellen Akt“ ist zuerst der *Akt in der Institution* zu verstehen, der die eigene Struktur von außen (Bezugsgruppe) wahrnehmbar macht und sich gegen zeitliche und räumliche Herausforderungen auf Dauer stellt.²¹ *Akte in der Institution* sind jene Handlungen, durch die die Bezugsgruppe einer Institution diese so wahrnimmt, als besitze sie ein verkörpertes Wesen mit eigener zeitlicher und räumlicher Selbständigkeit.²² Bei ihnen stehen die Einzelnen miteinander im horizontalen Machtverhältnis, in dem die Machtstellungen der Einzelnen symmetrisch oder zumindest vergleichbar sind,²³ oder wo keine erhebliche Ressourcendifferenz zwischen Machtinhaber und Bezugsgruppe besteht.²⁴ Damit nicht zu verwechseln aber ist der *Akt der Institution*, wo Machtinhaber immer institutionsbedingt mehr Ressourcen besitzen als die Bezugsgruppe.²⁵ Die beiden Formen der Akte dienen in gewissem Maß der institutionellen Selbständigkeit.²⁶ Der *Akt in der Institution* grenzt sich zusammenfassend von dem *Akt der Institution* darin ab, dass bei Ersterem die Macht horizontal zwischen vergleichbaren Machtstellungen ausgeübt wird. Bei Letzterem richtet sich die Machtausübung hin-

¹⁵ Zu Konservierung der Werte und Normen, Reduktion der Komplexität durch Entlastung von Entscheidungen und Vorhersehbarkeit von Handlungen s. *Feldmann* (Fn. 14), S. 197 m.w.N.; *Schäfers* (Fn. 14), S. 137. Die ersten zwei Voraussetzungen der Institutionalisierung sind nämlich Habitualisierung und objektive Typisierung, denen zugrunde liegt, dass gewisse Handlung abgekoppelt von den Handelnden standardisiert und damit je nach den künftigen Handlungen reaktiv vorweggenommen werden können, s. *Vester*, *Soziologie I*, 2009, S. 98. Ferner stellt sich die berechtigte Frage, weshalb Integritätsverletzungen ausschließlich im Zusammenhang mit jenen Verhaltensmustern in Betracht gezogen werden, die der institutionellen Eigenständigkeit zugeschrieben werden, und nicht auch bei Abweichungen von Mustern, die beispielsweise der Effizienz der Strafverfolgung dienen. Diese Problematik unterstreicht, dass eine differenzierte Betrachtung unabdingbar ist: Während die erstere Kategorie den grundlegenden Erhalt der institutionellen Identität zum Ziel hat, stehen Effizienzüberlegungen oftmals im Dienst operativer Optimierungen und berühren primär nicht den Kern der institutionellen Selbstbestimmung.

¹⁶ Integrität muss vor allem die objektive Wirklichkeit jener Institution betreffen, der gegenüber unabhängig von ihren einzelnen Komponenten wie etwa Arbeitskräften oder Gebäuden, bereits eine Erwartung besteht, wie man sich in oder mit dieser Institution verhalten sollte, s. dazu *Feldmann* (Fn. 14), S. 198; *Jäckel* (Fn. 14), S. 195 m.w.N.

¹⁷ Diese Gleichung erscheint zuerst in der behavioristischen Institutionenlehre von *F. H. Allport*, s. *Schelsky* (Fn. 14), S. 336.

¹⁸ *Jäckel* (Fn. 14), S. 195.

¹⁹ Macht bedeutet hier im Anschluss an *Knight* (Fn. 14), S. 46 die Möglichkeit, die vorhandene Menge von Handlungsalternativen eines Akteurs (i.S.d. Rolleninhabers, dazu s. u. II. 2.) zu beeinflussen. In eine ähnliche Richtung s. *Balzer*, *Soziale Institutionen*, 1993, S. 26, 211, 282. Zu sonstigen Ansichten s. *Jäckel* (Fn. 14), S. 170; *Feldmann* (Fn. 14), S. 222 ff.; *Vester* (Fn. 15), S. 138 ff.

²⁰ Ähnlich wie die Abgrenzung von „Macht über andere Menschen“ und „Macht mit anderen“, vgl. *Vester* (Fn. 15), S. 140.

²¹ Vgl. *Schäfers* (Fn. 14), S. 135.

²² *Schäfers* (Fn. 14), S. 67 ff.

²³ Machtsymmetrie als Ausnahmefall s. *Feldmann* (Fn. 14), S. 225; als Idealtyp s. *Balzer* (Fn. 19), S. 30.

²⁴ *Knight* (Fn. 14), S. 46.

²⁵ *Knight* (Fn. 14), S. 158.

²⁶ *Knight* (Fn. 14), S. 159.

gegen von oben nach unten, von überlegener auf unterlegene Machtstellung, also *übereinander*.²⁷

Die Abgrenzung von „*Akt der*“ und „*Akt in der*“ lässt uns den Verstoß gegen die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege über bloße Amtspflichtverletzungen hinaus reflektieren und die Frage klar beantworten, unter welchen Umständen sich das Verhaltensmuster als selbständiger institutioneller Akt darstellt, d.h., wann der Schutz der institutionellen Integrität der Strafrechtspflege von Belang ist. Das Verhalten von Strafvollzugs- oder Verfolgungs- sowie Justizbehörden kann nur dann in die Integrität der Institution eingreifen, wenn sich das gebotene Verhaltensmuster nicht als *Akt in der Institution*, sondern als *Akt der Institution* darstellt, d.h., sofern der institutionelle Akt sich strukturell von dem Akt des Einzelnen abhebt. Die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege ist deshalb nur dann gegen die Akte von Strafvollzugs- oder Verfolgungs- sowie Justizbehörden schutzwürdig, wenn das abweichende Verhalten eine vertikale Machtausübung aufweist. Dies kann anhand der zwei folgenden Ereignisse in der jüngsten Geschichte der Strafrechtspflege verdeutlicht werden.

Eine rechtsbeugende Praxis konnte sich – unter verschiedenen Namen wie etwa Deal, Absprache und Verständigung²⁸ – einen Platz in der Prozesswirklichkeit verschaffen²⁹ und der Gesetzgeber ließ sich zudem auf ihren Einzug in die StPO (vgl. § 257c StPO) ein,³⁰ obwohl die gesetzliche Legitimierung solcher Fremdkörper mehr Schaden als Nutzen bringt³¹ und – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – eine neue Art von informellen Absprachen auslöst³² Im gleichen Zeitraum wurde nicht die Folter, sondern nur deren bloße Androhung (*Gäffen-Fall*)³³ zur Lebensrettung als achte strafprozessuale Todsünde eingestuft und der „ketzerische“ Gedanke an die Möglichkeit einer solchen Prozesswirklichkeit alsbald mit dem Dammbruch-Argument bekämpft und aus dem prozessrechtlichen Diskurs verbannt.³⁴ Beide entsprechen keinem institutionsbedingten Verhaltensmuster, sondern

weichen gezielt davon ab. Bei beiden handelt es sich um sog. Rechtspflegeschutzdelikte, bei „informeller“ Absprache u. U. § 339 StGB – wie immer auf Kosten des staatlichen Gewaltmonopols und des Gesetzlichkeitsprinzips,³⁵ bei Androhung zur Folter das Schulbeispiel für § 343 StGB.³⁶ Die erste stößt auf keine Bedenken in Bezug auf die Integrität der Strafrechtspflege trotz ihrer destruktiven Natur, die andere hingegen war durch das *EGMR*-Urteil bedingungslos als Integritätsverstoß eingestuft worden³⁷, obschon das Gericht die Androhung von Folter nicht als Folter gem. Art 3 der Konvention eingestuft hatte.³⁸ Die Debatte über diese zwei Ereignisse fiel in der Literatur zeitlich zusammen, die Sorge um die Integrität der Strafrechtspflege war allerdings gegensätzlich.

Die Absprache, sei sie informell oder formell, bildete einen *Akt in der Institution*, der sich erst aus dem Schlußschluss von Akteuren der Strafrechtspflege³⁹ ergab.⁴⁰ Vor der Legitimierung durch das sog. Verständigungsgesetz⁴¹ wurde jeder Fall *contra legem* auf der Grundlage einvernehmlicher Leistungen *zwischen* der Justizbehörde und den Prozessbeteiligten abgewickelt.⁴² Zu Recht werden Absprachen nicht als Integritätsverstöße gegen die Strafrechtspflege rubriziert oder als solche bekämpft. Denn die Absprachepraxis ging aus dem horizontalen Machtverhältnis hervor und entstand insofern als Akt in der Institution. Die deutsche Strafrechtspflege zeichnet sich in solchen Fällen nicht durch eine schutzwürdige Eigenständigkeit aus, die sich aus den Gesamtakten der einzelnen Teile herauslösen musste. In der Absprache, entweder *contra*, *praeter* oder *intra legem*, nimmt die Strafrechtspflege eine neue Gestalt an, in der sich das Gericht, die Staatsanwaltschaft und der Verteidiger im eigenen Interesse darauf verständigen, dass das konkrete Strafverfahren nicht mehr auf der inquisitorischen Hauptverfahrensstruktur aufgebaut werden muss.⁴³ Mithin tritt die miteinander übereinstimmende Abrede als ein Beispiel der *Akte in der Institution* auf, wodurch kein Verstoß gegen die Integrität der Strafrechtspflege zu befürchten ist. Allenfalls lässt sich

²⁷ Zur Kritik tritt an dieser Stelle die von Jäckel (Fn. 14), S. 170 eingeführte Feststellung hinzu, je mehr Individuen an einer konkreten Situation beteiligt sind, desto schwieriger werde es, Machtformen durch die Abgrenzung von Überlegenheit/Unterlegenheit in Form eines Machtsaldos darzustellen. Diese Arbeit stellt daher unter II. 2. bei der Machtbeziehung auf situationsbedingte Rollen der Prozesssubjekte ab, die sich entsprechend konkreten Umständen rekonstruieren.

²⁸ Strelitz, Verständigung, 2022, S. 48.

²⁹ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. (2020), § 19 Rn. 594: „Absprache ist aus der Praxis nicht mehr wegzudenken“.

³⁰ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009, BGBl. I 2009, S. 49.

³¹ Dies ist schon vom Gesetzgeber zugegeben worden, indem er mit dem Verständigungsgesetz darauf abgezielt hat, „[die Absprache] mit den überkommenen Grundsätzen des Strafverfahrens in Übereinklang zu bringen“. BT-Drs. 16/12310, S. 1. Dazu s. Feichtlbauer, Verständigung als Fremdkörper, 2021, S. 269.

³² Niemöller, in: NSW-Verständigungsgesetz, 2010, Teil A Rn. 32, 34; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. (2017), § 17 Rn. 8; Stuckenberg, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2021), § 257c Rn. 19.

³³ LG Frankfurt, Urt. v. 9.4.2003 – 22 Ks 2/03, NJW 2005, 692. Roxin/Greco, § 15 Rn. 103.

³⁴ Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 55. Lfg. (2009), Art. 1 Abs. 1 Rn. 51: „Der Gesetzgeber müsste seiner Verantwortung für grundrechtsrelevante Regelungen zur Schmerzzufügung nachkommen. Die gesetzliche Normierung abgestufter ‚Instrumente‘ im Dienste der Gefahrenabwehr würde einen schweren Einbruch in die Rechtskultur bedeuten“.

³⁵ Schünemann, Wetterzeichen, 2005, S. 17; Stuckenberg, in: LR-StPO, § 257c Rn. 9. Zum Gesetzlichkeitsprinzip im Zusammenhang mit der Absprachenpraxis s. Greco, Strafprozesstheorie, 2015, Fn. 1031; Velten, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), Vorb. §§ 257b–257c ff. Rn. 19a. Ausführlich zu bewusst erschaffener Unbestimmtheit in der Rechtslage s. Feichtlbauer (Fn. 31), S. 95–96, 155, 163–164; Strelitz (Fn. 28), S. 135.

³⁶ Roxin/Greco, § 15 Rn. 104. Zum Schutzgut als „Integrität der im Gesetz genannten Verfahrensarten“ neben Willensfreiheit s. Kuhlen/Zimmermann, in: NK-StGB, § 343 Rn. 3.

³⁷ EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05, juris, Rn. 175.

³⁸ EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05, juris, Rn. 90–91.

³⁹ Röhl, Rechtssoziologie, 1987, § 6 II.: „Rechtsstaben“ im Weber’schen Terminus.

⁴⁰ Schünemann, SuS, 2020, S. 495–496; Schünemann (Fn. 35), S. 38.

⁴¹ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009, BGBl. I 2009, S. 49.

⁴² Niemöller, Teil A Rn. 2; Stuckenberg, in: LR-StPO, § 257c Rn. 1–2; Strelitz (Fn. 28), S. 48.

⁴³ Roxin/Schünemann, § 17 Rn. 8; Stuckenberg, in: LR-StPO, § 257c Rn. 25.

eine Form der institutionellen Restrukturierung in Erwägung ziehen.⁴⁴ Hinsichtlich der Androhung von Folter hat der EGMR im *Gäfigen-Fall* dagegen das Folterverbot gem. Art 3 EMRK damit begründet, dass „ein wesentliches öffentliches Interesse [...] [daran besteht], die Integrität des gerichtlichen Verfahrens [...] zu bewahren“.⁴⁵ Ungeachtet der rechtsdogmatischen Frage, ob der Handlung ernsthaft Folter unterstellt werden könnte⁴⁶, macht sich die Strafverfolgungsbehörde bereits durch Inaussichtstellen einer Gefahr gegen die körperliche Unversehrtheit des Beschuldigten ihre Überlegenheit infolge der Machtasymmetrie zunutze.⁴⁷ Indem sie die ihr amtlich zugewiesene Macht und die daraus abgeleitete Überlegenheit ausnutzte, wich sie von dem Verhaltensmuster ab. Damit begann der Bedarf an Integritätsschutz auf institutioneller Ebene, und zwar gegen die Handlungen der eigenen Komponente. Das Gericht musste deswegen noch einmal betonen, dass das Folterverbot institutionell immer mit der Integrität des Strafverfahrens einhergeht.

2. Störbarkeit der institutionellen Integrität der Strafrechtspflege

Die Dekonstruktion gelangte bisher zu dem Schluss, dass nur eine vertikale Machtausübung die Integrität der Institution beeinträchtigen kann. Bei horizontaler Machtausübung ist es der Institution selbst nicht möglich, sich von einzelnen Akteuren abzukoppeln, während dies in der vertikalen Ebene der Fall ist. Deshalb besteht nur in der vertikalen Machtausübung ein Bedarf, sich vor den eigenen Behörden zu schützen. Damit kommen wir zur zweiten dekonstruktiven Frage – ob und wie tatsächlich die Integrität der Strafrechtspflege infolge des normabweichenden Verhaltens gestört wird. Wie wurde das hierarchische Machtverhältnis bzw. die Machtasymmetrie *de facto* durch die Amtspflichtverletzung in einem Maße gestört, dass davon auszugehen ist, dass die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege *de jure* beeinträchtigt wird (*zweite dekonstruktive Frage*)? Dies lässt sich auf der

Mikroebene von Institutionen klar beantworten, und zwar auf der Interaktionsebene⁴⁸, wo m.E. die Interaktionssoziologie von *Erving Goffman* sowie die *Rollenlehre*⁴⁹ allgemein behilflich sein könnten.

Nach der *Rollenlehre* interagieren die Menschen miteinander in bestimmten Rollen, die zwar oft situationsbedingt entstehen, jedoch gesellschaftlich vorgegeben sind.⁵⁰ Im Gegensatz zu den ausgebildeten Schauspielern, die vor dem Publikum stets wiederkehrende Rollen verkörpern,⁵¹ nimmt die gesellschaftliche Rolle allein die soziale Position des Einzelnen zum Bezugspunkt und etabliert sich dadurch ein spezifischer Erwartungshorizont,⁵² den die Gesellschaft jeder Position zuweist⁵³ – wobei stets ein gewisser Spielraum für improvisatorische Abweichungen verbleibt.⁵⁴ Interagieren heißt nichts anderes als sozial etablierte Rollenleistungen in vorgegebenen Positionen.⁵⁵ Rollen sind *Goffman* zufolge Grundbausteine der menschlichen Vergesellschaftung, d.h., die Gesellschaft ermöglicht sich selbst erst durch Rollen,⁵⁶ nach deren Funktion das Gesamtwesen der menschlich eingerichteten Systeme oder gesellschaftlich gebildeten alltäglichen Verhaltensmuster als solche aufrechterhalten wird.⁵⁷ Eine Rolle ist *per definitionem* ein typisiertes Rückverhalten bzw. eine quasi-objektiv vorgeprägte Verhaltenserwartung in einer vorgegebenen Position.⁵⁸ Bei der Rollenleistung ist eine gewisse Abweichung zu erwarten,⁵⁹ insbesondere das typisierte Rückverhalten und das aktuell geleistete Rückverhalten fallen nicht immer zusammen.⁶⁰ Sofern der Einzelne innerhalb dieser Rolle handelt und sich an der damit zusammenhängenden Fassade orientiert,⁶¹ erfüllt die Rolle ihre Funktion in Bezug auf die Leistung der Rolleninhaber. Es ist nämlich zu erwarten, dass die Einzelnen nicht immer an der Kette der Ereignisse in den jeweiligen sozialen Zuständen mitwirken können.⁶² Eine schlechte Leistung der Rolle ist bereits in der Rolle inbegriffen,⁶³ d.h., die Funktion der Rolle scheitert nicht daran, dass der Rolleninhaber in der vorgegebenen Situation das erwartbare Verhalten schlecht oder nicht

⁴⁴ *Velten*, in: SK-StPO, Vorb. §§ 257b–257c Rn. 12.

⁴⁵ *EGMR* (5. Kammer), Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05, juris, Rn. 175 a. E.

⁴⁶ *Roxin/Greco*, § 15 Rn. 107a; *Greco*, in: FS Schünemann, 2014, S. 68, (69–70).

⁴⁷ *Neuhaus*, *Rettenungsfolter*, 2023, S. 65 f.

⁴⁸ *Feldmann* (Fn. 14), S. 197.

⁴⁹ Hier gemeint ist explizit die Rollenlehre von *Dahrendorf*, *Homo Sociologicus*, 16. Aufl. (2006), S. 38, demnach ist „jede einzelne Rolle ein Komplex von Verhaltenserwartungen“. Für die Bedeutung und Geschichte der Rollenlehre in der Soziologie s. *Vester* (Fn. 15), S. 52.

⁵⁰ *Jäckel* (Fn. 14), S. 197.

⁵¹ *Dahrendorf* (Fn. 49), S. 32. Zur Gegenauffassung siehe *Goffman*, *Interaction Ritual*, 1967, S. 108 f.; dazu s. auch *Jäckel* (Fn. 14), S. 205; *Abels*, *Interaktion*, 4. Aufl. (2007), S. 161–162.

⁵² *Jäckel* (Fn. 14), S. 198–199.

⁵³ *Dahrendorf* (Fn. 49), S. 37.

⁵⁴ *Feldmann* (Fn. 14), S. 73.

⁵⁵ *Feldmann* (Fn. 14), S. 69.

⁵⁶ *Goffman*, *Encounters*, 1961, S. 77. Wie *Jäckel* (Fn. 14), S. 159 zu Recht hervorhebt, „wer von Gesellschaft spricht, denkt dabei gleichzeitig an die Rolle des Individuums, wer den Streit als eine Form der Vergesellschaftung einordnet, verdeutlicht die Grenzen von Selbstständigkeit“ oder wie *Dahrendorf* (Fn. 49), S. 63 rebellisch ausdrückte, „der rollenlose Mensch ist für Gesellschaft und Soziologie ein nicht existierendes Wesen“.

⁵⁷ Nach *Goffman* (Fn. 56), S. 78 müssen die Rollen nicht allein konstruktive Eigenschaften (*eufunction*) tragen, sondern sie können nicht selten auch destruktive Funktionen (*dysfunction*) erfüllen. Hierfür schließt sich die Funktionalität des Rollenbegriffs an institutionsbedingte Machtasymmetrie und Machtasymmetrie an (s.o. II. 1.), denen die institutionsbedingte Ressourcenverteilung zwischen Akteuren zugrunde liegt. Die zugrundeliegende Ressourcenverteilung geht deshalb immer mit der Rollenverteilung einher, bei der sich gleichfalls die Machtstellungen andeuten. Dazu s. *Knight* (Fn. 14), S. 158–159.

⁵⁸ *Dahrendorf* (Fn. 49), S. 39; *Goffman* (Fn. 56), S. 82.

⁵⁹ Rollen-Haben und Rollen-Leistung sowie Erwartung-Erfüllen bilden insoweit keine deterministische, von vornherein feststellbare Kausalkette, auf die sich Rolleninhaber permanent unabhängig von ihrer Positionierung und der konkreten Situation blind verlassen können. Es wäre nicht üblich gewesen, die Rollenlehre immer ergänzend mit der psychologischen und dynamischen Seite des Menschen mitzudenken, dazu vgl. *Dahrendorf* (Fn. 49), S. 62.

⁶⁰ *Goffman* (Fn. 56), S. 82.

⁶¹ *Abels* (Fn. 51), S. 175.

⁶² *Goffman* (Fn. 56), S. 92. Die Institution kann die zeitlichen und strukturellen Herausforderungen nicht allein durch die strenge Einhaltung von Verhaltensmustern bewältigen, ohne sich die Möglichkeit für Regelverstöße und Regelabänderungen offenzuhalten, dazu s. *Jäckel* (Fn. 14), S. 190.

⁶³ *Feldmann* (Fn. 14), S. 71: „Positionen und Rollen bleiben, Menschen gehen“.

geleistet hat,⁶⁴ es sei denn, der Rolleninhaber selbst verleugnet in der konkreten Situation pauschal seine eigene Rolle und die systembedingte Interaktion hat sich vorab nicht eingespielt,⁶⁵ d.h., die Orientierung, die Institutionen durch Kontinuität und Berechenbarkeit verschaffen,⁶⁶ entfällt.⁶⁷

Dass eine chirurgische Operation wegen der schlechten Leistung des vom Chirurgen angeführten OP-Teams scheitert, beeinträchtigt nicht unmittelbar die Funktionalität der Rolle als Chirurg,⁶⁸ die insgesamt die grundlegende Interaktionsbasis zwischen Patienten und Chirurgen darstellt.⁶⁹ Ab dem Punkt, wo der Chirurg die eigene Rolle verleugnet und sich damit die Gegenrolle bzw. Bezugsgruppe (hier Patienten)⁷⁰ anmaßt und sich diesen angleicht, indem er z.B. zum Beschleunigen der für die weitere Behandlung erforderlichen Organtransplantation die institutionelle Liste verfälscht, obwohl ihm in der konkreten Situation ausschließlich die Rolle als Chirurg zukommt, und nicht die eines mitleidenden Angehörigen, beginnt er sich mithin von der ganzen Funktionalität sowohl der typisierten Rollenverteilung als auch der aktuellen Rollenerfüllung zu entfremden. Zu diesem Zeitpunkt erreicht die einzelne Störung in der konkreten Interaktion ein so hohes Ausmaß, das geeignet ist, die Orientierungsfunktion der menschlich eingerichteten Rollenverteilung bzw. des Verhaltensmusters in Frage zu stellen.⁷¹ Damit wird die Aufmerksamkeit unmittelbar auf die Institution als solche gelenkt, weil die Rollenverleugnung trotz der mit dieser Rolle verbundenen Machtstellung die Funktion der jeweiligen Institution angreift, die im Grunde Orientierung in der konkreten Situation ermöglicht und damit diejenigen entlastet, die wegen der Ressourcenknappheit eine unterlegene Machtstellung innehaben,⁷² wie im Beispiel der Patient, der über keine chirurgischen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt.⁷³

Nach allgemeiner Rollenlehre⁷⁴ entsteht die Strafrechtspflege auf der Mikroebene aus bestimmten Interaktionen, für die sich in der Gesamtprozessrechtswissenschaft unterschiedliche Begriffe wie Prozessrechtsverhältnis, Prozesslage oder kommunikativer Akt eingebürgert haben. Obwohl die Inhalte der gerade genannten Begriffe nicht identisch sind, deuten sie übereinstimmend darauf hin, dass die Prozesssubjekte oder Verfahrensrollen anhand

und innerhalb ihrer Subjektstellung in der rechtlich zugewiesenen Rolle interagieren.⁷⁵ Bei den Verfolgungs- und Justizbehörden werden diese Rollen noch klarer, und zwar mit ergänzenden Maßnahmen, wenn diese Behörden ihre Rolle nicht gut ausfüllen und damit zu einem Prozessfehler führen könnten. Deswegen ist prozessrechtlich in die Störung der Rolle auch die Rolle inbegriffen.⁷⁶ Gegen die Funktionsweise der Strafrechtspflege wird insofern nicht verstoßen, als der Amtsträger sich innerhalb seiner institutionellen, zumutbaren Grenzen verhalten hatte.⁷⁷ Erst wenn die Behörde die eigene Rolle durch Amtspflichtverletzung verleugnet (*aus der Rolle fallen*)⁷⁸ und sich somit die Gegenrolle anmaßt, geht die Störung über die einzelne Rollenleistung hinaus und betrifft unmittelbar die Integrität der Strafrechtspflege. Hierbei ist die Störung durch das hierarchische Machtverhältnis gekennzeichnet.

Das hierarchische Machtverhältnis wird insofern aufrechterhalten, als die überlegene Position imstande bleiben würde, sich entsprechend der eigenen Machtstellung auf die unterlegene Position zu beziehen.⁷⁹ Wenn sie sich trotz ihrer Überlegenheit in der konkreten Situation die Position des Unterlegenen anmaßt oder entgegen ihrer eigenen Rolle die Gegenrolle einnimmt, so bricht die gebotene Asymmetrie und greift dadurch unmittelbar die Integrität der Strafrechtspflege an. Insofern das prozessuale Machtgefälle im hierarchischen Prozessverhältnis institutionell vorausgesetzt ist,⁸⁰ führt jede Amtspflichtverletzung, die geeignet ist, das vorausgesetzte Machtgefälle zu stören oder gar zu beseitigen, zur Annahme, dass die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege im konkreten Fall erheblich beeinträchtigt ist.

Eine Amtspflichtverletzung, die sich in der Rollenverleugnung verkörpert hat, lässt sich nur dadurch beseitigen, dass die gesamte Sache vom rollenverleugnenden Amtsträger an einen neuen Amtsträger für die konkrete Situation übertragen oder durch einen neuen Amtsträger ergänzt wird (*Wiederverteilung bzw. -besetzung der Rolle*).⁸¹ Inwiefern die Nichtbeseitigung einer solchen Störung in der institutionellen Funktionsweise auf das konkrete Verfahren einwirkt, ändert sich situationsbedingt und selbstverständlich jeweils nach der Rolle. Als Beispiel lässt sich die jüngste Entscheidung vom 6. *Strafsenat*

⁶⁴ Desorientierung und Orientierung gehören paradoxerweise gleichermaßen zu dem gesellschaftlichen Bedarf an die Institutionalisierung, s. dazu Jäckel (Fn. 14), S. 191; Abels (Fn. 51), S. 184; Schäfers (Fn. 14), S. 81.

⁶⁵ Goffman (Fn. 56), S. 77, 129; ders. (Fn. 51), S. 116. Wechselhafte Verhaltenserwartungen halten sich auf Dauer nur, solange „sich die Akteure erfolgreich und unzweideutig signalisieren können, dass sie die handlungssichernden Erwartungsverkettungen kennen und deren ‚Funktionalität‘ respektieren“, vgl. Schmid, Der Neue Institutionalismus, 2018, S. 16.

⁶⁶ Jäckel (Fn. 14), S. 189; Vester (Fn. 15), S. 52.

⁶⁷ Goffman (Fn. 51), S. 116; Jäckel (Fn. 14), S. 201.

⁶⁸ Feldmann (Fn. 14), S. 328 f.

⁶⁹ Zur rollenbezogenen Basis für das Arzt-Patient-Verhältnis s. Feldmann (Fn. 14), S. 330.

⁷⁰ Feldmann (Fn. 14), S. 72.

⁷¹ Vgl. Knight (Fn. 14), S. 87; Jäckel (Fn. 14), S. 189.

⁷² Dazu s.o. Fn. 14-15.

⁷³ Jäckel (Fn. 14), S. 190; Feldmann (Fn. 14), S. 330.

⁷⁴ Goffman (Fn. 51), S. 11. Zur Analyse der Richterrolle s. Vester (Fn. 15), S. 53.

⁷⁵ Schünemann (Fn. 40), S. 369; Vormbaum (Fn. 5), S. 132; ders., in: NK-StGB, Vorb. §§ 153-162, Rn. 15.

⁷⁶ Enttäuschte Verhaltenserwartung anlässlich einer schlechten Rollenleistung könnte als strafbarer Angriff auf die Rechtspflege an sich in Betracht kommen, wie Vormbaum (Fn. 5), S. 254 i.R.d. § 153 StGB impliziert hat. Das Strafrecht hat bereits gewisse Fälle, in denen ein konkreter Verfahrenszweck (Vormbaum, in: NK-StGB, Vorb. §§ 153-162, Rn. 11.) offenbar droht, in den Griff bekommen, ohne einen zusätzlichen rechtswidrigen Eingriff in die Integrität der Strafrechtspflege zu benötigen. Dazu s. Vormbaum (Fn. 5), S. 254 m.w.N.

⁷⁷ Vormbaum, in: NK-StGB, Vorb. §§ 153-162, Rn. 15-18.

⁷⁸ Vester (Fn. 15), S. 53. Dagegen kritisch s. Schäfers (Fn. 14), S. 81.

⁷⁹ Sofern die institutionsbedingte Ungleichheit zwischen Akteuren durch die Rolleneinnahme aufrechterhalten ist, s. dazu Balzer (Fn. 19), S. 283.

⁸⁰ Vgl. Balzer (Fn. 19), S. 283; Schünemann (Fn. 40), S. 369.

⁸¹ Denn ein (institutionalisiertes) Rollenverhalten muss unbedingt realisiert werden, um die institutionelle Integrität wiederherzustellen und die institutionelle Selbstständigkeit aufzuzeigen, vgl. Dahrendorf (Fn. 49), S. 52.

des *BGH*⁸² anführen und zwar in dem Fall vor dem *LG Hannover*, wo der Angeklagte, der Spediteur einer Drogenbande, sich in der Hauptverhandlung dazu einließ, dass der im Verfahren zuständige Vertreter der Staatsanwaltschaft, der Staatsanwalt *Y.G.*, einer der Informanten derselben Bande, tatsächlich an der angeklagten Tat beteiligt gewesen sei.⁸³ Die Verdachtsmomente gegenüber dem Staatsanwalt waren bei der Einlassung nicht stark belastend, deswegen besetzte er die Stelle der Staatsanwaltschaft ohne Ersetzung bis zum Ende der Hauptverhandlung, aber unter Anwesenheit des Oberstaatsanwalts, der sicherstellen sollte, dass keine Verfahrensfehler auf Seiten der Staatsanwaltschaft in der konkreten Sache begangen werden.⁸⁴ Im weiteren Verlauf erhärtete sich der Verdacht gegen den Staatsanwalt *Y.G.* wegen Bestechlichkeit, Verletzung des Dienstgeheimnisses und Strafvereitelung im Amt, woraufhin Haftbefehl gegen ihn erlassen wurde.⁸⁵ Im Wege der Verfahrensrüge machte der Angeklagte geltend, dass ein faires Strafverfahren durch den „korrupten“ Staatsanwalt nicht gewährleistet werden könne, erst recht aber eine effektive Verteidigung i.S.d. § 338 Nr. 8 StPO gegen eine mit einem solchen Staatsanwalt besetzte Staatsanwaltschaft nicht als möglich bzw. ausgeübt angesehen werden könnte.⁸⁶ Der *BGH* wies die Revision der Angeklagten in dem konkreten Fall zu Recht ab. Zutreffend hat der *BGH* darauf hingewiesen, dass in dem Verfahren keine schweren Pflichtverletzungen gegen den Angeklagten ersichtlich seien und neben dem verdächtigten Staatsanwalt auch dessen Vorgesetzter an der gesamten Hauptverhandlung teilgenommen habe.⁸⁷ Zum Zeitpunkt der Einlassung sei weder ersichtlich gewesen, ob Staatsanwalt *Y.G.* tatsächlich als Informant tätig war, noch ob sich die Rollenverleugnung auf das Hauptverfahren ausgewirkt habe.⁸⁸ Darüber hinaus habe die Staatsanwaltschaft als Landesjustizbehörde trotz der zunächst vagen Verdachtsmomente hinreichende Maßnahmen ergriffen,

um potenzielle Verfahrensfehler infolge des Korruptionsverdachts zu verhindern.⁸⁹

Der Integritätsverstoß seitens des Staatsanwalts muss prozessrechtlich je nach den internen Vorgängen der Staatsanwaltschaft unverzüglich beendet werden, wenn die konkrete Gefahr darin besteht, dass die Stelle der Staatsanwaltschaft wegen der fortgesetzten Rollenverleugnung nicht *funktionell* vertreten würde.⁹⁰ Obwohl die Staatsanwaltschaft nach herrschender Meinung⁹¹ nicht den Vorschriften über die Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen unterliegt, darf der Staatsanwalt nur die Stelle der Staatsanwaltschaft in dem konkreten Hauptverfahren insofern besetzen, als er ausschließlich seine eigene Rolle als Staatsanwalt wahrnimmt und sich stets entsprechend dieser Rolle verhält.⁹² Andernfalls hemmt die Rollenverleugnung vor allem die funktionierende Rollenverteilung im Hauptverfahren zwischen allen Verfahrensrollenträgern (Richter, Staatsanwalt und Angeklagte sowie Verteidiger) fortwirkend.⁹³ Fraglich ist hier aber vor allem, ob der rollenverleugnende Staatsanwalt überhaupt die Anforderung an die Abwesenheit i.S.d. § 338 Abs. 1 Nr. 5 StPO erfüllt.⁹⁴ Dies wäre dann in dem Urteil der Fall, wenn der Staatsanwalt während des Verfahrens gegen die Spediteure noch als Informant in der Bande fungiert hätte und in der Hauptverhandlung allein zuständig gewesen wäre. Nach der herrschenden Meinung⁹⁵ ist § 338 Abs. 1 Nr. 5 StPO restriktiv auszulegen und nur für die Fälle einzuschränken, in denen der notwendige Prozessbeteiligte in wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung gefehlt hat⁹⁶ – und noch strenger für die Abwesenheit der Staatsanwaltschaft, nämlich nur dann, wenn es an der sachlichen Zuständigkeit gem. §§ 142, 142a GVG gefehlt hat.⁹⁷ Die herrschende Meinung wäre dann aber nur vertretbar, wenn der Staatsanwalt über die Grenzen menschlicher Fähigkeiten hinweg zwischen zwei Rollen (z.B. Staatsanwalt-

⁸² *BGH*, Urt. v. 16.12.2024 – 6 StR 335/23, Pressemitteilung Nr. 236/2024; ausführlich s. *Sehl*, in: LTO, Beitrag v. 16.12.2024, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bgh-revision-6str335/23-staatsanwalt-unter-verdacht-kokain-korrupt-hannover-justiz> (zuletzt abgerufen am 13.1.2025).

⁸³ *LG Hannover*, Urt. v. 14.3.2023 – 96 KLS 6031 – Js 9834/22 (16/22); ausführlich s. *Sehl*, in: LTO, Beitrag v. 30.10.2024, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/staatsanwalt-kokain-mafia-niedersachsen> (zuletzt abgerufen am 13.1.2025).

⁸⁴ *Sehl* (Fn. 83).

⁸⁵ Ebd.

⁸⁶ *Sehl* (Fn. 82).

⁸⁷ Ebd.

⁸⁸ Ebd.

⁸⁹ Ebd.

⁹⁰ Ebenso im Ergebnis s. *Roxin/Schünemann*, § 26 Rn. 7.

⁹¹ *BVerfG*, Beschl. v. 16.4.1969 – 2 BvR 115/69, BVerfGE 25, 336 (345); *BGH*, Urt. v. 3.5.1960 – 1 StR 155/60, BGHSt 14, 265; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), Vorb. § 22 Rn. 3–5; *Siolek*, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2016), Vorb. § 22 Rn. 8; *Heil*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), Vorb. § 22 Rn. 1; *Conen/Tsam-bikakis*, in: MüKo-StPO, 2. Aufl. (2023), § 22 Rn. 4.

⁹² Landesrechtlich (vgl. § 11 BWAGVG, § 95 NdsJG) sind deshalb die kollidierenden Verfahrensrollen wie bei § 22 ff. StPO gesondert aufgeführt. Ausführlich dazu s. *Roxin/Schünemann*, § 9 Rn. 15; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Vorb. § 22 Rn. 3; *Siolek*, in: LR-StPO, Vorb. § 22 Rn. 15.

⁹³ Damit wird bereits der Zweck des Hauptverfahrens im sog. reformierten Strafprozessrecht verfehlt, vgl. *Hamm/Pauly*, Revision in Strafsachen, 8. Aufl. (2021), Rn. 549.

⁹⁴ Dagegen spricht zuerst die Vermutung des *BGH*, dass die Mitwirkung eines ausgeschlossenen Staatsanwalts nicht als ein absoluter Revisionsgrund unter § 338 StPO anzuerkennen und nur im Rahmen des § 337 Abs. 1 StPO zu prüfen ist. Dazu s. *BGH*, Urt. v. 3.5.1960 – 1 StR 155/60, NJW 1960, 1358 (1359); *BGH*, Urt. v. 19.3.1996 – 1 StR 497/95, NJW 1996, 2239 (2241); *BGH*, Urt. v. 19.9.2019 – 1 StR 235/19, NStZ 2020, 180 (180); *Hamm/Pauly*, Rn. 530, 598 m.w.N.

⁹⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 22.9.2005 – 2 BvR 93/05, BVerfGK 6, 235 (237); *BGH*, Urt. v. 17.9.2014 – 1 StR 212/14, NStZ 2015, 181 (181); *BGH*, Urt. v. 4.4.2017 – 3 StR 71/17, NStZ 2019, 234 (234); *BGH*, Urt. v. 27.6.2018 – 1 StR 616/17, NStZ 2019, 481 (482).

⁹⁶ *Beulke/Swoboda*, § 29 Rn. 854; *Hamm/Pauly*, Rn. 551; *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 338 Rn. 36; *Gericke*, in: KK-StPO, § 338 Rn. 70; *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, § 338 Rn. 85.

⁹⁷ *Gericke*, in: KK-StPO, § 338 Rn. 72; *Hamm/Pauly*, Rn. 598; *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, § 338 Rn. 85; *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 338 Rn. 39.

schaft -Mitbeschuldigter, StA-Zeuge) hin- und herwechseln könnte, und zwar wahrscheinlich an der Grenze zur dissoziativen Identitätsstörung.⁹⁸ Dann aber leitet sich entweder aus der fehlenden Dienstfähigkeit oder infolge der abwesend gebliebenen Teile der Hauptverhandlung ohne weiteres die reversible Abwesenheit der gesetzlich gebotenen Staatsanwaltschaft bzw. der Verfahrensrolle als Staatsanwalt ab. Ohne in die *selbstherrliche Justiz*⁹⁹ zu fallen, ist ausschlaggebend anzuerkennen, dass hier im Grunde nichts anderes gilt als bei Gerichtspersonal,¹⁰⁰ dessen bloße körperliche Anwesenheit nicht immer mit der funktionellen Anwesenheit gleichbedeutend ist.

Dagegen wird der Einwand erhoben, dass sich die funktionale Amtstätigkeit der Staatsanwaltschaft nicht auf Art. 97 Abs. 1 GG und Art. 101 Abs. 1 GG stütze und deren rechtliche Anforderungen daher immer von denen der Richter oder Schöffen klar abzugrenzen seien.¹⁰¹ Aus konsequentialistischer Sicht scheint dieser Einwand nicht unzutreffend, denn die Funktionalität bzw. Effizienz der Staatsanwaltschaft verstößt nicht unmittelbar gegen die Verteidigungsrechte und die Fairness des konkreten Verfahrens, und es muss daraufhin immer geprüft werden, ob die gerichtliche Entscheidung überhaupt gem. § 337 Abs. 1 StPO auf einem solchen funktionalen Mangel beruht.¹⁰² Dies betrifft aber nicht den eigenen Standpunkt im Ganzen, weil die Integrität der Strafrechtspflege nicht mit dem relativen Zusammenhang zwischen der Fairness des konkreten Verfahrens und der Funktionalität von Prozessbeteiligten einhergeht, sondern mit rechtstaatlichen Minima sowie Vorbedingungen, worin *justizielle Akte (Akt der Institution)* sich überhaupt von bloßen Gewaltakten abgrenzen können.¹⁰³ Ein rechtsstaatliches Strafverfahren setzt anfänglich immer eine Rollenverteilung durch die StPO voraus, damit es sich institutionell entsprechend verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften verwirklichen kann. Nach hier vertretender Auffassung geht es nämlich nicht um die *Bedingungen (Rollenattribute)*¹⁰⁴ wie etwa *gesetzlicher Richter* und *objektiv-neutraler Staatsanwalt*, sondern vor allem um die *Vorbedingungen (Rollen)*, ob die Rolle als *Staatsanwalt* oder *Richter* überhaupt eingenommen wird.¹⁰⁵ Eine Rollenverleugnung, wo die Rollenverteilung zwischen Prozesssubjekten, hier namentlich zwischen Staatsanwalt und Beschuldigtem, komplett unüberschaubar geworden ist, führt ohne weiteres zur *Wiederverteilung bzw. -besetzung der Rolle*. Mit dieser Feststellung kommt die Arbeit zu folgendem Zwischenergebnis.

III. Zwischenfazit: Bilanz der Dekonstruktion

Die Integrität der Strafrechtspflege als Strafprozessbegriff lässt sich definieren als

die durch Rollenverteilung gesicherte Instandhaltung der Machtasymmetrie bei der vertikalen Machtausübung vom Amtsträger auf die Bezugsgruppe bei der Strafrechtspflege.

Die Integrität der Strafrechtspflege ist prozessrechtlich durch *Wiederverteilung bzw. -besetzung der Verfahrensrolle* nur vor solchen Eingriffen zu schützen, die kumulativ die folgenden drei Merkmale enthalten:

1. *Amtspflichtverletzung*: Die Integrität der Strafrechtspflege kann nur aus dem Inneren der Strafrechtspflege heraus angegriffen werden. Erforderlich ist dafür eine Amtspflichtverletzung seitens einer Strafverfolgungs-, Justiz- oder Vollzugsbehörde.
2. *Machtasymmetrie bzw. asymmetrische/vertikale Machtausübung*: Durch eine Amtspflichtverletzung muss der Amtsträger von einem gesetzlichen Verhaltensmuster abgewichen sein, was sich ausschließlich als *Akt der Institution* einstufen und somit der Aufrechterhaltung eines hierarchischen Machtverhältnisses zuordnen lässt.
3. *Erhebliche Störung bei der Machthierarchie*: Infolge der Amtspflichtverletzung muss die Funktionsweise der Strafrechtspflege erheblich beeinträchtigt werden, indem der Amtsträger seine eigene Rolle als Amtsträger verleugnete und sich die Gegenrolle anmaßt, wobei das Machtgefälle zwischen Rollenträger (Amtsträger) und Gegenrollenträger (Bezugsgruppe) durch Verhaltensmuster abgesichert ist.

IV. Das Vertrauen in die Integrität der Strafrechtspflege bei Wechselwirkung von Strafrecht und Strafprozessrecht

Bemerkenswert ist, dass zwei dekonstruktive – und in gewissem Maße rhetorische – Fragen, nämlich ob jede Amtspflichtverletzung innerhalb der Strafrechtspflege eine Integritätsverletzung darstellt und wie eine Abstraktion wie, die institutionelle Integrität konkret als verletzt angesehen wird, uns die Definition der Integrität der Strafrechtspflege und die Merkmale des Angriffs auf die Inte-

⁹⁸ Jäckel (Fn. 14), S. 201 zufolge ist es höchst pathologisch, wenn die in solchen Fällen psychologisch gebotene Rollendistanz nicht eingehalten wird. Der BGH und Teile der Literatur (vor allem Conen/Tsambikakis, in: MüKo-StPO, § 22 Rn. 8) neigen eher zur unrealistischen Gegenansicht. Mit dem Urteil v. 22.1.2008 – 1 StR 607/07 – NStZ 2008, 353 (353) sieht der 5. Senat darin keinen reversiblen Fehler, dass z.B. die Zeugenrolle zusätzlich von dem Staatsanwalt eingenommen wurde. Der 1. Senat geht noch einen Schritt weiter und hält in BGH, Urt. v. 7.12.1993 – 5 StR 171/93, NStZ 1994, 194 (194) die Trennbarkeit der Rolle für rechtlich möglich. In ähnliche Richtung s.a. BGH, Urt. v. 30.1.2007 – 5 StR 465/06, NStZ 2007, 419 (420); BGH, Urt. v. 31.7.2018 – 1 StR 382/14, NStZ 2019, 234 (235). Kritisch hierzu s. Roxin/Schünemann, § 26 Rn. 8.

⁹⁹ Zum Begriff s. Roxin/Schünemann, § 26 Rn. 8.

¹⁰⁰ Hamm/Pauly, Rn. 560. Zur anderen Ansicht s. Gericke, in: KK-StPO, § 338 Rn. 71; Knauer/Kudlich, in: MüKo-StPO, § 338 Rn. 84; Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 338 Rn. 14.

¹⁰¹ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Vorb. § 22 Rn. 3; Siolek, in: LR-StPO, Vorb. § 22 Rn. 12; Heil, in: KK-StPO, Vorb. § 22 Rn. 1, 7; Conen/Tsambikakis, in: MüKo-StPO, § 22 Rn. 7.

¹⁰² Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Vorb. § 22 Rn. 7. Wie beim schlafenden Staatsanwalt s. *OLG Hamm*, Beschl. v. 2.3.2006 – 2 Ss 47/06, NJW 2006, 1449 (1449).

¹⁰³ So ausdrücklich Hamm/Pauly, Rn. 552. Zur Abgrenzung von bloßen Gewaltakten und rechtlich anerkannten justiziellen Akten s. Greco (Fn. 35), S. 252 ff.

¹⁰⁴ Dahrendorf (Fn. 49), S. 37-38.

¹⁰⁵ Vgl. Dahrendorf (Fn. 49), S. 52.

grität enthüllen können. Dies musste allerdings über die Definition und die Merkmale hinausgehen bis hin zur Ergänzung durch das „Vertrauen der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten“. Die bisherige Dekonstruktion schuldet uns deswegen noch eine Antwort auf die Frage, wieso das „Vertrauen der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten“ für die Integrität der Strafrechtspflege von Belang geworden ist. Kritisch betrachtet soll die Dekonstruktion uns noch Aufschluss darüber geben, woran es der Integrität der Strafrechtspflege aus Sicht der Rechtsprechung¹⁰⁶ und zum Teil der Literatur¹⁰⁷ fehlt, sodass das Vertrauen der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten noch ergänzend hinzukommen müsste (*dritte dekonstruktive Frage*). Hier ist zu beachten, dass das für die Ausübung des öffentlichen Amtes erforderliche Vertrauen¹⁰⁸ und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Strafrechtspflege nicht zusammenfallen, wie dies bereits bei dem – zum Teil in der Literatur anerkannten – angeblichen Zusammenhang zwischen Beweisverwertungsverbot und Verlust des Vertrauens in die Integrität des Strafverfahrens ersichtlich ist.¹⁰⁹ Das Vertrauen der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten in die Strafrechtspflege deutet ausschließlich auf die Institution in ihrem Gesamtbild hin.¹¹⁰ Dies wird sich mithilfe der bisherigen Erkenntnisse im weiteren Vergleich der institutionellen und der körperlichen Integritätsverletzung bei Wechselwirkung von Strafrecht und Strafprozessrecht wie folgt zeigen.

1. Vertrauen in die Integrität institutioneller, aber nicht körperlicher Art

Der unterstellte Zusammenhang von Amtspflichtverletzung und dadurch hervorgerufener Störung in der institutionellen Funktionsweise legt den Deutungsrahmen der institutionellen Integrität der Strafrechtspflege dem herkömmlichen Verständnis der körperlichen Integrität nahe. Auf der Makroebene weist die körperliche Integrität lediglich einen im normalen Zustand funktionierenden Gesamtkörper auf,¹¹¹ auf ihrer Mikroebene besteht der Ge-

samtkörper jedoch aus vielfältig organisierten Einheiten von einzelnen Funktionsträgern, die sich so zusammensetzen, um mehrere Aufgaben zu erfüllen, die zum Erhalt des funktionierenden Gesamtkörpers erforderlich sind.¹¹² Verletzung im faktischen Sinne heißt nichts anderes als einen körperlichen Zustand, in dem die Funktionsträger (körperliche Einzelheiten) der Tat von ihren als naturbedingt „normal“ anerkannten Verhaltensmustern abweichen.¹¹³ Der rechtliche Verstoß gegen die körperliche Integrität liegt darin, dass die Tat gegen den Beeinträchtigten und ohne dessen Willen vorgenommen wurde.¹¹⁴ Die grundlegende Formel der Integritätsverletzung körperlicher Art (Willensverstoß + abnormaler Körperzustand) spiegelt sich nicht zufällig darin wider, dass eine Amtspflichtverletzung mit abnormaler Funktionsverweigerung zur Integritätsverletzung institutioneller Art führt (vgl. Abbildung 1).

Diese Sichtweise lässt sich als „naturalistische Grundlage“ bezeichnen, allerdings mit der methodologischen Anmerkung, dass die Ansicht nicht deshalb naturalistisch ist, weil sie ein justizielles Institut mit einem Organismus wie dem menschlichen Körper gleichsetzt,¹¹⁵ sondern weil sie ausgehend von der Körperverletzung eine Zweistufigkeit des Angriffs auf die institutionelle Integrität annimmt, um dem jeweiligen Eingriff in die Integrität der Strafrechtspflege nicht nur eine rechtliche, sondern auch faktische Eigenschaft zuzuweisen. Hierbei gilt diese Grundlage als naturalistisch, solange nicht die Strafrechtspflege, sondern das gestörte hierarchische Machtverhältnis als Faktizität angenommen wird. Dem institutionellen Integritätsbegriff liegt mithin der Naturalismus zugrunde, nach dem der Schaden infolge der Amtspflichtverletzung gerade auf faktischer Ebene in der gestörten Funktionsweise bestehen sollte.¹¹⁶ Sie ist deshalb nur dann sinnvoll, wenn die Amtspflichtverletzung im konkreten Fall tatsächlich vorliegt und es zu einer Rollenverleugnung im hierarchischen Machtverhältnis kommt.

¹⁰⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, NJW 2020, 1049 (1053); *BayObLG*, Beschl. v. 15.1.2024 – 204 VAs 177/23, juris, Rn. 81 f.; *LG Lüneburg*, Beschl. v. 25.1.2010 – 26 Qs 306/09, juris, Rn. 16; *VG Magdeburg*, Ur t. v. 30.3.2017 – 15 A 16/16, juris, Rn. 15, 44.

¹⁰⁷ *Börner*, ZIS 2018, 178 (181); *Kaiske*, JR 2017, 16 (17); *Trüg*, StV 2011, 111 (116); *Wohlers*, StV 2011, 252 (254). Zweifelfind, aber teilweise zustimmend *Albrecht*, ZStW 135 (2023), 523 (533, 564).

¹⁰⁸ Das beruherforderliche Vertrauen bezieht sich immer auf das konkretisierbare und abgrenzbare Verhältnis des Amtsträgers zum Dienstherrn und ggf. der Öffentlichkeit, aber jedenfalls auf die persönliche Integrität. Zur „*Vertrauenswürdigkeit einer Person*“ s. *BVerwG*, Ur t. v. 18.6.2015 – 2 C 9/14, BVerwGE 152, 228, juris, Rn. 11, 19; *BVerwG*, Beschl. v. 2.5.2017 – 2 B 21/16, juris, Rn. 6.

¹⁰⁹ Zum Zusammenhang s. *Kaiske*, JR 2017, 16 (17); *Trüg*, StV 2011, 111 (116); *Wohlers*, StV 2011, 252 (254).

¹¹⁰ Insbesondere bei dem Kopftuchstreit, wo die Richterin bei der Wahrnehmung ihrer Rolle auf das Ablegen des Kopftuchs verzichtet, beschränkt sich die richterliche Argumentation nicht auf das konkrete Vertrauensverhältnis zwischen den Prozessbeteiligten, sondern richtet sich gezielt auf das Vertrauen in die Integrität bzw. Funktionalität der Strafrechtspflege, wie das *BVerfG*, Ur t. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, NJW 2020, 1049 (1053) festgestellt hat.

¹¹¹ *Eser*, ZStW 97 (1985), 1 (3); *Nisco*, ZIS 2021, 1 (1).

¹¹² *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 223 Rn. 1, 18 ff.; *Eser*, ZStW 97 (1985), 1 (5); *Nisco*, ZIS 2021, 1 (2).

¹¹³ Vgl. *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 223 Rn. 20, 21; *Eser*, ZStW 97 (1985), 1 (7 ff.); *Putzke*, in: *FS Herzberg*, 2008, S. 669 (673).

¹¹⁴ *Roxin/Greco*, § 13 Rn. 12, 29.

¹¹⁵ *Jäckel* (Fn. 14), S. 197, 199; Obgleich die beiden Ansichten, namentlich Rollenlehre und Gesellschaft als Organismus, einander nicht ausschließen, folgen m. E. beide, obwohl sie in der Soziologie populär sind, voneinander trennbaren Methoden, bei denen es auf die individuelle Kraft ankommt, inwieweit sich die Einzelnen losgelöst von ihren Rollen oder ihren Funktionen wie Zellen autonom verhalten und damit zur Funktionalität der Rollen bzw. der gesellschaftlichen Zellen beitragen können.

¹¹⁶ Dabei wurde impliziert, dass jede Amtspflichtverletzung einen Integritätsverstoß darstellt (s.o. II. 2.).

Makroebene	Körper	Institution
Mikroebene	Physiologische Vorgänge	Interaktionen
Typisierte Verletzung	Willensverstoß + abnormaler körperlicher Zustand	Amtspflichtverletzung + erheblich gestörte Machthierarchie

Abb. 1: Rechtliche Formen der Integritätsverletzung (modifiziert und ergänzt nach Feldmann [Fn. 14]), S. 197

Der faktische Zusammenhang von Rollenverleugnung und erheblicher Störung bei der Machthierarchie ist immer von solchen Umständen abhängig, unter denen die konkrete Rollenverteilung nicht mehr geeignet erscheint, das hierarchische Machtverhältnis aufrechtzuerhalten. Die naturalistische Grundlage der institutionellen Integrität der Strafrechtspflege wirkt allerdings einschränkend, wenn eine Gefahr für die Integrität in Rede steht. Eine Gefahr für die Integrität der Strafrechtspflege besteht insoweit, als zumindest entsprechend ihren naturalistischen Grundlagen eine *Rollenkollision*¹¹⁷ unausweichlich erscheint, die aus Sicht der objektiven Rolleninhaber die Rollenübernahme unzumutbar macht und damit eine Wiederverteilung bzw. -besetzung der Rolle rechtfertigt. Eine abstrakte oder potenzielle Gefährdung im strafrechtlichen Sinne reicht nicht aus, um die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege zu beeinträchtigen und die Wiederverteilung bzw. -besetzung der Rolle zu rechtfertigen.

Dagegen könnten hier die Vorschriften über Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen angeführt werden und zwar mit dem Argument, dass die Ausschließungsgründe gem. §§ 22, 23 StPO als eine abstrakte Gefährdungslage und die Besorgnis der Befangenheit einer Gerichtsperson (§ 24 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 StPO) abstrakt als potenzielle Gefährdung der Integrität der Strafrechtspflege formuliert sind.¹¹⁸ Dem steht allerdings entgegen, dass unter Ausschließungsgründen übermäßig vermutete Rollenkollisionen aufgeführt werden und § 24 StPO nach

¹¹⁷ Die Rollenkollision betrifft hier den *Interrollenkonflikt* (*Konflikt zwischen zwei Rollen*) im soziologischen Terminus nach Dahrendorf (Fn. 49), S. 97; Feldmann (Fn. 14), S. 71 f.; Jäckel (Fn. 14), S. 203; Schäfers (Fn. 14), S. 81; Vester (Fn. 15), S. 56. Hierbei handelt es sich um nicht zu vereinbarende Erwartungshorizonte, die offensichtlich miteinander kollidieren. Der *Intrarollenkonflikt* (*Konflikt innerhalb der Rolle*) befindet sich dagegen nicht unmittelbar auf institutioneller Ebene.

¹¹⁸ Zur Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 24 StPO durch „Vertrauen in die Rechtspflege bzw. Rechtsprechung“ s. Albrecht, ZStW 135 (2023), 523 (547); Siolak, in: LR-StPO, § 24 Rn. 7–8, 13. In eine ähnliche Richtung vgl. Conen/Tsambikakis, in: MüKo-StPO, § 24 Rn. 17–18.

¹¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 16.6.1973 – 2 BvQ 1/73, 2 BvF 1/73, BVerfGE 35, 246 (253); BVerfG, Beschl. v. 12.7.1986 – 1 BvR 713/83, BVerfGE 73, 330 (335); BVerfG, Beschl. v. 29.6.2004 – 1 BvR 336/04, NJW 2004, 3550 (3551); BGH, Urt. v. 13.3.1997 – 1 StR 793/96, BGHSt 43, 16 (18); Beulke/Swoboda, § 4 Rn. 112; Roxin/Schünemann, § 8 Rn. 1; Schmitt, in: Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, § 24 Rn. 8; Heil, in: KK-StPO, § 24 Rn. 5.

dem objektiv-individuellen Maßstab angewendet wird.¹¹⁹ Aus deren situations- und rollenbedingter faktischer Natur ergeben sich nur Anhaltspunkte für die eigene Meinung, keinesfalls aber Bedenken als solche. Gegen Integritätsverstöße in der Strafrechtspflege stellt sich deshalb nur das Strafprozessrecht als solches, wenn sich eine Störung der institutionsbedingten Machtasymmetrie im Erfolg niedergeschlagen hat oder sich als faktisch unvermeidbar erwiesen hat.

An diesem Punkt erweist sich die Hinzufügung von „Vertrauen“ nicht mehr als bloße begriffliche Ergänzung, sondern als durchaus strategische Erweiterung des Interpretationsrahmens der Integrität der Strafrechtspflege. Das „Vertrauen der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten“ erstreckt sich offensichtlich auf die Integrität der Strafrechtspflege bis hin zu Tatsachen, die für sich genommen nicht ausreichen würden, um die Integrität der Strafrechtspflege konkret zu gefährden, die aber jedenfalls ausreichen, um den bloßen Gefühlszustand, nämlich das Vertrauen der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten, zu erschüttern¹²⁰. Der um das „Vertrauen der Allgemeinheit“ erweiterte Deutungsrahmen stellt bei der Integrität der Strafrechtspflege auf subjektive, im Einzelfall entscheidbare Umstände ab. Dies hat die Integrität der Strafrechtspflege so weit von deren objektiven Grundlagen entfernt, dass sie als Argumentationsfigur beliebig und kontextunabhängig in die strafprozessrechtlichen Fragen eingreifen kann – von der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Dateien als Beweismittel¹²¹ über die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts des Generalvikariats¹²² auf Disziplarklagen gegen Polizeibeamte wegen der Verwendung von ausländerfeindlichen Formularen¹²³ bis hin zur Verfassungsmäßigkeit des Kopftuchverbots für Rechtsreferendarinnen.¹²⁴ Denn das „Vertrauen der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten in die Integrität der Strafrechtspflege“ verdankt seine Geltung im strafprozessrechtlichen Diskurs – selbstverständlich bei der menschlichen Kreativität in der pragmatischen Begriffsbildung – vor allem seiner Mehrdeutigkeit, die den Argumentationsaufwand bei richterlichen oder strafrechtswissenschaftlichen Denkprozessen zweifellos reduziert.

¹²⁰ Folglich kennt die intensive Medienberichterstattung nur irrelevante bzw. unerhebliche Gefahren gegen die Integrität der Strafrechtspflege. Aus diesem Grund wendet sich Albrecht, ZStW 135 (2023), 523 (546, 554) methodologisch gegen „das Vertrauen der Allgemeinheit“ und relativiert damit die objektiv festgelegte Grundlage von §§ 22 ff. StPO. Dies ist keinesfalls ein neuer Ansatz im Strafprozessrecht. Das Vertrauen der Allgemeinheit als Maßstab findet sich nicht selten in Entscheidungen des BVerfG, z.B. stellt das BVerfG, Beschl. v. 15.1.2020 – 2 BvR 1763/16, juris, Rn. 38 fest, dass „ein Verzicht auf die effektive Verfolgung zu einer Erschütterung des Vertrauens und einem Klima der Rechtsunsicherheit führen“ kann. Ausführlich und kritisch s. Erdem, Die Grenzen der Subjektstellung des Opfers, in: JuWissBlog Nr. 56/2023, online abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/56-2023/> (zuletzt abgerufen am 3.3.2025).

¹²¹ Mit dem sog. *manifesten Vertrauensverlust* der Allgemeinheit in die Integrität der Strafverfolgung spricht sich Trüg, StV 2011, 111 (116); gegen die Verwertung rechtswidrig gewonnener und staatlich angekaufter Daten aus; ebenfalls Wohlens, StV 2011, 252 (254) mit der sog. *Dignität der Strafrechtspflege*.

¹²² BayObLG, Beschl. v. 15.1.2024 – 204 VAs 177/23, juris, Rn. 81 f.

¹²³ VG Magdeburg, Urt. v. 30.3.2017 – 15 A 16/16, juris, Rn. 15, 44.

¹²⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, NJW 2020, 1049 (1053).

Unsere pessimistische Herangehensweise widerspricht der optimistischen Auffassung von *Börner*¹²⁵ in der Literatur, wonach das Vertrauen in die Rechtspflege gem. Art. 101 Abs. 2 S. 1 Verfassungsrang habe¹²⁶ und das gesamte Strafverfahren die Akzeptanz eines Urteils vor Störungen durch Misstrauen schütze.¹²⁷ Der Vertrauensschutz beziehe sich auf die „persönliche Integrität des Gerichts“ (§§ 22 ff., 30 StPO) und die „Glaubwürdigkeit der Strafrechtspflege durch Widerspruchsfreiheit“.¹²⁸ Dies erhöhe die Bereitschaft zur Hinnahme des Urteils und optimiere ebenso den Wahrheitsermittlungsprozess.¹²⁹ *Börner* hat seine Ansicht durch den folgenden Satz recht treffend zusammengefasst: „Ohne Glaubwürdigkeit und Integrität der Justiz taugt die schönste Wahrheit gar nichts“¹³⁰. Seine Ansicht stützt sich auf den an *Luhmann* angelehnten systemtheoretischen Ansatz im Strafprozessrecht und erweitert den rein rechtsdogmatischen Horizont mithilfe der sozialpsychologischen Vorkenntnisse über seine gesetzlichen Grundlagen hinaus.¹³¹ Dennoch birgt der systemtheoretische Ansatz in sich die Gefahr,¹³² den Sinn und Zweck des Strafprozessrechts mit allgemeinen Neben- und Fernwirkungen von institutionalisierten Verhaltensweisen¹³³ zu verwechseln. Komplexitätsreduzierung, Entlastung des Entscheidungsprozesses und Erhöhung der Bereitschaft zur Anerkennung entspringen nämlich dem gesellschaftlichen Bedürfnis nach Orientierung, das letztlich durch die Institution bzw. institutionalisiertes Rollenverhalten¹³⁴ befriedigt wird, und zwar unabhängig von der Form und den Attributen der jeweiligen Institution.

Der eigene methodologische Pessimismus spricht gegen den Standpunkt *Börners*. Dass er die Integrität der Strafrechtspflege von außen, aus der Sicht des objektiven Dritten (der Allgemeinheit) denkt und ihr auch die Aufgabe des Vertrauensschutzes zuweist,¹³⁵ widerspricht m.E. der Institutionsbezogenheit der Integrität der Strafrechtspflege. Die Integrität der Strafrechtspflege bestimmt sich erst durch die Verfahrensrollenverteilung, welche ausschließlich von institutionsbedingten Machtbeziehungen abhängt (oben II. 2.). Dies ist nur aus der Innenperspektive¹³⁶, nicht aber von außen zu erfassen (oben II. 1.). Außerdem verhindert die Integrität der Strafrechtspflege in keiner Weise das Misstrauen der Allgemeinheit gegen die

Strafrechtspflege, weil sie nicht das Erscheinungsbild der Strafrechtspflege betrifft (ausführlich unten IV. 2.). Wie die Strafrechtspflege nach außen wirkt, spielt hier somit keine Rolle. Sie dient ohne weiteres der Aufrechterhaltung bzw. dem Fortbestand der Institution als solcher, damit das institutionalisierte Rollenverhalten überhaupt zum Tragen kommen kann (oben III.). Im Grunde genommen weist *Börner* strategisch dem Vertrauen der Allgemeinheit in die Strafrechtspflege einen Verfassungsrang zu,¹³⁷ um die Konnexität zwischen Integrität und Schutz vor Misstrauen bzw. der Glaubwürdigkeit herzustellen. Nach den bisherigen Erkenntnissen der vorliegenden Arbeit weist die derart künstlich geschaffene Brücke indes immer noch die Willkür auf, die entweder in der Rechtsprechung oder in der Literatur, wie bei *Börner*, jedenfalls aber bezüglich des „Vertrauens der Allgemeinheit in die Integrität der Strafrechtspflege“ fehlt.

Ausgehend vom obigen Vergleich mit körperlicher Integrität wäre es hier so gewesen, als hätte man willkürlich festgelegt, dass nicht mehr die körperliche Integrität als Schutzgut verstanden würde, sondern die Sorge¹³⁸ der Rechtsgutträger um ihre eigene körperliche Integrität, weil die menschlichen Belastungen wegen der engen Reichweite der körperlichen Integrität nicht ausgeschlossen werden dürfen. Nicht nur bedenklich, sondern auch absurd wäre die Konstellation, „körperliche Integrität“ wörtlich durch „Sorge“ zu ergänzen, weil „Sorge“ keinesfalls den Schutz des körperlichen Wohlbefindens erweitert, sondern im Gegenteil den gesamten Deutungsrahmen von Integrität körperlicher Art einschließlich seiner naturalistischen Grundlagen und objektiven Begründbarkeit aushöhlt.¹³⁹ Die im Rahmen des materiellen Strafrechts unvorstellbare Konstellation ist im prozessualen Strafrecht jedoch längst Realität¹⁴⁰ und nun aktuell auch in der Rechtspolitik anlässlich des fünften Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes (5. GVG-Novelle).¹⁴¹ Seine rechtspolitisch jüngste Anerkennung verdient an dieser Stelle eine weitere Überprüfung durch bisherige Erkenntnisse, und zwar im Hinblick auf unsere *Schlussfrage*, ob sich das Strafprozessrecht überhaupt maßgebend auf die gefühlten Wahrheiten des alltäglichen Lebens institutionell einzurichten hat.

¹²⁵ *Börner*, Legitimation durch Strafverfahren, 2014, S. 154 ff.; *Börner*, ZIS 2018, 178 (181 f).

¹²⁶ *Börner* (Fn. 125), S. 160; *Börner*, ZIS 2018, 178 (182).

¹²⁷ *Börner* (Fn. 125), S. 159; *Börner*, ZIS 2018, 178 (181).

¹²⁸ *Börner* (Fn. 125), S. 159, 163 ff.; *Börner*, ZIS 2018, 178 (179).

¹²⁹ *Börner* (Fn. 125), S. 160; *Börner*, ZIS 2018, 178 (179).

¹³⁰ *Börner Börner*, ZIS 2018, 178 (182).

¹³¹ *Börner* (Fn. 125), S. 146 ff.; *Börner*, ZIS 2018, 178 (179).

¹³² Als naturalistischer Fehlschluss, s. *Greco* (Fn. 35), S. 154.

¹³³ *Feldmann* (Fn. 14), S. 197; *Schäfers* (Fn. 14), S. 137; *Vester* (Fn. 15), S. 98.

¹³⁴ *Dahrendorf* (Fn. 49), S. 52: „Der Begriff der Rolle bezeichnet nicht Verhaltensweisen, über deren Wünschbarkeit ein mehr oder minder eindrucksvoller Consensus der Meinungen besteht, sondern solche, die für den Einzelnen verbindlich sind und deren Verbindlichkeit institutionalisiert ist, also unabhängig von seiner oder irgendeiner anderen Meinung gilt“.

¹³⁵ *Börner* (Fn. 125), S. 162; *Börner*, ZIS 2018, 178 (179, 181).

¹³⁶ Vor allem s. *Greco* (Fn. 35), S. 154: „[Der systemtheoretische Ansatz] beobachtet das Verfahren von außen, während der Jurist für seinen Blick aus der Innenperspektive Licht benötigt“.

¹³⁷ *Börner* (Fn. 125), S. 162-163.

¹³⁸ Indem die Angst vor einem Grundrechtseingriff mit einer konkreten Grundrechtsverletzung gleichgestellt wurde, vgl. *Schewe*, Das Sicherheitsgefühl und die Polizei, 2009, S. 205, 215, oder als ethische Erwartung, s. *Volk*, in: FS Roxin, 2011, S. 215 (223). In eine ähnliche Richtung s. *Nisco*, ZIS 2021, 1 (4 ff). Dagegen kritisch s. *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 27 ff.

¹³⁹ So im Ergebnis *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 26.

¹⁴⁰ Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass die StPO strikt von strafrechtlichen Grundprinzipien abhängig angewendet werden müsste, sondern zeigt vor allem, dass die Emotionalisierung bzw. Subjektivierung nicht besorgniserregender scheint als in dem strafrechtlichen Diskursrahmen.

¹⁴¹ Regierungsentwurf v. 4.12.2024 zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und zur Vererblichkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen (Veröffentlichung des Referentenentwurfs am 30.8.2024).

2. Schutzwürdigkeit des Vertrauens in die Integrität der Strafrechtspflege

Gem. § 32 Nr. 1 2. Alt GVG geltender Fassung ist in die Vorschlagsliste für ehrenamtliche Richter, nämlich Schöffen, gem. § 36 GVG nicht aufzunehmen und nach § 42 GVG nicht zu Schöffen zu wählen und von der Schöffensliste gem. § 52 Abs. 1 Nr. 1 GVG zu streichen, wer sich einer vorsätzlichen Tat schuldig gemacht hat und rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt wurde.¹⁴² Die 6-Monats-Grenze schien der Regierung nicht mehr plausibel. Die Schwelle sollte demnach durch § 32 GVG-E noch weiter abgesenkt werden, und zwar auf eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen. § 32 GVG-E liegt die rechtspolitische Vermutung zugrunde, dass die Berufung eines Schöffen, der wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer geringeren Freiheits- oder Geldstrafe verurteilt wurde, das Vertrauen der Allgemeinheit und der Verfahrensbeteiligten in die Integrität der Strafrechtspflege beeinträchtigt.¹⁴³ Obwohl das Bundesministerium der Justiz die Schutzwürdigkeit des „Vertrauens der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten“ als von hoher Bedeutung erachtet, bleibt die Novellenbegründung unzureichend, weil sie diese rechtspolitische Entscheidung nicht präzise darlegt. Insbesondere wird in der Begründung der Novelle nicht erläutert, warum bei der Berufung der Schöffen von der 6-Monats-Grenze rechtspolitisch Abstand genommen und eine Grenze von 60 Tagessätze angestrebt wird.

Die rechtspolitisch thematisierte Sorge um den „Vertrauensverlust“ der Allgemeinheit entspricht ebenso wenig der aktuellen Rechtslage, weil der Schöffe bei einer Amtspflichtverletzung durch Beschluss des zuständigen OLG gem. § 51 Abs. 2 S. 1 GVG enthoben sowie durch Anordnung von weiteren Sitzungen bis zur Entscheidung in der Sache entfernt werden kann.¹⁴⁴ Eine Rollenverleugnung oder die Gefahr einer Rollenkollision liegt daher schon im Anwendungsbereich des bisherigen Integritätsschutzes. Im Hinblick auf den vorgegebenen Schutzrahmen wäre es

zu bedenklich, die 60-Tagessätze-Grenze allein auf institutioneller Ebene hin zu fassen. Die vorgeschlagene 60-Tagessätze-Grenze gem. § 32 GVG-E knüpft an eines der Kernthemen des politischen Alltags an, das in der Literatur noch als „resiliente Justiz“ zum Ausdruck kommt.¹⁴⁵ Bei dem § 32 GVG-E zugrundeliegenden Ansatz handelt es sich um eine Art institutionelle Gefahrenmaßnahme zum Schutz des Erscheinungsbildes der Strafrechtspflege vor denjenigen¹⁴⁶, deren Bereitschaft zur Verfassungstreue aus Sicht der Allgemeinheit verdächtig ist.

Davon abzugrenzen sind jedoch Fälle, in denen der Schöffe ernsthaft zum Ausdruck bringt, den institutionellen Erwartungshorizont (insbesondere gem. §§44a, 45 DRiG¹⁴⁷, § 51 GVG) bei der Strafrechtspflege aus politischen, ideologischen oder religiösen Gründen nicht anzuerkennen¹⁴⁸ bzw. nicht zu verinnerlichen¹⁴⁹ und seine Rolle als ehrenamtlicher Richter dementsprechend zu instrumentalisieren.¹⁵⁰ In diesem Fall ist die Gefahr für die Integrität nach den oben dargelegten Kriterien zweifellos gegeben,¹⁵¹ weil eine Rollenverleugnung unausweichlich erscheint, die aus Sicht der objektiven Rolleninhaber die Rollenübernahme unzumutbar macht und damit zur Wiederverteilung bzw. -besetzung der Rolle berechtigt (oben IV. 1.). Politisch-ideologische Überzeugungen oder religiöse Weltanschauungen können als grobe Amtspflichtverletzung i.S.d. § 51 Abs. 1 GVG zur Enthebung des Amtes¹⁵² oder zumindest als Zeichen der Ungeeignetheit i.S.d. § 52 Abs. 1 Nr. 2 zur Streichung von der Schöffensliste¹⁵³ führen.

§ 32 GVG-E verlagert den Schutzbereich vor die bereits institutionell-objektiv gezogenen Grenzen der §§ 51, 52 GVG, ohne zu begründen, wie die 60-Tagessätze-Grenze als Gefahrenmaßnahme zum Schutz des Erscheinungsbildes der Strafrechtspflege fungieren soll, obwohl die Begründungslast bei der Regierung liegt, wie die Vorstrafe die persönlichen Einstellungen der zu berufenden Schöffen beeinflussen kann, oder ob die 60-Tagessätze-Grenze die Gerichte überhaupt von politischen, ideologischen

¹⁴² Barthe, in: KK-StPO, § 32 GVG Rn. 2, 3; Gittermann, in: LR-StPO, § 32 GVG Rn. 3, 5; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 32 GVG Rn. 1, 3; Schuster, in: MüKo-StPO, 2. Aufl. (2025), § 32 GVG Rn. 1.

¹⁴³ RegE (Fn. 141), S. 1, 5.

¹⁴⁴ Barthe, in: KK-StPO, § 51 GVG Rn. 1, 3; Gittermann, in: LR-StPO § 51 GVG Rn. 1; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 51 GVG Rn. 1; Schuster, in: MüKo-StPO, § 51 GVG Rn. 2.

¹⁴⁵ Gärditz, NJW 2024, 9, 407 Rn. 1, 2.

¹⁴⁶ Gärditz, a.a.O., Rn. 22: „Die Integrität der Institutionen des demokratischen Rechtsstaats ist daher zu schützen und insbesondere Extremisten sind konsequent von öffentlichen Ämtern fernzuhalten bzw. aus solchen zu entfernen. [...] Gerade im Richterdienstrecht sind aber fortbestehende Regelungsdefizite greifbar, auch weil ein Extremismus in Robe die Funktionsfähigkeit rechtsstaatlicher Kontrolle kategorial beschädigt.“

¹⁴⁷ Zweifelnd Anger, NJW 2008, 3041 (3042); Wagner, Rechte Richter, 2. Aufl. (2023), S. 259.

¹⁴⁸ Schöffen aus dem „Reichbürger“-Milieu, welche die Legitimität der gesamten Verfassungsordnung der BRD leugnen und dies aktiv propagieren. OLG Dresden, Beschl. v. 8.12.2014 – 2 (S) AR 37/14, juris, Rn. 11; OLG Hamm, Beschl. v. 14.6.2017 – 1 Ws 258/17, juris, Rn. 6; vgl. Barthe, in: KK-StPO, § 51 GVG Rn. 2; Gittermann, in: LR-StPO, § 51 GVG Rn. 4; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 51 GVG Rn. 2; Schuster, in: MüKo-StPO, § 51 GVG Rn. 5; Wagner (Fn. 147), S. 264.

¹⁴⁹ Schöffen, die auf digitalen Plattformen Hassbotschaften gegen Straftäter verbreiten und öffentlich für die Todesstrafe für Sexualdelikte plädieren, KG Berlin, Beschl. v. 25.5.2016 – 3 ARs 5/16, juris, Rn. 17; vgl. Barthe, in: KK-StPO, § 51 GVG Rn. 2; Gittermann, in: LR-StPO, § 51 GVG Rn. 4, 4b; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 32 GVG Rn. 2; Schuster, in: MüKo-StPO, § 51 GVG Rn. 5; Wagner (Fn. 147), S. 265.

¹⁵⁰ Schöffen, die sich der deutschen Rechtspflege widersetzen oder in der Absicht handeln, die deutsche Strafrechtspflege zu sabotieren, BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, BVerfGK 13, 533, juris, Rn. 26; OLG München, Beschl. v. 21.3.2016 – 2 Ws 131/16, juris, Rn. 13; vgl. Anger, NJW 2008, 3041 (3043); Barthe, in: KK-StPO, § 51 GVG Rn. 2; Gittermann, in: LR-StPO, § 51 GVG Rn. 4a; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 32 GVG Rn. 2; Schuster, in: MüKo-StPO, § 51 GVG Rn. 5; Wagner (Fn. 147), S. 264.

¹⁵¹ Barthe, in: KK-StPO, § 51 GVG Rn. 2; Gittermann, in: LR-StPO, § 51 GVG Rn. 3; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 51 GVG Rn. 2; Schuster, in: MüKo-StPO, § 51 GVG Rn. 8.

¹⁵² Barthe, in: KK-StPO, § 51 GVG Rn. 3, 4; Gittermann, in: LR-StPO, § 32 GVG Rn. 6; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 51 GVG Rn. 5; Schuster, in: MüKo-StPO, § 51 GVG Rn. 9.

¹⁵³ BGH, Urt. v. 21.6.1978 – 3 StR 81/78 (S), BGHSt 28, 61 (63); Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 52 GVG Rn. 1; Schuster, in: MüKo-StPO, § 52 GVG Rn. 7. Zweifelnd Barthe, in: KK-StPO, § 52 GVG Rn. 4; Gittermann, in: LR-StPO, § 52 GVG Rn. 4.

oder religiösen Motiven befreien kann. Der derart vorverlagerte Integritätsschutz begegnet insofern Bedenken, als er davon ausgeht, dass vor der Berufung zum Schöff en gewisse persönliche Einstellungen an sich eine Gefahrenquelle für die Integrität der Strafrechtspflege darstellen könnten. Eine solche Gefahrenprognose muss sich nach den bisher erlangten Erkenntnissen auf eine eventuelle Abweichung von einem der Verhaltensmuster beziehen, die ausschließlich einem *Akt der Institution* dient (oben II. 1.) und dessen eventueller Verstoß eine Rollenverleugnung hervorruft (oben II. 2.) oder zumindest eine Rollenkollision (oben IV. 1.) darstellt. Das Fehlen bestimmter politischer, religiöser oder ideologischer Merkmale stellt allerdings eine Abweichung von einem Verhaltensmuster dar, das ausschließlich zum *Akt in der Institution* dient. Eine Abweichung davon beeinträchtigt die Integrität der Strafrechtspflege nur dann, wenn sie sich später als Rollenverleugnung oder Rollenkollision manifestiert (oben IV. 1.). Aus diesem Grund stellen das *Kopftuch*¹⁵⁴ oder die *Mitgliedschaft in einer Partei*, bei der noch nicht festgestellt wurde, verfassungsfeindliche Ziele zu verfolgen¹⁵⁵ oder *Meinungsäußerungen*, die vom Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gedeckt werden,¹⁵⁶ allein keine Gefahr für die Integrität der Strafrechtspflege dar. Sie können hingegen u. U. Misstrauen der Allgemeinheit gegen diese Persönlichkeiten hervorrufen. Diese Sorge betrifft aber nicht die institutionelle Integrität der Strafrechtspflege.

Institutionell betrachtet ist der Schutz der Integrität der Strafrechtspflege immer situations- und rollenbedingt, wie in dem obigen Beispiel des mitbeschuldigten Staatsanwalts dargelegt wurde (oben II. 2.), ferner sind auch die Rollen von den konkreten Umständen abhängig. Ein vermeintlicher Schutz des Erscheinungsbildes der Strafrechtspflege durch eine deutliche Senkung der Schwelle für die Strafschwere bei der Berufung zum Schöff enamt hat nichts mit der Integrität zu tun, es sei denn, dass „integritätsbedrohliche“ situative Umstände für die Rollenkollision wie bei § 32 Nr. 2 GVG¹⁵⁷ je nach Rollenbedingungen ganz *kasuistisch* durch den Entwurf hinzugefügt würden. Außerdem greift das Vertrauen als Maßstab – statt Rollen oder zumindest eines Verhaltensmusters – in die Integrität der Strafrechtspflege ein. Falls sich der strafprozessuale Integritätsschutz am Vertrauensverlust oder an der Erschütterung des Vertrauens der Allgemeinheit zu orientieren beginnt, um bestimmte politische, religiöse oder ideologische Einstellungen von vornherein auszuschließen, geht dies zulasten einer relativierten bzw. subjektivierten Ausgestaltung des Strafverfahrens, die den

Grundlagen ihrer Integrität institutioneller Art entgegensteht (oben III.). *Per definitionem* dient die Integrität der Strafrechtspflege als Garant für die Aufrechterhaltung der hierarchischen Machtverhältnisse innerhalb und außerhalb der Institution (oben III. und II. 1.). Dies gelingt durch die sich auf der Mikroebene ständig wiederholenden Rollenverteilungen und -leistungen, die streng an Verhaltensmuster gebunden sind. Wenn der Rolleninhaber die eigene Rolle verleugnet und sich die Gegenrolle anmaßt, dann handelt es sich um Verhaltensmuster, die noch nicht vollzogen sind. Dies führt zu einer Wiederverteilung bzw. -besetzung der Rolle (oben II. 2.).

Wenn das Vertrauen der Allgemeinheit als Maßstab gilt, d.h. das jeweilige Strafverfahren immer wieder unter die Lupe genommen werden kann, ob es in seinem Erscheinungsbild gelungen ist, das von der Allgemeinheit beanspruchte Vertrauen zu erzeugen, müssten andernfalls die Rollen neu verteilt und besetzt werden. In dieser Konstellation gibt das Verhaltensmuster den eigenen Platz in der individuell feststellbaren Erscheinung des Strafverfahrens auf und von diesem Punkt an wird die ganze Institution nur noch von außen nach innen betrachtet, d.h., der Schutz richtet nicht mehr nach innen, wo die institutionelle Integrität unterstützt werden muss, sondern nach außen, wo das Vertrauen der Allgemeinheit erzeugt werden muss. Das Schlimmste ist aber keinesfalls der Wechsel der Schutzrichtung, sondern die Tatsache, dass die Institution zwangsläufig ihre eigenen Komponenten aufgeben müsste, um ihr eigenes Image zu schützen.¹⁵⁸ Ein Integritätsschutz im Einsatz für das institutionelle Image fördert nicht sich selbst, sondern untergräbt im Gegenteil die Integrität und erodiert die Institution wie ein *Ouroboros*.¹⁵⁹ Entscheidend wäre nämlich nicht mehr das zu pauschalisierende objektiv-voraussehbare Rollenverhalten, sondern die zu relativierenden Emotionen von außen, obwohl sich die Institutionalisierung als Justiz vor die relativierte bzw. subjektivierte Ausgestaltung des Strafverfahrens gestellt hat.¹⁶⁰ Abgesehen davon, wer entscheidet, wer mit welcher politischen, religiösen oder ideologischen Einstellung auf welcher Gefahrenstufe auszuschließen ist, greift dies in den existenziellen Evidenzkonsens der Strafrechtspflege ein, warum die Integrität überhaupt geschützt wird. Wenn der institutionelle Mechanismus sich auf den bloßen Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten beschränkt, kann die institutionelle Integrität verloren gehen. Schließlich bleibt keine Integrität übrig, auf die man sich verlassen kann. Die eigene Kritik betrifft deshalb vor allem nicht die gesunkene Schwelle der Schwere der Strafe gem. § 32 GVG-E, sondern den

¹⁵⁴ *KG Berlin*, Beschl. v. 9.10.2012 – (3) 121 Ss 166/12 (120/12), juris, Rn. 3–5; *LG Bielefeld*, Beschl. v. 16.3.2006 – 3221 b E H 68, juris, Rn. 11; *Gittermann*, in: LR-StPO, § 31 GVG Rn. 19a; *Bader*, NJW 2007, 2964 (2966); *Erdem* (Fn. 120). Dagegen *OLG Hamm*, Beschl. v. 11.4.2024 – III-5 Ws 64/24, juris, Rn. 7; *LG Dortmund*, Beschl. v. 7.11.2006 – 14 (VIII) Gen Str K, juris, Rn. 3; *Krauß*, in: LR-StPO, § 176 GVG Rn. 25.

¹⁵⁵ *OLG Hamm*, Beschl. v. 12.3.2019 – III-1 Ws 111/19, juris, Rn. 8; BT-Drs. 539/10, S. 21; *Gittermann*, in: LR-StPO, § 51 GVG Rn. 4; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 51 GVG Rn. 2; *Schuster*, in: MüKo-StPO, § 51 GVG Rn. 4.

¹⁵⁶ Ausführlich *Barthe*, in: KK-StPO, § 51 GVG Rn. 2. Arg. e contrario s. *OLG München*, Beschl. v. 21.3.2016 – 2 Ws 131/16, juris, Rn. 19–20.

¹⁵⁷ Obwohl die herrschende Meinung hier als Anhaltspunkt zu dessen Verfassungsmäßigkeit die sog. „Gefahr des Vertrauensverlustes“ heranzieht (*BGH*, Urt. v. 6.8.1987 – 4 StR 319/87, BGHSt 35, 28; *Gittermann*, in: LR-StPO, § 32 GVG Rn. 8; *Schuster*, in: MüKo-StPO, § 32 GVG Rn. 7), handelt es sich hier m.E. um nichts anderes als eine Rollenkollision, die die Integrität der Strafrechtspflege verletzt (oben IV. 1.). Das Vertrauen der Allgemeinheit bzw. der Prozessbeteiligten in diejenigen, gegen die ein Ermittlungsverfahren läuft, spielt hier keine Rolle.

¹⁵⁸ *Dahrendorf* (Fn. 49), S. 52.

¹⁵⁹ Mythische Kreatur, die sich in den eigenen Schwanz beißt.

¹⁶⁰ *Feldmann* (Fn. 14), S. 197; *Schäfers* (Fn. 14), S. 137; *Vester* (Fn. 15), S. 98.

anerkannten Ansatz. Dieser Ansatz öffnet Tor und Tür für eine willkürliche Ausgestaltung der Gesamtstruktur des Strafverfahrens, welche den Ausschluss einer feministischen Staatsanwältin aus der Strafkammer für Sexualdelikte gleichermaßen – zu Unrecht – legitimieren würde.¹⁶¹

V. Schlussfazit: Vertrauen der Allgemeinheit als Ouroboros der Integrität

Die *Schlussfrage* (oben III. 1.) dieser Arbeit kann folgendermaßen beantwortet werden:

Ein Verstoß gegen die Integrität der Strafrechtspflege muss sich entweder in einer faktischen Störung der Machthierarchie niederschlagen oder der Eintritt der Störung muss sich zumindest als unvermeidlich erweisen. Das gestörte hierarchische Machtverhältnis ist nämlich eine Tatsache. Demnach untergliedert es sich in zwei Modalitäten: Rollenverleugnung als Integritätsverletzung, wie im Zwischenfazit dargelegt, und Rollenkollision als Integritätsgefährdung. Eine Gefahr für die Integrität der Strafrechtspflege kommt insoweit vor, wo zumindest eine Rollenkollision unausweichlich erscheint, die aus Sicht eines objektiven Rolleninhabers die Rollenübernahme unzumutbar macht und damit zur Wiederverteilung der Rollen berechtigt.

Das „Vertrauen der Allgemeinheit und der Prozessbeteiligten“ ergänzt nicht nur die „Integrität der Strafrechtspflege“ mit einem subjektiven Anhaltspunkt, vielmehr dehnt es den strafprozessualen Integritätsschutz auf Bereiche aus, in denen eine faktische Störung auf der institutio-

nellen Ebene nicht feststellbar ist. Dieser Ansatz erachtet die institutionelle Integrität als zu subjektiv bestimmt, um das öffentliche Ansehen der Strafrechtspflege adäquat zu fördern. Diesem Umstand trägt die 5. Novelle des GVG Rechnung. Sie würde den Integritätsschutz auf eine Art institutionelle Gefahrenabwehr zum Schutz des Erscheinungsbildes stützen, sodass sich die Strafrechtspflege dadurch gegen potenziell integritätsgefährdende Schöffengewappnen könnte. Hierbei handelt sich um zwei Grundannahmen:

- a) *Bestimmte persönliche Einstellungen als Gefahren für die Integrität der Strafrechtspflege stellt die vorliegende Arbeit im Ergebnis in Abrede*, weil das Vorhandensein bestimmter persönlicher Einstellungen nicht die Integrität gefährden kann und das geltende Recht bereits Instrumente gegen eine Rollenverleugnung oder -kollision aufgrund religiöser, politischer oder ideologischer Weltanschauung zur Verfügung stellt.
- b) *Das Vertrauen der Allgemeinheit in das Erscheinungsbild der Strafrechtspflege als Maßstab lehnt die Arbeit ebenso ab*, da der zum Schutz des Ansehens der Institution errichtete Integritätsschutz zwangsläufig eigene Komponenten verlassen und erodieren muss. Das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Strafrechtspflege als rechtspolitisches Ziel für das Strafverfahrensrecht ist somit ein Ouroboros, ein unaufhörlicher Kreis, der sich selbst negiert!

Als Ergebnis sollte § 32 GVG-E nicht in dieser Form in Kraft gesetzt werden.

¹⁶¹ Bei der Teilnahme einer feministischen Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft wendet der 5. *Strafsenat* des BGH § 24 Abs. 1 2. Alt StPO nach dem seinerseits festgelegten objektiven Maßstab (s.o. Fn. 119) an und hält eine solche politische Einstellung an sich nicht für eine Gefahr für die Integrität, BGH, Urt. v. 18.1.2024 – 5 StR 473/23, juris, Rn. 12. Kritisch *Walter*, JZ 2024, 1043 (1044, 1046), soweit der Gesetzgeber sich bereiterklären würde, das allgemeine Vertrauen in die Integrität der Strafrechtspflege vor jenem Misstrauen zu schützen, wäre er bereits bereit, sich gegen jede politische Richtung zu stellen.

Eine Lücke im Haftbefehl gegen mutmaßliche Kriegsverbrecher?

von Rosa-Lena Lauterbach*

Abstract

Am 6. Juni 2024 hat der Ermittlungsrichter am BGH Haftbefehl¹ gegen fünf Tatverdächtige erlassen, die im Rahmen des syrischen Bürgerkriegs Gräueltaten an der dortigen Zivilbevölkerung verübt haben sollen. Allein eine Chance könnte hier vertan worden sein: Der Haftbefehl enthält keinen Vorwurf des Aushungerns der Zivilbevölkerung als Kriegsverbrechen, obwohl der Generalbundesanwalt beim BGH in seiner Sachverhaltsdarstellung ausdrücklich Umstände aufgreift, die diesen Verdacht begründen könnten. Dieser Beitrag wird dieser Lücke im Haftbefehl nachgehen und näher auf das Kriegsverbrechen des Aushungerns der Zivilbevölkerung nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) eingehen. Im Gegensatz zu dem entsprechenden Tatbestand des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs führt § 11 Abs. 1 Nr. 5 VStGB bislang ein nicht hinreichend beachtetes Dasein.

On June 6, 2024, the investigating judge at the German Federal Court of Justice issued arrest warrants for five suspects alleged to have committed war crimes and crimes against humanity in the context of the Syrian civil war. With these warrants, German law enforcement seized yet another opportunity to hold perpetrators of atrocities committed in the context of this armed conflict accountable. Germany has generally been at the forefront of worldwide domestic efforts to combat impunity for international crimes; this is particularly noteworthy when it comes to the situation in Syria. Yet, one unique opportunity to close an existing gap in the international prosecution of war crimes committed against Syrian civilians may have been missed: The arrest warrants do not include a charge of the war crime of starving civilians as a method of warfare,

even though the evidence indicated in an according press release issued by the Federal Prosecutors' Office suggests that four of the five defendants may also have committed this war crime. As this article outlines, this is particularly pitiful, seeing as Germany would have been in a singular position to prosecute the war crime of starving civilians in the Syrian context.

I. Einleitung

Deutschland befindet sich im internationalen Vergleich unter denjenigen Staaten, die eine hervorgehobene Rolle in der nationalen Verfolgung von Völkerstraftaten einnehmen.² Dies tritt deutlich anhand der Verfahren zu Verbrechen im Kontext des syrischen Bürgerkriegs zutage, die bis dato mehrheitlich³ in deutschen Gerichtssälen verhandelt werden. Neben den aufsehenerregenden laufenden Verfahren vor dem OLG Frankfurt⁴ und OLG Koblenz⁵ bahnt sich mit den Ermittlungen gegen Jihad A., Mahmoud A., Sameer S., Wael S. sowie Mazhar J. eine weitere Gelegenheit an, die deutsche Rechtsprechung zu Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit auszubauen. Möglicherweise hätte sich der deutschen Justiz hier jedoch eine besondere, beinahe einmalige Gelegenheit geboten, zur Klärung wichtiger Fragen des humanitären Völkerrechts beizutragen und zugleich das flächendeckende⁶ Aushungern der syrischen Zivilbevölkerung zu ahnden. Während Art. 8 Abs. 2 (b) (xxv) des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (RS) im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt zwischen Israel und der Hamas international hohes Aufsehen erregt hat,⁷ ist eine Debatte um sein deutsches Pendant bis dato ausgeblieben. Das ist bedauerndswert, da sich

* Rosa-Lena Lauterbach ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Institute for International Peace and Security Law (Universität zu Köln).

¹ Pressemitteilung des Generalbundesanwalts beim BGH v. 3.7.2024; <https://www.generalbundesanwalt.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/Pressemitteilung-vom-03-07-2024.html> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025)

² Zu Deutschlands Vorreiterrolle in der nationalen Durchsetzung des Völkerstrafrechts, Jeßberger, Journal of International Criminal Justice, Volume 2, Issue 4 (2023), 779-792.

³ Nach einer Entscheidung des Kassationsgerichts in Paris zur Bestätigung des Weltrechtsprinzips ist neben Deutschland, Belgien, Schweden und den Niederlanden auch Frankreich nun dazu in der Lage, vergleichbare Verfahren durchzuführen; Deutsche Welle v. 12.05.2023, <https://www.dw.com/de/urteil-französische-justiz-darf-kriegsverbrechen-im-ausland-ahnden/a-65607902> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025). Ein erstes Urteil zur Beihilfe zu Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit erging dort am 25. Mai 2024; Deutschlandfunk v. 26.5.2024, <https://www.deutschlandfunk.de/drei-syrer-wegen-beihilfe-zu-kriegsverbrechen-in-abwesenheit-verurteilt-102.html> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025). Eine Übersicht zu allen derzeit laufenden Verfahren im Zusammenhang mit in Syrien begangenen Völkerstraftaten findet sich hier: <https://ujim.trialinternational.org/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁴ OLG Frankfurt a.M. 5-3 StE 2/21 - 4 - 2/21; Pressemitteilung Nr. 70/2021 v. 10.11.2021; <https://olgko.justiz.rlp.de/presse-aktuelles/detail/prozessauftakt-im-verfahren-wegen-mitgliedschaft-in-der-auslaendischen-terroristischen-vereinigung-islamischer-staat-is-krriegsverbrechen-und-mord> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁵ Pressemitteilung des OLG Koblenz v. 25.3.24; <https://olgko.justiz.rlp.de/presse-aktuelles/detail/prozessauftakt-im-verfahren-wegen-mitgliedschaft-in-der-auslaendischen-terroristischen-vereinigung-islamischer-staat-is-krriegsverbrechen-und-mord> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁶ Nach Auswertung der Nichtregierungsorganisation Global Rights Compliance waren 2022 14,6 Millionen Einwohner Syriens auf humanitäre Hilfe infolge der „kneel (surrender) or starve“-Strategie des Regimes angewiesen, hierzu die Webseite „Starvation in Armed Conflict Today: Syria“, abzurufen unter: <https://starvationaccountability.org/publications/syria/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁷ Dazu etwa CNN v. 20.5.2024; <https://edition.cnn.com/2024/05/20/middleeast/icc-israel-hamas-arrest-warrant-war-crimes-intl/index.html> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025); zur rechtlichen Einordnung beispielhaft Douglas Guilfoyle, Articles of War v. 2.5.2024; <https://lieber.westpoint.edu/what-happens-icc-issues-warrants-senior-hamas-israeli-leaders/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025), Tom Dannenbaum, Just Security v. 20.5.2024; <https://www.justsecurity.org/95864/international-criminal-court-arrest-warrants-israel-hamas/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

die komplexen Probleme zur Auslegung dieses Völkerstrafatbestands vom internationalen in das nationale Recht durchziehen.

Um die mehrschichtigen Problemkreise nachzuzeichnen, wird dieser Beitrag anhand des von der Bundesanwaltschaft angedeuteten Sachverhalts (II) zuerst die internationale Fassung der Verfolgung dieses Kriegsverbrechens und dann die nationale Umsetzung im Völkerstrafgesetzbuch (III, IV) beleuchten, um dann zum Kern der Wirrungen vorzudringen: Dem Aushungern der Zivilbevölkerung als nach dem Konfliktvölkerrecht verbotene Methode der Kampfführung (V).

II. Zum Tatsächlichen: Der Haftbefehl

Am 3. Juli 2024 sind insgesamt fünf Tatverdächtige festgenommen worden, denen vorgeworfen wird, im Rahmen des syrischen Bürgerkriegs zwischen 2011 und 2014 Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen zu haben. Ihnen wird zur Last gelegt, als Mitglieder der bewaffneten Miliz „Free Palestine Movement“ (FPM) etwa an der gewaltsamen Niederschlagung einer friedlichen Demonstration mitgewirkt und mehrfach Zivilisten bedroht, körperlich misshandelt oder gefoltert zu haben. Insoweit steht eine ganze Reihe von Völkerstrafataten im Raum:

- Tötung und versuchte Tötung von Zivilisten als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen (§ 7 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB, §§ 22, 23 Strafgesetzbuch (StGB)),
- Folter (§ 7 Abs. 1 Nr. 5, § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB),
- Freiheitsberaubung (§ 7 Abs. 1 Nr. 9 VStGB),
- Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form der Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 7 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 3 VStGB) und
- Kriegsverbrechen gegen Eigentum (§ 9 Abs. 1 VStGB).

Die Tatvorwürfe knüpfen in weiten Teilen an die in der Pressemitteilung wiedergegebenen tatsächlichen Anhaltspunkte an. Allein ein tatsächlich folgenschwerer Umstand bleibt in strafrechtlicher Hinsicht folgenlos, nämlich die vollständige Abriegelung des damaszenischen Stadtteils Al Yarmouk, durchgeführt (mitunter) durch die FPM. So heißt es in der Pressemitteilung:

„Jihad A., Mahmoud A., Sameer S. und Wael S. gehörten spätestens ab dem Frühjahr 2011 in Syrien der bewaffneten Miliz „Free Palestine Movement“ (FPM) an. Die Miliz übte seinerzeit im Auftrag des syrischen Regimes die Kontrolle über Al Yarmouk aus. Dieses Stadtviertel in Damaskus war aus einem palästinensischen Flüchtlingslager entstanden und überwiegend von Palästinensern bewohnt. Ab Juli 2013 riegelte das syrische Regime Al

Yarmouk vollständig ab. In der Folge kam es unter den Bewohnern zu einem Mangel an Nahrung, Wasser und medizinischer Versorgung.“⁸

Diese Darstellung begründet die Vermutung, dass sich vier der fünf Tatverdächtigen am Kriegsverbrechen des Aushungerns der Zivilbevölkerung beteiligt haben könnten. Wie die Bundesanwaltschaft ausführt, sollen sich mehrere der ihnen vorgeworfenen Taten an Checkpoints zugetragen haben, „welche die FPM und andere regime-treue Milizen zum Betreten oder Verlassen des Stadtviertels eingerichtet hatten.“ Wenn die Tatverdächtigen (unter anderem) an diesen Checkpoints eingesetzt und nicht rein zufällig zugegen waren, waren sie zugleich Teil der Belagerungsoperation, die die FPM zur Unterstützung des syrischen Regimes durchführte. Ist das Aushungern das beabsichtigte Ziel einer Belagerungsstrategie, nutzt der Kommandoinhaber seine Kontrolle über bestehende Ein- und Ausgänge in besonders restriktiver Weise, um dadurch größtmögliche Entbehrungen bei den eingeschlossenen Personen hervorzurufen.⁹ So wird eine Belagerungstaktik, die darauf ausgerichtet ist, Personen innerhalb eines Gebiets von der lebensnotwendigen Versorgung abzuschneiden, ganz zentral über die Kontrolle an Ein- und Ausgängen (lies: Checkpoints) durchgesetzt. Nach den Feststellungen der Bundesanwaltschaft scheint dies auch in Al Yarmouk der Fall gewesen zu sein. Wenn Mahmoud A., Mazhar J., Sameer S. und Wael S. an den Checkpoints im Einsatz waren, waren sie somit selbst Bestandteil dieser aushungernden Operation. Es schiene hier also zumindest plausibel, wenn der Haftbefehl einen entsprechenden Tatvorwurf beinhalten würde. Die Grundlage zur Verfolgung bietet § 11 Abs. 1 Nr. 5 VStGB:

„Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt das Aushungern von Zivilpersonen als Methode der Kriegsführung einsetzt, indem er ihnen die für sie lebensnotwendigen Gegenstände vorenthält oder Hilfslieferungen unter Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht behindert, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.“

Dies wirft die Frage auf, ob und wenn ja, weshalb sich die Bundesanwaltschaft gegen eine Strafverfolgung aufgrund des Tatbestands des Aushungerns der Zivilbevölkerung entschieden haben könnte. Drei Antworten kommen in Betracht: Die Bundesanwaltschaft hält eine Verurteilung aufgrund dieses Kriegsverbrechens für unwahrscheinlich, da die nötige (völkergewohnheitsrechtliche) Grundlage für eine Verurteilung auf wackligen Beinen steht, die Tatverdächtigen erfüllen die Tatbestandsvoraussetzungen nicht (nachweislich) in ihrer Person oder dieser Strafatabbestand wurde schlichtweg übersehen. Die vollständigen Ermittlungsergebnisse der Bundesanwaltschaft sind natürlich nicht öffentlich, womit sich diese Frage nicht eindeutig beantworten lässt.

⁸ Pressemitteilung des Generalbundesanwalts beim BGH v. 3.7.2024; <https://www.generalbundesanwalt.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/Pressemitteilung-vom-03-07-2024.html> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁹ Zur Logik von Belagerungen aus militärischer Sicht schreibt Amos Fox, Major der U.S. Army: „Siegess are a game of dominance. The side that can obtain dominance and maintain it over time while exacting a disproportionate toll on an adversary’s sustainment network is likely to win.“ Fox, *The RUSI Journal*, Vol. 122, Nr. 2 (2021), 18-28 (27).

Da das Kriegsverbrechen des Aushungerns der Zivilbevölkerung jedoch alles andere als unumstritten ist, wäre es nachvollziehbar, wenn sich die Bundesanwaltschaft hier zur Schonung öffentlicher Ressourcen *bewusst* gegen dessen Verfolgung entschieden hätte (hierzu § 170 Abs. 2 S. 1 StPO). Denn es stehen weitere, (leichter) nachweisbare Völkerstraftaten im Raum, die zudem eine höhere Strafandrohung als § 11 Abs. 1 VStGB beinhalten (so etwa § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB, der die lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht). Auf Täterseite würde sich eine Verurteilung auf Grundlage des Verbrechens des Aushungerns der Zivilbevölkerung daher nicht auswirken. In solchen Fällen sieht auch § 154a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO vor, dass „die Verfolgung auf die übrigen Teile der Tat oder die übrigen Gesetzesverletzungen beschränkt werden kann, was indes aktenkundig gemacht werden muss“ (§ 154a Abs. 1 S. 2 StPO).

Ein Vergleich zwischen dem Römischen Statut und dem VStGB zeigt allerdings, dass sich die Verfolgung dieses Kriegsverbrechens in Deutschland womöglich trotz des Aufwands durchaus gelohnt hätte.

III. Aktueller denn je: Aushungern vor dem IStGH

Die Kriegsverbrechen des deutschen VStGB sind grundsätzlich an das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs angelehnt.¹⁰ Aufgrund eines Aushungerns der Zivilbevölkerung macht sich strafbar, wer ihr die lebensnotwendigen Gegenstände vorenthält. Für den internationalen bewaffneten Konflikt wird das Kriegsverbrechen im englischen Original von Art. 8 Abs. 2 (b) (xxv) RS folgendermaßen beschrieben:

“Art. 8 Abs. 2: For the purpose of this Statute, “war crimes” means:

(b): Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

¹⁰ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/8524, S. 12.

¹¹ Protokoll der achtzehnten Sitzung der Mitgliedstaaten des IStGH Dok. ICC-ASP/18/32.

¹² Der Wortlaut der Vertragsänderung für nicht-internationale bewaffnete Konflikte weicht leicht von dem des Art. Abs. 2 (b) (xxv) ab, da sich Hilfslieferungen hier nicht auf die Genfer Abkommen stützen lassen. Dort heißt es: „Intentionally using starvation of civilians as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival, including willfully impeding relief supplies“ (Hervorhebung durch die Verfasserin); Amendment to article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Intentionally using starvation of civilians), Resolution ICC-ASP/18/Res.5 v. 3.12.2019; <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/icc-statute-amendment-art8-starvation-2019?activeTab=> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

¹³ Darunter Andorra, Belgien, Kroatien, Zypern, Estland, Deutschland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, die Niederlande, Dänemark, Neuseeland, Norwegen, Portugal, Rumänien, Slowenien, Schweiz, die Ukraine und Uruguay, siehe Übersicht der *United Nations Treaty Collection* (Stand: 28.11.2024); https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TRATY&mtidsg_no=XV-III-10g&chapter=18&clang=_en (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

(xxv): *Intentionally using starvation of civilians as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival, including willfully impeding relief supplies as provided for under the Geneva Conventions*”

Eine 2019 von der Schweiz¹¹ eingebrachte Vertragsänderung¹², die das Aushungern der Zivilbevölkerung auch im Rahmen nicht-internationaler bewaffneter Konflikte unter Strafe stellt (Art. 8 Abs. 2 (e) (xix) RS), ist bis dato von nur 19 Mitgliedstaaten¹³ ratifiziert worden.

Dieses Kriegsverbrechen erregte im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt zwischen Israel und der Hamas in den vergangenen Monaten hohes Aufsehen.¹⁴ Der Chefankläger des IStGH, *Karim Khan KC*, beantragte Haftbefehle gegen Israels amtierenden Premierminister *Benjamin Netanyahu* und seinen damaligen Verteidigungsminister *Yoav Gallant* bei der Ersten Vorverfahrenskammer und stützte diese zentral auf diesen Vorwurf (dort wörtlich: „Israel has intentionally and systematically deprived the civilian population in all parts of Gaza of objects indispensable to human survival“).¹⁵ Kommentatoren wie *Tom Dannenbaum*,¹⁶ und *Yousuf Syed Khan*¹⁷ haben die Problemlage vor dem IStGH jeweils ausgiebig erörtert. Der Chefankläger sieht in der durch Israel eingesetzten Blockade neben den Prüfmaßnahmen und Zugangshindernissen für humanitäre Hilfslieferungen ausreichende Hinweise darauf, dass dieses Kriegsverbrechen gegen die Zivilbevölkerung des Gazastreifens verwirklicht worden ist. Diesen Verdacht bestätigend, gab die Erste Vorverfahrenskammer den Haftbefehlsanträgen am 21. November 2024 statt.¹⁸

Obwohl auch einige deutsche Kommentatoren die Haftbefehlsanträge analysiert haben, lag der Schwerpunkt der Auseinandersetzung bisher nicht auf einer tiefeschürfenden Erörterung dieses Kriegsverbrechens oder seinem Ursprung im humanitären Völkerrecht, sondern bei – nicht

¹⁴ S.o., Fn. 7; zusätzlich gingen auch bereits frühere Berichte in diese Richtung, etwa von Human Rights Watch v. 18.12.2023, <https://www.hrw.org/news/2023/12/18/israel-starvation-used-weapon-war-gaza> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025); BBC v. 28.3.2024, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-68679482> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025); *Alana Mitias/Yousuf Syed Khan*, Atlantic Council v. 16.7.2024, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/israeli-officials-are-accused-of-weaponizing-starvation-in-gaza-heres-what-you-need-to-know/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

¹⁵ Pressemitteilung des Chefanklägers *Karim Khan KC* zu den Haftbefehlsanträgen im Palästina-Verfahren gegen *Yahya Sinwar, Mohamed Diab Ibrahim Al-Masri (Deif), Ismail Haniyeh, Benjamin Netanyahu* und *Yoav Gallant* v. 20.5.2024; <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

¹⁶ *Tom Dannenbaum*, Just Security v. 11.10.2023; <https://www.justsecurity.org/89403/the-siege-of-gaza-and-the-starvation-war-crim-e/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

¹⁷ *Yousuf Syed Khan*, Just Security v. 31.5.2024; <https://www.justsecurity.org/96257/assessing-gaza-starvation/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

¹⁸ Pressemitteilung des IStGH v. 21.11.2024; <https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-requests-state-israels-challenges> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

zu vernachlässigenden – Zulässigkeitsfragen.¹⁹ Dabei gäbe es allen Grund, hierzulande besonderes Augenmerk auf diesen Straftatbestand zu legen.

IV. Weltrechtspflege in Deutschland: § 11 Abs. 1 Nr. 5 VStGB im Unterschied zum Rom-Statut

Ein entsprechendes Verfahren gegen *Mahmoud A., Mazhar J., Sameer S. und Wael S.* böte insoweit deutlich mehr als die Chance, die fachliche Diskussion in Deutschland zu vertiefen und so geneigte Wissenschaftler zu erfreuen. Analysen zum Gesamtkonflikt in Syrien haben ergeben, dass Taktiken mit aushungernder Wirkung dort systematisch gegen Zivilisten angewandt worden sind und zu großem Leid innerhalb der Bevölkerung führten.²⁰ In Anbetracht dessen erscheint die bislang ausbleibende Verfolgung des Kriegsverbrechens des Aushungerns der syrischen Zivilbevölkerung als empfindliches Desiderat.

Im Gegensatz zur „Situation Palästina“ werden Kriegsverbrechen an der syrischen Zivilbevölkerung nämlich derzeit nicht vor dem *IStGH* verfolgt. Übertragen auf diesen Konflikt ergeben sich gleich mehrere Zugangshürden. Zum einen ist der *IStGH* nicht zuständig, da Syrien kein Mitglied des Römischen Statuts ist (Art. 12 Abs. 1 RS) und eine Überweisung durch den Sicherheitsrat (Art. 13 Abs. 1 b) RS) in dieser Sache unwahrscheinlich bleibt.²¹ Zum anderen wäre auch im Falle der Überweisung durch einen Vertragsstaat, in dem *ein Teil des Tatbestands* verwirklicht wird (Art. 14 Abs. 1 RS),²² keine Gerichtsbarkeit aufgrund des Aushungerns der Zivilbevölkerung als Kriegsverbrechen gegeben. Diese Möglichkeit wird im

Zusammenhang mit Jordanien diskutiert, da der Staat an Syrien angrenzt, viele geflüchtete Opfer des Konflikts aufgenommen hat und Mitgliedsstaat des Römischen Statuts ist.²³ Allerdings wäre bereits fragwürdig, ob sich das Aushungern der Zivilbevölkerung als grenzübergreifendes Delikt konstruieren lässt, in dem zumindest ein Tatbestandsmerkmal auf dem Boden des Vertragsstaats verwirklicht wird.²⁴ Zudem handelte es sich bei dem Bürgerkrieg in Syrien um einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt,²⁵ womit die Überweisung wohl von einem der 19 Staaten kommen müsste, die die oben angeführte Vertragsanpassung von 2019 angenommen haben (arg. ex Art. 121 Abs. 5 RS). Jordanien gehört nicht zu dieser Gruppe.²⁶

Hier eröffnet sich der besondere Vorteil der Verfolgung dieses Kriegsverbrechens durch deutsche Strafverfolgungsbehörden. Das VStGB greift bereits seit seinem Inkrafttreten weitgehend gleichermaßen bei Kriegsverbrechen in internationalen wie nicht-internationalen bewaffneten Konflikten.²⁷ Insoweit geht die deutsche Pönalisierung über die des Römischen Statuts hinaus.²⁸ Der Gesetzgeber ging zu Erlass des VStGB nämlich davon aus, dass die Rechtsprechung der internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda eine Tendenz zur Gleichbehandlung internationaler und nichtinternationaler bewaffneter Konflikte bestätigte.²⁹

Auf Grundlage des Weltrechtsprinzips können deutsche Strafverfolgungsbehörden daher im Interesse der internationalen Gemeinschaft dort Straftaten verfolgen, wo der Zugang zum *IStGH* versperrt bleibt. So ergingen bereits

¹⁹ Allein zwei Kommentatorinnen gingen etwas vertiefter auf die abgeschnittenen Versorgungswege zum Gazastreifen ein und ordneten dies folgendermaßen ein: „Ebenfalls in allen Arten bewaffneter Konflikte ist das Aushungern einer feindlichen Zivilbevölkerung als Mittel der Kriegsführung (*siege warfare*) ausdrücklich verboten und nach Art. 8 Abs. 2 b) xxv) Rom-Statut als Kriegsverbrechen geächtet. In der Praxis bedeutet dies, dass eine komplette Abriegelung bzw. eine Belagerung nur gegen ein legitimes militärisches Ziel eingesetzt werden darf. Zivilist:innen dürfen auf keinen Fall Ziel der Belagerung sein, und die Versorgung der Zivilbevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern darf nicht verhindert werden. Der Zugang zu Lebensmitteln darf auch dann nicht verhindert werden, wenn diese auch Kämpfern zukommen könnten. Eine vollständige Abriegelung, welche die Lieferung von Lebensmitteln, Trinkwasser und Medikamenten für Gazas Zivilbevölkerung unmöglich macht, ist, anders als etwa die Verhinderung der Einfuhr von Treibstoff oder der Lieferung von Strom, unter keinen Umständen verhältnismäßig und völkerrechtlich zulässig.“ *Siehe Asseburg/Wiese*, *Verfassungsblog* v. 20.10.2023; <https://verfassungsblog.de/die-graueltaten-der-hamas-israels-reaktion-und-das-volkerrechtliche-primat-zum-schutz-der-zivilbevölkerung/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025); siehe auch *Bock*, *Verfassungsblog* v. 21.5.2024; <https://verfassungsblog.de/anfrage-mit-sprengkraft/>; *Ambos*, *Verfassungsblog* v. 19.8.2024; <https://verfassungsblog.de/amicus-curiae-deutschland-istgh-israel/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

²⁰ S.o., Fn. 6; für eine weitere Kurzübersicht, siehe *Rollins*, *Atlantic Council* v. 19.7.2017; <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/syriasource/palestinian-syrian-militarization-in-yarmouk/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025); ausführlicher *Hägerdal*, *Starvation as Siege Tactics: Urban Warfare in Syria*. *Studies in Conflict & Terrorism*, 46 (7), S. 1241–1262; zum systematischen Charakter des Einsatzes aushungernder Belagerungen, siehe auch die Pressemitteilung des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen SC/12203 v. 15.1.2016; <https://press.un.org/en/2016/sc12203.doc.htm> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

²¹ Pressemitteilung des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen SC/11407 v. 22.5.2014; <https://press.un.org/en/2014/sc11407.doc.htm> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

²² So liegt der Präzedenzfall zur Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit an der muslimischen Minderheit der Rohingya in Myanmar (kein Mitglied des *IStGH*) durch Bangladesch (Mitglied des *IStGH*); siehe Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar ICC-01/19; <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

²³ Legal Action Worldwide, Policy Paper #10 v. November 2023; <https://www.legalactionworldwide.org/wp-content/uploads/Policy-Brief-10-Syria.pdf> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

²⁴ Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar ICC-01/19, Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation v. 14.11.2019, para. 43.

²⁵ Zu diesem Ergebnis kam für den hier betroffenen Zeitraum *Gill*, *International Law Studies* 92 (2016), 354–380 (362 ff.).

²⁶ S.o., Fn. 13.

²⁷ Ausnahmen stellen inzwischen lediglich §§ 8 Abs. 3 und 9 Abs. 2 VStGB dar, die ausdrücklich nur im Rahmen des internationalen bewaffneten Konflikts gelten.

²⁸ Insbesondere zum Aushungern der Zivilbevölkerung als Methode der Kriegsführung wurde bereits vor Inkrafttreten des Römischen Statuts kritisiert, dass solche Handlungen nicht auch für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt in Art. 8 Abs. 2 (e) RS unter Strafe gestellt wurden. Für dessen völkerwohnheitsrechtliche Anerkennung gab es zu diesem Zeitpunkt nämlich bereits gewichtige Anhaltspunkte; siehe *Kreß*, in: *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 30 (2000), S. 103–178 (134).

²⁹ Daher gebe das VStGB den gesicherten Stand des Völkerwohnheitsrechts wieder: „Das Völkerstrafgesetzbuch setzt lediglich das geltende Völkerwohnheitsrecht im Bereich des Strafrechts in das deutsche Recht um, will aber im Übrigen die Entwicklung des humanitären Völkerrechts nicht beschränken“; siehe Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/8524, S. 23–25.

mehrere Urteile wegen Kriegsverbrechen im syrischen Kontext, die sonst vermutlich ungesühnt geblieben wären.³⁰

Da es sich um ein Allgemeindelikt handelt, ist darüber hinaus nicht nur der jeweilige Befehlshaber strafbar, der das Aushungern der Zivilbevölkerung anordnet.³¹ Auch, wenn die Tatverdächtigen *Mahmoud A.*, *Mazhar J.*, *Sameer S.* und *Wael S.* hier also selbst keine Befehlshoheit innegehabt hätten, kämen sie als Täter in Betracht. Formell könnte die Bundesanwaltschaft somit zur Verfolgung des Aushungerns der Zivilbevölkerung als Kriegsverbrechen vorgehen und so darauf hinwirken, die bestehende Strafbarkeitslücke im syrischen Kontext zu schließen. Die Verfolgung dieses Kriegsverbrechens könnte im Übrigen auch im Wege einer präjudiziellen Entscheidung der Bundesanwaltschaft zur Fortentwicklung der Staatenpraxis auf internationaler Ebene beitragen.³² All dies zeigt, welch besondere Bedeutung ein deutsches Verfahren zur Ahndung des Aushungerns der syrischen Zivilbevölkerung entfalten könnte.

Die dargestellten gewichtigen Argumente zugunsten der Verfolgung aufgrund des Aushungerns der Zivilbevölkerung lassen es wenig nachvollziehbar erscheinen, dass die Bundesanwaltschaft hier nicht auch auf dieser Grundlage ermittelt. Bezüglich des materiellen Tatbestands teilen das Römische Statut und das VStGB jedoch ein entscheidendes Problem, das hier womöglich von der Verfolgung abgehalten hat. Zur Begehung kommt es nämlich auf eine beabsichtigte Überschreitung des konfliktvölkerrechtlich Zulässigen an. Ein Kriegsverbrechen kann nur dort begangen werden, wo das nach (gewöhnheitsrechtlich anerkannten) konfliktvölkerrechtlichen Vorschriften erlaubte Maß an Gewalt überschritten wird.³³ Wo diese Grenze hinsichtlich aushungernder Praktiken liegt, die nicht durch direkte Angriffe auf lebensnotwendige Gegenstände, sondern durch Zugangsbeschränkungen umgesetzt werden, ist hochumstritten. Es verwundert daher nicht, dass Experten wie *Emanuela-Chiara Gillard* und *Geoffrey Corn* die Haftbefehlsanträge des *Chefanklägers Karim Khan KC gegen Netanjahu* und *Gallant* für alles andere als *niedrig hängende Früchte* hielten.³⁴

V. Zur Wurzel des Problems: Aushungern im humanitären Völkerrecht

Der Streit im Konfliktvölkerrecht entzündet sich am im

internationalen bewaffneten Konflikt geltenden Artikel 54 des Ersten Zusatzprotokolls vom 6. Juni 1977 (ZP I). Wenngleich unklar ist, inwieweit dieser Artikel zur Auslegung der völkerstrafrechtlichen Norm herangezogen werden kann,³⁵ wird die darin enthaltene Grundregel des Konfliktvölkerrechts derart uneinheitlich interpretiert, dass sich dies unweigerlich auch auf völkerstrafrechtlicher Ebene niederschlägt. Dessen erste drei Absätze lauten im englischen Original folgendermaßen:

“Article 54 - Protection of objects indispensable to the survival of the civilian population

1. Starvation of civilians as a method of warfare is prohibited.

2. It is prohibited to attack, destroy, remove or render useless objects indispensable to the survival of the civilian population, such as foodstuffs, agricultural areas for the production of foodstuffs, crops, livestock, drinking water installations and supplies and irrigation works, for the specific purpose of denying them for their sustenance value to the civilian population or to the adverse Party, whatever the motive, whether in order to starve out civilians, to cause them to move away, or for any other motive.

3. The prohibitions in paragraph 2 shall not apply to such of the objects covered by it as are used by an adverse Party:

(a) as sustenance solely for the members of its armed forces; or

(b) if not as sustenance, then in direct support of military action, provided, however, that in no event shall actions against these objects be taken which may be expected to leave the civilian population with such inadequate food or water as to cause its starvation or force its movement.”

Dieser Wortlaut bereitete im Verlauf der Vertragsverhandlungen zum Ersten Zusatzprotokoll offenbar solche Schwierigkeiten, dass der Berichterstatter der Dritten Arbeitsgruppe dem Komitee zur Vorbereitung des Entwurfprotokolls „mehr Glück“ auf der Suche nach einer besseren Formulierung wünschte (so wortwörtlich: „*The Rapporteur hopes the drafting Committee will have better*

³⁰ Hierzu beispielhaft *BGH*, Beschl. v. 10.8.2021, Az. 3 StR 212/21, *BGH*, Beschl. v. 5.4.2022, Az. 3 StR 16/22, *BGH*, Beschl. v. 10.8.2022, Az. 3 StR 187/22, *BGH*, Beschl. v. 19.12.2023, Az. 3 StR 160/22.

³¹ *Hiéramente/Gebhard*, in: LK-StGB, Bd. 20, 13. Aufl. (2023), § 11 VStGB Rn. 7, 102.

³² Dies zeigt sich etwa am Einstellungsvermerk des Generalbundesanwalts beim *BGH* zum Ermittlungsverfahren gegen *Oberst Klein* und *Hauptfeldwebel W.* wegen des Verdachts einer Strafbarkeit nach dem VStGB und anderer Delikte vom 16.10.2010 (Az. 3 BJs 6/10-4), der bis heute als einer der wenigen Anhaltspunkte für nationale Staatenpraxis zu den gewohnheitsrechtlichen Grenzen des Exzessverbots im Konfliktvölkerrecht herangezogen wird; siehe *Doswald-Beck/Henckaerts*, International Committee of the Red Cross Customary International Humanitarian Law, Volume II: Practice (2005); <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule14> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

³³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/8524, S. 23.

³⁴ *Corn/Gillard*, Articles of War v. 15.5.2024, <https://lieber.westpoint.edu/war-crime-starvation-irony-grasping-low-hanging-fruit/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025); ähnlich sahen es *Cohen* und *Shany*, die zusammenfassen: “the novelty and complexity of some of the legal assumption[s] [sic!] underlying some of the prospective charges, as well as the limited engagement – at this stage of the process – with the full factual and legal context, including complementarity issues, leave many questions unanswered.”, *Cohen/Shany*, Just Security v. 25.5.2024; <https://www.justsecurity.org/96135/the-prosecutors-uphill-legal-battle-the-netanyahu-and-gallant-icc-arrest-warrant-requests/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

³⁵ *Hiéramente/Gebhard*, in: LK-StGB, § 11 VStGB Rn. 101.

luck“).³⁶ Hier können nicht alle Konfliktpunkte im Zusammenhang mit der Vorschrift vertieft behandelt werden. Die Grundzüge des Streits seien aber im Folgenden kurz erläutert:

Während das Aushungern der Zivilbevölkerung durch Art. 54 Abs. 1 ZP I als Methode der Kampfführung verboten ist, gilt das Aushungern von Kombattanten nach dem Konfliktvölkerrecht als erlaubt.³⁷ Dies führt dann zu Spannungen, wenn sich Kämpfer und Zivilpersonen gleichzeitig in einem belagerten Gebiet aufhalten. So fragt sich, ob eine Belagerungstaktik rechtmäßig sein kann, die zum Zweck des Aushungerns von Kombattanten auch Zivilpersonen in Mitleidenschaft zieht.

Teilweise wird das Verbot eng interpretiert, sodass nur das gezielte Aushungern der Zivilbevölkerung erfasst ist.³⁸ Kommt es der aushungernden Konfliktpartei dagegen gerade darauf an, die in der Zivilbevölkerung eingebetteten Kämpfer auszuhungern, ist das Verbot nach dieser Interpretationslinie nicht verletzt. Dies wird insbesondere mit dem Wortlaut des Ersten Absatzes von Art. 54 ZP I begründet, der ‚starvation of civilians as a method of warfare‘ verbietet.³⁹ Aus dieser Formulierung wird abgeleitet, dass es der Konfliktpartei darauf ankommen muss, das Leid in der Zivilbevölkerung für die eigenen militärischen Zwecke – *as a method of warfare* – zu nutzen. Dieser Interpretationsart scheint ein nicht unerheblicher Teil der Staatengemeinschaft ausweislich ihrer Militärhandbücher zu folgen (beispielhaft Schweden, Vereinigtes Königreich, USA).⁴⁰

Andere gehen von einem weiten Verbot aus.⁴¹ Vertreter dieser Strömung halten den Wortlaut des ersten Absatzes von Art. 54 ZP I für uneindeutig und ziehen stattdessen die nach ihrer Ansicht klarer formulierten Folgeabsätze 2 und 3 heran. Abs. 2 legt fest, dass *Angriffe* auf lebensnotwendige Objekte verboten sind, um sie wegen ihrer Bedeutung für den Lebensunterhalt der Zivilbevölkerung *oder der gegnerischen Partei* vorzuenthalten. Diese Ver-

botsregel gilt somit auch dann, wenn Angriffe auf lebensnotwendige Objekte zu einem militärischen Vorteil, etwa zur Schwächung des Gegners durchgeführt werden. In diesem Absatz ist dieser Lesart entsprechend verankert, dass die Motivlage des betreffenden Angriffs unerheblich ist. Angriffe auf lebensnotwendige Objekte seien stets verboten, „gleichviel ob Zivilpersonen ausgehungert oder zum Fortziehen veranlasst werden sollen oder *ob andere Gründe maßgebend* sind.“⁴² Darüber hinaus werden auch die im dritten Absatz von Art. 54 ZP I festgelegten Ausnahmen zu Abs. 2 zur Begründung dieser Sichtweise herangezogen, da sie *ausnahmsweise* erlaubte Angriffe auf lebensnotwendige Gegenstände *der Streitkräfte* verbieten, wenn andernfalls zu befürchten steht, dass die Zivilbevölkerung infolgedessen unterversorgt zurückbliebe. Demnach sind also nicht nur solche Angriffe verboten, die die Zivilbevölkerung aushungern *sollen*, sondern auch solche, die die Zivilbevölkerung absehbar aushungern *werden*, da ihr gemeinsam mit den betroffenen Streitkräften die Lebensgrundlage entzogen wird. Daraus wird abgeleitet, dass das etwaige Motiv stets unerheblich sein muss. Das Verbot des Aushungerns der Zivilbevölkerung gelte gleichermaßen für Belagerungen und Angriffe gegen lebensnotwendige Objekte. Vertreter dieser Ansicht führen an, dass es normativ nicht zu begründen sei, das in Art. 54 ZP I im inneren Zusammenhang formulierte Verbot fragmentarisch zu betrachten. Stattdessen wird argumentiert, dass auch die Einbeziehung der Kampfführungsregeln zu einem weiten Verbot führen müsse, da nur so dem Unterscheidungsgebot und dem Exzessverbot Rechnung getragen werde.⁴³ Zuletzt mache es keinen Unterschied, ob der Zivilbevölkerung die Lebensgrundlage durch Abriegeln oder durch Angriffe auf ihre lebensnotwendigen Versorgungsgüter entzogen wird. Der erzielte Effekt bleibe derselbe; wie es *Pablo Arrocha Olabuenaga* im Zusammenhang mit den Feindseligkeiten im Gazastreifen ausdrückt: „Starvation is starvation is starvation“.⁴⁴

Diese offenen Auslegungsfragen haben großen Einfluss auf das, was völkerstrafrechtlich als Kriegsverbrechen des

³⁶ Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Volume XV, Summary Records and Reports of Committee III, Vol. XV, CDDH/III/264/Rev.1, S. 349; https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/l1mlp/RC-records_Vol-15/RC-records_Vol-15.pdf (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

³⁷ So etwa Department of Defense Law of War Manual, June 2015 (Updated July 2023), § 5.20.1.

³⁸ *Watts*, International Law Studies 95 (2019), 1-48 (18-19).

³⁹ *Drew*, International Law Studies 95 (2019), 302-321 (313-314).

⁴⁰ Schwedens Handbuch zum Konfliktvölkerrecht schreibt hinsichtlich Blockaden vor, dass das Aushungern der Zivilbevölkerung verboten sei, soweit es vorsätzlich erfolge: “[it is prohibited to implement blockades] *if the intention is to kill and not primarily to force a capitulation*”, Schweden, International Humanitarian Law in Armed Conflict, with reference to the Swedish Total Defence System, Swedish Ministry of Defence, Januar 1991, § 2.2.3, S. 19; zum nicht-internationalen bewaffneten Konflikt führt das Handbuch des Vereinigten Königreichs aus: “The right to life is a non-derogable human right. Violence to the life and person of civilians is prohibited, whatever method is adopted to achieve it. It follows that the destruction of crops, foodstuffs and water sources, to such an extent that starvation is likely to follow, is also prohibited. The same applies to sieges, blockades, embargoes, or the blocking of relief supplies *with the intention of causing starvation*”, United Kingdom, The Manual of the Law of Armed Conflict, Ministry of Defence, 1

July 2004, §§ 15.19–15.19.1; ähnlich das amerikanische Handbuch: “Starvation *specifically directed against the enemy civilian population* [...] is prohibited. For example, it would be prohibited to destroy food or water supplies *for the purpose of denying sustenance to the civilian population*”, Department of Defense Law of War Manual, June 2015 (Updated July 2023), § 5.20.1; Hervorhebungen durch die Verfasserin.

⁴¹ *Dannenbaum*, Chicago Journal of International Law, Vol. 22, Nr. 2 (2021), 368-442; *ders.*, International Law Studies 97 (2021), 307-394.

⁴² Vgl. die deutsche Übersetzung von Art. 54 Abs. 2 ZP I, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1982/1362_1362_1362/de, (zuletzt abgerufen am 2.3.2025). Hervorhebung durch die Verfasserin.

⁴³ So *Dannenbaum*, International Law Studies 97 (2021), 307-394 (dort insbes. S. 364-374); dies ebenfalls diskutierend etwa *Akande/Gillard*, Journal of International Criminal Justice, Volume 17, Issue 4 (2019), 753–779; eine Einbeziehung des Exzessverbots ebenfalls für denkbar haltend: *Watts*, in: Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project, Research and Policy Paper, Mai 2014, <http://blogs.harvard.edu/cheoproject/files/2013/10/CHE-Project-IHL-and-SC-Practice-concerning-Urban-Siege-Operations.pdf> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁴⁴ *Arrocha Olabuenaga*, Just Security v. 25.03.2024, <https://www.justsecurity.org/93864/starvation-is-starvation-is-starvation/>, (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

Aushungerns der Zivilbevölkerung verfolgt werden kann. Wie schon oben erwähnt, „lösen nicht alle Kriegshandlungen, die nach dem humanitären Völkerrecht verboten sind, zugleich eine Strafbarkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch aus, da sich nicht für alle völkerrechtlichen Verbote auch eine Strafbewehrung auf Völkergewohnheitsrecht stützen lässt“.⁴⁵ So dürfte auch der *IStGH* derzeit zentral mit der Frage befasst sein, wie das Verbot völkergewohnheitsrechtlich zu interpretieren ist und ob es sich auswirkt, dass die Belagerung des Gazastreifens nach israelischen Angaben das Ziel der Schwächung von Hamas-Kämpfern verfolgte.⁴⁶

Hinzukommt außerdem, dass es Unklarheiten im Zusammenhang mit der Zustimmung zu humanitären Hilfslieferungen gibt. Das Verbot des Aushungerns der Zivilbevölkerung ist in den Zusatzprotokollen zwar durch eine Verpflichtung zur Zulassung lebensnotwendiger Hilfsgüter zugunsten der Zivilbevölkerung flankiert. Allerdings ist auch diese Vertragsgrundlage schwammig; so bleibt es den *betroffenen Parteien* nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschrift vorbehalten, die Zustimmung zu humanitären Hilfslieferungen *abzulehnen*. Dazu heißt es in Art. 70 Abs. 1 ZP I:

„If the civilian population of any territory under the control of a Party to the conflict, other than occupied territory, is not adequately provided with the supplies mentioned in Article 69, relief actions which are humanitarian and impartial in character and conducted without any adverse distinction shall be undertaken, subject to the agreement of the Parties concerned in such relief actions.“

Dem Wortlaut der Formulierung nach zu urteilen, bleibt es den *betroffenen Parteien* („Parties concerned“) frei überlassen, Lieferungen notwendiger Hilfsgüter nicht zuzustimmen. Dagegen hat sich inzwischen zwar weithin durchgesetzt, dass die Zustimmung nicht willkürlich verweigert werden darf.⁴⁷ Gegen diese Willkürbegrenzung wird jedoch teilweise eingewandt, dass sie einer rechtlichen (nicht nur ausdrücklich vertraglichen) Grundlage entbehre. Einige Kommentatoren befürworten daher stattdessen einen weiten staatlichen Ermessensspielraum.⁴⁸ In diese Richtung wird argumentiert, die Vertragsstaaten seien bei Abschluss der Zusatzprotokolle nur bereit gewe-

sen, den limitierten Begünstigtenkreis des Vierten Genfer Abkommens von 1949 (siehe insbesondere Artikel 23 und Artikel 55) zu erweitern, wenn die weitreichende Entscheidungsprärogative der Staaten zur Ablehnung von Hilfsmaßnahmen aus militärischen Gründen erhalten bliebe. Fortan sollte somit zwar die gesamte Zivilbevölkerung von humanitärer Hilfe profitieren können, dies jedoch nicht um den Preis der Einschränkung militärischer Erwägungen der Vertragsstaaten.

Kann eine Konfliktpartei die Verweigerung ihrer Zustimmung zu humanitären Hilfslieferungen also mit nachvollziehbaren militärischen Gründen untermauern, ist der Vorwurf des Aushungerns in solchen Konstellationen insgesamt schwer zu begründen.⁴⁹ Dies gilt auch dann, wenn (nachvollziehbar) davon ausgegangen wird, dass die Willkürgrenze inzwischen allgemein anerkannt ist.

All die oben angesprochenen Auslegungsschwierigkeiten gelten zudem in erster Linie hinsichtlich internationaler bewaffneter Konflikte, da sie aus dem dafür geltenden ZP I abgeleitet werden. Wie es im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt beziehungsweise nach dem Völkergewohnheitsrecht aussieht, ist noch wesentlich unklarer. Insoweit sei hier betont, dass das im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt geltende Zweite Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 6. Juni 1977 (in das wesentliche Inhalte des ZP I zum Aushungern übertragen wurden) nicht von Syrien ratifiziert worden ist.⁵⁰ Es käme in einem etwaigen Verfahren gegen syrische Kriegsverbrecher also maßgeblich auf das Völkergewohnheitsrecht an.

Die 2005 erschienene Völkergewohnheitsrechtsstudie des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) hat zu den oben erläuterten Problemkomplexen zweierlei festgestellt.⁵¹ Erstens wird anerkannt, dass das Verbot des Aushungerns der Zivilbevölkerung als Methode der Konfliktführung jedenfalls Belagerungen erfasst, die gezielt gegen Zivilpersonen gerichtet sind.⁵² Zweitens sieht es die Studie als völkergewohnheitsrechtlich bestätigt an, dass die Verweigerung des Zugangs humanitärer Hilfslieferungen zu belagerten Gebieten auf triftigen militärischen Gründen fußen muss und dort ihre Grenze findet, wo die Zivilbevölkerung ansonsten tatsächlich auszuhungern

⁴⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/8524, S. 23.

⁴⁶ Zur israelischen Begründung der isolierenden und die Versorgung abschneidenden Strategie im Gazastreifen siehe Israeli Ministry of Foreign Affairs, Hamas-Israel Conflict 2023: Frequently Asked Questions v. 6.12.2023, <https://www.gov.il/en/pages/swords-of-iron-faq-6-dec-2023#7> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025); Israeli Ministry of Foreign Affairs, Hamas-Israel Conflict 2023: Humanitarian Efforts v. 14.12.2023; <https://www.gov.il/en/pages/israel-hamas-conflict-2023-humanitarian-efforts> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁴⁷ Akande/Gillard, *International Law Studies* 92 (2016), 483-511; *dies.*, *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict* (2016); <https://www.elac.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2022/06/oxfordguidancepdf.pdf> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁴⁸ *Watts*, *International Law Studies* 94 (2019), 1-51 (23-46).

⁴⁹ Hierzu etwa Pomson, *Articles of War* v. 7.11.2023; <https://lieber.westpoint.edu/obligation-allow-facilitate-humanitarian-relief/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁵⁰ Vgl. die Übersicht der Vertragsstaaten des Zweiten Zusatzprotokolls v. 6.6.1977, einsehbar auf der Webseite des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/apii-1977/state-parties?activeTab=> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁵¹ *Doswald-Beck/Henckaerts*, *International Committee of the Red Cross Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules* (2005), <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁵² Rule 53, *Starvation of Civilians as a Method of Warfare*, in: *Doswald-Beck/Henckaerts*, *International Committee of the Red Cross Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules* (2005), <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule53> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025); Rule 54, *Attacks on Objects Indispensable to the Survival of the Civilian Population*, in: *Doswald-Beck/Henckaerts*, *International Committee of the Red Cross Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules* (2005), <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule54> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

droht.⁵³ Ob die Verweigerung von Hilfe willkürlich ist, hängt also zumindest nach Ansicht des IKRK von den konkreten Umständen ab und muss von Fall zu Fall entschieden werden. In extremen Situationen, in denen das Ausbleiben der Hilfe auf eine Hungersnot hinauslaufen würde, können nach dem IKRK keine Gründe für eine rechtmäßige Ablehnung angeführt werden. Lehnt eine Konfliktpartei dennoch die Zustimmung zu humanitären Hilfslieferungen ab, verstößt sie gegen das Verbot des Aushungerns der Zivilbevölkerung. All dies veranlasst das IKRK inzwischen dazu, insgesamt von strengen Grenzen hinsichtlich der Belagerung als Methode der Kampfführung auszugehen: „*Sieges may only be directed exclusively against the enemy's armed forces.*“⁵⁴

Es bestehen jedenfalls gute Gründe dafür, hohe rechtliche Anforderungen an Belagerungsoperationen zu stellen, von denen eine Zivilbevölkerung mitbetroffen ist. Zeitgleich können es dynamische Konfliktsituationen in urbanen Gebieten unmöglich machen, dem stets Folge zu leisten. Hier ergibt sich ein letztes wichtiges konfliktvölkerrechtliches Spannungsfeld, das zugleich den Bogen zur völkerstrafrechtlichen Verfolgung des Kriegsverbrechens spannt. Wie oben angeführt, kann der Tatbestand des Aushungerns der Zivilbevölkerung nicht so weit gefasst sein, dass damit konfliktvölkerrechtlich erlaubtes Verhalten sanktioniert wird.⁵⁵ Insoweit drohen Art. 8 Abs. 2 (b) (xxv) und Abs. 2 (e) (xix) RS jedoch mit dem Konfliktvölkerrecht zu kollidieren. Diese Straftatbestände gehen im Zusammenhang mit der Verweigerung der Zustimmung zu humanitären Hilfslieferungen nämlich von einer abgeminderten Vorsatzschwelle („*wilfully impeding*“, s.o.) aus. Hierzu wird kommentiert, dass es nach einem subjektiven Tatbestand solcher Formulierung bereits ausreicht, „wenn der Täter unter leichtfertiger Missachtung des Risikos des Erfolgeintrittes handelt“.⁵⁶ Es dürfte also nach dem Wortlaut bereits strafbewehrt sein, Hilfslieferungen aus einem *legitimen* Verweigerungsgrund abzulehnen, wenn es ansonsten absehbar zu schwerwiegenden Mängeln bei einer betroffenen Zivilbevölkerung kommen *könnte*. Das ist insbesondere dann problematisch, wenn eine belagerte Konfliktpartei pflichtwidrig ihre Kontrolle über die eingeschlossene Zivilbevölkerung nutzt, um ihr jeden Zugang zu Hilfslieferungen gewaltsam zu verwehren und so den Druck auf die belagernde Konfliktpartei zu erhöhen.⁵⁷ Auch in diesem Fall könnte sich die belagernde Konfliktpartei nach dem Römischen Statut strafbar machen, obwohl der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit eher bei der belagerten Partei anzusiedeln wäre. Besonders im Lichte des

oben angeführten Ermessensspielraums eines Staates zur Verweigerung der Zustimmung zu Hilfslieferungen aus militärischen Gründen kann ein solches Ergebnis kaum überzeugen. Darüber, wie sich diese Vorsatzanforderung stattdessen sinnvoll interpretieren lässt, hat der *IStGH* bisher nicht entschieden. In dieser Hinsicht ist bemerkenswert, dass die *Erste Vorverfahrenskammer* des *IStGH* den Haftbefehlen gegen *Benjamin Netanyahu* und *Yoav Gallant* letztlich mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf stattgab, dass es keine militärisch nachvollziehbaren Gründe zur Beschränkung der Zufuhr von notwendigen Hilfsgütern gegeben habe.⁵⁸

Im Rahmen der Verfolgung dieses Kriegsverbrechens in Deutschland ergibt sich dieses Problem indes nicht, da § 11 Abs. 5 VStGB erst dort greift, wo „Hilfslieferungen unter Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht behindert“ werden. Wie dieser Beitrag aufzeigt, spiegelt dieser Halbsatz jedoch die alles entscheidende Kernfrage wider, wann das konfliktvölkerrechtlich zulässige Maß von Isolation und Entbehrung überschritten wird. Bislang gibt es darauf keine eindeutige Antwort.

VI. Eine vertane Chance?

Hätte sich die Bundesanwaltschaft hier zur Verfolgung des Kriegsverbrechens des Aushungerns der Zivilbevölkerung entschieden, wären womöglich gleich zwei Streiche auf einmal gelungen. Erstens hätte der Generalbundesanwalt beim *BGH* damit zur Klärung der oben aufgezeigten völkerrechtlichen Fragen beitragen und sich so dem Momentum vor dem *IStGH* anschließen können. Zweitens hätte man ein klares Zeichen gesetzt, auch im Hinblick auf bisher straflos gebliebene Qualen, die der syrischen Zivilbevölkerung durch die aushungernden Praktiken des Regimes zugefügt wurden, darauf hinzuwirken, dass die Verantwortlichen zur Rechenschaft gezogen werden.

Zwar bestehen die oben aufgezeigten Rechtsprobleme. Doch erscheint die Begründung eines dringenden Tatverdachts dessen ungeachtet – nach dem aus der Pressemitteilung hervorgehenden Sachverhalt – keineswegs fernliegend. Sogar unter Anwendung engster Auslegungsmaßstäbe dürften nachvollziehbare (militärische) Gründe kaum infrage kommen, die das Aushungern der Bevölkerung in Al Yarmouk rechtfertigen könnten. Insoweit legen indizienweise auch einvernehmlich beschlossene Sicherheitsratsresolutionen (dies eine Seltenheit) nahe, dass die

⁵³ Rule 55, Access for Humanitarian Relief to Civilians in Need, in: *Doswald-Beck/Henckaerts*, International Committee of the Red Cross Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules (2005), <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule55> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁵⁴ Übersicht des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz, <https://www.icrc.org/en/document/protection-civilian-population-during-sieges-what-law-says> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁵⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/8524, S. 25.

⁵⁶ *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), S. 566, Rn. 1226-1227.

⁵⁷ Zu den Pflichten einer belagerten Konfliktpartei, *Schmitt/Lauterbach*, Articles of War v. 5.7. 2024, <https://lieber.westpoint.edu/under-siege-loac-obligations-besieged-party/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁵⁸ „Furthermore, the Chamber found reasonable grounds to believe that no clear military need or other justification under international humanitarian law could be identified for the restrictions placed on access for humanitarian relief operations. Despite warnings and appeals made by, *inter alia*, the UN Security Council, UN Secretary General, States, and governmental and civil society organisations about the humanitarian situation in Gaza, only minimal humanitarian assistance was authorised. In this regard, the Chamber considered the prolonged period of deprivation and Mr Netanyahu’s statement connecting the halt in the essential goods and humanitarian aid with the goals of war“; s.o., Fn. 18.

Verweigerung humanitärer Hilfen zu belagerten syrischen Ortschaften willkürlich und damit rechtswidrig erfolgte.⁵⁹ Schließlich könnte sogar ein nicht in Verurteilung mündendes Verfahren national wie international einen Beitrag zur Konkretisierung dieses bislang in der Praxis vernachlässigten und doch so wichtigen Straftatbestands leisten.⁶⁰

Die behördlichen Ressourcen zur Verfolgung von Völkerstraftaten sind begrenzt. Aus ressourcenschonender Perspektive wäre es nachvollziehbar, hätte sich die Bundes-

anwaltschaft ausschließlich zur Verfolgung solcher Völkerstraftaten entschieden, die sie sicher(er) nachweisen kann. Dennoch bleibt bedauerlich, dass es derzeit nicht danach aussieht, als würde Deutschland eine Vorreiterrolle in der Ausschärfung der konfliktvölkerrechtlichen Grenzen aushungernder Strategien einnehmen. So bleibt nur zu hoffen, dass der deutschen Justiz hier besonders angesichts der beschränkten Gerichtsbarkeit des *IStGH* keine einmalige Gelegenheit entglitten ist.

⁵⁹ Etwa UN Dok. UNSC S/Res./2165 (2014), <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2165> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

⁶⁰ S.o., Fn. 32; vergleichbare Wirkung könnte ein entsprechender Einstellungsvermerk in diesem Verfahren entfalten.

Was ist Postkolonialismus? Eine kriminalpolitische Notiz

von Leonardo Braguinski*

Abstract

Bei brisanten Themen wie Rassismus oder Kolonialismus kann es schon mal passieren, dass die Emotionen hochkochen. Dieser kurze Beitrag versucht, das Thema Postkolonialismus aus kriminalpolitischer Sicht zu betrachten und die Debatte zu versachlichen.

When it comes to controversial topics such as racism or colonialism, emotions can sometimes run high. This short article attempts to look at the topic of post-colonialism from a criminal policy perspective and to make the debate more rational.

I. Einleitung

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) hat am 27. September 2024 bekannt gegeben, dass sie ab 2025 eine Kolleg-Forschungsgruppe zum Thema „Reflexive Globalization“ an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin finanzieren wird.¹ Laut der Pressemitteilung hat die Forschungsgruppe das ausdrückliche Ziel, den rechtlichen Diskurs zur Globalisierung um eine postkoloniale Perspektive zu erweitern. In den Vereinigten Staaten ist bereits 1999 der Sammelband „Laws of the Postcolonial“ mit kritischen Essays über das westlich dominierte Rechtsdenken erschienen.² Dass der postkoloniale Ansatz mittlerweile auch in Deutschland verbreitet ist, zeigt ein Blick in das einschlägige Schrifttum.³ Es wird jedoch kontrovers diskutiert, was Postkolonialismus eigentlich ist.⁴ Dieser kurze Notiz reflektiert die Bedeutung des Postkolonialismus für die Kriminalpolitik, und versucht, zwischen Befürwortern und Kritikern⁵ des postkolonialen Ansatzes im Recht zu vermitteln.

II. Gegen die Einseitigkeiten des Eurozentrismus

Postkolonialismus, auch postkoloniale Theorie genannt, wird üblicherweise in Analogie zum Begriffspaar Postmodernismus – Modernismus als Überwindung einer eurozentrischen, kolonialistischen Weltanschauung, als Triumph über den Kolonialismus verstanden.⁶ Darüber hinaus wird manchmal der Zustand der dekolonisierten Staaten im Sinne einer zeitlichen Abfolge als postkolonial bezeichnet.⁷ Diese zweite Begriffsverwendung ist jedoch rein deskriptiv und hat keine Bedeutung für die Rechtspolitik. Postkolonialismus im Recht ist damit die Berücksichtigung außereuropäischer Perspektiven im Recht unter Berücksichtigung der kolonialen Unrechtsvergangenheit.⁸

III. Dekonstruktion von Rechtfertigungen des Kolonialismus

Die postkolonialistische Theorie geht zudem – zu Recht – wie selbstverständlich davon aus, dass der Kolonialismus ein historisches Übel ist.⁹ Daher kritisiert die postkoloniale Theorie diejenigen, die den Kolonialismus romantisieren oder rechtfertigen.¹⁰

IV. Was Postkolonialismus nicht ist

Postkolonialismus hat den Ruf, „woke“ oder eine linkspopulistische Agenda zu sein.¹¹ Und sicherlich gibt es Radikale, die übersensibel sind¹² oder fragwürdige Pauschalaussagen tätigen.¹³ Der akademische Diskurs zum Postkolonialismus bewegt sich jedoch größtenteils jenseits dieser

* Leonardo Braguinski studiert im 9. Semester Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und ist seit 2021 studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, ausländisches Strafrecht und Strafrechtstheorie von Prof. Dr. Luis Greco, LL.M.

¹ <https://www.dfg.de/en/service/press/press-releases/2024/press-release-no-41> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

² Darian-Smith/Fitzpatrick (Hrsg.), *Laws of the Postcolonial*, 1999.

³ Barskanmaz, KJ 2008, 296; Anghie, KJ 2012, 49; Pichl, KJ 2012, 131; Hanschmann, KJ 2012, 144; Liebscher/Remus/Bartschel, KJ 2014, 135; Pfeiffer, Forum Recht, 2015, 84; v. Bernstorff/Schuler, ZaöRV 2019, 553; Kerner, ZfP 2019, 216; Theurer/Kaleck (Hrsg.), *Dekoloniale Rechtskritik und Rechtspraxis*, 2020; Boysen, *Die postkoloniale Konstellation*, 2021; Spitra, *Die Verwaltung von Kultur im Völkerrecht*, 2021; Dann/Feichtner/v. Bernstorff (Hrsg.), *(Post-)Koloniale Rechtswissenschaft*, 2022; Steinl, in: FS Werle, 2022, S. 295; Abdul-Rahman, KJ 2023, 275; El-Guennoui, *Das marokkanische Familienrecht in der multiplen Differenzierung*, 2023; Machona, ZaöRV 2023, 925; Schwöbel-Patel, AVR 2023, 1; v. Schorlemer, *UNESCO-Weltkulturerbe und postkoloniale Diskurse*, 2023; Döllefeld, StUW 2024, 354.

⁴ Ein Überblick über die Kontroverse zum Begriff des Postkolonialismus findet sich bei Young, *Postcolonialism*, Chichester 2016, S. 57 ff.

⁵ Chibber, *Postcolonial Theory and the Specter of Capital*, 2013; Madiou, *Janus Unbound* 2021, 1; Pluckrose/Lindsay, *Zynische Theorien*, 2022, S. 73 ff.

⁶ Appiah, *In my father's house: Africa in the philosophy of culture*, New York 1992, S. 140 ff.; Gilbert/Tompkins, *Post-Colonial Drama: Theory, Practice, Politics*, London 1996, S. 2 ff.; Young (Fn. 4), S. 60.

⁷ Beispielsweise bei Peters, ZaöRV 2023, 587 (607); Beham, NJW 2024, 1159 (1163).

⁸ Steinl, in: FS Werle, S. 295 (297).

⁹ Fanon, *Peau noire, masques blancs*, 1952. S. a. Lemerchand, *Forgotten Genocides: Oblivion, Denial, and Memory*, 2013; Häussler, *Der Genozid an den Herero*, 2018.

¹⁰ Vgl. Lane, *Myths and Memories: (Re)viewing Colonial Western Australia through Travellers' Imaginings*, 1850-1914, 2015.

¹¹ Pluckrose/Lindsay (Fn. 5), S. 73; <https://wokeaware.org/postcolonialism/>; <https://www.breitbart.com/europe/2017/12/16/managed-decline-oxford-prof-attacked-bigot-refusing-colonial-guilt> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

¹² Vgl. <https://www.nytimes.com/2018/08/14/style/white-guilt-privilege.html> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

¹³ <https://www.chroniclive.co.uk/news/north-east-news/watch-furious-row-good-morning-13570507> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

unseriösen Linien,¹⁴ man könnte insofern von einem Vulgär-Postkolonialismus sprechen.¹⁵

V. Postkolonialistische Kriminalpolitik

Gelegentlich wird eine Verbindung zwischen Postkolonialismus und Völkerstrafrecht hergestellt.¹⁶ Dabei steht der Vorwurf im Zentrum, dass der *IStGH* sich unverhältnismäßig auf afrikanische Angeklagte konzentrierte, es bestehe ein Doppelstandard bezüglich Verbrechen westlicher Staaten.¹⁷ Es ist jedoch eine offene Frage, ob hierdurch ein Legitimationsdefizit oder gar eine Krise des Völkerstrafrechts angesprochen ist.¹⁸ Es erscheint jedenfalls übertrieben, gleichsam als Ausgleich für angebliche Ungerechtigkeiten auf internationaler Ebene besondere Anforderungen an die Tätigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden im Bereich des Völkerstrafrechts zu stellen.¹⁹ Der Grund hierfür ist darin zu erblicken, dass sich die Tätigkeit der Strafjustiz nicht durch (Un-)Gerechtigkeiten auf internationaler Ebene, sondern durch den Rechtsgüterschutz und die (negative) Generalprävention legitimiert.²⁰ Die kriminalpolitische Bedeutung des Postkolonialismus ist auch nicht darin zu erblicken, neue Straftatbestände zu rechtfertigen, die die Meinungsfreiheit beschränken (§ 130 Abs. 5 StGB n.F.).²¹ Vielmehr sollte ein Kriminalitätsbereich in den Blick genommen werden, in dem die kolonialistische Vergangenheit bis heute fort-

wirkt: moderne Sklaverei, auch und vor allem in den ehemals von Kolonialismus betroffenen Staaten.²² Dabei können insbesondere Straftaten gegen die persönliche Freiheit (§§ 232 ff. StGB), gegen die körperliche Unversehrtheit (§§ 223 ff. StGB) und die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 ff. StGB) relevant werden. Es wäre sinnvoll, entweder § 5 StGB so anzupassen, dass grenzüberschreitende moderne Sklaverei besser strafrechtlich bekämpft werden kann oder in Anknüpfung an § 2 SklHG einen eigenständigen Straftatbestand der Versklavung zu schaffen und diesen dem Universalitätsprinzip (vgl. § 6 StGB) zu unterstellen. Da solche Straftaten häufig von Unternehmen ausgehen, wäre es auch sinnvoll, den Allgemeinen Teil des Wirtschaftsstrafrechts so zu reformieren, dass die Strafverfolgung gegen die Leitungsebene von Unternehmen bei Veranlassung oder Duldung moderner Sklaverei effektuiert wird.

VI. Fazit

Der Postkolonialismus fristet bisher in der Kriminalpolitik ein Schattendasein. Dies könnte sich jedoch ändern, wenn man sich einerseits von Klischees über die postkoloniale Theorie befreit (IV.) und andererseits den Fokus auf die Kriminalitätsbereiche legt, in denen bis heute die Spuren des Kolonialismus spürbar sind (V.).

¹⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 3. Dass manche dieser Beiträge „woke“-Elemente haben, ändert nichts daran, dass die wissenschaftliche Debatte zum Postkolonialismus im Wesentlichen konstruktiv und seriös ist.

¹⁵ So in einem anderen Zusammenhang *Volker Beck* in einem Interview mit der *WELT* v. 20.7.2022, <https://www.welt.de/kultur/plus240012129/Documenta-fifteen-Nach-Schormanns-Ruecktritt-fordert-Volker-Beck-weitere-Konsequenzen.html> (zuletzt abgerufen am 2.3.2025).

¹⁶ Eingehend *Steinl*, in: FS Werle, 2022, S. 295 (300 ff.).

¹⁷ *Kaleck*, in: FS Werle, 2022, S. 157 ff.

¹⁸ Skeptisch *Jeßberger*, in: FS Werle, 2022, S. 145 (151 ff.).

¹⁹ Dazu kritisch *Ambos* laut Diskussionsbericht, in: *Jeßberger/Epik* (Hrsg.), *Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch*, S. 321 (324).

²⁰ *Greco*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, S. 303 ff.

²¹ Kritisch *Heuchemer*, *NStZ* 2023, 270; die Kritik wiederum kritisierend *Mitsch*, *KriPoZ* 2023, 17.

²² Dazu *O'Connell Davidson*, *Modern Slavery*, 2015, S. 81 ff.

AUSLANDSBEITRAG

Die Debatte über die Einwilligung in sexuelle Handlungen als strafrechtlicher Standard. Eine Analyse im Licht des spanischen „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes

von Ane Rodríguez Barrueta*

Abstract

Das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz von 2022 hat die Grundlagen der spanischen Regelung für die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung komplett in Frage gestellt. Obwohl einige seiner Bestimmungen in diesem Bereich aufgrund einer späteren Gesetzesreform nicht mehr in Kraft sind, sind rechtliche Debatten entstanden, welche über die spanischen Grenzen hinaus reichten, was deren Untersuchung für andere europäische Länder mit ähnlichen Rechtsvorschriften und Strafrechtstraditionen interessant macht. In diesem Aufsatz soll die Kontroverse um das genannte spanische Gesetz dargelegt werden, um eine Analyse der Einwilligung als rechtlichen Standard bei Sexualstraftaten zu ermöglichen. Außerdem soll dem deutschen Leser ein Einblick in die spanische Strafzumessung ermöglicht werden, die von der deutschen erheblich abweicht.

The „Only Yes Means Yes“-law of 2022 has completely questioned the foundations of the Spanish regulation on crimes against sexual self-determination. Although some of its provisions in this area are no longer in effect due to a later legal reform, legal debates have arisen that have extended beyond Spain's borders, making their examination interesting for other European countries with similar legal provisions and criminal law traditions. This essay aims to present the controversy surrounding the aforementioned Spanish law in order to enable an analysis of consent as a legal standard in sexual offenses. Additionally, the essay will provide the German reader with an insight into the Spanish sentencing, which differs significantly from the German system.

I. Einführung in die Kontroverse: Ein Paradigmenwechsel in der Regelung der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung

In den letzten zwei Jahrzehnten hat sich in der internationalen und nationalen juristischen Debatte über Sexualkriminalität ein Paradigmenwechsel vollgezogen. Anstelle von Gewalt oder Einschüchterung wird nun das Fehlen

der Einwilligung in die sexuelle Handlung als Hauptelement des Verbrechens der sexuellen Aggression anerkannt (*consent-based approach*).¹ Pitch fasst diesen Wandel zusammen, indem sie feststellt: „Es ist nicht die Gewalt, die das Fehlen der sexuellen Einwilligung offenbart, es ist das Fehlen der sexuellen Einwilligung, die eine sexuelle Handlung als gewalttätig definiert“ (*“no es la violencia la que revela la falta de consentimiento, sino que es la falta de consentimiento la que define una relación sexual como violenta”*).² Dieser Satz erklärt viele der Strafrechtsreformen, die in den letzten Zeiten weltweit und insbesondere im europäischen System auf dem Gebiet der Sexualstraftaten stattgefunden haben.

Ein deutliches Beispiel für dieses Phänomen ist die Entwicklung in Spanien, insbesondere das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz von 2022.³ Sowohl das Gesetzgebungsverfahren als auch die Verabschiedung und die Auswirkungen des erwähnten Gesetzes waren von großen Kontroversen begleitet, die nicht nur die Diskussion in der Rechtswissenschaft, sondern auch in der öffentlichen Debatte geprägt haben. Dabei handelte es sich um ein Gesetz, das die sexuelle Gewalt nicht nur im Strafrecht, sondern auch in anderen Rechtsordnungen neu regelte. Die wichtigste – und umstrittenste – Änderung war jedoch die Reform der Sexualstraftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von Erwachsenen bei der die Straftaten des sexuellen Missbrauchs (*abuso sexual*) und der sexuellen Aggression (*agresión sexual*) in einem einzigen Straftatbestand zusammengefasst wurden. Vor dem Inkrafttreten des Gesetzes galten beide Straftaten als „Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung“, die gegen den erkennbaren Willen der anderen Person begangen wurden. Sie wurden aber dabei unterschieden anhand des Vorliegens von Gewalt oder Einschüchterung (*coercion-based approach*).⁴ Das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz hat nun einen Paradigmenwechsel eingeleitet: Es schaffte ein strafrechtliches System, nach dem nur die Einwilligung die Tatbestandmäßigkeit des Verbrechens der sexuellen Aggression entfallen lassen kann. Gleichzeitig wurde die Bedeutung von Gewalt

* Ane Rodríguez Barrueta ist Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Jacobo Dopico Gómez-Aller und Prof. Ana María Garrocho Salcedo an der Universität Carlos III Madrid und Stipendiatin des spanischen Ministeriums für Universitäten (FPU). Sie ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Carlos III Madrid. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Katharina Beckemper für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

¹ Chipoco/Murphy, in: Max Planck Lawcast, 2023. Siehe zu den traditionellen Definitionen von sexueller Aggression und dem Aufkommen moderner Konzepte, vgl. Gruber, Stanford Law Review (75) 2023, 774–810.

² Pitch, Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad, 2003, S. 209; Acale Sánchez, in: Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo, 2020, S. 54.

³ L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Im Volksmund als das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz (Ley del “solo sí es sí”) bekannt.

⁴ Hörnle, in: Current Legal Problems, 2024, S. 49 (77).

oder Einschüchterung bei der Tatbestandmäßigkeit auf ein Minimum reduziert.

Darüber hinaus verlieh das Gesetz der Form der Einwilligung in sexuelle Handlungen sehr spezifische Konturen und Merkmale, so dass mit dieser Rechtsreform die Einwilligung einen konkreten Inhalt erfahren hat.⁵ So wurde betont, dass die Einwilligung in sexuelle Handlungen nur dann vorliegt, wenn sie frei durch Handlungen bekundet wird, die unter Berücksichtigung der Situation deutlich den Willen der Person ausdrücken.⁶ Damit machte der Gesetzgeber einen Schritt in Richtung der Einführung einer „kommunikativen“ Einwilligung in sexuelle Handlungen, was die Nichtübernahme der „affirmativen“ Einwilligung bedeutet, zumindest in seiner klassischen Auslegung.⁷

Diese grundlegenden Neuerungen verdeutlichen, dass eine umfassende Analyse der Einwilligung in sexuelle Handlungen als Ausdruck der sexuellen Selbstbestimmung notwendig ist. Zu diesem Zweck sollen hier die wichtigsten Aspekte dieser Debatte – ausgehend von dem umstrittenen spanischen Fall – aufgezeigt werden.

Der Beitrag ist in drei Hauptteile gegliedert: Im ersten Teil wird der Ursprung des Gesetzes anhand des Medienfalls *La Manada* zusammengefasst. Im zweiten Teil wird erklärt wie die Regelung der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes war und welche zwei Neuerungen (das Modell und der Inhalt der Einwilligung in sexuelle Handlungen) in diesem Zusammenhang eingeführt wurden. Im dritten Teil des Aufsatzes werden die Folgen der Reform erläutert: einerseits wird über die Anwendung des in Art. 2 Abs. 2 des spanischen Strafgesetzbuches enthaltenen Grundsatzes der „maximalen“ begünstigenden Rückwirkung (*principio de retroactividad favorable*) erörtert, andererseits werden die daraus resultierenden Strafminderungen und Haftentlassungen für manche Sexualstraftäter dargelegt. Der Aufsatz schließt mit einer Diskussion über die Teilabschaffung des Gesetzes und der aktuellen Regelung von Sexualstraftaten in Spanien sowie einigen Schlussfolgerungen.

II. Der Ursprung des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes

Die Verabschiedung des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes hatte ein klar identifizierbares soziales Ereignis als Auslöser: den *Manada*-Fall.⁸ *La Manada* (zu dt. Rudel) ist der volkstümliche Name für den Fall einer Gruppenvergewaltigung, die sich am 7. Juli 2016 während der *San-Fermin*-Feierlichkeiten in Pamplona ereignete. Das Gerichtsverfahren des Falles führte zu einer beispiellosen sozialen, politischen und medialen Reaktion in Spanien. Die drei

wichtigsten Gerichtsentscheidungen waren die Verurteilung der Angeklagten durch die Erstinstanz (*Audiencia Provincial de Navarra*) wegen eines sexuellen Missbrauchs, die weitere Verurteilung durch den *Tribunal Superior de Justicia de Navarra* und am Ende die Bestätigung der Verurteilung der Angeklagten wegen Vergewaltigung durch den *Tribunal Supremo*, das höchste spanische Gericht.⁹ Kurz gesagt hatte das Gericht der ersten Instanz die fünf Angeklagten wegen eines sexuellen Missbrauchs gemäß dem damals geltenden Art. 181 Abs. 3 des spanischen Strafgesetzbuchs und nicht wegen Vergewaltigung verurteilt, da das Vorliegen von Gewalt oder Einschüchterung nicht nachgewiesen werden konnte. Ein Jahr später verurteilte sie der *Tribunal Supremo* wegen Vergewaltigung mit der Begründung, dass in diesem Fall eine Gruppen-Einschüchterung vorliegen habe.¹⁰

Doch zwischen der ersten Verurteilung der APN (Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs) und der letzten Verurteilung des TSs (endgültige Verurteilung wegen Vergewaltigung) war mehr als ein Jahr vergangen, in dem sich eine Protestbewegung entwickelt hatte, die von feministischen Bewegungen angeführt wurde. Die Proteste richteten sich gegen die „heteropatriarchalische“ Ausrichtung des Gesetzestextes, dessen sofortige Änderung gefordert wurde. Als Folge dieser Ereignisse begann die *Podemos*-Partei mit der Ausarbeitung eines Gesetzes, das die Strafen für die Sexualdelikte komplett veränderte und die rechtliche Unterscheidung zwischen sexuellem Missbrauch und sexueller Aggression aufhob. Schließlich wurde das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz am 7. September 2022 mit 205 Ja-Stimmen, 141 Gegenstimmen und drei Enthaltungen verabschiedet.

1. Die Regelung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes

Vor dem Inkrafttreten des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes stellte das Kapitel I des Titels VIII des Buches II des spanischen Strafgesetzbuchs von 1995 die Straftaten des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Aggression als die schwersten Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung unter Strafe. Daher waren die vorgesehenen Strafen hoch: Die obere Grenze der Freiheitsstrafe für den sexuellen Missbrauch betrug bis zu zehn Jahre, wenn der Angriff mit einem Eindringen in den Körper verbunden war. Die obere Grenze der Freiheitsstrafe für die sexuelle Aggression betrug bis zu zwölf Jahre, wenn der Angriff mit einem Eindringen in den Körper verbunden war (die Vergewaltigung). Sie wurden jedoch hinsichtlich des Vorliegens von Gewalt oder Einschüchterung unterschieden. Die vorherige Regelung stellte sexuelle Handlungen, die mit Gewalt (*violencia física*) oder Einschüchterung (*intimidación*) begangen wurden, und solche, die mit anderen

⁵ *Acale Sánchez*, IgualdadES, 2021, 473 (5).

⁶ Es wurde eine gesetzliche Definition der Einwilligung in sexuelle Handlungen eingeführt, die weiterhin in Art. 178 Abs. 1 des spanischen Strafgesetzbuchs enthalten ist.

⁷ *Hörnle*, in: *Current Legal Problems*, S. 58 (77); *Ramos Vázquez*, *Revista de pensamiento jurídico* 2023, 242 (34).

⁸ *Acale Sánchez*, *Sistema Penal Crítico* 2021, 158 (2). Dennoch die Bedeutung anderer Fälle von Gruppenvergewaltigung, die sich ab 2019 in Spanien ereigneten, dürfen nicht außer Acht gelassen werden. Man verweist auf „*La Manada de Arandina*“ (STSJ-Castilla y León v. 18.3.2020) und „*La Manada de Valencia*“ (STS v. 14.5.2020).

⁹ In der Reihenfolge der Erwähnung: SAP 20.3.2018, STSJ 30.11.2018, STS 4.7.2019.

¹⁰ Die vom *Tribunal Supremo* gegen die 5 Angeklagten verhängten Strafen betragen bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe.

Mitteln, beispielsweise, unter Ausnutzung der Überlegenheit (*prevalimiento*) begangen wurden, nicht gleich.¹¹ Das Schema schien einfach: Wenn weder Gewalt noch Einschüchterung vorlagen, handelte es sich um sexuellen Missbrauch;¹² wenn diese vorlagen, handelte es sich um sexuelle Aggression (und um Vergewaltigung, wenn die gewalttätige oder einschüchternde Handlung mit einem Eindringen in den Körper verbunden war).

Bis zur Verabschiedung des Gesetzes kennzeichneten Gewalt und Einschüchterung also die verbotenen sexuellen Aggressionen im spanischen Strafrecht. Gewalt und Einschüchterung bildeten die Grenze zwischen den beiden Arten von Straftaten.¹³ Jeder Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung, der weder gewalttätig noch einschüchternd war, erfüllte nicht den Tatbestand der sexuellen Aggression, sondern fiel in den Bereich des sexuellen Missbrauchs, sofern eine fehlende Einwilligung nachgewiesen wurde. Tatsächlich war bereits vor dem „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz entscheidend – wie es nicht anders sein konnte – ob eine wirksame Einwilligung in die sexuelle Handlung vorlag.¹⁴ Denn bei den disponiblen Rechtsgütern (um die es hier ja geht), ist der Schaden vollständig beseitigt, wenn eine gültige Einwilligung des potenziellen Opfers vorliegt.¹⁵

2. Die zwei grundlegenden Neuerungen des Gesetzes: Das Modell und der Inhalt der Einwilligung in sexuelle Handlungen

Das Nur Ja heißt Ja“- Gesetz änderte den Art. 178 Abs. 1 des spanischen Strafgesetzbuches mit folgendem Text:

„Wegen sexueller Aggression wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu vier Jahren bestraft, wer eine Handlung vornimmt, die die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person ohne deren Einwilligung verletzt. Eine Einwilligung liegt nur dann vor, wenn sie frei durch Handlungen bekundet wird, die unter Berücksichtigung der Umstände des Falles deutlich den Willen der Person ausdrücken.“¹⁶

Darüber hinaus besagte das Gesetz:

„Sexuelle Handlungen, die unter Anwendung von Gewalt, Einschüchterung oder unter Ausnutzung der Überlegenheit oder der Schwäche des Opfers, sowie an Personen, die ihrer Sinne beraubt sind oder deren geistiger Zustand missbraucht wird, und an Opfern, die aus irgendeinem Grund in ihrer Willensherrschaft eingeschränkt sind, vorgenommen werden, gelten als sexuelle Aggression“.¹⁷

Mit diesen Bestimmungen wurde der bereits zuvor erwähnte Paradigmenwechsel in Bezug auf die Einwilligung in sexuelle Handlungen herbeigeführt. Dieser Paradigmenwechsel wurde durch eine Veränderung des Einwilligungsmodells erreicht (es erfolgte ein Übergang zu einem *consent-based approach*) sowie durch die Einführung einer gesetzlichen Definition der kommunikativen Einwilligung. Diese grundlegenden Neuerungen sind in der Folge näher zu erörtern.

a) Das Modell: Gewalt und Einschüchterung sollten nicht länger die definierenden Elemente des Verbrechens der sexuellen Aggression sein

Zunächst einmal setzte das Gesetz Gewalt oder Einschüchterung mit allen anderen erwähnten Mitteln zur Begehung von Straftaten (einer Überlegenheitsposition, Schwäche des Opfers, Zustand der Sinnlosigkeit, Einschränkungen der Willensherrschaft aus jeglichem Grund) gleich und versah sie mit dem gleichen Strafrahmen; Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu vier Jahren und Freiheitsstrafe von vier bis zu zwölf Jahren, wenn der Angriff mit einem Eindringen in den Körper verbunden war.¹⁸ Das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz verlieh daher der Einwilligung eine besondere Bedeutung und die Diskussion verlagerte sich weg von der Beschreibung der Tathandlung hin zu derjenigen des Tatbestandsausschlusses, abhängig davon, ob eine wirksame Einwilligung vorlag oder nicht.¹⁹

All dies löste zahlreiche Kritiken in der spanischen Strafrechtslehre aus, die im Rahmen dieses Beitrags nur kurz dargestellt werden können. Die Hauptkritik drehte sich um die Idee, dass das Fehlen einer wirksamen Einwilligung nicht nur der einzige Standard sein kann, der bei der Frage der materiellen Strafbarkeit und der Strafzumessung von Sexualdelikten berücksichtigt werden muss, sondern dass im Gegenteil auch andere Umstände bewertet werden sollten. Und, dass das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz zu dieser ersten schädlichen Konsequenz führte.

Nach der richtigen Auffassung der Lehre liegt im Falle von Gewalt oder Einschüchterung bei Sexualdelikten neben der Verletzung des konkret geschützten Rechtsgutes (sexuelle Selbstbestimmung) auch eine weitere Verletzung eines anderen Rechtsgutes vor (die mögliche Verletzung der körperlichen Unversehrtheit des Opfers).²⁰ Im Falle von Gewalt oder Einschüchterung „übt der Täter bei

¹¹ Vgl. Art. 181 Ab. 3 des spanischen Strafgesetzbuchs vor dem Inkrafttreten des Gesetzes. Es wird auf die schwierige Abgrenzung zwischen der Einschüchterung und der Ausnutzung der Überlegenheit hingewiesen. Zu diesem Zweck siehe *Acale Sánchez*, in: *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, S. 43; *Faraldo Cabana/Ramón Ribas*, *Estudios Penales y Criminológicos* 2020, 31 (40); *Monge Fernández*, in: *Mujer y Derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, S. 354-366.

¹² Der Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs wurde unter Art. 181 Ab. 1 aufgeführt und wurde als jedes Verhalten beschrieben, das die sexuelle Selbstbestimmung ohne Gewalt oder Einschüchterung verletzte (Subsidiaritätsprinzip). Dazu siehe *Cancio Meliá*, in: *Memento Penal*, 2023, S. 9281.

¹³ *Acale Sánchez*, *Sistema Penal Crítico* 2021, 229 (2).

¹⁴ *Álvarez García*, *Diario La Ley* 2022, online (10007); *Moya Fuentes*, in: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, 4. Aufl. (2023) S. 1188.

¹⁵ *Ragués I Vallès*, in: *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, 2023, S. 95.

¹⁶ L.O. 10/2022, Schlussvorschrift 4.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Gimbernat Ordeig*, *Diario del Derecho* 2020, online; *Lascruain Sánchez*, in: *Sanllehí Agustina Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, 2023, S. 51 ff.

¹⁹ *Ramón Ribas/Faraldo Cabana*, *Estudios Penales y Criminológicos* 2020, 37 (40).

²⁰ *Gimbernat Ordeig*, *Diario del Derecho* 2020, online.

der Begehung des Angriffs eine größere Brutalität aus“,²¹ wodurch der Angriff verstärkt wird, da diese Mittel den Überfall erleichtern *ex ante* und die tatsächliche Verletzung größer ist *ex post*. Und gerade deswegen müssen diese – gewalttätigen und einschüchternden – Handlungen nach dem Grundsatz der Schuldangemessenheit auch härter bestraft werden. Durch die Beseitigung der Merkmale von Gewalt und Einschüchterung als Voraussetzung für das Verbrechen der sexuellen Aggression behandelte das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz materiell ungleiche Fälle auf die gleiche Weise.²²

b) Der Inhalt: Eine gesetzliche Definition der kommunikativen Einwilligung in sexuelle Handlungen wurde eingeführt

Außerdem hat das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz eine gesetzliche Definition der Einwilligung in sexuelle Handlungen aufgenommen, die es bis dahin nicht gab. So hieß es in der Schlussvorschrift 4 des Gesetzes, dass eine Einwilligung in sexuelle Handlungen nur dann vorliegt, wenn sie frei durch Handlungen zum Ausdruck gebracht wird, die eindeutig den Willen der Person ausdrücken. Die Auslegung dieser Bestimmung, beziehungsweise letztlich des Inhalts der Einwilligung in sexuellen Handlungen, war ebenfalls nicht frei von Diskussionen. Die hier vorgeschlagene Auslegung ist diejenige, die als am ehesten mit der Literalität des Wortlauts des Gesetzestextes vereinbar ist, der an diesem Punkt bis heute im spanischen Strafgesetzbuch unverändert geblieben ist.²³

Nach der Regelung des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes muss die Einwilligung zum Ausdruck gebracht werden und durch Handlungen erfolgen sein, die im Kontext der gegebenen Umstände zu verstehen sind. Damit wird dargelegt, dass das Gesetz nicht ein „Ja“ in Worten erforderlich macht; es ist „genügend“, wenn äußere Handlungen, die den ausdrücklichen Willen der Person an der sexuellen Handlung teilzunehmen, unzweideutig anzeigen. Es ist ein „Ja“ erforderlich, aber dieses „Ja“ kann verschiedene Formen annehmen und logischerweise nicht unbedingt verbal erfolgen.²⁴

Die vom Gesetz angenommene Beschreibung der Einwilligung in sexuelle Handlungen verlangte, dass die Sexualpartnerin oder -partner ihre Bereitschaft zur Teilnahme am Sexualakt deutlich ausdrückt, auch stillschweigend. Die Forderung, dass der Wille eindeutig sein muss, bedeutet, dass er klar sein muss, dass es keinen Zweifel daran geben darf, ob eine Person die sexuelle Beziehung

wünscht oder nicht.²⁵ Im Zweifelsfall muss davon ausgegangen werden, dass es keine Einwilligung gab.

Wie die Staatsanwaltschaft gut erklärte, führte diese Definition der kommunikativen Einwilligung nicht zu einer Umkehr der Beweislast, da das Fehlen der Einwilligung ein Tatbestandsmerkmal darstellt, das gemäß den verfassungsmäßigen Regeln und Prinzipien, die jedem Strafverfahren innewohnen, nachgewiesen werden muss. Die analysierte Bestimmung beschränkte sich darauf, eine logische Schlussfolgerung in das spanische Strafgesetzbuch aufzunehmen: „Wenn die Zustimmung nicht eindeutig durch Handlungen zum Ausdruck gebracht wird, die den Willen der Person klar zeigen, ist davon auszugehen, dass das Opfer nicht zugestimmt hat. Diese Schlussfolgerung kann jedoch logischerweise widerlegt werden“.²⁶

Ein Teil der Lehre warnte davor, dass die eingeführte Definition zu Problemen führen könnte, wenn Sexualpartner eine reine passive Haltung einnehmen (*hacer y dejarse hacer*).²⁷ Nach richtiger Ansicht geraten diese Fälle aber nicht in Konflikt. Nach richtiger Interpretation ist darauf abzustellen, ob in diesem Fall eine stillschweigende Einwilligung vorliegt oder nicht. Deshalb ist von einer gültigen Form der Einwilligung auch dann auszugehen, wenn das Schweigen als Zustimmung zu den sexuellen Handlungen interpretiert werden kann. Entscheidend ist, dass diese Passivität als Zustimmung zur Teilnahme am Sexualakt und nicht als Lähmung („Freezing-Fälle“) interpretiert werden kann. Die Handlungen, durch die das Einverständnis zum Ausdruck gebracht wird, sollten „als eine Gesamtheit von [Handlungen] interpretiert werden, die eine Vielzahl von Willensbekundungen umfassen, die vor, während und nach dem sexuellen Verhalten erfolgen“.²⁸

Um solche komplizierten Fälle zu vermeiden, wurde in der Lehre *de lege ferenda* vorgeschlagen, eine Formulierung der Einwilligung in sexuelle Handlungen zu übernehmen, die der des schwedischen Rechts ähnelt. Dieses sieht vor, dass die Einwilligung „durch Worte, Handlungen oder auf andere Weise“ ausgedrückt werden kann. Dies würde zweifellos Fälle von stillschweigender oder vermuteter Zustimmung ausschließen, die sich aus bloßen Körpergesten, Nichtwiderspruch oder Passivität des Opfers ergeben.²⁹

Wie zu erkennen ist, besteht die Idee darin, dass die Einwilligung in sexuelle Handlungen – die von vornherein als ein innerer Akt betrachtet zu werden scheint – zum Ausdruck gebracht wird und dass dieser Ausdruck durch

²¹ Ibid.

²² Ibid.; *Lascurain Sánchez*, S. 51-60.

²³ Vgl. Art. 178 Ab. 1 des spanischen Strafgesetzbuchs.

²⁴ *Cancio Meliá*, S. 9269.

²⁵ „Wünschen“ im Sinne des Ausdrucks einer freien Entscheidung, nicht als sexuelle Begierde. Einvernehmliches sexuelles Verhalten im Sinne der hier vertretenen Auffassung bedeutet nicht, dass der Geschlechtsverkehr erwünscht ist. „Sexuelle Handlungen sind nur dann frei, wenn alle Beteiligten damit einverstanden sind; sie müssen nicht unbedingt erwünscht sein, aber zumindest als Ausdruck einer freien Entscheidung akzeptiert werden“ (*Faraldo Cabana/Ramón Ribas*, *Estudios Penales y Criminológicos* 2020, 36). Referentin in dieser Debatte *Serra Sánchez*, *El sentido de consentir*, 2024, *passim*.

²⁶ Vgl. Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, Abs. 5.

²⁷ *Álvarez García*, *Diario La Ley* 2022, online (10007); *Lascurain Sánchez*, S. 55; *Moya Fuentes*, S. 1188.

²⁸ *Álvarez García*, *Diario La Ley* 2022, online (10007).

²⁹ *Moya Fuentes*, S. 1193.

Handlungen erfolgt, die im Kontext der gegebenen konkreten Umstände zu verstehen sind. Das heißt, es wird in der Wittgenstein'schen Definition der Einwilligung verankert: Egal, ob die Einwilligung ein innerer oder äußerer Akt ist, entscheidend ist, dass das Einverständnis einer anderen Person durch äußere Kriterien ausgedrückt wird.³⁰

3. Der Grundsatz der „maximalen“ begünstigenden Rückwirkung: Strafminderungen und Haftentlassungen

Das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz hat Änderungen an der Regelung von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vorgenommen, namentlich die Schaffung eines umfassenden Straftatbestands der sexuellen Aggression. Die Unterscheidung zwischen sexuellem Missbrauch und sexueller Aggression, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes danach erfolgte, ob Gewalt oder Einschüchterung angewendet worden waren, wurde aufgehoben. Während der Gültigkeitsdauer des Gesetzes wurde jeder Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung als sexuelle Aggression gewertet, und jeder Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung wurde (abstrakt-generell) als gleich schwerwiegend eingestuft (und damit wurde auch derselbe Strafrahmen auf diese Handlungen angewandt).³¹

Dies hat aber auch zu einer Erfassung verschiedener Handlungen im gleichen Tatbestand und damit zu einer Erweiterung des Strafrahmens für alle denkbaren Hand-

lungen geführt. Dies hatte Konsequenzen: So sah z.B. die Vergewaltigung vor dem Inkrafttreten des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes im spanischen Strafgesetzbuch eine um zwei Jahre höhere Mindeststrafe vor als während der Gültigkeitsdauer des Gesetzes. Vor dem Inkrafttreten des Gesetzes war die Mindeststrafe für Vergewaltigung sechs Jahre, während der Gültigkeitsdauer des Gesetzes war die Mindeststrafe für Vergewaltigung vier Jahre. Was für deutsche Leserinnen und Leser auf den ersten Blick ungewöhnlich und fremd erscheinen mag: Es kam zu Strafminderungen und Haftentlassungen mancher Sexualstraftäter. Dies ist dem spanischen Grundsatz der „maximalen“ begünstigenden Rückwirkung und Strafzumessungssystem geschuldet, das anders als das deutsche Strafrecht der richterlichen Freiheit bei der Strafzumessung engere Grenzen zieht.

Während in Deutschland die Strafrahmen sehr weit ausgestaltet sind und in vielen Fällen keine im Mindestmaß erhöhte Strafe vorgesehen ist,³² sind die Strafrahmen in Spanien sehr viel enger und spezifischer geregelt. Dies hat aber auch zur Folge, dass eine Änderung des Tatbestandes die Strafzumessung – auch im Nachhinein – beeinflussen kann. Dies kann anhand der folgenden Tabelle aufgezeigt werden, welche die Strafrahmen für die Straftaten des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Aggression sowohl im vorherigen Rechtssystem als auch während der Gültigkeitsdauer des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes enthält.

<p>Vor dem Inkrafttreten des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes</p>	<p>1 Sexuelle Aggression mit Gewalt/Einschüchterung 5</p> <p>1 Sexueller Missbrauch ohne Gewalt/Einschüchterung 3</p> <p>4 Sexueller Missbrauch ohne Gewalt/Einschüchterung, wenn die sexuelle Handlung mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist 10</p> <p>6 Sexuelle Aggression mit Gewalt/Einschüchterung, wenn die sexuelle Handlung mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist (Vergewaltigung) 12</p>
<p>Während der Gültigkeitsdauer des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes</p>	<p>1 Sexuelle Aggression mit/ohne Gewalt/Einschüchterung 4</p> <p>4 Sexuelle Aggression mit/ohne Gewalt/Einschüchterung, wenn die sexuelle Handlung mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist (Vergewaltigung) 12</p>

³⁰ Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 1988, S. 221.

³¹ Eine kleine Nuance, Art. 178 Ab. 3 sah während der Gültigkeitsdauer des Gesetzes aufgrund der Geringfügigkeit der Tat und der persönlichen Umstände des Täters einen milderen Straftatbestand vor.

³² Gerade bei Schwerdelinquenz (um die es hier ja geht) enthalten alle Delikte im deutschen StGB eine erhöhte Mindeststrafe von 1, 2, 3 oder sogar 5 Jahren Freiheitsstrafe (im Ausnahmefall sogar mind. 10 Jahre Freiheitsstrafe). Das Problem der Meistbegünstigung könnte dann vermutlich auch auftreten.

Wie anhand der Tabelle exemplarisch aufgezeigt werden soll, sind die Strafrahen in Spanien sehr stark katalogisiert. Exemplarisch sei hier herausgegriffen, dass eine sexuelle Aggression zum Beispiel von einem bis fünf Jahren bestraft, aber während der Gültigkeitsdauer des Gesetzes mit einer Strafe von einem bis vier Jahren bedroht wurde. Eine weitere spanische Besonderheit ist auch, dass im spanischen Strafrecht die neue vorteilhaftere Regelung des Straftatbestandes (Verhängung einer mildereren Strafe) auch nach einem rechtskräftigen Urteil auf den Täter angewendet werden muss, der seine Strafe vielleicht auch schon verbüßt. Dies ist der so genannte Grundsatz der „maximalen“ begünstigen Rückwirkung, der in Art. 2 Abs. 2 des spanischen Strafgesetzbuches geregelt ist.³³ Danach werden auch Altfälle nach dem neuen Recht beurteilt, wenn sie nach dem Meistbegünstigungsprinzip nun einer anderen Bewertung unterliegen. Eine andere Bewertung kann dabei auch bedeuten, dass die Strafrahen verschoben werden.

Das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz enthielt keine Übergangsbestimmung, die die Anwendung der begünstigenden Rückwirkung des Gesetzes geregelt hätte. Es hätte dem spanischen Gesetzgeber frei gestanden, das Gesetz mit einer Übergangsregelung zu versehen, so wie es auch in anderen Strafrechtsreformgesetzen geschehen ist. Er hat aber in diesem Fall dagegen optiert – mit den bereits erwähnten Folgen für die Altfälle. Deshalb wird dem Gesetz zu Recht eine schlechte Gesetzgebungstechnik attestiert.³⁴

Da in Spanien die Strafen in zwingende Stufen eingeteilt sind, bedeutet die Heruntersetzung der Mindeststrafe nun auch, dass Strafen nachträglich angepasst werden müssen. Beispielhaft sei hier folgender Fall erwähnt: Ein Sexualstraftäter wurde nach alter Rechtslage zu gesetzlich vorgesehen Mindeststrafe für Vergewaltigung (sechs Jahre) verurteilt. Danach wurde die Mindeststrafe für die Vergewaltigung nach der Verabschiedung des Gesetzes auf vier Jahre gesenkt. In solcher Konstellation profitierte der Verurteilte von der neuen Regelung und seine Haftstrafe wurde um zwei Jahre reduziert; er konnte sogar das Gefängnis verlassen, wenn er bereits vier Jahre verbüßt hatte. Der *Tribunal Supremo* hat diese Vorgehensweise und damit die Anwendung des Grundsatzes der „maximalen“ begünstigenden Rückwirkung in diesen Fällen gebilligt.³⁵ Nach richtiger Ansicht ist sie jedoch abzulehnen.³⁶ Nach richtiger Auffassung wurde mit dem „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz eine neue Straftat der sexuellen Aggression geschaffen, die die Handlungen mit Gewalt/Einschüchterung und andere ohne Gewalt/Einschüchterung einschloss. Deswegen konnte die neue Regelung nicht automatisch rückwirkend auf Altfälle angewendet werden, da

es sich um einen *neuen* Straftatbestand handelte. Der Grundsatz der begünstigenden Rückwirkung konnte hier nicht angewendet werden, da die neue Regelung zwei verschiedene Straftatbestände zu einem einzigen Straftatbestand zusammenfasste und somit ein neuer Straftatbestand entstanden war. Wie *Cancio Meliá* sagt, wäre es korrekt, jeden Fall einzeln zu betrachten, um zu sehen, welche Strafe dem bereits nach der früheren Regelung qualifizierten Sachverhalt entsprechen könnte und zu prüfen, ob es möglich ist, die gleiche Strafe zu verhängen, die nach der neuen Regelung verhängt wurde.³⁷

III. Die Teilabschaffung des Gesetzes

Nach dem letzten Bericht des spanischen Generalrats der Gerichtsbarkeit vom 18. September 2023 gab es seit der Verabschiedung des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes 1.205 Strafminderungen und 121 Haftentlassungen.³⁸ Wie es zu erwarten war, war die gesellschaftliche und politische Bestürzung über ein solches Szenario groß. Ein Gesetz mit feministischem Geist, dessen Hauptziel es war, die sexuelle Gewalt mit strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Mitteln zu bekämpfen, hatte sein Ziel verfehlt. Die Proteste gegen dieses Paradoxon führten zur Verabschiedung einer späteren Gesetzesreform am 29. April 2023, die die Kritiken der Lehre gegen das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz in Bezug auf die Regelung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Aggression, berücksichtigte.³⁹ Daher war das Gesetz – eigentlich die zitierten Bestimmungen – nur 6 Monate lang in Kraft.

Es bleibt die Frage, wie Sexualdelikte derzeit im spanischen Strafgesetzbuch geregelt sind. Im Wesentlichen kehrte man mit dem Inkrafttreten dieser späteren Gesetzesreform wieder zur Regelung mit zwei Straftatbeständen zurück, je nachdem, ob Gewalt oder Einschüchterung im Spiel waren oder nicht. Dennoch gibt es zwei relevante Änderungen gegenüber der vor dem „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz geltenden Rechtslage. Ein wichtiger Unterschied, der eher symbolischer Natur – *nomen iuris* – ist, besteht darin, dass in der aktuellen Regelung der Begriff sexueller „Missbrauch“ (*abuso*) verschwindet. Jeder Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung wird nun als sexuelle „Aggression“ bezeichnet. Und zum anderen ist in der aktuellen Regelung die gesetzliche Definition der Einwilligung in sexuelle Handlungen, die durch das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz eingeführt wurde beibehalten worden. Derzeit schreibt Art. 178 Abs. 1 *in fine* des spanischen Strafgesetzbuchs vor, dass „eine [sexuelle] Einwilligung nur dann vorliegt, wenn sie frei durch Handlungen bekundet wird, die unter Berücksichtigung der Umstände des Falles, deutlich den Willen der Person ausdrücken“.⁴⁰ Das

³³ Der Grundsatz ist seit 1870 im spanischen Strafgesetzbuch (damals in Art. 23) verankert.

³⁴ *Gimbernat Ordeig*, *Diario del Derecho* 2020, online; *Moya Fuentes*, S. 1157.

³⁵ Siehe das Urteil des *Tribunal Supremo* vom 19. April 2023, FD 3.

³⁶ *Cancio Meliá*, *El País* 2022, online; *Lascaraín Sánchez*, *Almacén de Derecho* 2022, online.

³⁷ *Cancio Meliá*, *El País* 2022, online. Im gleichen Sinne, *Lascaraín Sánchez*, *El País* 2022, online. Beide Autoren stellen fest, dass die Zusammenlegung der Straftaten des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Aggression, und die daraus resultierende Schaffung eines viel umfassenderen Straftatbestands, die Anwendung der „maximalen“ begünstigenden Rückwirkung ausschließt.

³⁸ Vgl. Mitteilung des Generalrats der Gerichtsbarkeit vom 18. September 2023.

³⁹ L.O. 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual.

⁴⁰ L.O. 10/1995, Art. 178 Ab.1 *in fine*.

heißt, die derzeitige Auslegung des Inhalts der sexuellen Einwilligung in sexuelle Handlungen steht im Einklang mit den zuvor in diesem Beitrag entwickelten Konzepten.

IV. Fazit

Die Entwicklung, die die europäische und insbesondere die spanische Gesellschaft in den letzten zwei Jahrzehnten durchgemacht hat, hat sich deutlich im sozialen Denken niedergeschlagen, vor allem in einer neuen Auffassung von Sexualität, deren Auswirkungen sich in den Strafgesetzbüchern und in der Behandlung des so genannten Sexualstrafrechts widerspiegeln. Dies erklärt die Bedeutung des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes im spanischen Kontext.

Im Hinblick auf die Reform dieses Gesetzes im Bereich der Regelung von Sexualstraftaten gegen Erwachsene lässt sich die Hauptkritik darin zusammenfassen, dass die Neufassung der Straftatbestände der sexuellen Aggression und des sexuellen Missbrauchs zwei grundlegende negative Folgen hatte. Einerseits hatte die Beseitigung des Mittels der Gewaltanwendung oder der Einschüchterung bei der Ausgestaltung des Straftatbestands der sexuellen Aggression dazu geführt, dass keine Unterscheidung zwischen schwerwiegenderen Angriffen auf die sexuelle Selbstbestimmung in Abhängigkeit von den verwendeten Mitteln getroffen wurde. Unter Verstoß gegen den Grundsatz der Schuldgemessenheit wurden materiell ungleiche Situationen gleichbehandelt.

Andererseits führte die Zusammenfassung verschieden schwerwiegender Verhaltensweisen in einem einzigen

Straftatbestand dazu, dass der Strafrahmen für die „neue“ sexuelle Aggression übermäßig erweitert wurde. Und angesichts des Mangels an einer Übergangsbestimmung zur Regelung des Grundsatzes der begünstigenden Rückwirkung für die Bestimmungen des Gesetzes, kam es zu Strafminderungen und sogar zu Haftentlassungen (die allerdings, wie oben ausgeführt, rechtlich nicht zwingend erschienen).

Davon abgesehen hat das Gesetz in Bezug auf die Charakterisierung der Einwilligung als Tatbestandsmerkmal bei der Regelung von Sexualstraftaten zwei relevante Aspekte hervorgebracht: Erstens darf die Frage der materiellen Strafbarkeit und der Strafzumessung von Sexualdelikten nicht ausschließlich vom Vorliegen oder Fehlen einer Einwilligung abhängen. Sobald das Fehlen einer wirksamen Einwilligung festgestellt wird, sollten die übrigen Umstände der Begehung der Straftat bewertet werden, um deren Schwere zu beurteilen. Das Zusammentreffen bestimmter Tatmittel führt zu einer erhöhten Schwere der Straftat und muss mit einer höheren Strafe bestraft werden. Fälle, in denen der Angriff unter Anwendung von Gewalt oder Einschüchterung begangen wird, verschärfen die bereits in den Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vorhandene Gewalt.

Zweitens bedeutet die Aufnahme der gesetzlichen Definition der eindeutigen Einwilligung in der Form, wie es das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz getan hat, nicht, dass dieses notwendigerweise in verbaler Form erfolgen muss. Vielmehr lässt es alle Formen zu, die im konkreten Kontext geeignet sind, den Willen zur Teilnahme an der sexuellen Handlung zu *kommunizieren*.

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Polizeikosten bei Hochrisikospielen

BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22

Gründe:

A.

¹ Die Urteilsverfassungsbeschwerde betrifft die Erhebung einer Gebühr für den Einsatz von 1 Polizeikräften anlässlich eines als besonders gefahrgeneigt eingestuften Spiels der Fußball-Bundesliga auf der Grundlage einer im Jahr 2014 verabschiedeten landesrechtlichen Gebührenregelung in Bremen.

I.

² 1. In der Freien Hansestadt Bremen bestand seit langem der politische Wille, die wirtschaftlichen Nutznießerinnen und Nutznießer von Spielen der Fußball-Bundesliga an den Kosten für Polizeieinsätze jedenfalls bei sogenannten Hochrisikospielen, also solchen, die einen erhöhten Polizeiaufwand erfordern, zu beteiligen. Nachdem die im Jahr 2009 aufgenommenen Bemühungen um eine deutschlandweite Lösung keinen Erfolg hatten, forderte die Bremische Bürgerschaft im Jahr 2013 den damaligen Senat auf, zu prüfen, ob, wie und nach welchen Kriterien eine Beteiligung des Veranstalters einer gewinnorientierten Großveranstaltung an den Kosten des Polizeieinsatzes auf Basis landesrechtlicher Regelungen erfolgen könnte, und eine hierfür erforderliche Rechtsänderung in die Wege zu leiten (vgl. Bremische Bürgerschaft, Drs. 18/1201, S. 1).

³ In der Folge schuf der Bremer Gesetzgeber eine spezifische Rechtsgrundlage für die Gebührenerhebung bei Veranstalterinnen und Veranstaltern für den polizeilichen Mehraufwand bei gewinnorientierten, erfahrungsgemäß gewaltgeneigten Großveranstaltungen mit mehr als 5.000 Personen (Brem.GBl. S. 457 und 547 [Berichtigung]; Bremische Bürgerschaft, Drs. 18/1591, S. 1, 3). § 4 Abs. 4 des Bremischen Gebühren- und Beitragsgesetzes (BremGebBeitrG) vom 16. Juli 1979 (Brem.GBl. S. 279) in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Bremischen Gebühren- und Beitragsgesetzes vom 4. November 2014 (Brem.GBl. S. 457 – seither unverändert –) lautet:

§ 4 BremGebBeitrG – Verwaltungsgebühren

[...]

⁴ (4) ¹Eine Gebühr wird von Veranstaltern oder Veranstalterinnen erhoben, die eine gewinnorientierte Veranstaltung durchführen, an der voraussichtlich mehr als 5000 Personen zeitgleich teilnehmen werden, wenn wegen erfahrungsgemäß zu erwartender Gewalthandlungen vor,

während oder nach der Veranstaltung am Veranstaltungsort, an den Zugangs- oder Abgangswegen oder sonst im räumlichen Umfeld der Einsatz von zusätzlichen Polizeikräften vorhersehbar erforderlich wird. ²Die Gebühr ist nach dem Mehraufwand zu berechnen, der aufgrund der zusätzlichen Bereitstellung von Polizeikräften entsteht. ³Der Veranstalter oder die Veranstalterin ist vor der Veranstaltung über die voraussichtliche Gebührenpflicht zu unterrichten. ⁴Die Gebühr kann nach den tatsächlichen Mehrkosten oder als Pauschalgebühr berechnet werden.

⁵ Parallel wurde durch die Siebte Verordnung zur Änderung der Kostenverordnung für die innere Verwaltung (InKostV) vom 4. November 2014 das Kostenverzeichnis, auf das § 1 InKostV als Anlage verweist, um die Nr. 120.60 (im Folgenden a.F.; heute: Nr. 120.61) ergänzt.

⁶ 2. Die Beschwerdeführerin ist eine hundertprozentige Tochter des DFL Deutsche Fußball 6 Liga e.V. (DFL e.V.) mit Sitz in Deutschland. Der DFL e.V. ist Mitglied des Deutschen Fußball-Bund e.V. (DFB) und hat von diesem die Verantwortung für den Betrieb der Fußball-Bundesliga und der 2. Fußball-Bundesliga zugewiesen bekommen. Der DFL e.V. hat sein operatives Geschäft auf die Beschwerdeführerin übertragen, die daher unter anderem für die Organisation des Spielbetriebs des professionellen Fußballsports in Deutschland zuständig ist. Die Beschwerdeführerin entscheidet somit über Zeitpunkt und Ort der Begegnungen der Fußball-Bundesliga und der 2. Fußball-Bundesliga. Dies war auch in der Fußball-Bundesligasaison 2014/2015 der Fall.

⁷ 3. a) Im Hinblick auf das von der Beschwerdeführerin am 19. April 2015 angesetzte Spiel 7 der Fußball-Bundesliga zwischen dem SV Werder Bremen und dem Hamburger SV im Bremer Weserstadion unterrichtete die Polizei Bremen die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 24. März 2015 unter Verweis auf den im November 2014 in Kraft getretenen § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG über ihre voraussichtliche Gebührenpflicht als Veranstalterin. Nach den damaligen Erkenntnissen und Informationen sei am Spieltag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen Fans des SV Werder Bremen und solchen des Hamburger SV zu rechnen, wenn dem nicht durch den Einsatz von starken Polizeikräften und durch entsprechende Einsatzmaßnahmen effektiv begegnet werde. Nach der Erkenntnislage zum Zeitpunkt der Ankündigung sei mit dem Einsatz von etwa 800 Polizeikräften und demzufolge mit einer Gebührenerhebung in Höhe von 250.000 bis 300.000

Euro zu rechnen. Veränderungen des erforderlichen polizeilichen Kräfteansatzes auf Grund aktueller Lage- und Kräfteentwicklungen blieben vorbehalten.

- ⁸ Am Spieltag selbst verlief der Gesamteinsatz, bei dem die Bremer Polizei von Einsatzkräften aus Schleswig-Holstein, Hamburg, Hessen und der Bundespolizei unterstützt wurde, nach Bewertung der Polizeiführung insgesamt reibungslos. Dabei waren 969 Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte im Einsatz. Es kam zu einer Reihe von polizeilichen Maßnahmen; unter anderem wurden circa 90 Personen in Gewahrsam genommen und circa 150 Platzverweise für das gesamte Stadtgebiet erteilt.
- ⁹ Mit Datum vom 18. August 2015 erließ die Polizei Bremen gegenüber der Beschwerdeführerin als Veranstalterin des Fußball-Bundesligaspiels SV Werder Bremen gegen den Hamburger SV vom 19. April 2015 einen Bescheid über die Erhebung von Gebühren in Höhe von 425.718,11 Euro für den erforderlichen Einsatz zusätzlicher Polizeikräfte gemäß § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG in Verbindung mit Nr. 120.60 a.F. der Anlage zu § 1 InKostV und Nr. 103.00 der Anlage zu § 1 Allgemeine Kostenverordnung (AllKostV). Die Vollziehung des Gebührenbescheids wurde gemäß § 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO ausgesetzt.
- ¹⁰ Nachdem der hiergegen erhobene Widerspruch der Beschwerdeführerin erfolglos geblieben war, hob das Verwaltungsgericht unter Hinweis auf eine unzureichende gesetzliche Kostenvorschrift den angefochtenen Gebührenbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheids auf die Klage der Beschwerdeführerin mit Urteil vom 17. Mai 2017 auf.
- ¹¹ b) Auf die Berufung der Freien Hansestadt Bremen hat das *OVG* durch das mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Urteil vom 21. Februar 2018 das Urteil des *VG* aufgehoben und die Klage der Beschwerdeführerin abgewiesen, soweit die Beteiligten – nach einer Reduzierung der Gebührenhöhe auf circa 415.000 Euro durch die Freie Hansestadt Bremen – den Rechtsstreit nicht übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt hatten. Die Gebührenregelung des § 4 Abs. 4 Sa. 1 und 2 BremGebBeitrG sei verfassungsgemäß; die mit dem angefochtenen Bescheid festgesetzte Gebühr sei zudem weder dem Grunde noch der Höhe nach zu beanstanden.
- ¹² c) In der auf die Revision der Beschwerdeführerin hin vor dem *BVerwG* durchgeführten mündlichen Verhandlung hat die Freie Hansestadt Bremen die Gebührenforderung auf circa 401.000 Euro reduziert. Soweit sich der Rechtsstreit nicht in der Hauptsache erledigt hatte, hat das *BVerwG* mit ebenfalls angegriffenem Urteil vom 29. März 2019 zwar das Urteil des *OVG* aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das *OVG* zurückverwiesen. In der Sache hat es aber weitgehend die Rechtsauffassung des *OVG* bestätigt.
- ²⁰ d) Nach der Zurückverweisung hat das *OVG* mit angegriffenem Urteil vom 11. November 2020 das Urteil des *VG* erneut aufgehoben und die Klage der Beschwerdeführerin abgewiesen, soweit die Beteiligten – nach einer weiteren Reduzierung der Gebührenhöhe auf nunmehr circa 386.000 Euro – den Rechtsstreit nicht übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt hatten. Auf die vom Bundesverwaltungsgericht in rechtlicher Hinsicht offengelassene Frage sei zu antworten, dass die Beschwerdeführerin und diejenigen Störer, denen eine Verwaltungsgebühr für die Verbringung in den Polizeigewahrsam (Transportkosten) in Rechnung gestellt werden könnte, analog § 13 Abs. 4 BremGebBeitrG als Gesamtschuldner für die Transportkosten hafteten.
- ²¹ Ein Ermessensfehler bei der Gesamtschuldnerauswahl für die Transportkosten der in Gewahrsam genommenen Personen liege nicht vor. Die Freie Hansestadt Bremen habe die konkreten Kosten für die Ingewahrsamnahme der Störer (Transport- und Unterbringungskosten) von der Gebührenforderung gegenüber der Beschwerdeführerin vollumfänglich abgesetzt, indem sie den Gebührenbescheid in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht in Höhe von weiteren circa 14.000 Euro aufgehoben habe.
- ²² e) Mit dem ebenfalls angegriffenen Beschluss vom 21. Dezember 2021 hat das *BVerwG* schließlich die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des *OVG* vom 11. November 2020 zurückgewiesen. Dem Beschwerdevorbringen sei nicht zu entnehmen, dass die geltend gemachten Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 3 VwGO erfüllt seien.
- ²³ 4. Der im Ausgangsverfahren streitgegenständliche Gebührenbescheid war der erste nach Inkrafttreten des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG, dem weitere – durchschnittlich ein Bescheid pro Saison mit Gebührenforderungen von durchschnittlich circa 334.000 Euro – folgten. Die Beschwerdeführerin nahm jeweils Regress beim SV Werder Bremen. Die Inanspruchnahme des SV Werder Bremen beläuft sich nach dessen Angaben auf circa 25 % des Gewinns des jeweils betroffenen Hochrisikospiels. Innerhalb der Organisation des Fußballprofisports ist die Beschwerdeführerin für die Verlegung eines Spiels aus Sicherheitsgründen zuständig, während für die Sicherheitsmaßnahmen innerhalb des Stadions der jeweilige Verein die Verantwortung trägt. Wie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wurde, gab es in der Saison 2022/2023 bundesweit bei insgesamt 612 Begegnungen in der 1. und 2. Fußball-Bundesliga 52 sogenannte „Rotspiele“, also Hochrisikospiele. Ebenfalls wurde – unter Bezugnahme auf den Jahresbericht Fußball Saison 2022/2023 der Zentralen Informationsstelle Sporteinsätze (ZIS) – darauf hingewiesen, dass die örtlichen Schwerpunkte der im Zusammenhang mit den jeweiligen Spielen begangenen Straftaten vor allem im Bereich des Stadions selbst sowie im Stadionvorfeld und in den Bahnhöfen lägen (siehe auch ZIS-Jahresbericht Fußball Saison 2022/2023, S. 16). Weiter wurde auf den steigenden Personaleinsatz im jährlichen

[...]

Vergleich hingewiesen (siehe auch ZIS-Jahresbericht Fußball Saison 2022/2023, S. 17 f.).

II.

- ²⁴ Mit der bereits nach der Revisionsentscheidung des *BVerwG* vom 29. März 2019 erhobenen Verfassungsbeschwerde, die zweimal ergänzt worden ist, rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG durch die vier angegriffenen Gerichtsentscheidungen. Vorrangig geht es ihr um die Verfassungswidrigkeit der Gebührenregelung selbst.
- ²⁵ § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sei verfassungswidrig und damit nichtig. In Verbindung mit Nr. 120.60 a.F. der Anlage zu § 1 InKostV verstoße die Regelung gegen die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung aus Art. 104a ff. GG. Gegenstand der dort geregelten Gebühr sei keine hinreichend abgrenzbare staatliche Leistung. Sie beziehe sich nur auf die „Bereitstellung“ von Polizeikräften, somit auf die polizeiliche Sicherheitsvorsorge als solche und folglich auf eine allgemeine staatliche Tätigkeit. Das Gesetz habe keine besondere Tätigkeit zum Gegenstand, sondern lediglich besondere Kosten, die jedoch für sich genommen nicht gebührenfähig seien. Auch das Tatbestandsmerkmal „zusätzlich“ vermittele keine wahrnehmbare Abgrenzung, soweit allein der Mehraufwand aufgrund der zusätzlichen Bereitstellung von Polizeikräften gebührenpflichtig sei.
- ²⁶ Die beanstandete Regelung sei darüber hinaus verfassungswidrig, weil die gebührenpflichtige Leistung der Polizei nicht dem Veranstalter zuzurechnen sei. Die insbesondere durch die Polizei wahrgenommene staatliche Sicherheitsvorsorge sei Grundlage zahlreicher wirtschaftlicher Betätigungen. Dieser Kausalzusammenhang begründe jedoch keine individuelle Zurechenbarkeit. Nicht der Veranstalter störe die öffentliche Sicherheit, sondern frei verantwortlich agierende Dritte. Aus der allgemeinen Verpflichtung des Staates, seinen Bürgern die Möglichkeit zur Freiheitsbetätigung zu geben, folge die Pflicht, Gefahren mit staatlichen Kräften abzuwehren. Der dadurch verursachte Aufwand sei der Preis für das staatliche Gewaltmonopol in einer freiheitlichen Gesellschaft. Im Gegenzug dürfe der Staat nicht Freiheiten verbieten, um Kosten für die Gewährleistung von Sicherheit zu sparen.
- ²⁷ Weiter genügten weder der Tatbestand des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG noch – wegen der Regelungen über die Gebührenbemessung und wegen der Unvorhersehbarkeit der Gebührenhöhe – die Rechtsfolgenseite den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots. Die Tatbestandsmerkmale „Gewalthandlungen“, „erfahrungsgemäß“, „vor-, während oder nach der Veranstaltung am Veranstaltungsort, an den Zugangs- oder Abgangswegen oder sonst im räumlichen Umfeld“ und „Einsatz von zusätzlichen Polizeikräften vorhersehbar erforderlich wird“ seien sowohl je für sich betrachtet als auch in der Gesamtschau nicht hinreichend bestimmt. Über den Gebührentatbestand hinaus seien auch die Kriterien für die Gebührenbemessung unbestimmt, sowohl bezogen auf die Kräfte aus Bremen als auch bezogen auf die Fremdkräfte. Schließlich sei auch die Gebührenhöhe nicht hinreichend vorhersehbar.
- ²⁸ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei verletzt, da es an einem hinreichend gewichtigen Gemeinwohlgrund fehle. Eine bestimmte Personengruppe an den Kosten für die Tätigkeit der öffentlichen Hand besonders – also über die allgemeine Pflicht, Steuern zu zahlen, hinaus – zu beteiligen, sei kein legitimes Ziel, wenn es an einer Zurechnung fehle. Die Regelung sei aber vor allem unangemessen, da die zusätzliche Bereitstellung von Polizeikräften typischerweise zur Abwehr solcher Gefahren erfolge, die der Veranstalter nicht selbst steuern könne und auch nicht zu verantworten habe.
- ²⁹ § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG in Verbindung mit Nr. 120.60 a.F. der Anlage zu § 1 InKostV verstoße zudem gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Die Norm ordne eine Gebührenpflicht für gewinnorientierte Veranstaltungen an, an denen voraussichtlich mehr als 5.000 Personen gleichzeitig teilnahmen und bei denen Gewalthandlungen erfahrungsgemäß zu erwarten seien. Nur wenn alle drei Merkmale kumulativ erfüllt seien, sei die Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte gebührenpflichtig. Damit fehle es für mehrere Vergleichspaare, namentlich etwa jeweils Veranstaltungen, die einen der Parameter nicht erfüllten, an einer Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung. Schließlich fordere Art. 3 Abs. 1 GG, dass bei der Berechnung der Gebührenhöhe das Allgemeininteresse an der zusätzlichen Bereitstellung von Polizeikräften zu berücksichtigen sei.
- ³⁰ Im vorliegenden Fall bestehe zudem ein mit dem Folgerichtigkeitsgebot unvereinbarer Wertungswiderspruch zwischen dem Bremischen Polizeigesetz (BremPolG) und dem Gebühren- und Beitragsgesetz, indem ein Veranstalter auch dann zu einer Gebühr herangezogen werden dürfe, wenn er hinsichtlich der Gefahr, zu deren Abwehr die Polizeikräfte zusätzlich bereitgestellt würden, im polizeirechtlichen Sinne nicht Handlungs- oder Zustandsverantwortlicher (§§ 5 und 6 BremPolG) sei.
- ³¹ Die Entscheidungen des *OVG* und des *BVerwG* verletzen die Beschwerdeführerin darüber hinaus in ihrem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und somit in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG. Ferner sei die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte insbesondere bezogen auf die Prognose der Gefährlichkeit der Veranstaltungen den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht gerecht geworden.
- [...]
- ## B.
- ³⁶ Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, soweit sich die Beschwerdeführerin mit der Rüge der Verletzung von Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG unmittelbar gegen das Urteil des *OVG* vom 11. November 2020 und das Urteil des *BVerwG* vom 29. März 2019 und mittelbar gegen

§ 4 Abs. 4 BremGebBeitrG wendet. Im Übrigen ist sie unzulässig, da sie insbesondere nicht den aus § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG folgenden Anforderungen an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde genügt.

[...]

II.

- ³⁸ Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des *BVerwG* vom 21. Dezember 2021 und gegen das Urteil des *OVG* vom 21. Februar 2018 richtet, genügt sie diesen Anforderungen nicht. Die Verfassungsbeschwerde legt nicht substantiiert dar, inwieweit das *BVerwG* mit der rein prozessualen Entscheidung über die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision das Fachrecht möglicherweise in verfassungsrechtlich relevanter Weise fehlerhaft ausgelegt oder angewendet und die Beschwerdeführerin dadurch in ihren Grundrechten verletzt haben kann. Ebenfalls nicht ausreichend dargelegt wurde, inwiefern die Beschwerdeführerin durch das Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2018 noch beschwert sein kann, nachdem dieses durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. März 2019 aufgehoben wurde.
- ³⁹ Soweit sich die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 11. November 2020 und gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. März 2019 und mittelbar gegen § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG wendet, genügt sie den Darlegungsanforderungen nur teilweise. Sie sind gewahrt, soweit die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung geltend gemacht wird (a), nicht aber, soweit die Verfassungswidrigkeit der Auslegung und Anwendung des Fachrechts gerügt wird (b).
- ⁴⁰ Die Geltendmachung der Verfassungswidrigkeit von § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG genügt nur teilweise den aus § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG folgenden Anforderungen.
- ⁴¹ aa) Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG sowie von Art. 3 Abs. 1 GG, jeweils in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG, durch die vom Bundesverwaltungsgericht und vom Oberverwaltungsgericht angewendete gesetzliche Regelung rügt, legt sie eine mögliche Grundrechtsverletzung substantiiert dar.
- ⁴² bb) Dagegen genügt die Verfassungsbeschwerde nicht den Darlegungsanforderungen, soweit sie eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG geltend macht. Die Rüge, die Auferlegung der Gebühr verletze die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG, bleibt wegen deren Charakters als Geldforderung unsubstantiiert (vgl. BVerfGE 91, 207 [220]). Hinsichtlich der Rüge, § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sei ein unzulässiges Einzelfallgesetz (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG), fehlt es an einer Auseinandersetzung mit den in den angegriffenen Entscheidungen enthaltenen Hinweisen auf den allgemeinen Charakter des Gesetzes.
- ⁴³ Auch soweit die Verfassungsbeschwerde eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts beziehungsweise eine Verletzung des Willkürverbots durch eine fehlerhafte Anwendung des Fachrechts rügt, entspricht sie nicht den Darlegungsanforderungen aus § 23 Abs. 1 S. 2, § 92 BVerfGG. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Rüge der fehlenden Absetzung von Kosten für polizeiliche Maßnahmen gegen einzelne Störerinnen und Störer (aa) und in Bezug auf die Rüge der Einstufung der Beschwerdeführerin als Veranstalterin im Sinne von § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG (bb) sowie hinsichtlich der Rüge der unzureichenden Kontrolle der polizeilichen Prognose (cc).
- ⁴⁴ aa) Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, durch die fehlende Absetzung von Kosten für polizeiliche Maßnahmen gegen einzelne Störerinnen und Störer von der Veranstaltungsgebühr nach § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt zu sein, machen nicht deutlich, inwiefern sie trotz der Feststellung des Oberverwaltungsgerichts, die Freie Hansestadt Bremen habe am Ende des Verfahrens alle realisierbaren konkreten Ingewahrsamnahmekosten von der Forderung ausgenommen, noch beschwert sein kann.
- ⁴⁵ Der *Senat* hat daher nicht darüber zu entscheiden, ob sich die nach Auffassung des *OVG* und des *BVerwG* mögliche Einbeziehung von Kosten für einzelne Störerinnen und Störer in die Veranstaltungsgebühr des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG rechtfertigen lässt.
- ⁴⁶ bb) Die Verfassungsbeschwerde zeigt nicht auf, dass die den Entscheidungen zugrunde liegende Wertung, die Beschwerdeführerin sei als Veranstalterin im Sinne von § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG anzusehen, an einem verfassungsrechtlich relevanten Auslegungsfehler leidet. Die Entscheidungen konnten sich dafür auf den festgestellten Umstand stützen, dass die Beschwerdeführerin bestimmenden Einfluss auf die Durchführung des betroffenen Fußballspiels hatte (siehe auch Rn. 6). Insbesondere ist der Vortrag, die Annahme der Veranstalter Eigenschaft der Beschwerdeführerin sei willkürlich, schon vor dem Hintergrund des weiteren Vortrags der Beschwerdeführerin, sie sei für die Terminkoordination der Spiele zuständig, nicht nachvollziehbar. Auch aus dem Umstand, dass der SV Werder Bremen der abgegoltenen öffentlichen Leistung ebenfalls nahesteht, folgt nicht, dass die Inanspruchnahme der Beschwerdeführerin willkürlich wäre.
- ⁴⁷ cc) Die Rüge, das *OVG* und das *BVerwG* hätten die Richtigkeit der polizeilichen Prognose des Gewaltpotenzials nicht in einer Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG entsprechenden Weise kontrolliert, genügt den Darlegungsanforderungen ebenfalls nicht.
- ⁴⁸ (1) Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG enthält ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (vgl. BVerfGE 8, 274 [326]; 67, 43 [58]; 96, 27 [39]; 104, 220 [231]; stRspr). Die grundgesetzliche Garantie umfasst den Zugang zu den Gerichten, die Prüfung des Streitbegehrens in einem förmlichen Verfahren sowie die verbindliche gerichtliche Entscheidung (vgl. BVerfGE 107, 395 [401]).

Der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 40, 272 [275]; 93, [113]; 113, 273 [310]; st.Rspr). Zur Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes gehört vor allem, dass dem Gericht eine hinreichende Prüfungsbefugnis hinsichtlich des Streitfalls in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zukommt, damit einer Rechtsverletzung abgeholfen werden kann. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes schließt allerdings nicht aus, dass je nach Art der zu prüfenden Maßnahme wegen der Einräumung von Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen eine unterschiedliche Kontrolldichte besteht (vgl. BVerfGE 61, 82 [111]; 84, 34 [53 ff.]; 113, 273 [310]).

⁴⁹ (2) Dass das *OVG* und das *BVerwG* dem hiernach gebotenen hinreichenden, auch die prognostischen Elemente des verfahrensgegenständlichen Tatbestandes einbeziehenden, verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nicht Genüge getan haben könnten, ergibt sich aus der Verfassungsbeschwerde jedoch nicht.

⁵⁰ Die Beschwerdeführerin weist bei der Darlegung des Maßstabes zwar zutreffend darauf hin, dass das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG eine effektive richterliche Kontrolle als Gegengewicht zu den dem Gläubiger eingeräumten Handlungsoptionen erfordert. Da § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG abstrakte Kriterien wie „Mehrbedarf“ und „erforderlich“ enthält und zudem im Kern von einer polizeilichen Prognose abhängt („voraussichtlich“, „erfahrungsgemäß“, „teilnehmen werden“), verlangt bei dieser Ausgangslage Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, dass die Gerichte die tatsächlichen Grundlagen der polizeilichen Prognose selbständig überprüfen und Hinweise der Schuldnerinnen und Schuldner, die diese aufgrund eigener Informationsquellen erlangen, auf ihre Belastbarkeit hin überprüfen. Die Grundlagen der polizeilichen Prognose müssen auch deshalb überprüft werden, weil etwa der friedliche Verlauf eines Fußballspiels nicht nur ein Indiz dafür sein kann, dass die polizeiliche Prognose zutreffend war und die Polizeipräsenz ihre gewaltvorbeugende Wirkung entfaltet hat, sondern – von den Umständen des Einzelfalls abhängig – auch darauf hindeuten kann, dass die Prognose unzutreffend und das Spiel weniger gefährträchtig war als von der Polizei vermutet.

⁵¹ Gleichwohl bleibt die Verfassungsbeschwerde hinsichtlich einer möglichen Verletzung von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG unsubstantiiert. Die Beschwerdeführerin wiederholt inhaltlich insoweit nur ihren Sachvortrag aus dem fachgerichtlichen Verfahren, ohne sich mit den Ausführungen in den angegriffenen Entscheidungen ausreichend auseinanderzusetzen. Insbesondere bleibt unklar, warum die Annahme des Obergerichtes in seinem Urteil vom 11. November 2020, es sei nicht Aufgabe der Gerichte, die konkrete Zahl der erforderlichen Polizeibeamten an Stelle der Polizeibehörde festzulegen, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verletzen soll.

C.

⁵² Soweit die Verfassungsbeschwerde zulässig ist, ist sie unbegründet. Die den zulässig angegriffenen Entscheidungen zugrunde liegende, mittelbar angegriffene Regelung in § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verletzt weder die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin aus Art. 12 Abs. 1 GG (I), noch verstößt die Regelung gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG (II); der verfassungsrechtlichen Prüfung unterliegt die Norm in diesem Verfahren nur in ihrem hier relevanten Anwendungsbereich für Hochrisikospiele der Fußball-Bundesliga. Auch Auslegung und Anwendung der Norm lassen keinen Verstoß gegen das Grundgesetz erkennen (III).

⁵³ § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Die Norm greift zwar in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Veranstalterinnen und Veranstalter ein (1). Der Eingriff ist aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt, da die Norm formell (2) und materiell verfassungsgemäß ist; sie wahrt sowohl den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als auch das Bestimmtheitsgebot (3).

⁵⁴ 1. a) Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht (vgl. BVerfGE 7, 377 [402]; 95, 193 [214]; st.Rspr). Die Berufsfreiheit gewährt das Recht, eine Tätigkeit als Beruf zu ergreifen und frei auszuüben. Unter Beruf ist dabei jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage zu verstehen, ohne dass der Schutz der Berufsfreiheit auf traditionell oder gesetzlich fixierte Berufsbilder und erlaubte Tätigkeiten beschränkt wäre (vgl. BVerfGE 111, 10 [28]; 163, 107 [133 Rn. 71] – Tierarztvorbehalt). Grundrechtsträger können gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch inländische juristische Personen sein.

⁵⁵ Geldleistungspflichten greifen in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein, wenn sie in engem Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen (vgl. BVerfGE 98, 83 [97]; 113, 128 [145]; 124, 235 [242]; 161, 63 [89 Rn. 43] – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften; BVerfGE 162, 325 [346 Rn. 79] – Zinsen Kernbrennstoffsteuer). Dies ist anzunehmen, wenn die Geldleistungspflichten einen spezifischen Einfluss auf die berufliche Tätigkeit ausüben und zu einer Veränderung der Rahmenbedingungen der Berufsausübung führen (vgl. zu Abgaben BVerfGE 95, 267 [302]; 98, 218 [258]; 111, 191 [213 f.]; 113, 128 [145]; 161, 63 [90 Rn. 47]; st.Rspr).

⁵⁶ b) § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG greift in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit ein. Die Organisation von Spielen der Fußball-Bundesliga ist eine berufliche Tätigkeit, weil die Veranstalterinnen und Veranstalter diese dauerhaft zwecks Gewinnerzielung ausüben. § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG knüpft mit seiner Gebührenpflicht für Hochrisikospiele an einen bestimmten Ausschnitt dieser Tätigkeit an, erhöht die finanzielle Belastung für diese erheblich und beeinflusst dadurch die berufliche Tätigkeit spezifisch.

⁵⁷ 2. Eingriffe in die Berufsfreiheit genügen dem in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG niedergelegten Gesetzesvorbehalt nur

dann, wenn die gesetzliche Regelung auch in formeller Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Die landesgesetzliche Vorschrift des § 4 Abs. 4 BremGeb- BeitrG ist formell grundgesetzkonform ergangen, insbesondere steht dem Land insoweit die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 GG zu.

- ⁵⁸ Ob sich die Gesetzgebungskompetenz bei Geldleistungspflichten nach Art. 105 GG oder nach Art. 70 ff. GG richtet, hängt von der Art der Abgabe ab (a), nämlich davon, ob es sich um eine Steuer (aa) oder um eine sonstige Abgabe, wie etwa eine Gebühr (bb), handelt. Da die Geldleistungspflicht gemäß § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG als Gebühr im Bereich des allgemeinen Polizeirechts zu qualifizieren ist, besitzt die Freie Hansestadt Bremen gemäß Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz für die Erhebung der Veranstaltungsgebühr (b).
- ⁵⁹ Anders als für Steuern, deren Kompetenzgrundlagen in Art. 105 ff. GG geregelt sind, wird die Kompetenz für die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben von derjenigen für die jeweilige Sachmaterie umfasst (vgl. BVerfGE 137, 1 [19 Rn. 45]; st.Rspr). Die Gesetzgebungskompetenz für die hier betroffene Sachmaterie des allgemeinen Polizeirechts einschließlich des Polizeikostenrechts liegt gemäß Art. 70 Abs. 1 GG bei den Ländern (vgl. zuletzt BVerfGE 165, 1 [87 f. Rn. 167] – Polizeiliche Befugnisse nach SOG MV).
- ⁶⁰ aa) Das Grundgesetz kennt keine Legaldefinition der Steuer. Das *BVerfG* geht allerdings seit jeher davon aus, dass das Grundgesetz für den Begriff „Steuer“ an die Definition in § 3 Abs. 1 AO anknüpft (vgl. BVerfGE 67, 256 [282]; 93, 319 [346]; 149, 222 [249 Rn. 53]). Danach sind Steuern „Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft“. Kennzeichnend für eine Steuer ist somit, dass sie ohne individuelle Gegenleistung und unabhängig von einem bestimmten Zweck zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs eines öffentlichen Gemeinwesens erhoben wird (vgl. BVerfGE 108, 186 [215 f.]; 137, 1 [17 Rn. 41]; 149, 222 [249 Rn. 53]). Ihre Höhe ist nicht durch die mit ihnen finanzierten staatlichen Aufgaben begrenzt (vgl. BVerfGE 43, 108 [118 ff.]; 61, 319 [344 ff.]; 66, 214 [222 ff.]; 82, 60 [86]).
- ⁶¹ bb) Demgegenüber werden Gebühren ebenso wie Beiträge als Vorzugslasten bezeichnet (vgl. BVerfGE 110, 370 [388]; 137, 1 [17 f. Rn. 42]) und fallen mit weiteren Abgaben in die Kategorie der nichtsteuerlichen Abgaben (vgl. BVerfGE 149, 222 [249 Rn. 54]). Dabei verwendet das Grundgesetz zwar den Begriff der Gebühr (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22, Art. 80 Abs. 2 GG), kennt aber keinen eigenständigen vollständigen Gebührenbegriff (vgl. BVerfGE 50, 217 [225 f.]; 137, 1 [18 Rn. 43]). Gebühren weisen als Vorzugslasten jedoch Merkmale auf, die sie verfassungsrechtlich notwendig von der Steuer unterscheiden (vgl. BVerfGE 137, 1 [18 Rn. 43]). Als Gebühren lassen sich danach öffentlich-rechtliche Geldleistungen verstehen, die aus Anlass individuell zurechenbarer Leistungen durch eine öffentlich-rechtliche Norm oder eine sonstige hoheitliche Maßnahme auferlegt werden (vgl. BVerfGE 149, 222 [250 Rn. 55]) und insbesondere dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistungen deren Kosten ganz oder teilweise zu decken oder deren Vorteil (vgl. BVerfGE 93, 319 [347]) oder deren Wert auszugleichen (vgl. BVerfGE 50, 217 [226]; 85, 337 [346]; 91, 207 [223]; 92, 91 [115]; 93, 319 [347]; 110, 370 [388]; 132, 334 [349 Rn. 49]; 137, 1 [18 Rn. 43]). Die öffentliche Leistung kann in jeder Form der Erbringung eines Aufwands durch den Staat liegen (vgl. zu unterschiedlichen Arten von Aufwänden *BVerfG*, Besch. der 3. Kammer des Zweiten Senats v. 6.7.2004 – 2 BvR 206/04, Rn. 8), wie etwa bei der Rückmeldung von Studierenden (vgl. BVerfGE 108, 1 [13]) oder bei der Bereitstellung von Häfen zugunsten der Eigentümer von Schiffen (vgl. BVerfGE 91, 207 [224]). Sie muss sich vom staatlichen Handeln, das keiner Gebührenlast unterworfen ist, nicht der Art nach unterscheiden. So ist auch im Fachrecht überkommen, die Grenze des gebührenfreien Allgemeingebrauchs durch eine übermäßige Inanspruchnahme eines öffentlichen Guts zu bestimmen (vgl. z.B. § 46 Abs. 1 WHG sowie § 29 Abs. 2 StVO). In einer solchen übermäßigen Inanspruchnahme staatlicher Angebote kann eine besondere Leistung liegen, an die der Gebührenbegriff anknüpft (siehe dazu *BVerfG*, Besch. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 11.8.1993 – 1 BvR 1270/94, Rn. 20).
- ⁶² Danach konnte sich die Freie Hansestadt Bremen beim Erlass des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG auf Art. 70 Abs. 1 GG stützen. Bei der durch § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG begründeten Geldleistungspflicht handelt es sich um eine nichtsteuerliche Abgabe in Form einer Gebühr, da sie für die öffentliche Leistung der konkreten Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte deren Kosten (also den Mehraufwand) den Veranstalterinnen und Veranstaltern auferlegt. Der Mehraufwand besteht dabei in dem wegen der Durchführung der gefahrträchtigen Veranstaltung betriebenen Gesamtaufwand abzüglich des Aufwandes, den vergleichbare nicht gefahrträchtige Veranstaltungen hervorrufen, und beruht auf konkreten, zum Teil umfangreichen organisatorischen und planerischen Ermittlungen und Maßnahmen der Landespolizei. Er ist – anders als die Beschwerdeführerin vorträgt – kein reiner Kostenpunkt. Der Mehraufwand unterscheidet sich – jedenfalls quantitativ – abgrenzbar von dem Aufwand, den die Landespolizei an Tagen erbringen muss, an denen nicht gefahrträchtige Veranstaltungen stattfinden. Ob es sich insoweit um eine verfassungsrechtlich zulässige Gebühr handelt, weil insbesondere die vom Gesetzgeber angenommene Zurechenbarkeit tatsächlich vorliegt (siehe dazu Rn. 87 ff.), ist für ihre Zuordnung zur Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG unerheblich (vgl. BVerfGE 123, 1 [17]; 149, 222 [250 f. Rn. 57]).
- ⁶³ 3. § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG ist auch materiell verfassungsgemäß. Die Norm genügt als Berufsausübungsregelung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG den Anforde-

rungen der Verhältnismäßigkeit. Die Vorschrift dient legitimen Zwecken des Gemeinwohls (a), ist zur Erreichung dieser Ziele geeignet (b) und erforderlich (c) sowie angemessen (d); sie genügt auch den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots (e).

⁶⁴ a) § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verfolgt verfassungsrechtlich legitime Zwecke.

⁶⁵ aa) Durch gesetzliche Regelungen erfolgende Eingriffe in Grundrechte sind lediglich dann gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber mit dem Gesetz verfassungsrechtlich legitime Zwecke verfolgt (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]; 115, 276 [304 f., 307]; 117, 163 [182]; 124, 300 [331]). Ob dies der Fall ist, unterliegt der Prüfung durch das *BverfG*. Es ist dabei nicht auf die Berücksichtigung solcher Zwecke beschränkt, die der Gesetzgeber selbst ausdrücklich benannt hat (vgl. BVerfGE 151, 101 [136 Rn. 89] – Stiefkindadoption; 167, 163 [212 f. Rn. 115] – Contergan II).

⁶⁶ Bei der Auferlegung einer nichtsteuerlichen Abgabe bedarf es eines über die Erzielung von Einnahmen für die öffentliche Hand hinausgehenden Zweckes (vgl. BVerfGE 55, 274 [303 f.]; 108, 1 [16]; 113, 128 [147]; 124, 235 [243 f.]; 149, 222 [254 Rn. 65]; 158, 282 [328 Rn. 113] – Vollverzinsung). Gebühren als eine Form von Vorzugslasten unterliegen dabei keinen grundsätzlichen Bedenken (vgl. BVerfGE 82, 159 [181]; 93, 319 [343 f.]; vgl. im Übrigen BVerfGE 149, 222 [249 Rn. 54] m.w.N. zu den Vorzugslasten). Ihre Erhebung wird dem Grunde nach durch ihre Ausgleichsfunktion gerechtfertigt (vgl. BVerfGE 108, 186 [216]; 132, 334 [349 Rn. 49]). Sie beruhen auf dem Aspekt der Gegenleistung, also des Ausgleichs von Vorzügen und Lasten (vgl. BVerfGE 9, 291 [298]; 91, 207 [223]; 144, 369 [400 Rn. 73]; siehe bereits Rn. 61).

⁶⁷ bb) Gemessen hieran ist der mit § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verfolgte Zweck legitim, da es sich um einen anerkannten Gebührenzweck handelt (1); auch besteht kein verfassungsrechtliches Gebührenerhebungsverbot im Polizeirecht (2).

⁶⁸ (1) Der Gesetzgeber verfolgt mit der Gebührenregelung das Ziel der Kostendeckung für eine konkrete öffentliche Leistung, wie sich aus der Regelung, gestützt durch die Gesetzesmaterialien, ergibt.

⁶⁹ Die Regelung zielt ersichtlich darauf ab, die durch die Durchführung der näher beschriebenen Veranstaltungen entstandenen Mehrkosten der Polizei auf die Veranstalterinnen und Veranstalter abzuwälzen, um auf diese Weise einen Lastenausgleich zu erreichen. Dieser Gesetzeszweck spiegelt sich auch in den Gesetzesmaterialien wider. Dem Gesetzgeber geht es – auch vor dem Hintergrund der Haushaltssituation des Landes Bremen – darum, dass die über die Jahre kontinuierlich ansteigenden Polizeikosten für die Begleitung gewinnorientierter privater Veranstaltungen im öffentlichen Raum nicht durch die Gesamtheit der Steuerzahlerinnen und Steuerzahler, sondern jedenfalls auch durch die (un)mittelbaren wirtschaftlichen

Nutznießerinnen und Nutznießer der Polizeieinsätze geschultert werden sollen (vgl. Bremische Bürgerschaft, Drs. 18/1201, S. 1; 18/1591, S. 2 f.). So verfolgt § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG das Ziel, den über einen Basisanteil hinausgehenden Anteil der Kosten für Polizeieinsätze bei bestimmten Großveranstaltungen zu finanzieren und damit den Haushalt zu entlasten. Dabei sollen die Kosten an die Stelle verlagert werden, an der die Gewinne anfallen (vgl. insoweit die Wortmeldung des Abgeordneten *Dr. Güldner* [Bündnis 90/Die Grünen], Plenarprotokoll der 67. Sitzung der Bremischen Bürgerschaft v. 25.9.2014, S. 4926).

⁷⁰ Ausgehend davon wird mit § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG ein legitimes Ziel verfolgt. Das Ziel, mit der Gebühr eine Kostendeckung für eine konkrete öffentliche Leistung und gleichzeitig eine gerechte Kostenverteilung zu erreichen, stellt einen anerkannten Gebührenzweck dar (vgl. BVerfGE 108, 1 [18]), der nicht allein der Einnahmeerzielung dient.

⁷¹ (2) Der Legitimität des mit § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verfolgten Ziels steht kein verfassungsrechtlich verbürgtes generelles Gebührenerhebungsverbot im Polizeirecht entgegen. Die Verfassung kennt keinen allgemeinen Grundsatz, nach dem die polizeiliche Sicherheitsvorsorge durchgängig kostenfrei zur Verfügung gestellt werden muss. Anders als die Beschwerdeführerin unter Berufung auf Literaturmeinungen (*Habermann*, Gebühren für Gefahrenabwehr, 2011, S. 349; *Leines*, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2017, S. 285 f.; *P. Kirchhof/G. Kirchhof*, Das Recht auf unentgeltliche Sicherheit, 2020, S. 90 ff.) vorträgt, ist die Gefahrenvorsorge keine allgemeine staatliche Tätigkeit, die zwingend ausschließlich aus dem Steueraufkommen zu finanzieren ist.

⁷² Es gibt keinen hinreichenden Anknüpfungspunkt im Grundgesetz für die Annahme einer solchen Gebührenfreiheit (a). Weder die Erfüllung staatlicher Kernaufgaben (b) noch die staatlichen Handlungspflichten (c) ziehen eine solche nach sich. Ebenso begründet ein subjektiver Leistungsanspruch keinen Anspruch auf die Gebührenfreiheit der Leistung (d).

⁷³ (a) Zunächst fehlt es für die Annahme, im Rahmen der öffentlichen Sicherheit und/oder des staatlichen Gewaltmonopols bestehe ein vollständiges oder partielles Gebührenerhebungsverbot, an einer hinreichenden Anknüpfung im Grundgesetz. Soweit unter Bezugnahme auf den Wortlaut des Grundgesetzes Gebührenerhebungsverbote für möglich gehalten werden (bei Art. 8 GG aus dem Begriff „ohne Erlaubnis“ – vgl. BVerfGE 12, 354 [358 f.]; bei Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG daraus, dass der Bundestag in „allgemeiner“ und „freier“ Wahl zu wählen ist – vgl. *Wilke*, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, S. 159), werden diese grundrechtsbezogen und nicht aufgabenbezogen begründet. Umgekehrt beziehen sich Regelungen, bei denen das Grundgesetz ausdrücklich von Gebühren (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 und Art. 80 Abs. 2 GG) oder Beiträgen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) spricht, gerade

auf Aufgabenbereiche, bei denen eine – zumindest fachrechtlich begründete – staatliche Leistungspflicht überkommen ist, wie etwa die Bereitstellung eines Straßennetzes und von Infrastruktureinrichtungen. Sachgebietsbezogene Gebührenerhebungsverbote sind dem Grundgesetz hingegen nicht zu entnehmen (vgl. *Wilke*, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, S. 157 ff.).

- ⁷⁴ (b) Selbst eine staatliche Kernaufgabe ist nicht notwendig gebührenfrei zu erbringen. Auch im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols ist kein verfassungsrechtliches Gebührenerhebungsverbot überkommen. Dies belegen die als verfassungsrechtlich zulässig anerkannten Gerichtsgebühren (vgl. BVerfGE 80, 103 [107]; 85, 337 [346]; 115, 381 [390]). Ebenso wenig besteht für Leistungen innerhalb der polizeilichen Gefahrenvorsorge ein verfassungsrechtliches Gebührenerhebungsverbot.
- ⁷⁵ (c) Etwaig bestehende verfassungsrechtliche Handlungspflichten des Staates ziehen ebenso wenig eine zwangsläufige Finanzierung durch Steuern und damit eine zwingende Gebührenfreiheit nach sich. So ist im Bereich sogenannter präventiver Verbote, bei denen die Pflicht des Staates zur Erteilung der Genehmigung bei Vorliegen der Voraussetzungen aus dem grundrechtlichen Freiheitsrecht folgt, die Verfassungsmäßigkeit der Gebührenerhebung anerkannt (vgl. zur Erteilungsgebühr einer Hundehaltungsplakette *BVerfG*, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 29.3.2004 – 1 BvR 1498/00, Rn. 2; zur Baugenehmigung *BVerfG*, Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 2.9.2004 – 1 BvR 252/02, Rn. 3; zur immissionschutzrechtlichen Genehmigung *BVerfG*, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 30.5.2018 – 1 BvR 45/15, Rn. 21).
- ⁷⁶ (d) Selbst in Bereichen, in denen die Verfassung oder das Fachrecht dem oder der Einzelnen einen Anspruch auf eine staatliche Gewährleistung vermittelt, ist damit nicht durchgängig ein Anspruch auf Gebührenfreiheit verbunden. So stellen sowohl das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als auch das über Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG gewährte Recht auf Justizgewährleistung die schon angesprochene generelle Zulässigkeit von Gerichtsgebühren nicht in Frage (vgl. BVerfGE 80, 103 [107]; 85, 337 [346]; 115, 381 [390]). Ganz selbstverständlich werden auch im Bereich der Daseinsvorsorge zulässigerweise Gebühren erhoben. Die in den freiheitsrechtlichen Gewährleistungen enthaltenen Schutzpflichten zugunsten von Grundrechtsträgerinnen und -trägern beziehen sich auf alle freiheitsrechtlichen Gewährleistungen und nicht spezifisch auf die polizeilichen Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Selbst bei der Annahme eines grundsätzlichen Anspruchs auf eine gebührenfreie Leistung wäre dieser nicht notwendig unbegrenzt.
- ⁷⁷ b) § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG ist auch geeignet, den mit ihm verfolgten Gemeinwohlzweck zu erreichen. Verfassungsrechtlich genügt für die Eignung bereits die Möglichkeit, durch die gesetzliche Regelung den Gesetzeszweck zu erreichen. Eine Regelung ist erst dann nicht
- mehr geeignet, wenn sie die Erreichung des Gesetzeszwecks in keiner Weise fördern kann oder sich sogar gegenläufig auswirkt (vgl. BVerfGE 158, 282 [336 Rn. 131] m.w.N.; 161, 63 [114 Rn. 110]).
- ⁷⁸ § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG fördert den verfolgten Gemeinwohlzweck. Mit der Veranstaltungsgebühr wird der Mehraufwand an Polizeitätigkeit finanziert. Damit wird nicht nur die Allgemeinheit vor den Kosten bewahrt, sondern werden diese auch den wirtschaftlichen Nutznießerinnen und Nutznießern sowie Verursacherinnen und Verursachern auferlegt.
- ⁷⁹ c) Die Gebührenpflicht nach § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG ist zur Zielerreichung erforderlich. Eine Regelung ist erforderlich, wenn kein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel, das Dritte und die Allgemeinheit nicht stärker belastet, zur Verfügung steht. Die sachliche Gleichwertigkeit der alternativen Maßnahmen zur Zweckerreichung muss dafür in jeder Hinsicht eindeutig feststehen (vgl. BVerfGE 155, 238 [280 Rn. 105] – WindSeeG; 161, 299 [378 Rn. 186 f.] – Impfnachweis (COVID-19); 163, 107 [150 Rn. 115]; st.Rspr). Ein milderes staatliches Mittel, mit dem die Allgemeinheit von der Lastentragung der Mehrkosten befreit wird, ist nicht ersichtlich. Vermeidbare Mehrkosten sind nicht erforderlich im Sinne des § 4 Abs. 4 S. 1 BremGebBeitrG und können schon deshalb den Veranstalterinnen und Veranstaltern nicht auferlegt werden.
- ⁸⁰ d) § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG wahrt auch die Anforderungen an die Angemessenheit.
- ⁸¹ aa) Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordert, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen (vgl. BVerfGE 155, 119 [178 Rn. 128] m.w.N. – Bestandsdatenauskunft II; st.Rspr). Bei der Gesamtabwägung zwischen der Schwere der Belastung, dem Gewicht und der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleiben (vgl. BVerfGE 152, 68 [137 Rn. 183] m.w.N. – Sanktionen im Sozialrecht; st.Rspr). Um dem Übermaßverbot zu genügen, müssen hierbei die Interessen des Gemeinwohls umso gewichtiger sein, je empfindlicher die Einzelnen in ihrer Freiheit beeinträchtigt werden (BVerfGE 166, 1 [71 f. Rn. 155] – Kinderehe), je intensiver sich der Grundrechtseingriff also darstellt (vgl. BVerfGE 156, 63 [142 Rn. 271 ff.] – Elektronische Aufenthaltsüberwachung). Die Intensität des Eingriffs wird hierbei in qualitativer Hinsicht bestimmt durch das Maß der Verkürzung der grundrechtlich geschützten Handlungen und Rechtspositionen einschließlich der damit einhergehenden wirtschaftlichen Folgen (vgl. in Bezug auf die Erforderlichkeit BVerfGE 166, 1 [65 Rn. 144]).
- ⁸² bb) Das Ziel der Gebühr nach § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG, durch die Kostendeckung die Allgemeinheit nicht mit den übermäßigen Kosten des Einsatzes von Polizeikräften bei besonders gefahrträchtigen, auf die Erzielung von Gewinn

ausgerichteten Großveranstaltungen zu belasten, steht nicht außer Verhältnis zu den damit verbundenen Beeinträchtigungen der nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten beruflichen Freiheit der gebührenpflichtigen Veranstalterinnen und Veranstalter. Der durch § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG bewirkte Grundrechtseingriff ist für die Gebührenschildnerinnen und -schuldner von einigem Gewicht (1); ihm steht die Förderung eines bedeutsamen Gemeinwohlinteresses gegenüber (2), das bei der Abwägung überwiegt (3).

⁸³ (1) Die durch § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG begründete Gebührenpflicht greift in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) von Veranstalterinnen und Veranstaltern mit einigem Gewicht ein. Die Gebühr kann zwar eine beträchtliche Höhe erreichen und die Veranstalterinnen und Veranstalter dadurch finanziell erheblich belasten. Allerdings wird die Gebühr aufgrund des Merkmals der Gewinnerorientierung nur bei Veranstaltungen erhoben, die zum Zwecke der Gewinnerzielung durchgeführt werden. Zwar ist belastungserhöhend zu berücksichtigen, dass die Veranstalterinnen und Veranstalter nur begrenzt steuern können, ob eine Gebühr erhoben wird, da das Ausmaß der Gefahrgeneigtheit der Veranstaltung teilweise außerhalb ihres Einflussbereichs liegt. Jedenfalls bezogen auf das räumliche Umfeld der Veranstaltung dürften die Veranstalterinnen und Veranstalter regelmäßig keine Sachherrschaft haben. Dennoch findet die Gebührenerhebung in dem Verhalten der Veranstalterinnen und Veranstalter ihren Anlass. Dabei ist zu berücksichtigen, dass gerade besonders attraktive Spiele der Fußball-Bundesliga häufig Hochrisikospiele sind. Oft handelt es sich – wie auch die mündliche Verhandlung bestätigt hat – um Spiele rivalisierender Vereine mit Derby-Charakter, die viele Zuschauerinnen und Zuschauer sehen wollen, wovon wiederum die Veranstalterinnen und Veranstalter wirtschaftlich profitieren. Belastungserhöhend tritt allerdings hinzu, dass die Höhe der Gebühr in keiner Relation zum erzielten Gewinn steht und daher jedenfalls theoretisch den mit einer Veranstaltung erwirtschafteten Gewinn übersteigen kann. Das Gewicht einer berufsbezogenen Geldleistungspflicht wiederum begrenzend wirken bei einer Gebühr ihr genereller Gegenseitigkeitscharakter und hier die Einbettung in das allgemeine Gebührenrecht mit der Möglichkeit der Billigkeitsmaßnahmen nach § 25 Abs. 1 BremGebBeitrG.

⁸⁴ (2) Dem gegenüber steht der Zweck, die wirtschaftlichen Nutznießerinnen und Nutznießer beziehungsweise Veranstalterinnen und Veranstalter an den Kosten für den Polizeieinsatz zu beteiligen. Hierbei handelt es sich um das bedeutsame Gemeinwohlinteresse, nicht die Allgemeinheit mit den von den Veranstalterinnen und Veranstaltern veranlassten Mehrkosten eines umfangreichen Polizeieinsatzes bei Hochrisikospiele der Fußball-Bundesliga zu belasten, sondern diese Mehrkosten, die über die Polizeikosten bei „normalen“ Fußball-Bundesliga Spielen hinausgehen, denjenigen aufzuerlegen, die gerade mit der gefahrgeneigten Veranstaltung Gewinne erzielen. Eine gerechte Kostenverteilung ist für ein Gemeinwesen und für den sozialen Frieden von erheblicher Bedeutung.

⁸⁵ Je nach Art der Veranstaltung kann aber das Gewicht des öffentlichen Interesses, die Allgemeinheit nicht mit dem polizeilichen Mehraufwand zu belasten, durch ein gegenläufiges Gemeinwohlinteresse an der Durchführung der Veranstaltung gemindert sein. So besteht etwa ein hohes Gemeinwohlinteresse an der Durchführung bestimmter, von § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG erfasster Veranstaltungen, insbesondere von Fußballspielen. Das Gemeinwohlinteresse kann von der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben (vgl. BVerfGE 148, 267 [283 f. Rn. 41 f.]) bis zu der teilweise erheblichen Integrationsleistung des Fußballs reichen. Wird die Wirtschaftlichkeit der Durchführung solcher dem Gemeinwohl in besonderer Weise dienender Veranstaltungen durch die Gebührenerhebung ernsthaft in Frage gestellt, kann das öffentliche Interesse an der Beibehaltung dieser Veranstaltungen das öffentliche Interesse, welches an einer Entlastung der Allgemeinheit von den sich aus dem Gewaltpotenzial dieser Veranstaltungen folgenden Mehrkosten durch Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte besteht, in erheblichem Maße aufwiegen. Dafür gibt es allerdings bezogen auf die hier allein in Rede stehenden Hochrisikospiele der Fußball-Bundesliga keine Anhaltspunkte.

⁸⁶ (3) Das Ziel der Veranstaltungsgebühr, die Allgemeinheit nicht mit den überdurchschnittlichen Kosten des Einsatzes von Polizeikräften bei gefahrträchtigen, auf die Erzielung von Gewinn ausgerichteten Veranstaltungen zu belasten, steht nicht außer Verhältnis zu der damit verbundenen Beeinträchtigung der nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit der gebührenpflichtigen Veranstalterinnen und Veranstalter. Weder ist die Auferlegung einer Gebühr wegen des Fehlens eines materiellen Gegenleistungscharakters (a) noch ihre Ausgestaltung (b) unzumutbar.

⁸⁷ (a) Eine Gebühr ist nur dann angemessen, wenn sie auch tatsächlich als Gegenleistung für eine individuell zurechenbare Leistung erhoben wird (vgl. BVerfGE 91, 207 [223]; vgl. auch BVerfGK 8, 285 [292 f.]; 12, 354 [358 f.] – zu Art. 8 GG; in diese Richtung auch BVerfGE 80, 103 [106 f.]; BVerfGK 13, 551 [554]). Denn für die Rechtmäßigkeit einer Abgabe ist nicht deren Bezeichnung, sondern deren materieller Gehalt entscheidend (vgl. BVerfGE 55, 274 [305]; 67, 256 [276]; 92, 91 [114]; *Wendt*, Die Gebühr als Lenkungsmittel, 1975, S. 57). Deshalb muss die normative Anknüpfung des Gebührentatbestandes einen Rückhalt in der Wirklichkeit finden (vgl. *Vogel/Waldhoff*, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, 1999, Rn. 415; a.A. *Wilke*, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, S. 88). Der Gebührengesetzgeber hat zwar einen weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum, welche individuell zurechenbaren öffentlichen Leistungen er einer Gebührenpflicht unterwerfen will (vgl. BVerfGE 50, 217 [226 f.]; 91, 207 [223]; 97, 332 [345]; BVerfGK 2, 70 [73]; 13, 551 [554]; *BVerfG*, Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 8.1.1997 – 1 BvR 424/94, Rn. 14; Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 15.4.2012 – 1 BvR 1951/11, Rn. 24; in Bezug auf Abgaben *BVerfG*, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 16.4.2020 – 1 BvR 173/16, Rn. 37). Dieser Spielraum ist aber dann überschritten, wenn kein konkreter Bezug zwischen dem gesetzlich definierten Vorzug

und dem Abgabepflichtigen mehr erkennbar ist (vgl. BVerfGE 137, 1 [23 Rn. 54]; 149, 222 [255 f. Rn. 68]). Erforderlich ist daher, dass die Gebühr nach § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sowohl dem Grunde (aa) als auch der Höhe (bb) nach auf einer individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung beruht. Beides ist hier der Fall.

- ⁸⁸ (aa) Die Kriterien der individuellen Zurechenbarkeit (α) sind im vorliegenden Fall erfüllt (β). Von Verfassungs wegen ist insbesondere im Polizeirecht eine Gebührenerhebung nicht nur bei gleichzeitiger polizeirechtlicher Verantwortlichkeit zulässig (γ). Sind Dritte polizeirechtlich verantwortlich, schließt dies eine gebührenrechtliche Verantwortlichkeit des oder der polizeirechtlich Nichtverantwortlichen wiederum nicht aus (δ).
- ⁸⁹ (α) Als Zurechnungsgrund kommt nicht jeder Gesichtspunkt in Betracht. Vielmehr muss die gebührenpflichtige Leistung an eine besondere Verantwortlichkeit der in Anspruch genommenen Personen anknüpfen; diese Verantwortlichkeit muss aus der Sache selbst ableitbar sein (vgl. BVerfGE 91, 207 [223]; vgl. auch zum Beitrag BVerfGE 137, 1 [22 Rn. 52]). Es muss eine besondere Nähebeziehung der Gebührenpflichtigen zur öffentlichen Leistung bestehen, die es rechtfertigt, von diesen hierfür – auch ohne vertragliche Grundlage und somit gegebenenfalls gegen ihren Willen – eine finanzielle Gegenleistung zu verlangen. Das Erfordernis der individuellen Zurechenbarkeit verlangt dabei nicht, dass die Begünstigten zahlenmäßig begrenzt sind (vgl. zum Beitrag BVerfGE 149, 222 [255 Rn. 67]). Die individuell-konkrete Zurechenbarkeit kann insbesondere gegeben sein, wenn die öffentliche Leistung mit konkreten Vorteilen, etwa vermittelt über die tatsächliche Sachherrschaft, verbunden ist (vgl. BVerfGE 91, 207 [223 f.]; 137, 1 [22 Rn. 52]; 149, 222 [255 Rn. 67]) oder individuell veranlasst wurde (vgl. BVerfGE 108, 1 [13]), insbesondere bei einer das übliche Maß überschreitenden „Sondernutzung“ öffentlicher Sachen mit einer besonderen Inanspruchnahme begrenzter staatlicher Ressourcen.
- ⁹⁰ Im gebührenrechtlichen Fachrecht verwendete Zurechnungskriterien können Anhaltspunkte für eine verfassungsrechtlich zulässige gebührentatbestandliche Zurechnung sein (vgl. BVerfGK 8, 285 [293]), wobei der Gesetzgeber auf ein Kriterium oder auf mehrere Kriterien abstellen kann. Solche fachrechtlichen Zurechnungskriterien knüpfen vor allem an die „Veranlassung“ (vgl. BVerfGE 108, 1 [13]) und die „Begünstigung“ (vgl. BVerfGE 91, 207 [223 f.]; 137, 1 [22 Rn. 52]; 149, 222 [255 Rn. 67]) an (vgl. *Schönenbroicher/Pommer*, in: Christ/Oebbecke, Handbuch Kommunalabgabenrecht, 2. Aufl. [2022], D Rn. 646). Während die Veranlassung die Zurechnung über den Grund der staatlichen Leistung herstellt – die Schuldnerinnen und Schuldner haben diese in besonderer Weise verursacht –, bezieht sich die Zurechnung bei der Begünstigung auf deren Ergebnis – die staatliche Leistung kommt den Schuldnerinnen und Schuldner in besonderer Weise zugute. Der Kern des Veranlasserprinzips liegt in der Ursächlichkeit der Schuldnerinnen und Schuldner für die Durchführung der öffentlichen Leistung und somit für die Entstehung der Kosten (vgl. zu § 465 StPO BVerfGK 8, 285 [293]). Bei der „Begünstigung“ ist der „Vorteil“ nicht erst bei einem messbaren finanziellen Vermögenszuwachs oder bei messbaren ersparten Aufwendungen gegeben. Auch die bloße Inanspruchnahme staatlicher Ressourcen durch einen eingeschränkten Nutzerkreis kann eine Abgabepflicht auslösen (vgl. BVerfGE 134, 1 [14 Rn. 39]).
- ⁹¹ Die individuelle Zurechenbarkeit setzt nicht zwingend voraus, dass die Leistung den Gebührenschuldnerinnen und -schuldner einen Vorteil verschafft. Auch ist es verfassungsrechtlich nicht erforderlich, dass die gebührenpflichtige Leistung von den Schuldnerinnen und Schuldner beantragt wurde oder sonst erwünscht ist. Es genügt die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung (vgl. BVerfGE 108, 1 [26]), wie auch die Kostentragungspflicht des Verurteilten im Strafverfahren zeigt (vgl. BVerfGE 18, 302 [304]; 31, 137 [139]). Ebenso können Kosten für eine öffentliche Leistung demjenigen, der sie individuell veranlasst hat, auch dann auferlegt werden, wenn ihn selbst kein Verschulden trifft (vgl. zu § 465 StPO BVerfGK 8, 285 [293 f.]).
- ⁹² (β) Zwischen dem Mehraufwand im Sinne von § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG und den Veranstalterinnen und Veranstaltern der von dieser Norm erfassten Veranstaltungen besteht ein hinreichendes Näheverhältnis, das eine besondere Finanzierungsverantwortung für diesen Mehraufwand begründet. Veranstalterinnen und Veranstalter einer von § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG erfassten Großveranstaltung stehen den durch diese verursachten Mehrkosten näher als die staatliche Gemeinschaft. Die Zurechenbarkeit rechtfertigt sich dabei aus einer Gesamtschau mehrerer Gesichtspunkte, die überwiegend dem Veranlasserprinzip zuzuordnen sind.
- ⁹³ Im Falle eines Hochrisikospieles der Fußball-Bundesliga wird der Mehraufwand des Polizeieinsatzes durch die Veranstalterinnen und Veranstalter ausgelöst. Zudem steht der verursachte Mehraufwand gerade mit der besonderen Gefahrträchtigkeit der Veranstaltung in Verbindung (Aspekte der Veranlassung und der Sondernutzung) ($\alpha\alpha$). Die Veranstalterinnen und Veranstalter sind auch wirtschaftliche Nutznießerinnen und Nutznießer des Mehraufwandes, weil die Veranstaltung ohne diesen Mehraufwand nicht in der geplanten Form durchführbar wäre (Aspekt des Vorteils) ($\beta\beta$).
- ⁹⁴ ($\alpha\alpha$) Indem sie eine Veranstaltung durchführen, bei der erfahrungsgemäß Gewalthandlungen in erheblichem Maße zu erwarten sind (Hochrisikoveranstaltung), veranlassen die Veranstalterinnen und Veranstalter, ohne im gefahrenabwehrrechtlichen Sinne Zweckveranlasser sein zu müssen (vgl. *Bremische Bürgerschaft*, Drs. 18/1501, S. 9 f.), eine deutlich gesteigerte staatliche Sicherheitsvorsorge, nehmen damit begrenzte öffentliche Ressourcen in deutlich übermäßigem Umfang in Anspruch und begründen so ein Näheverhältnis zu der erbrachten staatlichen Leistung. Diese staatliche Leistung, namentlich die Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte, wäre ohne die Hochrisikoveranstaltung nicht notwendig. Diese ist also für die Mehrkosten des Polizeieinsatzes kausal, denn ohne

die Veranstaltung fehlte es an dem Anlass, aus dem tausende Menschen einschließlich der gewaltgeneigten Teilnehmerinnen und Teilnehmer, die Störungen der öffentlichen Sicherheit verursachen (können), an den Austragungsort des Spiels anreisen und dort zusammentreffen. Die Tatsache, dass es sich auch bei einer Hochrisikoveranstaltung nicht um eine rechtswidrige Tätigkeit handelt und die Veranstalterinnen und Veranstalter die Bereitstellung der Polizeikräfte eventuell selbst nicht begehren, lässt die Kausalität weder entfallen, noch unterbricht sie diese. Die Verursachung beschränkt sich dabei nicht auf Gefahren innerhalb des Stadions, sondern erfasst alle Gefahren, die durch das Zusammentreffen von Zuschauerinnen und Zuschauern sowie sonstigen Personen, die sich in der Nähe des Stadions und auf den Zugangswegen aufhalten, geschaffen werden.

⁹⁵ Bei einer Veranstaltung mit erhöhtem Gewaltpotenzial steigt der logistische Aufwand, den die Polizeikräfte zu bewältigen haben. Um mögliche Gewalthandlungen zu unterbinden, ist eine verstärkte Polizeipräsenz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit notwendig. Es steht nicht im Belieben des Staates, den Polizeieinsatz schlicht zu unterlassen. Ließe der Staat eine solche Situation unvorbereitet auf sich zukommen, müsste er kurzfristig andere, weitreichende Gefahrenabwehrmaßnahmen treffen und griffe dann gegebenenfalls unverhältnismäßig in Grundrechte ein. So müsste die Polizei möglicherweise entscheiden, ganze Gruppen nicht zum Veranstaltungsort gelangen zu lassen, die Veranstaltung insgesamt zu untersagen (Maßnahme gegen Nichtverantwortliche), die Veranstaltung ohne Teilnehmerinnen und Teilnehmer durchführen zu lassen oder in sonstiger Weise die Durchführung einer Hochrisikoveranstaltung aus Sicherheitsgründen erheblich einzuschränken.

⁹⁶ Zwischen dem Aufwand und der Verursachung besteht dabei auch bei wertender Betrachtung ein Näheverhältnis. Das Merkmal der individuellen Zurechenbarkeit verlöre seine Begrenzungsfunktion, wenn jede Art von Kausalität ausreichen würde (vgl. ausdrücklich im Bereich des Art. 8 GG BVerfGK 12, 354 [360]; vgl. im Zusammenhang mit dem Veranstalterprinzip BVerfGK 8, 285 [294]). Die Nähe zum gebührenpflichtigen Mehraufwand wird im vorliegenden Fall auch durch den besonderen Umfang des Aufwands begründet, der in abgrenzbarer Weise durch die Veranstaltung und gerade nicht durch die Allgemeinheit verursacht wird. Die Gefahrträchtigkeit und die mit der Veranstaltung erzielten Gewinne sind überdies auch in der den Veranstalterinnen und Veranstaltern bekannten und von ihnen gewollten Attraktivität der durchgeführten Veranstaltung miteinander verknüpft.

⁹⁷ Die sicherheitsrechtliche Lage in einer Stadt, in der eine Hochrisikoveranstaltung durchgeführt wird, unterscheidet sich von einer Normallage in einer Weise, die bei wertender Betrachtung die Einschätzung des Gesetzgebers, hier liege eine quantitative Sondernutzung der Sicherheitsgewährleistung vor, hinreichend trägt. Dies gilt zunächst im Verhältnis zu einer Großveranstaltung, der die besondere Gefahrgeneigntheit, die § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG

voraussetzt, fehlt. Es gilt aber auch im Verhältnis zu sonstigen polizeilichen Maßnahmen. So wurde bei dem Hochrisikospiele, das dem vorliegenden Verfassungsbeschwerdeverfahren zugrunde liegt, ein Vielfaches an Polizeikräften im Vergleich zu „Nicht-Hochrisikospielen“ eingesetzt.

⁹⁸ Die besondere Nähe zu der kostenverursachenden zusätzlichen Bereitstellung von Polizeikräften ist weiter auch deshalb gegeben, weil die Durchführung einer Hochrisikoveranstaltung eine besondere Gefahrträchtigkeit in sich birgt und dadurch übermäßig die begrenzten öffentlichen Ressourcen bindet. Diese außergewöhnliche Gefahrenlage, die durch die Veranstaltung verursacht wird, folgt dabei zum Teil gerade aus der Art der Veranstaltung. Insbesondere bei Hochrisikofußballspielen ist die Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte wegen der besonderen Gefahrträchtigkeit plausibel und wird durch langjährige Erfahrungen gestützt (vgl. *Siegel*, DÖV 2014, S. 867 [869]; *Heise*, NVwZ 2015, S. 262 [266]). Die Veranstaltung ist von einem – gesellschaftlich akzeptierten – Wettkampfcharakter mit zwei gegnerischen Lagern – Heim- und Gastmannschaft – geprägt. Der Wettkampf ist eingebunden in eine Liga, die die konkrete Veranstaltung in einen größeren Zusammenhang stellt und den Wettkampfcharakter noch erhöht. Weiter sind die Veranstaltungen gesellschaftlich mit ausgelassenem Feiern und oft auch mit Alkoholkonsum verbunden, was zu einer Absenkung der Hemmschwelle für gefährdende Handlungen führen kann. Zudem bestehen organisierte Fanstrukturen und traditionelle Rivalitäten, die zu potenziellen Gewalthandlungen zwischen den rivalisierenden Fangruppen führen können. Die Ausrichtung solcher Spiele, die als Hochrisikospiele der Fußball-Bundesliga qualifiziert werden, führt daher erfahrungsgemäß zu Schäden an Rechtsgütern und Rechten der Veranstaltungsteilnehmerinnen und -teilnehmer und dritter Personen, die ohne das Fußballspiel nicht eintreten.

⁹⁹ (ββ) Die von § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG erfassten staatlichen Maßnahmen besitzen weiter deshalb einen spezifischen Bezug zu den in der Vorschrift genannten Veranstaltungen, weil sie gerade deren Durchführung ermöglichen. Die Veranstalterinnen und Veranstalter sind zugleich objektiv, ohne es beantragt oder ausdrücklich erwünscht zu haben, Nutznießerinnen und Nutznießer dieser Bereitstellung von Polizeikräften. Die hierdurch ermöglichte Risikominimierung kommt ihnen zugute, weil sie ohne diese ihre Veranstaltung nicht oder zumindest nicht in der gewählten Form ausrichten könnten. Die Veranstalterinnen und Veranstalter führen keine isolierte Veranstaltung durch; diese ist vielmehr in eine Vielzahl von weiteren, über das Jahr verteilten Veranstaltungen eingebettet, deren Ergebnisse regelgeleitet zu einer Rangfolge in einer Tabelle führen. Die Veranstalterinnen und Veranstalter sind im Rahmen der Fußball-Bundesliga aufgrund der vertraglich eingegangenen Verpflichtungen, insbesondere im Bereich der Einräumung von Übertragungsrechten, in besonderer Weise auf die Durchführung aller zum Spielbetrieb gehörender Spiele angewiesen, unabhängig von deren jeweiliger Gefahrgeneigntheit.

- ¹⁰⁰ Die Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte trägt dazu bei, dass die zahlenden Veranstaltungsteilnehmerinnen und -teilnehmer unversehrt zum Stadion und auch wieder zurück gelangen. Der Verkehr wird geordnet zum Stadion und nach dem Ende des Spiels wieder davon wegelenkt. Die Ordnung der Verkehrsströme und der Zuschauermassen, die Bereitstellung von Ansprechpartnern und andere Maßnahmen kommen den Veranstalterinnen und Veranstaltern zugute, weil sie ermöglichen, dass Personenmassen, die in dieser Größenordnung den normalen Verkehr überforderten, ihr Ziel erreichen und dass weitere auftretende Gefahren reduziert werden. Durch die Polizeikräfte wird die Großveranstaltung in Gänze ermöglicht und das Risiko reduziert, dass ihre Durchführung in chaotische Zustände verfällt. Ohne eine Gefahreineinhegung könnten die Spiele wegen Ausmaß und Schwere der drohenden Schäden gegebenenfalls nicht zugelassen werden.
- ¹⁰¹ (γ) Die individuelle Zurechnung setzt auch nicht die polizeiliche Verantwortlichkeit der Veranstalterinnen und Veranstalter voraus. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (*Böhm*, NJW 2015, S. 3000 [3002]; *dies.*, Gewaltprävention im Umfeld von Fußballspielen, 2022, S. 160 f.; *Brüning*, VerwArch 2015, S. 417 [423 f., 426 ff.]; *Leines*, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2017, S. 168; *Mayer*, Polizeikosten im Profifußball, 2018, S. 188 ff.; *Müller-Eiselt*, SpuRt 2018, S. 95 [96]; *P. Kirchhof/G. Kirchhof*, Recht auf unentgeltliche Sicherheit, 2020, S. 63 f., 93) kennt das Grundgesetz keinen Grundsatz, der es geböte, Polizeikosten nur Störerinnen und Störern oder solchen Personen aufzuerlegen, die nach den Vorschriften des Polizeigesetzes anstelle der Störerinnen und Störer in Anspruch genommen werden können oder die sich rechtswidrig verhalten (so schon *VGH Baden-Württemberg*, Urt. v. 18.6.1979 – I 47/79, juris Rn. 27; siehe auch *BVerfG*, Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 11.8.1998 – 1 BvR 1270/94, Rn. 19 ff. sowie *Siegel*, DÖV 2014, S. 867 [868]; *Wienbracke*, DVBl. 2019, S. 344 [346 f.]; *Schönenbroicher*, NWVBl 2020, S. 494 [495 f.]). Die individuelle Zurechenbarkeit einer Leistung, etwa wegen einer konkreten Veranlassung, setzt nicht die Rechtswidrigkeit der Veranlassung voraus. Die Polizeipflichtigkeit beziehungsweise Rechtmäßigkeit eines Verhaltens einerseits und die Kostenpflichtigkeit eines Verhaltens andererseits betreffen unterschiedliche Fragestellungen. Der fehlende Zwang eines Gleichlaufs von polizeirechtlicher Verantwortlichkeit (oder Verhaltensgeboten und -verboten) und gebührenrechtlicher Lastenpflicht folgt schon aus den unterschiedlichen Zwecken, die mit dem jeweiligen Instrument verfolgt werden, sowie aus den unterschiedlichen Belastungen für die Betroffenen, die unterschiedliche grundrechtliche Abwägungsentscheidungen nach sich ziehen.
- ¹⁰² (δ) Liegt eine gebührenrechtliche Zurechenbarkeit des Mehraufwandes zu den Veranstalterinnen und Veranstaltern vor, wird diese nicht durch den Umstand unterbrochen, dass der Mehraufwand je nach den Umständen auf einem freiverantwortlichen Handeln Dritter beruht, das gegebenenfalls rechtswidrig ist. Unabhängig von der nicht entscheidungserheblichen Frage (vgl. Rn. 45), inwieweit in die Veranstaltungsgebühr Störerkosten einbezogen werden können, führt ein vorsätzliches Dazwischentreten Dritter jedenfalls dann nicht zwingend zu einer Unterbrechung der Zurechnung des Mehraufwandes, wenn die Veranstaltung in Kenntnis ihrer Gefährträchtigkeit durchgeführt wird. Die durch eine gefahrträchtige Großveranstaltung veranlasste erhöhte Sicherheitsvorsorge bleibt den Veranstalterinnen und Veranstaltern zurechenbar, auch wenn die Realisierung der Gefahr von einem Verhalten Dritter abhängt. Abgesehen davon, dass die Gefahren, die im Zusammenhang mit Hochrisikoveranstaltungen entstehen, nicht zwingend Dritten rechtlich zurechenbar sein müssen, ändert sich nichts daran, dass die staatliche Leistung in Form der Bereitstellung von Polizeikräften gerade auch dazu dient, die Hochrisikoveranstaltung durchzuführen.
- ¹⁰³ (bb) § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verlässt auch bezogen auf die Gebührenbemessung nicht 103 den durch die Notwendigkeit individueller Zurechenbarkeit gesteckten Rahmen.
- ¹⁰⁴ Die mögliche Höhe einer Gebühr als Vorzugslast wird durch die verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen an den mit der Gebührenpflicht verbundenen Grundrechtseingriff begrenzt (vgl. *BVerfGE* 85, 337 [346]; 97, 332 [345]; *BVerfGK* 3, 310 [312 f.]). Die durch die Gebührenhöhe bewirkte Belastung muss ihrerseits den Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung genügen. Die Belastung muss nach Maßgabe des durch die öffentlich-rechtliche Leistung vermittelten Vorzugs erfolgen, der mit der Gebühr finanziell ausgeglichen beziehungsweise dessen Nutzungsmöglichkeit mit dem Beitrag abgegolten werden soll (vgl. *BVerfGE* 137, 1 [21 f. Rn. 51 f.]; 149, 222 [254 f. Rn. 66]). Die tatbestandliche Bindung der Kosten an den Mehraufwand und dessen Erforderlichkeit in § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sichert die Begrenzung auf den veranlassten und einen Vorteil vermittelnden Aufwand ab.
- ¹⁰⁵ Der Gesetzgeber muss entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch keinen Abschlag für das Allgemeininteresse vorsehen, da der relevante Mehraufwand ausschließlich auf der Veranlassung durch die – trotz der zu erwartenden Gewalthandlungen durchgeführte – gewinnorientierte Veranstaltung beruht (vgl. dazu bereits das *BVerwG* in seinem hier angegriffenen Urt. v. 29.3.2019 – *BVerwGE* 165, 138 [157 ff. Rn. 76 ff.]). Zudem werden in dem vom Bremer Gesetzgeber gewählten Modell die polizeilichen Basiskosten von der Allgemeinheit aus allgemeinen Haushaltsmitteln finanziert. Das allgemeine Teilhabeinteresse an einem Fußballspiel der Bundesliga wird daher durch die öffentliche Hand finanziert.
- ¹⁰⁶ (b) Die Bremer Veranstaltungsgebühr beeinträchtigt die Berufsfreiheit der Veranstalterinnen und Veranstalter auch in einer Gesamtschau nicht unangemessen.
- ¹⁰⁷ Gebührentatbestände dürfen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne den Freiheitsgebrauch nicht unzumutbar beeinträchtigen. Dies wäre ins-

besondere dann der Fall, wenn die Gebühr von dem Gebrauch der grundrechtlich geschützten Freiheit abschrecken, diese unzumutbar erschweren würde oder in sonstiger Weise erdrosselnde Wirkung hätte (vgl. für Gerichtsgebühren und die Justizgewährungspflicht BVerfGE 85, 337 [347]; für den Teilhabeanspruch aus Art. 12 GG BVerfGE 134, 1 [17 Rn. 48]; zu Art. 8 GG BVerfGE 12, 354 [360]), unabhängig davon, ob eine Zurechenbarkeit der Gebühr und deren Höhe zu den Gebührenschuldnerinnen und -schuldern gegeben ist oder nicht.

- ¹⁰⁸ § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG ist insoweit nicht unangemessen. Grundsätzlich steht das Ziel 108 der Gebühr, nicht die Allgemeinheit mit dem der Polizei entstandenen Mehraufwand bei Hochrisikoveranstaltungen zu belasten, sondern deren Veranstalterinnen und Veranstalter, die den Mehraufwand veranlassen und mit der Veranstaltung einen Gewinn erzielen wollen, nicht außer Verhältnis zu der aus der Gebührenpflicht folgenden Beeinträchtigung beruflicher Freiheit. Insbesondere ist eine unangemessene Belastung oder eine erdrosselnde Wirkung durch § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG nicht erkennbar. Es ist nicht ersichtlich, dass die Durchführung von kommerziellen Großveranstaltungen, wie insbesondere der Betrieb der Fußball-Bundesliga oder die Durchführung von Fußballspielen, die als Hochrisikospiele eingestuft werden, infolge der Gebührenerhebung nicht mehr möglich wäre oder auch nur verändert werden müsste. Bezogen auf die finanzielle Belastungswirkung ist auch zu berücksichtigen, dass § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG nur einen kleinen Teil von kommerziellen Veranstaltungen betrifft. Dass die Beschwerdeführerin ihre Kosten bislang offenbar an den betreffenden Fußballverein (hier: SV Werder Bremen) weitergereicht hat, ist unerheblich. Insbesondere ist es Sache der Verantwortlichen, die auf diese Weise entstandene Zusatzbelastung fair zwischen den jeweils Betroffenen zu verteilen. Letztlich sichert die Verhältnismäßigkeit der Gebühr im Einzelfall auch ihre Einbettung in das allgemeine Gebührenrecht mit der Folge, dass bei atypischen Einzelfällen Billigkeitsmaßnahmen nach § 25 Abs. 1 BremGebBeitrG ergriffen werden können.
- ¹⁰⁹ e) § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG genügt zudem dem Gebot der Bestimmtheit und Normenklarheit.
- ¹¹⁰ aa) Gebührentatbestände müssen auch dem Grundsatz der Bestimmtheit und Normenklarheit, der aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip folgt, genügen. Dieser Grundsatz gebietet einerseits eine wirksame Begrenzung der Befugnisse der Verwaltung, eine Handlungsanleitung für die Verwaltung sowie die Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte (Bestimmtheit) und andererseits die Vorhersehbarkeit von Eingriffen für Bürgerinnen und Bürger (Normenklarheit). Der Gesetzgeber ist gehalten, Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (vgl. BVerfGE 145, 20 [69 f. Rn. 125]; 149, 293 [323 Rn. 77]; st.Rspr). Welcher Grad an Bestimmtheit geboten ist, lässt sich nicht generell und abstrakt festlegen, sondern hängt von der Eigenart des Regelungsgegenstandes und dem Zweck der betreffenden Norm ab (vgl. BVerfGE 103, 111 [135]; 131, 316 [343]; jeweils m.w.N.). Grundsätzlich fehlt es an der notwendigen Bestimmtheit und Klarheit nicht schon deshalb, weil eine Norm auslegungsbedürftig ist (vgl. BVerfGE 134, 141 [184 f. Rn. 127]; 149, 160 [203 Rn. 120]; 149, 293 [324 Rn. 78]; st.Rspr). Dem Bestimmtheitserfordernis ist vielmehr genügt, wenn von der Norm aufgeworfene Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können (vgl. BVerfGE 134, 141 [184 f. Rn. 127]; 149, 293 [324 Rn. 78]; st.Rspr).
- ¹¹¹ Für öffentlich-rechtliche Abgaben gelten keine einheitlichen, abstrakt-generell formulierbaren Anforderungen an die Bestimmtheit des Gesetzes. Auch hier kommt es auf die Eigenart des geregelten Sachbereichs und auf das Betroffensein von Grundrechten an (vgl. BVerfGE 108, 186 [235] m.w.N.). Handelt es sich bei Abgaben nur um geringfügige Belastungen wie etwa bei „Bagatellsteuern“, sind an die Regelungsdichte der Rechtsgrundlagen keine überzogenen Anforderungen zu stellen (vgl. BVerfGE 48, 210 [222]; 56, 1 [13]; 161, 1 [32 Rn. 63]). Allerdings gilt für alle Abgabentatbestände als allgemeiner Grundsatz, dass sie so bestimmt sein müssen, dass der Abgabepflichtige die auf ihn entfallende Abgabe – in gewissem Umfang (vgl. BVerfGE 13, 153 [160]) – vorausberechnen kann (vgl. für Sonderabgaben BVerfGE 34, 348 [365]; für Gebühren *BVerfG*, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 30.5.2018 – 1 BvR 45/15, juris Rn. 16 f.). Der Abgabenschuldner muss also die Höhe der zu erwartenden Abgabenlast anhand der normativen Festlegungen im Wesentlichen abschätzen können (vgl. *BVerfG*, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 30.5.2018 – 1 BvR 45/15, juris Rn. 18).
- ¹¹² Soweit es sich um Abgaben mit dem unmittelbaren Zweck einer Kostendeckung handelt, bedarf es nicht zwingend der tatbestandlichen Bestimmung eines Abgabensatzes. Hinreichende Bestimmtheit kann vielmehr auch dadurch hergestellt werden, dass die Bemessungsfaktoren für die die Abgabe begründenden Kosten normiert werden (vgl. BVerfGE 108, 186 [234 ff.]). Insoweit fordert das Bestimmtheitsgebot im Bereich des Gebühren- und Beitragsrechts eine dem jeweiligen Zusammenhang angemessene Regelungsdichte, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ausschließt (vgl. BVerfGE 108, 186 [236]; 124, 348 [381 f.]; *BVerfG*, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 30.5.2018 – 1 BvR 45/15, juris Rn. 17).
- ¹¹³ bb) § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verletzt den Grundsatz der Bestimmtheit und Normenklarheit nicht. Die in der Verfassungsbeschwerde bezeichneten Merkmale auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite, insbesondere die Merkmale „Gewalthandlungen“, „erfahrungsgemäß“, „vor-, während oder nach der Veranstaltung am Veranstaltungsort, an den Zugangs- oder Abgangswegen oder sonst im räumlichen Umfeld“ und „Einsatz von zusätzlichen Polizeikräften vorhersehbar erforderlich wird“ werfen keine Auslegungsprobleme auf, die nicht mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können. Wie auch aus den Gründen der angefochtenen Entscheidungen ersichtlich ist, bestehen keine Unsicherheiten dergestalt,

dass die Norm nicht praktikabel wäre (vgl. dazu BVerfGE 25, 216 [226 f.]).

¹¹⁴ Auch der Umstand, dass die Gebührenhöhe von den Veranstalterinnen und Veranstaltern selbst im Voraus nicht genau berechnet werden konnte, ändert hieran nichts. Das Bestimmtheitsgebot verlangt nicht, dass sich aus den Regelungen zur Bemessung der Gebühr vorab deren exakte Höhe ermitteln lässt. § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG ist so gefasst, dass ein kleiner Kreis an Abgabepflichtigen die auf ihn entfallenden Abgaben zumindest in grobem Umfang vorhersehen kann, da ihnen nach § 4 Abs. 4 Satz 3 BremGebBeitrG die Höhe der prognostizierten Abgabenlast vorab mitgeteilt werden muss (vgl. dazu *BVerfG*, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 30.5.2018 - 1 BvR 45/15, juris Rn. 18). Doch auch ungeachtet dessen sind den Veranstalterinnen und Veranstaltern mithilfe der konkretisierenden Kostenverordnung und aufgrund der Daten des tatsächlichen Einsatzes die Bemessungsfaktoren für die Vorabberechnung der auf Kostendeckung ausgerichteten Veranstaltungsgebühr des § 4 Abs. 4 S. 2 BremGebBeitrG bekannt. Auf diese Weise ist hinsichtlich der Berechnung der Mehrkosten von Hochrisikospiele der Bundesliga eine angemessene Regelungsdichte, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ausschließt, erreicht. Damit ist den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots hinreichend Rechnung getragen.

¹¹⁵ Die Gebührenbemessung für die Kosten der Polizeikräfte anderer Länder beruht auf § 11 BremGebBeitrG, ohne dass es dazu eine untergesetzliche Präzisierung im Bremer Landesrecht gibt. Die Abrechnung erfolgt vielmehr nach der Verwaltungspraxis über die „Verwaltungsvereinbarung über vereinfachte Regelungen und einheitliche Pauschalen für die Abrechnung von Unterstützungseinsätzen“, die in der Freien Hansestadt Bremen weder auf Gesetzes- noch auf Verordnungsebene verankert ist. Der Rückgriff auf die Verwaltungsvereinbarung zum Zweck der Berechnung der Kosten der Polizeikräfte anderer Länder begegnet unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit keinen Bedenken. Die Abrechnung von Verwaltungskosten bei Amtshilfe ist primär ein verwaltungsinterner Vorgang, für den die Verwaltungsvereinbarung die zutreffende Handlungsform ist. Die Kostenbestimmung ist überwiegend durch tatsächliche Vorgaben geprägt und in geringem Umfang wertungsabhängig.

II.

¹¹⁶ § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG ist mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbar.

¹¹⁷ 1. Ein Gebührentatbestand hat den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes zu entsprechen. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Das hieraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, gilt für Belastungen und Begünstigungen gleichermaßen. Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen

sind. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfGE 138, 136 [180 Rn. 121] m.w.N.; 148, 147 [183 f. Rn. 94]; 161, 63 [134 f. Rn. 166]; 167, 163 [235 f. Rn. 174]; st.Rspr). Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind, oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (vgl. BVerfGE 138, 136 [180 f. Rn. 122]; 149, 222 [253 f. Rn. 64]; 158, 282 [327 f. Rn. 111]; 161, 63 [134 f. Rn. 166]; st.Rspr).

¹¹⁸ 2. Indem § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG die Gebührenlast für die zusätzliche Bereitstellung von Polizeikräften nicht allen Veranstalterinnen und Veranstaltern, sondern nur denjenigen auferlegt, die die in § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG genannten Kriterien erfüllen, differenziert die Norm zwischen verschiedenen Gruppen und muss sich insofern an dem Maßstab von Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen.

¹¹⁹ a) Eine Vergleichsgruppe besteht zunächst aus denjenigen Veranstalterinnen und Veranstaltern, deren Veranstaltung nicht das Tatbestandsmerkmal der „Gewinnorientierung“ erfüllt, die ansonsten aber eine Veranstaltung durchführen, an der voraussichtlich mehr als 5.000 Personen zeitgleich teilnehmen werden und bei der wegen erfahrungsgemäß zu erwartender Gewalthandlungen vor, während oder nach der Veranstaltung am Veranstaltungsort, an den Zugangs- oder Abgangswegen oder sonst im räumlichen Umfeld der Einsatz von zusätzlichen Polizeikräften vorhersehbar erforderlich wird.

¹²⁰ b) Eine weitere Vergleichsgruppe bilden diejenigen Veranstalterinnen und Veranstalter, die eine Veranstaltung im Sinne des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG organisieren, an der allerdings voraussichtlich weniger als 5.000 Personen zeitgleich teilnehmen werden.

¹²¹ c) Die Ungleichbehandlung von Veranstalterinnen und Veranstaltern wie der Beschwerdeführerin gegenüber den beiden Vergleichsgruppen unterliegt hier jeweils einer gelockerten Verhältnismäßigkeitsprüfung.

¹²² Gebührentatbestände unterliegen aus Gleichheitsgesichtspunkten wegen des sie als Vorzugslast prägenden Ausgleichscharakters grundsätzlich keinen hohen Rechtfertigungsanforderungen. Eine Gebühr ist eine verfassungsrechtlich anerkannte Abgabe, die dann, wenn der Gegenseitigkeitscharakter gewahrt ist, schon von sich aus nur begrenzt belastend wirkt. So erlegt § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG im Rahmen eines gewinnorientierten

Verhaltens für einen verursachten Aufwand eine gesetzliche Gebühr auf, die der Sache nach die geldwerte Heranziehung für eine Gegenleistung darstellt und daher eine Ähnlichkeit mit sonstigen, in der Regel dem Zivilrecht unterfallenden Kosten für wirtschaftliches Handeln aufweist. Die Belastung mit Geldforderungen im Bereich wirtschaftlichen Handelns, die an einen zurechenbar verursachten Aufwand anknüpft, begründet von der Sachmaterie her keine hohen Rechtfertigungsanforderungen. Weiter wird durch die Differenzierungen nicht an die Kriterien des Art. 3 Abs. 3 GG angeknüpft.

¹²³ § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG ist dennoch nicht nur an dem allgemeinen Willkürverbot zu messen. Ist die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit berührt, führt dies zwar nicht ausnahmslos zu einer strengeren Prüfung der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 81, 156 [205]; BVerfGE 16, 162 [170 f.]; offenlassend BVerfGE 145, 20 [87 Rn. 173]; ohne ausdrückliche Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgebots BVerfGE 149, 126 [153 Rn. 69]). Dem Gesetzgeber sind aber umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung der Berufsausübungsfreiheit auswirken kann (vgl. BVerfGE 107, 133 [141]; 164, 347 [414 Rn. 184] – Körperschaftsteuererhöhungspotenzial).

¹²⁴ Dies führt wegen des hier vorliegenden Eingriffsgewichts (siehe Rn. 83) für die hier relevanten Ungleichbehandlungen zu einer im Vergleich zum Willkürverbot strengeren Prüfung. Erforderlich ist nicht nur ein sachlicher Grund, vielmehr muss das Verhältnis des durch die Ungleichbehandlung beabsichtigten Gemeinwohlgewinns angemessen zu der damit verbundenen Ungleichheit sein (vgl. BVerfGE 162, 178 [182 Rn. 9] – Verwertungsschutz für Hausgrundstücke). Der sachliche Grund, der im Rahmen einer reinen Willkürprüfung zur Rechtfertigung ausreicht, muss hier demnach im Ziel der Differenzierung liegen und im angemessenen Verhältnis zur Belastung stehen, die durch die Differenzierung bewirkt wird.

¹²⁵ d) Im Ergebnis genügen die Differenzierungen diesen Anforderungen.

¹²⁶ aa) Die Differenzierungen dienen gerade dazu, den mit dem Eingriff verfolgten Zweck zu realisieren (siehe Rn. 68 ff.). Es geht darum, denjenigen, die mit einer über-

mäßigen Inanspruchnahme der Sicherheitsgewährleistung Gewinne erzielen wollen, die Kosten des von ihnen hervorgerufenen Aufwands aufzuerlegen. Der Aufwand soll dorthin verlagert werden, wo die Gewinne hinfließen und wo sie typischerweise auch vorhanden sind. Indem an die Gewinnerorientierung angeknüpft wird, wird die Belastung gerade auf den Bereich verlagert, in dem die Schuldnerinnen und Schuldner einen Vorteil erzielen. Auch wenn beide Gruppen die Bereitstellung der Polizeikräfte gleichermaßen veranlassen, ist der Unterschied im daraus erwachsenden Vorteil zwischen gewinnorientierten, einen monetären Vorteil ziehenden Veranstaltungen und nicht gewinnorientierten Veranstaltungen so groß, dass er die Nichteinbeziehung der nicht gewinnorientierten Veranstaltungen rechtfertigt.

¹²⁷ bb) Die Beschränkung auf Veranstaltungen mit voraussichtlich mehr als 5.000 zeitgleich teilnehmenden Personen verfolgt das Ziel, nur diejenigen Veranstaltungen zu erfassen, die einen deutlichen polizeilichen Mehraufwand hervorrufen. Das Merkmal verfolgt daher partiell das gleiche Ziel wie das der besonderen Gefahrträchtigkeit. Es soll nur die Veranstaltung, die eine administrativ und finanziell erhebliche Sondernutzung der Gefahrenvorsorge bewirkt, erfasst werden. Darüber hinaus unterstützt die Konzentration auf die Größe der Veranstaltung auch das gleiche Ziel wie das Kriterium der Gewinnerorientierung. Es ist anzunehmen, dass eine Veranstaltung umso gewinnbringender ist, je größer sie ist. Die Teilnehmerzahl von voraussichtlich mehr als 5.000 Personen bildet eine Erheblichkeitsschwelle, die sowohl für den polizeilichen Aufwand als auch für den unternehmerischen Ertrag Indizwirkung besitzt. Die Grenzziehung bei 5.000 Personen erscheint nicht sachwidrig. Diese Zahl sichert ab, dass nur Veranstaltungen erfasst werden, die einen polizeilichen Aufwand verursachen, der typischerweise mit der üblichen Grundausstattung nicht zu bewältigen ist, so dass der Gedanke einer quantitativen Sondersituation rechtlich gefasst wird. Die Differenzierung soll gerade das Ziel des Eingriffs ermöglichen und steht nicht außer Verhältnis zur bewirkten Belastung.

III.

¹²⁸ Auch die Auslegung und Anwendung der Regelung des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verstößt nicht gegen das Grundgesetz.

Kostspieliges Kicken – Das „letzte Wort“ des BVerfG zur Kostentragungspflicht bei Hochrisiko-Fußballspielen?

Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 14. Januar 2025 – 1 BvR 548/22

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel*

Abstract

Das Urteil des Ersten Senats des BVerfG vom 14. Januar 2025 beendet bis auf Weiteres die Kontroverse um die Erhebung von Gebühren für zusätzliche Polizeieinsatzkosten bei Großveranstaltungen auf der Grundlage des § 4 Abs. 4 des Bremischen Gebühren- und Beitragsgesetzes (BremGebBeitrG). Im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen des OVG Bremen und des BVerwG hat das Gericht die Vorschrift für vereinbar mit der Berufsfreiheitsgarantie und dem Gleichheitsgrundsatz erklärt. Das Urteil lässt – bei einer im Vergleich mit den Entscheidungsgründen weiter aufgespannten Perspektive auf die Thematik – Fragen offen, und es wird sich zeigen, ob andere Länder dem Beispiel Bremens folgen und Gebührentatbestände für sicherheitsbehördliche Mehrkosten bei Großveranstaltungen schaffen werden.

The ruling of the First Senate of the Federal Constitutional Court of January 14, 2025, temporarily ends the controversy surrounding the imposition of fees for additional police deployment costs at major events based on Section 4 (4) of the Bremen Fees and Contributions Act (BremGebBeitrG). In the context of a constitutional complaint against decisions of the OVG Bremen and the Federal Administrative Court, the Federal Constitutional Court declared the provision compatible with the guarantee of professional freedom and the principle of equality. The ruling – with a broader perspective on the issue, compared to the reasons for the decision – leaves questions unanswered, and it remains to be seen whether other states will follow Bremen's example and establish fees for additional security costs at major events.

I. Einleitung

Im Fußball ist es wie vor Gericht: „Mal verliert man und mal gewinnen die anderen“ (Otto Rehhagel). Unabhängig von Spielverlauf und -ergebnis führen sog. „Hochrisikobegegnungen“ zu erheblichen Gefährdungslagen, zu deren Bewältigung häufig ein deutlich erhöhter Einsatz von Polizeikräften erforderlich ist. Dies führt im Vergleich mit der „Normallage“ oder mit nicht riskanten Spielen zu erheblichen „Mehrkosten“, die derzeit (noch) weit überwie-

gend von der Allgemeinheit getragen und letztlich steuerfinanziert werden. Dieser Umstand wird kritisiert, weil ein besonders gefahrenträchtiges Vergnügen, an dem nicht alle teilhaben (wollen), die finanziellen Belastungen für alle erhöht. Die Problematik wird schon länger diskutiert; die Freie Hansestadt Bremen hat 2014 eine Rechtsgrundlage für die Erhebung von Gebühren von Veranstalterinnen und Veranstaltern kommerzieller Großveranstaltungen geschaffen, in deren Zusammenhang in erheblichem Umfang Gewalttaten drohen. Der erste auf der Grundlage dieser Norm erlassene Bescheid hat den verwaltungsgerichtlichen Instanzenzug durchlaufen. Mit Urteil vom 14. Januar 2025¹ hat das BVerfG nunmehr über eine Urteilsverfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen des OVG Bremen und des BVerwG entschieden. Dieser Beitrag stellt die Vorgeschichte (II.) und die wesentlichen Entscheidungsgründe dar (III.) und beleuchtet ausgewählte Aspekte kritisch (IV.).

II. Vorgeschichte

Nicht erst seit der Fußball-Weltmeisterschaft 2006 in Deutschland hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Fußballsport einen stetig an Bedeutung gewinnenden Wirtschaftsfaktor darstellt.² Die Wertschöpfung und die mit ihr verbundenen Steuereinnahmen sind beträchtlich. Zugleich ist im Zusammenhang mit Hochrisikobegegnungen ein im Vergleich mit anderen Veranstaltungen und dem „Normalbetrieb“ der Sicherheitsgewährleistung deutlich erhöhter Einsatz an Sicherheitskräften, vor allem an Polizeivollzugsbeamteninnen und -beamten erforderlich. Dies stellt eine erhebliche Belastung der öffentlichen Haushalte dar. Schon seit Jahrzehnten wird daher die Frage diskutiert, ob es nicht zwingend erforderlich sei, die wirtschaftlich Begünstigten einer solchermaßen qualifizierten, ereignisspezifischen Sicherheitsgewährleistung an den daraus resultierenden Kosten zu beteiligen. Zwischen 1968 und 1991 bestand eine diesbezügliche Regelung im baden-württembergischen Polizeigesetz. § 81 Abs. 2 PolG BW a.F. lautete:

„Für die Kosten polizeilicher Maßnahmen bei privaten Veranstaltungen kann von dem Veranstalter Ersatz verlangt werden, soweit sie dadurch entstehen, daß weitere

* Prof. Dr. Dr. Markus Thiel ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, GewArch 2025, 65 ff.; dazu Wienbracke, SpuRt 2025, 177 f.; Meyer, NVwZ 2025, 411 f.; Muckel, JA 2025, 345 ff.

² Anschaulicher Überblick in: Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung „Die Diskussion über Kostenbeteiligungsmodelle für Polizeieinsätze bei sportlichen Großveranstaltungen“, WD 10 – 3000 – 113/10, 2010.

als die im üblichen örtlichen Dienst eingesetzten Polizeibeamten herangezogen werden müssen. Der Veranstalter ist auf Verlangen der zur Dienstaufsicht über die eingesetzten Polizeibeamten zuständigen Behörde verpflichtet, diese Polizeibeamten gegen Todesfall und Körperschäden zu versichern, die bei der Veranstaltung für sie entstehen können“.³

Die Vorschrift sah sich vehementer Kritik ausgesetzt, die vor allem an der Unbestimmtheit der verwendeten Begriffe ansetzte – so war etwa unklar, was unter „privaten Veranstaltungen“ zu verstehen sein sollte, und welche Kosten genau zu ersetzen waren.⁴ Nach der Abschaffung der Bestimmung fehlte es bundesweit lange an Normen zur Kostenerstattung bzw. zur Erhebung von Gebühren; Ansätze auf der Grundlage einiger einschlägiger fachwissenschaftlicher Stellungnahmen zu denkbaren Modellen⁵ blieben in frühen Stadien stecken.

Dies änderte sich, nachdem die Fraktionen der SPD und von Bündnis 90/Die Grünen im Dezember 2013 einen Antrag in die Bremische Bürgerschaft einbrachten, den Senat mit der Prüfung der Möglichkeiten landesgesetzlicher Regelungen zu einer Beteiligung der Veranstalter gewinnorientierter Großveranstaltungen an den Kosten des Polizeieinsatzes zu beauftragen.⁶ Der Senat legte im Juli 2014 eine umfangreiche Mitteilung vor,⁷ auf deren Grundlage eine Änderung des Bremischen Gebühren- und Beitragsgesetzes (BremGebBeitrG) vom 16. Juli 1979 erfolgte. § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG erhielt durch Gesetz zur Änderung des Bremischen Gebühren- und Beitragsgesetzes vom 4. November 2014⁸ die bis heute unverändert gebliebene Fassung:

„(4) Eine Gebühr wird von Veranstaltern oder Veranstalterinnen erhoben, die eine gewinnorientierte Veranstaltung durchführen, an der voraussichtlich mehr als 5 000 Personen zeitgleich teilnehmen werden, wenn wegen erfahrungsgemäß zu erwartender Gewalthandlungen vor, während oder nach der Veranstaltung am Veranstaltungsort, an den Zugangs- oder Abgangswegen oder sonst im räumlichen Umfeld der Einsatz von zusätzlichen Polizeikräften vorhersehbar erforderlich wird. Die Gebühr ist nach dem Mehraufwand zu berechnen, der aufgrund der zusätzlichen Bereitstellung von Polizeikräften entsteht. Der Veranstalter oder die Veranstalterin ist vor der Veranstaltung über die voraussichtliche Gebührenpflicht zu

unterrichtet. Die Gebühr kann nach den tatsächlichen Mehrkosten oder als Pauschalgebühr berechnet werden.“

Die Regelung, durch eine Anpassung der Kostenverordnung für die innere Verwaltung (InKostV) ergänzt, wurde im Schrifttum kontrovers diskutiert.⁹ Zur Anwendung kam sie bereits wenige Monate nach ihrem Inkrafttreten. Im März 2015 unterrichtete die Polizei Bremen die DFL Deutsche Fußball Liga GmbH, eine für das operative Geschäft zuständige 100 %ige Tochtergesellschaft des DFL Deutsche Fußball Liga e.V., darüber, dass nach polizeilicher Lageeinschätzung vom Vorliegen der Voraussetzungen einer Kostenbeteiligung nach § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG bezüglich eines Fußball-Bundesligaspiels im Bremer Weserstadion auszugehen sei. Der Verein betreibt nach Übertragung durch den Deutschen Fußball-Bund e.V. (DFB), dem er als Mitglied angehört, u.a. die Bundesliga und die 2. Bundesliga der Herren. Im April 2015 fand das Spiel statt; es wurden zu diesem Anlass 969 Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte mit insgesamt 9.537 Einsatzstunden eingesetzt, von denen 4.731 auf auswärtige Polizeikräfte entfielen.¹⁰ Der Gesamteinsatz verlief überwiegend reibungslos; es wurden etwa 90 Personen in Gewahrsam genommen, ca. 150 Personen gegenüber wurden Platzverweise für das gesamte Stadtgebiet erteilt.¹¹ Im August 2015 erließ die Polizei Bremen einen Gebührenbescheid gegen die DFL Deutsche Fußball Liga GmbH mit einer Forderung in Höhe von 425.718,11 Euro; dabei handelte es sich um den ersten Bescheid auf der Grundlage des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG, dem in den Folgejahren weitere folgten. Der Widerspruch der GmbH blieb erfolglos, ihre Klage führte zur Aufhebung des Bescheids durch das VG Bremen mit Urteil vom 17. Mai 2017.¹² Zwar wurde die DFL Deutsche Fußball Liga GmbH aufgrund ihres bestimmenden Einflusses auf die Bundesligaspiele und deren Vermarktung als Veranstalterin bewertet, es fehlte aber nach Ansicht des Gerichts an einem hinreichend bestimmten Gebührentatbestand, insbesondere weil sich die Höhe der festzusetzenden Gebühr nicht aus dem Gesetz ergebe und diese auch nicht aus anderen Gründen vorhersehbar gewesen sei. Das OVG Bremen hat das verwaltungsgerichtliche Urteil auf die Berufung der Freien Hansestadt Bremen hin mit Urteil vom 21. Februar 2018¹³ aufgehoben und die Klage der Gesellschaft abgewiesen. Der Gebührenbescheid sei rechtmäßig, die Gebührenregelung in § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sei verfassungsgemäß, namentlich hinreichend bestimmt. Das

³ Anwendungsbeispiele waren Autorennen und Pop-Konzerte, vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 18.6.1979 – I 47/79; Urt. v. 22.6.1981 – I 1286/79, DÖV 1981, 804 ff.

⁴ Vgl. dazu etwa Majer, VerwAch Bd. 73 (1982), 167 ff.; Gusy, DVBl. 1996, 722 ff.

⁵ Moser, Kostenbeteiligungsmodelle für Polizeieinsätze bei sportlichen Großveranstaltungen. Untersuchung und Entwicklung am Beispiel der Fußball-Bundesliga, 2009; Wahlen, Polizeikostenerstattung kommerzieller Großveranstalter – zugleich ein Beitrag zur „Beamtenüberlassung“, 2008; Schmidt, ZRP 2007, 120 ff.; s. auch Leutert, Sicherheit & Recht 2008, 188 ff.

⁶ Bremische Bürgerschaft Drs. 18/1201 v. 10.12.2013.

⁷ Bremische Bürgerschaft Drs. 18/1501 v. 22.07.2014.

⁸ BremGVBl. S. 457.

⁹ S. etwa die monographischen Bearbeitungen von Leines, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2018; Mayer, Polizeikosten im Profifußball unter besonderer Berücksichtigung von § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG, 2018; ferner Klein, DVBl. 2015, 275 ff.; Wienbracke, VR 2019, 85 ff.

¹⁰ Vgl. VG Bremen, Urt. v. 17.5.2017 – 2 K 1191/16.

¹¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 8.

¹² VG Bremen, Urt. v. 17.5.2017 – 2 K 1191/16.

¹³ OVG Bremen, Urt. v. 21.2.2018 – LV 139/17, NVwZ 2018, 913 ff.; dazu Lege, NdsVBl. 2018, 353 ff.; König, VBIBW 2018, 497 ff.; Ruffert, JuS 2018, 1022 ff.; Wienbracke, DVBl. 2019, 344 ff.

BVerwG hat dieses Ergebnis als Revisionsinstanz in seinem Urteil vom 29. März 2019¹⁴ teilweise bestätigt, das Urteil des *OVG Bremen* aber gleichwohl aufgrund einer noch ungeklärten Rechtsfrage – der Problematik einer drohenden „Doppelabrechnung“ bei Veranstaltern und konkreten, ebenfalls kostenpflichtigen Störern bezüglich deren Verbringung in polizeilichen Gewahrsam – aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.¹⁵ Anerkannt hat das *BVerwG* insbesondere die Verfassungsgemäßheit des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG, die grundsätzliche Zulässigkeit der Erhebung von Gebühren für den polizeilichen Mehraufwand, das Fehlen eines Grundrechtsverstößes, die (Mit-)Veranstaltereigenschaft der DFL Deutsche Fußball Liga GmbH,¹⁶ die – im Instanzenzug anteilig reduzierte – Höhe der Gebühren für den Mehraufwand sowie die Modalitäten seiner Ermittlung. Gegen die Revisionsentscheidung des *BVerwG* (und weitere Entscheidungen des *OVG Bremen*) hat die DFL Deutsche Fußball Liga GmbH (Urteils-)Verfassungsbeschwerde erhoben.

III. Wesentliche Inhalte der Entscheidung

Der *Erste Senat* des *BVerfG* hat in seinem Urteil vom 14. Januar 2025 zunächst eingehende Erwägungen zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde angestellt. Er hat in inzwischen regelmäßiger Rechtsprechung besondere Anforderungen für die hinreichend substantiierte Darlegung entwickelt, dass eine Grundrechtsverletzung möglich erscheint.¹⁷ Im Ergebnis sieht der *Senat* eine solche Darlegung nur im Hinblick auf die Geltendmachung der Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung in § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG, und auch diesbezüglich nur teilweise.¹⁸ Die gerügte Verletzung des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG und des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG sowie den behaupteten Verstoß gegen das Verbot des Einzelfallgesetzes nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG hat der *Senat* demzufolge aus seinen weiteren Überlegungen ausgeschieden; eingehend geprüft werden allein die geltend gemachten Verletzungen des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG), jeweils in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG. Ebenfalls außen vor bleibt die spannende und praktisch bedeutsame Rechtsfrage, ob und inwieweit Kostenerstattungen und Gebühren, die von den konkreten Störerinnen und Störern etwa für die Ingewahrsamnahme erhoben werden (können), bei der Berechnung der „Veranstaltungsgebühr“ nach § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG in Abzug zu bringen sind, um eine „Doppelzahlung“ zu verhindern.¹⁹

Hinsichtlich des verbliebenen „Prüfprogramms“ des zulässig vorgetragenen Vorbringens erklärt der *Senat* die

Verfassungsbeschwerde für unbegründet. Die den angegriffenen Entscheidungen zugrunde liegende, mittelbar angegriffene Regelung in § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verstoße weder gegen Art. 12 Abs. 1 GG noch gegen Art. 3 Abs. 1 GG, soweit ihr im Verfahren relevanter Anwendungsbereich für „Hochrisikospiele“ der Fußball-Bundesliga betroffen sei.²⁰ Die Tätigkeit der DFL Deutsche Fußball Liga GmbH unterliege dem Schutzbereich der Berufsfreiheitgarantie in Art. 12 Abs. 1 GG, auf die sie sich nach Art. 19 Abs. 3 GG auch als inländische juristische Person berufen könne. § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG erhöhe die finanzielle Belastung für einen bestimmten Ausschnitt ihrer beruflichen Tätigkeit und beeinflusse diese dadurch spezifisch. Die Vorschrift sei verfassungskonform zustande gekommen. Der *Senat* führt recht breit zur Gesetzgebungskompetenz der Länder nach Art. 70 GG aus und grenzt diese von der Zuständigkeit des Bundes für Steuern nach Art. 105 ff. GG ab.²¹ Bei nichtsteuerlichen Abgaben werde die Kompetenz für deren normative Steuerung von derjenigen für die konkrete Sachmaterie – hier: des Polizeikostenrechts – erfasst. Die durch § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG begründete Geldleistungspflicht sei eine nichtsteuerliche Abgabe in Form einer Gebühr, da sie für die öffentliche Leistung der konkreten Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte deren Kosten – also: den Mehraufwand – den Veranstalterinnen und Veranstaltern auferlege.²² § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG genüge als Berufsausübungsregelung auch den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit. Es werde der legitime Zweck der Kostendeckung für eine konkrete öffentliche Leistung im Sinne einer „Vorzugslast“ bzw. eines „Lastenausgleichs“ verfolgt. Dem Gesetzgeber gehe es ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien darum, dass die „über die Jahre kontinuierlich ansteigenden Polizeikosten für die Begleitung gewinnorientierter privater Veranstaltungen im öffentlichen Raum nicht durch die Gesamtheit der Steuerzahlerinnen und Steuerzahler, sondern jedenfalls auch durch die (un)mittelbaren wirtschaftlichen Nutznießerinnen und Nutznießer der Polizeieinsätze geschultert werden sollen“.²³ Ziel sei also nicht – was verfassungsrechtlich unzulässig wäre – ausschließlich die Einnahmezielung.

Der Annahme eines verfassungsrechtlich verbürgten generellen Gebührenerhebungsverbots im Polizeirecht erteilt der *Senat* eine klare Absage – die Sicherheitsvorsorge müsse nicht grundsätzlich kostenfrei zur Verfügung gestellt bzw. ausschließlich aus dem Steueraufkommen finanziert werden. Ein solches Verbot bestehe selbst bei staatlichen Kernaufgaben nicht notwendig, also auch nicht im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols oder der polizeilichen Gefahrenvorsorge.²⁴ Sogar bei Ansprüchen auf staatliche Gewährleistung, etwa bei der Daseinsvorsorge, würden zulässigerweise Gebühren erhoben – der

¹⁴ *BVerwG*, Urt. v. 29.3.2019 – 9 C 4/18, BVerwGE 165, 138 ff.; *Brining*, NVwZ 2019, 1416 ff.; *Drechsler*, NVwZ 2020, 433 ff.; *Flick*, GWR 2019, 378 ff.; *Müller-Eiselt*, SpuRt 2020, 54 ff.: „vorletztes Wort aus Leipzig“; *Rödel*, ZAP 2019, 983 ff.; *Bick*, jurisPR-BVerwG 20/2019, Anm. 2; *Klein*, GSZ 2019, 216 ff.; *Leisner-Egensperger*, jM 2019, 290 ff.; *Schiffbauer*, SpuRt 2019, 236 f.; *Vockeroth*, DVP 2021, 479 ff.

¹⁵ Vgl. dazu *OVG Bremen*, Urt. v. 11.11.2020 – OVG 2 LC 294/19 sowie *BVerwG*, Beschl. v. 21.12.2021 – 9 B 6/21, NJW 2022, 1694 ff.

¹⁶ Neben der SV Werder Bremen GmbH & Co. KGaA; kritisch gegenüber dieser Konstruktion *Klein*, GSZ 2019, 216 ff.; *Schiffbauer*, SpuRt 2019, 236 f.

¹⁷ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 37 ff.

¹⁸ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 40 ff.

¹⁹ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 44 ff.

²⁰ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 52.

²¹ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 57 ff.

²² *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 62.

²³ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 69.

²⁴ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 74.

Senat verweist auf Gerichtsgebühren trotz des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) und des Justizgewährleistungsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG). § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sei auch geeignet²⁵ und erforderlich.²⁶ Schließlich stehe – mit Blick auf die Angemessenheit – das Ziel der Gebühr nicht außer Verhältnis zu den mit ihr verbundenen Beeinträchtigungen der nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten beruflichen Freiheit der gebührenpflichtigen Veranstalterinnen und Veranstalter. Der *Senat* erkennt das Eingriffsgewicht der Gebühr an, die sogar theoretisch den mit der Veranstaltung erzielten Gewinn übersteigen könne.²⁷ Die diesbezüglich fehlende Relation sei belastungserhöhend. Dem stehe das bedeutsame Gemeinwohlinteresse gegenüber, „nicht die Allgemeinheit mit den von den Veranstalterinnen und Veranstaltern veranlassten Mehrkosten eines umfangreichen Polizeieinsatzes bei Hochrisikospielen der Fußball-Bundesliga zu belasten, sondern diese Mehrkosten (...) denjenigen aufzuerlegen, die gerade mit der gefährtereignen Veranstaltung Gewinne erzielen“.²⁸ Der *Senat* verweist darauf, dass es durchaus Veranstaltungen geben könne, an deren Durchführung ein hohes Gemeinwohlinteresse bestehe, das das Interesse an der „Mehrkostenentlastung“ überwiege (so dass gegebenenfalls auf eine Gebührenerhebung verzichtet werden müsste); bei Hochrisikospielen sei dies aber nicht der Fall.²⁹ Eine Gebühr sei ferner nur dann angemessen, wenn sie auch tatsächlich als Gegenleistung für eine individuell zurechenbare Leistung erhoben werde.³⁰ Die hierfür erforderliche besondere Verantwortlichkeit der in Anspruch genommenen Personen müsse „aus der Sache selbst ableitbar sein“; erforderlich sei eine „besondere Nähebeziehung der Gebührenpflichtigen zur öffentlichen Leistung“.³¹ Nicht notwendig seien die Verschaffung eines (unmittelbaren) Vorteils, ein Antrag oder die Erwünschtheit der Leistung, auch nicht ein Verschulden der Veranlassung einer öffentlichen Leistung.³² Bei Hochrisiko-Fußballspielen als Veranstaltungen mit erhöhtem Gewaltpotenzial würde der Mehraufwand des Polizeieinsatzes durch die Veranstalterinnen und Veranstalter im Sinne einer „Sondernutzung“ und einer Inanspruchnahme begrenzter öffentlicher Ressourcen „in übermäßigem Umfang“ ausgelöst. Sie seien wirtschaftliche Nutznießer des Mehraufwandes;³³ dieser komme ihnen schon deshalb zugute, weil sie ohne ihn ihre Veranstaltung nicht oder nicht in der gewählten Form durchführen könnten.³⁴ Die Verursachung erfasse alle Gefahren, die durch das Zusammentreffen von Zuschauerinnen und Zuschauern sowie sonstigen Personen, die sich in

der Nähe des Stadions und auf den Zugangswegen aufhalten, geschaffen werden. Besonders gefahrenträchtig seien solche Spiele (auch im Vergleich mit „Nichtrisiko“-Begegnungen) u.a. wegen des „gesellschaftlich akzeptierten“ Wettkampfcharakters, ausgeprägten traditionellen Rivalitäten, ausgelassenem Feiern und erhöhtem Alkoholkonsum.

Es gebe, so der *Senat* weiter³⁵, auch keinen dem Grundgesetz zu entnehmenden Grundsatz, dass Gebühren für polizeiliche Maßnahmen nur Störerinnen und Störern oder ansonsten polizeirechtlich Verantwortlichen auferlegt werden könnten³⁶ – es bestehe kein Zwang „eines Gleichlaufs von polizeirechtlicher Verantwortlichkeit (oder Verhaltensgeboten und -verboten) und gebührenrechtlicher Lastenpflicht“. Auch dass gegebenenfalls Handlungen Dritter als Störer hinzutreten, die ihrerseits Kosten- bzw. Gebührenfolgen verursachten, unterbreche den Kausalzusammenhang zwischen der Veranstaltung und dem Mehraufwand nicht.³⁷

§ 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sei auch hinsichtlich der Gebührenbemessung nicht verfassungswidrig. Die tatbestandliche Bindung der Kosten an den Mehraufwand und seine Erforderlichkeit sichere die Begrenzung auf den veranlassten und einen Vorteil vermittelnden Aufwand ab.³⁸ Auch müsse der Gesetzgeber keinen „Abschlag für das Allgemeininteresse“ vornehmen; das allgemeine Teilhabeinteresse an einem Fußballspiel der Bundesliga werde durch die öffentliche Hand aus allgemeinen Haushaltsmitteln finanziert.³⁹ Eine unzumutbare Erschwerung des Freiheitsgebrauchs, eine übermäßige Abschreckung oder eine „erdrosselnde“ Wirkung der Gebühren sei, so der *Senat*, in der Gesamtschau nicht festzustellen.⁴⁰ Auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Normenklarheit und Bestimmtheit genüge § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG.⁴¹

Schließlich sieht der *Senat* in der Vorschrift keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG.⁴² Sie differenziere zwar zwischen verschiedenen Gruppen, indem sie die Gebührenlast nicht allen Veranstalterinnen und Veranstaltern gleichermaßen auferlege, sondern nur solchen, die die Voraussetzungen der Bestimmung erfüllen. Keiner Gebührenpflicht unterliegen etwa solche Veranstaltungen, die nicht gewinnorientiert sind oder an deren voraussichtlich weniger als 5.000 Personen zeitgleich teilnehmen werden. Die Ungleichbehandlung sei aufgrund ihres Ausgleichscharakters als

²⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 77 f.

²⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 79.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 83.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 85.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 85.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 87.

³¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 89.

³² BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 90 f.

³³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 93 f.

³⁴ Zur Thematik der sog. „Geisterspiele“ aufgrund von Pandemie-Beschränkungen vgl. *Nolte*, CaS 2020, 162 ff.

³⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 101; *VGH Mannheim*, Urt. v. 18.6.1979 – 1 49/79, Justiz 1980, 412 f. – Rn. 27; vgl. auch *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 11.8.1998 – 1 BvR 1270/94, NVwZ 1999, 176 f. – Rn. 19 ff. (Flugsicherheitsgebühren).

³⁶ Zur Frage der Zurechnung von Gefahren im Zusammenhang mit Großveranstaltungen nach polizeirechtlichen Maßstäben etwa *Deusch*, Polizeiliche Gefahrenabwehr bei Sportgroßveranstaltungen, 2005, S. 142 ff.; *Schenke*, NJW 1983, 1882 (1883); zum Gedanken eines „Sonderrisikos“ etwa *Lege*, *VerwArch* Bd. 89 (1998), 71 (81 f.); *Götz*, NVwZ 1984, 211 (214 f.).

³⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 102.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 104.

³⁹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 105.

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 107.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 109 ff.

⁴² BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 116 ff.

„Vorzugslast“ zwar „einer gelockerten Verhältnismäßigkeitsprüfung“ zu unterwerfen; wegen des Eingriffsgewichts bedürfe es allerdings eines sachlichen Grundes für die Ungleichbehandlung, und das Verhältnis des durch diese beabsichtigten Gemeinwohlgewinns müsse angemessen zu der damit verbundenen Ungleichheit sein.⁴³ Vorliegend gehe es aber gerade um die Verlagerung des Aufwands dorthin, „wo die Gewinne hinfließen und wo sie typischerweise auch vorhanden“ seien.⁴⁴ Die Nichteinbeziehung nicht gewinnorientierter Veranstaltungen in die Gebührenpflicht sei daher gerechtfertigt. Die vorgegebene Personenzahl stelle sicher, dass nur Veranstaltungen erfasst werden, die „einen polizeilichen Aufwand verursachen, der typischerweise mit der üblichen Grundausstattung nicht zu bewältigen“ sei; damit werde „der Gedanke einer quantitativen Sondersituation rechtlich gefasst“.⁴⁵

IV. Kritische Würdigung

Die Entscheidung des *BVerfG* scheint – unter weitgehender Bestätigung der Judikate des *OVG Bremen* und des *BVerwG* – der gängigen Tendenz einen Riegel vorzuschieben, Gewinne privatisieren, Verluste aber „vergesellschaften“, also der Allgemeinheit auferlegen zu wollen. Veranstalter von gewinnorientierten Großveranstaltungen, die im Vergleich mit der „Normallage“ einen erhöhten Einsatz von Polizeikräften erfordern, sollen die dafür anfallenden Mehrkosten tragen. Dies schont die knappen öffentlichen Haushalte, suggeriert auf den ersten Blick Verteilungsgerechtigkeit in Bezug auf finanzielle Lasten und ist nach den Bewertungen des Gerichts auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Hinzuweisen ist allerdings zunächst darauf, dass sich das Urteil vom 14. Januar 2025 aufgrund der verfassungsprozessualen Besonderheiten der Urteilsverfassungsbeschwerde allein auf die konkrete Regelung in § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG im Anwendungsbereich von Fußball-Hochrisikospielen bezieht und auch allein die zulässig als verletzt gerügten Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG zum Maßstab nimmt. Daher zieht das Gericht auch durchweg die besondere Gefährdungslage bei derartigen Begegnungen heran. Wenngleich seine Ausführungen in weiten Teilen durchaus überzeugend sind und der gängigen Verfassungsrechtsdogmatik entsprechen, drängen sich einige kritische Anmerkungen auf, die vor allem auf die doch sehr deutliche Engführung der Argumentation abzielen. Diese hängt mit der verfassungsprozessrechtlichen Ausgangslage zusammen; dieser wegen ist es aber bedeutsam, auf die Grenzen der – auch: rechtspolitischen – Aussage- und Überzeugungskraft der Entscheidung hinzuweisen.

1. Konnex von Veranlassung, Gefahrenkonstellation und gebührenpflichtiger Leistung

Die Annahme des *BVerfG*, im Falle eines Hochrisikospiels der Fußball-Bundesliga werde der Mehraufwand des Polizeieinsatzes durch die Veranstalterinnen und Veranstalter ausgelöst,⁴⁶ erscheint plausibel, ist dies allerdings in dieser Allgemeinheit nur, wenn man ein sehr formales Zurechnungsmodell verwendet. Die Veranstaltung sei für die Mehrkosten des Polizeieinsatzes „kausal, denn ohne die Veranstaltung fehlte es an dem Anlass, aus dem tausende Menschen einschließlich der gewaltgeneigten Teilnehmerinnen und Teilnehmer, die Störungen der öffentlichen Sicherheit verursachen (könnten), an den Austragungsort des Spiels anreisen und dort zusammentreffen“.⁴⁷ Dieses Argument erinnert an die dem Zivil- und Strafrecht entlehene „*conditio sine qua non*“-Formel im Sinne einer Äquivalenz: Die Veranstaltung kann nicht „hinweggedacht“ werden, ohne dass zugleich auch die Gefahren und Risiken entfielen. In der polizeirechtlichen Dogmatik zur Gefahrenverursachung durch Verhaltensverantwortliche ist weitestgehend anerkannt, dass eine solche Formel allenfalls eine grobe Orientierung bieten kann.⁴⁸ Und tatsächlich stellt der *Senat* zwar nicht allein auf Gefahren innerhalb des Stadions ab, sondern auch auf solche, „die durch das Zusammentreffen von Zuschauerinnen und Zuschauern sowie sonstigen Personen, die sich in der Nähe des Stadions und auf den Zugangswegen aufhalten“, geschaffen werden.⁴⁹ Die Ursachen solcher Gefahren schildert der *Senat* nachvollziehbar. Allerdings ist dieser Blick verkürzend; im Zusammenhang mit Hochrisikospielen entstehen typischerweise weitere Gefahren, die in der Entscheidung keine Berücksichtigung finden. In der Praxis sind vor allem sog. „Drittortauseinandersetzungen“ häufig, also solche gewalttätige Begegnungen, die nicht im Stadtgebiet der Austragungsorte stattfinden, sondern nach Verabredung oder zufällig an einem anderen Ort.⁵⁰ Zudem können sich zusätzliche Gefahren an den Abreiseorten von Fangruppen, in öffentlichen Verkehrsmitteln – etwa in Zügen, die sich noch außerhalb des Landesgebiets befinden,⁵¹ auf Busparkplätzen usw. ergeben. Ob auch hinsichtlich dieser Gefahren das vom *Senat* geforderte besondere „Näheverhältnis“ zur Veranstaltung besteht, ist zweifelhaft, möchte man nicht allein mit dem wenig akkuraten, „binären“ und damit in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise undifferenzierten Äquivalenzkriterium arbeiten. In Bremen, dem kleinsten Land der Bundesrepublik, lassen sich räumlich entferntere Gefahrensituationen bei der Gebührenentscheidung „ausblenden“ – in den großen Flächenländern dürfte dies weit-

⁴³ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 121 ff.

⁴⁴ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 126.

⁴⁵ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 127.

⁴⁶ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 93.

⁴⁷ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 94.

⁴⁸ Dazu Thiel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 5. Aufl. (2023), § 8 Rn. 92 ff. m.w.N.; zur Verwendung im Strafrecht etwa Puppe, *GA* 2010, 551 ff.; kritisch z.B. Aichele, *ZStW* Bd. 123 (2011), 260 ff.; s. auch Kahrs, *Die Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht und Zivilrecht und der Verlust einer Chance zur Vermeidung des schädlichen Erfolges*, 2. Aufl. (2014).

⁴⁹ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 94.

⁵⁰ Eingehend Breuer, *Drittortauseinandersetzungen im Rahmen von Fußballspielen – am Beispiel der Fanszene von Rot-Weiss Essen, 2022*; zur strafrechtlichen Einordnung Linnertz, *Kriminalistik* 2024, 481 (482); Spoenle, *NSStZ* 2011, 552 ff.

⁵¹ Zur Frage der Einbeziehung von Kosten anderer Landespolizeien in die Gebührenberechnung vgl. *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 115.

aus schwieriger sein. § 4 Abs. 4 S. 1 BremGebBeitrG normiert als Voraussetzung, dass „wegen erfahrungsgemäß zu erwartender Gewalthandlungen vor, während oder nach der Veranstaltung am Veranstaltungsort, an den Zugangs- oder Abgangswegen oder sonst im räumlichen Umfeld der Einsatz von zusätzlichen Polizeikräften vorhersehbar erforderlich wird“. Wie sollen bei der Ermittlung dieses personellen Mehraufwands die Anteile von drohenden Gewalthandlungen an diesen Örtlichkeiten von denjenigen abgegrenzt werden, die sich aufgrund von möglichen „Drittortauseinandersetzungen“ ergeben? Und erlaubt die Vorschrift nur die Einbeziehung des „Mehraufwands“ in dem in Abs. 1 S. 1 beschriebenen und begrenzten räumlichen Bereich? Oder ist diese Formulierung lediglich tatbestandliche Voraussetzung mit Prognosecharakter, die das Instrument der Gebührenerhebung aktiviert, während auf Rechtsfolgenseite auch andernorts entstandene Mehrkosten in die Gebührenberechnung einbezogen werden dürfen? Diesbezüglich besteht Anlass, an der positiven Wertung des Gerichts hinsichtlich der hinreichenden Bestimmtheit und Normenklarheit der Vorschrift zu zweifeln.

2. Steuerfinanzierte Sicherheitsgewährleistung oder „Vorzugslast“

Von grundlegenderer Bedeutung ist die klare Positionierung des *BVerfG*, dass es sich bei der Sicherheitsgewährleistung zwar um eine wesentliche staatliche Aufgabe handele, diese aber nicht zwingend ausschließlich durch Steueraufkommen bzw. anderweitige allgemeine Einnahmen zu finanzieren sei. Die Aufrechterhaltung eines angemessenen Sicherheitsniveaus und die Erfüllung der staatlichen grundrechtlichen Schutzpflichten sind je nach Bedrohungslage außerordentlich kostspielig. Nicht jeder Sicherheitsmehraufwand ist finanziell der Allgemeinheit aufzuerlegen. Ohne weiteres einleuchtend ist dies bezüglich absichtlich herbeigeführter Beeinträchtigungen der Sicherheit bzw. bei einer individuellen Heranziehung als „Störer“, wobei die Möglichkeit der Erhebung von Gebühren für polizeiliche Zwangsmaßnahmen rechtlich keineswegs einhellig bewertet wird, wie die Diskussionen in Nordrhein-Westfalen um die Regelung von Gebührentatbeständen für die Anwendung unmittelbaren Zwangs (z.B. gegen „Klimaaktivistinnen und -aktivisten“) zeigen.⁵² Steuerfinanziert ist ein „qualifiziertes Sicherheitsniveau“, von Einzelnen verursachte Gefahren-„Peaks“ können auf diese umgelegt werden. Gebühren als Ausgleich für eine staatliche Leistung dürfen nicht nur dann erhoben werden, wenn die Leistung beantragt bzw. angefragt wurde oder dem Gebührenschuldner zumindest „erwünscht“ ist – sie stehen nicht unter dem Vorbehalt seines erklärten oder mutmaßlichen Willens.

Schwieriger ist die Bewertung, wenn es nicht um Störerrinnen und Störer geht, sondern um die mittelbare Veranlassung eines erhöhten Ressourceneinsatzes der Sicherheitsbehörden durch die (rechtmäßige) Wahrnehmung eigener Grundrechte. Es ist anerkannt, dass die Inanspruchnahme staatlicher Ressourcen durch einen eingeschränkten Nutzerkreis eine Abgabepflicht auslösen kann.⁵³ Sicherheit ist selbst zwar mangels „Zählbarkeit“ kein knappes Gut, die zu ihrer Aufrechterhaltung erforderlichen personellen, sachlichen und finanziellen Ressourcen aber schon. Vor diesem Hintergrund ist es naheliegend, denjenigen, der aus einer veranlassten erhöhten Ressourceninanspruchnahme wirtschaftliche Vorteile generiert, auch mit den tatsächlichen Kosten zu belasten. Der Vergleich mag etwas hinken, aber die sog. „Tragik der Allmende“⁵⁴ kann auch hier zum Tragen kommen, wenn steuerfinanzierte Ressourcen zur Erzielung eigener wirtschaftlicher Vorteile exzessiv in Anspruch genommen werden (und andernorts fehlen). Daher betont das Gericht zu Recht, dass es auf eine Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Inanspruchnahme nicht ankomme. Insoweit sind seine Erwägungen richtigerweise auch von der allgemeinen Verantwortlichkeitsdogmatik des Polizeirechts losgelöst – der gebührenpflichtige Veranstalter muss nicht „Zweckveranlasser“⁵⁵ sein. Dies ist zutreffend, weil oftmals zu dem Zeitpunkt, zu dem bereits eine erhöhte Einsatzkräfteplanung und -aufstellung erfolgen muss, die zu den Mehrkosten beitragen, noch keine konkrete Gefahrenlage besteht, die dem Veranstalter nach wertenden Kriterien zugerechnet werden müsste. Entscheidend ist eher der Gedanke einer „Risikoveranlassung“, die zusätzliche Präventivmaßnahmen im Vorfeld und zur Verhinderung konkreter Gefahren erfordert. Nach alledem ist dem *BVerfG* zuzustimmen, wenn es die Sicherheitsgewährleistung nicht allein als steuerfinanziert qualifiziert und für die Rechtsfigur der durch Gebühren gegenfinanzierbaren „Vorzugslast“ Raum lässt. Allerdings arbeitet der *Senat* nicht überzeugend heraus, worin eigentlich der „Vorzug“ für den Veranstalter liegen soll – das Risiko für die Allgemeinheit ist ja nicht per se zugleich ein erhöhtes Risiko für den Veranstalter,⁵⁶ zumal er die vielfältigen Gefahren im Zusammenhang mit Hochrisikospiele nicht vollumfänglich selbst abzuwehren verpflichtet sein kann.

3. Gebührencharakter

Zutreffend ist es, wenn der *Senat* die Erhebung einer Gebühr für verfassungsrechtlich zulässig hält. Soweit dies im Schrifttum kritisch gesehen wird, weil dem Betroffenen gegenüber kein unmittelbares Handeln, Dulden oder Unterlassen erfolge,⁵⁷ greift dieser Einwand nicht durch. Es trifft zwar zu, dass die typischen Gebührentatbestände durch einen direkten „Kontakt“ zwischen Gebührengläubiger und -schuldner charakterisiert sind, etwa durch An-

⁵² Kritisch z. B. *Weyersberg/Schwertel-Stahl*, DVBl. 2024, 1395 ff.

⁵³ Vgl. etwa *BVerfG*, Beschl. v. 8.5.2013 – 1 BvL 1/08, BVerfGE 134, 1 ff. – Rn. 39 (Studiengebühren).

⁵⁴ Vgl. zur „Tragedy of the Commons“ etwa *Hardin*, *Science* 1968, 1243 ff.; aus institutionenökonomischer Sicht *Ostrom*, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, 1990.

⁵⁵ Dazu etwa *Pietsch/Sommerfeld*, JA 2022, 840 ff.; *Vockeroth*, DVP 2021, 479 ff.; *Wobst/Ackermann*, JA 2013, 916 ff.; *Schoch*, Jura 2009, 360 ff.

⁵⁶ Vgl. zur Entscheidung des *BVerwG Schiffbauer*, SpuRt 2019, 236 f.

⁵⁷ Vgl. *Müller-Eiselt*, SpuRt 2020, 54 ff.

trag und Leistungserbringung, durch belastenden Eingriff und Kostenförderung oder durch die Inanspruchnahme bereitgestellter öffentlicher Einrichtungen und Anlagen. Gebühren sind Gegenleistungen für eine besondere, staatlicherseits erbrachte Leistung.⁵⁸ Das *BVerfG* ersetzt diese Erwägungen in seiner Entscheidung einerseits durch das Erfordernis eines besonderen Näheverhältnisses zwischen dem verursachten Mehraufwand und der besonderen Gefahrenträchtigkeit der Veranstaltung, andererseits durch die Voraussetzung einer finanziellen Nutznießereigenschaft des Veranstalters. Dies ist ein weit gefasster Gebührenbegriff; sofern man allerdings neben den genannten Anforderungen den tatsächlichen Mehraufwand als Gegenleistung versteht, für die die Gebühr erhoben wird, löst sich das „Störgefühl“ zumindest mit Blick auf die abgabenrechtliche Terminologie weitestgehend auf.⁵⁹

4. Tatsächliche Mehrkosten oder Pauschale

Das *BVerfG* stellt durchweg auf die tatsächlichen Mehrkosten als Grundlage für die Gebührenberechnung ab. § 4 Abs. 4 S. 4 BremGebBeitrG erlaubt es allerdings, die Gebühr nicht nur nach den tatsächlichen Mehrkosten zu berechnen, sondern alternativ auch als Pauschalgebühr. Dies erscheint nach den Ausführungen des Gerichts als verfassungsrechtlich bedenkliche Variante. Ihre Anwendung führt zwar dazu, dass für den Veranstalter die Höhe der Abgabenlast verlässlicher abzuschätzen ist;⁶⁰ die Belastung muss indes „nach Maßgabe des durch die öffentlich-rechtliche Leistung vermittelten Vorzugs erfolgen, der mit der Gebühr finanziell ausgeglichen beziehungsweise dessen Nutzungsmöglichkeit mit dem Betrag abgegolten werden soll“.⁶¹ Die Möglichkeit einer Pauschalgebühr war offenbar nicht Gegenstand der Verfassungsbeschwerde. Bei einfachen Amtshandlungen, bei denen sich ein konkreter, individuell veranlasster Mehraufwand regelmäßig nicht beziffern lässt, mag sie zulässig sein; der Staat darf „typisieren und pauschalieren“. Angesichts der Gebührenhöhe in Bezug auf gefahreneigete Großveranstaltungen und mit Blick auf die vom *Senat* aufgestellten Anforderungen erscheint sie im Zusammenhang des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG nicht als verfassungsgemäße Option. Auch die Berechnung nach den tatsächlichen Mehrkosten kann im Einzelfall eine komplexe Aufgabe sein; so sind z.B. Mehrarbeit- und Wochenendpauschalen anzurechnen und gegebenenfalls von Störerinnen und Störern erhobene Gebühren für individuelle polizeiliche Maßnahmen abzuziehen. Fraglich ist zudem, inwieweit die Verwendung ohnehin vorhandener technischer Mittel und anderer polizeilicher Einsatzgegenstände berücksichtigt werden kann und müsste – die etwas salopp als „Eh-da-Kosten“ bezeichneten Aufwendungen. Dies freilich ist eine Frage der praktischen Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben, nicht ihrer

grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Zulässigkeit. Anhaltspunkte dafür, dass eine belastbare Berechnung in verfassungswidriger Weise ganz generell nicht möglich wäre, bestehen nicht.

5. Konsequenzen

Die Entscheidung hat vielfältige Konsequenzen, die der *Senat* bei seinen verfassungsrechtlichen Bewertungen nicht einzubeziehen hatte, die aber rechtspolitisch gegen die Gebührenerhebung bei Veranstaltern kommerzieller Großveranstaltungen sprechen. Zu erwarten ist ein „Durchreichen“ der Gebühren an die Teilnehmerinnen und Teilnehmer im Wege der Kartenpreisgestaltung.⁶² Dies kann dazu führen, dass größere Teile der Bevölkerung an derartigen Veranstaltungen nicht mehr teilnehmen können. Angesichts der gesellschaftlichen Bedeutung hochkarätiger Fußballspiele wäre eine Entwicklung hin zu einer „elitären“, weil deutlich teureren Freizeitbetätigung alles andere als wünschenswert.

Daher werden die Landesgesetzgeber sorgsam und mit Augenmaß abzuwägen haben, ob eine Vorschrift nach Bremer Vorbild geschaffen werden sollte oder nicht. Bei einer Etablierung entsprechender landesgesetzlicher Regelungen sind Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten des deutschen Fußballs zu befürchten⁶³ – namentlich dann, wenn diese Regelungen wie § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG eine „gebundene“ Entscheidung vorgeben, also die Gebührenerhebung bei Vorliegen der Voraussetzungen der Norm zwingend vorschreiben („Eine Gebühr (...) wird erhoben“). Der nordrhein-westfälische Innenminister *Herbert Reul* hat im Januar 2025 nach der Veröffentlichung der Entscheidung des *BVerfG* erklärt, dass eine Gebührenerhebung von den Vereinen derzeit nicht vorgesehen sei.⁶⁴ Ähnliche Erklärungen haben Berlin und Brandenburg abgegeben, andere Länder drängen auf eine bundeseinheitliche Lösung, etwa durch die Errichtung eines Fonds, in den die Vereine der Profiligen einzahlen und aus dem polizeiliche Mehrkosten erstattet werden. Den skeptischen Stimmen gegenüber einer breiten Nutzung vergleichbarer Gebührenregelungen ist beizupflichten – die Gefahren von Hochrisikospielen werden dadurch nicht eingedämmt, es werden nur die Kosten anders verteilt. Zudem ist das „Abwandern“ gewaltbereiter Fans zu „kleineren“ Sportereignissen zu befürchten. Sollen die Vereine und Verbände in die Pflicht genommen werden, sollte dies durch eine verstärkte Kooperation, den Abbau von „Feindbildern“, gemeinsam erarbeitete und umgesetzte Präventionsprogramme, wirksamere Eingangskontrollen zur Verhinderung eines Mitführens etwa von Pyrotechnik ins Stadion, personalisierte Eintrittskarten und andere Maßnahmen erfolgen, nicht durch eine bloße Mehrkostenanforderung.

⁵⁸ So definiert z. B. das Bundesgebührengesetz (BGebG) in § 3 Abs. 4: „Gebühren sind öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die der Gebührengläubiger vom Gebührenschuldner für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen erhebt.“

⁵⁹ Auch das BGebG qualifiziert eine Leistung u. a. dann als „individuell zurechenbar“, wenn sie „durch den von der von der Leistung Betroffenen verlasst wurde“ (§ 3 Abs. 2 Nr. 3) bzw. „bei der ein Anknüpfungspunkt im Pflichtenkreis des von der Leistung Betroffenen rechtlich begründet ist“ (§ 3 Abs. 2 Nr. 4).

⁶⁰ Vgl. dazu *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 111.

⁶¹ *BVerfG*, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 104.

⁶² Vgl. *Drechsler*, NVwZ 2020, 433 ff.

⁶³ *Frank*, VerwArch Bd. 111 (2020), 250 ff.

⁶⁴ <https://www.sportschau.de/regional/wdr/wdr-hochrisikospiele-reul-will-nrw-vereine-erst-mal-nicht-zahlen-lassen-100.html> (zuletzt abgerufen am 20.3.2025).

Die Regelung in § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG ist nicht als „*Lex Hochrisiko-Fußballspiel*“ konzipiert, sondern erfasst grundsätzlich jede kommerzielle Großveranstaltung, in deren Umfeld eine erhöhte Gefahr von Gewalthandlungen besteht. Wie aber sollten vergleichbare landesgesetzliche Bestimmungen gestaltet werden? Möchte man Gebühren für polizeiliche Mehrkosten auch dann erheben, wenn die zu erwartenden Gewalthandlungen nicht von den Besucherinnen und Besuchern der Veranstaltung, sondern von Dritten drohen? Beispielhaft genannt werden können große Konzertevents, bezüglich derer Terrorwarnungen vorliegen;⁶⁵ sollen auch hier polizeiliche Mehrkosten gebührenfinanziert werden, oder ist eine Absage in solchen Fällen stets Mittel der Wahl? Wie weit sollten Gebührentatbestände gefasst werden – sollen Gebühren auch erhoben werden können, wenn es nicht eine einzelne Veranstalterin bzw. einen einzelnen Veranstalter gibt, sondern ein komplexes Geflecht von Verantwortlichen und Nutznießern, wie z.B. im Kölner Straßenkarneval? Soll auch ein anderer Hoheitsträger als Veranstalter in Anspruch genommen werden können, etwa die Stadtverwaltung München als Veranstalterin des Oktoberfests? Gelten diesbezüglich ähnliche Einschränkungen wie hinsichtlich der

polizeilichen Verantwortlichkeit von Hoheitsträgern?⁶⁶ Wie können überzogene Gebühren durch eine entsprechende Normgestaltung vermieden werden? Diesen und anderen rechtspolitischen Erwägungen müssen sich die Landesgesetzgeber stellen, wenn sie sich dazu entschließen, dem Bremer Beispiel zu folgen.

V. Fazit

Die Entscheidung des *BVerfG* weckt Begehrlichkeiten – in Zeiten knapper öffentlicher Haushalte mag für die Länder die Schaffung von Gebührevorschriften in Anlehnung an § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verlockend sein. Vor einer bloßen Übernahme der Bestimmung ist jedoch zu warnen – es sind vielfältige rechtspolitische Erwägungen anzustellen, und es wäre durchaus legitim, sich gegen die Regelung einer Gebührenpflicht aufgrund einer „Vorzugslast“ zu entscheiden oder die gesetzlichen Anforderungen abweichend auszugestalten. In der Sache ist den verfassungsrechtlichen Erwägungen des Gerichts grundsätzlich zuzustimmen, wenngleich im Detail eine differenziertere Bewertung als erforderlich erscheint.

⁶⁵ Z.B. bei drei in Wien geplanten Konzerten von *Taylor Swift* im August 2024.

⁶⁶ Dazu *Raap*, BWV 2022, 221 ff., 244 ff., 269 ff.; *Britz*, DÖV 2002, 891 ff.; *Borowski*, VerwArch Bd. 101 (2010), 58 ff.; *Schoch*, Jura 2005, 324 ff.; *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. (2023), § 8 Rn. 145 ff.

Verurteilung einer ehemaligen Zivilangestellten des Konzentrationslagers Stutthof wegen Beihilfe zum Mord in mehr als 10.000 Fällen

BGH, Urt. v. 20.8.2024 – 5 StR 326/23

Gründe:

¹ Das LG hat die Angeklagte wegen Beihilfe zum Mord in 10.505 Fällen und zum versuchten Mord in fünf Fällen zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Dagegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer auf die ausgeführte Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I.

² Das LG hat – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

³ 1. Die Angeklagte wurde, nachdem sie eine kaufmännische Handelsschule absolviert und bereits zwei Jahre bei einer Bank als Stenotypistin gearbeitet hatte, im Alter von 18 Jahren ab dem 1. Juni 1943 im Konzentrationslager Stutthof tätig und war dort bis zu ihrer Verlegung in ein anderes Konzentrationslager am 1. April 1945 als einzige Stenotypistin im Kommandaturstab beschäftigt.

⁴ Das in der Nähe von Danzig gelegene Konzentrationslager Stutthof, das im Jahr 1939 als Gefangenenlager gegründet worden war, wurde Anfang 1942 zum Konzentrationslager umgewidmet und der Amtsgruppe D im SS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamt in Oranienburg unterstellt; der Lagerkommandant war zugleich der Kommandeur der für die Bewachung des Lagers eingesetzten Kompanien des SS-Wachsturmbanns. Das Lager war in das von der nationalsozialistischen „Rassenideologie“ geprägte KZ-System eingegliedert. Dieser lag die Vorstellung von der Vernichtung allen jüdischen sowie aus anderen, rassistischen oder sonst menschenverachtenden Gründen als „unwert“ betrachteten Lebens durch die als „Herrenrasse“ eingeordneten „arischen“ Deutschen zugrunde. Spätestens nach der Ermächtigung *Reinhard Heydrichs*, die „Gesamtlösung der Judenfrage“ organisatorisch vorzubereiten, sowie den auf der Wannsee-Konferenz von 1942 getroffenen Entscheidungen fungierte das KZ-System als zentraler Grundstein bei der Umsetzung der Ermordung der europäischen Juden. Das Konzentrationslager Stutthof diente zu Beginn der Ausbeutung von Häftlingen, die gemäß den Vorgaben des KZ-Systems zunächst noch bis zur völligen Entkräftung zur Zwangsarbeit eingesetzt werden sollten, wobei die Lagerverantwortlichen billigend in Kauf nahmen, dass die Gefangenen durch schwere körperliche Arbeit und/oder die geschaffenen und aufrechterhaltenen schlechten Lebensbedingungen in großer Zahl eines unnatürlichen Todes starben.

⁵ Dementsprechend waren die Haftbedingungen in dem Lager spätestens ab dem 1. Juni 1943 in so hohem Maße lebensfeindlich, dass zahlreiche der Lagerinsassen hierdurch verstarben. So herrschte eine ständige Unterversorgung mit Nahrung und frischem Trinkwasser. Die geringe Menge der durch die gewährte Ernährung aufgenommenen Kalorien führte zu einem drastischen Gewichtsverlust der Gefangenen binnen kürzester Zeit bis hin zur völligen Abmagerung. Das hierdurch ausgelöste Gefühl des Hungers war omnipräsent und quälend. Der durch die extrem geringe Flüssigkeitszufuhr bedingte ständige Durst und das Gefühl der Austrocknung führten zu Kopfschmerzen und Schwindel und stellten eine erhebliche zusätzliche Qual für die Gefangenen dar. Jede Form der üblichen Körperhygiene (Zähneputzen, Waschen, die Benutzung von Toilettenpapier oder Hygieneartikeln) war den Gefangenen verwehrt. Die sanitären Anlagen standen in viel zu geringer Anzahl zur Verfügung und waren nicht hygienisch; Exkremate fanden sich stets auch in den Baracken auf den als Schlafplatz dienenden Pritschen oder auf den Böden. Die Gefangenen erhielten keine den Witterungsverhältnissen angepasste Bekleidung. Sie mussten sich überwiegend im Freien aufhalten und waren der in der Regel Stunden dauernden Schikane des Appellstehens unter freiem Himmel bei jeder Witterung ausgesetzt. Schuhe waren oftmals nicht vorhanden; allenfalls verfügten die Gefangenen über nicht vor der Witterung schützende, unbequeme Holzpantinen. Durch das ständige Frieren bei den in Ostpolen außerhalb der Sommermonate herrschenden Witterungsverhältnissen wurden ebenfalls erhebliche Qualen und Leiden der Gefangenen verursacht. Die Kälte, der die Gefangenen vor allem in den Wintermonaten bei oft erheblichen Minusgraden nahezu ungeschützt ausgesetzt waren, führte zu Erkältungskrankheiten bis hin zu Erfrierungen von Gliedmaßen und tödlichen Unterkühlungen, an denen die Gefangenen unter erheblichen Leiden starben.

⁶ Ab dem Jahr 1944 wurden die in Stutthof ankommenden arbeitsfähigen Häftlinge zumeist nach kurzer Zeit zur Zwangsarbeit in Außenlager oder in andere Konzentrationslager gebracht, so dass im Lager zunehmend die arbeitsunfähigen Häftlinge zurückblieben; bis zum Sommer 1944 waren dort bis zu 60.000 Häftlinge angekommen. Angesichts der durch einen starken Anstieg der ankommenden, überwiegend jüdischen Häftlinge bedingten

Überbelegung und zur „Vernichtung unwerten Lebens“ begannen regelmäßige Massentötungen. Spätestens Anfang September 1944 wurde dem Lagerkommandanten die Erlaubnis zur Ermordung aller arbeitsunfähigen Häftlinge „in eigener Verantwortlichkeit“ erteilt. Die Tötung der Häftlinge wurde im Konzentrationslager Stutthof insbesondere auf die folgende Art und Weise ins Werk gesetzt:

- ⁷ Mindestens 9.500 Häftlinge verstarben in der Zeit vom 1. Juni 1943 bis zum 31. März 1945 aufgrund der im Lager herrschenden, auf Befehle des Lagerkommandanten zurückgehenden lebensfeindlichen Bedingungen unter schweren körperlichen Leiden und seelischen Qualen. Deren Tod nahmen die Lagerleitung und die Verantwortlichen im SS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamt billigend in Kauf, wobei sie um die körperlichen Leiden und seelischen Qualen wussten. Spätestens als im Herbst 1944 eine Fleckfieber-Epidemie ausbrach, hatten sie darüber hinaus die Absicht, jüdische Häftlinge durch Verweigerung medizinischer Hilfe zu töten. Unter den so Getöteten waren die Mütter der Nebenklägerin *Si.* und der inzwischen verstorbenen früheren Nebenklägerin *St.* Die Nebenklägerin *Fr.* überlebte trotz der genannten Bedingungen; sie wurde nach der Befreiung des Lagers durch die Rote Armee gerettet (abgeurteilt als Beihilfe zu 9.500 vollendeten und einem versuchten Mord).
- ⁸ Mit drei Transporten im Jahr 1944 wurden mehrere Tausend als nur bedingt arbeitsfähig angesehene Häftlinge aufgrund von Anordnungen Verantwortlicher des SS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamts und entsprechender Befehle des Lagerkommandanten mit der Eisenbahn auf „Vernichtungstransporten“ in das Konzentrationslager Auschwitz-Birkenau gebracht, wo sie unter erheblichen körperlichen Leiden und seelischen Qualen in Gaskammern mit Zyklon B getötet werden sollten. Unter den so in Auschwitz-Birkenau Getöteten befanden sich die Mutter und zwei Geschwister des Nebenklägers *O.* sowie jeweils die Brüder der Nebenklägerinnen *Fr.* und *G.* Die inzwischen verstorbene Nebenklägerin *E.* wurde nach ihrer Ankunft in Auschwitz-Birkenau als arbeitsfähig eingestuft, in das Lager aufgenommen und überlebte (abgeurteilt hat das Landgericht insoweit Beihilfe zu fünf vollendeten und einem versuchten Mord).
- ⁹ Auch im Konzentrationslager Stutthof wurden auf Anordnung des SS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamts und auf Befehl des Lagerkommandanten zwischen Oktober und Dezember 1944 mindestens 1.000 zuvor von einem Lagerarzt bestimmte, arbeitsunfähige Häftlinge mittels Zyklon B getötet, nachdem sie zuvor in einer Entwesungskammer oder in einem umgebauten Eisenbahnwaggon eingesperrt worden waren. Auch diese Taten hat das LG der Angeklagten zugerechnet (Beihilfe zum vollendeten Mord in 1.000 Fällen).
- ¹⁰ Schließlich wurden wegen des Vormarschs der sowjetischen Streitkräfte ab Ende Januar 1945 mindestens 11.000 Häftlinge aufgrund eines mit dem SS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamt abgestimmten Befehls des Lagerkommandanten dazu gezwungen, sich unter ständiger Bewachung und unter lebensfeindlichen Bedingungen zu Fuß auf einen „Todesmarsch“ in ein anderes Lager zu begeben. Dabei nahm die Lagerleitung den Tod der Häftlinge, der insbesondere durch unzureichende Nahrung, Kälte und Entkräftung verursacht wurde, billigend in Kauf; die erheblichen Leiden und Qualen der Häftlinge auf diesem Todesmarsch waren ihr bewusst und von ihrem Willen umfasst. Auf diesen Marsch mussten sich auch die Nebenkläger *K.* und *D.* sowie die inzwischen verstorbene frühere Nebenklägerin *St.* begeben, die indes überlebten. Der Angeklagten wurden wiederum nur diese drei Fälle zugerechnet (Beihilfe zum versuchten Mord in drei Fällen).
- ¹¹ Die Angeklagte war im Konzentrationslager Stutthof im Geschäftszimmer der Abteilung I eingesetzt und arbeitete als einzige Stenotypistin des Geschäftszimmers mit zunehmend intensiven Arbeitszeiten ohne längere Krankenschreibungen oder Beurlaubung vertrauensvoll dem Lagerkommandanten und dessen Adjutanten zu. Insbesondere wurde der in großem Umfang anfallende Schriftverkehr im Geschäftszimmer abgewickelt, der zur Organisation und Durchführung der vielfachen Tötungen – die auf zahlreichen administrativen Vorgängen und umfangreicher Kommunikation der Beteiligten beruhten – innerhalb der behördengleichen Verwaltungsstruktur des KZ-Systems zwingend erforderlich war. Eingehende Post wurde dort gesammelt und dem Adjutanten übergeben, der sie öffnete und dem Lagerkommandanten vorlegte. Von diesem ging die Post in das Geschäftszimmer zurück und war nunmehr mit Anweisungen zur weiteren Bearbeitung, insbesondere zur Zuleitung und Kenntnisnahme durch andere Abteilungen versehen. Der ausgehende Schriftverkehr fiel ebenfalls in die Zuständigkeit des Geschäftszimmers und damit auch der Angeklagten als einziger Stenotypistin. Sie nahm den Großteil der die dienstliche Korrespondenz betreffenden Diktate des Lagerkommandanten in Stenografie auf und erstellte davon maschinenschriftliche Reinschriften, die – gegebenenfalls nach Anbringung etwaiger Korrekturen – durch den Lagerkommandanten unterzeichnet und alsdann auf dem jeweils vorgesehenen Weg (postalisch, per Fernschreiben oder Funk) versandt wurden. Auch die regelmäßig ergehenden Kommandanturbefehle, auf deren Grundlage die täglichen Abläufe im Konzentrationslager Stutthof strukturiert und organisiert wurden und die der Lagerkommandant erstellte, wurden durch das Geschäftszimmer verschriftlicht, vom Kommandanten in maschinengeschriebener Form unterzeichnet und dann vom Geschäftszimmer aus im Lager bekannt gegeben.
- ¹² 2. Das LG hat die beschriebenen Tätigkeiten als Beihilfe der Angeklagten zu den genannten Haupttaten (Mord in 10.505 Fällen und versuchter Mord in 5 Fällen) des Lagerkommandanten und der weiteren in der Lagerleitung tätigen SS-Männer sowie der befehlsgebenden nationalsozialistischen Machthaber und der führenden SS-Funktionäre, namentlich *Heinrich Himmler* und *Adolf Hitler* gewertet. Die Bearbeitung des Schriftverkehrs sei aufgrund dessen zwingender Erforderlichkeit eine für die Ermöglichung der Tatausführung wesentliche Aufgabe gewesen. Dies gelte zum einen für die Kommunikation nach außen, wie etwa bei der Bestellung von Material für Tötungen mit dem Giftgas Zyklon B oder der Abfassung des im Zusammenhang mit Gefangenentransporten insbesondere den „Vernichtungstransporten“ umfangreich, kleinteilig und in hoher Frequenz geführten Schriftverkehrs mit anderen Konzentrationslagern und der Amtsgruppe D, zum anderen aber auch für lagerinterne Schreiben wie die regelmä-

ßigen Kommandanturbefehle, die den Lageralltag regelten und auch die Tötung von Gefangenen betreffende Anweisungen enthielten.

- ¹³ Bei der Erstellung dieses die Haupttaten betreffenden Schriftverkehrs habe die Angeklagte den Lagerkommandanten und dessen Adjutanten unterstützt, indem sie die ihr diktierten Texte formgerecht und sauber niedergelegt habe, so dass sie anschließend an die jeweiligen Adressaten weitergegeben werden konnten. Auch wenn mangels Ab-Verfügungen oder Handzeichen nicht festgestellt werden konnte, welche der tatrelevanten Schriftstücke von der Angeklagten geschrieben wurden, ist das *LG* davon ausgegangen, dass jedenfalls der Großteil der dienstlichen Korrespondenz von ihr bearbeitet wurde, sie mithin die Haupttäter dadurch physisch unterstützt habe.
- ¹⁴ Dadurch, dass sie der Lagerleitung während ihrer gesamten Dienstzeit als zuverlässige und gehorsame Untergebene zur Verfügung gestanden und die Aufrechterhaltung des Betriebs des Konzentrationslagers und das Gefangenhaltens der Inhaftierten abgesichert habe, habe sie die Haupttäter bei der Begehung der zur Verurteilung gelangten Haupttaten bestärkt und psychisch unterstützt. Sie habe an der zentralen Schnittstelle des Lagers gearbeitet, an der alle relevanten, auch die Tötungen von Gefangenen betreffenden Entscheidungen getroffen wurden, und ein enges dienstliches Verhältnis zum Kommandanten unterhalten. So sei sie für die Lagerleitung von essenzieller Bedeutung gewesen für das Gefangenhaltens von Menschen, die zwangsweise Ausnutzung von deren Arbeitskraft und für die Ermordung der aus Sicht der „Rassenideologie“ des NS-Regimes „wertlosen Volksschädlinge“.
- ¹⁵ Der Angeklagten seien die lebensfeindlichen Umstände im Konzentrationslager durchgehend schon vom Beginn ihrer Tätigkeit an bekannt gewesen. Nach den Feststellungen des *LG* konnte sie aus den von ihr genutzten Büroräumen auf das sogenannte Neue Lager blicken, wenn auch ein deutliches Erkennen von Personen oder deren Handlungen allenfalls im Bereich der vorderen Blockreihen möglich war. Uneingeschränkt einsehbar und aufgrund der Distanz gut zu erkennen war der Sammelplatz vor dem Eingangstor zum Neuen Lager und die sich dort abspielenden Ereignisse. Auch der Weg zwischen Altem und Neuem Lager, den Gefangene regelmäßig zurücklegen mussten, wenn sie aus dem Neuen Lager oder vom Sammelplatz in Richtung Gaskammer und Krematorium geführt wurden, konnte sie aus den Fenstern der Büroräume teilweise überblicken. Abgesehen davon bewegte sich die Angeklagte aber auch in den sonstigen, für Zivilangestellte zugänglichen Teilen des Konzentrationslagers und hatte dort entsprechende Wahrnehmungen. Sie verließ das Kommandanturgebäude regelmäßig und durfte sich in allen Bereichen, die nicht unmittelbar zum Schutzhaftlager gehörten, frei bewegen. Den Eingangsbereich des Alten Lagers, in dem die Kommandantur lag, mit dem dort stehenden SS-Wachhäuschen passierte sie bei Betreten und Verlassen ihrer Arbeitsstätte.
- ¹⁶ Dass es der Angeklagten gelungen sein könnte, sich beinahe zwei Jahre nahezu dauerhaft im Konzentrationslager

Stutthof aufzuhalten und dabei nicht auch das Tor zum Alten Lager, die dahinter liegenden Baracken und schließlich den Schornstein des wiederum hinter dem Alten Lager befindlichen Krematoriums wahrzunehmen, hat die Strafkammer für ausgeschlossen gehalten. Sie habe den katastrophalen körperlichen Zustand der Gefangenen, ihre unzureichende Versorgung mit Nahrung und angemessener Kleidung und die mangelhaften hygienischen Zustände gesehen und zudem den täglich präsenten Geruch verbrannten Menschenfleisches wahrgenommen, der aus dem Schornstein des Krematoriums kam.

- ¹⁷ Die Angeklagte habe es für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen, dass die Lagerleitung den durch die Schaffung und Aufrechterhaltung der lebensfeindlichen Umstände verursachten Tod der Häftlinge mindestens billigend in Kauf nahm. Die Angeklagte habe auch von den Umständen Kenntnis gehabt, die bei den Gefangenen zu erheblichen körperlichen und/oder seelischen Qualen führten und davon, dass diese auch der Lagerleitung bekannt waren, diese sie aber in gefühlloser und unbarmherziger Gesinnung zumindest hinnahm. Spätestens ab Oktober 1944 habe die Angeklagte von den Tötungen im Lager mit Zyklon B gewusst, die mit Wissen und direktem Willen der Lagerleitung – wiederum unter Zufügung erheblicher Qualen – durchgeführt wurden. Die Angeklagte habe zudem gewusst, dass die Lagerleitung die im Konzentrationslager Auschwitz-Birkenau handelnden Haupttäter willentlich bei deren Morden mittels Zyklon B unterstützte, indem sie mit Vernichtungstransporten Gefangene aus Stutthof nach Auschwitz-Birkenau transportieren ließ. Schließlich sei ihr auch bewusst gewesen, dass die Lagerleitung durch die Todesmärsche den qualvollen Tod der betreffenden Gefangenen zumindest billigend in Kauf genommen habe.
- ¹⁸ Die Angeklagte habe gewusst, dass sie mit ihrer Tätigkeit den Lagerkommandanten und die weiteren in der Lagerleitung tätigen SS-Männer bei ihren Haupttaten teilweise unmittelbar physisch unterstützt habe. Soweit sie Schriftverkehr bearbeitet habe, der einen direkten Zusammenhang zu den stattfindenden Tötungen hatte, habe sie billigend in Kauf genommen, dass sie den Haupttätern konkret physisch bei der für die Begehung der Taten notwendigen Vorbereitung, Organisation und Abwicklung half. Soweit Tötungen ohne direkten Zusammenhang mit von ihr bearbeiteten Schreiben begangen wurden, sei ihr dennoch bewusst gewesen, dass zur Durchführung und Umsetzung der mit der Tötung von Gefangenen einhergehenden Befehle der Lagerleitung ein System aus jederzeit zur Verfügung stehenden, die Befehle nicht hinterfragenden Untergebenen eine wichtige Voraussetzung war. Sie habe gewusst, dass sie mit ihrer fortgesetzten Diensttätigkeit und der stetigen Bereitschaft, für den Betrieb des Konzentrationslagers unerlässliche, unterstützende Schreib- und Büroarbeiten zu übernehmen, zur Aufrechterhaltung des Lagers einschließlich der mit seinem Betrieb verfolgten Ziele beitrug. Sie habe es damit für möglich gehalten und mindestens billigend in Kauf genommen, dass sie die Lagerleitung durch ihre konkreten Tätigkeiten bei Tötungsaktionen auch psychisch unterstützte.

II.

- ¹⁹ Die Revision der Angeklagten ist unbegründet.
- ²⁰ 1. Wie das *LG* zutreffend angenommen hat, erstreckte sich seine Kognitionspflicht gemäß § 264 Abs. 1 StPO auf alle der Angeklagten zugerechneten Haupttaten.
- ²¹ Soweit die Staatsanwaltschaft das Verfahren gemäß § 154a Abs. 1 StPO auf vollendete Mordtaten im Stamm-lager Stutthof beschränkt hatte, ist diese Beschränkung hinsichtlich der Versuchstaten sowie hinsichtlich der Morde mit Zyklon B in Auschwitz-Birkenau infolge der Zulassung der Nebenkläger *Fr.*, *E.*, *K.*, *D.* und *St.* sowie *O.* nach § 395 Abs. 5 S. 2 StPO weggefallen, was die *Strafkammer* in ihrem Eröffnungsbeschluss – wie geboten – klargestellt hat (vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 67. Aufl. [2024], § 395 Rn. 13). Daran ändert nichts, dass die Nebenklägerinnen *E.* und *St.* im Laufe der Hauptverhandlung vor dem *LG* verstorben sind. Zwar verliert die Anschlussklärung durch den Tod des Nebenklägers ihre Wirkung (vgl. § 402 StPO). Folgen hat die dadurch eintretende Beendigung der Nebenklage aber nur für die Zukunft, bereits ergangene Entscheidungen bleiben bestehen (vgl. *Valerius*, in: MüKo-StPO, § 402 Rn. 7; *Wenske*, in: LR-StPO, 27. Aufl. [2021], § 402 Rn. 8). Es blieb damit bei dem durch die Zulassung der Nebenklage bewirkten Wegfall der Verfahrensbeschränkung; die davon betroffenen Taten waren und blieben Gegenstand des Verfahrens.
- ²² Hinsichtlich der Nebenklägerin *G.* gilt Folgendes: Diese hatte sich dem Verfahren angeschlossen, weil sie selbst Opfer eines versuchten Mordes geworden sei. Insoweit hat das *LG* das Hauptverfahren indes nicht eröffnet, weil sie in ein anderes Lager verschleppt und dort befreit worden sei. Ausgeurteilt hat das *LG* aber die Ermordung des jüngeren Bruders der Nebenklägerin *G.*, der in Auschwitz-Birkenau mittels Zyklon B getötet wurde; hinsichtlich dieser Tat hatte die ursprüngliche Verfahrensbeschränkung der Staatsanwaltschaft ebenfalls gegolten und war durch die Anschlussklärung der Nebenklägerin nicht weggefallen. Allerdings hat das *LG* durch seinen förmlichen Hinweis vom 37. Hauptverhandlungstag, dass auch eine tateinheitliche Verurteilung wegen Beihilfe zu einem grausamen Mord am Bruder der Nebenklägerin in Betracht komme, den durch die Beschränkung der Staatsanwaltschaft ausgeschiedenen Tatvorwurf von Amts wegen nach § 154a Abs. 3 S. 1 StPO wieder in das Verfahren einbezogen. Ein rechtlicher Hinweis genügt dafür, wenn nach dem Gang des Verfahrens und dem erkennbar zum Ausdruck gebrachten Willen des Gerichts für alle Verfahrensbeteiligten kein Zweifel besteht, dass die frühere Beschränkung der Strafverfolgung wieder aufgehoben ist (*BGH*, Urte. v. 11.6.1975 – 3 StR 35/75, NJW 1975, 1748 f.; Beschl. v. 18.5.1994 – 2 StR 169/94, NStZ 1994, 495; *Diemer*, in: KK-StPO, 9. Aufl. [2023], § 154a Rn. 18; *Teßmer*, in: MüKo-StPO, 2. Aufl. [2023], § 154a Rn. 43). So verhält es sich hier.
- ²³ 2. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des *LG* tragen den Schuldspruch.
- ²⁴ a) Die *Strafkammer* hat sich auf der Grundlage einer eingehenden und umfassenden Beweiswürdigung zunächst die Überzeugung gebildet, dass die der Verurteilung der Angeklagten zugrunde liegenden Haupttaten – 10.505 vollendete und fünf versuchte grausame Morde, davon 9.500 vollendete Morde und ein versuchter Mord durch das Schaffen und Aufrechterhalten lebensfeindlicher Zustände im Lager Stutthof, fünf vollendete Morde und ein versuchter Mord durch sogenannte Vernichtungstransporte nach Auschwitz-Birkenau, wo die Gefangenen in fünf Fällen durch Zyklon B getötet wurden und eine weitere Gefangene nach der Vorstellung der Lagerleitung in Stutthof getötet werden sollte, 1.000 Morde durch Vergiftung mit Zyklon B im Lager in Stutthof und drei versuchte Morde durch sogenannte Todesmärsche – durch die Haupttäter begangen worden sind. Die Haupttäter waren hier jedenfalls der den Betrieb des Konzentrationslagers bestimmende Lagerkommandant und sein Adjutant sowie die ihnen unterstehenden SS-Männer, die unmittelbar die Tötungshandlungen durchführten.
- ²⁵ Die Haupttäter verwirklichten das Mordmerkmal der Grausamkeit nach § 211 Abs. 2 Var. 6 StGB. Grausam tötet, wer seinem Opfer bei mit Tötungsvorsatz geführten Handlungen in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke und Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen (st. Rspr.; vgl. zuletzt etwa *BGH*, Urte. v. 6.12.2023 – 5 StR 281/23 Rn. 15 m.w.N.). Das *LG* hat nachvollziehbar dargelegt, dass diese Voraussetzungen bei allen hier festgestellten Tötungsarten in objektiver Hinsicht vorlagen und die Haupttäter auch mit der erforderlichen Gesinnung handelten.
- ²⁶ Rechtsfehler bei der Feststellung und Bewertung der Haupttaten sind nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht vorgetragen. Insbesondere steht der rechtsfehlerfreien Beurteilung der Handlungen der Haupttäter als täterschaftliche Tatbeiträge nicht entgegen, dass etwa der Lagerkommandant in dem gegen ihn geführten Strafverfahren vor dem *LG Bochum* im Jahr 1957 lediglich wegen „Beihilfe zu einem Morde, begangen an mehreren hundert Menschen“ verurteilt worden ist (vgl. zur Kritik an dieser „Beihilferechtsprechung“ und ihren Folgen für die weitere Strafverfolgung *Freudiger*, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, 2002, S. 143 ff. m.w.N.), denn dieses Urteil entfaltet schon keine Bindungswirkung (st. Rspr.; vgl. etwa *BGH*, Beschl. v. 9.3.2010 – 4 StR 640/09, NStZ 2010, 529; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, Einl. Rn. 170 m.w.N.).
- ²⁷ b) Entgegen der in der Revisionsrechtfertigung vertretenen Auffassung lässt auch die an allgemeinen Grundsätzen zu bemessende Würdigung der *Strafkammer*, die Angeklagte habe zu den genannten Haupttaten Beihilfe geleistet, Rechtsfehler nicht erkennen. Im Einzelnen:
- ²⁸ aa) Hilfe im Sinne von § 27 StGB leistet – bei Erfolgsdelikten wie den hier in Rede stehenden – derjenige, der eine Handlung begeht, welche die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert.

tert. Es ist nicht erforderlich, dass sie für den Eintritt dieses Erfolgs in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird (st. Rspr.; vgl. etwa *BGH*, Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, BGHSt 64, 10 [31]; Beschl. v. 21.4.2020 – 4 StR 287/19, BGHR, StGB, § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 37 Rn. 15; v. 28.7.2020 – 2 StR 64/20 Rn. 7 jeweils m.w.N.). In zeitlicher Hinsicht kann Beihilfe schon im Vorbereitungsstadium der Tat geleistet werden, und zwar selbst zu einem Zeitpunkt, in dem der Haupttäter zur Tatbegehung noch nicht entschlossen ist; auch noch nach Vollendung der Tat bis zu deren Beendigung ist sie möglich (vgl. *BGH*, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, BGHSt 61, 252 [257 f. m.w.N.]). Als physische Beihilfe kommt jede Art von Tätigkeit in Frage, die nicht ihrerseits Täterschaft ist, ohne dass es auf deren Gewicht im Verhältnis zur Haupttat ankommt (vgl. *BGH*, Urt. v. 16.11.2006 – 3 StR 139/06, NJW 2007, 384 [389]; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 27 Rn. 49 m.w.N.). In der Form der sogenannten psychischen Beihilfe kann die Tat auch dadurch objektiv gefördert werden, dass der Haupttäter ausdrücklich oder auch nur konkludent in seinem Willen zur Tatbegehung – sei es auch bereits in seinem Tatentschluss – bestärkt wird (vgl. etwa *BGH*, Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, BGHSt 64, 10 [31 m.w.N.]).

²⁹ Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die strafrechtliche Bewertung von Handlungen in Rede steht, die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen vorgenommen werden. Bei ihrer Anwendung dürfen nach der neueren Rechtsprechung des *BGH* jedoch die Besonderheiten nicht außer Betracht bleiben, die sich bei einer Tatserie wie dem systematischen Völkermord an den europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland in tatsächlicher Hinsicht daraus ergeben, dass an jeder einzelnen bei dessen Verwirklichung begangenen Mordtat einerseits eine Vielzahl von Personen in politisch, verwaltungstechnisch oder militärisch-hierarchisch verantwortlicher Position ohne eigenhändige Ausführung einer Tötungshandlung beteiligt war, andererseits aber auch eine Mehrzahl von Personen in Befolgung hoheitlicher Anordnungen und im Rahmen einer hierarchischen Befehlskette unmittelbar an der Durchführung der einzelnen Tötungen mitwirkte. Dies ist bei der rechtlichen Bewertung von Handlungen eines lediglich als Tatgehilfe in Betracht kommenden Beteiligten in den Blick zu nehmen und zu prüfen, ob dessen Handlungen die Tathandlung zumindest eines der an dem Mord täterschaftlich Mitwirkenden im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB gefördert haben (vgl. zu alledem eingehend *BGH*, Beschl. v. 20.9.2019 – 3 StR 49/16, BGHSt 61, 252 [258 f.]).

³⁰ Der *Senat* schließt sich dieser neueren Rechtsprechung des *BGH* an; er ist an sie in ihren tragenden Entscheidungsteilen zudem gebunden (vgl. § 132 Abs. 2 GVG). Auf ältere Rechtsprechung des *BGH*, etwa das mehrfach auch in der Hauptverhandlung erwähnte Urteil des 2. *Strafsenats* (Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67, auszugsweise abgedruckt in NJW 1969, 2056), in dem dieser *Senat* ausgeführt hat, es sei „nicht zugänglich“, dass „jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationsla-

gers Auschwitz eingegliedert war und dort irgendwie anlässlich dieses Programms tätig wurde, sich objektiv an den Morden beteiligt hat und für alles Geschehene verantwortlich“ zu machen sei, kommt es danach nicht mehr entscheidend an. Es kann deshalb auch offenbleiben, ob der zitierte Beschluss des 3. *Strafsenats* zu dieser älteren Entscheidung, die für die in der Folgezeit fehlgeleitete Verfolgungspraxis zumindest mitursächlich war (vgl. *Rommel*, NStZ 2017, 161 [162]; *Kurz*, ZIS 2013, 122 [124 f.]; kritisch dazu *Roxin*, JR 2017, 88 [89 f.]), in Widerspruch stand oder ob der *Senat* von dieser Rechtsprechung heute abweichen würde. Im Übrigen liegt ein Fall, in dem die Angeklagte bloß „irgendwie“, also ohne konkreten Bezug zu den Haupttaten, für „alles Geschehene“ im Konzentrationslager Stutthof verantwortlich gemacht wird, ersichtlich nicht vor (vgl. dazu im Folgenden ab bb).

³¹ Nach der neueren Rechtsprechung ist auf die generell geltenden, allgemeinen Grundsätze zur Beihilfesträufbarkeit abzustellen (vgl. zu diesem Ansatz auch *Rommel*, NStZ 2017, 161 [162]); danach kommt es in rechtlicher Hinsicht nicht darauf an, ob die festgestellte Hilfeleistung in einem „Vernichtungslager“, einem Konzentrationslager oder einem anders bezeichneten und ausgestalteten Lager erbracht wurde (vgl. zur Irrelevanz der Unterscheidung nach Lagerarten auch *Baun*, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, 2019, S. 381 ff.). Ebenso wenig ist rechtlich für sich genommen von Bedeutung, ob die zu beurteilenden Handlungen – wie in früheren Entscheidungen – von Wachpersonal begangen wurden, oder – wie hier – von einer Zivilangestellten der SS. Vielmehr sind nach allgemeinen Grundsätzen die Haupttaten und die diese gegebenenfalls fördernden Handlungen des Gehilfen in jedem Einzelfall in den Blick zu nehmen, wobei freilich eine nach Tagesereignissen fragmentierte Betrachtungsweise (vgl. dazu *Kurz*, ZIS 2013, 122 [123]) nicht geboten ist.

³² bb) Es begegnet keinen Bedenken, dass das *LG* davon ausgegangen ist, die Angeklagte habe durch ihre Tätigkeit als einzige Stenotypistin im Geschäftszimmer der Abteilung I, das unmittelbar beim Lagerkommandanten und dessen Adjutanten zuarbeitete, und die insoweit erbrachte Bearbeitung des Schriftverkehrs körperliche Beihilfe zu allen Haupttaten geleistet. Diese Tätigkeiten waren für die Ermöglichung der Tatausführung relevant, weil die Bearbeitung von Schriftverkehr, welcher zur Organisation und Durchführung der zahlreichen Tötungen – die nicht auf spontanem, zufälligem oder vereinzeltem Handeln, sondern auf zahlreichen administrativen Vorgängen und umfangreicher Kommunikation der Beteiligten beruhten – in der organisierten, behördengleichen Verwaltungsstruktur des KZ-Systems zwingend erforderlich war. Dass die Angeklagte einen Großteil der dienstlichen Korrespondenz nach außen und der Kommandanturbefehle nach innen in der beschriebenen Art und Weise als Diktat in Stenografie umsetzte und anschließend mit der Schreibmaschine verschriftete, hat das *LG* rechtsfehlerfrei festgestellt und in der Beweiswürdigung belegt. Dies konnte es insbesondere auch daraus schließen, dass die Angeklagte die einzige Stenotypistin, zudem ohne längere Abwesenheit und mit intensiven Arbeitszeiten, im Geschäftszimmer der Lagerleitung war. Nach diesen rechtsfehlerfrei getroffenen

Feststellungen unterstützte die Angeklagte den Lagerkommandanten und den Adjutanten bei der Erledigung und Abfassung sämtlichen, das Lager betreffenden Schriftverkehrs, der auch die Korrespondenz mit Bezug zu allen dargestellten Haupttaten umfasste.

- ³³ Dass das *LG* mangels Ab-Verfügungen oder Handzeichen nicht hat feststellen können, welche der tatrelevanten Schriftstücke von der Angeklagten geschrieben wurden, führt zu keiner anderen Bewertung, insbesondere entfällt damit nicht die Bedeutung der die Haupttäter objektiv und körperlich unterstützenden Tätigkeit der Angeklagten im Geschäftszimmer der Abteilung I. Denn auch wenn aus diesem Grund die Bearbeitung des Schriftverkehrs durch die Angeklagte, die – entgegen der Auffassung der Verteidigung – auch die Vorlage und weitere Bearbeitung der eingehenden Post umfasste, einzelnen Haupttaten nicht zweifelsfrei zugeordnet werden kann, ist die Überzeugungsbildung der *Strafkammer*, die Angeklagte habe den Haupttätern in einer Vielzahl von Fällen bei der für die Begehung der grausamen Morde notwendigen Vorbereitung, Organisation und Abwicklung geholfen, rechtsfehlerfrei.
- ³⁴ Soweit die Verteidigung in diesem Zusammenhang ausführt, die festgestellten Tätigkeiten der Angeklagten hätten keinen direkten Bezug zu den Mordtaten gehabt, ist dies angesichts der etwa die Organisation der sogenannten Vernichtungstransporte nach Auschwitz-Birkenau oder die Beschaffung von Materialien für die Tötungen mit Zyklon B betreffenden Korrespondenz sowie der lagerinternen Befehle, die zumindest auch die Aufrechterhaltung der lebensfeindlichen Umstände im Konzentrationslager Stutthof betrafen, nicht nachvollziehbar. Auch wenn eine Zuordnung zu einzelnen Schriftstücken nicht möglich sein mag, musste sich die *Strafkammer* angesichts des Umstands, dass die Angeklagte den Großteil der dienstlichen Korrespondenz des Lagerkommandanten bearbeitete, nicht mit der bloß theoretischen Möglichkeit befassen, dass sie kein einziges der einen solchen Bezug zu den Mordtaten aufweisenden Schriftstücke bearbeitet haben könnte. Insoweit entsprach die Beweislage derjenigen in Fällen der – zulässigen – Verurteilung aufgrund wahldeutiger Tatsachengrundlage (vgl. *BGH*, Beschl. v. 24.5.2022 – 5 StR 464/21, NStZ-RR 2022, 308 [309 m.w.N.]).
- ³⁵ cc) Die *Strafkammer* hat zudem zu Recht ausgeführt, dass die Angeklagte die Haupttäter auch in psychischer Hinsicht bei der Durchführung sämtlicher ihr zugerechneter Taten unterstützte, indem sie der Lagerleitung, mit der sie während ihrer gesamten Dienstzeit vertrauensvoll zusammenarbeitete, in der beschriebenen Art und Weise als zuverlässige und gehorsame Untergebene zur Verfügung stand und durch ihre Tätigkeit fortwährend die Aufrechterhaltung des Betriebs des Konzentrationslagers und das Gefangenhalten der Inhaftierten absicherte. Ihre Mitarbeit an der zentralen Schnittstelle des Lagers, an der sämtliche relevanten Entscheidungen und damit auch jene betreffend die Tötung von Gefangenen getroffen wurden, war für die Lagerleitung in der Erfüllung ihrer Tätigkeit von essenzieller Bedeutung bei der Umsetzung der Ziele, die im Konzentrationslager Stutthof verfolgt wurden, namentlich das Gefangenhalten von Menschen, die zwangsweise Ausnutzung ihrer Arbeitskraft und die Ermordung der aus Sicht der „Rassenideologie“ des NS-Regimes „wertlosen Volksschädlinge“.
- ³⁶ Soweit die Revision diese Würdigung angreift und die Auffassung vertritt, die Feststellungen würden eine psychische Beihilfe nicht tragen, verkennt sie die oben dargelegten tatsächlichen Besonderheiten. Das *LG* hat im Blick gehabt, dass zu den hier verfahrensgegenständlichen Mordtaten Mittäter auf mehreren Ebenen in unterschiedlichsten Funktionen sowie mit verschiedensten Tathandlungen zusammenwirkten. Es hat folgerichtig geprüft, ob die Handlungen der Angeklagten die Tathandlung zumindest eines der an dem Mord täterschaftlich Mitwirkenden im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB gefördert haben und dies – jedenfalls den Lagerkommandanten und seinen Adjutanten betreffend – bejaht; dies genügt. Deshalb ist es ohne Bedeutung, ob – was die Revision in Abrede stellt – die für die Tötungen in Auschwitz-Birkenau Verantwortlichen durch die gehorsame und untergebene Dienstleistung der Angeklagten in ihrem Tatentschluss bestärkt wurden. Aus dem gleichen Grund kommt es auch nicht darauf an, ob hier – anders als in der zitierten Entscheidung des *BGH* v. 20.9.2016 (3 StR 49/16, BGHSt 61, 252 zur „Ungarn-Aktion“) – ein direkter Bezug der Tätigkeit der Angeklagten zu der Anordnung bestimmter Tötungsaktionen durch die nationalsozialistischen Machthaber und die führenden SS-Funktionäre hergestellt werden kann. Denn schon ihre festgestellte Unterstützung und Förderung des tatbezogenen Handelns des Lagerkommandanten, dem sie während ihrer rund zweijährigen Beschäftigung im Konzentrationslager auch insoweit vertrauensvoll, beständig und zeitlich intensiv zuarbeitete, ist geeignet, die Verurteilung wegen Beihilfe zu tragen. Das *LG* musste sich deshalb mit etwaigen Abweichungen der Sachverhaltskonstellation zwischen dem vorliegenden und dem der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrundeliegenden Fall in den Urteilsgründen nicht näher befassen.
- ³⁷ dd) Das *LG* hat schließlich auf der Grundlage einer umfassenden und eingehenden Beweiswürdigung mit rechtsfehlerfreier Begründung das Vorliegen des erforderlichen doppelten Gehilfenvorsatzes bei der Angeklagten bejaht. Sie nahm die vorsätzliche und rechtswidrige Begehung der grausamen Morde durch die von ihr unterstützten Haupttäter billigend in Kauf und förderte deren Handeln – insbesondere dasjenige des Lagerkommandanten und des Adjutanten – wissentlich und willentlich. Hierzu hat die *Strafkammer* – wie aus den oben referierten Ausführungen ersichtlich – detaillierte Feststellungen zu dem die unterschiedlichen Tötungsarten betreffenden Kenntnisstand der Angeklagten getroffen und diese Feststellungen jeweils beweiswürdigend unterlegt.
- ³⁸ Soweit die Revisionsbegründung diese Beweiswürdigung angreift, zeigt sie Rechtsfehler nicht auf, sondern nimmt im Ergebnis lediglich – zudem teilweise auf der Grundlage von urteilsfremdem, als allgemeinbekannt bezeichne-

tem Vorbringen – eine eigene Würdigung der Beweisergebnisse vor; damit kann sie im Revisionsverfahren nicht durchdringen.

³⁹ ee) Schließlich steht der Bewertung der Tathandlungen der Angeklagten als strafbare Beihilfe auch nicht die Rechtsprechung des *BGH* zu sogenannten (berufstypisch) neutralen Handlungen mit „Alltagscharakter“ (vgl. etwa *BGH*, Urt. v. 8.3.2001 – 4 StR 453/00, BGHR, StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 22 m.w.N.; v. 22.1.2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176 [178 m.w.N.]; Beschl. v. 26.1.2017 – 1 StR 636/16, NStZ 2017, 461 f. jeweils m.w.N.) entgegen. Danach gilt:

⁴⁰ (1) Wird strafbares Verhalten nach den dargelegten Grundsätzen gefördert, kann dies grundsätzlich auch durch äußerlich neutrale, berufstypische Handlungen geschehen. In diesen Fällen bedarf es aber einer bewertenden Betrachtung im Einzelfall (*BGH*, Urt. v. 18.6.2003 – 5 StR 489/02, NJW 2003, 2996 [2999]) zur Begrenzung von strafbarem Beihilfeunrecht bei Verhaltensweisen, die der Hilfeleistende jedem anderen in der Lage des Täters gegenüber ebenfalls vorgenommen hätte, weil er mit seiner Handlung – im Vorhinein (auch) – tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich als solche nicht missbilligte Zwecke verfolgte (vgl. *BGH*, Urt. v. 22.1.2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176 [178]).

⁴¹ Hierzu hat der *BGH* in ständiger Rechtsprechung folgende Grundsätze aufgestellt:

⁴² Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag in jedem Fall als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter nicht mehr als sozialadäquat anzusehen (*BGH*, Urt. v. 22.1.2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176 [178]). Das Merkmal der „Ausschließlichkeit“ betrifft den sogenannten deliktischen Sinnbezug (vgl. *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, S. 146 ff., 159 ff.) und damit in objektiver Hinsicht die Frage, ob durch den Beitrag des Gehilfen das konkrete strafbare Verhalten des Haupttäters gefördert wurde (vgl. *BGH*, Urt. v. 22.1.2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176 [178]).

⁴³ Hat die geförderte Handlung nicht ausschließlich deliktische, sondern auch legale Bestandteile, wird dadurch eine strafbare Beihilfe ausgeschlossen, wenn sich der Beitrag des Gehilfen auf die legalen Bestandteile beschränkt (vgl. *BGH*, Urt. v. 8.3.2001 – 4 StR 453/00, BGHR, StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 22). Es fehlt dann der deliktische Sinnbezug, weil der Beitrag des Gehilfen auch ohne das strafbare Handeln des Täters für diesen sinnvoll bleibt, der Gehilfe mithin zwar den Täter, nicht aber unmittelbar dessen strafbares Tun durch seinen Beitrag unterstützt (vgl. *BGH*, Urt. v. 22.1.2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176 [178]).

⁴⁴ Aus subjektiven Gründen kommt eine Einschränkung der Strafbarkeit der Beihilfe in Betracht, wenn der Hilfeleistende nicht weiß, wie der von ihm geleistete Beitrag vom

Haupttäter verwendet wird, und er es zwar für möglich hält, dass sein Handeln zur Begehung einer Straftat genutzt wird, er aber aufgrund des Alltagscharakters seines Tuns darauf vertrauen darf, dass dies nicht geschieht. Anderes gilt allerdings wiederum, wenn das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des unterstützten Haupttäters derart hoch war, dass der Gehilfe sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (*BGH*, Urt. v. 22.1.2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176 [178 m.w.N.]; Beschl. v. 26.1.2017 – 1 StR 636/16, NStZ 2017, 461 f. m.w.N.).

⁴⁵ (2) Nach diesen Maßgaben kommt – wie schon das *LG* zutreffend angenommen hat – eine straflose Mitwirkung der Angeklagten nicht in Betracht. Die von ihr unterstützten Haupttäter handelten mit dem Betrieb der Konzentrationslager jedenfalls in der Tatzeit ausschließlich verbrecherisch, indem sie die Lagerinsassen unter menschenunwürdigen und lebensfeindlichen Bedingungen gefangen hielten, bis zu dem hierdurch bewirkten vorzeitigen Tod zwangsweise ihre Arbeitskraft ausnutzten und so aus Sicht der „Rassenideologie“ des NS-Regimes „wertlose Volksschädlinge“ ermordeten. Wie von der *Strafkammer* rechtsfehlerfrei festgestellt, war das Lager in das KZ-System eingegliedert, das als zentraler Grundstein bei der Umsetzung der Ermordung der europäischen Juden und anderen aus rassistischen oder sonst menschenverachtenden Gründen als „unwert“ betrachteten Lebens fungierte.

⁴⁶ Dabei kommt es aufgrund der festgestellten, schon zu Beginn der Tätigkeit der Angeklagten bestehenden und ihr positiv bekannten katastrophalen Lebensbedingungen für die Gefangenen in dem Konzentrationslager Stutthof nicht darauf an, dass diese jedenfalls zu Beginn der Tatzeit noch nicht sofort getötet werden sollten, sondern zunächst ihre Arbeitskraft noch bis zur völligen Erschöpfung ausgebeutet wurde. Denn infolge der Schaffung und bewussten Aufrechterhaltung der menschenunwürdigen und lebensfeindlichen Haftbedingungen ging es – anders als von der Revision vertreten – auch schon vor der Umwandlung in ein Vernichtungslager gerade nicht darum, die Gefangenen lediglich ihrer Freiheit zu berauben; aufgrund der Haftbedingungen führten vielmehr, wie von den Haupttätern jedenfalls billigend in Kauf genommen und der nationalsozialistischen „Rassenideologie“ entsprechend, auch der Lageraufenthalt und insbesondere die Heranziehung zur Zwangsarbeit – wenn auch gegebenenfalls mit zeitlicher Verzögerung – zur grausamen Tötung der Lagerinsassen (sogenannte Vernichtung durch Arbeit, vgl. *Baun*, a.a.O., S. 297). Dass die Haupttäter insoweit nach den Urteilsgründen lediglich mit bedingtem Tötungsvorsatz handelten, steht der Annahme des deliktischen Sinnbezugs der Beihilfehandlungen der Angeklagten nicht entgegen. Denn bei diesem handelt es sich um ein objektives Merkmal, für das es auf eine subjektive Zwecksetzung der Haupttäter nicht ankommt (vgl. *Schmorl*, a.a.O., S. 162), insbesondere ist nicht erforderlich, dass die Haupttäter mit Tötungsabsicht handelten. Gleiches gilt, soweit die Haupttäter die Häftlinge unter lebensfeindlichen Bedingungen zwangen, sich auf „Todesmärsche“ zu begeben. Die Tötungen durch die Vergiftung mit Zyklon B und

durch das Verschicken auf sogenannte Vernichtungstransporte nach Auschwitz-Birkenau waren von den Haupttätern schließlich nach den Feststellungen des *LG* beabsichtigt.

- ⁴⁷ Die Angeklagte wusste nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen, dass die von ihr unterstützten Haupttäter in der aufgezeigten Weise verbrecherisch handelten und ihr war bewusst, dass sie sie durch ihre Tätigkeit unterstützte. Es trifft damit entgegen der Annahme der Revision nicht zu, die *Strafkammer* habe bei der Angeklagten lediglich bedingten Vorsatz festgestellt. Einzig auf der voluntativen Ebene hat das *LG* (mindestens) eine billigende Inkaufnahme der Morde durch die Angeklagte angenommen. Auf kognitiver Ebene ist es hingegen durchweg von positiver Kenntnis der Angeklagten ausgegangen. Es erschließt sich angesichts dessen entgegen dem Revisionsvorbringen auch nicht, wie die Angeklagte angenommen haben könnte, mit ihrer Tätigkeit lediglich einen von dem strafbaren Tun der Haupttäter ablösbaren Beitrag zu leisten.
- ⁴⁸ (3) Im Ergebnis liegen damit die Voraussetzungen vor, unter denen nach der genannten Rechtsprechung das Handeln des Hilfeleistenden – hier der Angeklagten – den „Alltagscharakter“ verloren hatte und es als „Solidarisierung“ mit den Haupttätern zu deuten und deshalb nicht mehr als sozialadäquat anzusehen war. Der deliktische Sinnbezug zu den von den Haupttätern begangenen grausamen Morden war durchweg gegeben; die Angeklagte beschränkte sich – auch wenn sich der Schriftverkehr vereinzelt etwa auf die Bestellung unverfänglicher Güter bezogen haben mag – eben nicht auf Handlungen, die unabhängig von den Straftaten der KZ-Betreiber sinnvoll und nötig waren (vgl. dazu etwa *Roxin*, JR 2017, 88 [89]).
- ⁴⁹ Der *Senat* muss deshalb nicht mehr der Frage nachgehen, ob in Fällen wie dem vorliegenden, in denen es um eine Tätigkeit in einem Konzentrationslager im Zusammen-

hang mit dem – hier – millionenfachen Mord geht, überhaupt Verhaltensweisen denkbar sind, mit denen ein Gehilfe im Sinne der aufgezeigten Grundsätze zur Beihilfe- strafbarkeit neutraler Handlungen tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich als solche nicht missbilligte Zwecke verfolgt (dagegen etwa *Werle/Burghardt*, in: FS Beulke, 2015, S. 339 [349, 351 f.], die davon ausgehen, neutrale Handlungen kämen für das Lagerpersonal von Konzentrationslagern nicht in Betracht; gegen einen generellen Ausschluss der Grundsätze der neutralen Handlungen auf Beihilfe zu nationalsozialistischen Gewaltverbrechen und für eine Prüfung nach allgemeinen Grundsätzen aber etwa *Baun*, a.a.O., S. 383; *Roxin*, a.a.O.).

- ⁵⁰ 3. Das *LG* hat die Schuld der Angeklagten zu Recht bejaht. Insbesondere hat es mit rechtsfehlerfreier Würdigung ausgeschlossen, dass die strafrechtliche Verantwortung der Angeklagten nach § 47 MilStGB in der Fassung vom 10.10.1940 entfallen sein könnte, weil sie von Beginn ihrer Tätigkeit an erkannte, dass die ihr erteilten Befehle dazu dienten, die auch von ihr als verbrecherisch erkannten Mordtaten zu begehen (vgl. hierzu *BGH*, Beschl. v. 17.6.2004 – 5 StR 115/03, BGHSt 49, 189 [194 f.]). Einen Verbotsirrtum im Sinne von § 17 StGB hat die *Strafkammer* ebenso verneint wie einen entschuldigenden Befehlsnotstand; Rechtsfehler lassen diese Würdigungen nicht erkennen.
- ⁵¹ 4. Auch der Rechtsfolgenausspruch hat Bestand; Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten hat die revisionsgerichtliche Überprüfung nicht erbracht.

[...]

Bemerkungen zu BGH, Urt. v. 20.08.2024 – 5 StR 326/23

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Abstract

Das Strafverfahren beim LG Itzehoe gegen eine zur Tatzeit 18 Jahre und zur Verfahrenszeit schon über 90 Jahre alte Frau hat in Juristenkreisen und in der Öffentlichkeit für großes Aufsehen gesorgt. Der Angeklagten war Beihilfe zu zehntausendfachem Mord vorgeworfen worden. Tatsächliche Grundlage dieses Vorwurfs war ihre in den 1940er Jahren ausgeübte Tätigkeit als Schreibkraft im Büro des Lagerkommandanten des Konzentrationslagers Stutthof. Die Jugendkammer hielt die Vorwürfe für begründet und verurteilte die Angeklagte am 20.12.2022 zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.¹ Die dagegen von der Angeklagten eingelegte Revision wurde vom 5. Strafsenat des BGH durch Urteil vom 20.8.2024 als unbegründet zurückgewiesen.² Der Verurteilung liegen strafrechtliche Überlegungen zugrunde, die man zum Teil kritisch kommentieren könnte. Das betrifft in erster Linie die Qualifizierung der verfahrensgegenständlichen Tätigkeiten als Beihilfe zum Mord. Dazu soll hier nicht Stellung genommen werden. Der Verurteilung liegt nämlich in beträchtlichem Umfang das Fehlen relevanter rechtlicher Überlegungen zugrunde. Allein darauf beziehen sich die folgenden Bemerkungen.

The criminal proceedings at the District Court of Itzehoe against a woman who was 18 years old at the time of the crime and over 90 years old at the time of the trial attracted attention in legal circles and among the public alike. The defendant was accused of aiding and abetting the murders of ten thousand. The factual basis for this accusation was her work as a typist in the office of the camp commandant of the Stutthof concentration camp in the 1940s. The Juvenile Chamber of the court found the allegations to be well-founded and sentenced the accused to a juvenile sentence of two years on the 20th of December 2022, its execution being suspended on probation. The appeal lodged against the ruling by the defendant was rejected as unfounded by the 5th criminal panel of the Federal Court of Justice in its ruling of the 20th of August 2024. The conviction is based on criminal law considerations, some of which could be criticized. This primarily concerns the classification of the activities in question as aiding and abetting murder. This is not to be discussed here. Rather, the conviction is based to a considerable extent on the lack of relevant legal considerations. The following comments relate solely to this.

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

¹ LG Itzehoe, Urt. v. 20.12.2022 – 3 KLS 315 Js 15865/16 jug (im Folgenden: LG Itzehoe Rn.).

² BGH, Urt. v. 20.8.2024 – 5 StR 326/23 (im Folgenden: BGH Rn.).

³ BGH Rn. 51: „Auch der Rechtsfolgenausspruch hat Bestand; Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten hat die revisionsgerichtliche Überprüfung nicht erbracht.“

I. Einleitung

Die Verurteilung ist richtig, wenn alle dafür erforderlichen materiellstrafrechtlichen und prozessrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Mit den materiellstrafrechtlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit haben sich LG und BGH ausführlich befasst. Auf die sanktionsbezogenen Voraussetzungen wurde lückenhaft eingegangen, insbesondere wurde der jugendstrafrechtliche Akzent vernachlässigt (dazu III.).³ Überhaupt kein Thema war die Rechtsgeltungsfrage in räumlicher Hinsicht: „Ist deutsches Strafrecht auf die verfahrensgegenständliche Tat überhaupt anwendbar?“ (dazu IV.). Ebenfalls unerörtert blieben die Bedenken gegen die Zulässigkeit des Verfahrens infolge seines zeitlichen Abstands zur Tat, also die Verjährungsthematik (dazu II.).

II. Verjährung

1. Rückwirkende Anwendung des § 78 Abs. 2 StGB

Als die Angeklagte in Itzehoe vor Gericht stand, lag das Geschehen, auf das die Anklage rekurrierte, fast 80 Jahre zurück. Gegenstand des Verfahrens war die Tätigkeit der Angeklagten im Konzentrationslager Stutthof vom 1. Juni 1943 bis 31. März 1945. Die Tat wäre also verjährt, wenn sie nicht kraft Gesetzes unverjährbar wäre. Letzteres wird aus § 78 Abs. 2 StGB abgeleitet. Danach verjährt Mord nicht. Eingeführt wurde die Unverjährbarkeitsregelung durch das 16. Strafrechtsänderungsgesetz im Jahr 1979. Als die Angeklagte ihren Beruf als Sekretärin im Büro des KZ-Kommandanten ausübte, verjährte Mord nach 20 Jahren, § 67 Abs. 1 StGB a.F. Das war eine aus heutiger Sicht erstaunlich kurze Frist, machte aber vor dem Hintergrund der damals noch geltenden Todesstrafandrohung⁴ durchaus Sinn. Da § 78 Abs. 2 StGB zur Tatzeit noch nicht existierte, ist die Anwendung im Verfahren vor dem LG Itzehoe eine rückwirkende Anwendung. Das wäre im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG zu reflektieren. Damit setzt sich aber heute ersichtlich kaum jemand auseinander⁵, auch das LG Itzehoe und der BGH nicht.⁶ Allgemein begnügt man sich mit der Aussage, dass Art. 103 Abs. 2 GG auf Verfahrensrecht überhaupt oder jedenfalls dann nicht anwendbar sei, wenn es kein schutzwürdiges Vertrauen gegenüber Verschärfung prozessrechtlicher Regelungen

⁴ § 211 StGB a.F.: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, mit dem Tode bestraft.“

⁵ Wohl aber Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (2023), § 4 Rn. 38.

⁶ LG Itzehoe Rn. 474: „Die demnach niemals eintretende Verjährung der Haupttat umfasst auch die Beihilfe zu diesen.“ Im Urteil des BGH findet man zur Verjährung keine Ausführungen.

gibt.⁷ Da kein Straftäter bei Begehung der Tat darauf vertrauen könne, vor einer Bestrafung durch den Eintritt der Verjährung nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne geschützt zu werden, gelte das Rückwirkungsverbot für Vorschriften, die den Zeitpunkt des Verjährungseintritts hinausschieben oder ganz annullieren, nicht.⁸ Verjährung sei ein Verfahrenshindernis und habe auf die materiellrechtliche Qualität der Straftat keinen Einfluss. In Texten zu Grund und Rechtsnatur der Verjährung finden sich aber ernst zu nehmende Ausführungen, wonach dem Institut der Verjährung sehr wohl eine Korrespondenz zum Unrechtsgehalt der Tat immanent sei.⁹ Mit zunehmender zeitlicher Distanzierung zur Tat schwinde allmählich deren materieller Strafwürdigkeitsgehalt.¹⁰ Zudem kann man die Verschärfung des Verjährungsrechts durch Aufhebung der Verjährung oder Verlängerung einer Verjährungsfrist als ein rechtstechnisches Äquivalent zur Erhöhung der Strafdrohung verstehen. Will der Gesetzgeber z.B. einen Aufschub der Verjährung des Vergehens Diebstahl (§ 242 StGB) erreichen, kann er dies durch Verlängerung der Frist in § 78 Abs. 3 StGB oder durch Erhöhung der Strafrahmenobergrenze in § 242 Abs. 1 StGB tun.¹¹ Letzteres unterliegt zweifellos dem Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG. Gesetzgeberisches Motiv bei der Wahl der Fristverlängerungsvariante ist jedenfalls auch die Erwägung, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat so hoch ist, dass eine längere Verjährungszeit legitim ist. Der Verschärfung des Verjährungsrechts liegt also eine täterbelastende Verschärfung der materiellen Deliktsbewertung zugrunde, die wegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht rückwirkend gegen einen Angeklagten geltend gemacht werden darf. Im Jahr 1945 galt der Mord als ein Verbrechen, dessen Schwere eine Sanktionierung noch in einem Verfahren gestattet und gebietet, das erst 20 Jahre nach der Tat mit verjährungsunterbrechender Wirkung (§ 68 StGB a.F.) eingeleitet wurde. Eine zeitlich unbegrenzte Verfolgung ohne Verjährungsschranke – also wie im Fall *Irmgard Furchner* über 70 Jahre nach der Tat – wurde mit dem Strafwürdigkeitsgehalt des Mordes seinerzeit nicht in Verbindung gebracht. Auch wenn es formal hinter der prozessrechtlichen Fassade einer Verjährungsvorschrift versteckt ist: § 78 Abs. 2 StGB beruht auf einer Verschärfung der materiellen Bewertung, die nur auf künftige Taten bezogen werden darf, nicht aber rückwirkend.¹²

2. Anwendung des § 78 Abs. 2 StGB auf Beihilfe zum Mord

Der Wortlaut des § 78 Abs. 2 StGB wird allgemein dahingehend verstanden, dass nicht nur der durch aktives Tun täterschaftlich begangene Mord erfasst sei. Alle strafbaren Abwandlungen wie versuchter Mord, Mord durch Unterlassen, Anstiftung und Beihilfe zum Mord und sogar der Versuch einer Beteiligung am Mord i.S.d. § 30 StGB seien Straftaten, die gemäß § 78 Abs. 2 StGB unverjährbar sind.¹³ Obwohl es in keinem Kommentar dazu eine Begründung gibt, stellt niemand dies in Frage.¹⁴ Auch ich selbst habe bei der Erläuterung der §§ 78 ff. im Münchener Kommentar zugegebenermaßen bisher nur gedanklos abgeschrieben, was andere Autoren dazu schon vorher verlautbart haben.¹⁵ Das *LG Itzehoe* und der *5. Strafsenat* des *BGH* sahen sich nicht veranlasst, in den Gründen ihrer Urteile darzulegen, dass und wieso § 78 Abs. 2 StGB auf Beihilfe zum Mord anwendbar ist. Dabei ist die Unrichtigkeit jedenfalls im Fall der Beihilfe – sowie auch im Fall des § 30 StGB – mit Händen zu greifen. Das sich aufdrängende Argument des entgegenstehenden Gesetzeswortlauts – § 78 Abs. 2 StGB erwähnt weder „Beihilfe zum“ noch § 27 – kann von der h.M. noch souverän mit dem Hinweis darauf gekontert werden, dass das Strafgesetzbuch dort, wo es nur Worte für den Täter und täterschaftliche Strafbarkeit hat, die Teilnahmeformen Anstiftung und Beihilfe stets mitgemeint sind.¹⁶ Anerkannt ist z.B., dass § 330 b StGB auch auf „tätige Reue“ von Anstiftern und Gehilfen anwendbar ist, obwohl der Gesetzestext nur das Wort „Täter“ enthält.¹⁷ Anders ist es nur, wenn es spezielle Regelungen für Teilnahme wie § 30 StGB gibt. Dann ist die Anwendung täterbezogener Vorschriften ausgeschlossen. Versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen ist deshalb nicht nach § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar und versuchte Beihilfe zu einem Verbrechen ist überhaupt nicht strafbar, obwohl man in beiden Fällen durchaus unter „Straftat“ (§ 22 StGB) oder „Verbrechen“ (§ 23 Abs. 1 StGB) subsumieren könnte.¹⁸ Nicht widerlegbar ist jedoch das Argumentieren mit dem krassen Widerspruch, der sich aus den erheblich unterschiedlichen Schweregraden der nach h.M. von § 78 Abs. 2 StGB erfassten und von dieser Vorschrift zweifelsfrei nicht erfassten Strafbarkeitsfällen ergibt. Beihilfe hat nicht nur ein wesentlich geringeres Sanktionsniveau als täterschaftlicher Mord, sondern auch im Vergleich mit z.B. Raub oder Brandstiftung

⁷ *Gropp/Sinn*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2020), § 3 Rn. 10; *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2022), Rn. 32; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2022), Rn. 65.

⁸ *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 2 Rn. 6; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. (2024), § 4 Rn. 22; *Rosenau*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 78 Rn. 8.

⁹ In erster Linie die Habilitationsschrift „Verjährung im Strafrecht“ von *Martin Asholt*, 2016.

¹⁰ *Otto*, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. (2004), § 2 Rn. 13; im Ergebnis anders, obwohl im Ansatz ähnlich, *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 99.

¹¹ *Mitsch*, in: M. Vormbaum (Hrsg.), Spätverfolgung von NS-Unrecht, 2022, S. 249 (254).

¹² *Dannecker/Schuh*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), § 1 Rn. 428.

¹³ *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 78 Rn. 4; *Greger/Weingarten*, in: LK-StGB, Bd. 6, 13. Aufl. (2020), § 78 Rn. 6; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 78 Rn. 6; *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 78 Rn. 11.

¹⁴ *Saliger*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 78 Rn. 7.

¹⁵ Anders *Mitsch*, in: T. Vormbaum (Hrsg.), Juristische Zeitgeschichte Jahrbuch 2017, S. 426 (436 ff.); *ders.*, in: M. Vormbaum (Hrsg.), Spätverfolgung, S. 249 (251 ff).

¹⁶ Das dürfte etwa bei § 105 Abs. 3 S. 2 JGG so sein, zu dem der *BGH* eine entsprechend extensive Auslegung des Wortlauts in Bezug auf versuchten Mord vertritt, *BGH*, NJW 2020, 3537 ff.

¹⁷ *Alt*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 3. Aufl. (2019), § 330 b Rn. 5; *Ransiek*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 330 b Rn. 3.

¹⁸ *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. (2021), § 22 Rn. 16.

mit Todesfolge (§§ 251, 306 c StGB) sind die Aussagen zum Regelungsinhalt des § 78 Abs. 2 StGB nicht plausibel. Todeserfolgsqualifizierte Delikte, die im Einzelfall sogar mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden können, unterliegen der Verjährung nach Maßgabe des § 78 Abs. 3 Nr. 1 StGB. Die Beihilfe zum Mord mit einer maximalen Höchststrafe von 15 Jahren Freiheitsstrafe (§ 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB) soll hingegen nicht verjähren. Legt man das Verständnis der Rechtsprechung zum Verhältnis von Mord und Totschlag zugrunde, kann die Strafobergrenze für Beihilfe zum Mord sogar gemäß § 28 Abs. 1 StGB auf 11 Jahre und 9 Monate absinken, § 49 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 StGB. Wenn also das Regelungsmotiv für den Abschluss jeglicher Verjährung in § 78 Abs. 2 StGB dem Höchstmaß an Unrecht und Schuld korrespondiert, das den täterschaftlichen Mord auszeichnet, dann ist zwar die Nichteinbeziehung von Totschlag, Raub mit Todesfolge und anderen Verbrechen erklärbar und konsequent, nicht aber die Einbeziehung von Beihilfe zum Mord. Daran vermag auch § 78 Abs. 4 StGB nichts zu ändern.¹⁹ Diese Norm regelt eine „Frist“, die es wegen § 78 Abs. 2 StGB bei § 211 StGB nicht gibt. Allein mittels einer analogen Anwendung der Vorschrift könnte aus § 78 Abs. 4 StGB die Aussage gewonnen werden, dass die obligatorische Strafmilderung gemäß § 27 Abs. 2 S. 2 StGB nicht zu berücksichtigen ist und § 78 Abs. 2 StGB deswegen auch für die Beihilfe zum Mord gilt. Diese täterbelastende Analogie wird aber von Art. 103 Abs. 2 GG unter sagt.²⁰ Freilich ist dies umstritten und „harrt einer näheren wissenschaftlichen Durchdringung“²¹. Die Praxis der Rechtsprechung wie die Praxis der Kommentierung von StGB-Vorschriften steht also hier auf wissenschaftlich schwankendem Boden. Dass die ausstehende wissenschaftliche Durchdringung zu einem anderen Ergebnis führt als der Anwendungsbeschränkung des § 78 Abs. 2 StGB auf durch aktives Tun begangenen täterschaftlichen Mord, ist nicht zu erwarten. Nur am Rande: Im Übrigen müsste in die wissenschaftliche Befassung mit der Vorschrift auch die Option der Abschaffung des § 78 Abs. 2 StGB²² einbezogen werden.

3. Verjährung im Jugendstrafrecht, § 4 JGG

Diskussions- und erklärungsbedürftig ist die Anwendung des § 78 Abs. 2 StGB vor dem Hintergrund des Jugendstrafrechts, das in materiellrechtlicher wie verfahrensrechtlicher Hinsicht das Verfahren beherrschte. Die Angeklagte war zur Tatzeit älter als 18 und jünger als 21 Jahre. Das *LG Itzehoe* hat die Heranwachsende (§ 1 Abs. 2 JGG) gemäß § 105 Abs. 1 JGG einer Jugendlichen gleichgestellt.²³ § 78 StGB gehört zu den „allgemeinen Vorschriften“, die gemäß § 2 Abs. 2 JGG hinter speziellen Regelungen des Jugendgerichtsgesetzes zurücktreten. Soweit Verfolgungsverjährung stattfindet, erklärt § 4 JGG

(gem. § 105 Abs. 1 JGG anwendbar) die Fristen des § 78 Abs. 3 StGB für maßgeblich. Zu § 78 Abs. 2 StGB und somit zur Unverjährbarkeit ist § 4 JGG keine explizite Aussage zu entnehmen. Die Worte „wenn sie verjährt“ lassen aber ohne Weiteres die Interpretation zu, dass es nach Jugendstrafrecht keine unverjähren Straftaten gibt, zumal im Text des § 4 JGG der Vorbehalt „Soweit die Verfolgung verjährt“ (§ 78 Abs. 3 StGB) fehlt. Der Gesetzgeber hätte mit minimalem sprachlichen Mehraufwand die Geltung des § 78 Abs. 2 StGB im Jugendstrafrecht klarstellen können. Zudem geht die Verweisung auf § 78 Abs. 3 StGB für § 211 StGB nicht ins Leere, sondern zielt auf § 78 Abs. 3 Nr. 1 StGB: Mord ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht, verjährt also nach 30 Jahren. Lediglich beiläufig sei hier angemerkt, dass die Übernahme der langen Verjährungsfristen des StGB in das Jugendstrafrecht ohnehin eine gesetzgeberische Fehlleistung ist. Mit dem spezifischen Beschleunigungsgebot und dem Erziehungsgedanken sind Verjährungsfristen von zehn Jahren und mehr nicht in Einklang zu bringen. Unverjährbarkeit ist jugendstrafrechtlich indiskutabel.²⁴

III. Voraussetzungen der Jugendstrafe, § 17 JGG

1. Schädliche Neigungen

Im Jahr 2022 zu ermitteln, ob im Jahr 1945 eine junge Frau „schädliche Neigungen“ hatte, die in der Verrichtung ihrer Aufgaben als Büroschreibkraft zutage getreten sind, wäre ein von vornherein zum Scheitern verurteiltes Unternehmen. Die *Jugendkammer* hat sich erwartungsgemäß mit dieser Variante der in § 17 JGG normierten Voraussetzungen einer Jugendstrafe nicht befasst. Aber auch ohne tatsächliche Erkenntnisse über die Person der Angeklagten zu haben, stand für das Gericht fest, dass im vorliegenden Fall „schädliche Neigungen“ kein Fundament einer Jugendstrafe sein konnten. Legt man nämlich eine Definition zugrunde, wonach es sich um Störungen der Persönlichkeitsentwicklung handelt, die ohne längere Gesamterziehung die Gefahr der weiteren Begehung von nicht nur gemeinlästigen oder bagatellarischen Straftaten in sich bergen,²⁵ ist die Nichterfüllung der Voraussetzungen bei einer über 90-jährigen evident. Denn die schädlichen Neigungen müssten auch noch im Zeitpunkt der gerichtlichen Sanktionsentscheidung vorliegen.²⁶

2. Schwere der Schuld

Liegen schädliche Neigungen nicht vor oder lassen sie sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, gebietet § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG die Verhängung einer Jugendstrafe, wenn dies wegen Schwere der Schuld erforderlich ist. Hätte die Jugendkammer die von der Rechtsprechung des *BGH* – allerdings innerhalb der Senate uneinheitlich²⁷

¹⁹ Anders – ohne Begründung – Greger/Weingarten, in: LK-StGB, § 78 Rn. 6: die Herausnahme der Beihilfe zum Mord aus dem Anwendungsbereich des § 78 Abs. 2 StGB widerspreche dem Gesetz. Weder der Hinweis auf § 78 Abs. 4 noch der Hinweis auf § 12 Abs. 3 StGB begründet irgendetwas.

²⁰ Dannecker/Schuh, in: LK-StGB, § 1 Rn. 276; a.A. Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Rn. 97.

²¹ Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 5 Rn. 43a.

²² Dafür Mitsch, in: T. Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch, S. 426 (441).

²³ *LG Itzehoe* Rn. 519.

²⁴ Mitsch, in: M. Vormbaum (Hrsg.), Spätverfolgung, S. 249 (259).

²⁵ Eisenberg/Köbel, JGG, 25. Aufl. (2024), § 17 Rn. 22.

²⁶ Eisenberg/Köbel, JGG, § 17 Rn. 34; Streng, Jugendstrafrecht, 6. Aufl. (2024), § 12 Rn. 428.

²⁷ Vgl. die Entscheidung des 5. Strafsenates v. 4.6.2024 – 5 StR 205/23, NStZ 2024, 615 ff.

– seit langem und immer noch verlangte erzieherische Erforderlichkeit ernst genommen, wäre ihr eine überzeugende Begründung wohl kaum gelungen. Dass im Falle der über 90-jährigen Angeklagten irgendwelche erzieherischen Maßnahmen, die zudem unter den Bedingungen des Strafvollzuges umgesetzt werden müssten, nicht in Frage kamen, liegt auf der Hand. So vertrauten die Richter auf die Wucht der im Raum stehenden über 10.000 Todesopfer, für deren grausames Sterben die Angeklagte mitverantwortlich gemacht worden ist.²⁸ Tatsächlich ist die von der *Jugendkammer* geschlussfolgerte besondere „Gleichgültigkeit“ der Angeklagten gegenüber dem unvorstellbaren verbrecherischen Geschehen im KZ keine tatsächliche Ermittlung der „inneren Haltung, Persönlichkeit und Tatmotivation der Angeklagten“, sondern lediglich eine sprachliche Herleitung der „inneren Schuld“ aus dem „äußeren Unrecht“.²⁹ Was in der Angeklagten während 1943 bis 1945 wirklich vorging, entzieht sich einer gerichtlichen Aufklärung im Jahr 2022 und wird vielleicht sogar die Angeklagte selbst nicht mehr wissen. Indessen erscheint angesichts der Ungeheuerlichkeit der Verbrechen jede weitere Erklärung der „Schwere der Schuld“ überflüssig. Die Erwartungen der Medien und Öffentlichkeit, sind auf diese Weise leicht zu befriedigen. Kaum jemand wird dagegen Einspruch erheben. Umgekehrt hätte Verneinung der Voraussetzungen einer Strafe vermutlich Empörung und Unverständnis ausgelöst.³⁰ Allerdings darf man schon hinterfragen, ob es ein „dem Rechtsgefühl extrem widerstrebendes Ergebnis“³¹ wäre, wenn die der Angeklagten angelasteten Verfehlungen nicht mit einer Jugendstrafe geahndet worden wären.³² Dass die auf das enorme äußere Unrecht abstellende Begründung des Urteils zudem die jugendspezifischen Kriterien für die sanktionsrelevante Schuldschwere („jugendspezifische Vorwerfbarkeit“³³) deutlich verfehlt, steht auf einem anderen Blatt.³⁴ Im Übrigen erweist sich bei der Findung des richtigen Strafmaßes, dass deren gesetzliche Anforderungen unerfüllbar sind, wenn nicht bereits das „ob“ der Jugendstrafe an eine „erforderliche erzieherische Einwirkung“ geknüpft wurde.³⁵

3. Bemessung der Jugendstrafe

Spätestens die Anwendung des § 18 Abs. 2 JGG hätte den Richtern die Sackgasse aufzeigen müssen, in die sie sich mit der von jeglichem erzieherischen Impetus losgelösten Entscheidung für eine Schuldschwere-Strafe manövriert hatten. Die gesetzliche Aussage ist eindeutig und lässt keine Auslegungsakrobatik zu, mit der man bei der Bemessung einer auf § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG gestützten Jugendstrafe an der Feststellung erzieherischer Bestrafungsnotwendigkeit vorbeikäme.³⁶ Dass die Vollstreckung der verhängten Jugendstrafe zur Bewährung ausgesetzt

wurde, es also – zunächst – zu keiner vollzuglichen erzieherischen Einwirkung kommt, beseitigt das Problem nicht. Denn auch die Bewährung beinhaltet „erzieherische Einwirkung“, eben „in der Bewährungszeit“, § 21 Abs. 1 S. 1 JGG. Das mussten die Richter bei der Entscheidung für die Jugendstrafe gemäß § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG antizipieren. Eine erzieherische Einwirkung durch richterliche Weisungen und Auflagen (§ 23 JGG) und den begleitenden Bewährungshelfer (§ 24 JGG) ist im Fall der Angeklagten schlicht nicht vorstellbar.

IV. Räumlicher Geltungsbereich des deutschen Strafrechts

1. Tatort

Weder das *LG Itzehoe* noch der 5. *Strafsenat* des *BGH* hat zu der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts Stellung genommen. Dazu sah die Justiz bereits in früheren Verfahren – z.B. gegen *Oskar Gröning* – keine Veranlassung. Aber die territoriale Beziehung des verfahrensgegenständlichen Geschehens gibt dazu Anlass.³⁷ Der Ort, wo die Angeklagte ihre als Beihilfe qualifizierte Tätigkeit ausübte, war das Gelände des Konzentrationslagers Stutthof. Dieser Ort liegt heute auf dem Staatsgebiet Polens und lag vor und nach dem militärischen Überfall Nazi-Deutschlands auf dem Staatsgebiet Polens. Die Angeklagte beging ihre Tat also nicht im deutschen „Inland“, sondern im polnischen „Ausland“. Daran ändert auch nichts die akzessorische Beziehung der Beihilfe zu einer Haupttat. Zwar kann gemäß § 9 Abs. 2 StGB eine im Ausland begangene Beihilfe zu einer Inlandstat werden, wenn die geförderte Haupttat im Inland begangen wurde. Letzteres vermochte aber das *LG Itzehoe* nicht überzeugend darzulegen, weshalb der *BGH* die Beihilfetätigkeit der Angeklagten nicht zu Verbrechen des „Führers“ *Adolf Hitler* und anderer im Reichsgebiet agierender ranghoher Nationalsozialisten in Beziehung setzte, sondern zu den Haupttaten, für die der Kommandant des Konzentrationslagers Stutthof verantwortlich war.³⁸ Diese Haupttaten wurden ebenso wie die Beihilfe auf polnischem Staatsgebiet begangen. An dieser territorialen Gegebenheit änderte auch die völkerrechtswidrige militärische Besetzung Polens durch deutsche Truppen und die dadurch ermöglichte Ausübung hoheitlicher Macht durch Deutsche nichts.

2. Maßgeblichkeit polnischen Strafrechts

Die der Angeklagten vorgeworfene Beihilfe zum Mord war keine Inlandstat, sondern eine Auslandstat. Deutsches Strafrecht war nicht gemäß § 3 StGB anwendbar. Grund-

²⁸ *LG Itzehoe* Rn. 526: „Das in der von ihr verübten Beihilfetat zutage getretene äußere Unrecht ist so erheblich, dass nach den vorgenannten Maßstäben die daraus zu ziehenden Schlüsse auf die innere Haltung, Persönlichkeit und Tatmotivation der Angeklagten im Rahmen der Bestimmung des individuellen Schuldgehalts diesen als sichtbar schwer zutage treten lassen.“

²⁹ *LG Itzehoe* Rn. 527.

³⁰ Deutlich *Streng*, Jugendstrafrecht, § 12 Rn. 436.

³¹ *Streng*, Jugendstrafrecht, § 12 Rn. 436.

³² Bedenkenswerte Vorschläge zu Bestrafungs-Alternativen bei *Fahl*, in: M. Vormbaum (Hrsg.), Spätverfolgung, S. 263 ff.

³³ *Eisenberg/Köbel*, JGG, § 17 Rn. 46.

³⁴ *Eisenberg/Köbel*, JGG, § 17 Rn. 15.

³⁵ *Eisenberg/Köbel*, JGG, § 17 Rn. 59; a.A. *Streng*, Jugendstrafrecht, 6. Aufl. (2024), § 12 Rn. 437.

³⁶ *Eisenberg/Köbel*, JGG, § 18 Rn. 14.

³⁷ *Mitsch*, in: T. Vormbaum, Jahrbuch, S. 426 (438 ff.); *ders.*, in: M. Vormbaum, Spätverfolgung, S. 249 (257).

³⁸ *BGH* Rn. 24.

lage für die Anwendung deutschen Strafrechts konnte allein § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB sein. Danach muss aber die verfahrensgegenständliche Tat im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts am Tatort – das heißt nach Maßgabe des nationalen Rechts im Tatortstaat – (noch) mit Strafe bedroht sein. Das deutsche Gericht hätte also aufklären müssen, ob die Angeklagte strafbar wäre, stünde sie nicht vor einem deutschen Strafgericht, sondern vor einem polnischen Strafgericht. Nach hier für zutreffend gehaltener Auffassung gehört zum Prüfprogramm der Voraussetzung „am Tatort mit Strafe bedroht ist“ auch die Verjährung.³⁹ Zweifel an der Strafbarkeit der Beihilfe zum Mord nach polnischem Strafrecht bestehen gewiss nicht. Anders könnte es sich mit der Verjährung verhalten. Das hängt davon ab, ob das polnische Strafrecht eine dem § 78 Abs. 2 StGB entsprechende Unverjährbarkeitsregelung hat und diese auch auf Mordgehilfen anwendbar ist. Ähnlich wie in Deutschland wurde in Polen vor einem besonderen historischen Hintergrund eine Unverjährbarkeitsregelung eingeführt, um für bestimmte Straftaten eine zeitlich unbegrenzte Verfolgung und Verurteilung zu ermöglichen. Während es bei § 78 Abs. 2 StGB um die strafrechtliche Aufarbeitung von NS-Unrecht geht, dient die Unverjährbarkeit nach polnischem Strafrecht der Abrechnung mit der kommunistischen Vergangenheit dieses Landes. Unverjährbar sind danach bestimmte Verbrechen kommunistischer Amtsträger.⁴⁰ Auf von Deutschen im

Kontext des nationalsozialistischen Unrechtsregimes begangene Straftaten erstreckt sich diese Unverjährbarkeit nicht. Nach polnischem Strafrecht ist die Straftat von *Irmgard Furchner* verjährt und nicht mehr verfolgbare. Wenn somit der Staat, der stärker als alle anderen einen eigenen Strafanspruch wegen Verbrechen in Konzentrationslagern auf polnischem Boden legitim behaupten kann, auf die Anwendung seines Strafrechts verzichtet, sollte dies vom deutschen Strafrecht und von der deutschen Justiz respektiert werden. Dazu bedarf es keiner Durchbrechung von Wortlautgrenzen einschlägiger Vorschriften. Der Auslegungsspielraum des § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB trägt das Ergebnis: Was der Angeklagten in dem Strafverfahren vorgeworfen wurde, war nicht mehr „am Tatort mit Strafe bedroht“.

V. Schluss

Walter Grasnick hatte zu dem Strafverfahren gegen *Beate Zschäpe* vor dem *OLG München* bemerkt, die Angeklagte sei schon in dem Moment verurteilt gewesen, als sie den Gerichtssaal betrat.⁴¹ Die Texte, die das *LG Itzehoe* und der *5. Strafsenat* des *BGH* zur Erklärung des Verfahrensergebnisses vorgelegt haben, sind nicht geeignet, aus dem Kopf des hiesigen Verfassers den Gedanken zu vertreiben, der Angeklagten *Irmgard Furchner* könnte es ähnlich wie *Beate Zschäpe* ergangen sein.

³⁹ *Satzger*, in: SSW-StGB, § 7 Rn. 22; anders z.B. *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 7 Rn. 6.

⁴⁰ *Kulik*, in: Hochmayr/Gropp (Hrsg.), Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen, 2021, S. 367 (375).

⁴¹ *Grasnick*, myops 42 (2021), 31 (36); zust. *Mitsch*, FS Ignor, 2023, S. 313 (328).

Alina Ehlers: Die strafbewehrte Missbilligung der Tötung auf Verlangen im Sinne des § 216 StGB. Zur Zukunft einer Strafvorschrift nach dem Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2024, Verlag Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-19136-9, S. 147, Euro 64,90.

In der Tat ist § 216 StGB seit der Entscheidung des BVerfG und der Festschreibung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben in den Fokus der kriminalpolitischen Debatte gerückt. Spätestens seit dem „Zombie“-Beschluss des BGH, der ersichtlich weniger von dogmatischen Überlegungen getragen als vielmehr von dem Ringen um eine „billige“ Entscheidung bestimmt war (NJW 2022, 3021), muss man sich die Frage stellen, wie „gerecht“ die verschwommenen Grenzen zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe sind. In einem obiter dictum hält der 6. Strafsenat hierzu fest: „... es ... (ist) naheliegend, dass § 216 Abs. 1 StGB einer verfassungskonformen Auslegung bedarf, wonach jedenfalls diejenigen Fälle vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden, in denen es einer sterbewilligen Person faktisch unmöglich ist, ihre frei von Willensmängeln getroffene Entscheidung selbst umzusetzen, aus dem Leben zu scheiden, sie vielmehr darauf angewiesen ist, dass eine andere Person die unmittelbar zum Tod führende Handlung ausführt“ (a.a.O., S. 3023). Warum nun aber verfassungskonform auslegen, wenn man auch neu regeln kann? Genau ersteres ist aber die Antwort der vorliegenden Dissertation, die an § 216 StGB in seiner jetzigen Form festhalten will.

Nach einer kurzen Einführung in die Thematik beleuchtet die Verfasserin die Genese des Verbots der Tötung auf Verlangen und stellt den aktuellen Stand vor. Dies hätte für den geneigten Leser durchaus etwas ausführlicher sein können, um so das historisch gewachsene Fundament besser in die gegenwärtige gesellschaftliche Debatte einweben zu können.

Die beschriebenen Entwicklungen veranlassen Ehlers dann zu der Frage der Legitimation des (strafbewehrten) Verbots der Tötung auf Verlangen. Nach Vorstellung des zugrundeliegenden normentheoretischen Konzepts, für das sich die Freud-Schülerin auf ihren Lehrer bezieht, stellt sie heraus, dass bereits auf abstrakt-genereller Ebene des Strafgesetzes maßgeblich darauf abzustellen sei, ob eine von diesem in Bezug genommene konkrete Verhaltensnorm überhaupt einen legitimen Zweck verfolgen könne. Legitimer Zweck könne nur der in einem weiteren Sinne zu verstehende Schutz von Rechtsgütern sein. Beziehe sich dagegen das Strafgesetz auf Verhaltensweisen, die überhaupt nicht gegen eine legitimierbare Verhaltensnorm verstoßen können, weil ein legitimer Schutzzweck gänzlich fehle, so suggeriere es den falschen Anschein rechtlich missbilligten Verhaltens und stelle daher eine erhebliche Gefahr für die Freiheit der Bürger dar (S. 40).

Die Legitimation des § 216 StGB untersucht Ehlers dann im nächsten Schritt auf normentheoretischer Grundlage und erklärt § 216 StGB zum legitimen Strafgesetz (S. 51). Anschließend werden diverse Versuche der Legitimation des § 216 StGB anderer Autoren nachgezeichnet, wobei man sich die Frage stellt, warum hier der zweite Schritt vor dem ersten gemacht wird. Hätte es sich nicht angeboten, auf der Grundlage der, wie Ehlers es schreibt „verschiedenen (untauglichen) Versuche“ (S. 53) einen eigenen Vorschlag zu entwickeln, anstatt ihre Vorstellung relativ schmal auf wenigen Seiten voranzustellen?

Im nächsten Kapitel D werden die Einwilligung und das Einverständnis behandelt und zunächst deren Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand herausgearbeitet. Nachdem Funktion und Voraussetzungen von Einwilligung und Einverständnis beschrieben wurden, wird die Frage nach der Disponibilität des Rechtsguts Leben gestellt. Die Verfasserin spricht sich grundsätzlich für die Disponibilität aus, wobei auch bei verbleibenden Restzweifeln das Selbstbestimmungsrecht zu wahren sei (S. 77). In Bezug auf die Freiverantwortlichkeit werden prozedurale Regelungen zur Sicherung der Willensmangelfreiheit bereits grundsätzlich als problematisch erachtet. Sie stellen eine ernsthafte Gefahr für die effektive Realisierung des Selbstbestimmungsrechts der sterbewilligen Person dar (S. 85). Unklar bleibt aber bei diesem Vorwurf, wie dann die Freiverantwortlichkeit belastbar festgestellt werden soll.

Letztlich hätten Einwilligung und Einverständnis im Ergebnis dieselbe Funktion, nämlich dem ausgeübten Selbstbestimmungsrecht der betreffenden Person Rechnung zu tragen, so dass eine Unterscheidung nicht notwendig sei. Maßgeblich sei allein, unter welchen Umständen ein Rechtsgut als ein von einer konkreten Verhaltensnorm zu schützendes Rechtsgut anzusehen sei. Habe die Person als Rechtsgutsträger durch Ausübung des Selbstbestimmungsrechts wirksam über das Rechtsgut disponiert, so sei es nicht mehr durch eine legitimierbare Verhaltensnorm zu schützen. Wieder ganz Freud-Schülerin schlägt Ehlers daher vor, dies schon bei einer Güter- und Interessenabwägung auf der Ebene des Tatbestands im engeren Sinne zu berücksichtigen – allerdings führe auch eine andere dogmatische Einordnung zu keinem anderen Ergebnis (S. 91).

In einem Exkurs geht die Verfasserin noch auf die Patientenverfügung ein und stellt fest, dass es hier im Ergebnis auch zu keiner Sanktionierung nach § 216 StGB kommen dürfe. Dies sei strafrechtsdogmatisch mit der fehlenden Angemessenheit der konkreten Verhaltensnorm zu begründen. Das zu schützende Rechtsgut Leben werde durch

die Ausübung der Selbstbestimmungsfreiheit in Form der Patientenverfügung derart relativiert, dass eine konkrete Verhaltensnorm nicht (mehr) legitimiert werden könne (S. 96).

In Kapitel E stellt die Verfasserin dann Überlegungen zu einer Reform des § 216 StGB an. Hierfür zeichnet sie zunächst die Gründe des *BVerfG* für die Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB a.F. nach und greift auch die kritischen Stimmen der Literatur auf. Es werde deutlich, dass aufgrund dieser neuen Argumentationslinien das Verbot der Tötung auf Verlangen nicht absolut gelten könne. Allerdings könne der Selbstbestimmung sterbewilliger Personen auch unter Beibehaltung des § 216 StGB in seiner jetzigen Form Rechnung getragen werden. Auch das Urteil des *BVerfG* zeige, dass das Verbot der Tötung auf Verlangen in seiner jetzigen Form im Grundsatz durchaus Bestand haben könne (S. 109).

Im nächsten Unterkapitel werden daher die bisherigen Reformbestrebungen der Literatur bzgl. § 216 StGB zusammengetragen, bevor ein eigenes „Reformkonzept“ (S. 120) entwickelt wird. *Ehlers* hält eingangs noch einmal fest, dass sie § 216 StGB durchaus als legitimes Strafgesetz ansieht. Es lasse sich eine konkrete Verhaltensnorm zum Schutz des Rechtsguts Leben der sterbewilligen Person dadurch legitimieren, da nie mit absoluter Sicherheit gesagt werden könne, ob der Sterbewille mangelfrei gebildet und geäußert wurde. Sei aber bspw. in Ausnahmefällen wie der assistierten freiverantwortlichen Selbsttötung durch eine Pönalisierung die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts faktisch nicht mehr möglich, so wäre ein solcher Eingriff in die Rechte sterbewilliger Personen zu weitgehend und nicht mehr angemessen. Das Tötungsverlangen als Ausdruck der Selbstbestimmung negiere also den Lebensschutz insoweit, als er im Rahmen einer Abwägung mit den Gütern und Interessen sowohl

der von der in Frage stehenden konkreten Verhaltensnorm betroffenen als auch der von dieser adressierten Person zurückstehen müsse (S. 122).

Bezugnehmend auf den vom *BGH* entschiedenen „Zombie“-Fall, stuft *Ehlers* das Verhalten der Ehefrau als grundsätzlich nicht zu missbilligen ein und nimmt eine Tatbestandsreduktion vor. Es gehe um eine verfassungskonforme Handhabung des Verbots der Tötung auf Verlangen. Es bedürfe immer dann einer verfassungskonformen Auslegung, wenn es um Fälle gehe, in denen die sterbewillige Person zur Durchführung ihrer freiverantwortlich getroffenen Sterbeentscheidung faktisch nicht in der Lage sei. Diese Fälle seien vom Anwendungsbereich des § 216 StGB auszunehmen. Für mich stellt sich die Frage, ob dies nicht einer Klarstellung und insofern eines entsprechenden *de lege ferenda* Vorschlags bedürfte. Die Verfasserin sieht diesen Bedarf nicht und sieht schon jetzt die Möglichkeit einer sachgerechten und verfassungskonformen Handhabung dieses Strafgesetzes (S. 130). *Ehlers* hofft darauf, dass es zu keiner (voreiligen) Änderung der Vorschrift mit falschen Weichenstellungen im Bezug auf den Anwendungsbereich der Vorschrift kommen werde (S. 135).

Die Arbeit von *Ehlers* stellt einen weiteren Baustein der neuerlichen Diskussion um § 216 StGB dar und setzt sich für eine Beibehaltung der Vorschrift und (nur) seine verfassungskonforme Auslegung ein. Ihre Vorschläge hat sie – wenn auch an einigen Stellen etwas knapp – begründet und insofern einen weiteren kriminalpolitischen Denkanstoß geliefert. Recht zu geben ist ihr insoweit darin, dass der Gesetzgeber sicher gut daran tut, nicht vorschnell Änderungen einer über 150 Jahre alten Vorschrift anzustoßen, sondern zu überlegen, wie Selbstbestimmungsfreiheit und Lebensschutz in einen sinnvollen Ausgleich gebracht werden können.

Janick Haas: Zur Notwendigkeit und Umsetzung einer eigenständigen Strafbarkeit des Betreibens von digitalen Handelsplattformen.

Eine kritische Analyse von § 127 StGB n.F. im Lichte des Vorbereitungsstrafrechts

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2024, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-19020-1, S. 364, Euro 99,90.

Die Vorschrift des § 127 StGB wurde bereits 2021 ins Strafgesetzbuch eingefügt (BGBl. I, 3544) und war Folge einer schon länger schwelenden Debatte und eines über zwei Jahre andauernden Gesetzgebungsprozesses. Schon einführend bringt es *Haas* auf den Punkt: politische Triebfeder für die Schaffung neuer digital geprägter Strafnormen sei der (veraltete) Zuschnitt des Strafrechts auf die analoge Welt, so dass es zur Erfassung von besonderen, digitalen, strafwürdigen Verhaltensweisen neuer Regelungen bedürfe (S. 19 f.). Dieses Narrativ macht sich die Dissertation nicht zu eigen, sondern untersucht vielmehr zum einen, ob die Vorschrift überhaupt notwendig war und zum anderen, welche Anforderungen an die Umsetzung einer solchen Verbotsnorm zu stellen sind (S. 20).

Dazu werden zunächst in Kapitel 1 die Grundlagen geschaffen, indem Begriffsbestimmungen getroffen und technische Fragestellungen geklärt werden. Da die Bereithaltung von digitalen Handelsplattformen zwangsläufig mit einer auf gewisse Dauer angelegten Tätigkeit verbunden sei, müsse die Normierung der Strafbarkeit wegen Betriebs einer digitalen Handelsplattform jedenfalls als Dauerdelikt ausgestaltet sein. Für das für den Betrieb der Plattform erforderliche Maß an Eigenverantwortung kämen Personen aus den Aufgabenbereichen der technischen Administration und der Moderation der Plattform in Betracht, wobei die Eigenverantwortung untereinander abgestuft sein könne (S. 43 f.).

Das Unrecht des Betriebs einer digitalen Handelsplattform zeichne sich auf objektiver Ebene durch die Bereithaltung von Infrastruktur aus, die es den Handeltreibenden ermögliche, möglichst konfliktarm und anonym illegale Waren und Dienstleistungen weitgehend ohne geografische Grenzen in der Regel gegen ein Entgelt zu vertreiben. Erst der Betrieb der Handelsplattform mit der Intention, illegales Verhalten gerade über die Plattform jedenfalls zu fördern, zeigt den spezifischen Angriffsweg durch den Betrieb an sich auf. Die Schutzgegenstände der späteren Haupttat sowie der Vorbereitung durch den Betrieb der Plattform seien aus diesem Grund identisch. Der Betrieb einer Darknet-Plattform sei durch diesen Bezug zwangsläufig als Vorbereitungshandlung zu qualifizieren, so dass das Verhalten in Form eines Vorbereitungstatbestands sanktioniert werden müsse. Daher müsse geklärt werden, wann der Tatbeitrag des Betriebs der Plattform in so engem Zusammenhang mit der durch den Betrieb begünstigten Haupttat steht, dass eine eigenständige Bestrafung, die über ein klassisches Hilfeleisten hinaus geht, gerechtfertigt erscheine (S. 87).

Herzstück der Arbeit ist sodann Kapitel 2, das die Entstehungsgeschichte des § 127 StGB n.F. ausführlich nachzeichnet und bewertet. Dabei wird die Einführung einer eigenständigen Strafbarkeit des Betreibens kriminell ausgerichteter digitaler Handelsplattformen grundsätzlich als legitim angesehen. Allerdings stelle die öffentliche Sicherheit keinen tauglichen Schutzzweck von § 127 StGB n.F. dar. Vielmehr diene die Vorschrift dem Schutz der den jeweiligen Bezugsguten zugrundeliegenden Schutzgütern. Dieser Schutz werde im Wege eines Vorbereitungstatbestands ins Vorfeld verlagert. Die telemedienrechtliche Haftungsbeschränkung sowie deren europarechtliche Grundlage stünden nicht im Widerspruch zu einer Strafbarkeit nach § 127 StGB n.F. Allerdings werde von dem Begriff der digitalen Handelsplattform nur der entgeltliche Vertrieb von Waren und Dienstleistungen erfasst. Reine Kommunikationsformen sowie solche unentgeltlicher Art seien nicht umfasst. Der spezifische Angriffsweg des Handelsplattformbetriebs ergäbe sich aus der Bereitstellung von digitaler Infrastruktur, die dem Handel mit inkriminierten Gütern dienen soll und die Anonymität aller am Handel Beteiligten bestmöglich gewährleiste.

Der Betrieb einer digitalen Handelsplattform sei erst dann vollendet, wenn fremde Telemedien mit Handelsbezug in Eigenverantwortung zur Nutzung bereitgehalten werden und infolgedessen eine auf den Handelsabschluss gerichtete Interaktion der Nutzenden stattfinde. Mit dem Verlust der betriebsbezogenen Eigenverantwortung sei die Tat beendet. Die Schwelle zum Versuchsbeginn sei dann überschritten, wenn das erste für Betreibende fremde, auf ein Handelsgeschäft gerichtete Telemedium durch eine dritte Person auf die Handelsplattform hochgeladen werde. Allerdings müsse dieses Telemedium ein erhebliches handelsbezogenes Unrecht im Einzelfall verkörpern. Grundsätzliche Einwände gegen den Versuch einer Straftat im Vorfeld kommen dem Verfasser dagegen nicht.

Strafwürdigkeitsbegründend müsse aber der Betrieb einer Handelsplattform auf solche Straftaten gerichtet sein, die szenetypisch sind. Hierfür sei eine objektive Zweckausrichtung der Handelsplattform erforderlich, die auf einer subjektiven Widmung der betreibenden Person beruhen müsse. Diese Widmung habe zur Folge, dass bereits an die subjektive Tatseite des Grunddelikts zwangsläufig das Erfordernis eines direkten Vorsatzes zu stellen sei.

Innerhalb der Vielzahl von szenetypischen Bezugsguten seien bspw. Versuchsdelikte untaugliche Bezugsguten. Außerdem widerspräche die Erfassung eines gewerbsmäßigen Plattformbetriebs als Verhaltensform mit besonderer Unrechtsschwere dem geltenden Begriffsverständnis der Gewerbsmäßigkeit, solange lediglich der Betrieb von

einer Handelsplattform in Rede stehe. Auch eine bandenmäßige Tatbegehung könne nur für den Betrieb mehrerer Plattformen Anwendung finden.

Zudem sei aufgrund der notwendigen Anforderungen an die subjektive Tatseite des Grunddelikts die Fassung des § 127 Abs. 4 StGB in seiner jetzigen Form unangemessen und damit verfassungswidrig. Erkenne man dagegen die Strafschärfung gem. Abs. 4 als legitim an, so führe die Subsidiaritätsanordnung von § 127 Abs. 1 S. 1 a.E. StGB aufgrund der fehlenden Anwendbarkeit der Qualifikation auf die Vorbereitung besonders schwerer Verbrechen zu Wertungswidersprüchen, so dass sie gestrichen werden sollte.

Darüber hinaus müsse die abfallende Strafwürdigkeit von der Bezugs- zur Vorbereitungstat in angemessener Weise strafzumessungsrechtlich widergespiegelt werden, so dass insbesondere eine zwangsweise Verbrechensbestrafung nicht überzeugen könne.

Unabhängig von der fehlenden Legitimierbarkeit der Vorsatzqualifikation erscheine eine versuchte Beteiligung am gem. § 127 Abs. 4 StGB qualifizierten Betrieb einer Handelsplattform gem. § 30 StGB allein im Wege einer versuchten Anstiftung möglich. Es sei in diesen Fällen aber direkter Vorsatz hinsichtlich der plattformbedingten Begehung der szenetypischen Bezugstaten notwendig.

Nach diesen grundsätzlichen Thesen zu § 127 StGB geht der Verfasser in einem Exkurs der Frage nach, ob der Unrechtskern des im besonderen Teil des StGB verorteten Straftatbestands nicht ebenso im allgemeinen Teil des StGB platziert hätte werden können. Er kommt zu dem – schnellen – Ergebnis, dass die Ermöglichung von Straftaten nicht als allgemeine Beteiligungsform konstruiert werden könne. In ihrer Eigenschaft als Vorbereitungshandlung für weitere eigenständige Straftaten sei es für eine dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht werdende Bestrafung bereits in einem gedachten Versuchsstadium notwendig, dass der ermöglichende Tatbeitrag zu einem gewissen Maß an (Teil-)Verlust der Geschehensherrschaft führe. Eine vollendete Ermöglichung erfordere durch die Schaffung aller notwendigen und hinreichenden Bedingungen für nachfolgendes strafbares Verhalten einer Person nichts, was hierüber hinausgehe.

Eine Straftat könne nur dann ermöglicht werden, wenn der ermöglichende Tatbeitrag den Angriffsweg der zu ermöglichenden Bezugstat vorherbestimme. Bezugstat einer Ermöglichung durch den Betrieb einer digitalen Handelsplattform könne also nur eine solche Tat sein, die zur spezifisch anvisierten schutzgutsbezogenen Beeinträchtigung auf die Nutzung der zur Verfügung gestellten digitalen Infrastruktur angewiesen sei. Konkret bedeute dies, dass bereits der Handel über die Plattform selbst eine Straftat darstellen müsse, die selbst zu einer ausreichenden Beeinträchtigung des in Rede stehenden Schutzgutes führe. Ein vorbereitendes Verhalten an sich könne also nicht strafrechtsrelevant ermöglicht werden. Durch die Ausrichtung auf taugliche Vorbereitungstatbestände läge vielmehr eine Förderung der eigentlichen unrechtsvermittelnden Bezugstat vor. Inhaltlich maßgeblich für die Etikettierung einer Bezugstat für den illegalen Betrieb einer digitalen Handelsplattform als szenetypisch könne daher nur die Möglichkeit einer Ermöglichung der jeweiligen unrechtsvermittelnden Straftat sein.

Auch wenn § 127 StGB insgesamt – mit Ausnahmen – für verfassungsgemäß gehalten wird, so überführt der Verfasser seine Kritikpunkte de lege lata doch in einem 4. Kapitel in eigene de lege ferenda Vorschläge. Aus systematischen Gründen verortet er die Vorschrift in § 112 StGB (Abdruck des Vorschlags auf S. 302 f.) und begründet seinen konkreten Gesetzentwurf ausführlich. Er erkennt legitime legislatorische Erwägungen an und setzt diese in Bezug zu bestehenden Unzulänglichkeiten, die er in „lösungsorientierte(r) Zielrichtung“ auflösen möchte. Er sieht die Diskussion um die Ausgestaltung eines eigenständigen Verbots des Betriebs illegaler digitaler Handelsplattformen noch nicht als abgeschlossen an. Dies ist sicher richtig, zumal der Gesetzgeber Bedarf an weiteren Regelungen rund um das digitale Strafrecht erkannt hat. So hat das BMJ am 4.11.2024 einen Referentenentwurf zur Modernisierung des Computerstrafrechts auf den Weg gebracht, der allerdings nicht umgesetzt werden konnte. Illegale Handelsplattformen sind da zwar kein Thema, aber die Dynamik des Computerstrafrecht ist im Zuge fortschreitender Digitalisierung wohl kaum aufzuhalten. Bleibt zu hoffen, dass es nicht zu einer Regelungswut kommt, sondern die Modernisierung auch in der neuen Legislaturperiode maßvoll am ultima ratio Prinzip ausgerichtet wird.