

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Ass. iur. Sabine Horn
Stellv.: Alfredo Franzone

Redaktion (national)

Prof. Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion international

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 336 – 410

336 | Rechtliche und soziale Implikationen des Schlafwandels

von Dr. Kim Philip Linoh, M.Mel. und Dr. Nico Wettmann

347 | Nach der Reform ist vor der Reform – Zur Weiterentwicklung der psychiatrischen Maßregel nach § 63 StGB

von Prof. Dr. Anja Schiemann

352 | Financial crime must not pay! – Ein Gesamtüberblick der Regelungsmodelle zur Abschöpfung von Taterträgen

von Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi und Prof. Dr. Till Zimmermann

368 | Strafbarkeitslücken beim Kryptodiebstahl

von RA Diana Nadeborn und Till Rädecke

376 | Strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz vor Deepfakes

von RA Dr. Dr. Fabian Teichmann

387 | Täuschend echt, strafrechtlich relevant? Zur Regulierung von Deepfakes vor dem Hintergrund des § 201b StGB-E

von Johannes Härtlein

396 | Vertrauen statt Rechtsstaat: Die Anom-Entscheidung des BVerfG und BGH im Lichte neuer Erkenntnisse

von Alicia Althaus und Dr. Justin Samek, LL.M. (NYU)

403 | Zwischen Luftverkehr und Gefahrenabwehr – Kompetenzrechtliche Fragen der Schaffung von Befugnisnormen zur Verteidigung gegen Drohnen

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel und RA Alexandra Probst

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 411 – 427

411 | Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Verwertbarkeit von ANOM-Chatdaten als Beweismittel

BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25

420 | **ANOM-Chatdaten zur Aufklärung schwerer Straftaten verwertbar**
BGH, Urt. v. 9.1.2025 – I StR 54/25

BUCHBESPRECHUNGEN | 428 – 433

428 | **Isabel Ecker: Die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung. Eine Aufarbeitung des gescheiterten Verbandssanktionengesetzes (VerSanG) mit Neuvorschlag**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

431 | **Milan Schäfer: Artificial Intelligence und Strafrecht. Zur Leistungsfähigkeit des geltenden Strafrechts im Hinblick auf die Herstellerverantwortlichkeit bei Schädigungen durch tiefe neuronale Netze**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHT | 434 – 436

434 | **Funktion der Strafe angesichts populistischer Tendenzen – Bericht von der Tagung des Kriminalpolitischen Kreises 2025**
von Prof. Dr. Thomas Weigend

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Im Schlaf handeln? Rechtliche und soziale Implikationen des Schlafwandels

von Dr. iur. Kim Philip Linoh, M.mel. und
Dr. phil. Nico Wettmann*

Abstract

Schlafwandeln stellt ein Grenzphänomen zwischen Aktivität und Passivität, zwischen Steuerungsfähigkeit und Bewusstlosigkeit dar. Es irritiert gängige Handlungsverständnisse und stellt soziale und rechtliche Zuschreibungen zwischen Autonomie und Automatismus sowie zwischen Schuld und Unschuld infrage. Der folgende interdisziplinäre Beitrag beleuchtet die rechtlichen und sozialen Implikationen des Schlafwandels. Ausgehend von der Problematisierung des Schlafwandels im Alltag und in der gerichtlichen Praxis, der handlungstheoretischen Besonderheit des unkontrollierten und unbewussten Tuns während einer somnambulen Episode sowie der Aushandlung und Integration von Perspektiven, die das Schlafwandeln erst konstituieren, ergeben sich drei Forderungen: die Anerkennung der Möglichkeit, komplexe Handlungen im Schlafwandeln auszuführen, die Verbesserung des Wissens über Schlafwandeln und dessen Feststellung sowie die Notwendigkeit der Verständigung über soziale wie rechtliche Verantwortlichkeit und (Schutz-)Pflichten.

Sleepwalking is a borderline phenomenon between activity and passivity, between control and unconsciousness. It challenges conventional understandings of action and questions social and legal attributions between autonomy and automatism, as well as between guilt and innocence. The following interdisciplinary article examines the legal and social implications of sleepwalking. Based on the problematization of sleepwalking in everyday life and judicial practice, the action-theoretical peculiarity of uncontrolled and unconscious actions during a somnambulist episode, and the negotiation and integration of perspectives that enables to constitute sleepwalking in the

first place, three demands arise: the recognition of the possibility of performing complex actions while sleepwalking, the improvement of knowledge about sleepwalking and its diagnosis, and the need for an agreement on social and legal responsibility and (protective) duties.

I. Schlafwandeln als Grenzfall sozialer und rechtlicher Zuschreibungen

Als relevantes Phänomen findet sich Schlafwandeln seit jeher in den Abschnitten zur Handlungslehre strafrechtlicher Lehrbücher¹, von großer dogmatischer oder praktischer Bedeutung war es bislang jedoch nicht.² Das liegt unter anderem auch daran, dass sich national wie auch international nur vereinzelt Gerichtsverfahren finden lassen, in denen Schlafwandeln thematisiert wird, etwa im Zusammenhang mit Straftaten während einer (vermeintlichen) Schlafwandel-episode.³ Prominent ist etwa der Fall des Kanadiers *Kenneth Parks*, der schlafwandelnd mit dem Auto zu seinen Schwiegereltern fuhr und dort erst seinen Schwiegervater niederschlug und anschließend seine Schwiegermutter erstach. *Parks* wurde erstinstanzlich freigesprochen, weil ein nicht krankhafter Automatismus (non-insane automatism) vorlag. Diese Bewertung hat das Berufungsgericht und auch der *Supreme Court of Canada* gehalten.⁴ In Deutschland rückte zuletzt der aufsehenerregende Fall eines ehemaligen Staatsanwalts, dem der sexuelle Missbrauch seines achtjährigen Sohnes vorgeworfen wurde, die Thematik in den Blick der Öffentlichkeit. Ähnlich wie im Fall *Parks*, konzentrierte sich das Verfahren in diesem Fall nicht auf die Frage der Täterschaft, sondern auf die Schuldfähigkeit des Angeklagten. Dieser gab an, an Sexsomnia zu leiden und die Tat daher

* Dr. Kim Philip Linoh ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht (Prof. Dr. Henning Rosenau) an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Dr. Nico Wettmann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Institut für Soziologie, Fachgebiet Sozialstrukturanalyse und Konfliktsoziologie (Prof. Dr. Darius Zifonun) der Philipps-Universität Marburg. Die Autoren danken Prof. Dr. Carina Dorneck (Universität Trier) und Svenja Reinhardt (Philipps-Universität Marburg) für wertvolle Hinweise und Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

¹ Statt aller vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 54. Aufl. (2024), Rn. 151; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2020), § 5 Rn. 20; Roxin/Greco, Strafrecht AT, Bd. I, 5. Aufl. (2020), § 8 Rn. 73; Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. (2017), § 2 Rn. 6.

² Anders beispielsweise im anglo-amerikanischen Bereich, wo von „the sleepwalking defense“, also einer Verteidigungsmöglichkeit, gesprochen wird. Vgl. Horn, Boston College Law Review 46 (2004), 149; Teacher, Duquesne Criminal Law Journal 1 (2009), 127.

³ Eine Datenbanksuche bei beck-online zum Stichwort „Schlafwandeln“ förderte lediglich sechs strafrechtliche Entscheidungen zutage, bei juris finden sich fünf Entscheidungen (abgerufen jeweils am 25.6.2025); von diesen Entscheidungen sind nur zwei inhaltlich relevant, weil nur dort schlafwandlerisches Tun beim Beschuldigten zu beurteilen war. Diese beiden Entscheidungen beziehen sich auf denselben Fall. Aus dem anglo-amerikanischen Bereich vgl. beispielsweise die Entscheidungen Massachusetts v. Tirrell (1846); Fain v. Commonwealth, 78 Ky. 183 (Ky. App. 1879); R. vs. Parks (1992) 2 S.C.R. 871; State v. Falater, No. CR1997-000928-A (Ariz. App. Jul. 26, 1994).

⁴ R. v. Parks, (1992) 2 S.C.R. 871; Kroker, The Sleep of Others and the Transformation of Sleep Research, 2007, S. 417 f.; Penzel/Rätz, Die Vermessung der Seele. Geltung und Genese der Quantifizierung von Qualia, 2015, S. 129 (136); Wolf-Meyer, The Slumbering Masses: Sleep, Medicine, and Modern American Life, 2012, S. 212 f.

im Zustand des Schlafwandels begangen zu haben.⁵ Für das sachverständig beratene *LG* war dieser Einwand nicht glaubhaft belegt, sodass es den Angeklagten wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit schwerem sexuellem Missbrauch eines Kindes und sexuellem Missbrauch eines Schutzbefohlenen zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilte, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Allerdings hob der *BGH* das Urteil auf die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft hin wegen fehlerhafter Beweiswürdigung auf und verwies das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurück.⁶ Anhand dieses Falles zeigt sich deutlich die Problemstellung, der sich dieser Beitrag widmet: Schlafwandeln stellt einen Grenzfall zwischen Aktivität und Passivität, zwischen Steuerungsfähigkeit und Bewusstlosigkeit dar und irritiert damit die gängigen Verständnisse von Handlungen – soziologisch wie juristisch.

Die ICD-10-GM 2025 definiert das Schlafwandeln in F51.3 als einen „Zustand veränderter Bewusstseinslage, in dem Phänomene von Schlaf und Wachsein kombiniert sind“⁷; es wird in der medizinischen Diagnostik als Arousalstörung⁸, Aufwachstörung beziehungsweise Non-REM-Parasomnie klassifiziert. Hierbei handelt es sich um Störungen im Wechsel des Schlafzyklus zwischen Wachphase, REM-, Leicht- und Tiefschlaf. Statt eines gleichmäßigen Wechselrhythmus der einzelnen Schlafphasen, zeichnet sich Schlafwandeln durch einen plötzlichen Wechsel aus, meist von der Tiefschlafphase zur Wachphase ohne vollständiges Erwachen.⁹ Trotz dieser Klassifikation ist sich die Schlafforschung und -medizin nicht einig, worum es sich beim Schlafwandeln handelt. So sind Fragen zum Ursprung und Auslöser des Schlafwandels, zur Verbindung mit Träumen sowie zur Therapie und Heilung von Schlafwandeln weiterhin nicht abschließend geklärt.¹⁰ Auch die Diagnose von Schlafwandeln steht vor Herausforderungen: Anders als viele andere schlafmedizinische Erkrankungen, wie etwa die Schlafapnoe, lässt sich Schlafwandeln nicht direkt über eine Polysomnographie in einer Schlaflabornacht diagnostizieren, sondern benötigt zudem die Berichte und Interpretationen der Betroffenen, um den Zustand einordnen zu machen. Zugleich zeigt sich das Schlafwandeln im Labor oftmals nicht ‚von Natur aus‘. Stattdessen ist die objektive Beobachtung des

Schlafwandels mithilfe medizinischer Apparaturen im Schlaflabor häufig nur durch reaktive Trigger möglich, was der Feststellung eines nicht-reaktiven, ‚natürlichen‘ Schlafwandels entgegensteht.¹¹ Zugleich lassen die Messungen im Schlaflabor nur bedingt Rückschlüsse auf vergangene oder zukünftige Episoden zu – Arousal im Schlaflabor heißen nicht automatisch, dass bisher geschlafen wurde und fehlende Arousal im Labor lassen nicht selbstverständlich auf fehlendes somnambules Verhalten schließen. Schlafwandeln wird daher stark an der phänomenalen Selbst- und Fremdbeschreibung von irritierenden und nicht-erklärbaren Handlungen festgemacht, die als somnambule Episode gedeutet wird.¹² Allerdings sind diese Handlungen nicht immer eindeutig als somnambules Verhalten zu erkennen. Das Tun während einer Schlafwandel-episode umfasst „stereotype [...] oder komplexe [...] Handlungen“¹³ wie auch „teilweise sinnvolle Handlungen“¹⁴ und lässt sich somit in unterschiedliche Intensitätsgrade ordnen, die von unkontrolliertem Körpergeschehen wie Aufsetzen, Sprechen und Aufstehen, über komplexere Verhaltensweisen wie sportliche Aktivitäten oder Kochen bis hin zu gefährdenden Verhaltensweisen in Form von Angriffen, Selbst- wie Fremdverletzungen oder sogar sexuellen Missbräuchen und Tötungsdelikten reichen.¹⁵ Diese „Eskalationsstufen des Schlafwandels“¹⁶ sind damit sozial wie juristisch relevant. So lassen sich historisch betrachtet und in der Gegenwart – wenn auch in begrenztem Ausmaß – Gerichtsverhandlungen von schlafwandlerischen Straftaten finden, wobei Debatten zur Schuldfähigkeit beim Schlafwandeln sowie zur Verteidigungsstrategie aufkommen.¹⁷ Dabei steht übergeordnet aber immer die Aushandlung der Deutung und Zuschreibung von schlafwandlerischem Tun im Raum.

Das Schlafwandeln bricht also mit den sozialen Normen, den Routinen sowie den situativen Erwartungen, was allerdings von den Betroffenen weder bewusst gewollt noch erlebbar ist und sich oftmals einer konkreten Erinnerung entzieht. Wie unter einem Brennglas lässt sich am Schlafwandeln daher untersuchen, wie soziale und rechtliche Zuschreibungen die Grenze zwischen Autonomie und Automatismus sowie zwischen Schuld und Unschuld markieren. Der Beitrag widmet sich nun diesem Grenz-

⁵ *BGH*, HRRS 2025 Nr. 472 Rn. 1 ff.; das erstinstanzliche Urteil (*LG Lübeck*, Urt. v. 14.2.2024 – 7a KLS 559 Js 20243/19 [1/23]) ist bislang unveröffentlicht.

⁶ *BGH*, HRRS 2025 Nr. 472 Rn. 1.

⁷ Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), ICD-10-GM Version 2025, abrufbar unter: <https://bit.ly/43MnLST> (zuletzt abgerufen am 18.8.2025).

⁸ Bei Arousals handelt es sich meist um unbemerkte, aber auf der Polysomnografie sichtbare Schlafunterbrechungen in Form von Frequenzbeschleunigung oder abruptem Schlafstadienwechsel in den Wachzustand. Die Zunahme solcher Arousals kann dann zu einer gestörten Schlafarchitektur führen, vgl. *Crönlein/Galetke/Young*, Schlafmedizin 1x1. Praxisorientiertes Basiswissen. 2. Aufl. (2020), S. 16.

⁹ *Crönlein/Galetke/Young*, S. 9 ff.

¹⁰ *Crönlein/Galetke/Young*, S. 147; *Idir/Oudiette/Arnulf*, Journal of Sleep Research 31 (2022), 1–15; *Hoppe/Schredl*, Schlafwandeln. Wie kann ich damit umgehen?, abrufbar unter: <https://bit.ly/3LI1ort> (zuletzt abgerufen am 22.8.2025), S. 3; *Saletu/Saletu-Zyhlarz*, Somnologie 19 (2015), 226 (227 ff.).

¹¹ *Mayer*, in: Peter/Penzel/Peter/Peter, Enzyklopädie der Schlafmedizin, 2007, S. 1140 (1141).

¹² *Reinhardt*, in: Pöferl/Schröer/Hitzler/Kreher, Leib-Körper-Ethnographie. Erkundungen zum Leib-Sein und Körper-Haben, 2023, S. 395–405; *Wettmann*, in: Pöferl/Eisewicht/Hitzler/Kirchner/Wustmann/Schröer, Perspektivendifferenz. Zur Ethnographie des kommunikativen Handelns, 2025, S. 279–290.

¹³ *Psyhyrembel-Redaktion*, Psyhyrembel. Klinisches Wörterbuch, 269. Aufl. (2023), S. 1567.

¹⁴ *Hoppe/Schredl*, S. 2.

¹⁵ *Wetter/Klösch*, Neurotransmitter 25 (2014), 58 (59); *Saletu/Saletu-Zyhlarz*, Somnologie 19 (2015), 226; *Trajanovic/Mangan/Shapiro*, Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology 42 (2007), 1024 ff.

¹⁶ *Wettmann*, in: Benkel/Gugutzer, Extreme Körper. Eine körpersoziologische Zeitdiagnose, 2025, S. 191 (195).

¹⁷ *Wolf-Meyer*, S. 203–224; *Cartwright*, American Journal of Psychiatry 161 (2004), 1149–1158; *Organ/Fedoroff*, Current Psychiatry Reports 17 (2015), 1–8.

phänomen und fokussiert dabei auf die damit aufkommen- den Fragen und Probleme in Bezug auf Handlungsfähig- keit und -verantwortung – im soziologischen und juristi- schen Sinn. Hierfür werden zunächst die Problematisie- rung des Schlafwandels aus soziologischer¹⁸ und juristi- scher Perspektive (II.) und dann die sozialen und rechtli- chen Implikationen für Handlung und Verhaltensweisen ohne Erlebnis in Bezug auf Handlungs- und Schuldfähig- keit erörtert (III.). Anschließend geht der Beitrag auf die Aushandlungsprozesse und Perspektivenintegration ein, die Schlafwandeln als solches erst konstruieren – vom Ge- richtssaal bis zum heimischen Schlafzimmer (IV.). Letzt- lich lassen sich aus der soziologisch-juristischen Ver- schränkung drei wesentliche Forderungen herausarbeiten: die Anerkennung komplexer Handlungen während som- nambuler Episoden, die Generierung von weiterem Wis- sen über Schlafwandeln sowie Pflichten und Verantwor- tung von Schlafwandelnden (V.). Abschließend wird der Kern der Analyse zusammengefasst (VI.).

II. Problematisierung des Schlafwandels

Medizinisch wird davon ausgegangen, dass somnambule Episoden als Arousalstörungen aus dem Non-REM- Schlaf „zu erheblichem Leid oder erheblicher Beeinträch- tigung in persönlichen, familiären, sozialen, ausbildungs- bezogenen, beruflichen oder anderen wichtigen Funkti- onsbereichen führen oder ein bedeutsames Verletzungsri- siko für die Person oder andere darstellen“.¹⁹ Das Schlaf- wandeln ist damit nicht einfach nur ein medizinisches Problem, das die Betroffenen beeinträchtigt, sondern ge- rade ein gesellschaftliches Problem, weil es mannigfaltige soziale Funktionsbereiche stört. Aus soziologischer Per- spektive zeigen sich Probleme in drei Dimensionen: *Ers- tens* konfliktiert das Schlafwandeln mit den normativ-zu- geschriebenen Pflichten und den sozialen Etiketten des Schlafs, wonach Menschen grundsätzlich in der Nacht schlafen sollen. In der westlichen Gesellschaft bedeutet das: völlig zurückgezogen, im Bett liegend, abgetrennt vom aktiven Leben und ohne Störung anderer Men- schen.²⁰ In somnambulen Episoden wird diese soziale Ordnung des Schlafs gestört, indem schlafwandlerisches Tun nicht nur gegen den konsolidierten Nachtschlaf und das Nichts-Tun im Schlaf verstößt, sondern auch durch die Beeinträchtigungen von Dritten, die an der Schlafsitu-

ation teilnehmen. Insbesondere Bettpartner und Familien- mitglieder sind von diesem Verhalten betroffen und kön- nen durch das Verhalten der Schlafwandelnden nicht er- holsam schlafen. Beim Schlafwandeln handelt es sich so- mit um ein sozial deviantes Verhalten aufgrund des kör- perlich-undisziplinierten Tuns, das – auch wenn es unbe- wusst passiert – als soziales Problem und Störfaktor emp- funden wird. *Zweitens* lässt sich auf individueller Ebene die Frage nach der Handlungsfähigkeit stellen, die sich so- wohl von der des Alltags als auch der des Schlafs unter- scheidet. *Simon J. Williams* und *Nick Crossley* halten dementsprechend fest:

*„Sleepwalking and talking further complicate our picture of agency. They constitute forms of action which seem- ingly lack the reflexive self-monitoring of waking experi- ence and, indeed, its relation to the waking world. On one level these experiences serve to sharpen our sense of what it is to be an alert, wakeful agent. And yet on another they suggest that our agency is not exclusively of that kind. They complicate our sense of what agency is or is not and point to the possibility of our inhabitation and involve- ment in worlds other than the waking world“.*²¹

Den Schlafwandelnden fehlt es also an einem reflexiven Bewusstsein, das kontrolliert am Geschehen teilnimmt und auf das eigene Handeln einwirken kann. Dies führt zu unerwünschten und ungewollten Handlungsakten. Dieses „leibliche Handeln als *eigensinniges* und *widerständiges* Handeln“²² zeichnet sich also dadurch aus, dass der Kör- per eigenwillig agiert, aber trotz allem von sozialen Ver-haltensweisen und Wissensvorräten durchzogen ist. Schlafwandelnde stehen weiterhin in ihrer Welt und rich- ten ihr Verhalten – wenn auch unbewusst – danach aus. Aus diesem Grund kommt es auch zu Interaktionen mit Dritten, die unter Umständen gewalttätig verlaufen kön- nen, oder aber zu – ebenfalls möglicherweise problemati- schen – komplexen Handlungen wie Autofahren. Diese „extreme Passivität des Körpers“²³ kann von den Schlaf- wandelnden nach dem Erwachen als Widerständigkeit er- lebt werden, da „die Herrschaft über den Körper schlagar- tig verloren“²⁴ geht, sowohl im Vollzug als auch in der Wahrnehmung. Interaktional wie subjektiv erweist sich Schlafwandeln dann als Problem der Schlafwandelnden nach dem Aufwachen sowie der vom Schlafwandeln Be-

¹⁸ Die soziologische Perspektive stammt aus dem DFG-Forschungs- projekt „Schlafwandeln. Widerspenstiges Wissen zu einem liminalen Zustand“ (Projektnummer: 436267559). Empirisch umfasste die Analyse digital verfügbare Selbstberichte und Videos über Schlaf- wandeln, Schlaflaboraaufenthalte sowie Interviews mit Schlafmediz- inern und Betroffenen. Weitere Details: www.schlafwissen.net.

¹⁹ Beschreibung zu ICD11 Code 7B00, vgl. WHO, ICD-11 for Morta- lity and Morbidity Statistics, 2025-01, abrufbar unter: <https://icd.who.int/browse/2025-01/mms/en#883900763> (zuletzt abgerufen am 25.8.2025); deutsche Übersetzung aus der Entwurfs- fassung, abrufbar unter: <https://icdapi-de-prerelease.azureweb- sites.net/browse/2025-01/mms/de#151357345> (zuletzt abgerufen am 25.8.2025). Im Alltag der Betroffenen erscheint das Schlafwan- deln aber nicht zwangsläufig als Leiden und Problem, siehe hierzu: *Wettmann/Zillien*, Von Sleep Tracking bis Schlafwandeln: Wissens- soziologische Überlegungen zum Schlaf, in: *Soziopolis: Gesell- schaft beobachten*, 2025, abrufbar unter: <https://nbn-resol- ving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-103127-4> (zuletzt abgerufen am 3.9.2025).

²⁰ *Williams*, *Sociology* 41 (2007), 313 (322).

²¹ *Williams/Crossley*, *Body & Society* 14 (2008), 1 (3).

²² *Gugutzer*, Das Pathos des Sozialen. Beiträge zur Neophänomenolo- gischen Soziologie, 2023, S. 158 (Hervorhebungen im Original).

²³ *Wettmann*, in: *Benkel/Gugutzer*, S. 191.

²⁴ *Joas*, Die Kreativität des Handelns, 4. Aufl (2012), S. 249.

troffenen, die das eigensinnige Verhalten der Schlafwandelnden miterleben. Das gilt besonders dann, wenn keine eindeutige Gewissheit darüber besteht, dass es sich um Schlafwandeln handelt. Daraus ergibt sich *drittens* ein Problem der Erkennbarkeit, da sich das Schlafwandeln schwer einfangen lässt – erst mit der Zeit lernen die Schlafwandelnden und ihr Umfeld, mit dem Verhalten umzugehen – oder aber einer Einordnung bedarf, was durch gemeinsame Spurensuche und Erklärungsversuche passiert. So wenden sich etwa Betroffene häufig an entsprechende Gruppen in Online-Foren und schildern die Episoden, um eine Deutungsvorlage zu erhalten. Auch die Schlafmedizin fungiert hier als eine Möglichkeit, um Gewissheit zu erhalten. Allerdings zeigt sich, dass selbst innerhalb der Medizin das Schlafwandeln interpretationsbedürftig ist. Es ist keineswegs so, dass das Schlafwandeln einfach zu rekonstruieren ist. So berichtet ein Schlafmediziner im Interview:

„Und dann, was man dann auch macht als Arzt oder Gutachter, man kann ja einfach nur feststellen, ja, wir sehen bei diesen Menschen eine Disposition zum Schlafwandeln, das könnte schon sein. Was nun aber in der fraglichen Nacht, bei dem fraglichen Ereignis passiert ist, bleibt natürlich immer ein bisschen unklar. Da ist ja meistens kein EEG mitgelaufen. Und dann kann man eben nur so sagen, der und der und der Faktor, und das Argument spricht dafür oder spricht dagegen, dass das nun Schlafwandeln gewesen ist“.

Zwar lassen sich über Polysomnographien Arousalstörungen feststellen, aus diesen Messungen kann aber nicht automatisch und eindeutig auf das Vorliegen oder die Ausprägung von somnambulen Episoden geschlossen werden. Denn solche Störungen finden sich bei den meisten Menschen, auch ohne den Schlaf zu beeinflussen oder zu stören. Aus dem Vorliegen von Arousalstörungen kann also nicht zwingend auf Schlafwandeln geschlossen werden. Zur Diagnose sind daher weitergehende Untersuchungen im Schlaflabor erforderlich. Aber auch wenn hier ein Schlafwandeln festgestellt werden kann, so können schlafmedizinische Gutachter nicht rekonstruieren, was in der Nacht außerhalb des Schlaflabors geschehen ist. Wie ein Schlafmediziner im Interview sagt: „Aber letztendlich, ich glaube, man braucht als Gutachter viel Erfahrung, um das beurteilen zu können. Aber man hat nie die 100%ige Sicherheit“. Diese Erfahrung bildet sich unter anderem durch eine multimodale Integration verschiedener Perspektiven, die einen Rückschluss auf Schlafwandeln und schlafwandlerisches Tun ermöglichen sollen. Zur Interpretation von Verhaltensweisen als Schlafwandeln werden dabei neben objektiven Instrumenten wie der Polysomnographie, Audio- und Videoaufnahmen oder räumlichen Spuren auch subjektive Berichte und Narrationen sowie körperliche Empfindungen ausgewertet und in Beziehung gesetzt.²⁵

Diese Problemstellen wirken dann auch auf das Rechtssystem ein. Die Eigensinnigkeit des somnambulen Körpers, das Konfligieren mit Normen über das Verhalten im Schlaf sowie die Interpretations- und Aushandlungsbedürftigkeit der Diagnose ‚Schlafwandeln‘ erschweren auch die Beurteilung von juristisch relevanten Fällen. *Ers*stens stellt sich die Frage nach der (straft)rechtlichen Zurechenbarkeit des schlafwandlerischen Tuns und damit die Frage danach, ob diese Handlungen überhaupt *rechtlich relevante Handlungen* sind. *Zweitens* bringt die Unsicherheit über das objektiv nachprüfbare Vorliegen einer schlafwandlerischen Episode zum fraglichen Tatzeitpunkt Schwierigkeiten bei der strafprozessualen Aufarbeitung hervor: Ist die Behauptung, schlafgewandelt zu sein, eine bloße Schutzbehauptung? Ist eine objektiv-sachverständige Beurteilung überhaupt möglich, wenn diese auf die Aussage des potenziellen Täters angewiesen ist? Schließlich bleibt, *drittens*, die Frage, ob die stattgefundenen Verletzung juristisch folgenlos bleibt oder ob eine andere Anknüpfung für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit gefunden werden kann. Das berührt die Problematik der Täterschaft durch Unterlassen von Präventivmaßnahmen, die in einem unmittelbaren Spannungsfeld zwischen möglicher Prävention und rechtlicher Zumutbarkeit steht.

III. Handlung ohne Erlebnis – soziale und rechtliche Implikationen

Trotz aller Problematisierungen ist handlungstheoretisch klar, dass Schlafwandelnde in einer somnambulen Episode aufgrund des unbewussten und unwilligen Tuns keine Schuldzuschreibungen zu erwarten haben. Dennoch kann das somnambule Verhalten aber als peinlich gewertet werden, sofern das Schlafwandeln aus dem Privaten tritt.²⁶ Daraus ergibt sich allerdings nicht zwangsläufig die soziale Pflicht zur Ergreifung von Maßnahmen zur Kontrolle des Schlafwandeln. Nur die wenigsten Betroffenen überwachen ihr Schlafwandeln mithilfe digitaler Medientechnologien, begeben sich in medizinische Behandlung oder greifen auf sonstige Präventionsmaßnahmen zurück. Stattdessen wird Schlafwandeln von den Betroffenen oftmals nicht als Bruch alltäglicher Alltagsroutinen verstanden und bleibt daher unproblematisch.²⁷ Schlafwandelnde vertrauen dabei in einem hohen Grad darauf, dass der schlafwandelnde Körper nicht anders handelt als im Alltag. Selbst kleinere Abweichungen bleiben dabei folgenlos. So berichtet eine interviewte Schlafwandlerin etwa, dass sie zwar während einer somnambulen Episode das Hotelzimmer verlassen hat und durch das Hotel gewandelt ist. Dies führte aber nicht dazu, dass sie für zukünftige Situationen Maßnahmen ergreift, um während des Schlafwandeln sicher im Hotelzimmer zu bleiben. Das trifft aber auch nicht auf alle Schlafwandelnden zu. Gerade wenn Selbst- oder Fremdverletzungen wahrscheinlich erscheinen, stehen Interventionen im Raum. So berichtet eine weitere Schlafwandlerin im Interview etwa, dass sie nach der Geburt ihrer Tochter im Schlafzimmer

²⁵ Reinhardt, in: Pofert/Schröer/Hitzler/Kreher, Leib-Körper Ethnographie. Erkundungen zum Leib-Sein und Körper-Haben, 2023, S. 395; Wettmann, in: Pofert/Eisenwicht/Hitzler/Kirchner/Wustmann/Schröer, S. 279–290.

²⁶ Meadows/Arber/Venn/Hislop, Sleep. Body & Society 14 (2008), 75–91.

²⁷ Wettmann/Zillien, Von Sleep Tracking bis Schlafwandeln: Wissenssoziologische Überlegungen zum Schlaf, in: Soziopolis – Gesellschaft beobachten, 2025, abrufbar unter: <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssaoar-103127-4> (zuletzt abgerufen am 3.9.2025).

einen Raumtrenner zwischen Bett und Kinderbett aufgestellt hat, um nicht versehentlich dem Kind zu schaden. In einem weiteren Interview berichtet eine andere Schlafwandlerin hingegen, dass ihr Partner als Schutz fungiert, da sie, um aus dem Bett aufzustehen, über ihn steigen müsste und dieser sie davon abhalten können würde. Sie delegiert somit den Schutz auf die soziale Beziehung. Es zeigt sich also, dass es einerseits Betroffene gibt, die ihrem Körper im Schlafwandeln vertrauen und daher keine Maßnahmen zum Schutz oder zur Prävention ergreifen. Sie gehen davon aus, dass ihr Körper nicht gegen die Alltagsroutinen handelt. Andererseits finden sich Betroffene, die hier ein Misstrauen aufweisen und daher auf entsprechende Regulierungen zurückgreifen. Neben Sicherheitsbedenken stehen dabei aber auch soziale Stigmatisierungen durch peinliche Situationen zur Diskussion, wenn das Schlafwandeln nach außen tritt und andere Personen involviert werden. Handlungen ohne Erlebnis, wie sie im Schlafwandeln passieren, führen also trotz aller Passivität und Unbewusstheit zu sozialen Implikationen.

Auch juristisch scheint die Sache klar: Schlafwandeln ist keine (straft-)rechtlich relevante Handlung. Den klassischen strafrechtlichen Handlungstheorien (kausale²⁸, finale²⁹ und soziale³⁰ Handlungslehre) und auch dem natürlichen Handlungsbegriff der Rechtspraxis³¹ ist gemein, dass sie ein intentionales, willensgetragenes Verhalten voraussetzen. *Joachim Renzikowski* drückt es prägnant aus: „Handeln impliziert [...] eine Entscheidung“.³² Während bei hypnotischen und posthypnotischen Verhaltensweisen die wohl herrschende Ansicht die Handlungsqualität aufgrund der psychischen Vermittlung und Umwelthanpassung sowie der sog. Charakterschranke dieser Handlungen bejaht und die Frage auf die Ebene der Schuldfähigkeit verlagert,³³ erscheint eine auf dieser Argumentation aufbauende Bewertung des Schlafwandels verfehlt. Beim Schlafwandeln haben die Betroffenen keine bewusste Kontrolle über ihren Körper und erleben den Zustand und das Tun auch nicht bewusst. Daher fehlt es am willensgetragenen Verhalten, das Tun ist gerade der „geistigen Kontrolle des Betroffenen entzogen“³⁴, sodass alles,

was im Zustand des Schlafwandels getan wird, juristisch eine Nicht-Handlung ist.³⁵ Eine Nicht-Handlung ist aber schon kein tauglicher Anknüpfungspunkt für den Vorwurf tatbestandlichen Verhaltens.³⁶ Diese fundamentale dogmatische Tatsache scheint das *LG Lübeck* im eingangs erwähnten Fall nicht hinreichend berücksichtigt zu haben. Ausweislich der revisionsgerichtlichen Entscheidung hat das *LG* die wesentlichen Probleme in der Beurteilung der Schuldfähigkeit gesehen.³⁷ Diese ist aber – da sie auf einer anderen dogmatischen Ebene angesiedelt ist – nur dann relevant, wenn überhaupt der Unrechtstatbestand erfüllt ist, also ein tatbestandliches und rechtswidriges Handeln vorliegt.³⁸ Liegt hingegen – wie beim Schlafwandeln – schon keine Handlung vor, so kommt der Frage der Schuldfähigkeit keine Bedeutung zu; es ist egal, ob eine schuldfähige oder schuldunfähige Person schlafwandelt. Der *BGH* als Revisionsgericht hat sich in seiner Entscheidung ebenfalls primär auf die Beweiswürdigung bezüglich der Schuldfähigkeitsfrage beschäftigt.³⁹ Das ist aufgrund des revisionsrechtlichen Prüfungsumfangs nachvollziehbar; es überrascht aber, dass kein Hinweis auf eine mögliche Tatbestandslosigkeit des schlafwandlerischen Tuns gegeben wurde.

Im Ergebnis kann strafrechtlich nicht an das ‚eigentliche Tun‘ angeknüpft werden, welches im Zustand des Schlafwandels begangen wird: Es ist schlicht und ergreifend strafrechtlich irrelevant. Das bedeutet aber auch, dass es an einer entsprechenden Tat fehlt, die Anknüpfungspunkt für eine Bestrafung oder eine Maßregel der Besserung und Sicherung sein kann.⁴⁰ Das mutet zunächst kontraintuitiv an; denn realweltlich hat ja eine Verletzungshandlung stattgefunden, die von den Verletzten und möglicherweise auch Dritten als bewusste Handlung wahrgenommen wird. Diese Perzeption der schlafwandelnden Person als Täter steht im Widerspruch zur Einordnung des Tuns als Nicht-Handlung. Sie ist deshalb nicht eingängig, weil sie sich fundamental von den anderen Nicht-Handlungen unterscheidet. Während Bewegungen eines erkennbar schlafenden – beispielsweise das Umdrehen, welches zu einer Sachbeschädigung durch Herunterstoßen einer Sache

²⁸ v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. (1927), S. 152 ff.; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 9, 17.

²⁹ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969), § 8 I.

³⁰ v. Liszt/*Eb. Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl. (1931), S. 153; *Eb. Schmidt*, JZ 1956, 188 (190); *Engisch*, in: FS Kohlrausch, 1944, S. 141 (160); *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. (1996), § 23 VI 1; *Jeschen*, in: FS *Eb. Schmidt*, 1961, S. 139 (151).

³¹ *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer/Anstötz/Lutz*, StGB, 72. Aufl. (2025), Vorb. § 13 Rn. 7; *Eisele*, in: TK-StGB, 31. Aufl. (2025), Vorb. § 13 Rn. 37.

³² *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), Vorb. § 13 Rn. 52.

³³ *Roxin/Greco*, § 8 Rn. 73; *Eisele*, in: TK-StGB, Vorb. § 13 Rn. 39; *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, 66. Ed. (Stand: 1.8.2025), § 20 Rn. 44; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 20 Rn. 7; *Schild/Zabel* in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 20 Rn. 86 m.w.N.

³⁴ *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 156.

³⁵ *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 156; *Walter*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), Vorb. § 13 Rn. 38; *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 13. Aufl. (2021), § 9 Rn. 37; *Jescheck/Weigend*, § 23 VI. 2; vgl. auch *Eisele*, in: TK-StGB, Vorb. § 13 Rn. 39; *Kindhäuser/Zimmermann*, § 5 Rn. 20; *Freund/Rostalski*, in: Erb/Schäfer, MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. (2024), Vorb. § 13 Rn. 140: „Wer schläft, sündigt nicht“.

³⁶ *Eisele*, in: TK-StGB, Vorb. § 13 Rn. 37; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 134; *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, Vorb. § 13 Rn. 51 ff.

³⁷ *BGH*, HRRS 2025, Nr. 472, Rn. 5; die Entscheidung des erstinstanzlichen *LG Lübeck*, Urt. v. 14.2.2024 – 7a KLS 559 Js 20243/19 (1/23), ist bislang unveröffentlicht.

³⁸ *Kühl*, § 2 Rn. 2 f.; *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9 Rn. 1; *Kindhäuser/Zimmermann*, § 5 Rn. 9, § 6 Rn. 1 ff.; *Roxin/Greco*, § 8 Rn. 4; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 132 ff.; *Freund/Rostalski*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 13 Rn. 134; *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, Vorb. § 13 Rn. 1, 40, 51 f.; *Puppe/Grosse-Wilde*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger*, StGB, 6. Aufl. (2023), Vorb. § 13 Rn. 34.

³⁹ *BGH*, HRRS 2025, Nr. 472, Rn. 6 ff.

⁴⁰ Alle Maßregeln der Besserung und Sicherung knüpfen an eine strafrechtlich relevante Handlung an: §§ 63, 64, 69 und 70 StGB verlangen eine „rechtswidrige Tat“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB also eine solche die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, § 66 und 68 StGB erfordern jeweils die Verurteilung zu einer Strafe und damit eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung.

führt –, bei Reflexbewegungen, Krampfanfällen oder auch bei Bewegungen von Kleinstkindern, die noch nicht von Intention getragen sind, die Einordnung als strafrechtliches Nullum sinnvoll und nachvollziehbar erscheint, zeigt sich beim Schlafwandeln – extern betrachtet – ein Grenzfall, weil die Bewegungen der schlafwandelnden Person willensgetragen *erscheinen* und allein durch ihre eigene Aussage hin als Handlung oder Nicht-Handlung eingeordnet werden.

Andererseits bedeutet Schlafwandeln nicht, dass das Tun keine Konsequenzen hat. Zwar ist eine Anknüpfung an das eigentliche Tun im Zustand des Schlafwandeln nicht möglich, aber es kommt grundsätzlich eine Anknüpfung an das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen – nicht aber an das bloße Schlafengehen – in Betracht.⁴¹ Deshalb steht durchaus eine Bestrafung wegen eines Unterlassungsdelikts im Raum, wenn mögliche und zumutbare Sicherungsmaßnahmen unterlassen werden, die eine entsprechende Tatbegehung im Schlaf verhindern würden. Während es für ein vorsätzliches Unterlassen in der Regel am Vorsatz mangeln dürfte – vorstellbar bleibt freilich ein *dolus eventualis* durch billigende Inkaufnahme von entsprechenden Handlungen im Schlaf – kommt ein fahrlässiges Unterlassen dort in Betracht, wo eine Garantenpflicht besteht. Eine solche Konstruktion knüpft nicht an das eigentliche Schlafwandeln an, sondern an ein vorgelagertes pflichtwidriges Verhalten. Das setzt gem. § 13 StGB eine entsprechende Garantenpflicht voraus, also die Pflicht, rechtlich dafür eintreten zu müssen, dass der entsprechende Erfolg nicht eintritt. Eine solche kann sich aus verschiedenen Aspekten ergeben.⁴² Eine Beschützergarantenstellung lässt sich aus enger familiärer Beziehung gegenüber Kindern oder (Ehe-)Partnern herleiten: Gegenüber Kindern folgt sie gleichsam als Kehrseite des Sorgerechts aus der Tatsache, dass Kinder in hohem Maße auf Schutz und Beistand der Eltern angewiesen sind und sich Eigenverantwortlichkeit erst entwickelt.⁴³ Gegenüber Ehegatten oder nichtehelichen Lebenspartnern lässt sich eine Garantenstellung für Leib und Leben aus dem gegenseitigen (konkludenten) Versprechen des Beistandes und Schutzes begründen.⁴⁴ Eine solche Beschützergarantenstellung erscheint aufgrund der Sonderverbindung der Beteiligten grundsätzlich auch angemessen.

Als zweite Möglichkeit erscheint *prima facie* auch eine Sicherungsgarantenstellung, die gegenüber jedermann

gelten würde, möglich.⁴⁵ Zwei Anknüpfungspunkte kommen hier in Betracht: Einerseits ließe sich über eine Ingerenzgarantenstellung nachdenken, andererseits könnte sich der Gedanke der Herrschaft über eine Gefahrenquelle heranziehen lassen. Für die Ingerenz wäre ein pflichtwidriges Vorverhalten erforderlich.⁴⁶ An ein früheres Schlafwandeln lässt sich hier nicht anknüpfen, weil es sich dabei um eine Nicht-Handlung handelt. Selbst diejenigen, die rechtmäßiges Vorverhalten zur Begründung einer Ingerenz genügen lassen, gehen immer von einer rechtlich relevanten Handlung aus.⁴⁷ Das deckt sich auch mit dem Grundgedanken der Ingerenz; denn diese basiert darauf, dass ein früheres Verhalten zu einer möglichen und unzumutbaren Gefährdung Dritter führt, sodass diejenigen, die dafür verantwortlich sind, eine Erfolgsabwendungspflicht trifft.⁴⁸ Auf eine Nicht-Handlung lässt sich dies kaum übertragen, weil es gerade an der Verantwortlichkeit für die Herbeiführung der Gefahr fehlt. Auch eine Anknüpfung an das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen als pflichtwidriges Vorverhalten führt nicht weiter; denn die Frage, ob für den Erfolg aus dem Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen eine Einstandspflicht des Garanten besteht, kann nicht durch ebenjenes Unterlassen beantwortet werden. Wenn das Unterlassen von Präventivmaßnahmen für ein Tun im Zustand des Schlafwandeln der maßgebliche Vorwurf ist, muss die Garantenpflicht, damit ja gerade dieser Erfolg verhindert werden muss, bereits vorher und aus einer anderen Quelle begründet werden.

Erfolgversprechender erscheint eine Konstruktion über eine Parallele zur Verkehrssicherungspflicht aufgrund der Herrschaft über die Gefahrenquelle,⁴⁹ wenn man den Schlafwandelnden als Gefahrenquelle begreift, die er selbst zu kontrollieren hat. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die Verantwortlichkeit über den eigenen Körper eine genuine Verantwortung ist: der eigene Körper ist der „elementare Organisationskreis, den jeder von Natur aus besitzt“.^{50, 51} Diese wenig beachtete Frage⁵² der Verantwortlichkeit für sich selbst als Gefahrenquelle ist aber nicht nur Lehrbuchliteratur. So hat die Rechtsprechung – allerdings in Bezug auf die Fahrlässigkeit – die Verantwortlichkeit eines Epileptikers bejaht, der trotz der erkennbaren und naheliegenden Möglichkeit eines Anfalls ein Fahrzeug im Straßenverkehr führt.⁵³ Auch kam es bereits zur Verurteilung eines an Multipler Sklerose Erkrankten, der während einer Autofahrt einen Krampfanfall erlitten hatte, weil dieser mit der Erkrankung nicht

⁴¹ Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9 Rn. 41; Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, StGB, Vorb. § 13 Rn. 59.

⁴² Zur folgenden Differenzierung zwischen Beschützer- und Sicherungsgaranten (auch: Überwachergaranten) vgl. nur Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 13 Rn. 53; Gaede, in: NK-StGB, § 13 Rn. 32; Bosch, in: TK-StGB, § 13 Rn. 9 ff. Grundlegend dazu Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 283 ff.

⁴³ Gaede, in: NK-StGB, § 13 Rn. 59; Freund/Rostalski, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 175.

⁴⁴ Gaede, in: NK-StGB, § 13 Rn. 57 f.; Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 13 Rn. 97 f.; Freund/Rostalski, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 174. Auf eine institutionelle Begründung durch das Institut der Ehe kommt es dabei nicht entscheidend an.

⁴⁵ Vgl. Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 13 Rn. 16.

⁴⁶ BGHSt 25, 218 (220 ff.); 54, 45 (47); Fischer/Anstötz, StGB, § 13 Rn. 52; Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 13 Rn. 75; Bosch, in: TK-StGB, § 13 Rn. 35; über die Pflichtwidrigkeit hinaus bspw. Freund/Rostalski, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 120 ff.

⁴⁷ So stellen beispielsweise Freund/Rostalski, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 120 ff. auf „Verhaltensweisen“ ab; Gaede, in: NK-StGB, § 13 Rn. 43 f.: „Vorverhalten“.

⁴⁸ Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 21 Rn. 70; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 1200; Gaede, in: NK-StGB, § 13 Rn. 43; Kudlich, in: SSW-StGB, § 13 Rn. 23; Kühl, § 18 Rn. 91.

⁴⁹ Diese Herrschaft begründet die Gefährzuständigkeit: Kudlich, in: SSW-StGB, § 13 Rn. 30; Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 13 Rn. 56; Gaede, in: NK-StGB, § 13 Rn. 46; Kühl, § 18 Rn. 106 ff. Über den eigenen Organisationskreis begründen dies Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), 29/29 ff. sowie Freund/Rostalski, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 113 ff.

⁵⁰ Freund/Rostalski, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 113.

⁵¹ Jakobs, 29/31; Freund/Rostalski, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 113 f.; Frister, Strafrecht AT, 10. Aufl. (2023), 22/27.

⁵² Kühl, § 18 Rn. 118 a.E.

⁵³ BGH, NStZ 1984, 183 (184).

hätte fahren dürfen.⁵⁴ Erst jüngst verurteilte das *AG Berlin-Tiergarten* einen herzkranken Autofahrer wegen fahrlässiger Tötung, der aufgrund seiner Erkrankung einen Ohnmachtsanfall erlitten hatte, weil er trotz Kenntnis der jederzeitigen Möglichkeit eines solchen Anfalls das Fahrzeug geführt hatte.⁵⁵ Das zeigt, dass dem Strafrecht eine vorgelagerte Verantwortlichkeit für den Schutz anderer gegen – auch unkontrollierbares – Tun des eigenen Körpers nicht fremd ist. Auf die Tatsache, dass ein Kraftfahrzeug selbst eine Betriebsgefahr hervorruft und daher besonderer Verantwortlichkeit beim Führen unterliegt, kommt es richtigerweise nicht an, weil hier die Sonderverantwortlichkeit daraus begründet werden kann, dass der besondere und vom Subjekt selbst erkennbare Zustand des eigenen Körpers eine erhöhte Gefährdung hervorbringt.⁵⁶ Damit lässt sich festhalten, dass derjenige, der weiß, dass er an einem Zustand leidet, der naheliegenderweise eine Gefahr für andere Personen hervorbringt, auch die Pflicht hat, Präventivmaßnahmen vorzunehmen.

Die so grundsätzlich begründbare Garantenpflicht – entweder als Beschützer- oder als Sicherungsgarant – greift nicht uferlos, sondern sie ist durch das, was überhaupt möglich und zumutbar ist, begrenzt. Während die Möglichkeit all jene Maßnahmen ausschließt, die überhaupt nicht zum Erfolg führen können (beispielsweise wenn es keine wirksame Therapie für einen Zustand gibt),⁵⁷ schließt die Zumutbarkeit als ungeschriebenes Merkmal Maßnahmen aus, die die betroffene Person unverhältnismäßig belasten würden.⁵⁸ Die Zumutbarkeit muss dabei immer im Rahmen der Herkunft der Garantenpflicht betrachtet werden, weil die Pflichtenquelle die Schwelle der Zumutbarkeit beeinflussen kann.⁵⁹ So hat die Rechtsprechung beispielsweise der Schutzpflicht gegenüber dem eigenen Kind Vorrang vor dem Schutz des Ehegatten vor Strafverfolgung zugesprochen.⁶⁰ Betrachtet man den Fall des Schlafwandelnden, der während einer solchen Episode andere Personen körperlich angreift, so sind Versuche der Schlafhygiene, der medikamentösen Einstellung oder Maßnahmen, die für ein Erwachen sorgen oder aber das entsprechende Tun erschweren oder verhindern sollen,⁶¹ grundsätzlich zumutbar. Auch das Selbsteinsperren

im Schlafzimmer kann zumutbar sein, sofern es – was nicht bei allen Schlafwandelnden der Fall ist – überhaupt einen Erfolg haben kann. Unzumutbar erscheinen hingegen Maßnahmen wie eine Fixierung am Bett oder eine vollständige medikamentöse Ruhigstellung. Schließlich stellt sich bei verhaltensgebundenen Delikten die Frage, ob das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht (Modaläquivalenz).⁶² Entscheidend ist, ob das Unterlassen denselben sozialen Sinngehalt hat wie das vom Gesetzgeber im Tatbestand beschriebene Tun. Das mag man beispielsweise bei Sexualdelikten zurecht bezweifeln: Ein Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen hat schwerlich denselben Sinngehalt wie die Vornahme einer nichtkonsentierten sexuellen Handlung.

Während also ein (fahrlässiges) Unterlassungsdelikt grundsätzlich in Betracht kommt, kann beim Schlafwandeln ein Fahrlässigkeitsdelikt (ohne Unterlassen) nicht begründet werden. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Rechtsprechungsfällen im Straßenverkehr; denn in diesen Fällen lag ein aktives, willensgetragenes Verhalten vor. Beim Schlafwandeln liegt aber eine Nicht-Handlung vor, sodass es bereits an einem tatbestandlich relevanten Verhalten im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts fehlt.⁶³ Auch das Schlafengehen ist kein tauglicher Anknüpfungspunkt; denn als solches verstößt es gerade nicht gegen eine Sorgfaltspflicht. Der Sorgfaltspflichtverstoß liegt allenfalls im Unterlassen von Präventionsmaßnahmen. Wenn gleich sich schließlich ein Vergleich mit der – für sich bereits fragwürdigen – Figur der (vorsätzlichen) *actio libera in causa*⁶⁴ aus dem Bereich der Schuldfähigkeit aufdrängt,⁶⁵ kann dieser Gedanke hier nicht Platz greifen. Einerseits erscheint die Übertragung auf den Bereich von Nicht-Handlungen fraglich, weil hier bereits die bewusste Herbeiführung dieser ein Widerspruch zum nicht willensgetragenen Verhalten wäre. Andererseits wäre das einzig vollstehbare Verhalten das bewusste Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen, das letztlich eine Tatbegehung ermöglicht. Dieses ist aber – wie gezeigt – als eigenes Unterlassungsdelikt zu bestrafen. Dem Problem der Modalitätenäquivalenz entgeht auch die *actio libera in causa* im

⁵⁴ Die Urteile des *AG Offenbach* und das Berufungsurteil des *LG Darmstadt* sind nicht veröffentlicht und können aktuell nur der Presseberichterstattung entnommen werden: LTO v. 17.4.2018, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-darmstadt-ms-kranker-autounfall-toedlich-fahrlaessige-toetung-urteil-bewachung> (zuletzt abgerufen am 21.8.2025); *Schlegel*, in: Frankfurter Rundschau v. 6.1.2019, abrufbar unter: <https://www.fr.de/rhein-main/kmh-fussgaenger-ueberfahren-11017390.html> (zuletzt abgerufen am 21.8.2025).

⁵⁵ *AG Berlin-Tiergarten*, Urte. v. 27.6.2025 – 212 Ls 1/25 (unveröffentlicht), vgl. LTO vom 27.6.2025, abrufbar unter: <https://bit.ly/4qBXjW1> (zuletzt abgerufen am 21.8.2025).

⁵⁶ *Freund/Rostalski*, MüKo-StGB, § 13 Rn. 114. Gefahrenabwehrrechtlich ist der Zustand vergleichbar mit dem des Zustandsstörers.

⁵⁷ Es gilt insoweit der Rechtssatz *ultra posse nemo obligatur*. Vgl. auch *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, Vorb. § 13 Rn. 39: Verhaltensnormen dürfen nichts Unmögliches verlangen.

⁵⁸ *Haas*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 13 Rn. 29 ff.; *Bosch*, in: TK-StGB, § 13 Rn. 156; vgl. auch *BGH*, NJW 2015, 176 (177). Ähnlich, aber für eine Behandlung auf Schuldebene: *Kudlich*, in: SSW-StGB, § 13 Rn. 34; *Kühl*, § 18 Rn. 140; *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 21 Rn. 103.

⁵⁹ *Bosch*, in: TK-StGB, § 13 Rn. 156; *Stree*, in: FS Lenckner, 1998, S. 393 (407).

⁶⁰ *BGH*, NSTZ 1984, 164.

⁶¹ Als Beispiel sei auf die schon gebrachten Beschreibungen von räumlichen (Raumtrenner zwischen Bett und Kind) oder personellen (Schlafwandeln würde den Partner zwangsläufig wecken) Sicherungsvorkehrungen verwiesen.

⁶² Zur Bewirkungsäquivalenz bei reinen Erfolgsdelikten vgl. statt vieler *Kühl*, § 18 Rn. 124; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1209; *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, § 21 Rn. 88 f.

⁶³ Vgl. nur *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1118; *Kühl*, § 17 Rn. 13; s. auch *Jakobs*, 9/2 ff.

⁶⁴ Vgl. zu dieser Rechtsfigur allgemein *Roxin/Greco*, § 20 Rn. 56 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 657 ff.; *Eisele*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 17 Rn. 32 ff.

⁶⁵ Vgl. *Beck*, ZIS 2018, 204 (206 ff.); *Frister*, 18/21; krit. *Streng*, in: MüKo-StGB, § 20 Rn. 122.

sog. Tatbestandsmodell⁶⁶ nicht, weil diese Lösung bei eigenhändigen und verhaltensgebundenen Delikten an ihre Grenzen stößt.⁶⁷

IV. Aushandlung und Perspektivenintegration

Schlafwandeln berührt also in besonderer Weise die soziale und juristische Sphäre. Die Unsicherheiten, die mit dem Schlafwandeln als Anfechtung sozialer und juristischer Normen einhergehen, führen zu einem multiperspektivischen Aushandlungsprozess. Da sich das Schlafwandeln ungewollt und unbewusst vollzieht, die Betroffenen sich oftmals nicht sicher sein können, ob eine somnambule Episode und wenn ja, was währenddessen stattgefunden hat, erscheint das Schlafwandeln oft als Widerfahrnis beim Aufwachen und bringt damit kognitive Dissonanz hervor. Um Gewissheit über das Schlafwandeln zu erlangen, bedarf es vielmehr der Verhandlung und Integration verschiedener Perspektiven. Im Alltag der Betroffenen konstituiert sich Schlafwandeln dann aus der Eigenperspektive in Form von körperlichen Wahrnehmungen und kleinen Erinnerungen, aus der Interpretation von Spuren im Raum, aus der Fremdperspektive durch Narrative von Dritten, die an der Schlafwandeln-Situation beteiligt waren, sowie ggf. durch medientechnologische Aufzeichnungen, die das Schlafwandeln sichtbar machen.⁶⁸ Um sich dem Schlafwandeln zu nähern, müssen diese unterschiedlichen Perspektiven auf die fragliche Situation addiert werden, woraus in der Praxis dann immer wieder ein anderes Schlafwandeln produziert wird.⁶⁹ Das heißt zunächst einmal, dass das Schlafwandeln erst durch diese Addition als Schlafwandeln hergestellt wird und sich damit stabilisiert. Es wird klar, dass es sich hier um Schlafwandeln handelt, welches Verhalten die Person während einer Episode unbewusst ausführt und das erlaubt letztlich einen entspannteren Umgang damit, weil sich die Ungewissheit des Schlafwandeln reduziert. Zum anderen handelt es sich hier aber immer um eine bedingte Stabilität des Schlafwandeln, da stets neue Perspektiven und Interpretationen des Schlafwandeln die bisherige Definition

umformen, was zu Zweifel führen kann – aber nicht muss. Schlafwandeln als Zustand bedarf also der Integration verschiedener Interpretationen, um überhaupt festgestellt zu werden. Das trifft aber nicht nur, wie oben bereits angeklingen, auf den Alltag zu, sondern auch auf die medizinische Praxis. Schlafwandeln lässt sich weder allein an den Selbstbeschreibungen der Betroffenen feststellen und diagnostizieren noch über die apparativen Schlafaufzeichnungen. Auch hier findet eine Perspektivenintegration statt, die – mit einem stets vorhandenen Grad an Unsicherheit – ein finales Urteil über die Situation ermöglicht.⁷⁰

Dies stellt die juristische Verhandlung des Schlafwandeln vor Herausforderungen. Die strafprozessualen Implikationen von behaupteten schlafwandlerischen Episoden sind nicht trivial. So stellt sich zunächst die Frage nach der ‚Beweislast‘. Wie *Eberhard Schmidt* anmerkt, könne es so etwas wie eine Beweislast im Strafprozess gar nicht geben, weil der Staat in Gestalt der Staatsanwaltschaft alle relevanten Tatbestandsmerkmale zu beweisen hat, und zwar zur Überzeugung des Gerichts, das keine vernünftigen Zweifel haben darf.⁷¹ Die Angeklagten hingegen müssen ihre Unschuld nicht nachweisen, sondern dürfen sich auch schweigend verteidigen – es gilt die Unschuldsvermutung, der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare*⁷² und in Zweifelsfällen in *dubio pro reo*.⁷³ Das Gericht muss aber auch nicht ‚ins Blaue hinein‘ ermitteln. Es muss nur dort tätig werden, wo Anlass dazu besteht, in die eine oder andere Richtung zu schauen.⁷⁴ So müssen beispielsweise Rechtfertigungsgründe – sofern es nicht offensichtlich bereits aus dem angeklagten Sachverhalt folgt – nicht ohne Anlass oder Vortrag der Verteidigung in den Blick genommen werden. Insofern muss der Angeklagte auch an der Aufklärung des Sachverhalts mitwirken, will er rechtliche Nachteile vermeiden – er trägt zumindest die Behauptungslast.⁷⁵

Beim Schlafwandeln führen diese hergebrachten Grundsätze aufgrund des äußerlich indistinkten Verhaltens zu

⁶⁶ Das Ausnahmestandsmodell verstößt nach richtiger Ansicht bereits gegen Art. 103 Abs. 2 GG, sodass es nicht weiter zu verfolgen ist; vgl. statt vieler BGHSt 42, 235 (241); *Safferling*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 20 Rn. 78; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 656; *Eisele*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 17 Rn. 35 jeweils m.w.N.; *Salger/Mutzbauer*, NStZ 1993, 561 (565); a.A. *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 31. Aufl. (2025), § 20 Rn. 25a; ähnl. *Kühl*, § 11 Rn. 18, der allerdings die verfassungsrechtlichen Zweifel nicht ausgeräumt sieht, sondern das Ausnahmestandsmodell nur für „ehrlicher“ hält.

⁶⁷ *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 663; *Safferling*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 20 Rn. 80; *Streng*, in: *MüKo-StGB*, § 20 Rn. 121; *Roxin/Greco*, § 20 Rn. 62; *Salger/Mutzbauer*, NStZ 1993, 561 (563); *Rönnau*, JA 1997, 707 (709).

⁶⁸ *Wettmann*, in: *Poferl/Eisenwicht/Hitzler/Kirchner/Wustmann/Schröder*, S. 279–290.

⁶⁹ Diese Praktik der „Addition“ beschreibt *Annemarie Mol* im Fall von Arteriosklerose. Hier konstituiert sich die Erkrankung dann immer wieder neu in den verschiedenen Situationen, in denen Arteriosklerose relevant wird. Arteriosklerose und der Körper, so konstatiert sie, ist damit immer multiple: *Mol*, *The body multiple: ontology in medical practice*, 2002, S. 69–79; 84.

⁷⁰ *John Dewey* beschreibt diese Art der Urteilsbildung bereits, wobei Menschen – im Alltag, wie in der medizinischen, juristischen und wissenschaftlichen Praxis – in einem experimentellen Vorgehen durch das Prüfen und Testen von potenziellen Lösungsansätzen auf eine Problemsituation reagieren und diese umformen: *Dewey*, *Logik. Die Theorie der Forschung*, 2002.

⁷¹ *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 1952, Rn. 301 f.

⁷² Vgl. zu diesem Grundsatz eingehend *Dorneck*, *Nemo-tenetur* und Verbandssanktionen, 2024, S. 9 ff. sowie die grundsätzlichen Arbeiten beispielsweise von *Rogall*, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, 1977, und *Köbel*, *Selbstbelastungsfreiheiten*, 2006.

⁷³ *Kudlich*, in: *MüKo-StPO*, 2. Aufl. (2023), Einl. Rn. 202 f.; *Pegel*, in: *Radtke/Hohmann*, StPO, 2. Aufl. (2025), § 261 Rn. 85 ff.; *Schluckebier*, in: *SSW-StPO*, 6. Aufl. (2025), § 261 Rn. 53 ff.; *Murmann*, in: *Rotsch/Saliger/Tsambikakis*, StPO, Bd. 1, 2025, § 261 Rn. 165 ff. *Rönnau/Saathoff*, JuS 2023, 537 (538 ff.); *Walter*, JZ 2006, 340 (344 ff.).

⁷⁴ *Walter*, JZ 2006, 340; *Eb. Schmidt*, Rn. 303; so im Ergebnis auch, wenn davon gesprochen wird, dass die Aufklärungspflicht des Gerichts nur soweit reicht, „wie bekannte oder erkennbare Umstände zum Gebrauch von Beweismitteln drängen oder ihn nahelegen“, vgl. *Schmitt*, in: *Schmitt/Köhler*, StPO, 68. Aufl. (2025), § 244 Rn. 12; *Bock*, in: *Rotsch/Saliger/Tsambikakis*, StPO, Bd. 1, 2025, § 244 Rn. 58 ff.

⁷⁵ *Walter*, JZ 2006, 340; *Arzt*, *Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo*, 1997, S. 16.

Spannungen. So kann die Staatsanwaltschaft den äußeren Tatbestand, also die gesetzlich mit Strafe bedrohte Handlungsweise, möglicherweise sogar aufgrund objektiver Beweismittel nachweisen, aber die Probleme des Nachweises (und damit auch der Widerlegung) des Schlafwandels selbst, bringen prozessuale Schwierigkeiten hervor. Selbst für Sachverständige ist die Diagnose Schlafwandeln ex post nicht unzweifelhaft feststellbar, insbesondere auch deshalb, weil erstens schlafwandlerische Episoden auch ohne bekannte Vorgeschichte auftreten können – also die Tat das erste Mal Schlafwandeln gewesen sein kann. Zweitens ist die Beurteilung der Frage, ob zum konkreten Zeitpunkt der Tat schlafgewandelt wurde, mit erheblichen Unsicherheiten besetzt, weil es jedenfalls an objektiven schlafmedizinischen Messwerten fehlt und die Bewertung oft einzig auf subjektive Berichte gestützt werden kann. Dieses recht hohe Maß an Unsicherheiten würde unter Geltung des Zweifelssatzes dazu führen, dass eine Verurteilung bei einer entsprechenden Behauptung nicht erfolgen könnte.

Dem ist aber nicht so: Erstens genügt die bloße Behauptung eines entlastenden Grundes nicht, es bedarf zumindest der Darlegung von Indizien für diese Behauptung.⁷⁶ Zweitens gilt nach herrschender Ansicht der in dubio-Satz für entlastende Indizien gerade nicht.⁷⁷ Vielmehr müssen entlastende Indizien, die nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden können, als solche – also als Wahrscheinlichkeitsurteil – in die freie richterliche Beweiswürdigung aufgenommen werden.⁷⁸ Sie dürfen nicht pro reo als bewiesen angesehen werden, aber auch nicht contra rerum als nichtvorliegend abgetan werden.⁷⁹ Das Gericht muss diese Indizien also selbst würdigen und sich eine Überzeugung bilden, das ist seine ureigene Aufgabe. Dies wirft die Frage nach der objektiv-sachverständigen Nachweisbarkeit im Prozess auf, zu der erschwerend hinzutritt, dass eine solche Beurteilung immer nur eine ex post-Beurteilung sein kann, die zudem in hohem Maße auf die Einlassung der Angeklagten angewiesen ist. Hinzu kommt, dass Übergriffe während des Schlafwandeln oftmals Situationen darstellen, an denen nur Täter und Verletzte beteiligt sind, sodass es prozessual zu einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation kommen kann.⁸⁰ Das erschwert auch die sachverständig-objektive Beurteilung der Situation,

weil die einem entsprechenden Gutachten zugrundeliegenden Tatsachen nicht zweifelsfrei ermittelt werden können und teils hoch subjektive Eindrücke umfassen. Bei allen Unsicherheiten der sachverständigen Beurteilung muss das Gericht sich letztlich eine Überzeugung über das bilden, was geschehen ist. Das kann es auch; denn der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung verzichtet gerade auf strenge Beweisregeln und legt es in die Hände der Richter, die Beweise zu würdigen und zu bewerten.⁸¹ Dass die freie richterliche Beweiswürdigung nicht richterliche Willkür bedeutet, ist unstreitig: Das Gericht muss zu einem intersubjektiv begründbaren Ergebnis kommen, das den Regeln der Logik nicht widersprechen darf.⁸² Am Ende kommt es auf ein Wahrscheinlichkeitsurteil an, dessen Begründung auch revisionsgerichtlich überprüft werden kann.⁸³

V. Juristisch-soziologische Forderungen

Aus der vorgelegten juristisch-soziologischen Analyse ergeben sich rechtlich und soziale Implikationen, wie mit dem Grenzphänomen Schlafwandeln umzugehen ist. Konkret lassen sich drei Forderungen aufstellen:

1. Komplexe Handlungen als Schlafwandeln anerkennen

Schlafwandeln zeichnet sich dadurch aus, dass es zu unbewussten und eigenwilligen Verhaltensweisen kommt, die ungewollt passieren und meistens ohne jegliche Erinnerungen bei den Schlafwandelnden bleiben. Diese Handlungen reichen von einfachen Tätigkeiten bis hin zu komplexen Handlungen. Gerade letztere stehen oftmals zur Diskussion, weil mit ihnen soziale wie rechtliche Konsequenzen einhergehen können, sie aber für Laien kontraintuitiv sind. Komplexe Handlungen wie Autofahren, Kochen oder aber auch Gewalttaten und Sexsomnia dürfen nicht automatisch mit Wachheit verbunden sein und deshalb zum Ausschluss von Schlafwandeln führen. Beim Schlafwandeln fehlt es zwar an einer bewussten Willensentscheidung, das Schlafwandeln ist trotzdem durch soziale Wissensbestände geprägt und ermöglicht daher solches Verhalten. Das „Leibgedächtnis“⁸⁴ der Schlafwandelnden in Form von Handlungskompetenzen und Routinen, aber auch soziokulturell vermitteltes Wissen befähigt

⁷⁶ Schluckebier, in: SSW-StPO, § 261 Rn. 53; Murmann, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis, StPO, § 261 Rn. 165; Bartel, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2. Aufl. (2024), § 261 Rn. 71.

⁷⁷ Murmann, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis, StPO, § 261 Rn. 167; Pegel, in: Radtke/Hohmann, § 261 Rn. 89; Walter, JZ 2006, 340 (347 f.).

⁷⁸ Walter, JZ 2006, 340 (348); Pegel, in: Radtke/Hohmann, § 261 Rn. 89; Murmann, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis, StPO, § 261 Rn. 167; Bartel, in: MüKo-StPO, § 261 Rn. 366.

⁷⁹ Walter, JZ 2006, 340 (348).

⁸⁰ Vgl. zu den Besonderheiten der Aussage gegen Aussage-Konstellationen Tiemann, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 261 Rn. 100 ff.; Bartel, in: MüKo-StPO, § 261 Rn. 246 ff. Pegel, in: Radtke/Hohmann, StPO, 2. Aufl. (2025), § 261 Rn. 57 f.

⁸¹ So ist der Tatrichter bei der Beweiswürdigung grundsätzlich nicht an Beweisregeln gebunden, die Würdigung der Beweise ist „ureigene Aufgabe des Tatrichters“: Schluckebier, in: SSW-StPO, § 261 Rn. 14.; so auch die st. Rspr.: BGHSt 10, 208 (210); BGH, NJW 2002, 2188 (2189); NSTZ-RR 2004, 238; NJW 2006, 925 (928); NSTZ-RR 2015, 52; Bartel, in: MüKo-StPO, § 261 Rn. 84 ff.; Murmann, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis, StPO, § 261 Rn. 191 m.w.N.

⁸² Statt vieler nur Walter, JZ 2006, 340 (342); Pegel, in: Radtke/Hohmann, § 261 Rn. 31 ff.; Murmann, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis, StPO, § 261 Rn. 65 ff.; Beulke/Swoboda, StPO, 17. Aufl. (2025), Rn. 755 ff. Vgl. zur Intersubjektivität – wenn auch in anderem Kontext – Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 1990, S. 152 ff.; sowie Linoh, Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht, 2023, S. 111 f.

⁸³ Die grundsätzlich beschränkte Revisibilität der Beweiswürdigung bedeutet aber auch ein Begründungserfordernis; denn nur diese Begründung im Urteil ist Grundlage der revisionsgerichtlichen Prüfung. Zu Umfang und Grenzen der Überprüfung vgl. nur Bartel, in: MüKo-StPO, § 261 Rn. 421 ff.; Schluckebier, in: SSW-StPO, § 261 Rn. 68 ff.; Pegel, in: Radtke/Hohmann, StPO, § 261 Rn. 94 ff. Zur Bedeutung der Begründung im Bereich der „ureigenen Aufgaben des Tatrichters“ vgl. auch Linoh, ZfStw 2024, 408 ff.

⁸⁴ Gugutzer, Das Pathos des Sozialen. Beiträge zur Neophänomenologischen Soziologie, 2023, S. 162.

sie zu ihrem Tun. Es ist damit nicht weniger glaubhaft, dass Schlafwandeln vorliegt, wenn komplexe Handlungen stattfinden. Es bedarf daher einer komplexen und multimodalen Untersuchung zu dessen Feststellung.

2. Feststellung von und Wissen über Schlafwandeln verbessern

Die Feststellung des Schlafwandeln – im sozialen, medizinischen wie auch juristischen Kontext – ist indistinkt. Das liegt zum einen am Phänomen selbst, das aufgrund seines liminalen Zustandes nur schwer einzuordnen ist. Zum anderen hängt dieses aber auch vom gegenwärtigen Wissen über Schlafwandeln ab. Medizinisch ist derzeit vieles noch unklar: Schon die Frage, ob und wie Schlafwandeln diagnostiziert oder therapiert werden kann, ist nicht eindeutig geklärt.⁸⁵ Thematisiert werden aktuell auch Auswirkungen von Traumainhalten auf das Schlafwandeln.⁸⁶ Auch innerhalb der Gesellschaft ist das Wissen über Schlafwandeln begrenzt. Neben populärkulturellen Deutungsvorlagen, die oft im Kontext schauriger Gruselgeschichten daherkommen, liefern aktuell Selbstaufnahmen von Schlafwandelnden auf Social Media einen Eindruck, wie somnambule Handlungen aussehen können. Trotzdem ist das vorhandene Wissen limitiert, was eine Interpretation des Schlafwandeln erschwert. Problematisch ist das unzureichende Wissen über Schlafwandeln auch für die gutachterliche Tätigkeit – und damit für juristische Kontexte. So lässt sich Schlafwandeln nicht anhand objektivierender Messungen oder klarer Kriterien feststellen. Stattdessen handelt es sich vielmehr stets um eine intersubjektive Rekonstruktion verschiedener Perspektiven, die von Eigen- und Fremdbeschreibungen über Polysomnographien bis hin zu Audio- und Videoaufzeichnungen reichen. Dies kann einerseits Widersprüche erzeugen, etwa zwischen der medizinischen Begutachtung im Schlaflabor und den Erzählungen von bisherigen somnambulen Episoden in vivo. Des Weiteren lassen sich auch biografische Widersprüche feststellen: gegenwärtiges Schlafwandeln muss nicht immer mit vergangenem Schlafwandeln korrelieren et vice versa. Fehlende Erwähnungen von Schlafwandeln oder schlafwandlerischem Tun bedeuten nicht, dass solches Verhalten nicht stattgefunden hat oder haben kann. Die Rekonstruktion des Schlafwandeln ist damit komplex. Hilfreich könnte es daher sein, wenn das Wissen zum Schlafwandeln weiter disseminiert wird, um Schlafwandeln begreifbarer zu machen und weitere Forschung zur medizinischen und apparativen Diagnostik und Rekonstruktion zu ermöglichen. Neben möglichen Diagnose- und Therapiemöglichkeiten muss die Erforschung von Schlafwandeln auch Präventionsmöglichkeiten in den Blick nehmen, indem etwa die Auswirkung von Träumen, sozialem Stress und weiteren Faktoren auf das schlafwandlerische Verhalten untersucht werden. Zudem muss dieses Wissen auch innerhalb der Gesellschaft zirkulieren, um Schlafwandeln sozial zugänglich und verstehbar zu machen. Schlafwandeln scheint gegenwärtig ein Wissensdesiderat zu sein, das die

Geltung von Wissensordnungen irritiert.

3. Verständigung über Verantwortlichkeiten und Pflichten

Wo schlafwandlerisches Verhalten selbst- oder fremdschädigend wird, erlangen Prävention und Schutzvorkehrungen besondere Bedeutung. Während der Eigenschutz zunächst im Belieben der Schlafwandelnden steht – jede Person ist grundsätzlich frei, unvernünftig zu handeln und sich auch selbst zu gefährden – ist das bei der Beeinträchtigung Dritter anders. Die Abgrenzung der den einzelnen Rechtssubjekten zustehenden Freiheitssphären bringt die Pflicht hervor, mit seiner Freiheitsbetätigung grundsätzlich nicht in die Sphäre des anderen einzugreifen. Der eigene Körper gehört einem genuine Organisationskreis an, dessen Organisation so zu gestalten ist, dass von ihm keine unzumutbare Gefährdung anderer ausgeht.⁸⁷ Der Umfang dieser Pflichten ist abhängig von der jeweils konkreten Konstellation, insbesondere der Beziehung des Schlafwandelnden und der Betroffenen. Ihre Grenzen werden durch Möglichkeit und Zumutbarkeit abgesteckt. In der juristischen Diskussion wird das Phänomen Schlafwandeln kaum beachtet, sodass über die Pflichten, ihre Begründung und ihren Umfang kaum Konsens oder Gewissheit herrscht. Das ist insofern misslich, als der Verstoß gegen entsprechende Pflichten auch rechtliche Konsequenzen haben kann: Einerseits strafrechtliche und andererseits – in diesem Beitrag nicht thematisierte – zivilrechtliche. Auf der strafrechtlichen Ebene findet sich einerseits das schlafwandlerische Tun als konsequenzlose Nicht-Handlung, andererseits eine mögliche Strafbarkeit aus dem Unterlassen von erforderlichen Präventions- oder Sicherungsmaßnahmen. Deutlich wird dabei ein Desiderat von eindeutigen Pflichten und ihren Grenzen, was es Gerichten und Rechtsanwendern erschwert, Fälle von Schlafwandeln angemessen einzuordnen. Es bedarf daher der näheren Untersuchung und Verständigung über diese Pflichten. Das ist nicht nur eine juristische Aufgabe, sondern bedarf auch einer gesellschaftlichen Diskussion über die Fragen von Verantwortlichkeit und Verpflichtung unter der Unsicherheit eines für den Einzelnen nicht kontrollierbaren Zustandes, einer Grenzerfahrung des sozialen Miteinanders.

VI. Fazit

Schlafen und Handeln werden gemeinhin als dichotome Zustände wahrgenommen, weswegen Schlafwandeln als liminaler Zustand die soziale wie juristische Praxis herausfordert. Schlafwandeln ist für die Beteiligten eine Grenzerfahrung, die eine sicher geglaubte Ordnung stört: Es verletzt die normativen sozialen Erwartungen an Schlafende und wird als deviantes Verhalten angesehen, mit dem sowohl die Schlafwandelnden als auch Bezugspersonen oder andere Betroffene einen Umgang finden müssen. Wenn im Schlaf komplexe Handlungen ausgeführt werden, die zu Fremdverletzungen führen, ist das nicht nur ein Problem des sozialen Miteinanders, sondern

⁸⁵ Idir/Oudiette/Arnulf, *Journal of Sleep Research* 31 (2022), e13596; Picard-Deland/Cesari/Stefani/Maranci/Hogl/Arnulf, *Journal of Sleep Research* 2025, e70090.

⁸⁶ Oudiette/Leu/Pottier/Buzare/Brion/Arnulf, *Sleep* 32 (2009), 1621–1627.

⁸⁷ Vgl. Jakobs, 29/31; Freund/Rostalski, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 113 f.; Frister, *Strafrecht AT*, 10. Aufl. (2023), 22/27.

erlangt auch juristische Bedeutung. Dabei ist die juristische Behandlung von schlafwandlerischen Handlungen nicht trivial. Geht es zunächst um die Einordnung des Tuns in die Dichotomie von Handlung und Nicht-Handlung, so zeigt sich in der Folge ein deutlich komplexeres Bild, wenn es um die Frage von rechtlichen Schutzpflichten gegenüber Dritten und den Konsequenzen bei deren Nichterfüllung sowie der Nachweisbarkeit und ‚Beweislast‘ im Strafprozess geht. Wenn es um Schlafwandeln geht, ist vieles noch unklar: Selbst Schlafmediziner können Schlafwandeln nur anhand einer – auch abschließend mit gewisser Unsicherheit besetzten – multiperspektivischen Interpretation feststellen; eine retrospektive Beurteilung eines nicht objektiv beobachteten Verhaltens bleibt allenfalls ein Wahrscheinlichkeitsurteil. Darum bedarf es – medizinisch, sozial und juristisch – weiterer Forschung, um das Wissen über Schlafwandeln zu erweitern und eine Verständnisbasis für dieses Grenzphänomen zu finden. Dabei geht es nicht nur um die Erkennbarkeit und die Feststellung schlafwandlerischer Episoden, sondern auch um Prävention und Therapieansätze. Nur ausgehend von einer solchen Wissensbasis lassen sich Fragen von so-

zialen und rechtlichen Pflichten der Schlafwandelnden zum Schutz Dritter sinnvoll erarbeiten, Verantwortlichkeiten zuschreiben und mögliche juristische Konsequenzen an Pflichtverletzungen knüpfen. Über allem steht ein erster, vielleicht unbequemer Schritt: Die Infragestellung von bestehenden Vorstellungen über die klare Trennung und Erkennbarkeit von Schlafen und Handeln. Es ist anzuerkennen, dass Schlafwandeln als sozial geprägtes, unbewusstes und willkürliches Verhalten auch komplexe Handlungen umfassen kann, die trotzdem ohne willentlichen Einfluss und Körperkontrolle stattfinden. Schlafwandeln bei komplexen Handlungen mit Fremdverletzung von vornherein als bloße Schutzbehauptung abzutun, würde weder der Sache noch den verfassungsmäßigen Anforderungen an ein rechtsstaatliches und faires Verfahren gerecht. Vielmehr bedarf es eines interdisziplinären Austausches, um das Verständnis von komplexen Handlungen beim Schlafwandeln zu vertiefen, Erkenntnismöglichkeiten zu verbessern und Unsicherheiten abzubauen. So kann eine angemessene Bewertung des Grenzphänomens Schlafwandeln, das eine epistemische Herausforderung darstellt, erreicht werden.

Nach der Reform ist vor der Reform – Zur Weiterentwicklung der psychiatrischen Maßregel nach § 63 StGB

von Prof. Dr. Anja Schiemann*

Abstract

Aufgrund der steigenden Zahlen der nach § 63 StGB im Maßregelvollzug Untergebrachten reagierte der Gesetzgeber mit einer Reform des Unterbringungsrechts, die zum 1.8.2016 in Kraft getreten ist. Erreicht werden sollte ein Rückgang der Belegungszahlen sowie ein Absenken der Verweildauern in forensisch-psychiatrischen Kliniken. Ob dies durch die Gesetzesnovelle zielführend umgesetzt wurde, soll in diesem Beitrag ebenso beleuchtet werden wie weitere Reformvorschläge aus Wissenschaft und Praxis.

Due to the rising number of people placed in forensic hospitals under Section 63 of the German Criminal Code (StGB), the legislature responded with a reform of the law on placement in forensic hospitals, which came into force on August 1, 2016. The aim was to reduce occupancy rates and shorten the length of stay in forensic psychiatric clinics. This article will examine whether the amendment to the law has been effective in achieving these goals, as well as further reform proposals from academia and practice.

I. Einleitung

Die Zahl der nach § 63 StGB Untergebrachten stieg zwischen 1990 und 2014 in den alten Bundesländern stetig an. Ebenfalls zeichnete sich ein Anstieg der durchschnittlichen Verweildauer im Maßregelvollzug von 5,9 Jahren im Jahr 2003 auf 8 Jahre im Jahr 2012 ab.¹ Ziel des Gesetzes war es, dieser Entwicklung entgegenzusteuern, um einen Rückgang der Belegungszahlen sowie ein Absenken der Verweildauern in forensisch-psychiatrischen Kliniken zu bewirken.

Dies wollte der Gesetzgeber durch drei Stellschrauben erreichen. So sollte erstens eine stärkere aber gleichzeitig maßvolle Beschränkung der Unterbringung auf gravierende Fälle erfolgen, zweitens eine zeitliche Limitierung der Unterbringung bei weniger schwerwiegenden Gefah-

ren vorgesehen werden und drittens prozessuale Sicherungen gesetzlich normiert werden, um unverhältnismäßig lange Unterbringungen zu vermeiden.²

Zunächst zeichnete sich auch eine Belegungsreduktion in einzelnen Bundesländern ab.³ Allerdings ist spätestens seit 2019 wieder ein Belegungsanstieg festzustellen.⁴ Insofern ist fraglich, ob die Gesetzesreform ihre Ziele langfristig erreichen kann. Hierzu sind die Änderungen des Unterbringungsrechts kritisch in den Blick zu nehmen. Aufgrund der vielfältigen Kritik an der handwerklichen Umsetzung der Reform auf der einen und der Wirkungslosigkeit in Bezug auf die gesteckten Ziele auf der anderen Seite, gibt es diverse Vorschläge, wie eine Reform auszusehen hätte, um zu einer deutlichen Verbesserung der Unterbringung nach § 63 StGB aber auch der Nachsorge beizutragen.

II. Die Gesetzesänderungen im Überblick

Während der Maßregelvollzug lange Zeit unter dem Radar der Öffentlichkeit nur von Expert:innen kritisiert und zunehmend als unbillig empfunden wurde, trug der Fall von *Gustl Mollath* die Unzulänglichkeiten der Unterbringung in psychiatrischen Kliniken in die Medien und setzte dadurch auch den Gesetzgeber unter Druck, endlich tätig zu werden.⁵ Die deutliche Erhöhung der Verweildauer der Unterbringung wurde nach einer empirischen Studie auch in der restriktiven Handhabung der gesetzlichen Erheblichkeitsschwellen gesehen.⁶ Daher sah sich der Gesetzgeber veranlasst, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit normativ stärker zu gewichten, um so insbesondere unverhältnismäßig lange Unterbringungen zu vermeiden.⁷

1. Beschränkung der Unterbringungsanordnungen auf gravierende Fälle

Durch die Reform wurden die Anordnungsvoraussetzungen nach § 63 StGB konkretisiert.⁸ Dadurch wurde gesetzlich normiert, was ohnehin gängige Rechtsprechung war,

* Prof. Dr. Anja Schiemann ist Lehrstuhlinhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln und Herausgeberin der KriPoZ.

¹ Vgl. zu den Zahlen *Baur/Querengässer*, MschrKrim 2017, 313 (314); Statistisches Bundesamt 2015, S. 8, Tabelle 2.

² BT-Drs. 18/7244, S. 13.

³ BMJV, Evaluierung 2021, S. 4; abrufbar unter: https://kripo-z.de/wp-content/uploads/2021/08/Evaluierung_63.pdfjsessionid15BACFDBF93463E3C69B504FCD9983FB.1_cid324.pdf (zuletzt abgerufen am 7.7.2025). Allerdings kritisch zu den Bewertungen des BMJV *Müller*, ForensPsychiatrPsychol-Kriminol 2022, 205 (207 f.).

⁴ *Traub/Ross*, R&P 2023, 150 (152).

⁵ *Hauer*, NJ 2013, 456; *Walter*, ZRP 2014, 103; *Schiemann*, ZRP 2016, 98; BT-Drs. 18/7244, S. 37.

⁶ *Traub/Weithmann*, R&P 2013, 208 (216).

⁷ BT-Drs. 18/7244, S. 10; hierzu auch *Schiemann*, ZRP 2016, 98.

⁸ So der Gesetzgeber, der betont, dass durch die Konkretisierung die Rechtspraxis für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sensibilisiert werden soll, BT-Drs. 18/7244, S. 17.

d.h. für die Unterbringung nach § 63 StGB muss es sich um eine zu erwartende Straftat handeln, durch die die Opfer körperlich oder seelisch erheblich geschädigt oder gefährdet werden. Was allerdings zur Überschreitung dieser Erheblichkeitsschwelle führt, bleibt weiterhin der Praxis der Rechtsprechung vorbehalten.⁹ Es war also absehbar, dass diese rein klarstellende Wirkung keine Auswirkungen darauf haben kann, die Unterbringungszahlen signifikant zu reduzieren.

Geändert wurde aber auch die Anordnungsschwelle für den Bereich der Vermögensdelikte. Hier muss von der zu prognostizierenden Folgetat die Gefahr eines schweren wirtschaftlichen Schadens drohen, den der Gesetzgeber bei einer Wertgrenze von 5.000 Euro zieht.¹⁰ Auch wenn hier die Messlatte im Vergleich zur vorherigen Gesetzesfassung deutlich höher gelegt wurde, so bleibt zu bedenken, dass unabhängig von der Prognose der Anlasstat für die Unterbringungsanordnung nach wie vor ein Bagatelldelikt sein kann. Die Forderung, bei Bagatelldelikten grundsätzlich auf die Anordnung der Unterbringung zu verzichten, wurde damit leider nicht aufgegriffen. Stattdessen wird aber zumindest das von Rechtsprechung und Literatur entwickelte – jedoch im Einzelnen umstrittene – Regel-Ausnahme-Verhältnis gesetzlich normiert, das für eine Unterbringung bei unerheblicher Anlasstat eine besondere Begründung fordert.¹¹ Aber auch hier muss resignierend festgestellt werden, dass ein restriktiverer Umgang der Gerichte im Bereich drohender Eigentums- und Vermögensdelinquenz nicht belegt ist.

2. Limitierung der Unterbringung bei weniger schwerwiegenden Gefahren

Um die Kontrollichte der Prüfung der Aussetzungsreife und Fortdauer der Unterbringung zu erhöhen, wurde in § 67d Abs. 2 S. 1 StGB normiert, dass die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung ausgesetzt werden kann, sofern zu erwarten ist, dass der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine erheblichen rechtswidrigen Taten mehr begehen wird. Durch die Einfügung des Worts „erheblichen“ durch den Gesetzgeber wurde lediglich das positiv normiert, was schon zuvor gängige Rechtsprechungspraxis war.¹² Deutlich sollte dadurch lediglich werden, dass eine Aussetzung zur Bewährung nicht nur dann zu erfolgen hat, wenn keine Straftaten mehr zu erwarten sind, sondern schon dann, wenn eine Anordnung einer Maßregel nach § 63 StGB nicht mehr gerechtfertigt wäre.¹³ Dass diese redaktionelle Klarstellung¹⁴ mit irgendwelchen Verbesserungen im Sinne einer Reduktion an Unterbringungen verbunden wäre, war also von vornherein nicht zu erwarten.

3. Prozessuale Sicherung zur Vermeidung unverhältnismäßig langer Unterbringungen

Dagegen hat der Gesetzgeber mit der Einfügung der Stufenregelung und Anhebung der Voraussetzungen für die Fortdauerentscheidung in § 67d Abs. 6 S. 2, 3 StGB Neuland betreten.¹⁵ Insofern sprach man diesbezüglich von einer echten inhaltlichen Änderung und Verbesserung.¹⁶ Um die Unterbringungsdauer zu reduzieren, hat der Gesetzgeber zeitliche Schwellenwerte von sechs und zehn Jahren eingeführt, die eine Überprüfung notwendig machen. In der Gesetzesbegründung wird von einer überdurchschnittlich langen Unterbringungsdauer ab ca. sechs Jahren im Maßregelvollzug ausgegangen, die es durch diese erste Schwelle in einer Mehrzahl zu beenden gelte.¹⁷ Bei der Vollstreckung über sechs Jahre hinaus besteht also die Regelvermutung der Unverhältnismäßigkeit. Diese Regelvermutung kann jedoch widerlegt werden – allerdings wird dadurch die Fortdauerentscheidung als Ausnahme definiert, so dass nur die Existenz einer negativen Prognose die Fortdauer rechtfertigt.¹⁸ Dazu muss aber die Gefahr bestehen, dass der Untergebrachte infolge seines Zustands Taten begehen wird, durch die das Opfer seelisch oder körperlich „schwer“ geschädigt oder in die Gefahr einer „schweren“ körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht wird. Es reicht also im Gegensatz zur Anordnung der Unterbringung nach § 63 StGB für die Fortdauerentscheidung nicht mehr aus, dass die Gefahr erheblicher körperlicher oder seelischer Schäden besteht. Letztlich soll nach der Gesetzesbegründung eine Fortdauer der Unterbringung über sechs Jahre hinaus nur „seltene Ausnahmefälle“ erfassen.¹⁹ Auch wenn die Intention des Gesetzgebers eindeutig ist, so wird doch durch den Passus in § 67d Abs. 6 S. 2 StGB „in der Regel“ diese Entscheidung wieder nivelliert und ein Einfallstor geschaffen, um den Gerichten doch eine Fortdauerentscheidung über die sechs Jahre hinaus zu ermöglichen. Insofern wurden schon sehr früh Bedenken geäußert, ob sich die Gerichte hier tatsächlich in äußerster Zurückhaltung üben.²⁰ Es wundert also nicht, dass sich die Erwartungen, die Unterbringungszahlen nach sechs Jahren signifikant zu reduzieren, nicht erfüllt haben.

Ein weiterer Schwellenwert wurde durch die zweite Stufe geschaffen, da § 67d Abs. 6 S. 3 StGB vorsieht, die Fortdauer der Unterbringung nach zehn Jahren nochmals zu überprüfen. Eine Fortdauer der Unterbringung ist nach zehn Jahren nur dann verhältnismäßig, wenn die Gefahr der Begehung erheblicher Straftaten besteht, durch die die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Im Gegensatz zu der Fortdauerentscheidung nach sechs Jahren sind hier keine Ausnahmen denkbar und die Gefahr der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten reicht

⁹ Kaspar/Schmidt, ZStW 2016, 756 (757).

¹⁰ BT-Drs. 18/7244, S. 21.

¹¹ Schieman, ZRP 2016, 98 (99); Fischer, StGB, 71. Aufl. (2024), § 63 Rn. 33.

¹² Pollähne, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 67d Rn. 5; BVerfG, NStZ-RR 2004, 77 f.

¹³ Schieman, ZRP 2016, 98 (99).

¹⁴ So bereits Pollähne, KriPoZ 2016, 28 (30).

¹⁵ So Pollähne, in: NK-StGB, § 67d Rn. 5 – „wenn auch verzagt“.

¹⁶ Kaspar/Schmidt, ZStW 2016, 756 (759); Schieman, ZRP 2016, 98 (99).

¹⁷ BT-Drs. 18/7244, S. 32.

¹⁸ Veh, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 67d Rn. 33; s. auch die neuere Rechtsprechung OLG Hamm, Beschl. v. 10.10.2017 – 3 Ws 416/17; OLG Braunschweig, Beschl. v. 28.2.2018 – 1 Ws 260/17.

¹⁹ BT-Dr. 18/7244, S. 35.

²⁰ Kaspar/Schmidt, ZStW 2016, 756 (760); Schieman, ZRP 2016, 98 (100).

nicht mehr aus.²¹ Daher sind diese hohen Anforderungen auf der zweiten Stufe weitaus besser geeignet, zu einer Reduzierung der Unterbringungsdauer beizutragen. Allerdings muss man konstatieren, dass die durchschnittliche Unterbringungsdauer ohnehin unter dieser sechs-Jahres-Schwelle liegt. Positiv ist allerdings, dass im Rahmen dieser zweiten Stufe dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausreichend Rechnung getragen wurde.

III. Gesetzesevaluation

Das Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB sah eine Evaluierung vor, die sich allerdings auf eine rein quantitative Erhebung, also die Frage, ob die Unterbringungszahlen durch die Gesetzesreform reduziert werden konnte, beschränkte.²² Zu Recht wurde anlässlich dieser Stoßrichtung kritisiert, dass weder die organisatorischen noch die therapeutischen Folgen für die Behandlung im stationären Maßregelvollzug in den Blick genommen würden. Auch die Auswirkungen dieser Reform auf die Gesellschaft blieben bei dem Evaluationsvorhaben unberücksichtigt.²³

Der Evaluationsbericht müsste eigentlich zum Schulterklopfen Anlass geben, da im Ergebnis „das Gesetz in der Praxis sowohl sein Mindestziel (Abbremsen des Anstiegs) als auch seine darüberhinausgehende Zielsetzung (Senkung der Zahl der untergebrachten Personen) erreicht“ hat.²⁴ Allerdings folgte die Kritik an dieser eher minimalistischen Evaluation auf dem Fuße, da der Erkenntnisgewinn angesichts des überschaubaren Aufwands gering sei und zudem die Auswirkungen angesichts der Zunahme von Neuansordnungen der Unterbringung nicht belegt seien.²⁵

Erste Studien zur Gesetzesnovellierung kommen daher auch zu deutlich negativeren Einschätzungen, so dass sich die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele nicht erfüllt haben.²⁶ Maßregelvollzugskliniken und Landesbehörden klagen über eine deutliche Überbelegung, Personalmangel und als Folge dessen nicht angemessene Behandlungen.²⁷ Zudem führen Entlassungen aufgrund von Verhältnismäßigkeitserledigungen zu deutlichen Versorgungsengpässen.²⁸

IV. Reformvorschläge

Aufgrund dieser Kritik und den – trotz der optimistischen Gesetzesevaluation – nicht erfüllten Erwartungen der Reform stellt sich die Frage, was ausblickend zu fordern ist, um die Belegungszahlen im Maßregelvollzug zu reduzieren. Gleichzeitig damit ist natürlich zu eruieren, wie die Balance zwischen Behandlung und Sicherung gewährleistet werden kann.

1. Abschaffung des Maßregelvollzugs

In einem Positionspapier aus dem Jahr 2022 im Auftrag der Deutschen Gesellschaft für Soziale Psychiatrie e.V. wird sich für eine „Transformation der Maßregeln der §§ 63 und 64 StGB“ ausgesprochen.²⁹ Die psychiatrische Maßregel des § 63 StGB sei moralisch und rechtlich nicht mehr zu akzeptieren, was die Verfasser aus organisationaler Kritik am Maßregelvollzug und Daten zum Maßregelvollzug nach § 63 StGB in Deutschland herleiten.³⁰ Bereits 2014 hatte Kammeier – einer der Autoren des Positionspapiers – dafür plädiert, in § 63 StGB bei der Maßregelanordnung auf die Festlegung der „Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus“ zu verzichten und den Passus „freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug“ einzufügen. Personen, für die die psychiatrische Maßregel angeordnet war, sollten zudem aus der Zuständigkeit der Führungsaufsicht herausgenommen und neben den weiter bestehenden stationären Einrichtungen durch forensisch-psychiatrische (Nachsorge-)Ambulanzen als originäre Einrichtung des psychiatrischen Maßregelvollzugs begleitet werden.³¹

Die Deutsche Gesellschaft für Soziale Psychiatrie e.V. schloss sich damals mit einer ähnlichen Forderung an, indem eine Neuausrichtung der psychiatrischen Maßregel nach § 63 StGB angeregt wurde, die die gesamten Möglichkeiten der zur Verfügung stehenden sozialpsychiatrischen Versorgungs- und Kontrollmöglichkeiten einbezieht.³² Diese Forderung wurde dann ein paar Jahre später um andere sozialpsychiatrische Aspekte erweitert.

Die Forderung des Positionspapiers aus dem Jahr 2022 ist nun aber deutlich radikaler, da sich für eine Abschaffung des Maßregelvollzugs, d.h. eine Streichung der §§ 63, 64

²¹ Kinzig, in: TK-StGB, 31. Aufl. (2025), § 67d Rn. 25c.

²² BT-Drs. 18/7244, S. 17.

²³ Querengässer/Bezzel, R&P 2024, 32 (33).

²⁴ BMJV, Evaluierung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Wirksamkeit des Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften vom 16. Juli 2016, BGBl. I, S. 1610.

²⁵ Baur, ZRP 2024, 243 (245); Traub/Ross, 2023, 150 (151); Müller, ForensPsychiatrPsycholKrim 2022, 205 (208); Schmidt-Quernheim, Bewährungshilfe 2020, 253.

²⁶ Querengässer/Bezzel, R&P 2024, 32 (38); Traub/Ross, 2023, 150 (154).

²⁷ Zeidler/Dudeck/Frank/Gerliner/Hesse/Muysers/Pollmächer/Riedemann/Sander/Völlm/Müller, Der Nervenarzt 2024, 1; Dette/Banse/Ivankova/Rettenberger/Schmidt/Schumacher-Wandersleb/Schwarz/Goldbeck, Der medizinische Sachverständige 2020, S. 73, 75.

²⁸ Hein/Querengässer/Schiffer, R&P 2022, 72 (79).

²⁹ Feißt/Lewe/Kammeier, Plädoyer für eine Transformation der Maßregeln der §§ 63 und 64 StGB. Organisationale, empirische und rechtspolitische Argumente für eine Änderung des Sanktionenrechts, 2022.

³⁰ Feißt/Lewe/Kammeier, S. 59.

³¹ Kammeier, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie 2014, 8 (43).

³² Deutsche Gesellschaft für Soziale Psychiatrie e.V. Forderungen an eine Reform von Recht und Durchführung der psychiatrischen Maßregel nach § 63 StGB unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit von Dauer und Eingriffsintensität, v. 1.7.2014, abrufbar unter: https://www.forensik.de/fileadmin/user_files/forensik/Publikationen/DGSP_Forderungen_MR-Reform_2014-07-01.pdf (zuletzt abgerufen am 15.7.2025). Diese Forderung wurde dann ein paar Jahre später um weitere sozialpsychiatrische Aspekte ergänzt, vgl. Feißt/Lewe/Kammeier, S. 65.

StGB ausgesprochen wird, da diese Vorschriften „längst nicht mehr legitimierbar“ seien.³³ Stattdessen sollten für alle Personen die gleichen Grundsätze des Vollzugs gelten, so dass die bisher bestehende Diskriminierung in der gesundheitlichen und sozialen Versorgung beseitigt werde.³⁴

Zwar ist der Vorwurf der Diskriminierung von Menschen mit psychischer Beeinträchtigung durch § 63 StGB durchaus ernst zu nehmen. Hier wird auf Art. 2, 7 AEMR sowie Art. 5 UN-BRK hingewiesen, die eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung, zu der auch psychische Beeinträchtigungen zählen, ausschließen.³⁵ Die große Frage ist doch aber, ob eine Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik per se ein Nachteil sein muss oder nicht viel eher im Vergleich zur Justizvollzugsanstalt unter Behandlungsgesichtspunkten auch große Vorteile bietet. *Körber* stellt daher meines Erachtens zu recht fest, dass die Probleme der Insassen des Maßregelvollzugs zu ernst sind, um sie der Antipsychiatrie zu überlassen.³⁶ Es steht zu befürchten, dass eine Entbindung der Psychiatrie von hoheitlichen Schutzaufgaben gerade nicht zu einem humaneren Umgang mit psychisch kranken Rechtsbrechern führen wird.³⁷ Dennoch steht der Vorwurf im Raum, dass (zumindest) die Unbefristetheit der Maßregel gegenüber der grundsätzlichen Befristung im Regelvollzug eine Ungleichbehandlung darstellt.³⁸ Allerdings gibt es auch im Regelvollzug die Möglichkeit der Verhängung einer Maßregel in Form der Sicherungsverwahrung.³⁹ Der *EGMR* hat hier festgestellt, dass die unbefristete Sicherungsverwahrung nicht konventionswidrig ist.⁴⁰

2. Ausdifferenzierung des Maßregelvollzugs über ein gestuftes Maßregelvollzugssystem

Ein weiterer Vorschlag möchte – gerade im Hinblick auf den „Entlassungsdruck“⁴¹ durch die gesetzlichen Stufen der Verhältnismäßigkeitsüberprüfung – frühzeitige vollzugsrechtliche Lockerungen und eine großzügigere Bewährungsaussetzung ermöglichen. Hierzu wurde ein gestuftes Maßregelvollzugssystem erarbeitet, dass nach Auffassung der Autoren eine individuellere Behandlung ermöglichen und dadurch deutlich positivere Effekte auf die Behandlungsdauer haben soll, als dies momentan der Fall sei.⁴² Die differenzierten Maßregelstufen werden in ambulante Maßregel, teilstationäre Maßregel, befristet stationäre Maßregel und unbefristet stationäre Maßregel unterteilt.

Im Hinblick auf die ambulante Maßregel kämen zwei Stoßrichtungen in Betracht. Zum einen sei sie als klassische Behandlungsaufgabe denkbar, bei der ein psychisch kranker Täter mit eher moderatem Gefährlichkeitspoten-

tial zunächst unbefristet verurteilt werde, an forensischen Therapien teilzunehmen. Zum anderen sei die Etablierung eines forensischen „Task-Force“-Teams bestehend aus erfahrenen forensischen Therapeut:innen, Sozialarbeiter:innen und/oder Pflegekräften möglich, die Patient:innen in dem ihnen bekannten Umfeld aufsuchen und behandeln. Vorteil dieser Möglichkeiten wäre es, die Patient:innen in ihrem gewohnten Lebensumfeld und den etablierten Tagesstrukturen zu belassen.⁴³

Bei forensischen Patient:innen mit moderatem Gefährlichkeitspotential käme zudem eine teilstationäre Maßregel ebenfalls in zwei Varianten – je nach Patientenkreis – in Betracht. Zum einen forensische tagesstationäre Angebote, wie man sie in der Allgemeinpsychiatrie kenne. Patient:innen nehmen hier nur tagsüber spezifische forensisch-psychiatrische Behandlungsangebote wahr und kehren abends in ihr gewohntes Umfeld zurück. Zum anderen sollen forensische Wohneinrichtungen zur Verfügung gestellt werden, in denen die Patient:innen wohnen und zum Arbeiten oder ausgewählten Freizeitaktivitäten die Einrichtung verlassen könne. In beiden Varianten würde eine deliktpräventive Behandlung stattfinden.⁴⁴

Befristet stationäre Maßregeln kämen bei Patient:innen mit akut höherem Gefährdungspotential zum Einsatz. Als Zeitrahmen sehen die Verfasser 6 bis 12 Monate verbunden mit der Möglichkeit vor, eine weitere befristete Verlängerung um 6 oder 12 Monate zu verhängen. Daneben sollte als schärfste Maßregel bei hohem Gefährlichkeitspotential weiterhin die Möglichkeit einer unbefristet stationären Maßregel vorgesehen werden.⁴⁵

Die Verfasser verheimlichen nicht, dass diese Ausdifferenzierung mit einem erweiterten Auftrag an die psychiatrischen Sachverständigen einherginge. Denn neben der Frage einer verminderten oder aufgehobenen Schuldfähigkeit und den grundsätzlichen Voraussetzungen der Unterbringung müsste geprüft werden, welche der gestuften Maßregeln am geeignetsten erscheint.⁴⁶ Dies wird die Gutachter:innen natürlich vor große Herausforderungen stellen und es müssten Qualitätsstandards entwickelt werden, wie diese Abstufungsentscheidung auszusehen hat, d.h. welche Kriterien wie zu berücksichtigen sind. Dieses Stufensystem müsste zudem in Gesetzesform gegossen werden.

3. Flexibilisierung der Systeme und Stärkung der Sozialtherapie

Unter Hinweis darauf, dass nach aktuellen Studien mehr als die Hälfte der Gefangenen in Deutschland an einer

³³ Feißt/Lewe/Kammeier, S. 72.

³⁴ Feißt/Lewe/Kammeier, S. 75.

³⁵ Schneider, Sozialpsychiatrische Informationen 2024, 53; Tolmein, in: Pollähne/Lange-Joest (Hrsg.), Forensische Psychiatrie – selbst ein Behandlungsfall?, 2015, S. 79 ff.

³⁶ Kröber, ForensPsychiatrPsychKrim 2023, 259 (261).

³⁷ Konrad, ForensPsychiatrPsychKrim 2024, 43 (47).

³⁸ Feißt/Lewe/Kammeier, S. 16, 18; Walter, GA 2014, 325 (330); Pollähne, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 63 Rn. 33 m.w.N. in Fn. 193.

³⁹ Zu den Unterschieden der „Sonderopfer-Tatbestände“ aber Kammeier, ZStW 2020, 133 (178).

⁴⁰ EGMR, NJW 2012, 1707.

⁴¹ Baur/Querengässer MSchrKrim 2017, 313 (325).

⁴² Querengässer/Schiffer, KriPoZ 2021, 16 (19).

⁴³ Querengässer/Schiffer, KriPoZ 2021, 16 (19).

⁴⁴ Querengässer/Schiffer, KriPoZ 2021, 16 (19).

⁴⁵ Querengässer/Schiffer, KriPoZ 2021, 16 (20).

⁴⁶ Querengässer/Schiffer, KriPoZ 2021, 16 (20).

psychischen Störung im Sinne der ICD-10 leidet,⁴⁷ spricht sich eine andere Auffassung dafür aus, sich seitens des Justizvollzugs ebenfalls mehr um Therapiemöglichkeiten zu bemühen, als das bisher der Fall ist und in Kooperation mit dem Maßregelvollzug ein Behandlungssetting zu erarbeiten. Insofern möchte Konrad eine Flexibilisierung beider Systeme erreichen⁴⁸ und die Sozialtherapie stärken. Er fordert eine Revitalisierung des § 65 StGB a.F., der die Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt regelte. Während sozialtherapeutische Anstalten bisher in der Regel als Teilanstalten größerer Justizvollzugsanstalten geführt werden, sollten diese zukünftig als unabhängige Anstalten ausgestaltet werden. Es sei Zeit für den Mut zu einer grundsätzlichen Neukonzeption.⁴⁹

4. Kritische Würdigung der Reformvorschläge

Die Abschaffung des Maßregelvollzugs als radikalster aller Reformvorschläge kann nicht befürwortet werden. Denn wenn man auf eine Zweispurigkeit komplett verzichtet, hieße dies, psychisch kranke Straftäter einem – dann für alle Täter unabhängig von der Frage ihrer Schuldfähigkeit – allgemeinen Justizvollzug zu überlassen, der für die Therapie psychischer Störungen nicht gewappnet ist. Die Psychiatrie des Justizvollzugs in Deutschland führt noch immer ein Schattendasein.⁵⁰ Dass sich dies ändern würde, wenn psychisch Kranke in den Regelvollzug übernommen werden, bleibt zweifelhaft. Jedenfalls dürfte sich insgesamt das Behandlungssetting deutlich verschlechtern.

Stattdessen ist es sinnvoll, die Sozialtherapie auszubauen – dies gerade auch vor dem Hintergrund, dass sich die Belegung der Justizvollzugsanstalten ebenfalls aus vielen Inhaftierten mit psychischen Störungen zusammensetzt. Es konnte im Rahmen einer Studie nachgewiesen werden, dass das Rückfallrisiko bei im Maßregelvollzug behandelten Patient:innen deutlich geringer war als in der Vergleichsgruppe im Regelvollzug.⁵¹ Insofern ist es an der Zeit, Therapie größer zu denken und mehr Angebote im Regelvollzug zu schaffen, sowie übergeordnet die Sozialtherapie auszubauen, um die Entlassung von Patient:innen oder Inhaftierten sinnvoll vorbereiten zu können. Dies ist schon deshalb erforderlich, da Patient:innen, deren Unterbringung aus Verhältnismäßigkeitsgründen für erledigt erklärt wird, oft entgegen der psychiatrisch-psychotherapeutischen Empfehlung aus der forensischen Klinik entlassen werden, so dass gutachterseits ohnehin eine Anpassung der klinischen Versorgungslandschaft empfohlen wird.⁵²

Die Idee, über ein gestuftes System des Maßregelvollzugs mehr Flexibilität zu schaffen, halte ich darüber hinaus für sehr sinnvoll. Denn entgegen des Ziels der Reform, die Unterbringungszahlen und -dauer zu reduzieren, weisen erste Studien darauf hin, dass dies nicht geglückt ist.⁵³ Of-

fensichtlich scheint die gestufte Begutachtung im Rahmen des § 67d StGB nach der unbefristeten Unterbringung gem. § 63 StGB nicht die erhoffte Wirkung zu erzielen. Dies liegt zum einen an den bereits genannten Kritikpunkten bezüglich der Formulierung der Norm (oben unter II. 3.). Zum anderen liegt es aber auch an der derzeitigen systematischen Entscheidung einer unabhängig von der Deliktsschwere zunächst unbefristeten Unterbringung im Maßregelvollzug. Wäre diese Entscheidung eine gestufte, so könnte man gleich zu Beginn flexibler auf die unterschiedlichen Gefährlichkeitspotentiale der Patient:innen Rücksicht nehmen. Dies macht nicht nur das Behandlungssetting von vornherein zu einem an die Bedürfnisse der Patient:innen angepassteren als das derzeit mögliche, es entlastet auch die forensischen Kliniken. Für hoch gefährliche Patient:innen muss die unbefristete Unterbringung weiterhin als letzte Maßregel erhalten bleiben. Hier – wie einige⁵⁴ – eine zwingende Befristung für alle zu fordern, wird der zweiten Seite der Maßregeln, nämlich neben der Besserung die Sicherung zu verantworten, nicht gerecht. Bei dem Vergleich mit dem Regelvollzug wird vergessen, dass auch dort eine unbefristete Maßregel in Form der Sicherungsverwahrung in Betracht kommen kann.

V. Fazit

Die Ziele der Reform des Unterbringungsrechts aus dem Jahr 2016 sind verfehlt worden. In einer Umfrage beklagen die Mehrzahl der forensischen Kliniken eine deutliche Überbelegung und Personalmangel, was dazu führe, dass eine angemessene Behandlung nicht mehr gewährleistet werden kann.⁵⁵ Insofern sind als Mindestforderung die gesetzlichen Regelungen anzupassen. Hier kann man beispielsweise darüber nachdenken, Bagatelldelikte grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des § 63 StGB herauszunehmen und in § 67 Abs. 6 S. 2 StGB den Passus „in der Regel“ zu streichen. Dieser führt offensichtlich auf der ersten Stufe der Fortdauerentscheidung nach sechs Jahren dazu, dass Gerichte über die Regel zur Ausnahme kommen und sich schwer dabei tun, tatsächlich eine Entlassungsentscheidung zu treffen.

Ein solch kleines „Reförmchen“ würde aber vermutlich kaum zu einer spürbaren Entlastung des Maßregelvollzugs führen. Hier muss größer gedacht werden und ein gestuftes Versorgungssystem im Maßregelvollzug geschaffen werden, wie dies Querengässer und Schiffer vorschlagen. So können Behandlungskonzepte an die Behandlungsbedürfnisse der Patient:innen angepasst werden, ohne deren Gefährlichkeit aus den Augen zu verlieren. Mit Blick auf die deutliche Unterversorgung mit Therapiemöglichkeiten im Regelvollzug, sollten diese ausgeweitet und um die deutlich auszubauende Möglichkeit eigenständiger Sozialtherapeutischer Einrichtungen ergänzt werden.

⁴⁷ So Konrad, ForensPsychiatrPsycholKrim 2024, 43 (47).

⁴⁸ Konrad, ForensPsychiatrPsycholKrim 2024, 43 (48).

⁴⁹ Konrad, ForensPsychiatrPsycholKrim 2024, 43 (49).

⁵⁰ Konrad, ForensPsychiatrPsycholKrim 2024, 43 (45).

⁵¹ Schalast/Frey/Nau/Boateng/Leygraf, Psychiatrische Praxis 2021, 412 (416).

⁵² Hein/Querengässer/Schiffer, R&P 2022, 72 (79).

⁵³ Traub/Ross, R&P 2023, 150 (154); Querengässer/Bezzel, R&P 2024, 32 (37).

⁵⁴ Bspw. Pollähne, in: NK-StGB, § 67d Rn. 9 m.w.N.

⁵⁵ Zeidler/Dudeck/Frank/Gerliner/Hesse/Muysers/Pollmächer/Riedemann/Sander/Völlm/Müller, Der Nervenarzt 2024, 1.

Financial crime must not pay! Ein Gesamtüberblick der Regelungsmodelle zur Abschöpfung von Taterträgen

von Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi und
Prof. Dr. Till Zimmermann*

Abstract

Es steht zu erwarten, dass die strafrechtliche Vermögenseinziehung noch in dieser Legislaturperiode umfassend überarbeitet und um neue Instrumente zum Umgang mit verdächtigen Vermögenswerten unklarer Herkunft ergänzt werden wird. Angekündigt ist sogar ein Paradigmenwechsel dergestalt, dass die Entziehung von kriminell erlangten Vermögenswerten künftig auch gesetzestech-nisch eine gänzlich eigenständige Materie bildet (Stichwort: Suspicious Wealth Order). Einige der bisherigen Stellungnahmen zu diesen Erweiterungstendenzen sind nach unserer Wahrnehmung bedauerlicherweise von inter-essengeleiteten Oberflächlichkeiten, straftheoretischen Missverständnissen sowie der Unkenntnis international geläufiger und im rechtsstaatlichen Ausland weithin akzeptierter Standards geprägt. Ziel dieses Beitrags ist es daher, der bevorstehenden kriminalpolitischen Debatte durch einen, soweit ersichtlich, bislang einzigartigen Gesamtüberblick über das zur Verfügung stehende Repertoire an Regelungsoptionen Orientierung und Denkanstöße zu geben. Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auf den straftheoretischen Zusammenhängen der Vermögenseinziehung sowie auf den Grenzen und Möglichkeiten von Beweiserleichterungen im Einziehungsrecht.

We expect criminal asset forfeiture to be comprehensively revised during this legislative period and supplemented with new instruments for dealing with suspicious assets of unclear origin. A paradigm shift has even been announced, whereby the confiscation of criminally obtained assets will in future also constitute a completely separate matter in legal terms. Unfortunately, some of the comments made so far on these expansionist tendencies have been characterized by interest-driven superficiality, mis-

understandings of criminal theory and ignorance of inter-nationally accepted standards that are widely applied in other countries governed by the rule of law. The aim of this article is therefore to provide guidance and food for thought for the upcoming criminal policy debate by offer-ing what is, as far as we can see, a unique overview of the available range of regulatory options. Particular atten-tion is paid to the criminal theory background of asset for-feiture and to the limits and possibilities of easing the bur-den of proof in forfeiture law.

I. Einleitung

Die Begehung von Straftaten muss – gerade auch finanzi-ell – möglichst unattraktiv sein. Diese kriminalpolitisch einleuchtende Zielsetzung wird regulatorisch auf unter-schiedlichem Wege zu verwirklichen versucht. Inzwi-schen ist der Bestand an Regelungsansätzen kaum noch überschaubar. Dies gilt zunächst für das international-rechtliche Angebot an *Financial Crime must not pay*-Konzepten. Aber auch für das deutsche Strafrecht, wel-ches über eine beachtliche rechtshistorische Modellviel-falt und einen wertvollen *trial and error*-Erfahrungsschatz verfügt, ist ein wenig harmonisches Nebeneinander ver-schiedener Sanktionsmechanismen zu verzeichnen. Spe-ziell das aktuell im Entstehen begriffene Teilrechtsgebiet des Vermögensabschöpfungsstrafrechts weist in man-cherlei Hinsicht noch Experimentalcharakter und Labor-atmosphäre auf. Vor dem Hintergrund des sich abzeich-nenden kriminalpolitischen Handlungsbedarfs¹ und Ge-staltungswillens² verfolgt dieser Beitrag das Ziel, einen Überblick zu Vor- und Nachteilen möglicher Regelungs-modelle³ zu geben – und damit zugleich Orientierung und Denkanstöße für eine künftige Kriminalpolitik. Zur Ver-

* Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi ist Professor für Deutsches und Euro-päisches Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Trier und geschäftsführender Direktor des Trierer Instituts für Geldwäsche- und Korruptions-Strafrecht; Prof. Dr. Till Zimmermann ist Mitgründer dieses Instituts und Inhaber des Lehr-stuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der letztmalige Abruf der im Beitrag ange-gebenen Internetquellen erfolgte am 11.11.2025.

¹ Reformdruck geht u.a. aus von der Justiz (in Gestalt der sowohl von der JuMiKo als auch vom GBA und den GenStAs unterstützten Vor-schlägen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Optimierung des Rechts der Vermögensabschöpfung, Abschlussbericht, 3/2024, on-line abrufbar unter: <https://bit.ly/47FUY4V>), vom Praktikerzusam-menschluss der WisteV-ad-hoc-AG „Vermögensabschöpfung“ (s. Bittmann, Diskussionspapier, WiJ 2025, 76 ff., online abrufbar unter: <https://bit.ly/47U1TpY>) sowie von der bis zum 23.11.2026 umzusetzenden RL 2024/1260/EU v. 24.4.2024 über die Abschöp-fung und Einziehung von Vermögenswerten (zum Umsetzungsbe-darf s. Teichmann, CCZ 2025, 137 ff. sowie den Sachstandsbericht v. BT-Wiss. Dienst, WD 7 – 3000 – 036/24 v. 30.5.2024, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4i0nul5>).

² Der Koalitionsvertrag von CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland – Koalitionsvertrag 21. Legislaturperiode, o.D., online abrufbar unter: <https://t1p.de/krb88>, enthält gleich an mehreren Stel-len Bekenntnisse zu einem Ausbau des Vermögenseinziehungs-rechts; näher dazu Zimmermann, GA 2025, 481 (485); vgl. auch Sa-liger, Strafrechtliche Vermögenseinziehung ohne Grenzen?, LTO v. 17.2.2025, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4qZmIZH>.

³ Zum Verständnis des Regelungsmodells als analytisches Instrument Vogel, in: FS Weber, 2004, S. 395 f.

einfachung gliedert der Beitrag die untersuchten Modelle nicht abstrakt i.S.e. dogmatischen Systematik, sondern konkret problemorientiert.

II. Theoretische Grundlagen

1. Präventionswirkung

Einer rechtsethischen und kriminalpolitischen Binsenwahrheit zufolge darf sich Verbrechen nicht lohnen. Denn täte es dies, würden die unsozial eingestellten Mitglieder der Gesellschaft aus Eigennutz Straftaten begehen. Gleichzeitig müsste sich dann der prinzipiell zur Regel-treue disponierte Teil der Gesellschaft die Frage stellen, ob er mit seiner Strategie der Normbefolgung nicht dauerhaft auf einer Verliererstraße fährt.⁴ Vor diesem Hintergrund entspricht es der Logik der Generalprävention, durch die Androhung von Übel jenen Teil der Gesellschaft von der Tatbegehung abzuschrecken und diesen Teil dadurch in seinem Vertrauen auf die Geltung der Rechtsordnung zu bestärken. Das ist nach unserem Dafürhalten der (Haupt-) Zweck der Kriminalstrafe.⁵

Allerdings bietet die Strafandrohung dem Tatgeneigten keinen hinreichend wirkungsvollen Gegenanreiz, wenn dessen Sanktionsfurcht von der Aussicht auf das Behaltenkönnen der aus Straftaten erzielten Vorteile überwogen wird.⁶ Exemplarisch: Müsste ein korrupter Entscheidungsträger für eine Vorteilsannahme aufgrund seiner bescheidenen Einkommensverhältnisse lediglich mit einer geringfügigen Geldstrafe rechnen (vgl. § 40 Abs. 2 StGB), dürfte er aber andererseits den hochwertigen Bestechungslohn behalten, dann zerschellt die verhaltenslenkende Wirkung der Strafandrohung am ökonomischen Kalkül des potenziellen Straftäters. Zutreffend schlussfolgert Eser, dass „sinnvolles Strafen gar nicht denkbar [ist], ohne daß dem Täter zugleich auch seine Tatvorteile entzogen werden“.⁷ Die Frage ist allerdings, wie dies konkret zu bewerkstelligen ist.

Prinzipiell besteht die Lösung des Problems darin, für Fälle wie den skizzierten beim Tatgeneigten einen *zusätzlichen* Gegenanreiz zu schaffen, der – ggf. in Verbindung mit der eigentlichen Strafe – dazu geeignet ist, dessen aus der Erwartung des Tatvorteils gespeiste Handlungsmotivation verhaltenswirksam zunichtezumachen. Im Grundsatz gibt es zwei Möglichkeiten, einen solchen rechtlichen Mechanismus auszugestalten.

2. Zusatzstrafe

Die erste besteht darin, den mit der Strafe bezweckten strafrechtlichen Gegenanreiz durch eine am (angestrebten) Tatvorteil orientierte zusätzliche pönale Sanktion zu erhöhen. Bei einer solchen Zusatzstrafe handelt es sich um eine Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK (also um Bestrafung i.S.d. Engel-Kriterien oder vergleichbarer, von der Rspr. entwickelter Parameter zur Beurteilung des pönalen Charakters einer Sanktion⁸). Entsprechend müssen sowohl bei ihrer abstrakten gesetzlichen Ausgestaltung als auch bei ihrer Verhängung im Einzelfall die strafrechtlichen Garantien beachtet werden, namentlich das Schuldprinzip⁹ (nulla poena sine culpa: materiell als Verbot der Verdachtsstrafe,¹⁰ prozessual als Grundsatz der Unschuldsvermutung¹¹), der Grundsatz tat- und schuldangemessenen Strafs¹² sowie das Gesetzlichkeitsprinzip¹³.

3. Entziehung der Bereicherung

Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass beim Delinquenten zusätzlich zur „normalen“ pönalen Sanktion der durch die Tatbegehung konkret erzielte Gewinn – verstanden als Bereicherung i.S.d. ökonomischen Vermögensbegriffs¹⁴ – abgeschöpft wird. Offenkundig dient die Tatgewinnabschöpfung ebenso wie die Kriminalstrafe der (positiven und negativen) Generalprävention. In den Worten des BVerfG:

„Indem der Staat [...] deliktisch Erlangtes wegnimmt, führt er [dem Täter] wie auch der Rechtsgemeinschaft vor Augen, dass [...] Straftaten sich nicht lohnen.“¹⁵

⁴ Treffend Hoyer, GA 1993, 406 f.: „Wenn aber Gesetzestreue erst mit Dummheit identifiziert zu werden beginnt, dann nimmt auch das gesellschaftliche Rechtsbewußtsein insgesamt bald Schaden.“ Gleichsinnig Mitsch, in: KK-OWiG, 6. Aufl. (2025), § 17 Rn. 113.

⁵ Zimmermann, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 289-298; s.a. Hörnle, Strafrecht, 2. Aufl. (2017), S. 26 ff.; Hoerster, Muss Strafe sein?, 2012, S. 81 ff. Dazu, dass diese Präventionszwecke auch im Ordnungswidrigkeitenrecht, das von Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl. (2025), § 2 Rn. 14, treffend als „kleines Strafrecht“ bezeichnet wird, Beachtung erheischen, s. statt Vieler Meyberg, in: BeckOK-OWiG, 47. Ed. (Stand 1.7.2025), § 29a Rn. 1.

⁶ BT-Drs. 13/9742, S. 18; Boucht, EurJCrimeCrLCrJ 21 (2013), 127 (128); Julius, ZStW 109 (1997), 58 (90); Kaiser, ZRP 1999, 144 f.; Kiethe/Hohmann, NStZ 2003, 505 (506); J. Meyer, ZRP 1990, 85; Mitsch, in: KK-OWiG, § 29a Rn. 9; Vogel, in: Rui/Sieber, Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015, S. 225, 233.

⁷ Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, 1969, S. 284.

⁸ Vgl. EGMR, EuGRZ 1976, 221 (231); EuGH, NJW 2013, 1415 (1417); BVerfGE 110, 1 (14); BGH, NJW 2022, 245 (247).

⁹ Vgl. nur BVerfGE 25, 269 (285); BVerfGE 140, 317 (342); Adam/Schmidt/Schumacher, NStZ 2017, 7 ff.; zu einem aus Art. 7 EMRK abgeleiteten Schuldgrundsatz Gaede, in: MüKo-StPO, Bd. 4, 2. Aufl. (2025), Art. 7 EMRK Rn. 26.

¹⁰ Näher Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (2023), § 3 Rn. 35.

¹¹ Dieser Grundsatz schließt sowohl die Einführung von prozessualen Vermutungsregeln (vgl. Kulhanek, in: KMR-StPO, 116. Lfg. (Okt. 2022), Einl. Rn. 50) als auch die Möglichkeit aus, dem Angeklagten Beweis- und Darlegungslasten aufzubürden (Fischer, in: KK-StPO, 9. Aufl. [2023], Einl. Rn. 12).

¹² Vgl. Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2025) (im Erscheinen), § 21 Rn. 1 m.w.N.

¹³ Vgl. BVerfGE 105, 135 (152 f.).

¹⁴ Zu diesem Zimmermann, GA 2017, 544 (546 f.).

¹⁵ BVerfGE 110, 1 (19). Das Gericht meint allerdings, trotz der Adressierung (auch) des Täters, damit vornehmlich die positive Generalprävention anzusprechen. Andere Gerichte betonen hingegen vor allem den Abschreckungszweck der Gewinnabschöpfung, s. EGMR, NVwZ 2016, 1621 (1623); BGHSt 15, 399 (400) [zu § 8 Abs. 1 WiStG]; US Supreme Court, Kaley v. United States, 134 S. Ct. 1090 (2014); ebenso Mitsch, in: KK-OWiG, § 29a Rn. 13; Pieth, StV 1990, 558 (561); Eser, in: FS Stree/Wessels, 1993, S. 833 (849); Perron, JZ 1993, 918 (920); Kudlich, in: BeckOK-OWiG, § 8 WiStG Rn. 1; a.A. Weßlau, StV 1991, 226 (231 f.).

Aber im Unterschied zum Konzept der Zusatzstrafe handelt es sich bei dieser Sanktion trotz seiner generalpräventiven Zielrichtung dem Grunde nach um eine *nicht-pönale* Maßnahme.¹⁶ Wer lediglich gezwungen ist, etwas zurückzugeben, das ihm rechtlich nicht zusteht, erleidet kein Strafübel.¹⁷ Es fehlt insoweit an der für die Bestrafung charakteristischen Zufügung eines über die Herstellung des *status quo ante* hinausgehenden Übels, etwa in Gestalt einer zusätzlichen Entziehung von Freiheit (Haftstrafe), Eigentum (Geld- oder Vermögensstrafe) oder Ehre (durch den mit einem Schuld- oder Strafausspruch verbundenen sozialethischen Tadel). Der Sache nach ähnelt der Entzug von Tatgewinnen daher zivilrechtlichen Restitutionskonzepten (vgl. §§ 812 ff. BGB) und wird entsprechend als „quasi-konditionelle Maßnahme“ bezeichnet.¹⁸ Diese Begrifflichkeit ist auch rechtshistorisch folgerichtig, da die Entziehung von Taterträgen vormals im Kondiktionsrecht angesiedelt war¹⁹ und entsprechend auch formell zivilrechtlich durchsetzbar. International ist die zivilrechtliche Ausgestaltung der Tatertragseinziehung auch heute noch ein verbreitetes Modell.²⁰

Konsequenz des nicht-pönalen Charakters der Sanktion ist, dass bei ihrer Verhängung die strafrechtlichen Garantien keine Geltung beanspruchen. Daher sind bspw. Beweiserleichterungen,²¹ Rückwirkungen²² und Analogieschlüsse²³ nicht prinzipiell unstatthaft.

Bereits an dieser Stelle sei aber darauf hingewiesen, dass das Recht diese zwei Zusatzsanktions-Kategorien vielfach nicht in ihrer Reinform verwirklicht. Vielmehr weisen einige der gesetzlichen *crime must not pay*-Instrumentarien Zwittercharakter auf – bspw. infolge ihrer amtlichen Bezeichnung als Strafe²⁴ oder ihrer Verortung in einem bestimmten Rechtsgebiet²⁵ bzw. in einem bestimmten Gesetzeswerk – und sind infolgedessen nicht eindeutig zuordenbar.

III. Regelungsmodelle „Vorteilsabschöpfung beim Täter“

Das Grundproblem der *Financial crime must not pay*-Gesetzgebung dreht sich um folgende Frage: Wie gelingt es am besten, einem Täter die für eine konkrete Tat erlangten Vorteile (*scelere quaesita*) wieder zu entziehen, um so den ökonomischen Anreiz zur Tatbegehung auszuschalten? Hierzu stehen drei idealtypische Regelungsmodelle zur Verfügung.

1. Modell „konfiskatorische Geldstrafe“

Eine Möglichkeit besteht darin, den Täter mit einer Geldstrafe (oder -buße) zu belegen, die so hoch zu bemessen ist, dass ihm in jedem Fall der durch die Tat zugeflossene Vermögensvorteil wieder entzogen wird. Dafür ist es angesichts der potenziell unbegrenzten Höhe möglicher Tatgewinne allerdings erforderlich, bei sämtlichen (Bereicherungs-)Delikten Geldstrafen in unbegrenzter Höhe verhängen zu können. Ein entsprechendes Instrumentarium wurde 1924 gesetzlich verankert. § 27c RStGB sah zu Abschöpfungszwecken die unbegrenzte Geldstrafe vor.²⁶ Zudem ermöglichte § 27a RStGB die Erkennung auf eine Geldstrafe auch bei Delikten, die, wie z.B. eine räuberische Erpressung, ansonsten lediglich Freiheitsstrafe als Sanktion vorsehen.

§ 27c StGB²⁷ wurde mit Inkrafttreten des 2. StrRG im Jahr 1975 wieder aus dem StGB gestrichen (und durch das unter 3. erörterte Alternativmodell ersetzt). Das Regelungsmodell lebt aber noch im heutigen § 17 Abs. 4 OWiG fort. Dieser ermöglicht konfiskatorische Geldbußen in unbegrenzter Höhe.²⁸ Die Geldstrafe neben Freiheitsstrafe ermöglichende Regelung des § 27a RStGB ist durch das EGStGB in § 41 StGB überführt²⁹ und (zumindest ursprünglich) mit einer dezidiert konfiskatorischen Zwecksetzung unterlegt worden.³⁰

¹⁶ Diese grundlegenden Zusammenhänge werden allerdings von denjenigen verkannt, die jede auf Abschreckung zielende Sanktion automatisch als Kriminalstrafe einordnen, vgl. DAV, Stellungnahme Nr. 62/2025 (Reform der Vermögensabschöpfung), Oktober 2025, S. 11, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4r5wrhq>, unter Berufung auf Dannecker, NSTz 2006, 683 (684).

¹⁷ S. nur Hoerster, S. 12.

¹⁸ Grundlegend Lobe, LZ 1919, Sp. 289 (290) (in Bezug auf § 7 PreistreibereiVO v. 8.5.1918); s.a. Burghart, wistra 2011, 241 (244) sowie BT-Drs. 18/9525, S. 48; BVerfGE 156, 354 (394).

¹⁹ Im Kondiktionsrecht des preußALR war das Recht des Fiskus normiert, dem Empfänger einer Zahlung aus verbotenem Geschäft „den verbotenen Gewinn zu entreißen“ (§ 173 I 16), vgl. RGZ 16, 88 (104 f.) (Konfiskation der Entlohnung aus einer korruptiven Unrechtsvereinbarung bei Abgeordnetenbestechung).

²⁰ Vgl. Saliger, ZStW 129 (2017), 995 (1000 ff.); zur sog. civil forfeiture US-amerikanischer Provenienz Marstaller, Grenzüberschreitende Einziehung, 2022, S. 121 ff.

²¹ Näher Marstaller/Zimmermann, Non-conviction-based confiscation in Deutschland?, 2018, S. 66 ff.

²² Dazu BVerfGE 156, 354.

²³ Vgl. El-Ghazi/Zimmermann, wistra 2020, 64; a.A. allerdings noch BGHSt 18, 136.

²⁴ Es steht dem Gesetzgeber (in den Grenzen des Art. 5 EGStGB) grds. frei, eine Sanktion, die auch nicht-pönal ausgestaltet werden könnte (z.B. das Fahrverbot oder die Sicherungsverwahrung), durch entsprechende Bezeichnung zu einer pönalen Sanktion zu erklären (und dadurch zu einer Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK zu machen). Unzulässig ist indes der Umkehrschluss: Auch bei dezidiert neutral gehaltener Bezeichnung kann eine materiell pönale Sanktion gegeben sein (wie es bei der gem. § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB als Maßnahme titulierten Strafeinziehung nach § 74 StGB der Fall ist).

²⁵ Die Verortung in einem bestimmten Rechtssystem entscheidet nicht über den materiellen Charakter einer Sanktion. Bspw. enthält das Strafrecht auch materielles Polizeirecht (etwa die in § 61 StGB genannten Sanktionen) und das Zivilprozessrecht (in § 890 ZPO) materielles Strafrecht.

²⁶ RGBL. 1924, S. 44. Die Vorschrift lautete: „Die Geldstrafe soll das Entgelt, das der Täter für die Tat empfangen, und den Gewinn, den er aus der Tat gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so darf es überschritten werden.“ Näher zum Einziehungsscharakter der Vorschrift Hellwig, Das Geldstrafengesetz, 3. Aufl. (1924), S. 87.

²⁷ Bzw. seit 1970: § 27b StGB, BGBl. 1969 I, S. 645 (648) (1. StrRG).

²⁸ Vgl. Beck-online Meldung „Diesel-Skandal: Audi muss 800 Millionen Euro Bußgeld zahlen“ v. 16.10.2018, online abrufbar unter: <https://bit.ly/3WX9Llt>.

²⁹ Zur verschachtelten Entstehungsgeschichte BGHSt 32, 60 (62 f.).

³⁰ Vgl. die Interpretation von BT-Drs. V/4095, S. 21 f. bei BGH, BeckRS 2024, 42374 Rn. 24-26; von einer (subsidiären) konfiskatorischen Zwecksetzung scheint bspw. auch noch OLG Celle, NSTz 2008, 711 (712) auszugehen.

Das Modell der strafintegrierten Abschöpfung punktet mit dem Charme der Einfachheit. Es ist verfahrenspraktisch tendenziell unkomplizierter, wirtschaftliche Vorteile bereits mit der Hauptsanktion abzuschöpfen.³¹ Die Schwächen dieses Modells sind aber beträchtlich. Eine besteht darin, dass die Sanktion nicht zur Anwendung kommen kann, wenn eine Verurteilung zur Geldstrafe nicht möglich ist, etwa bei fehlender Schuld.³² Zudem liegt ein fundamentales Problem darin, dass das Modell bei der Bemessung einer ahndenden Sanktion Inkommensurables miteinander vermischt.³³ Die Höhe der eigentlichen Strafe (bzw. Buße) bemisst sich anhand der Schwere des Schuldvorwurfs (vgl. § 46 StGB bzw. § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG); die Höhe des gewinnabschöpfenden Teils der Geldstrafe (bzw. -buße) bemisst sich jedoch an der Höhe des Tatgewinns. Hat ein Täter zwar nur sehr geringe Schuld auf sich geladen, aber durch die Tat enormen Gewinn vereinnahmt, fällt die ahndende Sanktion infolge der konfiskatorischen Zusatzstrafe trotz geringer Schuld entsprechend hoch aus. Dies stellt spätestens dann einen Verstoß gegen das Gebot schuldangemessenen Strafens dar, wenn der Täter nicht willens oder in der Lage ist, die Geldstrafe zu bezahlen. Denn dann wird die Geldstrafe typischerweise in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt (vgl. § 43 StGB) – und der Täter müsste trotz seiner nur geringen Schuld eine erhebliche Freiheitsstrafe verbüßen. Die Rspr. hat hieraus richtigerweise den Schluss gezogen, dass die „ein zusätzliches Strafübel dar[stellende]“³⁴ Geldstrafe nach § 41 StGB nicht als Instrument zur kondiktionsähnlichen Gewinnabschöpfung eingesetzt werden darf, die auf die tat- und schuldangemessene Freiheitsstrafe aufgeschlagen wird.³⁵

Aber selbst dann, wenn, wie im Ordnungswidrigkeitenrecht, eine Umwandlung der pönalen Geldzahlungssanktion in einen Freiheitsentzug nicht in Betracht kommt,³⁶ bleibt es bei einer problematischen Verquickung wesensmäßig grundverschiedener Sanktionsarten unter dem begrifflichen Dach einer (vermeintlich) einheitlichen Sanktion. Als Konsequenz fordert die Rspr., § 17 Abs. 4 OWiG so zu handhaben, dass bei der Bußgeldverhängung eindeutig ist, welcher Teil der Geldbuße Abschöpfungs- und welcher Teil Ahndungsfunktion hat.³⁷ Dies ist bereits in der praktischen Handhabung nicht ganz trivial.³⁸ Aber auch unabhängig davon spricht jedenfalls das Gebot der Normenklarheit gegen das Einheitssanktionsmodell: Zum

einen trägt es zur Begriffsverunklarung bei, wenn punitiv konnotierte Begriffe wie die „(Ahndung mit einer) Geldbuße“ (vgl. § 1 Abs. 1 OWiG) für eine dezidiert nicht-pönale Zwecksetzung in Dienst genommen werden.³⁹ Zum anderen stellt sich die Frage, welchen Mehrwert die Einheitssanktion überhaupt hat, wenn die Gerichte im Urteil eine sauber begründete Trennung vorzunehmen verpflichtet sind. Vieles spricht deshalb dafür, den als kondiktionsartig verstandenen Entzug von Tatvorteilen auch terminologisch-formell als eigenständige Zusatzmaßnahme neben einer ggf. verhängten (Haupt-)Strafe auszuweisen.

2. Modell „Opferentschädigung“

Ein Alternativmodell zur konfiskatorischen Geldstrafe besteht darin, die Vorteilsabschöpfung durch eine formell getrennte, kondiktionsartige Nebenfolge der strafrechtlichen Verurteilung herbeizuführen. Die quasi-bereicherungsrechtliche Zielsetzung einer solchen neben der Strafe zu verhängenden Zusatzsanktion wird verbreitet als „Korrektur einer irregulären Vermögenszuordnung“ umschrieben.⁴⁰ Eine konsequente Orientierung an diesem konditionellen Charakter berücksichtigt neben dem Herausgabeaspekt – also dem *Entzug* der Tatvorteile – auch die zweite Hälfte des zivilrechtlichen Kondiktionsgedankens: dass die rechtsgrundlose Bereicherung *auf jemandes Kosten* erfolgt ist und deshalb der dem Täter entzogene Vorteil wieder an seinen ursprünglichen Inhaber zurückgelangen soll. Eine so konzipierte Zusatzsanktion der Vorteilsabschöpfung hat die Gestalt eines Opferschutzinstruments.⁴¹

Der Gedanke, eine strafrechtliche Abschöpfung von Tatvorteilen als Sanktion auszugestalten, die auf Rückgabe des irregulär Erlangten an das Tatopfer gerichtet ist, wird vor allem in internationalen Rechtstexten betont (vgl. Art. 18 EU-Vermögensabschöpfungs-RL; Art. 57 Abs. 1 UNCAC). Aber auch im nationalen Strafrecht existieren Instrumente, die die Abschöpfung von Tatvorteilen mit der Rückgewährung an die Tatopfer verknüpfen. Zu nennen sind das in den Strafprozess integrierte (aber nach zivilprozessualen Beweislastregeln zu entscheidende⁴²) Adhäsionsverfahren nach § 403 StPO⁴³ sowie die (als „strafähnliche Sanktion“ ausgestaltete)⁴⁴ Bewährungsaufgabe gem. § 56b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB, den zivilrechtlichen

³¹ So Mitsch, in: KK-OWiG, § 17 Rn. 113.

³² Vgl. Meyberg, in: BeckOK-OWiG, § 29a Rn. 2.

³³ Vgl. Eser, in: FS Stree/Wessels, 1993, S. 833 (839).

³⁴ BGH, NStZ-RR 2020, 239.

³⁵ BGHSt 32, 60 (67); BGH, NStZ 2003, 198; BGH, NStZ-RR 2004, 167 (168); BGH, wistra 2016, 187 (189).

³⁶ Dazu Mitsch, in: KK-OWiG, § 96 Rn. 2.

³⁷ BGH, NStZ 2006, 231 (232 f.) m. zust. Anm. Achenbach; OLG Frankfurt a.M., NStZ-RR 2024, 185.

³⁸ Zu den „technischen“ Schwierigkeiten und Fehlerquellen bei der Berechnung einer aus beiden Teilen gebildeten Gesamtbuße s. BayObLG, NZWiSt 2024, 487 m. Anm. Peukert/Dzyk.

³⁹ Vgl. Achenbach, ZIS 2012, 178 (179 f.); ferner Greco, GA 2015, 503 (515), der in ähnlichem Zusammenhang vor einer „semantischen Verschmutzung“ warnt.

⁴⁰ S. nur BVerfGE 156, 354 (381); BVerfGE 110, 1 (16 f.); Müller-Metz, NStZ 2018, 400 (401).

⁴¹ Vgl. F. Meyer, ZStW 127 (2015), 241.

⁴² Vgl. Noll, NStZ 2024, 729: „[D]er Grundsatz ‚in dubio pro reo‘ [ist] im Adhäsionsverfahren nicht anwendbar. [...] Es ist daher denkbar, dass ein Angeklagter [...] freigesprochen und zugleich [...] zur Zahlung eines Schmerzensgeldes verurteilt wird“.

⁴³ Zur Möglichkeit, im Adhäsionsverfahren Bereicherungsansprüche des Tatopfers gegen den Täter durchzusetzen, s. exemplarisch Schreiner, in: MüKo-StPO, Bd. 3, 2. Aufl. (2024), § 403 Rn. 26.

⁴⁴ BGH, NJW 2024, 1831 (1832); Ostendorf/Bartsch, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 56b Rn. 1; Groß/Kett-Straub, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. (2020), § 56b Rn. 2.

Anspruch des Opfers auf Schadenswiedergutmachung zu erfüllen.⁴⁵

Allerdings beziehen sich diese Instrumente auf strafprozessuale Sondersituationen. Eine allgemeine Sanktion der Rückgewährungsverpflichtung als strafrechtliche Nebenfolge existiert im nationalen Strafrecht nicht (mehr). Ihre Schaffung wäre auch nicht ratsam. Zum einen hat sich eine solche in der Vergangenheit als extrem unpraktikabel erwiesen. Der – inzwischen aufgegebene – Versuch des Gesetzgebers, den strafrechtlichen Verfall bereits materiell-rechtlich (nämlich über seine tatbestandlichen Voraussetzungen) in den Dienst der Opferentschädigung zu stellen, gilt aus verschiedenen Gründen gemeinhin als gescheitert.⁴⁶ Die maßgeblichen Vorschriften (§§ 73 Abs. 1 S. 2, 73d Abs. 1 S. 3 StGB a.F.) sind zutreffend als „Totengräber“ der Vermögensabschöpfung bezeichnet worden.⁴⁷

Zum anderen gerät das auf individuelle Tatopfer fokussierte Rückübertragungskonzept naturgemäß an seine Grenzen, wenn es um den Entzug von Tatvorteilen aus Delikten ohne konkretes Opfer geht, bspw. bei Drogenhandel oder bestimmten Korruptionsdelikten.⁴⁸ Es erscheint daher vorzugswürdig, Instrumente zur Opferentschädigung, idealerweise i.V.m. weiteren Regelungen zum Social Re-use konfiszierter Vermögenswerte,⁴⁹ erst in ein nachgelagertes „Verteilungsverfahren“ zu implementieren (vgl. § 459h StPO),⁵⁰ nicht aber bereits das Verfahren zur Verhängung der Zusatzsanktion gegen den bereicherten Täter damit zu belasten.

3. Modell „Tatertragseinziehung als Kondiktion von hoher Hand“

Eine Regelung, die die Kernprobleme der vorgenannten Modelle vermeiden will, hat zweierlei zu beachten: Der

Entzug der Tatvorteile muss, erstens, ausgestaltet sein als *nicht-pönale* Nebenfolge der strafrechtlichen Sanktion für die Tat, aus der die Bereicherung herrührt. Zweitens besteht ihre Rechtsfolge im Eigentumsübergang *auf den Staat* (und nicht in der Rückübertragung an das Tatopfer); Opferrechte spielen für ihre Voraussetzungen und Rechtsfolge keine Rolle. Ein solches Regelungsmodell wird als „Kondiktion von hoher Hand“ bezeichnet.⁵¹

a) Historisches: Verfall, Mehrerlösabführung und Tatertragseinziehung

Das deutsche Strafrecht hatte diesen Weg zunächst nur für den Bereich der (insoweit opferlosen) Amtsträgerkorruptionsdelikte beschritten. § 335 RStGB bestimmte, dass das vom Bestochenen „Empfangene oder der Werth desselben für dem Staate verfallen zu erklären [ist].“ Vergleichbare nebenstrafrechtliche Vorschriften wurden alsbald für die Bestechlichkeit in der Privatwirtschaft⁵² sowie für einige Wucherdelikte⁵³ geschaffen. Aber erst mit dem 2. StrRG wurde der Verfall zu einer allgemeinen Sanktion ausgebaut,⁵⁴ die auf sämtliche (Bereicherungs-)Delikte anwendbar ist.⁵⁵ Sie findet sich heute in § 73 StGB (und § 29a OWiG) und heißt seit 2017 amtlich „Einziehung von Taterträgen“. Als Relikt der Einziehung bei nebenstrafrechtlichen Wucherdelikten existiert überdies noch die Spezialvorschrift zur Mehrerlösabführung in § 8 WiStG.⁵⁶

Die Zusatzsanktion der Tatertragseinziehung hat – anders als die konfiskatorische Geldstrafe – grds. keinen Strafcharakter.⁵⁷ Dafür spricht neben ihrer neutralen Bezeichnung als „Maßnahme“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) und dem Umstand, dass sich inhaltsgleiche (Spezial-)Regeln auch außerhalb des Strafrechts finden,⁵⁸ insbesondere ihre materielle Kondiktionsartigkeit,⁵⁹ die auch in ihren terminologischen Anleihen bei § 812 BGB („erlangtes Etwas“)

⁴⁵ Teilweise wird aber die Ansicht vertreten, die (punitive) Auflage nach § 56b Abs. 2 StGB mit dem Ziel der Tatgewinnabschöpfung zugunsten des Opfers sei unzulässig, weil diese konditionellen Charakters sei und daher nicht im Wege einer strafähnlichen Sanktion durchgesetzt werden dürfe (i.d.S. *OLG Hamm*, NStZ 1991, 583; *LG Mühlhausen*, BeckRS 2011, 11936). Dies verkennt jedoch, dass es keinen logischen Fehler darstellt, wenn eine materiell-restitutive Maßnahme im Gewand einer formal-pönalen Sanktion auftritt, s. Fn. 24.

⁴⁶ Näher *Bohne/Boxleitner*, NStZ 2007, 552 ff.; *F. Meyer*, ZStW 127 (2015), 241 (243 ff.); *Saliger*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 73 Rn. 23 ff. Zum „äußerst komplizierten und unübersichtlichen Verfahren [der sog.] Rückgewinnungshilfe gem. §§ 111b V, 111g II StPO a.F.“ *BGH*, BeckRS 2024, 42374 Rn. 27.

⁴⁷ *BGH*, BeckRS 2024, 42374 Rn. 27; *Barreto da Rosa*, ZRP 2012, 39 (40); *Eberbach*, NStZ 1987, 486 (491).

⁴⁸ Vgl. *Marstaller/Zimmermann*, S. 69.

⁴⁹ Weiterführend zu Modellen des Social Re-use *F. Meyer*, ZRP 2015, 244 (245 ff.).

⁵⁰ Die Schaffung (irgend)eines Opferentschädigungsinstruments ist verfassungsrechtlich geboten, BVerfGE 110, 1 (31).

⁵¹ So etwa von *Burghart*, wistra 2011, 241 (244).

⁵² § 12 Abs. 3 UWG i.d.F. von 1909 (RGBl. 1909, S. 499 (502)); dazu *Sotiriadis*, Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, 2010, S. 63-65.

⁵³ Ausdrücklich als „Einziehung“ bezeichnete Vorschriften finden sich in § 3a VO über Preisbeschränkungen bei Verkäufen von Web-, Wirk- und Strickwaren i.d.F. v. 14.9.1916 (RGBl. 1916, S. 1022) und § 7 VO gegen Preistreiberei v. 8.5.1918 (RGBl. 1918, S. 395 (397)); dazu *Eser* (Fn. 7), S. 34 f. sowie – aus zeitgenössischer Perspektive – *Alsberg*, DJZ 1918, Sp. 369 (371 f.).

⁵⁴ BGBl. 1969 I, S. 717; im OWiG wurde mit § 29a eine entsprechende Vorschrift 1986 mit dem 2. WiKG geschaffen (BGBl. 1986 I, S. 721).

⁵⁵ Inwiefern der heutige § 73 StGB auch auf Nichtvermögensdelikte Anwendung findet, ist noch ungeklärt, vgl. *BGH*, NZWiSt 2024, 371 (zu § 240 StGB); *AG Frankfurt a.M.*, NZWiSt 2025, 268 (zu § 185 StGB).

⁵⁶ Die Vorschrift ist gegenüber § 73 StGB bzw. § 29a OWiG lex specialis, s. § 8 Abs. 4 WiStG.

⁵⁷ So neben der Rspr. (Nachw. in Fn. 40) auch die h.L., *Altenhain/Fleckenstein*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 73 Rn. 2; *Golla/Wolters*, in: SK-StGB, 10. Aufl. (2024), Vorb. § 73 Rn. 16; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 31. Aufl. (2025), Vorb. § 73 Rn. 5; *Heine*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 73 Rn. 6; *Joecks/Meißner*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 44), Vorb. § 73 Rn. 54; zweifelnd aber *Eser/Schuster*, in: TK-StGB, 31. Aufl. (2025), Vorb. § 73 Rn. 16; *Saliger*, in: NK-StGB (Fn. 44), Vorb. §§ 73-76b Rn. 24.

⁵⁸ Vorschriften zur nicht-pönalen hoheitlichen Abschöpfung von aus Rechtsverstößen erzielten Erträgen finden sich z.B. in § 44a Abs. 5 AbgG (bei unzulässiger Vorteilsannahme durch Abgeordnete), Art. 79a BayBG a.F./§ 42 Abs. 2 BeamStG (beamtenrechtlicher Verfall verbotenerweise angenommener Geschenke) und § 34 GWB (Vorteilsabschöpfung bei Kartellrechtsverstößen).

⁵⁹ Ausf. *Zivanic*, Das zivil- bzw. bereicherungsrechtliche Verständnis der Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff., 75 ff. StGB), 2022.

zum Ausdruck kommt. Am Fehlen des Strafcharakters ändert zudem auch der Umstand nichts, dass die Einziehung im StGB geregelt und als Annexsanktion im Rahmen des Strafverfahrens durchgesetzt wird.⁶⁰ Die Gründe für die (unionsrechtlich beglaubigte)⁶¹ Regelungstechnik der Implementierung ins Straf(prozess)recht sind vornehmlich praktischer Natur: Aspekte des Sachzusammenhangs (Kompetenz von StA und Strafgerichten zur Aufklärung von Straftaten) und Ressourcenschonung.⁶²

b) Verbot eines reinen Bruttoprinzips

Die Einbettung der nicht-pönalen Restitutionsanktion in das Strafverfahren birgt aber auch die latente Gefahr einer unheilvollen „Vermischung“ der strafrechtlichen Sphäre mit derjenigen des Bereicherungsrechts. Den damit verbundenen Herausforderungen sollte der Gesetzgeber mit möglichst klaren Regelungen begegnen. Das betrifft zuvorderst die Bestimmung und den Umfang des Einziehungsgegenstands. Diesbezüglich leuchtet zunächst ein, dass sich die Einziehung nicht notwendig auf einen unmittelbar durch oder für die Tat erlangten Vermögenswert – den sog. Originalgegenstand – zu beschränken braucht. Es entspricht nämlich kondiktionsrechtlichen Maximen (vgl. § 818 Abs. 1, 2 BGB), die Tatertragseinziehung auch auf werthaltige Nutzungen (§ 73 Abs. 2 StGB), an die Stelle des Ursprungsgegenstands getretene Surrogate (§ 73 Abs. 3 StGB) und ggf. auch auf Wertersatz zu erstrecken, wenn sich der eigentliche Einziehungsgegenstand nicht mehr im Vermögen des irregulär Bereicherten befindet (§ 73c StGB).⁶³

Problematisch wird es jedoch, wenn der Täter infolge der Einziehung schlechter gestellt wird, als er ohne die Tatbegehung dastünde. Denn bei der nicht-pönalen Tatertragseinziehung darf eine Abschöpfung eigentlich nur im Umfang der tatsächlich beim Täter angefallenen Gewinne erfolgen (Netto-Prinzip). Demgegenüber wäre eine reine Brutto-Abschöpfung, durch die dem Täter ungeachtet seiner etwaigen Aufwendungen alles entzogen wird, was er kausal durch die Tat erlangt hat, als überschießendes Strafübel mit dem Kondiktionsgedanken unvereinbar.⁶⁴ Aus diesem Grund ordnet § 73d StGB an, dass bei der Bestimmung des Wertes des einzuziehenden Erlangten die vom Täter investierten Aufwendungen abzuziehen sind, sofern es sich nicht um eine missbilligte Investition in ein verbotenes Geschäft handelt.

Inwieweit allerdings die zuletzt genannte Regelung (bei einem expansiven Verständnis) sich noch im Rahmen ei-

ner auch zivilrechtlich zulässigen (partiellen) Brutto-Abschöpfung bewegt, ist umstritten.⁶⁵ Dasselbe gilt in Bezug auf etwaige Doppelbelastungen, die drohen, wenn Tatgewinne zunächst durch juristische Personen „hindurchgeschleust“ werden und infolgedessen der letztlich Begünstigte das Erlangte sowohl als Schadensersatz (an die juristische Person) als auch im Wege der Einziehung (an den Fiskus) herauszugeben verpflichtet ist.⁶⁶

c) Selbstständige Einziehung

Des Weiteren widerspricht es der Logik des konditionellen Verständnisses der Tatertragseinziehung, für sie einen vollwertigen Schuldspruch vorauszusetzen. Interpretiert man sie nämlich als Umsetzung des „universell gültigen Gerechtigkeitsprinzips“, dass derjenige, der etwas erhalten hat, was ihm nicht zusteht, es nicht behalten darf,⁶⁷ so gibt es keinen Grund, dass bspw. Schuldunfähige die durch Drogenhandel erlangte Bereicherung behalten dürfen. Konsequenterweise müsste eine Tatertragseinziehung auch gegen schuldunfähige, gegen abwesende und unbekannte Täter, ja sogar gegen Tote (bzw. deren Erbmasse) möglich sein. Stimmt man dieser Prämisse zu, ergibt sich die Schwierigkeit, dass in diesen Fällen die Integration der Tatertragseinziehung in ein subjektives Strafverfahren nicht mehr möglich ist. Als Lösung sehen der deutsche (und auch der europäische)⁶⁸ Gesetzgeber ein selbständiges („objektives“) Einziehungsverfahren vor, bei dem es keinen Angeklagten gibt (§ 76a Abs. 1–3 i.V.m. § 435 StPO).

Das ist im Grunde konsequent und bei Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch (verfassungs-)rechtlich unbedenklich.⁶⁹ Allerdings ist das objektive Einziehungsverfahren von der Idealtypik eines subjektiven Strafverfahrens so weit entfernt, dass es sich im tradierten Regelwerk einer Strafprozessordnung zwangsläufig als Fremdkörper ausnimmt und nur mit beträchtlichem Aufwand bruchlos in dieses einfügen lässt. Die damit verbundenen rechtlichen Herausforderungen sind beträchtlich und von der StPO noch nicht hinreichend bewältigt. Ungelöste Probleme sind etwa im Bereich des Übergangs vom subjektiven zum objektiven Verfahren zu verzeichnen,⁷⁰ zudem hinsichtlich des ermittlungsbehördlichen Eingriffsinstrumentariums im objektiven Vorverfahren.⁷¹

d) Zuordnungsproblem

Aber auch für den Fall, dass sich in Bezug auf die soeben erwähnten Probleme tadellose Lösungen finden, stößt die

⁶⁰ S. dazu Fn. 25.

⁶¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie über die Abschöpfung und Einziehung von Vermögenswerten, RL 2024/1260/EU (Fn. 1), der ausdrücklich von der „Einziehung von Vermögensgegenständen im Rahmen von Verfahren in Strafsachen“ spricht.

⁶² Es gilt insoweit dasselbe wie für das Adhäsionsverfahren.

⁶³ Vgl. Burghart, wistra 2011, 241 (245).

⁶⁴ Zum straftheoretischen Hintergrund Marstaller/Zimmermann, S. 73 f. m.w.N.

⁶⁵ Vgl. Saliger, in: NK-StGB (Fn. 44), § 73d Rn. 1; ferner BVerfGE 110, 1 (21); Rönau/Begemeier, NSTZ 2021, 705 (707 f.).

⁶⁶ Dazu Schauenburg/Rossbrey, NZWiSt 2024, 381 (389); Elschenbroich, wistra 2022, 353 (356 ff.).

⁶⁷ Vgl. Schwab, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2024), § 818 Rn. 132; Rui/Sieber, in: Rui/Sieber, S. 245, 294; Weßlau, StV 1991, 226 (227).

⁶⁸ Vgl. Art. 15 der Richtlinie über die Abschöpfung und Einziehung von Vermögenswerten, RL 2024/1260/EU (Fn. 1).

⁶⁹ Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit s. nur BbgVerfG, NJW 1997, 451.

⁷⁰ Dazu BGH, NJW 2024, 1202 m. Anm. Brand/Zivanic; BGH, NSTZ 2022, 252 m. Anm. El-Ghazi; OLG Köln, BeckRS 2024, 17212 m. Bespr. Krauß/Seeger, NZWiSt 2025, 144.

⁷¹ Rhein, HRRS 2024, 87 ff.; Zimmermann, NZWiSt 2023, 161 ff.

stets an den Nachweis der konkreten Herkunftstat geknüpfte Tatertragseinziehung in praktischer Hinsicht an eine Grenze: Das Zuordnungsproblem.⁷² Am Beispiel: Wird ein gewerbsmäßig Dealender beim Handel mit 5g Heroin erwischt, kann zwar der hierfür erlangte Kaufpreis i.H.v. 150,- EUR als Tatertrag eingezogen werden;⁷³ seinen Sportwagen und die in seiner Luxuswohnung aufgefundenen zwei Mio. in bar darf er ohne konkreten Herkunftstat-Nachweis hingegen behalten.⁷⁴ Um diesem Problem Herr zu werden, bedarf es ergänzender Regelungen anderer Art (näher dazu V.).

IV. Regelungsmodelle zur Sanktionierung sog. Enabler

Wenn es darum geht, Taterträge vor dem Zugriff des Staats oder des Opfers der Vortat zu schützen, ist der Täter häufig auf die (professionelle) Unterstützung Dritter angewiesen – bspw. Familienmitglieder, Strohleute und Finanzagenten, aber auch Rechtsanwälte, Finanz- und Steuerberater oder Immobilienmakler. Diese sog. Enabler⁷⁵ unterstützen den Vortäter dabei, seinen unverdienten Reichtum aus Straftaten verborgen zu halten; sie tragen zur Schaffung von Legenden bei oder helfen, inkriminierte Vermögenswerte scheinlegal wieder in den Wirtschaftskreis einzuschleusen. Eine konsequente Umsetzung des *crime must not pay*-Gedankens muss daher auch Instrumente vorsehen, die sich gegen die Enabler richten. Hinter solchen Regelungen steckt die (Präventions-)Idee, dass derjenige, der sich kriminell bereichert, keine Helfer und Mitprofiteure finden soll.

Erreicht werden soll dies, indem die Mitwirkung an Verschleierungshandlungen (auch)⁷⁶ mit strafrechtlichen Mitteln so unattraktiv wie möglich gemacht wird. Dabei findet sich auch in Bezug auf die Enabler im Instrumentenkasten des Gesetzgebers die Zweiteilung zwischen pönalen und konditionellen Sanktionen. Zum einen geht es also um die Bestrafung des täterbegünstigenden Umgangs mit inkriminierten Vermögenswerten – und zwar jenseits der Beteiligung an der Vortat über die Figur der (sukzessiven) Beihilfe⁷⁷ (dazu 1.). Zum anderen gibt es quasi-konditionelle Instrumente, deren Zweck darin besteht, Taterträge abzuschöpfen, die auf tatunbeteiligte Dritte verschoben worden sind (2.).

1. Modell „Bestrafung der Enabler“ (insbesondere Geldwäsche)

Zunächst kann die Solidarisierung mit dem Vortäter bzw. der supportive Umgang mit dessen Taterträgen als eine Art nachträgliche Beihilfe (*auxilium post factum*) eigenständig unter Strafe gestellt werden. Zu den tradierten Delikten, die darauf abzielen, Dritte von der Solidarisierung mit dem Vortäter abzuhalten, zählen Begünstigung (§ 257 StGB) und Hehlerei (§ 259 StGB), ferner die Straf- und Einziehungsverleitung (§ 258 Abs. 1 und 2 StGB). Der kriminalpolitische Topos, auf dem diese sog. Anschlussdelikte fußen, ist grds. einleuchtend: Wer dem Vortäter dabei hilft, die Früchte seiner Tat zu erhalten und zu genießen, schafft beim Vortäter (und bei potenziellen Nachahmern) einen Anreiz zur erneuten Begehung derartiger oder ähnlicher Straftaten.⁷⁸

Anfang der 1990er Jahre ist der Deliktsskanon der Anschlussdelikte durch die Einführung der Geldwäsche (§ 261 StGB) bedeutend ausgeweitet worden. Ausschlaggebend war neben der internationalen Entwicklung der Geldwäschebekämpfung,⁷⁹ dass die tradierten Tatbestände als zu eng betrachtet wurden, um angemessen auf Unterstützungshandlungen zugunsten der organisierten Kriminalität zu reagieren.⁸⁰ Die hinter § 261 StGB stehende Regelungsidee ist simpel: Wer Umgang hat mit strafrechtlich kontaminierten Vermögenswerten, macht sich wegen Geldwäsche strafbar. Die Strafwürdigkeit des Geldwäschers lässt sich damit begründen, dass er das Auffinden des Vermögensgegenstandes, dessen Einziehung und damit die Rechtspflege stört; zugleich greift er das Rechtsgut der Vortat in mehrfacher Hinsicht an.⁸¹ Er setzt einen Anreiz zur erneuten Begehung derartiger Delikte durch den Vortäter (Wiederholungsgefahrsteigerung); er senkt durch seine Solidarisierung mit diesem aber auch die Wahrscheinlichkeit, dass das Opfer seinen Vermögensgegenstand wiedererlangt (Unrechtsperpetuierung); und zuletzt trägt der Geldwäscher dazu bei, dass kontaminierte Vermögenswerte in den legalen Wirtschafts- und Finanzkreislauf fließen (Geldwäschestrafbarkeit als „Firewall der legalen Wirtschaft“).⁸²

Umstritten ist, ob die Verfolgung der Geldwäsche eher als Holzweg oder als (potenzielle) Erfolgsgeschichte betrachtet werden muss.⁸³ Fakt ist, dass der Tatbestand nie wie

⁷² Dazu bereits J. Meyer, ZRP 1990, 85 (86); Hoyer, GA 1993, 406 (408).

⁷³ Fabricius, in: Patzak/Fabricius, BtMG, 11. Aufl. (2024), § 33 Rn. 144 m.w.N.

⁷⁴ Bsp. nach Krey/Dierlamm, JR 1992, 353 (356); für einen vergleichbaren realen Fall s. exemplarisch den der Entscheidung BGH, NZWiSt 2025, 456 zugrundeliegenden Sachverhalt.

⁷⁵ S. bspw. Teichmann, NZWiSt 2023, 441 (443); DAV, Stellungnahme Nr. 58/2022, Oktober 2022, online abrufbar unter: <https://bit.ly/47YwkeP>.

⁷⁶ Zum Vorschlag, Verschleierungshandlungen (auch) auf sachenrechtlicher Ebene zu erschweren, Arzt, NStZ 1990, 1 (6).

⁷⁷ Zwar ist nach Ansicht der Rspr. eine Bestrafung wegen (sukzessiver) Beihilfe noch vor Beendigung möglich, BGH, NStZ-RR 2024, 279; BGH, BeckRS 2020, 25633 Rn. 7; BGH, NStZ 2008, 284 ff., jedoch gibt es keine (sukzessive) Beihilfe nach der Beendigung, s. BGH, NZWiSt 2023, 101 ff.

⁷⁸ Zur Hehlerei: BGHSt 7, 134 (137); 42, 196 (198); Altenhain, in: NK-StGB (Fn. 44), § 259 Rn. 3; Maier, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. (2025), § 259 Rn. 2; Hecker, in: TK-StGB, § 259 Rn. 1; Jahn, in: SSW-StGB, § 259 Rn. 1 f.; Geppert, Jura 1994, 100; zur Geldwäsche: BT-Drs. 12/989, S. 27; El-Ghazi, NZWiSt 2024, 337 (343); Neumann, ZJS 2022, 820 (825); zur Einziehungsverleitung Horter, ZStW 136 (2024), 503 (510).

⁷⁹ El-Ghazi, in: Herzog-GwG, 5. Aufl. (2023), § 261 StGB Rn. 2 ff.; zum (neueren) supranationalen Recht s. Schröder/Blaue, NZWiSt 2019, 161 ff.

⁸⁰ Ambos, ZStW 114 (2002), 236 (249 ff.); ausführlich Sotiriadis, S. 204 ff.

⁸¹ Ausführlich zum Rechtsgut El-Ghazi, in: Herzog-GwG, § 261 StGB Rn. 35 ff.; s. auch Schindler, NZWiSt 2020, 457 (458 f.).

⁸² Vogel, ZRP 2020, 111.

⁸³ Sehr krit. bspw. Bulte, NZWiSt 2025, 51; Fischer, Über das Strafen, 2018, S. 273 ff.; ders., Zeit-online v. 13.10.2015, online abrufbar unter: <https://bit.ly/49kUthY>; ders., Spiegel-online v. 28.8.2020, online abrufbar unter: <https://bit.ly/3WXa8fR>.

gewünscht funktioniert hat und deshalb beständig erweitert worden (und inzwischen zum umfangreichsten Paragraphen des StGB angewachsen) ist. Bei seiner Einführung war § 261 StGB noch auf die Pönalisierung des Umgangs mit Erträgen aus Organisierter Kriminalität (im Folgenden: OK),⁸⁴ als deren Triebfeder der finanzielle Ertrag gilt,⁸⁵ ausgerichtet. Nicht *jeder* kriminell erlangte Vermögensgegenstand, sondern nur ein solcher aus einer im Gesetz abschließend benannten Straftat war geldwäschetauglich. Da dieses Katalogmodell allerdings in der Praxis als Anwendungshemmnis galt,⁸⁶ erfolgte 2021 ein Wechsel zum sog. all-crimes-Ansatz. Seither ist (fast) jeder Tatertrag, auch solcher aus Bagatelldelikten, geldwäschetauglich – und als unbeabsichtigte Nebenfolge der Hohlereitattbestand überflüssig geworden.⁸⁷

Der (praktische) Vorzug des all-crimes-Ansatzes wird darin gesehen, dass die Anforderungen an die Feststellung der Vortat deutlich abgesunken sind. Da der Vermögensgegenstand nicht mehr aus einer *bestimmten* Straftat herzurühren braucht, ist es nicht mehr notwendig, dass das Herrühren aus einer Nichtkatalogtat zweifelsfrei ausgeschlossen werden muss. Im Grunde genügt es jetzt, dass sich das Gericht vom Herrühren aus *irgendeiner* Straftat überzeugt, ohne dass zu dieser Vortat weitere Feststellungen notwendig sind. Hinsichtlich der Vortat ist also eine unbeschränkte Wahlfeststellung statthaft.⁸⁸ Ob sich allerdings die damit verbundene Hoffnung auf Verurteilungen „großer Fische“⁸⁹ realisiert, lässt sich noch nicht beurteilen. Es fehlt noch an Erkenntnissen dazu, welchen Täterkreis die (zuletzt stark angestiegenen) Verurteilungen nach § 261 StGB betreffen.

2. Modelle „Einziehung bei Dritten“

Konditionelle Modelle sind in personeller Hinsicht nicht auf Täter und Teilnehmer der einziehungsrechtlichen Herkunftstat begrenzt. Taterträge, die von einem Tatbeteiligten an Nichtbeteiligte (Dritte) weitergereicht werden, können unter gewissen Voraussetzungen auch bei diesen eingezogen werden. Der Sinn solcher Dritteinziehungsregelungen besteht zum einen darin, dem Vortäter die Möglichkeit zu nehmen, eine Einziehung bei ihm dadurch zu vereiteln, dass er den Tatertrag einfach an einen Treuhänder weiterleitet; zum anderen wird infolge der entschädi-

gungslosen Einziehung beim Dritten der finanzielle Anreiz für diesen ausgeschaltet, dem Täter Hilfe zu leisten. Dieses Regelungsmodell wird insbesondere dann als legitim angesehen, wenn der Dritte hinsichtlich der Herkunft des inkriminierten Vermögenswertes bösgläubig oder aus anderen Gründen nicht schutzwürdig ist.⁹⁰ Folgende Ausprägungen dieses Regelungsmodells sind hervorzuheben:

a) Dritteinziehung

§ 73b StGB sieht die Möglichkeit einer sog. Dritteinziehung vor. Die Vorschrift setzt keine strafrechtliche Verstrickung des Dritten in die Herkunftstat voraus. Aber auch wenn die Maßnahme also Tatunbeteiligte trifft, behält sie dem Dritten gegenüber ihren quasi-konditionellen Charakter, da dieser in seinem Vertrauen auf das Behaltendürfen nicht schutzwürdig ist. Im Ausgangspunkt muss der Dritte daher keine „Schuld“ (i.S.d. Schuldgrundsatzes) auf sich geladen haben (vgl. § 73b Abs. 1 bzw. 2 StGB). Voraussetzung der Dritteinziehung ist lediglich, dass entweder der Täter als Vertreter des Dritten gehandelt hat oder die Übertragung auf ihn unentgeltlich, rechtsgrundlos oder qua Erbfall stattgefunden hat. Zudem lässt § 73b Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) StGB die Einziehung beim Dritten auch dann zu, wenn dieser zum Zeitpunkt der Übertragung bösgläubig war,⁹¹ er also das Herrühren des Erlangens aus einer Straftat kannte oder grob fahrlässig verkannt hat.⁹² Mit der Anknüpfung an die Unentgeltlichkeit bzw. Bösgläubigkeit macht sich § 73b StGB kondiktionsrechtliche Wertungen des Zivilrechts zu eigen (§§ 819 Abs. 1, 822, 932 BGB): Der Bereicherte ist in diesen Fällen nicht oder nur eingeschränkt schutzwürdig.⁹³

Allerdings ist bei der quasi-konditionellen Drittabschöpfung besonders darauf zu achten, dass die Maßnahme nicht ins Pönale umschlägt. Anders als der Vortatbeteiligte hat der Dritte keine rechtswidrige Tat verwirklicht. Zur Einhegung der Drittabschöpfung trägt vor allem § 73e Abs. 2 StGB bei.⁹⁴ Eine Entreicherung des Dritten schließt grundsätzlich die Dritteinziehung aus, es sei denn, dem Betroffenen waren die Umstände, welche die Anordnung der Einziehung gegen den Tatbeteiligten ansonsten zugelassen hätten, zum Zeitpunkt des Wegfalls der Bereicherung bekannt oder leichtfertig unbekannt. Auch insoweit

⁸⁴ Altenhain, in: NK-StGB (Fn. 44), § 261 Rn. 2; El-Ghazi, in: Herzog-GwG, § 261 StGB Rn. 4.

⁸⁵ BT-Drs. 12/989, S. 1.

⁸⁶ Dazu El-Ghazi/Laustetter, NZWiSt 2021, 209 f.; El-Ghazi, in: Herzog-GwG, § 261 StGB Rn. 10 ff.

⁸⁷ El-Ghazi/Laustetter, NZWiSt 2023, 121; ferner Zivanic, WiJ 2023, 12 (14 f.).

⁸⁸ So schon El-Ghazi, in: Herzog-GwG, § 261 StGB Rn. 58.

⁸⁹ So BMF, PM v. 11.10.2023, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4o1wLuP>; zuvor betrafen die Verurteilung fast ausschließlich „kleine“ Finanzagenten, s. Bussmann/Veljovic, NZWiSt 2020, 417 (418).

⁹⁰ Vgl. Rostalski, NZWiSt 2018, 169 (174).

⁹¹ Altenhain/Fleckenstein, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 73b Rn. 5; nicht nachvollziehbar hingegen Stieger-Greger, ZfStw 2025, 247 (248, 251 f.), der aus § 73e Abs. 2 StGB den Schluss ziehen möchte, dass eine nachträgliche Bösgläubigkeit ebenfalls zur Einziehung führen müsse. Dabei übersieht er, dass § 73e Abs. 2 StGB vor allem in den Fällen des § 73b Abs. 1 Nr. 1 und 2 Buchst. a) StGB seine Hauptrelevanz erlangt.

⁹² Joecks/Meißner, in: MüKo-StGB (Fn. 44), § 73b Rn. 17; Eser/Schuster, in: TK-StGB, § 73b Rn. 8; Fleckenstein, Die strafrechtliche Abschöpfung von Taterträgen bei Drittbegünstigten, 2017, S. 226 f.; Bittmann, KriPoZ 2016, 121 (125); a.A. Heuchemer, in: BeckOK-StGB, 66. Ed. (Stand: 1.8.2025), § 73b Rn. 7; Stieger-Greger, ZfStw 2025, 247 (248 f.) unter Verweis auf § 122 BGB.

⁹³ Lohse, in: LK-StGB, Bd. 6, 14. Aufl. (2024), § 73b Rn. 21; zur alten Rechtslage Lieckfeldt, Die Verfallsanordnung gegenüber den Drittbegünstigten, 2008, S. 403 ff.

⁹⁴ Fleckenstein, S. 110 ff., 258; Saliger, in: NK-StGB (Fn. 44), § 73e Rn. 26.

greift das Einziehungsrecht kondiktionsrechtliche Wertungen auf, vgl. § 818 Abs. 3 BGB.⁹⁵

Prozessual wird die Dritteinziehung grds. realisiert, indem die (natürliche oder juristische) Person des Dritten, gegen die im Hinblick auf die Herkunftstat kein eigenes Strafverfahren geführt wird, als sog. Einziehungsbeteiligter (gem. §§ 424 ff. StPO) am Strafverfahren gegen einen Beteiligten der Herkunftstat beteiligt wird.⁹⁶

b) Tatertragseinziehung beim Geldwäscher

Eine Alternative zur Dritteinziehung besteht in der Kombination der Pönalisierung von Geldwäsche mit der „normalen“ Tatertragseinziehung. Grundsätzlich kann gegen einen Geldwäscher, der Zugriff auf den Tatertrag des Vortäters erlangt hat, eine Dritteinziehung ausgesprochen werden.⁹⁷ Die Geldwäschetat selbst stellt für den Geldwäscher allerdings auch eine potenzielle „eigene“ Herkunftstat i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB dar.⁹⁸ Regelmäßig wird der Geldwäscher aus dieser Geldwäschetat „etwas“ i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB erlangt haben. Als durch die Tat „erlangt“ gelten Werte, die aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufs dem Täter in der Weise zufließen,⁹⁹ dass sie seiner faktischen bzw. wirtschaftlichen (Mit-)Verfügungsgewalt unterliegen.¹⁰⁰ Derjenige, der vom Vortäter Bargeld überlassen bekommt, macht sich also nicht nur der Geldwäsche schuldig (§ 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB); er hat auch das Bargeld „durch“ diese Geldwäschetat erlangt, so dass dieses Barmittel bei ihm als Tatertrag abgeschöpft werden kann (§ 261 Abs. 10 S. 3 StGB i.V.m. § 73 Abs. 1 StGB).¹⁰¹

Die Einziehung des Tatertrags im subjektiven Verfahren gegen Geldwäscher steht und fällt allerdings mit dem Nachweis einer Geldwäschetat. Diese wiederum setzt den Nachweis des Herrührens des Geldwäscheobjekts aus einer rechtswidrigen Vortat voraus. An dieser Stelle stehen die Strafverfolgungsbehörden vor der Herausforderung, einen sog. Inkriminierungszusammenhang nachzuweisen. Zwar kann auf nähere Feststellungen zur Vortat grundsätzlich verzichtet werden (Stichwort: all-crimes-Ansatz). Wenn aber *keinerlei* Erkenntnisse zur Herkunft des verdächtigen Vermögenswertes vorliegen, lässt sich eine legale Herkunft nur selten zweifelsfrei ausschließen.¹⁰²

Das Problem des Nachweises des Inkriminierungszusammenhangs wird dadurch potenziert, dass ersparte Aufwendungen, z.B. nicht gezahlte (also hinterzogene) Steuern, nicht (mehr) in den Anwendungsbereich des § 261 StGB fallen.¹⁰³ Auf nähere Feststellungen zur Vortat kann au-

ßerdem dann nicht verzichtet werden, wenn sich ein Vortat-Auslandsbezug nicht auszuschließen lässt. Für Vermögenswerte, die aus Auslandstaten herrühren, gelten die strafeinschränkenden Voraussetzungen des § 261 Abs. 9 StGB (Katalogtatmodell). Die Geldwäschetauglichkeit von Werten aus Auslandsvortaten kann man daher nur beurteilen, wenn Erkenntnisse zur Art der Vortat vorliegen. Gerade in Fällen, in denen organisierte und professionelle Tätergruppierungen am Werk sind, wird man einen transnationalen Bezug nur selten ausschließen können.

V. Regelungsmodelle zum Umgang mit Vermögen unklarer Herkunft

Wie in diesem Beitrag bereits mehrfach angeklungen, steht oftmals das Zuordnungsproblem einer zupackenden Finanzkriminalitätsbekämpfung im Weg. Erinnerung sei an das bereits oben erwähnte Beispiel des gewerbsmäßigen Dealers, dem das bei ihm aufgefundene Bargeld mit den bislang erörterten Instrumenten nicht entzogen werden kann, solange es an einem mehr oder weniger konkreten Herkunftstat-Nachweis fehlt. Das gilt selbst dann, wenn, wie im Fall eines chronisch mittellosen Heranwachsenden, der plötzlich auf unerklärliche Weise gigantische Immobilieneigentümer anhäuft,¹⁰⁴ eine legale Herkunft nach dem gesunden Menschenverstand praktisch ausgeschlossen erscheint. Dass diese Situation gerade für einen auf das Vertrauen seiner Bürger in die Durchsetzung von Recht und Gerechtigkeit angewiesenen demokratischen Rechtsstaat höchst problematisch ist, liegt auf der Hand.¹⁰⁵ Sehr umstritten ist allerdings, welche rechtsstaatlich akzeptablen Regelungsoptionen zur Behebung dieser misslichen Situation zur Verfügung stehen. Auch insoweit finden sich einerseits mit Strafe operierende Regelungsmodelle (dazu 1.), andererseits nicht-pönale Einziehungsinstrumente (dazu 2.).

1. Regelungsmodelle „Verdachtsstrafe“

Eine Option besteht darin, bereits das Innehaben der Verfügungsgewalt über einen *verdächtigen* Vermögenswert unklarer Herkunft eigenständig zu kriminalisieren. Hinter derartigen Strafnormen steht die Idee einer Beweiserleichterung: Lässt sich nicht aufklären, aus welcher konkreten Herkunftstat ein verdächtiger Vermögensgegenstand herührt (sodass seinem Inhaber weder eine Beteiligung an der konkreten Herkunftstat, noch die für eine Geldwäsche-Tatertrags- bzw. Dritteinziehung notwendige Verwaltung eines fremden Tatertrags nachgewiesen werden kann), soll der Betroffene zur Aufklärungsmithilfe gezwungen oder aber, falls er sich weigert, bestraft werden. Egal, wie sich der Betroffene hier entscheidet – er verliert:

⁹⁵ Eser/Schuster, in: TK-StGB, § 73e Rn. 3; Lindemann/Bauerkamp, in: NK-WSS, 2. Aufl. (2022), StGB § 73e Rn. 12; Fleckenstein, S. 256.

⁹⁶ Saliger, in: NK-StGB (Fn. 44), § 73b Rn. 1. In Ausnahmefällen lässt das Gesetz auch ein selbstständiges Einziehungsverfahren gegen den Dritten zu, vgl. § 76a Abs. 1 bis 3 StGB.

⁹⁷ Näher Stieger-Greger, ZfStw 2025, 247.

⁹⁸ El-Ghazi, GWuR 2022, 49 (51 f.).

⁹⁹ BGH, NStZ-RR 2021, 373; Fischer/Lutz, in: Fischer, StGB, 72. Aufl. (2025), § 73 Rn. 23.

¹⁰⁰ BGH, StV 2022, 12; BGH, NStZ-RR 2021, 373; BGH, StV 2021, 707.

¹⁰¹ Ausführlich El-Ghazi, GWuR 2022, 49 (51 f.).

¹⁰² Näher zur (restriktiven) praktischen Handhabung des Vortatnachweises Wegner, ZfStw 2025, 465 (467 f.).

¹⁰³ BGH, NStZ-RR 2024, 147; BGHSt 66, 147; OLG Saarbrücken, NStZ 2021, 622 f. m. Anm. Winkler, jurisPR-StrafR 17/2021 Anm. 3; Bülte, NZWiSt 2021, 399.

¹⁰⁴ Vgl. den Sachverhalt bei KG, NZWiSt 2021, 74.

¹⁰⁵ Näher El-Ghazi/Wegner/Zimmermann, Im Zweifel verdächtiges Vermögen einziehen, LTO v. 1.4.2022, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4nTUnkQ>.

im Falle eines „Geständnisses“ der illegalen Herkunft den Vermögensgegenstand (der dann eingezogen werden kann), im Falle des Schweigens seine Freiheit.

a) Modell „Illicit Enrichment“

Es gibt verschiedene Ansätze zur Umsetzung dieses Gedankens. In seiner Reinform präsentiert er sich in dem international als „illicit enrichment“ geläufigen Delikt, das sich z.B. in Australien und Taiwan,¹⁰⁶ aber auch im Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption (UNCAC)¹⁰⁷ findet. Nach Art. 20 UNCAC sollen die Vertragsstaaten in Erwägung ziehen, einen Straftatbestand einzuführen, der die „erhebliche Zunahme des Vermögens eines Amtsträgers, die er im Verhältnis zu seinen rechtmäßigen Einkünften nicht plausibel erklären kann“, pönalisiert.¹⁰⁸

In Deutschland begegnet man diesem Delikt indes mit Ablehnung.¹⁰⁹ Hauptkritikpunkt ist ein Verstoß gegen das Verbot von Verdachtsstrafen. Zwar ist es dem rechtsstaatlichen Gesetzgeber in bestimmten Grenzen möglich, aus Gründen der Beweisvereinfachung im materiellen Strafrecht einen eigentlich sanktionslegitimierenden (aber schwer zu beweisenden) Umstand durch ein auf diesen Umstand lediglich hindeutendes (und leichter zu beweisendes) Indiz zu substituieren; von der Wirkung her kommt diese Form der Beweisvereinfachung einer (unwiderleglichen) Vermutung gleich.¹¹⁰ Bei Art. 20 UNCAC wird aber der Bogen schon deshalb überspannt, weil das maßgebliche Indiz in einem an und für sich sozialadäquaten Verhalten (scil. der Anhäufung von Vermögen) besteht. Inwiefern diese Problematik dadurch entschärft werden könnte, dass eine solche Strafnorm ausdrücklich „nur“ als Verstoß gegen eine legitimierbare Offenlegungspflicht (etwa bei hochrangigen Amtsträgern oder im Falle katalogisierter schwerwiegender Verdachtsmomente) konstruiert wird, bedarf noch eingehender Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann.

Erschwerend kommt hinzu, dass der Vorwurf, illicit enrichment begangen zu haben, den Beschuldigten durch Strafandrohung zum Geständnis einer etwaigen Herkunftstatbeteiligung nötigt und infolgedessen mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit inkompatibel erscheint.¹¹¹ Inwiefern dieses Problem durch ein Beweisverwertungsverbot neutralisiert werden kann und ob ein solches die Funktion eines illicit enrichment-Tatbestandes zunichtemacht, bedarf ebenfalls einer (hier nicht leistbaren) gründlichen Analyse.

b) Modell „Selbstgeldwäsche“

Eine mildere Variante des illicit enrichment-Konzepts stellt die Kriminalisierung der sog. Selbstgeldwäsche dar. Nach diesem Modell, das sich u.a. in § 261 Abs. 7 StGB und in Art. 13 der geplanten EU-Antikorruptions-Richtlinie¹¹² findet, wird bestraft, wer Umgang mit einem Vermögensgegenstand hat, der aus (irgend)einer von ihm selbst begangenen Herkunftstat herrührt. Das Verdachtsstrafen-Problem ist hierbei namentlich dadurch entschärft, dass zumindest das Herrühren des Vermögensgegenstands aus (irgend)einer rechtswidrigen Tat – und damit ein kriminelles Verhalten des Beschuldigten – nachgewiesen werden muss (wenn auch unter der Geltung des all-crimes-Modells nur nach dem Maßstab einer unbegrenzten Herkunftstat-Wahlfeststellung).

Gleichwohl ist die Selbstgeldwäschestrafbarekeit kein probates Mittel, um das Zuordnungsproblem effektiv und rechtsstaatlich einwandfrei in den Griff zu bekommen. Unter Effektivitätsgesichtspunkten zeigt sich auch bei der Selbstgeldwäsche die (bereits unter IV. 2. b) dargestellte Schwierigkeit, dass ohne gewisse Anhaltspunkte in Bezug auf die Herkunftstat der Nachweis des Herrührens aus (irgend)einer Straftat kaum zu führen ist. Zudem ist die Pönalisierung der Selbstgeldwäsche unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten deshalb bedenklich, weil völlig unklar ist, worin hierbei die Rechtsgutsverletzung bestehen soll. Sieht man den „wahren Grund“ für die Bestrafung der Geldwäschehandlung (also den Umgang des Geldwäschers mit der Beute aus seiner eigenen Tat) im Unrecht der Herkunftstat, muss man sich entweder mit dem Einwand der Doppelverwertung auseinandersetzen (wenn die konkrete Vortat aufklärbar ist)¹¹³ oder mit demjenigen der Umgehung der Voraussetzungen der begrenzten Wahlfeststellung (wenn lediglich das Vorliegen einer Vortat beweisbar ist, nicht aber deren nähere Natur). Sieht man hingegen ein (zusätzliches) Unrecht der Selbstgeldwäsche in dem Angriff auf die Integrität des Wirtschafts- und Finanzkreislaufs durch das Inverkehrbringen von Schwarzgeld,¹¹⁴ kommt eine Strafbarkeit nur unter sehr engen Voraussetzungen, namentlich bei spezifischen Verschleierungsbemühungen, die über das „normale“ Verwalten von eigener Tatbeute hinausgehen, in Betracht.¹¹⁵

c) Modell „Vermögensstrafe“

Eine weitere Möglichkeit, dem Umgang mit verdächtigen Vermögenswerten pönal zu begegnen, ist die allgemeine

¹⁰⁶ Zum taiwanischen Tatbestand der „speziellen Geldwäsche“ nach § 15 Abs. 1 S. 1 taiwanisches Geldwäschegesetz Hsu, in: Sinn/Zöller/Esser, Reform der Vermögensabschöpfung, 2019, S. 124 f.; die australische Regelung findet sich in Art. 400.9 des Criminal Code Act 1995.

¹⁰⁷ United Nations Convention against Corruption v. 31.10.2003, BGBl. 2014 II, S. 762 (763 ff.).

¹⁰⁸ Nationale Varianten dieses Deliktstypus sind teilweise nicht auf Amtsträger beschränkt, sondern als Allgemeindelikt formuliert. Dazu, dass sich der Deliktstypus auch universalisieren und für den Kampf gegen Geldwäsche in Stellung bringen ließe, El-Ghazi/Jansen, in: Wolf/Meyer, Handbuch Korruptionsforschung, 2025, Kapitel: Geldwäsche und Korruption, S. 9 ff.

¹⁰⁹ BT-Drs. 18/2138, S. 82; Kliegel, Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung, 2013, S. 389; van Aaken, ZaöRV 2005, 407 (412); Deiters, PVS 2005, 424 (430).

¹¹⁰ Marstaller/Zimmermann, S. 101 f.; s. auch Bülte, JZ 2014, 603 (604 ff.).

¹¹¹ Ausführlich Kliegel, S. 316 ff.

¹¹² EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption v. 3.5.2023, COM (2023) 234 final, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4i66JW0>.

¹¹³ Dazu El-Ghazi/Wegner/Zimmermann, wistra 2023, 353 (361); Teixeira, NSTZ 2018, 634 (638).

¹¹⁴ So insbes. BGH, NJW 2019, 533 (534).

¹¹⁵ Vgl. exemplarisch BGH, BeckRS 2025, 21115 Rn. 14 f.

Vermögensstrafe.¹¹⁶ Die Idee hinter diesem Instrument ist, gegen eine Person, die wegen (irgend)einer typischerweise dem Bereich der OK zugeschriebenen Tat verurteilt wird, anlässlich dieser Verurteilung eine Zusatzstrafe zu verhängen, die darin besteht, dass ihr das (gesamte) Vermögen (bzw. bei Uneinbringlichkeit: die Freiheit) entzogen wird. Legitimation für diese Zusatzstrafe ist der (u.a. durch die Verurteilung wegen einer OK-Tat beglaubigte) Verdacht, dass das Vermögen dieser Person aus Straftaten herrührt.¹¹⁷

In Deutschland hatte die von 1992 bis 2017 in § 43a StGB a.F. geregelte allgemeine Vermögensstrafe vor dem BVerfG keinen Bestand.¹¹⁸ Ihr (bereits unter III. 1. beschriebenes) unheilbares Grundgebrechen bestand darin, dass eine hart-pönale Sanktion zur Abschöpfung von Taterträgen ungeeignet ist, weil die Maßstäbe für die Bemessung einer Strafe mit denjenigen der Bemessung einer Tatertragsabschöpfung inkompatibel sind.¹¹⁹ Zumindest als Instrument zur Tatertragsabschöpfung ist die Vermögensstrafe daher ein Irrweg.

2. Regelungsmodelle zur Einziehung verdächtiger Vermögenswerte

Ansätze, dem Phänomen verdächtigen Vermögens unklarer Herkunft mit *nicht-pönalen* Instrumenten zu begegnen, gehen dahin, eine quasi-konditionelle Tatertragseinziehung bereits unabhängig von einer strafgerichtlichen Verurteilung und ohne konkrete Zuordnung des Vermögensgegenstandes zu einer bestimmten Tat zuzulassen. In der Sache geht es also auch darum, das Zuordnungsproblem im Rahmen der Einziehung mit gewissen Beweiserleichterungen aufzulösen.

Modelle, die die Einziehung nicht mehr vom Erfordernis einer Verurteilung wegen einer Straftat abhängig machen, sind inzwischen internationaler Standard. Speziell in Deutschland begegnet man aber Bestrebungen, die die Anforderungen an den Nachweis der Inkriminierung absenken wollen, mit größter Skepsis.¹²⁰ Jedoch lässt sich generell festhalten, dass zumindest im Rahmen eines konsequent (quasi-)konditionell ausgestalteten Einziehungsregimes kein zwingendes Argument für ein Verbot von gewissen Beweisvereinfachungen erkennbar wäre.¹²¹ Sämtliche Gründe, die im Hinblick auf pönale Sanktionen

ein Aufweichen von Schuldprinzip (materiell) bzw. Unschuldsumsetzung und nemo-tenetur-Grundsatz (prozessual) kategorisch verbieten, greifen nicht, wenn es (nur) um eine nicht-pönale Tatertragseinziehung geht.¹²² Jenseits der Kriminalstrafe besteht aufgrund mangelnder Geltung strafverfassungsrechtlicher Garantien also deutlich mehr „Beinfreiheit“. Die vorgeschlagenen Instrumente zur Einziehung von verdächtigen Vermögenswerten werden sich in verfassungsrechtlicher Hinsicht (Eigentumsgarantie, informationelle Selbstbestimmung) im Kern vor allem am Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen müssen. Dass solche Instrumente zudem grundsätzlich konventionskonform sind, hat der EGMR wiederholt bestätigt.¹²³ Hinsichtlich der konkreten Konzeption und Ausgestaltung der Einziehung von verdächtigen Vermögenswerten lassen sich idealtypisch vier Ausprägungen unterscheiden. Teilweise sind diese dem geltenden Recht schon (lange) bekannt.

a) Modell „erweiterte Tatertragseinziehung“

Das Instrument der erweiterten Einziehung erlaubt es, in einem subjektiven Strafverfahren wegen einer konkreten rechtswidrigen Tat die Vermögensabschöpfung auch auf Gegenstände im Gewahrsam des Verurteilten zu erstrecken, die nicht aus der abgeurteilten Tat stammen. Voraussetzung für diese Form der Einziehung ist, dass das Gericht die Überzeugung gewinnt, dass die (weiteren) Gegenstände durch andere (ungeklärte) Straftaten erlangt worden sind – diese Gegenstände können dann anlässlich einer Verurteilung „mitabgeschöpft“ werden. Die Verurteilung wegen der rechtswidrigen Anlasstat fungiert bei der erweiterten Einziehung sozusagen als „Türöffner“ für eine ubiquitäre Einziehung, ohne dass die weiteren Herkunftstaten konkretisiert, geschweige denn abgeurteilt werden müssen.¹²⁴ Mit anderen Worten, dass die illegale Herkunft des erweitert einzuziehenden Gegenstandes zumindest in ihren Details unbekannt bleibt,¹²⁵ steht der Einziehung nicht entgegen, sofern der Inhaber des Gegenstandes „zufällig“ wegen einer Straftat verurteilt wird.

In Deutschland ist die Möglichkeit der Ausdehnung der Einziehungsentscheidung auf gegenständliche Taterträge aus anderen, nicht verfahrensgegenständlichen Taten seit 1992 möglich.¹²⁶ Der sog. erweiterte Verfall gem. § 73d StGB a.F. war eine Reaktion auf das Phänomen der OK

¹¹⁶ Die allgemeine ist abzugrenzen von der gegenständlich spezifizierten Vermögensstrafe, welche den Entzug des Eigentums an einem konkret tatverstrickten Gegenstand (bspw. einem Tatmittel) zum Bestandteil der Strafe für diese Tat macht (exemplarisch: dem Drogenhändler wird als Nebenstrafe sein Smartphone, über das er die Tat, derentwegen er verurteilt wird, organisiert hat, eingezogen). Näher zur Deutung der Strafeinziehung nach § 74 StGB als besondere Form der Vermögensstrafe Joecks/Meißner, in: MüKo-StGB (Fn. 44), § 74 Rn. 2; Eser/Schuster, in: TK-StGB, Vorb. §§ 73 ff. Rn. 20.

¹¹⁷ Vgl. Arzt, NStZ 1990, 1 (6) (Verfallsanordnung für verdächtiges Vermögen).

¹¹⁸ Für nichtig erklärt durch BVerfGE 105, 135; näher zu § 43a StGB a.F. und den Hintergründen der BVerfG-Entscheidung Marstaller/Zimmermann, S. 29 f.

¹¹⁹ So im Hinblick auf § 43a StGB a.F. auch BGHSt 41, 20 (24 f.).

¹²⁰ S. nur Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. (2020), § 437 Rn. 1 ff.; Langlitz/Scheinfeld, in: MüKo-StPO (Fn. 43), § 437 Rn. 15 ff.

¹²¹ Vgl. auch Skamel, NStZ 2025, 525 (526); Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi, KriPoZ 2023, 428 (429 f.); ausführlich El-Ghazi/Wegner/Zimmermann, Vereinbarkeit von Beweiserleichterungen im Recht der erweiterten selbstständigen Einziehung von Taterträgen mit höherrangigem Recht, 2025 [bislang unveröffentlichtes Kurzgutachten].

¹²² Ausf. Marstaller/Zimmermann, S. 53–80.

¹²³ EGMR, NVwZ 2016, 1621 (1626); EGMR, BeckRS 2021, 3965 Rn. 57 f.; EGMR, BeckRS 2019, 47295 Rn. 65.

¹²⁴ Krey/Dierlamm, JR 1992, 353 (357); Rönnau/Begemeier, NZWiSt 2016, 260.

¹²⁵ Teilweise wird die Struktur der erweiterten Einziehung insoweit mit derjenigen der Wahlfeststellung verglichen, s. Fischer, StGB, 71. Aufl. (2024), § 73a Rn. 8 („§ 73a ähnelt einer Wahlfeststellung unter Weglassen der Tatbestandsgarantie“).

¹²⁶ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.7.1992, BGBl. 1992 I, S. 1302 ff.

und sollte zu einer effektiveren Vermögensabschöpfung in diesem Kriminalitätsfeld beitragen.¹²⁷ Der Anwendungsbereich des Instituts beschränkte sich entsprechend auf Anlasstaten, die der OK zugeordnet wurden. Insbesondere der durch die Anlassverurteilung nachgewiesene Bezug des Beteiligten zur OK diente zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Eigentumsfreiheit.¹²⁸ Das Instrument der erweiterten Einziehung wurde allerdings mit der Reform des Vermögenseinziehungsrecht 2017 deutlich ausgeweitet.¹²⁹ Damit wollte der Gesetzgeber u. a. den Vorgaben aus Art. 5 der EU-Richtlinie (EU) 2014/42¹³⁰ gerecht werden. Seither ist die erweiterte Einziehung wegen jeder Anlasstat statthaft,¹³¹ obwohl weder die (inzwischen aufgehobene) Richtlinie (EU) 2014/42 noch die neue Richtlinie (EU) 2024/1260¹³² eine universelle Anwendung der erweiterten Einziehung zwingend vorschreibt bzw. vorschreibt.

Die Vorzüge des Instruments der erweiterten Einziehung liegen auf der Hand. Es begegnet insbesondere dem Zuordnungsproblem. Folgender Fall verdeutlicht die Vorteile: Eine Sparkasse erstattet eine Verdachtsmeldung nach § 43 GwG bei der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU). Kunde K zahle wöchentlich mehrere Tausend EUR in bar auf sein Konto ein. Aus den übrigen Kontobewegungen ergibt sich, dass der Kunde von Sozialleistungen lebt. Die FIU leitet die Verdachtsmeldung an die Staatsanwaltschaft weiter. Da der Kunde bereits mehrfach wegen BtM-Handel in nicht geringer Menge vorbestraft ist, erfolgt eine Hausdurchsuchung wegen des Verdachts auf eine Tat nach § 29a BtMG. Dabei finden die Strafverfolgungsbehörden 150 g Kokain, 2.000 EUR in bar und Schmuck im Wert von 25.000 EUR. Außerdem ist der Beschuldigte im Besitz eines Fahrzeugs im Wert von 75.000 EUR. K wird hinsichtlich der 150 g Kokain gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG verurteilt. Im Strafverfahren bleibt aber ungeklärt, woher die übrigen Vermögenswerte stammen.

Zumindest über dieses Zuordnungsproblem hilft die (gegenüber der regulären Einziehung nach § 73 StGB subsidiäre)¹³³ erweiterte Einziehung nach § 73a StGB hinweg. Bei fehlender Zuordenbarkeit können die im Bei-

spielsfall aufgefundenen Vermögenswerte (Bargeld, Schmuck, Luxusfahrzeug, Kontoguthaben) im Wege der erweiterten (Wertersatz-)Einziehung auf Grundlage des § 73a (i.V.m. § 73c StGB) eingezogen werden, wenn das Gericht davon überzeugt ist, dass diese Gegenstände ebenfalls aus (irgendwelchen) rechtswidrigen Taten stammen. Gerade im OK-Bereich und bei professionell agierenden Tätergruppen dürfte dieser Nachweis allerdings aus den nachfolgend skizzierten Gründen nicht immer leicht zu führen sein. Zwar betont die Rspr. regelmäßig, dass keine überspannten Anforderungen an den Nachweis der inkriminierten Herkunft bei der erweiterten Einziehung gestellt werden dürfen.¹³⁴ Insbesondere sei nicht notwendig, dass Einzelheiten zur Herkunftstat bekannt sind;¹³⁵ auch könne der Nachweis der inkriminierten Herkunft auf Indizien beruhen,¹³⁶ wobei auch die in § 437 StPO genannten Gesichtspunkte herangezogen werden können, obwohl diese (nebulöse) Vorschrift im erweiterten Einziehungsverfahren nach § 73a StGB keine unmittelbare Anwendung findet.¹³⁷ Nichtsdestotrotz besteht eines der Hauptthemen bei der Anwendung des § 73a StGB darin, dass bereits (vernünftige) Zweifel an der inkriminierten Herkunft die erweiterte Einziehung ausschließen.¹³⁸ Weder gilt (wie z.B. im schweizerischen Einziehungsrecht bei OK-Mitgliedschaft)¹³⁹ eine Beweislastumkehr, noch ist der Zweifelsgrundsatz im erweiterten Einziehungsverfahren nach § 73a StGB suspendiert.¹⁴⁰ Einer engagierten Verteidigung dürfte es wenig Probleme bereiten, zumindest derartige Zweifel zu säen und die erweiterte Einziehung dadurch zu vereiteln.

Ein weiteres strukturelles Hemmnis bei der Anwendung der erweiterten Einziehung stellt das Erfordernis der Verurteilung wegen einer Anlasstat dar. Kann dem Besitzer hochgradig verdächtiger Vermögenswerte keine Anlasstat zweifelsfrei nachgewiesen werden, ist die erweiterte Einziehung auch dann nicht möglich, wenn es sich den Strafverfolgungsbehörden geradezu aufdrängt, dass jene Vermögensgegenstände einem kriminellen Geschehen entsprungen sind. Virulent ist dies bspw. bei Zollkontrollen¹⁴¹ und Geldbotenfällen¹⁴², aber auch bei Korruptionskonstellationen¹⁴³.

¹²⁷ BT-Drs. 12/989, S. 23.

¹²⁸ BT-Drs. 12/989, S. 23; vgl. auch BVerfGE 110, 1 (24 ff.).

¹²⁹ Krit. *Rönnau/Begemeier*, NZWiSt 2016, 260.

¹³⁰ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union.

¹³¹ Näher *Lohse*, in: LK-StGB, § 73a Rn. 2 f.

¹³² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. April 2024 über die Abschöpfung und Einziehung von Vermögenswerten (Fn. 1), vgl. Art. 14 Abs. 3.

¹³³ Zur Subsidiarität der erweiterten Einziehung gegenüber der originären Einziehung nach § 73 StGB *BGH*, wistra 2025, 170 f.; *BGH*, NSZ-RR 2022, 340; *BGH*, wistra 2022, 256; ausführliche Begr. bei *Rönnau/Begemeier*, ZStW 133 (2021), 287 (321).

¹³⁴ BGHS 40, 371, 373; *Saliger*, in: NK-StGB (Fn. 44), § 73a Rn. 16.

¹³⁵ *BGH*, wistra 2024, 345 (346); *BGH*, NJW 2023, 2956; *BGH*, NSZ-RR 2021, 336 (337); *BGH*, BeckRS 2021, 8404.

¹³⁶ *Lohse*, in: LK-StGB, § 73a Rn. 46 spricht von „mittelbarer Beweisführung“.

¹³⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 66; *BGH*, NSZ-RR 2018, 380 (381); *BGH*, BeckRS 2018, 40271.

¹³⁸ *BGH*, NJW 2023, 2956; *Lohse*, in: LK-StGB, § 73a Rn. 46.

¹³⁹ Vgl. Art. 72 S. 2 schweizerisches StGB. Zu einem (gescheiterten) Versuch des deutschen Gesetzgebers, den erweiterten Verfall gem. § 73d StGB a.F. mit einer Beweisvereinfachung zu versehen, *Marstaller/Zimmermann*, S. 30 ff.

¹⁴⁰ Für § 76a StGB i.V.m. § 437 StPO: *OLG Hamburg*, StraFo 2024, 302 ff.

¹⁴¹ BT-Drs. 18/9525, S. 48. Ein „klassisches“ Bsp. ist nach *Temming*, in: BeckOK-StPO, 57. Ed. (Stand: 1.10.2025), § 437 Rn. 1.1, „der Goldklumpenfall, in dem drei Orientalen mit einem Pkw die Grenze nach Deutschland überqueren wollen, bei der Zollkontrolle ein Klumpen aus verschiedenen Legierungen zusammengeschmolzenes Gold im Pkw gefunden wird, die Einführer eine plausible Erklärung für den Gegenstand nicht geben können/wollen und auch umfangreiche Recherchen keinen Anhalt dafür geben, ob und aus welcher Straftat der Gegenstand stammt.“ Weitere einschlägige Fallbeispiele aus der Praxis bei *Hoffmann*, MDR 1984, 617 (618).

¹⁴² *Korte*, wistra 2018, 1 (8); *Barreto da Rosa*, NZWiSt 2018, 215 (218). Detaillierte Beispiele bei *Köhler/Burkhard*, NSZ 2017, 665 (671 f.).

¹⁴³ Anschauungsmaterial bietet der Sachverhalt in *EGMR*, NVwZ 2016, 1621.

b) Modell „erweiterte selbstständige Einziehung“ (NCBC)

Ein (subsidiäres)¹⁴⁴ Instrument, das die skizzierten Mängel der erweiterten Tatertragseinziehung beheben soll, wird als erweiterte selbstständige Einziehung bzw., geläufiger, als non-conviction-based confiscation (NCBC) bezeichnet. Entsprechende Regelungen finden sich etwa im italienischen¹⁴⁵ und im schweizerischen¹⁴⁶, seit 2017 mit § 76a Abs. 4 StGB aber auch im deutschen Einziehungsrecht.¹⁴⁷

Das Problem der fehlenden Verurteilung wegen einer Anlasstat wird bei der NCBC dadurch behoben, dass das Einziehungsverfahren nunmehr bereits durch eine bloße Verdachtslage ausgelöst wird – etwa im Rahmen eines (später ggf. eingestellten) Ermittlungsverfahrens wegen einer schwerwiegenden Straftat (Katalogtatverdachtsmodell, vgl. § 76a Abs. 4 S. 1 und 3 StGB), wegen der (vermuteten) Zugehörigkeit einer Person zu einer gefährlichen Organisation (vgl. Art. 24 des italienischen Codice Antimafia)¹⁴⁸ oder wegen des Verdachts, dass der Inhaber eines Vermögenswerts als sog. politisch exponierte Person (PEP) in kleptokratische Machenschaften verwickelt ist (vgl. Art. 3 Abs. 2 des schweizerischen Bundesgesetzes über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmäßig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen [SRVG]). Da ein solches Einziehungsverfahren, im Unterschied zur „normalen“ erweiterten Einziehung, nicht als Annex zu einem subjektiven Strafverfahren, sondern „ad rem“ (d.h. gegen den einzuziehenden Gegenstand) geführt wird, handelt es sich um ein objektives Verfahren; dieses kann also selbst dann betrieben werden, wenn eine tatverdächtige Person gar nicht auszumachen ist (etwa, wenn bei einer Razzia keine Person angetroffen wird, aber Vermögenswerte sichergestellt werden).¹⁴⁹

Eine weitere Besonderheit von NCBC-Regelungen besteht typischerweise darin, dass die Anforderungen an den Nachweis, dass der einzuziehende Gegenstand aus einer Straftat herrührt, durch eine Form der Beweiserleichterung abgesenkt werden. Das Spektrum an möglichen Be-

weisvereinfachungen ist dabei weit; es reicht von einer echten Umkehr der Beweislast (bei der derjenige, der sich auf das Eigentum an dem fraglichen Gegenstand beruft, dessen legale Herkunft beweisen muss)¹⁵⁰ über die Geltung der zivilprozessualen Beweislastverteilungsregeln¹⁵¹ bis zu eher milden Formen einer widerleglichen Vermutung bei Vorliegen bestimmter, auf eine illizite Herkunft hindeutender Indizien.¹⁵² Der deutsche Gesetzgeber hat diesbezüglich mit § 437 StPO zwar eine „besondere Regelung“ für die Beweisführung im NCBC-Verfahren nach § 76a Abs. 4 StGB geschaffen. Der Bedeutungsgehalt dieser Vorschrift ist jedoch gänzlich unklar und umstritten,¹⁵³ in der Praxis vorherrschend ist inzwischen wohl die Interpretation, dass § 437 StPO praktisch funktionslos sei und insbesondere keine Absenkung des Beweismaßes bezüglich des Herrührens eines Gegenstandes aus einer Straftat normiere.¹⁵⁴

Es liegt allerdings auf der Hand, dass die Effektivität einer NCBC-Vorschrift maßgeblich davon abhängt, ob sie eine Einziehung auch für den Fall ermöglicht, dass das Herrühren des fraglichen Gegenstandes aus einer Straftat zwar als sehr wahrscheinlich vermutet wird, nicht aber im Sinne eines strafprozessualen Vollbeweises, d.h. mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, feststeht. Anderenfalls scheitern NCBC-Instrumente an denselben praktischen Schwierigkeiten, wie sie beim Nachweis des Delikts der Geldwäsche typischerweise auftreten.¹⁵⁵ Darüber, inwieweit eine solche Beweisvereinfachung, die notwendigerweise mit einer Abkehr vom in dubio-Grundsatz verbunden ist, grund- und menschenrechtlich überhaupt zulässig wäre, wird gegenwärtig intensiv debattiert.¹⁵⁶ Ausgehend von der Grundüberlegung, dass es sich bei der Tatertragseinziehung nicht um eine pönale Sanktion, sondern um ein kondiktionsartiges Instrument handelt, für welches das Schuldprinzip nicht gilt, spricht jedoch wenig dagegen, die Einziehung qua NCBC von den strengen strafprozessualen Garantien zu entkoppeln. Dafür spricht u.a., dass es nach der Rspr. des BVerfG selbst im Bereich (mild-)pöner Sanktionen, bei deren Verhängung das Schuldprinzip gilt, verfassungskonform sein kann, dem Verdächtigen die Entlastungsbeweislast aufzubürden¹⁵⁷ oder einen täterungünstigen Anscheinsbeweis

¹⁴⁴ Näher Lohse, in: LK-StGB, § 76a Rn. 28a.

¹⁴⁵ Dazu Helfer, StV 2025, 762 (764 ff.); Helferich, GWuR 2023, 137 ff.

¹⁴⁶ Dazu F. Meyer, ZStR 2016, 291 ff.; s. auch Teichmann, ZfStw 2025, 614 (616 f.).

¹⁴⁷ Instruktive Analyse von § 76a Abs. 4 StGB bei F. Meyer, StV 2017, 343 ff. Weitere Nachweise von NCBC-Regelungen in ausländischen Rechtsordnungen bei F. Meyer, in: Zimmermann, Korruptionsstrafrecht, 2023, S. 139 (164 ff.).

¹⁴⁸ Für eine Umgestaltung des § 76a Abs. 4 StGB in diesem Sinne Bittmann/Dennhardt/Pörtner/Sinn, NStZ 2025, 329 (336 f.).

¹⁴⁹ Näher zum Verständnis der NCBC als selbstständiges Verfahren Marstaller/Zimmermann, S. 37 ff.

¹⁵⁰ Vgl. Art. 15 Abs. 3 schweizerisches SRVG.

¹⁵¹ Näher zu dieser Möglichkeit Marstaller/Zimmermann, S. 116 ff.; vgl. auch Kraushaar, NZWiSt 2019, 288 (291 ff.).

¹⁵² Für einen Überblick zu verschiedenen Möglichkeiten der Beweiserleichterung Marstaller/Zimmermann, S. 99 ff.

¹⁵³ Dazu exemplarisch Beckemper, ZStW 134 (2022), 456 (461 ff.); Bussmann/Veljovic, NZWiSt 2020, 417 (423 f.).

¹⁵⁴ Lohse, in: LK-StGB, § 76a Rn. 32; Heine, in: SSW-StPO, 6. Aufl. (2025), § 437 Rn. 4; abw. davon machen Bittmann/Dennhardt/Pörtner/Sinn, NStZ 2025, 329 (335) im Zusammenhang mit § 437 StPO einen „Abschöpfungshype“ aus, „der sich in der Praxis zuweilen kaum noch von der Beweislastumkehr unterscheidet“. Eine abschließende Klärung von legitimer Reichweite und Funktion des § 437 StPO durch das BVerfG ist einstweilen nicht in Sicht, da eine gegen § 76a Abs. 4 StGB, § 437 StPO gerichtete Verfassungsbeschwerde unlängst nicht zur Entscheidung angenommen worden ist, BVerfG, Beschl. v. 9.4.2025 – 2 BvR 533/21.

¹⁵⁵ Tatbestandsstrukturell sind die NCBC und das Delikt der Geldwäsche eng miteinander verwandt. Nach Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665 (672) ist § 76a Abs. 4 StGB „[i]m Kern [...] ein ‚Geldwäschetatbestand‘ für die Vermögensabschöpfung“.

¹⁵⁶ Exemplarisch DAV, Stellungnahme Nr. 62/2025, S. 18 f., online abrufbar unter: <https://bit.ly/4r5wrhq>; Saliger, in: NK-StGB (Fn. 44), Vorb. §§ 73 ff. Rn. 15.

¹⁵⁷ So zur ordnungswidrigkeitenrechtlichen Geldbuße BVerfGE 9, 167 (170 f.) (zu § 23 WiStG 1949); s. auch KG, NStZ 1986, 560 (zu einer tatbestandlichen Vermutungsregel, die der Erleichterung des Schuldnachweises im Artenschutzstrafrecht dient).

zuzulassen.¹⁵⁸ Überzeugende Gründe, warum Derartiges dann im nicht-pönalen Einziehungsverfahren kategorisch ausgeschlossen sein sollte, sind bislang nicht vorgetragen worden.

Rechtsstaatlich am unbedenklichsten erscheint es allerdings, Beweiserleichterungen im NCBC-Verfahren nur dann zuzulassen, wenn die Einziehung gar keinen Straf- (oder strafähnlichen) Charakter aufweist. Dieser steht und fällt – auch aus menschenrechtlicher Perspektive¹⁵⁹ – damit, dass die Einziehung keinen „pönalen Überhang“ aufweist, also tatsächlich nur dasjenige eingezogen wird, was auch bei Anwendung kondiktionsrechtlicher Maßstäbe der Herausgabepflicht unterliegen würde. An dieser Stelle weist die deutsche NCBC-Vorschrift gewisse Detailproblempunkte auf: Betroffen sind einerseits Fälle, in denen über § 76a Abs. 4 StGB nicht nur – i.S.e. Tatertragseinziehung – das aus der bzw. durch die Tat „Erlangte“ abgeschöpft wird, sondern ein von der Strafeinziehung nach § 74 StGB erfasster Gegenstand.¹⁶⁰ Andererseits geht es um Konstellationen, in denen ein Tatertrag mit einem anderen Vermögensgegenstand legaler Herkunft untrennbar vermischt wird (bspw. bei der Verschmelzung von Goldstücken, die nur teilweise illegaler Herkunft sind; oder wenn kriminell erlangtes Bargeld auf ein Konto eingezahlt wird, auf das auch reguläre Einkünfte eingehen), sich die anschließende Einziehung aber auf den Gesamtgegenstand bezieht.¹⁶¹

Ein weiteres – strukturelles – Problem der deutschen NCBC-Norm besteht darin, dass diese an das Vorliegen zumindest eines strafrechtlichen Anlasstatverdachts bzgl. einer Katalogtat gebunden ist. Insoweit stellt sich, wenn gleich in abgemilderter Form, dasselbe Problem wie bei der „normalen“ erweiterten Tatertragseinziehung: Das Einziehungsverfahren bezüglich eines Gegenstandes unklarer Herkunft setzt voraus, dass zumindest zeitweilig ein subjektives Strafverfahren geführt wird, in dessen Kontext der verdächtige Gegenstand (als Zufallsfund) aufgefunden bzw. sichergestellt wird. Erforderlich ist also in jedem Fall ein Anfangs(katalog)tatverdacht bzgl. irgendeiner Straftat. Gerät indes ein vermutlich aus einer Straftat herrührender Gegenstand ins Visier der Ermittlungsbehörden, obwohl gegen den Besitzer des Gegenstandes gar kein oder lediglich ein Geldwäscheverdacht unterhalb des strafrechtlichen Anfangsverdachts¹⁶² besteht, geht § 76a Abs. 4 StGB zwangsläufig ins Leere.

c) Modell „polizeirechtliche Einziehung“

Teilweise wird zur Durchbrechung gleich mehrerer gordischer Knoten – namentlich der Bedenken bzgl. der Aufweichung von Beweismaßstäben der StPO sowie der Problematik des Erfordernisses eines strafrechtlichen Anfangsverdachts – erwogen, verdächtige Gegenstände unklarer Herkunft nicht mit den Instrumenten des strafrechtlichen Einziehungsrechts, sondern auf genuin gefahrenabwehrrechtlicher Grundlage zu konfiszieren.¹⁶³ Auch die Ankündigung im aktuellen Bundes-Koalitionsvertrag, wonach „ein administratives, verfassungskonformes Vermögensermittlungsverfahren“ geschaffen werden soll „mit dem Ziel, verdächtige Vermögensgegenstände von erheblichem Wert sicherzustellen, bei denen Zweifel an einem legalen Erwerb nicht ausgeräumt werden können“,¹⁶⁴ ließe sich dahingehend verstehen, dass ein gefahrenabwehrrechtliches Einziehungsregime geplant ist.

Grundgedanke dieses Modells ist, dass die Entziehung von Taterträgen sowohl spezialpräventiv (der Täter reinvestiert nicht in künftige Taten)¹⁶⁵ als auch generalpräventiv (Abschreckung von Nachahmungstätern) wirkt, somit künftige Straftaten verhindern soll und mithin der Abwehr von Gefahren dient.¹⁶⁶ Zudem ist anerkannt, dass auf gefahrenabwehrrechtlicher Basis verdächtige Gegenstände unklarer Herkunft – verfassungsrechtlich unproblematisch –¹⁶⁷ eingezogen werden können, sofern der Einziehungsbetroffene nicht seinerseits die rechtmäßige Herkunft des Gegenstandes belegen kann (vgl. § 34 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 AlkStG; § 51 Abs. 2 S. 3 BNatSchG; § 12a Abs. 5, Abs. 7 ZollVG i.V.m. § 42 Abs. 2 ZFdG). Ferner entspricht es durchaus der Aufgabe von Polizeibehörden, proaktiv und verdachtsunabhängig zur Aufdeckung unbekannter Straftaten – und damit unterhalb der Schwelle zu einem strafrechtlichen Anfangsverdacht – tätig zu werden (vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 2 ZFdG).

Internationalrechtlich mag es sich bei einer administrativen „präventiven Gewinnabschöpfung“ um ein durchaus sinnvolles Instrument für eine effektive Tatertragseinziehung handeln. Für dieses Modell spricht nicht zuletzt, dass ihm die grundsätzliche menschenrechtliche Unbedenklichkeit durch den EGMR bescheinigt worden ist.¹⁶⁸ Speziell aus deutscher Perspektive erscheint eine polizeirechtliche Lösung indes aus verschiedenen Gründen sehr problembehaftet. Zum einen stellt sich die Frage der (Bundes-)Gesetzgebungskompetenz.¹⁶⁹ Schwierig ist

¹⁵⁸ So BVerfGE 84, 82 (87 f.) zu § 890 ZPO (obwohl für die Ordnungsstrafe als strafähnliche Sanktion nach BVerfGE 20, 323 (332) das Schuldprinzip Beachtung erheischt).

¹⁵⁹ Vgl. die Analyse von von Alten, NZWiSt 2025, 413 ff.

¹⁶⁰ Dazu El-Ghazi/Marstaller/Zimmermann, NZWiSt 2021, 297 (301 f.).

¹⁶¹ Zur Problematik des pönalen „Abschöpfungsüberhangs“ bei sog. Vermischungsfällen s. Altenhain/Fleckenstein, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 76a Rn. 9; Rönnau/Begemeier, JZ 2018, 443 (446). Lösungsvorschläge bei Marstaller/Zimmermann, S. 76 f.; Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi, KriPoZ 2022, 428 (442) (zu § 14 Abs. 2 und 3).

¹⁶² Näher zu dieser Möglichkeit BVerfG, NJW 2021, 1452 Rn. 59 f.

¹⁶³ Vgl. Bülte, NZWiSt 2025, 51 (54 f.); BRAK, Stellungnahme Nr. 21, Juni 2025, S. 17, online abrufbar unter: <https://bit.ly/3JZGjZc>.

¹⁶⁴ Koalitionsvertrag von CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland – Koalitionsvertrag 21. Legislaturperiode, Zeile 1553 ff.

¹⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 11/6623, S. 7; VG Aachen, NZWiSt 2023, 477; J. Meyer, ZRP 1990, 85 (86); Julius, ZStW 109 (1997), 58 (96).

¹⁶⁶ El-Ghazi/Wegner/Zimmermann, LTO v. 1.4.2022 (Fn. 105), online abrufbar unter: <https://bit.ly/4nTUnkQ>; s.a. Marstaller/Zimmermann, S. 62 ff.

¹⁶⁷ Vgl. BVerfG, HFR 1970, 454; BVerfG, NJW 1990, 1229.

¹⁶⁸ EGMR, NVwZ 2016, 1621.

¹⁶⁹ Vgl. Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi, KriPoZ 2022, 428 (429 Fn. 6); Rhein, NZWiSt 2023, 449 (453 f.). Teilweise wird bereits in Bezug auf § 76a Abs. 4 StGB die Ansicht vertreten, die Norm sei als im Kern polizeirechtliche Vorschrift nicht von der Bundesgesetzgebungskompetenz gedeckt, bspw. von Langlitz/Scheinfeld, in: MüKo-StPO (Fn. 43), § 437 Rn. 17; Temming, in: BeckOK-StPO, § 437 Rn. 3.

überdies, wie die Rechtsfolge des *dauerhaften* Eigentumsentzugs (d.h. der Eigentumsübergang auf den Staat) mit dem Gedanken verhältnismäßiger Gefahrenabwehr in Einklang zu bringen ist.¹⁷⁰ Und schlussendlich stellt sich ein Konkurrenzproblem, nämlich die Frage, wie sich eine präventive Gewinnabschöpfung, die auf polizeiliche Sicherstellungsbefugnisse u.ä. gestützt wird, zu den speziellen Einziehungsvorschriften des Straf(prozess)rechts verhält, namentlich zur Sicherungseinziehung nach § 74b StGB und zur präventiven Vermögensbeschlagnahme gem. § 443 StPO.¹⁷¹

d) Modell „außerstrafrechtliche Vermögensseinziehung“

Ein weiteres Modell besteht schlussendlich darin, die Einziehung von (mutmaßlich) kriminell erworbenen Vermögenswerten als Hybridmaterie anzuerkennen und sie daher, unbelastet von den tradierten „Zwängen“ eines bestimmten Rechtsgebietes und ohne die Gefahr von „Kollateralschäden“ innerhalb eines eingefahrenen Systems, autonom zu regeln. Bereits 1994 hatte die SPD-Fraktion einen entsprechenden Vorschlag für ein Vermögensseinziehungsgesetz in den Bundestag eingebracht.¹⁷² Der Gesetzesentwurf sah vor, dass Vermögenswerte ab einer bestimmten Höhe sichergestellt und ggf. eingezogen werden können, wenn ein auf Tatsachen begründeter Verdacht besteht, dass diese aus schweren Straftaten stammten. Die Sicherstellungs- bzw. Einziehungsentscheidung sollte durch das BKA bzw. durch die LKÄ ausgesprochen werden. Gegen diese Entscheidung konnte der von der Maßnahme Betroffene Einwendungen auf dem Zivilrechtsweg erheben.

In der Literatur wurde diese Idee u.a. von den *Verf.* dieses Beitrags unlängst wieder aufgegriffen.¹⁷³ Unser Vorschlag für ein Vermögensseinziehungsgesetz zielt auf eine Verselbstständigung der NCBC jenseits des Strafrechts und auf ihre konsequente Fortentwicklung. Gerade der fehlende Strafcharakter der klassischen Tatertragsseinziehung eröffnet die Möglichkeiten, die NCBC zu einem schlagkräftigen Instrument auszubauen. Es besteht dann keine Notwendigkeit der Rücksichtnahme auf die engen Bindungen, denen das „echte“ Strafrecht unterworfen ist (Schuldprinzip, Zweifelsgrundsatz, nemo-tenetur-Prinzip usw.). Ermöglicht werden könnte damit auch eine Einziehung von Vermögenswerten unklarer Herkunft. Die im Einziehungsverfahren zu klärende Frage, ob ein in „Verdacht geratener“ Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat

herrührt, soll unserem Vorschlag nach allein nach den tradierten Darlegungs- und Beweisregeln des Zivilprozessrechts entschieden werden. Dies böte einen entscheidenden Vorteil: Den Inhaber eines verdächtigen Vermögensgegenstands trafe im Einziehungsverfahren die Obliegenheit, den behördlichen Verdachtsmomenten substantiiert entgegenzutreten, wobei ihn auch eine sekundäre Darlegungslast treffen kann (§ 138 Abs. 2 ZPO). Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach, weil er schweigt, unsubstantiiert vorträgt, sein Vortrag widersprüchlich ist oder sogar widerlegt werden kann, gilt der behördliche Vortrag als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO) und der Vermögensgegenstand wird kraft Einziehungsanordnung in das Eigentum des Staates überführt, auch wenn ein Inkriminierungszusammenhang nach den strengen strafprozessualen Beweisregeln nicht zu führen wäre.

Aufgrund des nicht pönalen Charakters der Tatertragsseinziehung bestehen insbesondere keine Friktionen mit dem nemo-tenetur-Grundsatz.¹⁷⁴ Das *BVerfG* fordert im Grundsatz nur bei erzwingbaren Auskunftspflichten die Schaffung eines Beweisverwertungsverbots zum Schutz der Selbstbelastungsfreiheit.¹⁷⁵ Nur bei rechtlich erzwungener Selbstbezeichnung werde der Einzelne zum Zwecke der Strafverfolgung instrumentalisiert und zum Mittel gegen sich selbst verwendet.¹⁷⁶ Eine reine Obliegenheit, deren Nichterfüllung nur eine nicht-pönale Reaktion zur Folge hätte, erreicht eine solche Kompulsionswirkung nicht.¹⁷⁷

Im Zusammenhang mit der vom ehemaligen Finanzminister *Lindner* angekündigten Offensive gegen Finanzkriminalität und dem Aufbau eines Bundesamtes zur Bekämpfung von Finanzkriminalität¹⁷⁸ wurden Ansätze des Vorschlags für ein Vermögensseinziehungsgesetz in den Entwurf für ein Finanzkriminalitätsbekämpfungsgesetz¹⁷⁹ bzw. ein Vermögensverschleierungsbekämpfungsgesetz übernommen¹⁸⁰. Beide Vorhaben scheiterten am Ende wohl nicht nur am Bruch der Koalition. Im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD wird jedoch angekündigt, dass die neue Regierung einen Ausbau der Einziehung von Vermögenswerten unklarer Herkunft beabsichtigt und dabei sogar eine „Beweislastumkehr“ implementieren möchte.¹⁸¹ An anderer Stelle ist sogar die Rede von dem Vorhaben, eine Suspicious Wealth Order einzuführen. Deren Ziel sei es, verdächtige Vermögensgegenstände von erheblichem Wert sicherzustellen, bei denen Zweifel an einem legalen Erwerb nicht ausgeräumt werden können.¹⁸²

¹⁷⁰ Näher zu diesem Problem *Marstaller/Zimmermann*, S. 64 m.w.N.

¹⁷¹ Die wohl h.M. geht davon aus, dass de lege lata ein Rückgriff auf polizeiliche Regelungen infolge einer Art Sperrwirkung der spezielleren §§ 73 ff. StGB grds. nicht in Betracht kommt, *OVG Bremen*, StV 2015, 625; *VG Frankfurt a.M.*, BeckRS 2019, 6223; *Braun*, in: BeckOK-PolR NRW, 32. Ed. (Stand: 15.9.2025), § 43 PolG NRW Rn. 6; *Söllner*, NJW 2009, 3339; *Rhein*, NZWiSt 2023, 449 (456); a.A. *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2009, 954; *OVG Lüneburg*, BeckRS 2013, 48248; offen gelassen von *BVerfG*, BeckRS 2011, 56238 Rn. 15 f.

¹⁷² BT-Drs. 12/6784; dazu *Heckmann*, ZRP 1995, 1 ff.

¹⁷³ Vorschlag für ein Vermögensseinziehungsgesetz von *Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi*, KriPoZ 2022, 428 ff.

¹⁷⁴ *Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi*, KriPoZ 2022, 428 (430).

¹⁷⁵ *BVerfG*, NJW 2005, 352 (353); *BVerfG*, NSTz 1995, 599 f.

¹⁷⁶ *BVerfG*, NJW 2005, 352 (353).

¹⁷⁷ *Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi*, KriPoZ 2022, 428 (430).

¹⁷⁸ Statement Bundesfinanzminister *Christian Lindner* vom 24.8.2022, Finanzkriminalität schlagkräftig bekämpfen, Textfassung online abrufbar unter: <https://bit.ly/49OTCpS>.

¹⁷⁹ Zumindest in einer früheren Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung von Finanzkriminalität (Finanzkriminalitätsbekämpfungsgesetz – FKBG) – BT-Drs. 20/9648.

¹⁸⁰ Referentenentwurf (undatiert) online abrufbar unter: <https://bit.ly/47ZelVm>; näher dazu *Ladwig*, GWuR 2024, 150 ff.

¹⁸¹ Koalitionsvertrag von CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland – Koalitionsvertrag 21. Legislaturperiode, Zeile 2662 und 2877.

¹⁸² Koalitionsvertrag von CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland – Koalitionsvertrag 21. Legislaturperiode, Zeile 1554 ff. Einordnung dieses Vorhabens bei *Zimmermann*, GA 2025, 481 (485).

VI. Fazit

Die (kriminal-)politische Maxime „financial crime must not pay“ steht heute außer Zweifel. Es existieren zahlreiche Regelungskonzepte, um Kriminellen (und ihren Helfershelfern) die Früchte ihrer Straftaten zu entziehen. Von einer hinreichend zufriedenstellenden Verwirklichung dieses Prinzips ist die Praxis aber noch weit entfernt, auch wenn Deutschland im Bereich der Vermögensabschöpfung sein normatives Arsenal zur Einziehung von Taterträgen in den letzten Jahren noch einmal deutlich ausgeweitet hat. Die bislang zur Anwendung gebrachten Konzepte

weisen aber teilweise deutliche Schwächen auf. Auch weiterhin misslingt es dem Staat viel zu häufig, flagrant verdächtige Vermögensverhältnisse als „inkriminiert“ zu enttarnen und Taterträge einzuziehen. Die neueren Konzepte reagieren zwar auf das sog. Zuordnungsproblem; das Nachweisproblem aber bleibt – und dies, obwohl dem Staat im Bereich der rein konditionellen Einziehung die Hände nicht in gleicher Weise durch die strafverfassungsrechtlichen Garantien gebunden sind. Das mögliche Instrumentarium in Sachen Einziehung ist noch (lange) nicht erschöpft. Auch dies sollte durch diesen Beitrag deutlich geworden sein.

Strafbarkeitslücke beim Kryptodiebstahl

von Diana Nadeborn und Till Räddecke*

Abstract

Der Beitrag untersucht die strafrechtliche Erfassung unbefugter Transaktionen von Kryptowerten, den sog. Kryptodiebstahl, im geltenden deutschen Recht. Während die unbefugte Erlangung von Private Keys über bestehende Delikte wie Ausspähen von Daten sanktioniert werden kann, fehlt es für die anschließende Transaktion an einer tauglichen Strafnorm. Weder der Computerbetrug noch die Urkundendelikte noch die Datenveränderung erfassen den Vorgang dogmatisch überzeugend, da sie auf Strukturen zugeschnitten sind, die den Eigenheiten der Blockchain – insbesondere Dezentralität, fehlende Aussteller-erkennbarkeit und Konsensvalidierung – nicht entsprechen. Es zeigt sich eine Strafbarkeitslücke, die angesichts der wirtschaftlichen Relevanz von Kryptowerten gesetzgeberischen Handlungsbedarf offenbart.

This article examines the criminal liability of unauthorized transactions involving crypto assets, known as crypto theft, under current German law. While the unauthorized acquisition of private keys can be punished under existing offenses such as data espionage, there is no suitable criminal provision for the subsequent transaction. Neither computer fraud nor document offenses nor data modification cover the process in a dogmatically convincing manner, as they are tailored to structures that do not correspond to the peculiarities of blockchain – in particular decentralization, lack of issuer recognizability, and consensus validation. This reveals a gap in criminal liability which, given the economic relevance of crypto assets, highlights the need for legislative action.

I. Einleitung

Mit neuen Technologien gehen auch neue Erscheinungsformen der Kriminalität einher. Kryptowerte wie Bitcoin können Tatobjekt sein, wenn Unbefugte an das Schlüsselpaar für eine Transaktion gelangen und dieses missbräuchlich verwenden. Unbekannte können die Wallet, in der das Schlüsselpaar gespeichert ist, hacken. Nicht selten offenbaren die Inhaber des Schlüsselpaares die geheim zuhaltenden Informationen jedoch freiwillig in geschäftlichen oder privaten Beziehungen. Nach einer unbefugten Transaktion richtet sich der Tatverdacht gegen diese leicht zu identifizierenden Empfänger der Information.

Im Ermittlungsverfahren sind dann zwei mögliche Tathandlungen zu unterscheiden: Wie ist der Tatverdächtige an das Schlüsselpaar für die Transaktion gelangt? Und hat der Tatverdächtige das Schlüsselpaar für eine unbefugte

Transaktion verwendet? Neben der Sachverhaltsaufklärung kommt es dann auf die Strafbarkeit der genannten Tathandlung an. Mit dem Beschluss des *OLG Braunschweig* vom 18.9.2024 – 1 Ws 185/24 liegt die erste veröffentlichte Entscheidung zur unbefugten Transaktion von Kryptowerten, dem sogenannten Kryptodiebstahl, vor. Danach ist der Kryptodiebstahl nicht strafbar.

Es sind viele verschiedene Fallgestaltungen denkbar, wie jemand an das Schlüsselpaar eines anderen gelangen kann, die als Ausspähen von Daten, aber auch als Erpressung oder Diebstahl strafbar sein können. Der vorliegende Beitrag konzentriert sich hingegen auf die zeitlich nachfolgende Handlung zu Lasten des fremden Vermögens und die hier bestehende Strafbarkeitslücke. Der Kryptodiebstahl ist weder als Computerbetrug gem. § 263a StGB noch als Urkundendelikt über §§ 269, 270 StGB oder § 274 StGB strafbar. Darüber hinaus scheidet eine Strafbarkeit wegen Datenveränderung gem. § 303a StGB aus.

II. Zusammenfassung

Technisch gesehen ist nicht die Erlangung des Private Keys, sondern die Ausführung der Transaktion das eigentliche „Entwenden“. Der Beitrag kommt zu dem Ergebnis, dass keine der geprüften Normen den Tatbestand des Kryptodiebstahls wirksam erfassen. Dies liegt primär an der spezifischen technologischen Struktur der Blockchain, die keine Prüfung personalisierter Verfügungsrechte vorsieht, sondern allein kryptographische Gültigkeit.

Beim Computerbetrug liegt die Variante der unbefugten Verwendung von Daten gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zwar nahe, jedoch erweist sich das Merkmal der „Unbefugtheit“ bei genauerer Betrachtung als nicht erfüllt, da es im dezentralen Transaktionssystem keine Kontrollinstanz gibt, die getäuscht werden könnte. Die bloße Verwendung eines richtigen Schlüssels, der dem Täter technisch zur Verfügung steht, lässt sich mangels einer personalisierten Befugnis- bzw. Berechtigungsstruktur nicht als „unbefugt“ im Sinne des § 263a StGB qualifizieren.

Die Urkundendelikte §§ 269 Abs. 1, 270 StGB lassen sich ebenfalls nicht auf den Kryptodiebstahl anwenden. Ausgangspunkt der Strafbarkeitsprüfung ist die an das Netzwerk abgesendete Transaktionsnachricht, die möglicherweise einen anderen Aussteller als den tatsächlichen Initiator der Transaktion erscheinen lässt und damit bei wahrnehmbarer Darstellung als verfälschte Urkunde zu bewerten wäre. In Anlehnung an § 267 StGB setzt § 269 Abs. 1

* Diana Nadeborn ist Partnerin der Kanzlei Tsambikakis und Lehrbeauftragte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Till Räddecke studiert Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin.

StGB eine scheinbare Erfüllung der Urkundenvoraussetzungen bei wahrnehmbarer Darstellung der beweis erheblichen Daten voraus. Maßgeblich für die Ablehnung der Strafbarkeit ist die fehlende Ausstellererkennbarkeit als zentrale Garantiefunktion des § 269 Abs. 1 StGB. Die der Blockchain zu Grunde liegende Technologie sieht keine zentrale Ausstellerinstanz vor. Eine individuelle geistige Willenserklärung eines Ausstellers – wie bei klassischen Urkunden – ist nicht vorgesehen. Die kryptografische Validierung ermöglicht keine personelle Zurechenbarkeit. Ein derartiges Interesse ist in der Blockchain-Technologie nicht angelegt. Daher fehlen die Voraussetzungen für eine digitale Urkunde, sodass eine Strafbarkeit nach §§ 269 Abs. 1, 270 StGB ausscheidet. Auch § 274 ist aufgrund der fehlenden Ausstellererkennbarkeit nicht anwendbar. Anders als bei § 269 Abs. 1, 270 StGB sind hier als Anknüpfungspunkt nicht die Transaktionsnachricht, sondern die in der Blockchain gespeicherten Daten relevant.

Zu guter Letzt bietet auch die Datenveränderung gem. § 303a StGB keine geeignete Grundlage zur Erfassung des Kryptodiebstahls. Hinsichtlich der Wallet-Daten fehlt es an einem tatbestandlich relevanten Eingriff, da der Private Key durch die Transaktion weder gelöscht noch verändert oder unbrauchbar gemacht wird. Auch eine Unterdrückung der Daten liegt nicht vor, da der Schlüssel weiterhin vorhanden und nutzbar bleibt, selbst wenn der zugehörige Token nicht mehr zugänglich ist. Bei den Transaktionsdaten auf der Blockchain erfolgt zwar eine inhaltliche Veränderung durch die Erzeugung eines neuen Blocks, allerdings geschieht dies in Übereinstimmung mit dem dezentralen Netzwerk der Nodes, die als „Skribenten“ fungieren. Da die Transaktion bei kryptographischer Gültigkeit vom Netzwerk akzeptiert und verarbeitet wird, fehlt es an dem für § 303a StGB erforderlichen tatbestandlichen Unwert. Die Veränderung geschieht im Einvernehmen mit den verfassungsbefugten Systemteilnehmern und stellt damit keine strafbare Datenveränderung dar.

III. Technologische Grundlagen

1. Token

Kryptowerte sind digitale Darstellungen von Werten oder Rechten, die unter Verwendung der Distributed-Ledger-Technologie über eine Blockchain elektronisch übertragbar sind und gespeichert werden können.¹ Krypto Token

repräsentieren diese Wert- und Rechtseinheiten in technologischer Umsetzung auf der Blockchain.² Der Currency-Token ist die bekannteste Art eines Tokens, und beschreibt alle Kryptowährungen, denen eine Bezahlungsfunktion zukommt.³ Der bekannteste Token mit einer Bezahlungsfunktion ist der Bitcoin.⁴

2. Blockchain und Node

Die Technologie hinter Kryptowerten basiert auf der Distributed-Ledger-Technologie.⁵ Die bekannteste und meistgenutzte Ausführung dieser Technologie ist die Blockchain.⁶ Sie versteht sich als ein dezentrales Register, und ähnelt einer Datenbank.⁷ Die Blockchain dient dazu, alle von Kryptowerten durchgeführten Transaktionen lückenlos zu dokumentieren.⁸

Die dezentrale Verwaltung beschreibt vor allem, dass die Verifizierung und Dokumentierung der Transaktionen nicht über die Server von zentralen Steuerinstanzen erfolgt, sondern verteilt über eine Vielzahl an beteiligten Nutzern des Netzwerks.⁹ Server, denen eine überwachende und fortführende Funktion im Blockchainregister zukommt, können als Nodes bezeichnet werden.¹⁰ Jeder von ihnen hält eine vollständige, aktuelle Version der Blockchain.¹¹ Am Beispiel der Bitcoin-Blockchain lässt sich dies veranschaulichen: Jede Person, die das Bitcoin Programm "Bitcoin Core" auf ihrem Rechner installiert, mit dauerhafter Netzwerkverbindung, gilt als Full Node im System.¹² Ihnen kommen Mitbestimmungsrechte zu, Transaktionen zu verifizieren.

3. Schlüssel und Wallet

Eine nachprüfbare Zuweisung der Kryptowerte erfolgt über digitale Signaturen in Form von kryptografischen Schlüsselpaaren. Das Schlüsselpaar besteht aus einem öffentlichen (Public Key), und einem privaten Schlüssel (Private Key).¹³ Mit dem Private Key werden Transaktionen signiert.¹⁴ Er wird vom Nutzer geheim gehalten,¹⁵ und kann mit einer TAN verglichen werden.¹⁶ Der Public Key wird weitergegeben, um Transaktionserfolge zu empfangen, und ist vergleichbar mit einer Kontonummer.¹⁷ Die tatsächliche Verfügungsgewalt über einen Kryptowert steht folglich in enger Verbindung zur Kenntnis des Private Keys.¹⁸

¹ Europäische Union, Verordnung (EU) 2023/1114 des europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Krypto-Anlagen und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 sowie der Richtlinien 2013/36/EU und (EU) 2019/1937.

² Maume/Fromberger, Chicago Journal of International Law 548 (558).

³ Kaulartz/Matzke, NJW 2018, 3278 (3279).

⁴ Kaulartz/Matzke, NJW 2018, 3278 (3279).

⁵ Tamalio: Wie funktioniert die Distributed Ledger-Technologie?, abrufbar unter: <https://btv.at/wissen/distributed-ledger-technologie/> (zuletzt aufgerufen am 17. März 2025)

⁶ Tamalio: Wie funktioniert die Distributed Ledger-Technologie?, abrufbar unter: <https://btv.at/wissen/distributed-ledger-technologie/> (zuletzt aufgerufen am 17. März 2025).

⁷ Fromberger/Zimmermann, Rechtshandbuch Kryptowerte, 2020, Kapitel 1 § 1 Rn. 1.

⁸ Gassner, Die Zwangsvollstreckung in Kryptowerte am Beispiel des Bitcoins, 2022, S. 19.

⁹ Böhm, Der strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten, 2024, S. 46; Gassner, S.19 f.

¹⁰ Fromberger/Zimmermann, Rechtshandbuch Kryptowerte, Kapitel 1 § 1 Rn. 8;

¹¹ Fromberger/Zimmermann, Rechtshandbuch Kryptowerte, Kapitel 1 § 1 Rn. 8.

¹² Gassner, S.20.

¹³ Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, S. 2, abrufbar unter: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (zuletzt aufgerufen am 12.4 2025).

¹⁴ Safferling/Rückert, MMR 2015, 788 (790).

¹⁵ Grzywotz/Köhler/Rückert, StV 2016, 753 (754); Fromberger/Haffke/Zimmermann, BKR 2019, 377 (378).

¹⁶ Safferling/Rückert, MMR 2015, 788 (789).

¹⁷ Grzywotz/Köhler/Rückert, StV 2016, 753 (754).

¹⁸ Grzywotz/Köhler/Rückert, StV 2016, 753 (754).

Üblicherweise besitzen Nutzer mehr als einen Kryptowert gleichzeitig und verwalten die dazugehörigen Private Keys in sogenannten Wallets.¹⁹ Die Wallet ist eine Vorkehrung zur Sicherung der Kenntnis über einen oder mehrere private Schlüssel.²⁰ Klassischerweise werden die Schlüsselpaare digital in Form einer Software-Wallet lokal auf dem Endgerät des Nutzers gespeichert.²¹ Hardware-Wallets bezeichnen die Schlüsselspeicherung auf einem externen Medium, wie einem USB-Stick oder ähnlichem.²² Daneben existieren Online-Wallets, welche die Schlüssel auf dem Server eines jeweiligen Dienstleistungsanbieters speichern.²³ Drückt sich ein Teilnehmer den Private Key aus oder schreibt ihn auf Papier, spricht man von einer Paper-Wallet²⁴

4. Transaktion

Eine Transaktion läuft auf technischer Ebene wie folgt ab: Der Absender erstellt über die Wallet-Software eine Transaktionsnachricht, in der der Public Key des Empfängers sowie die zu übertragende Menge an Kryptowerten angegeben sind.²⁵ Die Transaktionsnachricht wird an alle Teilnehmer des Blockchain-Netzwerkes als eine Art Zahlungsauftrag versendet, und maßgeblich von den Nodes verbreitet.²⁶ Autorisiert wird die Transaktion durch eine digitale Signatur mit dem Private Key des Absenders.²⁷ Das dezentrale Netzwerk überprüft daraufhin, ob die Signatur mit der angegebenen Absenderadresse übereinstimmt.²⁸ Ist die Signatur gültig, gilt die Transaktion als authentisch und wird in einen Block aufgenommen.²⁹ Nach der Validierung durch die Nodes wird die Transaktion dauerhaft in der Blockchain einsehbar festgehalten. Ab dem Zeitpunkt der digitalen Signatur und Übermittlung läuft der weitere Prozess automatisch nach den Protokollregeln des jeweiligen Blockchain-Netzwerkes ab.³⁰

IV. Computerbetrug, § 263a StGB

1. Unbefugte Verwendung von Daten

Unter die unbefugte Verwendung von Daten fallen Verhaltensweisen, die das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch fehlende Befugnis zur Verwendung verfälschen.³¹ Nach herrschender Auffassung muss sich die Auslegung maßgeblich an § 263 StGB orientieren,³²

denn der Computerbetrug ist ausdrücklich als Parallele zu § 263 konzipiert.³³ Es bedarf einer täuschungsäquivalenten Handlung.³⁴ Die Verwendung der Daten müsste gegenüber einer fiktiven Person einen Täuschungscharakter über die Befugnis zur Datenverwendung aufweisen.³⁵

2. Legitimationsdaten im Online-Banking

Im Online-Banking existieren Zahlungsauthentifizierungsinstrumente, durch welche der Bankkunde einem Zahlungsauftrag gesichert zustimmen kann.³⁶ Authentifizierungsinstrumente sind die persönliche Identifikationsnummern (PIN) oder Transaktionsnummern (TAN).³⁷ Diese Instrumente gelten – vergleichbar mit der Vorlage eines Personalausweises – als Identitätsnachweis.³⁸ Die Legitimationsdaten werden von der Bank jedem Kunden einzeln zugeordnet, unter der Vorgabe, dass nur dieser Kunde die Daten selbst verwenden und die Legitimationsdaten nicht weitergeben darf. Der Bank geht es vor der tatsächlichen Durchführung des Zahlungsauftrags maßgeblich darum, dass der Auftrag vom berechtigten Kontoinhaber erteilt wird.³⁹ Nach Sicherstellung der Identität kann der Auftrag durchgeführt werden.

Bei einer missbräuchlichen Online-Banking-Transaktion täuscht der Täter einer Legitimationsinstanz die Berechtigung vor, einen Zahlungsvorgang tätigen zu dürfen. Im Lichte der betrugspezifischen Auslegung ist festzustellen, dass der Täter eine fiktive menschliche Kontrollinstanz über das Bestehen einer Berechtigung zur Durchführung der Transaktion getäuscht hat und damit unbefugt i.S.d. § 263a StGB handelte.

3. Private Key

Beim Private Key des Absenders handelt es sich um Daten im Sinne des § 263a StGB. Sie liegen auf der Wallet in kodierter Form vor und werden in einem hexadezimalen Format angezeigt.⁴⁰ Nach Erstellen der Transaktion, unter Nennung des Empfängerschlüssels und der Signatur über den Private Key des Absenders, ist die Transaktion als solche ein automatisierter Datenverarbeitungsvorgang⁴¹. Umstritten und im Ergebnis abzulehnen ist, ob im Kryptosystem überhaupt eine persönliche oder ausschließliche Befugnis zur Durchführung einer Transaktion existiert.

¹⁹ Böhm, S. 80.

²⁰ Böhm, S. 80.

²¹ Böhm, S. 81.

²² Böhm, S. 85.

²³ Böhm, S. 82.

²⁴ Rosenberg: Bitcoin und Blockchain, 2023, S. 23 f.

²⁵ Vgl. Nakamoto: Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System S. 2, abrufbar unter: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.4.2025); Fromberger/Zimmermann, Kap. 1, § 1 Rn. 18.

²⁶ Böhm, S. 56.

²⁷ Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, S. 2, abrufbar unter: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (zuletzt aufgerufen am 12.4.2025).

²⁸ Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, S. 2, abrufbar unter: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (zuletzt aufgerufen am 12.04.2025).

²⁹ Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, S. 2, abrufbar unter: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

³⁰ Böhm, S. 254.

³¹ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 263a Rn. 19.

³² BGH, NJW 2016, 1336 (1337); Nadeborn, in: NK-MedienStR, 2023, § 263a Rn. 15; Schlüchter, NStZ 1988, 53 (59); OLG Düsseldorf, NStZ 1991, 586; Fischer, StGB, 72. Aufl. (2025), § 263a Rn. 22; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 31. Aufl. (2025), § 263a Rn. 13; Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, StrafR BT, 4. Aufl. (2021), § 21 Rn. 37; Hoyer, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2018), § 263a Rn. 5; Meier, JuS 1992, 1019; Perron, in: TK-StGB, 31. Aufl. (2025), § 263a Rn. 2.

³³ Nadeborn, in: NK-MedienStR, § 263a Rn. 2

³⁴ Rengier, BT I, 26. Aufl. (2024), § 14 Rn. 19; Wessels/Hillenkamp/Schuh, StrafR BT II, 46. Aufl. (2023), § 16 Rn. 700.

³⁵ BGH, NStZ 2022, 681 f.

³⁶ Böhm, S. 245.

³⁷ Linardatos, in: MüKo-HGB, 5. Aufl. (2024), K. Online-Banking Rn. 4

³⁸ Seidl/Fuchs, HRRS 2010, 85 (88).

³⁹ Böhm, S. 245.

⁴⁰ Antonopoulos, Bitcoin und Blockchain – Grundlagen und Programmierung, 2023, S. 67 f.

⁴¹ Siehe C. Technologische Grundlagen.

a) Verhältnis zwischen Nutzer und Transaktionsnetzwerk

Fraglich ist, ob eine Berechtigung zur Verwendung der kryptographischen Schlüssel durch rechtliche Beziehungen eines einzelnen Nutzers zum Blockchain-Netzwerk begründet werden kann. Der Private Key wird von einem Nutzer selbst generiert.⁴² Er sichert die faktische Zugriffsmöglichkeit auf einen Token. Die Schlüsselpaare existieren lediglich in der Rolle einer digitalen Signatur zur Adressierung. Mit der Signierung nach Erstellung der Transaktion wird keine Aussage über die Identität des Transaktionserstellers getroffen.⁴³ Gegenüber den Netzwerkteilnehmern (Nodes) wird lediglich verifiziert, dass der Ersteller der Transaktion über dem zum Public Key gehörigen Private Key verfügt.⁴⁴ Das Netzwerk der Nodes prüft die Schlüsselpaarung lediglich im technischen Sinne auf ihre kryptographische Gültigkeit.⁴⁵ Innerhalb des dezentralen Systems existiert keine Instanz, die prüfen würde, ob Personen zu Transaktionen befugt sind oder nicht.⁴⁶ Insofern können die Schlüsselpaare – abgeleitet aus dem Verhältnis vom verfassungsberechtigten Nutzer zum Transaktionsnetzwerk – nicht als ein personalisiertes Zahlungsauthentifizierungsinstrument im oben beschriebenen Sinne interpretiert werden.⁴⁷

b) Nutzer als Ersteller des Private Keys

Fraglich ist, ob eine Berechtigung kraft absolut wirkender Zuordnung des Private Keys hergeleitet werden kann. Der Nutzer generiert seinen Private Key selbst. Der Private Key ist jedoch lediglich eine binäre kodierte, zufällig generierte Zahl.⁴⁸ Auch der Public Key ist bloß eine simple Zahlenreihung.⁴⁹ Damit existiert bereits jedes mögliche Schlüsselpaar im theoretischen Zahlenraum, bevor ein Nutzer ein solches generiert. Theoretisch könnten deshalb auch zwei Nutzer denselben Private Key generieren – wenngleich dies nahezu unwahrscheinlich ist. Ein absolutes Recht an einer zufällig generierten Zahlenabfolge kann mithin nicht begründet werden.⁵⁰

c) Nutzer als Inhaber des Tokens

Die Berechtigung zum Verwenden eines Private Key ließe sich zuletzt möglicherweise aus der Rechtsstellung eines Nutzers als Inhaber eines dem kryptographischen Schlüsselpaar zugeordneten Tokens ableiten. Kryptotoken sind zwar Vermögenswerte, jedoch besteht grundsätzlich kein Ausschließlichkeitsrecht an ihnen.⁵¹ Die Blockchain bildet keine Ansprüche, Forderungen oder Rechte an Currency Token ab.⁵² Eine Kryptowährungseinheit existiert

rein tatsächlich als eine Art virtueller Gegenstand, der keine speziellen Rechte begründet.⁵³ Eine Berechtigung, einen privaten Schlüssel zu verwenden, lässt sich somit auch nicht aus der Rechtsstellung eines Nutzers als Inhaber des Kryptotokens ableiten. Maßgeblich für die strafrechtliche Bewertung ist allein die Funktion des Tokens als technisches Trägermedium.

d) Faktische Berechtigung

Grzywotz verneint in ihrer Arbeit eine materielle Berechtigung zum Verwenden eines privaten Schlüssels im Rahmen des § 263a StGB⁵⁴, führt jedoch den Begriff der „faktischen Berechtigung“ ein.⁵⁵ Danach soll die Inhaberschaft der Kryptowährung dem Nutzer eine faktische Verfügungsmacht gewähren.⁵⁶ Der Nutzer soll im Falle einer Transaktionsinitiierung konkludent zu erkennen geben, dass eine Berechtigung seinerseits zur Verwendung des Private Key vorliegt.⁵⁷ Ein Täter würde demnach im Falle einer Transaktion mittels eines fremden Schlüssels die faktische Berechtigung unbefugt „vorspielen“.⁵⁸ Grzywotz führt aus, ein Täter könne keine faktische Berechtigung an einen fremden Private Key erlangen, wenn er diesen zur Transaktion eines Kryptowertes benutzt.⁵⁹ Dieser Ansatz erweist sich jedoch aus technischer Sicht als problematisch. Jede Person, die Zugang zu und Kenntnis von einem Private Key erlangt, ist faktisch dazu in der Lage, eine Transaktion zu initiieren. Eine faktische Berechtigung anzuerkennen ist damit unvereinbar.⁶⁰

e) Nähe zum Online-Banking

Koch zieht eine Parallele zum Missbrauch im Onlinebanking.⁶¹ Er geht jedoch davon aus, dass bei der Kryptotransaktion eine Prüfung der tatsächlichen Berechtigung durch das Netzwerk geschehen werden könne.⁶² Dieser Ansatz verkennt, dass technisch keine Prüfung der Befugnis zur Transaktion erfolgt, sondern ausschließlich die Gültigkeit des Schlüsselpaares überprüft wird.

4. Zwischenfazit

Das dezentrale Transaktionssystem der Kryptowerte kennt keine Befugnisstrukturen. Nach der betrugsspezifischen Auslegung würde die Erklärung einer Transaktion gegenüber einer fiktiven Täuschungsperson keine konkludente Täuschung über die Berechtigung zur Verwendung des Private Keys enthalten, da sich die Erklärung auch hier auf die kryptographische Gültigkeit beschränkt. Damit ist der Kryptodiebstahl nicht von § 263a StGB erfasst.

⁴² Rückert, in: Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte, 2020, Kap. 6, § 22 Rn. 22.

⁴³ Rückert, in: Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte, Kap. 6, § 22 Rn. 22.

⁴⁴ Rückert, in: Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte, Kap. 6, § 22 Rn. 22.

⁴⁵ Böhm, S. 257.

⁴⁶ Rückert, in: Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte, Kap. 6, § 22 Rn. 22.

⁴⁷ Grzywotz, S. 192; Ludes, ZdiW 2022, 390 (393); Rückert, in: Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte, Kap. 6, § 22 Rn. 22.

⁴⁸ Böhm, S. 52.

⁴⁹ Böhm, S. 260.

⁵⁰ Böhm, S. 260.

⁵¹ Martiny, IPRax 2018, 553 (556 f.); Seitz, K&R 2017, 763 (768).

⁵² Paulus/Matzke, ZfPW 2018, 431 (453).

⁵³ Omlor, JuS 2019, 289 (290); Rettke, NZWiSt 2020, 45 (49).

⁵⁴ Grzywotz, S. 194 f.

⁵⁵ Grzywotz, S. 194.

⁵⁶ Grzywotz, S. 195.

⁵⁷ Grzywotz, S. 195.

⁵⁸ Grzywotz, S. 195.

⁵⁹ Grzywotz, S. 195.

⁶⁰ Böhm, S. 262 f.

⁶¹ Koch, in: Omlor/Link (Hrsg.), Kryptowährungen und Token-Hdb, 1. Aufl. (2021), Kap. 18 Rn. 99.

⁶² Böhm, S. 266.

V. Fälschung beweiserheblicher Daten zur Täuschung im Rechtsverkehr bei einer Datenverarbeitung, §§ 269 Abs. 1, 270 StGB

1. Austellererkennbarkeit

In Anlehnung an § 267 StGB ist erforderlich, dass die gespeichert oder veränderten gefälschten Daten im Falle einer wahrnehmbaren Darstellung wie eine unechte oder (echte) verfälschte Urkunde erscheinen würden.⁶³ Die Daten müssen daher die Voraussetzungen einer Urkunde nach § 267 StGB erfüllen⁶⁴ oder zumindest vorgeben, diese zu erfüllen.⁶⁵ Im Unterschied zu § 267 StGB genügt bei § 269 StGB für die erforderliche Perpetuierung ein Datensatz, der als Ergebnis einer Erklärungshandlung elektronisch gespeichert oder verändert wird.⁶⁶ Erforderlich ist weiterhin, dass die Daten objektiv zur Beweisführung im Rechtsverkehr geeignet sind. Wesentlich bleibt auch hier die dem Urkundenbegriff entspringende Garantiefunktion: Der Aussteller muss erkennbar sein.⁶⁷ Nach der Geistigkeitstheorie bedeutet dies, dass im Falle einer visuellen Darstellung erkennbar sein müsste, wer hinter dem Datenbestand steht und auf wen dieser beweiserrechtlich zurückgeführt werden kann.⁶⁸ Unecht ist eine Urkunde, wenn sie nicht von demjenigen herrührt, der als ihr Aussteller gekennzeichnet ist.⁶⁹ Eine echte Urkunde wird verfälscht, sobald unbefugt nachträglich ihr Gedankeninhalt so weit verändert wird, dass sie etwas anderes als zuvor zum Ausdruck bringt.⁷⁰

2. Legitimationsdaten im Online-Banking

In Fällen mit Cyberbezug ist die Feststellung der Ausstellererkennbarkeit häufig problematisch. Hier eignet sich erneut ein Vergleich zum Online-Banking. Dort dienen die Legitimationsdaten als ausstellergebundene Informationen ausschließlich der Identifikation des berechtigten Kontoinhabers und müssen geheim gehalten werden.⁷¹ Bei Durchführung einer Online-Banking Transaktion kann somit eine Ausstellererkennbarkeit gewährleistet werden.⁷² Im Fall des Missbrauchs fremder Legitimationsdaten wird die Tatbestandsmäßigkeit der §§ 269 Abs. 1, 270 StGB für Online-Überweisungen mit falschen Authentifizierungsdaten zu Recht bejaht.⁷³ Die strafbare Handlung wird vor allem durch das Gebrauchen der Daten verwirklicht, indem der Täter die fremden Daten missbräuchlich zur Täuschung benutzt.

3. Transaktionsnachricht

Fraglich ist, ob das Netzwerk nach Erlangung einer Transaktionsnachricht möglicherweise davon ausgeht, dass sie von einer anderen Person als dem tatsächlichen Täter stammt.⁷⁴ Insofern könnte dadurch eine gefälschte Datenurkunde vorliegen. Zu prüfen ist daher in einem ersten Schritt, ob die Transaktionsnachricht die Urkundenvoraussetzungen erfüllt. Mit Blick auf die Berechtigungsstruktur ist jedoch deutlich, dass sich der Kryptodiebstahl grundlegend von der missbräuchlichen Verwendung von Online Banking Legitimationsdaten unterscheidet. Wie bereits zu § 263a Abs. 1 StGB erläutert, kennt die dem Kryptowert zugrundeliegende Technologie keinerlei rechtliche Berechtigungen zur Transaktion.⁷⁵ Es geht weiterhin ausschließlich um kryptografische Gültigkeit der Schlüsselpaare.⁷⁶ Eine Identifizierung der Nutzer über eine zentrale Zuordnung der Schlüssel ist nicht möglich. Eine Ausstellererkennbarkeit kann damit nicht vorliegen.

4. Zwischenfazit

Die Transaktionsnachricht kann keinen erkennbaren Aussteller aufweisen und erfüllt daher nicht die Anforderungen aus § 269 Abs. 1 StGB. Folglich scheidet eine Strafbarkeit des Kryptodiebstahls gemäß §§ 269 Abs. 1, 270 StGB aus.

VI. Urkundenunterdrückung beweiserheblicher Daten, § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Beweiserheblichkeit der Daten

Der Umstand, dass § 274 StGB – anders als § 269 StGB – keinen hypothetischen Vergleich mit der Urkunde verlangt, wirft die Frage auf, wie die Beweiserheblichkeit der Daten im Sinne des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB auszulegen ist.⁷⁷ Der Gesetzgeber nimmt an, dass für die Beweiseignung und Beweisbestimmung die gleichen Anforderungen gelten wie an den Urkundenbegriff des § 269 StGB.⁷⁸ Stimmen aus der Literatur fordern hingegen eine strenge Bezugnahme auf den Wortlaut und damit einen von § 269 StGB losgelösten Blick auf die Beweiserheblichkeit.⁷⁹ Danach würde bereits das Vorliegen einer Beweisfunktion genügen, ohne dass zusätzliche, aus dem Urkundenbegriff abgeleitete Voraussetzungen erfüllt sein müssten. Eine solche Auslegung würde jedoch maßgeblich dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, der den Umgang mit § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB restriktiv ausgestaltet hat.⁸⁰

⁶³ Böhm, S. 272.

⁶⁴ OLG Hamm, NStZ 2020, 673 (675); Erb, in: MüKo-StGB, 5. Aufl. (2025), § 269 Rn. 4; Hoyer, in: SK-StGB, § 269 Rn. 4; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 269 Rn. 2; Fischer, StGB, § 269 Rn. 5

⁶⁵ Erb, in: MüKo-StGB, § 269 Rn. 8.

⁶⁶ Erb, in: MüKo-StGB, § 269 Rn. 8.

⁶⁷ Erb, in: MüKo-StGB, § 269 Rn. 11; Fischer, StGB, § 269 Rn. 7.

⁶⁸ Schuster, in: TK-StGB, § 269 Rn. 11.

⁶⁹ Erb, in: MüKo-StGB, § 267 Rn. 27.

⁷⁰ BGH, NJW 2000, 229 (230).

⁷¹ Brandt, Zur Strafbarkeit des Phishing, 2010, S. 164; Stuckenberg, ZStW 118 (2006), 878 (906).

⁷² Böhm, S. 274.

⁷³ Brandt, Zur Strafbarkeit des Phishing, S. 162 ff.; Goeckenjan, wistra 2008, 128 (132); Puppe/Schumann, in: NK-StGB, § 269 Rn. 29; Seidl/Fuchs, HRRS 2010, 85 (89).

⁷⁴ Vgl. Böhm, S. 277.

⁷⁵ Vgl. Grzywotz/Köhler/Rückert, StV 2016, 753 (756); a.A. nunmehr aber Grzywotz, Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche S. 196 f.

⁷⁶ Böhm, S. 275.

⁷⁷ Zieschang, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2023), § 274 Rn. 35.

⁷⁸ BT-Drs. 10/5058, S. 34; Zieschang, in: LK-StGB, § 269 Rn. 11.

⁷⁹ Lenckner/Winkelbauer, CR 1986, 824 (827); G. Meyer, IuR 1988, 421 (423); Hoyer, in: SK-StGB, § 274 Rn. 18.

⁸⁰ Vgl. BT-Drs. 10/5058, S. 34 „Die Verwendung des Merkmals ‚beweiserheblich‘ ersetzt die Verweisung auf § 269 StGB“; Vgl. BT-Drs. 10/5058, S. 34, Ausführungen zu Artikel 1 Nr. 6 - § 269 StGB.

2. Kontaktloses Bezahlen

Bei der kontaktlosen Bezahlung mit einer ec-Karte werden die Zahlungsdaten an die Autorisierungszentrale der kartenausgebenden Bank übermittelt.⁸¹ Dort erfolgt insbesondere die Prüfung, ob der Verfügungsrahmen des Karteninhabers ausreichend ist und ob die Voraussetzungen für ein Absehen von der PIN-Abfrage vorliegen.⁸² Sind diese Bedingungen erfüllt, erteilt das Autorisierungssystem der Bank eine elektronische Freigabe des autorisierten Betrages, die dem Händler (z.B. Supermarkt) übermittelt wird.⁸³ In dieser Zahlungsfreigabe liegt zugleich die Erklärung gegenüber dem Händler, dass die kartenausgebende Bank den am Terminal autorisierten Betrag ausgleichen wird.⁸⁴ Die im Banksystem gespeicherte Daten über den Verfügungsrahmen sowie die Nutzungshistorie erfüllen eine urkundengleiche Funktion im Sinne der vom Gesetzgeber geforderten Beweiserheblichkeit.⁸⁵ Sie stellen eine Gedankenerklärung dar, die durch die Speicherung im Autorisierungssystem der Bank perpetuiert ist.⁸⁶ Weiter sind sie für die Autorisierung weiterer Zahlungen maßgeblich und besitzen damit eine eigenständige Beweisfunktion.⁸⁷ Der Verfügungsrahmen in Verbindung mit der Nutzungshistorie stellt den Ausdruck einer organisatorischen Entscheidung der Bank dar und verkörpert somit eine Gedankenerklärung, deren Aussteller – die Bank – eindeutig erkennbar ist.⁸⁸ Verändert ein Täter nun ohne Verfügungsbefugnis diese beweiserheblichen Daten, liegt somit eine nach § 274 StGB strafbare Handlung vor.

3. Private Key

Durch eine missbräuchliche Verwendung eines Private Key könnte die Blockchain-Datenbank als beweiserhebliches Datenbündel unbefugt verändert werden. Fraglich ist, ob die im Blockchain-Netzwerk gespeicherten Daten – ähnlich wie die angesprochenen Daten der Bank beim kontaktlosen Bezahlen mit der ec-Karte – eine urkunden – gleiche Funktion erfüllen. Das Blockchain-Netzwerk speichert Transaktionen öffentlich einsehbar in einer Datenbank.⁸⁹ Es gibt jedoch keine zentrale Autorisierungsstelle, die „organisatorische Entscheidungen“, oder „Gedankenerklärungen“ trifft. Das Blockchainnetzwerk mit seinen Nodes validiert Transaktionen durch die Überprüfung kryptografischer Gültigkeiten und fügt diese nach konsensueller Abstimmung der Datenbank hinzu.⁹⁰ Eine eigenständige geistige Willenserklärung eines einzelnen Ausstellers analog zur Bankautorisierung fehlt. Die für eine urkundengleiche Funktion im Sinne des § 274 Abs. 1

Nr. 2 StGB erforderlichen Voraussetzungen sind demnach erneut nicht gegeben.

4. Zwischenfazit

Mangels Austellererkenntbarkeit wird der Kryptodiebstahl letztlich auch nicht von den Urkundendelikten erfasst.

VII. Datenveränderung, § 303a StGB

1. Verfügungsberechtigung

Eine Einschränkung in Bezug auf den Datenbegriff lässt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 303a StGB herauslesen. Der objektive Tatbestand lässt jedoch die Frage offen, wem die Daten zugeordnet werden müssen.⁹¹ Während § 303 StGB den Schutz auf fremde Tatobjekte begrenzt, enthält § 303a StGB keine Aussage darüber, wem eine konkrete Verfügungsberechtigung über das Tatobjekt „Daten“ zustehen muss.⁹² Aufgrund dieser weiten Fassung bedarf es einer Präzisierung des Tatbestands, wobei eine enge Auslegung erforderlich erscheint.⁹³ Eine Datenveränderung lässt sich nur dann bejahen, wenn die Daten als Tatobjekt einem rechtlich geschützten Interesse in Form eines Datenverfügungsbefugnis unterliegen.⁹⁴ Andernfalls würde nahezu jedes denkbare Verhalten im Umgang mit einem Computer eine Tathandlung nach § 303a StGB darstellen. Eine Zuordnung von Informationen zu einem bestimmten Berechtigten existiert im Zivilrecht nicht.⁹⁵ Wem eine Verfügungsbefugnis über Daten letztlich zusteht, kann nur anhand von ausgewählten Anknüpfungspunkten beurteilt werden.⁹⁶

a) Inhaltliche Betroffenheit

Nach einer Ansicht wäre jeder verfügbungsbefugt, der im Inhalt der Daten genannt wird oder in sonstiger Weise betroffen ist. § 303a StGB schützt jedoch nicht personenbezogene Daten oder deren Inhalt, sondern das Interesse an der unversehrten Verwendbarkeit der Daten. Dieser Anknüpfungspunkt ist mit dem Schutzzweck des § 303a StGB nicht vereinbar. Der Ansatz, die Verfügungsberechtigung aus dem Betroffensein durch einen Dateninhalt abzuleiten, wird weitgehend abgelehnt.⁹⁷

b) Urheberrecht

Des Weiteren könnte eine Verfügungsbefugnis aus einem Nutzungsrecht nach den §§ 69a – 69g UrhG abgeleitet

⁸¹ OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20, openJur 2020, 4740 Rn. 25.

⁸² OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20, openJur 2020, 4740 Rn. 25; vgl. Altenhain, JZ 1997, 752.

⁸³ OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20, openJur 2020, 4740 Rn. 25.

⁸⁴ OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20, openJur 2020, 4740 Rn. 25.

⁸⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20, openJur 2020, 4740 Rn. 54.

⁸⁶ OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20, openJur 2020, 4740 Rn. 55.

⁸⁷ OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20, openJur 2020, 4740 Rn. 55.

⁸⁸ OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20, openJur 2020, 4740 Rn. 55.

⁸⁹ Siehe C. Technologische Grundlagen.

⁹⁰ Siehe C. Technologische Grundlagen.

⁹¹ Kargl, in: NK-StGB, § 303a Rn. 5.

⁹² Kargl, in: NK-StGB, § 303a Rn. 5.

⁹³ OLG Nürnberg, ZD 2013, 282 (283)

⁹⁴ Böhm, S. 283.

⁹⁵ Bär, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- & Steuerstrafrecht-Hdb., 6. Aufl. (2025), Kap. 15 Rn. 111, Kap. 15 Rn. 111.

⁹⁶ Bär, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- & Steuerstrafrecht-Hdb., Kap. 15 Rn. 112.

⁹⁷ Heinrich, in: Arzt/Heinrich/Weber/Hilgendorf, StrafR BT, 4. Aufl. (2021), § 12 Rn. 48; Eiding, strafrechtlicher Schutz elektronischer Datenbanken, 1997, S. 95 f.; Fischer, StGB, § 303a Rn. 4b; Popp, in: AnwK-StGB, 3. Aufl. (2020), § 303a Rn. 4; Hecker, in: TK-StGB, § 303a Rn. 3.

werden. Im Urheberrecht wird zwischen dem immateriellen Schutzgegenstand als Werk im Sinne des § 2 UrhG und dessen materieller Verkörperung unterschieden.⁹⁸ Das Urheberrecht schützt insbesondere die Integrität der äußeren Werkverkörperung.⁹⁹ Schutzgut des § 303a StGB ist jedoch ausschließlich die Integrität eines gespeicherten Datenbestands. Eine Anknüpfung an das Urheberrecht käme daher nur bei einer Veränderung von ganzen Computerprogrammen in Betracht, nicht aber bei einer bloßen Manipulation einzelner Dateninhalte.¹⁰⁰ Zudem liefe eine Anknüpfung an das Urheberrecht in Fällen maschinell erstellter Daten ins Leere, da es an der für den urheberrechtlichen Schutz erforderlichen „Geistigkeit“ des Werkes fehlt.¹⁰¹ Damit erscheint auch diese Anknüpfung zur Begründung einer Verfügungsbefugnis ungeeignet.

c) Eigentum am Datenträger

Naheliegender erscheint die sachenrechtliche Zuordnung des Datenträgers, auf dem die Daten gespeichert sind, als Anknüpfungspunkt heranzuziehen und daraus eine Verfügungsbefugnis über die Daten abzuleiten. Verfügungsbefugt wäre demnach der Eigentümer des jeweiligen Datenträgers oder des Computers, auf welchem der Träger gespeichert ist.¹⁰² Über § 903 BGB kann der Eigentümer andere von jeder Einwirkung auf seinen Computer oder Datenträger ausschließen. Problematisch ist diese Anknüpfung jedoch mit Blick auf moderne Speicherpraktiken, bei denen das Eigentum am Speichermedium und das Nutzungsrecht an den Daten häufig auseinanderfallen.¹⁰³ Beim Cloud Computing werden Daten auf fremden Servern gespeichert.¹⁰⁴ Hierbei hat der Eigentümer des Speicherservers in der Regel kein eigenes Interesse an der uneingeschränkten Verwendung der Daten, anders als beim Nutzer der Cloud.¹⁰⁵ Die sachenrechtliche Zuordnung erscheint in diesen Konstellationen wenig praktikabel. Dieser Anknüpfungspunkt verfehlt die Realität moderner Speicherinfrastrukturen.

d) Skripturakt

Zuletzt erscheint es sinnvoll für die Zuordnung von Daten auf ihre Erstspeicherung – den sogenannten Skripturakt – abzustellen.¹⁰⁶ Danach soll derjenigen Person eine Datenverfügungsbefugnis zukommen, welche durch die Eingabe der Daten oder die Ausführung eines Programms die Erstspeicherung herbeigeführt hat.¹⁰⁷ Mit Blick auf den Normzweck erscheint diese Anknüpfung der Zielsetzung des Gesetzgebers am ehesten gerecht zu werden. Auch wenn ein Interesse an einer unversehrten Verwendung von Daten auch beim Eigentümer oder berechtigter Besitzer des Datenträgers bestehen mag, erscheint der Skribent

vorrangig schützenswert. Dem Eigentümer des Speicherträgers kommt zwar ein faktisches Interesse an den Daten zu, der Skribent ist jedoch technisch und inhaltlich enger mit den betroffenen Daten verbunden.

2. Veränderung des Private Key

Der Private Key wird durch eine Transaktion weder unwiederbringlich unkenntlich gemacht, noch werden die dem Schlüssel zugrunde liegenden Informationen inhaltlich verändert. Auf technischer Ebene werden die Informationen weder in Bestand noch Integrität verletzt.¹⁰⁸

Darüber hinaus führt eine Transaktion des Kryptowerts nicht zum Entzug des Private Keys beim Nutzer. Infolge der Transaktion wird der Kryptowert lediglich aus seiner bisherigen Zuordnung zum Private Key gelöst und einer neuen Schlüsseladresse zugeordnet. Er wird damit seiner bestimmungsgemäßen Funktion entsprechend verwendet. Auf die Struktur der Schlüsselinformationen wird dabei nicht eingegriffen.¹⁰⁹

Fraglich ist, ob ein Unbrauchbarmachen in Betracht kommt, da infolge der abgeschlossenen Transaktion der Kryptowert nicht mehr dem in der Wallet gespeicherten Private Key zugeordnet ist, so dass der Private Key seinen ursprünglichen Zweck nicht mehr erfüllen kann. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass das Merkmal des Unbrauchbarmachens der Beschädigung von Sachen im Sinne von § 303 StGB gleichgestellt ist.¹¹⁰ Demnach ist hier eine Einwirkung auf die Daten selbst gefordert.¹¹¹ Eine solche Einwirkung liegt im Falle der Kryptotransaktion aber nicht vor. Die Daten bleiben trotz ihrer Entwertung in der Substanz unverändert.

Durch die Transaktion eines Kryptowerts wird bezogen auf die Wallet-Daten keine Datenveränderung gemäß § 303a StGB verwirklicht.

3. Veränderung der Blockchain

Bei einer Transaktion von Kryptowerten wird die Zuordnung des Kryptowerts im Blockchainregister geändert. Auf technischer Ebene entsteht dabei eine neue Transaktionszeile, welche einem Block zugespielt wird. Das Initiieren einer Transaktion bewirkt bei Gültigkeit des Schlüsselpaares eine Aktualisierung und inhaltliche Veränderung der Blockchain.¹¹² Der Aussagegehalt der Datenbank wird dadurch weiterentwickelt.¹¹³ Diese Modifikation stellt im Ergebnis eine Datenveränderung im Sinne des § 303a StGB dar.

⁹⁸ Hinderberger, Der Entzug virtueller Gegenstände, 2014, S. 115 f.

⁹⁹ Böhm, S. 289.

¹⁰⁰ Kargl, in: NK-StGB, § 303a Rn. 5; Zaczek, in: NK-StGB, § 303a Rn. 5.

¹⁰¹ Böhm, S. 289.

¹⁰² Bär, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- & Steuerstrafrecht-Hdb., Kap. 15 Rn. 112.

¹⁰³ Bär, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- & Steuerstrafrecht-Hdb., Kap. 15 Rn. 112.

¹⁰⁴ Böhm, S. 290.

¹⁰⁵ Hinderberger, Der Entzug virtueller Gegenstände, S. 90.

¹⁰⁶ Bär, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- & Steuerstrafrecht-Hdb., Kap. 15 Rn. 112.

¹⁰⁷ Welp, Internationale Juristenzeitschrift 1988, 443 (447).

¹⁰⁸ Böhm, S. 298.

¹⁰⁹ Rückert, in: Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte, Kap. 6, § 22 Rn. 22.

¹¹⁰ Fischer, StGB, § 303a Rn. 11; Goeckenjan, in: LK-StGB, § 303a Rn. 32.

¹¹¹ Schuhr, ZIS 2012, 441 (447).

¹¹² Grzywotz, S. 199.

¹¹³ Böhm, S. 307.

Als dezentral gespeicherte Datenbank existiert eine Blockchain in vielen tausenden Kopien auf den Speicherträgern seiner Nodes.¹¹⁴ Insofern könnte man jedem Node eine Skribenten-Stellung für seine lokale Kopie zuschreiben, da dieser neue Transaktionszeilen eigenständig abrufen und abspeichert.¹¹⁵ Sowohl dem einzelnen Node als auch dem Netzwerk als solches kommt ein schützenswertes Interesse an der unversehrten Verwendbarkeit der Transaktionsdaten zu. Gerade einem Node als Betreiber seiner eigenen Kopie der Blockchain-Datenbank sollte ein Interesse an der Integrität der gespeicherten Daten zukommen, da er nur so seine Funktion im Netzwerk gewährleisten kann.

Eine Datenveränderung liegt grundsätzlich vor, diese erfolgt jedoch im Konsens mit dem Netzwerk.¹¹⁶ Eine Transaktion wird bei Gültigkeit des Schlüsselpaars von den Nodes akzeptiert und in die Blockchain aufgenommen. Als Skribenten sind die jeweiligen Nodes datenverfügungsbefugt. Die ständige Weiterentwicklung der Blockchain stellt einen systemimmanent vorgesehen Prozess dar. Erfolgt eine Transaktion im Einverständnis mit dem Verfügungsbefugten, so fehlt es an dem von § 303a StGB vorgesehenen tatbestandlichen Unwert.¹¹⁷

Durch die Transaktion eines Kryptowerts kann hinsichtlich der Transaktionsdaten in der Blockchain auch keine Datenveränderung gemäß § 303a StGB angenommen werden.

VIII. Fazit

Die Analyse zeigt, dass das geltende deutsche Strafrecht den sogenannten Kryptodiebstahl nicht wirksam erfasst.

Während die unbefugte Erlangung von Private Keys über klassische Delikte wie Ausspähen von Daten, Erpressung oder Diebstahl grundsätzlich sanktionierbar ist, fehlt es für die nachfolgende, vermögensschädigende Transaktion an einer tragfähigen Strafnorm. Weder der Tatbestand des Computerbetrugs noch die Urkundendelikte oder die Datenveränderung bieten eine dogmatisch überzeugende Grundlage, da sie auf Strukturen zugeschnitten sind, die den Besonderheiten der Blockchain-Technologie – insbesondere der fehlenden Ausstellererkennbarkeit und der dezentralen Konsensvalidierung – nicht gerecht werden.

Damit offenbart sich eine Strafbarkeitslücke, die in Anbetracht der zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung von Kryptowerten als regelungsbedürftig erscheint. Der Gesetzgeber steht vor der Herausforderung, einerseits die Schutzlücke im Vermögensstrafrecht zu schließen, andererseits aber die technologischen Eigenheiten der Blockchain zu berücksichtigen, ohne deren Funktionsweise zu unterlaufen. Eine sachgerechte Lösung könnte in der Schaffung eines eigenständigen Straftatbestandes für unbefugte Transaktionen mit Kryptowerten liegen, der an die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Private Key anknüpft und damit den ökonomischen Realitäten gerecht wird. Bis dahin bleibt der Kryptodiebstahl ein Phänomen, das zwar technisch wie ein Vermögensdelikt wirkt, rechtlich aber außerhalb der Strafbarkeit steht.

¹¹⁴ Fromberg/Zimmermann, in: Rechtshandbuch Kryptowerte, Kap. 1, § 1 Rn. 8.

¹¹⁵ Böhm, S. 303.

¹¹⁶ Böhm, S. 310.

¹¹⁷ Böhm, S. 310.

Strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz vor Deepfakes

von RA Dr. Dr. Fabian Teichmann, LL.M.
(London), EMBA (Oxford)*

Abstract

Deepfakes – also mittels Künstlicher Intelligenz manipulierte Video-, Audio- oder Bildaufnahmen – ermöglichen es, Personen täuschend echt Dinge sagen oder tun zu lassen, die sie nie gesagt oder getan haben. Dies birgt erhebliche Gefahren für das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen. Besonders häufig werden Frauen durch pornografische Deepfakes Opfer schwerwiegender Ruf- und Persönlichkeitsverletzungen. Bislang erfolgt eine Ahndung allenfalls über allgemeine Straftatbestände wie z.B. Beleidigung oder Verleumdung, die den spezifischen Unrechtsgehalt der technisch hochentwickelten Täuschung jedoch nicht vollständig erfassen. Vor diesem Hintergrund wurde im Jahr 2024 ein Gesetzentwurf in den Bundesrat eingebracht, der einen neuen Straftatbestand zum Schutz vor persönlichkeitsrechtsverletzenden Deepfakes schaffen soll. Der Entwurf (§ 201b StGB-E) stellt die Verbreitung wirklichkeitsgetreuer KI-manipulierter Bild- oder Tonaufnahmen unter Strafe, soweit hierdurch das Persönlichkeitsrecht der dargestellten Person verletzt wird. Vorgesehen sind Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren, in schweren Fällen bis zu fünf Jahren. Ausnahmen sollen für berechnete Interessen wie Kunst, Wissenschaft oder Satire gelten. Der Vorstoß hat eine rechtspolitische Debatte ausgelöst, bei der Befürworter die Schutzlücke und den Präventionsbedarf angesichts zunehmender Deepfake-Missbräuche betonen und Kritiker – darunter die Bundesregierung und die Bundesrechtsanwaltskammer – vor Unbestimmtheiten und zu weitem Anwendungsbereich der geplanten Norm warnen und auf bereits bestehende strafrechtliche Sanktionen verweisen. Der Beitrag ordnet den Gesetzentwurf in den bestehenden Rechtsrahmen ein, beleuchtet die aktuellen Diskussionen und weist auf die Herausforderungen bei der strafrechtlichen Regulierung von Deepfakes hin.

Criminal Law Protection of Personality Rights against Deepfakes. Deepfakes – media content manipulated via artificial intelligence – can convincingly depict individuals saying or doing things that never occurred. This poses serious risks to the personality rights of those depicted, for example through highly realistic fake pornography or fabricated statements by public figures. Currently, such

conduct can only be penalized indirectly under general criminal provisions (e.g. defamation), which often fail to capture the specific wrongfulness of the deception involved. In 2024, a legislative proposal was introduced in Germany's Bundesrat to create a new criminal offense aimed at deepfake-related violations of personality rights. The draft (§ 201b of the German Criminal Code) would criminalize making realistic AI-altered images or recordings accessible to others without consent if this violates the person's right of personality. The offense carries up to two years' imprisonment (up to five years in severe cases), with exceptions for socially adequate purposes such as art, science, or satire. This initiative has sparked debate: supporters emphasize the need for better protection and deterrence as deepfake abuse rises, while critics (including the federal government and the national bar association) caution that the proposal is overly broad or vague and point to existing laws that already address parts of the problem. This article examines the proposed law in the context of current German criminal law, discusses the ongoing debate, and highlights challenges in effectively addressing deepfakes through criminal legislation.

I. Einleitung

Manipulierte Medieninhalte mittels Künstlicher Intelligenz – sogenannte *Deepfakes* – haben in den letzten Jahren zunehmend für Aufsehen gesorgt. Darunter versteht man Video-, Bild- oder Audioaufnahmen, die mit Hilfe von Machine-Learning-Techniken so verfälscht oder synthetisch hergestellt werden, dass sie realistisch erscheinen und eine echte Person imitieren. Auf diese Weise können beliebige Äußerungen oder Handlungen einer Person fingiert werden, ohne dass diese tatsächlich stattgefunden haben. Eine eindrucksvolle Illustration bot ein Fall in Spanien, bei dem Mitte 2023 über Chatgruppen täuschend echte Nacktbilder von Schülerinnen – generiert aus harmlosen Social-Media-Fotos – verbreitet wurden.¹ Derartige Deepfake-Szenarien legen nahe, welches Missbrauchspotential diese Technologie birgt. So sind bereits *Fake-Porno-Videos* im Umlauf, in denen Gesichter Prominenter oder Privatpersonen auf Körper in Pornofilmen montiert werden, ebenso wie gefälschte Sprachnachrichten

* RA Dr. Dr. Fabian Teichmann, LL.M. (London), EMBA (Oxford) ist Lehrbeauftragter an den Universitäten Kassel, Trier und zu Köln.

¹ Legal Tribune Online, Streit um Strafbarkeit von Deepfakes, online abrufbar unter: <https://bit.ly/437XyOf> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); Frankfurter Allgemeine, Gefälschte Nacktbilder von Minderjährigen in Spanien im Umlauf, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4gUJ3TE> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); Spiegel, Offenbar von KI generierte Nacktbilder zirkulieren an Schulen, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4mP93kA> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025).

oder Videos von Politiker und Politikerinnen, die skandalöse Aussagen „treffen“.² Für die Betroffenen können die Folgen gravierend sein. Sie sehen sich mit tiefgreifenden Verletzungen ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts konfrontiert, etwa in Form von Rufschädigung, Ehrverletzung, Verletzung der Intimsphäre oder dem Verlust der Kontrolle über das eigene Bild. Nicht selten kommt es zu nachhaltigen psychischen Belastungen der Opfer bis hin zu einem Gefühl der Hilflosigkeit gegenüber der Verbreitung der Fälschungen.³ Angesichts solcher Gefährdungen stellt sich die Frage, wie das geltende Strafrecht auf das Phänomen „Deepfakes“ reagiert und ob neue Straftatbestände erforderlich sind, um effektiven Persönlichkeitsschutz im digitalen Zeitalter zu gewährleisten.

Die Diskussion um eine strafrechtliche Regulierung von Deepfakes erhielt bereits 2024 durch einen entsprechenden Gesetzentwurf des Bundesrates erste Konturen. Nachdem dieser infolge der parlamentarischen Diskontinuität nicht mehr verabschiedet wurde, hat der Bundesrat den Entwurf zu Beginn der neuen Legislaturperiode 2025 erneut eingebracht. Zwar existieren im deutschen Recht schon heute diverse Strafvorschriften, die einschlägige Verhaltensweisen unter Strafe stellen – doch greifen diese in Fällen von Deepfakes oft zu kurz. Insbesondere erfassen allgemeine Tatbestände wie Beleidigung oder Verleumdung regelmäßig nur Teilaspekte des Unrechts, ohne die besondere Täuschungsqualität und Realitätsnähe von KI-Manipulationen abzubilden.⁴ Auch Normen zum Schutz der Intimsphäre durch Bildaufnahmen oder zum Datenschutz lassen Lücken, wenn das kompromittierende Material gar nicht auf realen Vorgängen beruht, sondern künstlich generiert ist.⁵ Vor diesem Hintergrund wurde im Jahr 2024 eine Initiative gestartet, um *Deepfake-basierte Persönlichkeitsrechtsverletzungen* explizit unter Strafe zu stellen. Auf Vorschlag des Freistaats Bayern beschloss der Bundesrat im Juli 2024 einen Gesetzentwurf zum strafrechtlichen Schutz vor Deepfakes, der einen neuen § 201b StGB einführen soll.⁶ Dieser Vorstoß – der sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindet – hat eine breite rechtspolitische Debatte entfacht über die Notwendigkeit und Ausgestaltung spezieller Strafnormen gegen Deepfakes.⁷

Im Folgenden werden zunächst die Gefahren und Schutzlücken bei persönlichkeitsrechtsverletzenden Deepfakes dargelegt (II.), sodann die bisherige Rechtslage skizziert (III.) und der Inhalt des Gesetzentwurfs erläutert (IV.). Anschließend werden die Argumente der Befürworter und Kritiker diskutiert sowie alternative Lösungsansätze beleuchtet (V.), bevor ein Fazit mit Ausblick erfolgt (VI.).

II. Deepfakes als Herausforderung für den Persönlichkeitsschutz

Deepfakes berühren in besonderem Maße das allgemeine Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Personen. Dieses aus Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) und Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) hergeleitete Recht schützt die engere persönliche Lebenssphäre, die Selbstbestimmung über die eigene Darstellung und die persönliche Ehre.⁸ Gerade diese Schutzgüter werden durch realistisch wirkende KI-Fälschungen potenziell verletzt. So beeinträchtigen Deepfake-Angriffe die Würde und den sozialen Achtungsanspruch der Opfer, indem sie diese der Lächerlichkeit preisgeben oder in einen entwürdigenden Kontext stellen. Wer ohne Zustimmung in ein täuschend echt simuliertes Geschehen „hineingestellt“ wird – etwa mit Worten, die er nie geäußert hat, oder in Handlungen, die er nie vorgenommen hat – verliert die Kontrolle über sein öffentliches Erscheinungsbild und Identitätsmerkmale.⁹ Die virtuelle *Entfremdung der Identität* durch Fremdbestimmung kann zu einem Gefühl des Ausgeliefertseins führen, da Außenstehende die Fälschung nur schwer von der Realität unterscheiden können.¹⁰ Die bloße Möglichkeit, Deepfakes als solche zu entlarven (etwa mittels technischer Detektionsverfahren), beseitigt die Persönlichkeitsbeeinträchtigung nicht völlig, denn das entwürdigende falsche Bild entfaltet bereits eine Verletzungswirkung, sobald es verbreitet wird.¹¹

In besonderem Maße betroffen von Deepfake-Angriffen sind *Frauen*. Untersuchungen zeigen, dass ein überwiegender Teil (über 90 %) der im Internet kursierenden Deepfake-Inhalte pornographischer Natur ist und praktisch alle Opfer solcher *Deepfake-Pornografie* weiblich

² Kraetzig, Computer und Recht 2024, 207 (208); Vassilaki, Computer und Recht 2024, 701; Buchholz/Kremer, Computer und Recht 2024, 56 (57); Karaboga, in: Jaki/Steiger (Hrsg.), Interdisziplinäre Perspektiven auf Erkennung, Beschreibung und Regulation, 2023, S. 197–199.

³ BT-Drs. 21/1383, online abrufbar unter: <https://bit.ly/4mR8dDf> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); Kraetzig, Computer und Recht 2024, 207 (209); Vassilaki, Computer und Recht 2024, 701 (704); Buchholz/Kremer, Computer und Recht 2024, 56 (57).

⁴ Beck-aktuell, Bayern fordert drastische Strafen für bösartige Deepfakes im Internet, online abrufbar unter: <https://bit.ly/437XyOf> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); Kraetzig, Computer und Recht 2024, 207 (208); Vassilaki, Computer und Recht 2024, 701 (702).

⁵ Legal Tribune Online (Fn 1); Deutschlandfunk, Sexualisierte Gewalt durch KI, online abrufbar unter: <http://bit.ly/46Xxpnn> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); Spiegel, Die Männer hinter den Fake-Pornos, online abrufbar unter: <http://bit.ly/3J6egXw> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025).

⁶ BR-Drs. 222/24, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4n2LRzI> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); KriPoZ-RR 17/2024; Schilling, Streit um Strafbarkeit von Deepfakes, online abrufbar unter: <http://bit.ly/3J1RNLj> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025).

⁷ Vassilaki, Computer und Recht 2024, 701 (704); Kraetzig, Computer und Recht 2024, 207 (212).

⁸ Seiler, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 107. Aufl. (2025), Art. 2 Abs. 1 Rn. 127–131; Bamberger/Roth, in: BeckOK-BGB, 75. Ed. (Stand: 1.8.2025), § 823 Rn. 1172–1174; Sachs, GG, 10. Aufl. (2024), Art. 1 Rn. 5–7; Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. (2024), Art. 2 Rn. 9–10.

⁹ Sachs (Fn. 8), GG, Art. 1 Rn. 38–41; KriPoZ-RR 17/2024; Lennartz, NJW 2023, 3543 (3547); Kraetzig, Computer und Recht 2024, 207 (209); Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199 (205); Lantwin, MMR 2019, 574 (575); BT-Drs. 21/1383; Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste: Deepfakes Straf- und zivilrechtliche Implikationen, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4pYukex> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025), S. 6–7.

¹⁰ BT-Drs. 21/1383; Kraetzig, Computer und Recht 2024, 207 (208); Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199 (220); Deutscher Bundestag (Fn. 9).

¹¹ Determann, KI-Recht, 2025, § 5 Rn. 113; Legal Tribune Online (Fn. 1).

sind.¹² Häufig handelt es sich um *sexualisierte Diffamierungen*: Mit Hilfe frei verfügbarer „Deepfake Apps“ werden Gesichter von Frauen – teils Prominente, teils Frauen aus dem privaten Umfeld – nahtlos in explizite pornografische Bilder oder Videos montiert.¹³ Die Betroffenen erleiden dadurch nicht nur eine Verletzung ihres Rechts am eigenen Bild und ihrer Intimsphäre, sondern auch schwere Rufschäden, weil Außenstehende glauben könnten, es handle sich um reale Aufnahmen. Fälle von sogenannter *Revenge Porn* (Rachepornos) werden durch KI-Technik zusätzlich verschärft, da selbst Frauen, die niemals intime Aufnahmen von sich preisgegeben haben, mittels Deepfake-Technik in solcher Weise bloßgestellt werden können. Das Phänomen ist damit Teil einer breiteren Problematik der bildbasierten sexualisierten Gewalt, vor der zuletzt verstärkt gewarnt wird.¹⁴ Die permanente Verfügbarkeit solcher Fälschungen im Netz kann zu andauernder Viktimisierung führen, da eine effektive Beseitigung aller Kopien kaum gewährleistet werden kann.¹⁵ In der Folge ziehen sich manche Betroffene aus der Öffentlichkeit zurück (*Silencing-Effekt*), was gesamtgesellschaftlich die Meinungsvielfalt beeinträchtigen kann.¹⁶

Doch nicht nur im Bereich pornographischer Inhalte stellen Deepfakes eine Gefahr dar. Auch *politische Persönlichkeitsrechte* und die demokratische Willensbildung können untergraben werden, wenn z.B. täuschend echte Falschaussagen von Politikerinnen und Politikern in Umlauf gebracht werden. Solche Manipulationen dienen oft der gezielten Diskreditierung im Wahlkampf oder der Verbreitung von Desinformation. Prominente Beispiele umfassen gefälschte Video-Reden oder Audio-Mitschnitte, die etwa einem Staatsoberhaupt aggressive Aussagen unterstellen. Die dadurch ausgelösten öffentlichen Reaktionen können den Ruf der betreffenden Person irreparabel beschädigen, bevor die Fälschung aufgeklärt ist. Zwar ließe sich derartige üble Nachrede oder Verleumdung unter Umständen mit den bestehenden Ehrschutzdelikten ahnden – die Besonderheit liegt jedoch in der hohen Glaubwürdigkeit der visuellen oder akustischen Täuschung, die eine neue Qualität der Irreführung darstellt. Darüber hinaus können Deepfakes auch zur Betrugsanbahnung eingesetzt werden, etwa wenn mittels *KI-generierter Stimmen* von Vorgesetzten oder Angehörigen telefonisch Anweisungen oder Notlagen vorgetäuscht werden

(sog. CEO-Fraud bzw. Schockanrufe).¹⁷ Solche Fälle betreffen zwar primär Vermögensdelikte, verdeutlichen aber ebenfalls das breite Gefährdungspotential von Deepfakes.

Zusammenfassend konfrontiert die Deepfake-Technologie den rechtlichen Persönlichkeitsschutz mit neuartigen Herausforderungen: Die *Täuschungsechtheit* und die Geschwindigkeit, mit der manipulierte Inhalte verbreitet werden können, erfordern ein Umdenken bei Schutzkonzepten. Neben präventiven Maßnahmen – etwa Aufklärung und technische Deepfake-Detektion – rückt die Frage in den Fokus, ob das Strafrecht als schärfste Form sozialer Kontrolle hinreichend auf diese Entwicklung vorbereitet ist.

III. Bisherige strafrechtliche Handhabung und Schutzlücken

Mangels ausdrücklicher Regelung mussten Deepfake-Konstellationen bislang unter allgemeine Straftatbestände subsumiert werden. Dies führte jedoch zu dogmatischen Einordnungsproblemen und Lücken im Schutzzumfang. Im Folgenden wird ein Überblick über einschlägige Normen gegeben und deren Anwendbarkeit auf Deepfake-Fälle erörtert.

1. Ehrschutzdelikte (§§ 185 ff. StGB)

Ein naheliegender Ansatz ist die Prüfung von Beleidigungs- oder Verleumdungsdelikten, sofern ein Deepfake dazu dient, die Ehre der betroffenen Person anzugreifen. In Betracht kommt insbesondere Üble Nachrede gem. § 186 StGB¹⁸ oder Verleumdung gem. § 187 StGB¹⁹, wenn durch die Verbreitung eines Deepfake, etwa eines Fake-Pornovideos oder eines manipulierten „Statements“, ehrverletzende Tatsachen über die Person behauptet werden. So könnte das Präsentieren einer Person in pornographischer Handlung implizit die (unwahre) Tatsachenbehauptung enthalten, sie habe an solchen Handlungen teilgenommen – was geeignet ist, ihren Ruf zu schädigen. Tatbestandsmäßig lässt sich dies als Üble Nachrede gem. § 186 StGB qualifizieren, sofern der Täter die Unwahrheit nicht positiv kennt, oder als Verleumdung gem. § 187 StGB, wenn die falsche Tatsache wissentlich verbreitet wird. Allerdings bestehen hier Beweisprobleme²⁰ und Einschränkungen, da die Strafverfolgung der §§ 185 ff.

¹² ZDF heute, Deepfake-Pornos: Gezielte Gewalt gegen Frauen, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4q41Tfb> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); Frankfurter Rundschau, Erschreckend viele Frauen werden Opfer von Deepfake-Pornografie, online abrufbar unter: <http://bit.ly/3VZ8R7G> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); Legal Tribune Online (Fn. 1); *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199 (225); *Lantwin*, MMR 2019, 574 (575); Deutscher Bundestag (Fn. 9).

¹³ Beck-aktuell (Fn. 4); NRW LT-Drs. 18/10528, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4nNo6gf> (zuletzt abgerufen 15.9.2025), S.3; *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199 (225); *Kraetzig*, Computer und Recht 2024, 207 (209); *Lantwin*, MMR 2019, 574 (575); Deutscher Bundestag (Fn. 9).

¹⁴ *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199 (225); *Kraetzig*, Computer und Recht 2024, 207 (209); *Lantwin*, MMR 2019, 574 (575); Deutscher Bundestag (Fn. 9).

¹⁵ BT-Drs. 21/1383; Deutscher Bundestag (Fn. 9); *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199 (225); *Kraetzig*, Computer und Recht 2024, 207 (209); *Lantwin*, MMR 2019, 574 (576); Deutscher Bundestag (Fn. 9).

¹⁶ *Sittig*, Strafrecht und Regulierung von Deepfake-Pornografie, online abrufbar unter: <http://bit.ly/3L57Ate> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); LT-NRW (Fn. 13); *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199 (217); *Kraetzig*, Computer und Recht 2024, 207 (209); *Lantwin*, MMR 2019, 574 (575).

¹⁷ *Kevekordes*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, MMR-HdB, 62. Aufl. (2024), Teil 29 Rn. 29; *Stern/Sodan/Möstl*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverband, 2. Aufl. (2022), § 121 Rn. 67-69; *Hornung/Schallbruch*, IT-Sicherheitsrecht, 2. Aufl. (2024), Rn. 37; Legal Tribune Online (Fn. 1).

¹⁸ *Heinze*, in: NK-MedienStrafR, 2023, § 186 StGB Rn. 44; *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, 5. Aufl. (2025), § 186 StGB Rn. 14-15; *Eisele/Schittenhelm*, in: TK-StGB, 31. Aufl. (2025), § 186 Rn. 5.

¹⁹ *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger*, NK-StGB, § 187 Rn. 3-6; *Kindhäuser/Hilgendorf*, LPK-StGB, 10. Aufl. (2025), § 187 Rn. 1-7; *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 66. Ed. (Stand: 1.8.2025), 66. Aufl. (2025), § 187 Rn. 2-5.

²⁰ *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 187 Rn. 8; *Dölling/Duttge/König/Rössner*, StGB, 5. Aufl. (2022), § 187 Rn. 3.

StGB in der Regel einen Strafantrag des Opfers gem. § 194 StGB²¹ voraussetzt und bei Verstorbenen die Ehrschutzdelikte nur sehr eingeschränkt greifen. Strafbar ist nach § 189 StGB die Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener, was nicht alle Deepfake-Konstellationen erfasst. Überdies schützen die §§ 185 ff. StGB primär die Ehre im sozialen Geltungsanspruch; eine dem Persönlichkeitsrecht im umfassenden Sinne gerecht werdende Würdigung – etwa bei Eingriffen in die Intimsphäre durch Fake-Pornografie – ist damit nicht zwingend verbunden.

Ferner ist nicht jede Deepfake-Montage ohne Weiteres als ehrenrührige Äußerung im Sinne dieser Delikte zu fassen. Beleidigung gem. § 185 StGB erfordert beispielsweise eine Kundgabe von Missachtung oder Nichtachtung gegenüber dem Betroffenen. Die Verbreitung eines pornographischen Deepfake-Images kann zwar als solche eine Demütigung darstellen, doch erfolgt sie oft *ohne direkte kommunikative Äußerung* des Täters dem Opfer gegenüber, was die Subsumtion unter § 185 StGB erschweren mag.²² Der Bundesrat vertritt zudem die Auffassung, ein computergenerierter Inhalt stelle keine „Äußerung“ im Wortsinne dar und könne daher nicht als Beleidigung bewertet werden.²³ Insgesamt greifen die Ehrschutzdelikte punktuell, insbesondere bei rufschädigenden Deepfakes, lassen aber andere Persönlichkeitsverletzungen – z.B. die bloße Entstellung des Erscheinungsbildes oder Entwürdigung ohne ehrenrührige Tatsachenbehauptung – ungehört.

2. Schutz der Privatsphäre und Intimsphäre

Das StGB kennt bereits Normen, die sich dem Bildnis- und Lebensbereichsschutz widmen. Insbesondere stellt § 201a StGB („Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen“) bestimmte unbefugte Aufnahmen und deren Verbreitung unter Strafe. So macht sich gem. § 201a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB strafbar, wer z.B. von einer anderen Person in deren Wohnung heimlich Fotos macht oder bloßstellende Bildaufnahmen einer hilflosen Person verbreitet und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt.²⁴ Zudem erfasst § 201a Abs. 2 StGB das Verbreiten von Aufnahmen, die durch solche Taten erlangt wurden, sowie – in Nummer 5 – das unbefugte Zugänglichmachen ursprünglich befugt hergestellter Bildaufnahmen aus dem höchstpersönlichen Bereich.²⁵ Denkbar wäre, pornographische Deepfakes unter diese Vorschrift zu fassen, da sie in der Regel intime Handlungen zum Gegenstand haben. Allerdings stößt man

hier auf ein Tatbestandsproblem, da § 201a stets eine *Bildaufnahme* (oder Videoaufnahme) einer realen Person in einer bestimmten Situation verlangt.²⁶ Deepfakes sind aber keine realen Aufnahmen, sondern synthetische Montagen. Selbst wenn das Endergebnis realistisch wirkt, fehlt es am tatsächlichen „Abbild“ eines tatsächlichen Vorgangs. Daher ist umstritten, ob § 201a StGB einschlägig sein kann. Allenfalls könnte man argumentieren, das Zugänglichmachen eines sexualisierten Deepfake-Bildes verletze den höchstpersönlichen Lebensbereich ähnlich wie eine echte Nacktfotografie, doch bewegt man sich damit an den Grenzen des Wortlauts. Bislang ist nicht höchstrichterlich geklärt, ob etwa eine mittels KI erzeugte Nacktaufnahme unter § 201a Abs. 2 StGB fällt.²⁷ Tendenziell lässt sich feststellen, dass der Gesetzgeber bei § 201a an reale Bilder dachte – generierte Fälschungen werden *ausdrücklich (noch) nicht erfasst*.²⁸

Eine neuere Vorschrift, die 2021 ins StGB eingefügt wurde, ist § 184k StGB („Verletzung des Intimbereichs durch Bildaufnahmen“). Diese Norm stellt z.B. das „Upskirting“ (heimliches Fotografieren unter den Rock) unter Strafe. Auch hier fehlt jedoch die Komponente der technischen Manipulation; maßgeblich ist das unbefugte Herstellen oder Übertragen von Bildaufnahmen tatsächlicher Intimbereiche. Deepfake-Pornografie nutzt demgegenüber in der Regel frei zugängliche Fotos, etwa ein Porträt des Gesichts, und generiert daraus ein neues Bild in intimmem Kontext. Da keine tatsächliche intime Körperaufnahme der betroffenen Person stattfindet, dürfte § 184k StGB in diesen Fällen nicht greifen.²⁹

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch das Kunsturhebergesetz (KUG). Nach § 22 KUG dürfen Bildnisse einer Person grundsätzlich nur mit Einwilligung verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden.³⁰ Ein Verstoß hiergegen kann nach § 33 KUG als Straftat (mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe) geahndet werden. Diese seit langem bestehende Regelung betrifft klassischerweise das ungenehmigte Veröffentlichen von Fotos. Sie ist im Prinzip auch auf Deepfake-Bilder anwendbar – denn auch ein mittels KI erzeugtes Porträt ist ein „Bildnis“ der Person, soweit sie erkennbar abgebildet ist. Wer also z.B. ein kompromittierendes Fake-Video mit dem Gesicht einer Person ohne deren Einwilligung ins Internet stellt, verwirklicht tatbestandlich § 33 KUG.³¹ Allerdings stammt das KUG aus dem Jahr 1907 und war nicht auf digital fälschbare Inhalte zugeschnitten. Zudem sind dessen Ausnahmen, z.B. für Bildnisse der Zeitgeschichte, und Begriffe nicht auf die Feinheiten von Deepfakes abgestimmt. Vor allem aber stellt § 33 KUG kein Verbrechen, sondern

²¹ Valerius, in: BeckOK-StGB, § 194 Rn. 2-3; Eisele/Schittenhelm, in: TK-StGB, § 194 Rn. 2.

²² Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 8-13; Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 185 Rn. 3.

²³ Deutscher Bundestag (Fn. 6), S. 8 Nr. 3a; Legal Tribune Online (Fn. 1).

²⁴ Graf, in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 31; Eisele, in: TK-StGB, § 201a Rn. 8; Heuchemer, in: BeckOK-StGB, § 201a Rn. 16-24.

²⁵ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, § 201a Rn. 12-14; Matt/Renzikowski, StGB, § 201a Rn. 9-10; Graf, in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 64-68; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, § 201a Rn. 41-44.

²⁶ Graf, in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 24-26; Matt/Renzikowski, StGB, § 201a Rn. 5.

²⁷ Sittig (Fn. 16).

²⁸ Graf, in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 72-77; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB § 201a Rn. 17-19; Legal Tribune Online (Fn. 1).

²⁹ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 14-16; Sittig (Fn. 16).

³⁰ Dreier/Schulze, UrhG, 8. Aufl. (2025), § 22 KUG Rn. 1-4; Wandtke/Bullinger, UrhR, 6. Aufl. (2022), § 22 KUG Rn. 8-9.

³¹ Valerius, in: BeckOK-StGB, § 33 KUG Rn. 11-15.2; Dreier/Schulze, § 33-50 KUG Rn. 3-4; Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 257. Aufl. (2025), § 33 KUG Rn. 9-12; Legal Tribune Online (Fn. 1).

ein relativ mildes Vergehen dar, das in der Praxis kaum abschreckende Wirkung gegen die heutige Deepfake-Problematik entfaltet.

3. Strafvorschriften zum Schutz bestimmter Rechtsgüter

Darüber hinaus können je nach Fallgestaltung weitere Straftatbestände einschlägig sein. Werden jugendpornographische Deepfakes erstellt oder verbreitet – etwa indem das Gesicht eines Kindes in missbräuchlicher Weise in ein Pornovideo montiert wird – so greifen die strengen Strafnormen der §§ 184b, 184c StGB (Kinder- und Jugendpornografie).³² Diese erfassen ausdrücklich auch virtuelles kinderpornographisches Material, sodass KI-generierte Darstellungen Minderjähriger klar strafbar sind. Auch die Verbreitung echter pornographischer Inhalte ohne Altersbeschränkung kann nach § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB strafbar sein; ein Deepfake-Video mit pornographischem Inhalt öffentlich zugänglich zu machen, erfüllt daher unabhängig vom Persönlichkeitsrecht schon den Tatbestand der unzulässigen Pornografieverbreitung, sofern es ungeschützt veröffentlicht wird.³³ Allerdings dient § 184 StGB dem Jugendschutz und Sittlichkeitsschutz³⁴, nicht dem Persönlichkeitsrecht des Dargestellten – eine ahndende Würdigung aus Perspektive des Opferschutzes leistet diese Norm nur indirekt.

In Fällen, in denen Deepfakes zu Droh- oder Erpressungszwecken eingesetzt werden (z.B. Ankündigung, ein Fake-Nacktbild zu verbreiten, falls das Opfer nicht zahlt), kommen die entsprechenden Delikte – *Nötigung/Bedrohung* gem. §§ 240, 241 StGB oder *Erpressung* gem. § 253 StGB – zur Anwendung. Hier steht jedoch ebenfalls nicht die Herstellung oder Verbreitung des Deepfakes selbst unter Strafe, sondern das damit verbundene Druckmittel.³⁵

Schließlich sei auf das Datenschutzstrafrecht hingewiesen. § 42 Abs. 2 BDSG stellt u.a. die unbefugte Weitergabe *nicht allgemein zugänglicher* personenbezogener Daten unter Strafe, wenn dies in der Absicht erfolgt, einen anderen zu schädigen. Ein Personenbildnis gilt als personenbezogenes Datum.³⁶ Greift jemand beispielsweise auf private Fotos zu, z. B. durch Hacking gem. § 202a StGB, und generiert daraus ein Deepfake, um das Opfer zu bloßzustellen, könnte § 42 Abs. 2 BDSG einschlägig sein.³⁷ In der Praxis spielt diese Norm allerdings bislang kaum eine Rolle bei Deepfakes, zumal viele verwendete Ausgangsbilder – z.B. Social-Media-Profilbilder – *bereits öffentlich zugänglich* sind und damit aus dem Anwendungsbereich

des § 42 BDSG herausfallen.³⁸

4. Zwischenfazit

Der aktuelle strafrechtliche Rahmen bietet also durchaus einige Anknüpfungspunkte, um Deepfake-Missbrauch zu sanktionieren. Gerade extreme Fälle wie Kinderpornografie-Deepfakes, Erpressung mit Fake-Material oder öffentliche Pornografieverbreitung sind bereits jetzt klar strafbar. Dennoch bleibt eine Lücke, denn es fehlt ein Tatbestand, der das spezifische Unrecht der *realitätsgetreuen technischen Täuschung über die Identität einer Person* in den Blick nimmt. Bestehende Normen setzen oft an Begleitumständen an wie Beleidigungsgehalt, Intimität echter Aufnahmen oder Jugendschutz und erfassen den Kern des Deepfake-Unrechts – nämlich die täuschende Simulation einer Person und die damit verbundene Verletzung ihres personalen Selbstbestimmungsrechts – allenfalls mittelbar. Diese Feststellung hat in Politik und Rechtswissenschaft vermehrt Rufe nach einer strafrechtlichen Anpassung ausgelöst. So forderten die Justizministerkonferenzen der Länder 2021 und 2023 ein stärkeres Augenmerk auf die Gefahren von Deepfakes und regten gesetzliche Schritte an.³⁹ Auch in der Literatur wurde bereits vor einigen Jahren diskutiert, ob ein neuer Straftatbestand erforderlich sei, um der besonderen Qualität von Deepfake-Delikten gerecht zu werden.⁴⁰

IV. Der Gesetzentwurf des Bundesrates (§ 201b StGB-E)

Vor dem skizzierten Hintergrund hat der Bundesrat – auf Initiative Bayerns – im Jahr 2024 einen Gesetzentwurf für einen neuen Straftatbestand „*Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch digitale Fälschung*“ vorgelegt.⁴¹ Ziel ist es, eine Strafbarkeitslücke zu schließen und Opfern von Deepfake-Angriffen einen direkteren Schutz an die Hand zu geben, als dies über die bisherigen Delikte möglich ist. Der vom Bundesrat in seiner 1056. Sitzung am 11. Juli 2025 beschlossene Entwurf eines Gesetzes zum strafrechtlichen Schutz von Persönlichkeitsrechten vor Deepfakes wurde von der Bundesregierung am 27. August 2025 dem Bundestag übersandt.⁴² Der Entwurf sieht hierzu die Einfügung von § 201b ins Strafgesetzbuch vor, in Anknüpfung an die bestehenden §§ 201, 201a StGB (Geheimnis- und Privatsphärenschutz). Im Folgenden werden die wesentlichen Inhalte des vorgeschlagenen § 201b StGB-E dargestellt.

³² Schmidt, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 29-31; Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 184b Rn. 10-11; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, § 184b Rn. 24, § 184c Rn. 11-15, § 184c Rn. 1-3.

³³ Schmidt, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 67-71; Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 184 Rn. 19-20; Eisele, in: TK-StGB, § 184 Rn. 51-53; Legal Tribune Online (Fn. 1).

³⁴ Liesching, in: BeckOK-JugendschutzR, 5. Ed. (Stad: 1.6.2025), § 184 StGB Rn. 1-2; Matt/Renzikowski, StGB, § 184 Rn. 2.

³⁵ Matt/Renzikowski, StGB, § 240 Rn. 39-40; Valerius, in: BeckOK-StGB, § 241 Rn. 3-8; Sinn, in: MüKo-StGB, § 241 Rn. 5-8; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, § 253 Rn. 5; Dölling/Duttge/König/Rössner, StGB, § 253 Rn. 8-9.

³⁶ Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 3. Aufl. (2024), Art. 4 Rn. 7-21; Paal/Pauß, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. (2021), Art. 4 Rn. 3.

³⁷ Gola/Heckmann, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. (2022), § 42 Rn. 18-27; Brodowski, in: BeckOK-DatenschutzR, 52. Aufl. (2025), § 42 BDSG Rn. 22-44; Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2. Aufl. (2025), Rn. 16-20; Legal Tribune Online (Fn. 1).

³⁸ Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. (2024), § 42 Rn. 8; Heghmanns, in: Sydow/Marsch, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. (2022), § 42 Rn. 8.

³⁹ Deutscher Bundestag (Fn. 6), S. 3; Beck-aktuell (Fn. 4).

⁴⁰ Deiß, Deepfakes und Porno-Deepfakes, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4nQtXl0> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); djB, Bekämpfung bildbasierter sexualisierter Gewalt, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4qbCWyL> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); Sittig (Fn. 16).

⁴¹ Deutscher Bundestag (Fn. 6), Anlage 1; KriPoZ-RR 17/2024; Schilling (Fn. 6).

⁴² BT-Drs. 21/1383; Deutscher Bundestag (Fn. 6).

1. Tathandlung und Grundtatbestand

Nach dem Entwurf macht sich strafbar, wer das Persönlichkeitsrecht einer anderen Person verletzt, indem er *einen mit computertechnischen Mitteln hergestellten oder veränderten Medieninhalt*, der den Anschein einer wirklichkeitsgetreuen Bild- oder Tonaufnahme des äußeren Erscheinungsbildes, des Verhaltens oder mündlicher Äußerungen dieser Person erweckt, *einer dritten Person zugänglich macht*.⁴³ Damit würden Fälle erfasst, in denen jemand ein täuschend echtes KI-Bild oder -Video von einer Person weitergibt, sei es durch Upload ins Internet, Versenden an einzelne Personen oder Vorführen in einer Gruppe, und dadurch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der dargestellten Person verletzt wird. Der Strafraum für diese Grundform ist Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe. Bemerkenswert ist, dass neben lebenden Personen ausdrücklich auch Verstorbene vom Schutzbereich erfasst werden. Bezieht sich die Tat auf eine verstorbene Person und wird deren Persönlichkeitsrecht *schwerwiegend* verletzt, so gilt dieselbe Strafandrohung.⁴⁴ Damit reagiert der Entwurf auf Fälle, in denen z.B. das Andenken einer Toten durch ein obszönes oder rufschädigendes Deepfake-Video grob entstellt wird – ein Bereich, der vom geltenden § 189 StGB („Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener“) nur begrenzt abgedeckt ist.

Der Tatbestand knüpft zentral an das Kriterium der Persönlichkeitsrechtsverletzung an. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht fungiert hier als geschütztes Rechtsgut. Durch die Formulierung „wer das Persönlichkeitsrecht einer anderen Person verletzt, indem...“ wird ein Verletzungserfolg vorausgesetzt – es muss also tatsächlich eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts eintreten, nicht nur eine abstrakte Gefährdung. Dieser Erfolgsbezug ist ein Unterschied zu einigen Ehrschutzdelikten wie § 187 StGB, die bereits die Eignung zur Rufschädigung genügen lassen.⁴⁵ Zugleich hat diese Konstruktion Kritik hervorgeufen (dazu unten V.1), da das Persönlichkeitsrecht ein weit offener Begriff ist.

2. Qualifikationen

In § 201b Abs. 2 StGB-E werden erschwerende Umstände definiert, die eine höhere Strafe ermöglichen. Zum einen soll eine Tat mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sein, wenn der Täter den fraglichen Deepfake-Inhalt *der Öffentlichkeit zugänglich macht oder einen Medieninhalt zugänglich macht, der einen Vorgang des höchstpersönlichen Lebensbereichs zum Gegenstand hat*.⁴⁶ Darunter fällt insbesondere das Hochladen in frei zugängliche Internetplattformen oder das Verbreiten in sozialen Netzwerken,

wodurch potenziell eine unbegrenzte Personenzahl Zugang erhält. Dies trägt dem erhöhten Unrecht Rechnung, das in der breiten Streuung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt – die Rufschädigung und Prangerwirkung potenzieren sich, je größer das Publikum ist. Zum anderen erhöht sich der Strafraum ebenfalls auf bis zu fünf Jahre, wenn der verbreitete Inhalt *einen Vorgang des höchstpersönlichen Lebensbereichs* zum Gegenstand hat.⁴⁷ Damit soll klargestellt werden, dass insbesondere intime Deepfakes wie z.B. sexualisierte Darstellungen als schwerwiegende Fälle gelten. Diese zweite Qualifikation stellt eine Parallele zum Schutzzweck des § 201a StGB her, der ja ebenfalls den höchstpersönlichen Lebensbereich fokussiert. Beispielsweise wäre die Verbreitung eines Deepfake-Sexvideos, das eine Person in einer vermeintlich privaten sexuellen Handlung zeigt, ein Fall des § 201b Abs. 2 StGB-E.⁴⁸

3. Ausnahmeregelung

Um eine Überkriminalisierung zu vermeiden und verfassungsrechtlich geschützte Interessen wie Kunstfreiheit, Wissenschaftsfreiheit und Pressefreiheit zu wahren, enthält der Entwurf in § 201b Abs. 3 StGB-E einen ausdrücklichen Ausnahmeverbehalt.⁴⁹ Danach ist der Tatbestand *nicht erfüllt*, wenn die Handlung in Wahrnehmung *überwiegender berechtigter Interessen* erfolgt – namentlich genannt werden die Bereiche Kunst, Wissenschaft, Forschung, Lehre sowie die Berichterstattung über Zeitgeschehen oder Geschichte. Gedacht ist hierbei an Konstellationen, in denen Deepfake-Technik in *sozialadäquater* Weise eingesetzt wird, ohne die Rechte eines Einzelnen zu verletzen. Beispielhaft erwähnt werden in der Begründung satirische oder künstlerische Verfremdungen, die deutlich als solche erkennbar sind.⁵⁰ Ebenso könnte man an den Einsatz von Deepfakes in der Filmindustrie wie das digitale „Verjüngen“ eines Schauspielers oder an wissenschaftliche Experimente denken. Wichtig ist, dass die Interessenabwägung im Einzelfall entscheidet, denn nur wenn das berechtigte Interesse *überwiegt* und kein unverhältnismäßiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vorliegt, greift die Ausnahme. Damit enthält der Entwurf eine *Art geschriebenen Rechtfertigungsgrund*, der verhindern soll, dass z.B. investigative Journalisten oder Satiriker kriminalisiert werden, solange ihr Tun nicht in eine echte Persönlichkeitsverletzung umschlägt.

4. Beschlagnahme und Einziehung

Schließlich sieht § 201b Abs. 4 StGB-E vor, dass die Tatmittel, insbesondere die betreffenden Bild- oder Tonträger, Dateien etc., eingezogen werden können; § 74a StGB

⁴³ BT-Drs. 20/12605, Entwurf eines Gesetzes zum strafrechtlichen Schutz von Persönlichkeitsrechten vor Deepfakes, online abrufbar unter: <http://bit.ly/47jMyQg> (zuletzt abgerufen 15.9.2025).

⁴⁴ BT-Drs. 21/1383, Anlage 1, § 201b StGB-E; KriPoZ-RR 17/2024.

⁴⁵ Regge/Pegel, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 187 Rn. 6; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, § 187 Rn. 3; Deutscher Bundestag (Fn. 6); Scherer, Deepfake: wenn Manipulation straflos bleibt, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4n4ABTn> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025).

⁴⁶ Vassilaki (Fn. 3); Deutscher Bundestag (Fn. 9); Deutscher Bundestag (Fn. 43); Scherer (Fn. 45).

⁴⁷ Vassilaki (Fn. 3); Deutscher Bundestag (Fn. 9); Deutscher Bundestag (Fn. 43).

⁴⁸ Deutscher Bundestag (Fn. 43).

⁴⁹ Deutscher Bundestag (Fn. 43).

⁵⁰ BT-Drs. 21/1383, Anlage 2, zu § 201b Abs. 3, S. 17; Legal Tribune Online (Fn. 1); Deutscher Bundestag (Fn. 43).

(erweiterte Einziehung) soll anwendbar sein.⁵¹ Dies entspricht der üblichen Regelung bei Delikten, in denen bestimmte Medieninhalte verbreitet werden (z.B. § 201a Abs. 4 StGB enthält eine ähnliche Klausel).⁵² Dadurch soll erreicht werden, dass rechtswidrige Deepfake-Dateien aus dem Verkehr gezogen und nicht weiter verbreitet werden können.

5. Begründung des Entwurfs

In der offiziellen Gesetzesbegründung zum Bundesratsentwurf werden die Motive und Ziele ausführlich dargelegt. Hervorgehoben wird zunächst die *erhebliche Gefahr* von KI-Manipulationen für individuelle Persönlichkeitsrechte, Vermögenswerte und sogar den demokratischen Willensbildungsprozess. Deepfakes werden als eine besonders gefährliche Form der Informationsmanipulation bezeichnet, die Straftäter zunehmend missbräuchlich einsetzen.⁵³ Typische Tätermotive seien Rache oder der Wille, Macht über das Opfer auszuüben; im politischen Bereich gehe es um effektive Diskreditierung von Personen im Meinungswettstreit. Zwar könnten einzelne Deepfake-Fälle durch bestehende Strafvorschriften in *Teilaspekten* erfasst werden, doch werde der eigentliche Unrechtskern – das simulierte Erzeugen einer falschen „Realität“ um eine Person – nicht abgebildet. Die Begründung formuliert pointiert das berechnete Interesse jeder Person, „ohne ihre Zustimmung nicht in eine künstlich erzeugte, aber scheinbar authentische ‘Wirklichkeit’ hineingestellt zu werden mit Äußerungen, die sie selbst nicht getätigt hat, oder mit Handlungen, die sie selbst nicht vorgenommen hat“. Durch Deepfakes verliere der Betroffene die Selbstbestimmung und Kontrolle über das eigene Auftreten nach außen; identitätsprägende Merkmale würden verfälscht oder in falschen Kontext gerückt. Angesichts dieser schwerwiegenden Auswirkungen genüge eine bloße Kennzeichnungspflicht für Deepfakes nicht, so der Gesetzgeber – es bedürfe vielmehr einer Strafandrohung, um effektiv abzuschrecken und das Rechtsgut zu schützen.⁵⁴

Weiter wird begründet, warum die genannten Ausnahmen wie Kunst, Berichterstattung etc., aufgenommen wurden. Man wolle sicherstellen, dass sozialadäquate oder grundrechtlich gedeckte Anwendungen der Technik nicht erfasst werden.⁵⁵ Gleichzeitig – so die Begründung – seien gewisse Grenzen der Ausnahme zu beachten. Handlungen, die zwar unter Kunst- oder Pressefreiheit fallen, aber gleichwohl Persönlichkeitsrechte verletzen, sollen nicht privilegiert werden. Diese Abwägung wird jedoch im Gesetzentwurf selbst durch die Generalklausel „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ den Gerichten überlassen.

Der Bundesrat begründete die Notwendigkeit der Neuregelung auch mit dem Hinweis, dass § 201a StGB reale Bildaufnahmen voraussetzt und daher *generierte* Bilder nicht erfasst – eine Lücke, die es zu schließen gelte. Ebenso wenig sei eine täuschend echte KI-Stimme von § 201 StGB (Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes) erfasst, da dort eine tatsächliche Äußerung der Person Voraussetzung ist.⁵⁶ Schließlich verweist der Entwurf auf den erheblichen Anteil pornographischer Deepfakes und die besondere Betroffenheit von Frauen, was ein entschlossenes strafrechtliches Einschreiten erfordere.⁵⁷

Der Gesetzentwurf wurde am 11. Juli 2024 vom Bundesrat beschlossen und am 27.8.2025 in den Deutschen Bundestag eingebracht.⁵⁸ Damit war der erste Schritt zu einer gesetzlichen Regelung getan. Im Folgenden ist jedoch zu betrachten, welche Resonanz und Kritik dieser Vorschlag erfahren hat – sowohl seitens der damaligen Bundesregierung als auch aus juristischer Fachsicht.

V. Diskussion: Notwendigkeit, Kritikpunkte und Alternativvorschläge

Die Einführung eines Straftatbestandes für Deepfakes wird kontrovers diskutiert. Einerseits wird die Schaffung einer spezialpräventiven Norm als geboten angesehen, um die erkannte Schutzlücke zu schließen und dem Unrechtsgehalt von Deepfake-Taten gerecht zu werden. Andererseits warnen Kritiker vor möglichen Übermaß- und Bestimmtheitsproblemen der vorgeschlagenen Regelung und halten das bestehende Instrumentarium für im Wesentlichen ausreichend. Im Folgenden werden die wichtigsten Pro- und Contra-Argumente sowie ein alternativer Reformvorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer dargestellt.

1. Argumente für den neuen Straftatbestand

Befürworter – zu denen insbesondere die Initiatoren des Entwurfs aus den Ländern zählen – betonen die besondere Gefährlichkeit von Deepfakes und den bisherigen unzureichenden Schutz der Opfer. Exemplarisch heißt es aus der Staatsregierung Bayern: Obwohl es zahlreiche strafrechtliche Regelungen gebe, erfassten diese „jedoch nur Teilaspekte und werden dem besonderen Unrechtsgehalt der Taten nicht gerecht“. Der *technische Täuschungsaspekt* führe zu einer neuen Qualität der Verletzung, die eine eigenständige Strafnorm verlange. Dabei wird auch auf die stark gestiegene Zahl von Vorfällen verwiesen, eine Entwicklung, die sich statistisch zwar mangels spezieller Erfassung schwer belegen lässt, die aber durch vermehrte Medienberichte über Deepfake-Skandale untermauert wird. Insbesondere die Zunahme pornographischer

⁵¹ BT-Drs. 21/1383, Anlage 2, zu § 201b Abs. 4, S. 18; Deutscher Bund (Fn. 43); BRAK, Stellungnahme Nr. 75/2024, online abrufbar unter: <http://bit.ly/3L4DMNp> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025).

⁵² Heuchemer, in: BeckOK-StGB, § 74a Rn. 1-4; Heuchemer, in: BeckOK-StGB, § 201a Rn. 1-6.

⁵³ Deutscher Bundestag (Fn. 43); Deutscher Bundestag (Fn. 6); Kraetzig, Computer und Recht 2024, S. (207) 211; Vassilaki, Computer und Recht 2024, S. (701) 704; Karaboga, in: Jaki/Steiger (Hrsg.), Interdisziplinäre Perspektiven auf Erkennung, Beschreibung und Regulation, 2023, S. 197-199.

⁵⁴ BT-Drs. 21/1383, Allgemeiner Teil, I Nr. 1; KriPoZ-RR 17/2024.

⁵⁵ BT-Drs. 21/1383, Allgemeiner Teil, I Nr. 4; Legal Tribune Online (Fn. 1).

⁵⁶ BT-Drs. 21/1383, Allgemeiner Teil, I Nr. 3a; Legal Tribune Online (Fn. 1); Deutscher Bundestag (Fn. 43).

⁵⁷ BT-Drs. 21/1383, Allgemeiner Teil, I Nr. 2c; Beck-aktuell (Fn. 4); Deutscher Bundestag (Fn. 43).

⁵⁸ BT-Drs. 21/1383; Deutscher Bundestag (Fn. 6); KriPoZ-RR 17/2024.

Deepfakes zu Lasten von Frauen und teils Minderjährigen wird als alarmierend dargestellt.⁵⁹ Hier zeige sich, dass Täter mit relativ geringem Aufwand massiven Schaden anrichten könnten, während Opfer mangels klarer Rechtsgrundlage oft *rechtlich kaum Möglichkeiten* sehen, sich zu wehren.⁶⁰ Die Einführung von § 201b StGB soll daher eine Schutzlücke schließen und zugleich eine *abschreckende Wirkung* entfalten. Der Normerlass hätte auch symbolischen Charakter, da er signalisiert, dass der Staat die Persönlichkeitsrechte im digitalen Raum ernst nimmt und neuen Formen digitaler Gewalt entschlossen entgegentritt.

Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass das Fehlen einer passenden Strafnorm auch Strafbarkeitslücken erzeugt, wo bestehende Tatbestände an Voraussetzungen anknüpfen, die Deepfake-Fälle gerade nicht erfüllen. So bleibt etwa das *postmortale Persönlichkeitsrecht* nach geltendem Recht strafrechtlich weitgehend schutzlos, sofern nicht eine Verunglimpfung (§ 189 StGB) nachweisbar ist – § 201b StGB-E würde hier Abhilfe schaffen, indem schon die schwere Verletzung des Andenkens einer verstorbenen Person durch eine digitale Fälschung erfasst wäre.⁶¹ Ebenso klappt eine Lücke bei täuschenden *Fake-Audioaufnahmen*, da eine gefälschte Sprachnachricht mit beleidigendem Inhalt mangels tatsächlicher Äußerung weder nach § 201 StGB (Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes) noch sicher nach § 185 StGB (Beleidigung) geahndet werden könnte.⁶² Solche Konstellationen würden künftig vom neuen Tatbestand abgedeckt.

Befürworter verweisen auch auf die präventive Funktion des Strafrechts. Die Drohung mit Strafe könne zumindest einen Teil potenzieller Täter abschrecken, KI-Technologie für Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu missbrauchen. Gerade weil Deepfake-Software immer zugänglicher wird, sei es wichtig, frühzeitig klare Grenzen aufzuzeigen. Schließlich wird argumentiert, die vorgeschlagene Norm sei verhältnismäßig und ausreichend bestimmt formuliert, um nur das wirklich sozialschädliche Verhalten zu erfassen. Die Ausnahmeklausel in Abs. 3 stelle sicher, dass legitime Anwendungsfälle wie Satire, Kunst etc. ausgespart blieben, so dass eine Kriminalisierung von sozialadäquatem Verhalten nicht zu befürchten sei.⁶³ Insgesamt, so die Befürworter, schaffe § 201b StGB ein passgenaues Werkzeug, wo bislang nur *Umwege* über weniger einschlägige Tatbestände möglich waren.

2. Einwände der damaligen Bundesregierung

Der in seiner 1046. Sitzung des Bundesrats am 5. Juli beschlossene Entwurf eines Gesetzes zum strafrechtlichen Schutz von Persönlichkeitsrechten vor Deepfakes wurde am 21. August 2024 dem Bundestag übersandt⁶⁴, in der

20. Legislaturperiode aber nicht mehr beschlossen. Die damalige Bundesregierung stand der Neuregelung skeptisch gegenüber und hat im Gesetzgebungsverfahren eine ablehnende Stellungnahme abgegeben.⁶⁵ Zunächst wurde betont, dass nach ihrer Auffassung bereits „bestehende Gesetze ausreichende Strafmöglichkeiten“ bieten. In der Stellungnahme der Bundesregierung zum Bundesratsentwurf wurden exemplarisch jene Normen aufgezählt, die auch oben in Teil III beschrieben wurden: So seien kinder- und jugendpornografische Deepfakes durch §§ 184b, 184c StGB abgedeckt; die Verbreitung pornographischer Inhalte sei (unabhängig von Deepfakes) durch § 184 StGB unter Strafe, und für ehrverletzende Deepfakes käme eine Strafbarkeit als Verleumdung (§ 187 StGB) in Betracht. Außerdem wird auf § 33 KUG hingewiesen, der das unbefugte Verbreiten von Bildnissen pönalisiert, sowie auf etwaige Eingriffsmöglichkeiten des Urheberrechts (§§ 106, 108 UrhG), falls urheberrechtlich geschützte Ausgangsfotografien verwendet wurden. Auch § 42 Abs. 2 BDSG (Datenschutzstrafrecht) könne im Einzelfall erfüllt sein.⁶⁶ Nach Ansicht der damaligen Bundesregierung ergab sich daraus ein ausreichendes Netz an Sanktionsmöglichkeiten, ohne dass es eines neuen Straftatbestands bedarf.

Noch gewichtiger sind die verfassungsrechtlichen Bedenken, welche die Regierung vorbrachte. Sie monierte insbesondere die Unbestimmtheit der Formulierung „Wer das Persönlichkeitsrecht einer anderen Person verletzt...“.⁶⁷ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei ein weit gefasstes, offenes Rechtsgut, das in dieser Allgemeinheit bislang nicht als Tatbestandsmerkmal in einem Strafgesetz verwendet wurde. Art. 103 Abs. 2 GG verlange jedoch ausreichende Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit von Strafnormen. Es wird die Frage aufgeworfen, ob das Kriterium der Persönlichkeitsrechtsverletzung hinreichend klar umrissen werden könne, um als Grundlage für eine Strafverfolgung zu dienen. Zweifel ergeben sich z.B. daraus, dass die Schwelle zur „Verletzung“ des Persönlichkeitsrechts nicht näher definiert ist – handelt es sich um jede nicht unerhebliche Beeinträchtigung? Muss eine Ehrkränkung oder eine Rufschädigung eingetreten sein? Gerade weil das Persönlichkeitsrecht in verschiedenen Ausprägungen (Ehre, Privatheit, Selbstdarstellung etc.) geschützt wird, könnten Auslegungsschwierigkeiten entstehen. Hier sah die Bundesregierung ein erhebliches Bestimmtheitsrisiko, das die Norm im Extremfall verfassungswidrig machen könnte.⁶⁸

Darüber hinaus verwies die Regierung darauf, dass § 201b StGB-E in mancher Hinsicht sogar *enger* gefasst sei als bestehende Tatbestände und dadurch paradoxerweise weniger Schutz bieten könnte. So wurde angemerkt, § 201b setze einen tatsächlichen Verletzungserfolg voraus, wo

⁵⁹ BT-Drs. 21/1383, Allgemeiner Teil, S. 6; Beck-aktuell (Fn. 4).

⁶⁰ Deutscher Bundestag (Fn. 6), Besonderer Teil, zu § 201b Abs. 2; BT-Drs. 21/1383, Besonderer Teil zu § 201b Abs. 2.

⁶¹ BT-Drs. 21/1383, § 201b Abs. 1 S. 2 StGB-E; KriPoZ-RR 17/2024.

⁶² Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, § 201 Rn. 5; *Heutcher*, in: BeckOK-StGB, § 201 Rn. 3; Legal Tribune Online (Fn. 1).

⁶³ BT-Drs. 21/1383, Allgemeiner Teil I. Nr. 4; Legal Tribune Online (Fn. 1).

⁶⁴ Deutscher Bundestag (Fn. 43).

⁶⁵ Deutscher Bundestag (Fn. 43), Anlage 2.

⁶⁶ Deutscher Bundestag (Fn. 43), Anlage 2; Legal Tribune Online (Fn. 1).

⁶⁷ Deutscher Bundestag (Fn. 43), Anlage 2; Legal Tribune Online (Fn. 1).

⁶⁸ Deutscher Bundestag (Fn. 6).

z.B. § 187 StGB bereits die abstrakte Eignung zur Rufschädigung ausreichen lässt.⁶⁹ Es könne schwieriger sein, in der Praxis eine konkrete Persönlichkeitsrechtsverletzung nachzuweisen, etwa psychische Folgen beim Opfer, als die objektive Ehrkränkung durch eine falsche Tatsache. In diesem Sinne könne der Entwurf hinter dem Schutzniveau bestehender Normen zurückbleiben. Die Bundesregierung sah daher keinen überzeugenden Mehrwert in der neuen Vorschrift.

Politisch ist hervorzuheben, dass die ablehnende Haltung der damaligen Bundesregierung im Kontext einer differierenden rechtspolitischen Einschätzung stand. Während einige Bundesländer (insbes. Bayern) starken Handlungsbedarf sahen, verfolgte die damalige Bundesregierung einen zurückhaltenderen Ansatz im Bereich Cybercrime und digitale Gewalt, setzte eher auf punktuelle Anpassungen und effektive Anwendung geltenden Rechts. Gleichwohl war sie durch die Bundesratsinitiative gezwungen, sich mit dem Thema auseinanderzusetzen.

In der Stellungnahme der Bundesregierung, die den Gesetzentwurf des Bundesrats am 29.08.2025 dem Bundestag zur Vorlage gebracht hat, wird auf die o. g. Einwände der damaligen Bundesregierung nicht eingegangen und darauf hingewiesen, dass die Bundesregierung die geschilderten Phänomene sehr ernst nimmt und die Vereinbarung im Koalitionsvertrag für die 21. Legislaturperiode genannt, wonach Strafbarkeitslücken bei bildbasierter sexualisierter Gewalt geschlossen werden sollen. Der Gesetzestext an sich wurde gegenüber der Vorlage vom 21. August 2024 nicht verändert.

3. Stellungnahme der BRAK

Eine wichtige Stimme in der Fachdiskussion ist die BRAK, die im Oktober 2024 eine ausführliche Stellungnahme (Nr. 75/2024) zum Gesetzentwurf veröffentlicht hat. Darin unterstützt die BRAK zwar grundsätzlich die Idee, Deepfake-Missbrauch strafrechtlich zu sanktionieren, übt jedoch Kritik an der Ausgestaltung des Entwurfs und schlägt einen alternativen Lösungsweg vor.⁷⁰

Die BRAK moniert zunächst – in ähnlicher Linie wie die Bundesregierung – die unscharfe Bestimmung des geschützten Rechtsguts. Der Verweis auf das Persönlichkeitsrecht allein sei „zu schwammig formuliert“ und es fehle an der nötigen Präzision.⁷¹ Insbesondere bestehe die Gefahr, dass der geplante § 201b StGB sehr weit greift und theoretisch *jede Verwendung von KI-generierten Bildnissen* unter Strafe stellen könnte, wenn man das Persönlichkeitsrecht großzügig auslegt. Die BRAK führt aus, der Gesetzeswortlaut würde *jedliches Zugänglichmachen an Dritte oder die Öffentlichkeit* bei Vorliegen einer Persönlichkeitsbeeinträchtigung strafbar machen; damit sei unklar, wie z.B. das Teilen eines Deepfake durch einen unwissenden Nutzer zu beurteilen ist, der den Fake für echt hält oder dessen Rechtswidrigkeit nicht erkennt.⁷² Hier würde man u.U. selbst gutgläubige Weiterverbreiter

kriminalisieren. Zwar setzt Strafbarkeit Vorsatz voraus, doch könnten Laien die „Unwahrheit“ eines sehr gut gemachten Deepfakes nicht immer sicher erkennen. Insgesamt, so die BRAK, bedarf die Norm einer klareren Eingrenzung, um nicht über ihr Ziel hinauszuschießen.

Ein weiterer zentraler Kritikpunkt der BRAK betrifft die Ausnahmeregelung in Abs. 3 des Entwurfs. Diese sei in der geplanten Form „zu weitgehend“ und rechtssystematisch problematisch. Die BRAK gibt zu bedenken, dass weder Meinungs- und Pressefreiheit noch Wissenschafts- und Kunstfreiheit einen Freibrief dafür bieten dürften, *unwahre Tatsachenbehauptungen* zu verbreiten – auch nicht in Form schwer erkennbarer Deepfakes. Die vorgeschlagene Ausnahmeformulierung könnte aber genau dies erlauben, sofern sich der Täter auf einen dieser Bereiche beruft. Die Kammer argumentiert, der verfassungsrechtliche Schutz von Satire und Kunst ende dort, wo der durchschnittliche Rezipient eine Darstellung nicht mehr als Satire, sondern als bare Münze auffasse. Wenn also ein vermeintlich satirisches Deepfake-Video von vielen für echt gehalten wird, liege gerade kein schützenswerter Kern mehr vor, sondern eine gefährliche Desinformation. Auch stellt die BRAK infrage, wie das absichtliche Verbreiten falscher Medieninhalte jemals der seriösen Zeitgeschehen-Berichterstattung oder Geschichtsschreibung dienen könne.⁷³ Durch die so weit formulierten Ausnahmen läuft man nach Meinung der BRAK, Gefahr, die Norm *praktisch zu entkernen*, weil sich potenzielle Täter auf Kunst oder Journalismus berufen könnten, um tiefgreifende Persönlichkeitsverletzungen zu rechtfertigen. Hier plädiert die BRAK für eine enger gefasste oder alternative Lösung.

Als solchen alternativen Ansatz schlägt die BRAK vor, anstatt eines völlig neuen § 201b eine Ergänzung des geltenden § 201a StGB vorzunehmen. Dies sei eine „minimalinvasive“ Lösung, welche die vorhandene Struktur nutzt und nur gezielt erweitert. Konkret regt die BRAK an, in § 201a Abs. 2 StGB zwei neue Nummern aufzunehmen, die das unbefugte Verbreiten von ehrschädigenden Bildern und Deepfake-Inhalten erfassen. So solle § 201a Abs. 2 Nr. 1 n.F. jede unbefugte Verbreitung von Bildaufnahmen unter Strafe stellen, die *geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden*. Unmittelbar danach – in Nr. 2 – würde das Verbreiten von KI-manipulierten Inhalten (wie in § 201b Abs. 1 beschrieben) erfasst, *sofern diese geeignet sind, dem Ansehen der Person erheblich zu schaden*. Durch die Formulierung „geeignet, erheblich zu schaden“ baut die BRAK also eine Relevanzschwelle ein: Es soll nur strafbar sein, wenn der Deepfake wirklich gravierende Auswirkungen auf das Opfer haben kann (beispielsweise erhebliche Rufschädigung). Triviale oder augenzwinkernde Fälschungen fielen damit heraus. Zugleich würde damit – im Gegensatz zum Entwurf – nicht irgendeine Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung genügen, sondern konkret eine *erhebliche Ansehensschädigung* erforderlich sein, was dem Bestimmtheitsgebot

⁶⁹ Deutscher Bundestag (Fn. 6).

⁷⁰ BRAK (Fn. 51); Legal Tribune Online (Fn. 1).

⁷¹ BRAK (Fn. 51), zu § 201b Abs. 1; Legal Tribune Online (Fn. 1).

⁷² BRAK (Fn. 51).

⁷³ Legal Tribune Online (Fn. 1).

cher Genüge tun soll. Auch die kritisierte Inhaltsunklarheit („Inhalt“) würde präzisiert, da klar ein reputationsrelevanter Inhalt vorliegen muss.⁷⁴ Im Übrigen schlägt die BRAK vor, die Ausnahmenvorschrift, vergleichbar Abs. 3 des Entwurfs, in angepasster Form ebenfalls zu übernehmen⁷⁵, um Kunst etc. nicht übermäßig zu beschränken. Insgesamt, so die BRAK, lasse sich mit dieser Modifikation ein gezielter Schutz vor Deepfake-Verbreitung erreichen, ohne einen komplett neuen Paragraphen schaffen zu müssen. Gleichzeitig würden die in der Stellungnahme aufgezeigten Probleme (Schwammigkeit, zu weite Ausnahmen) entschärft.⁷⁶ Aus Sicht der BRAK wäre ein solches Vorgehen „minimalinvasiv“ und kompatibel mit den europarechtlichen Vorgaben, die demnächst auf die Mitgliedstaaten zukommen.⁷⁷

Die BRAK-Stellungnahme hat auch in der weiteren Fachöffentlichkeit Diskussionen hervorgerufen. So wurde beispielsweise von Praktikern angemerkt, der BRAK-Vorschlag gehe immer noch zu weit. Es sei ein zusätzliches Eingrenzungsmerkmal nötig, etwa dass die Verbreitung „in der Absicht zu schädigen, zu diffamieren oder politisch zu beeinflussen“ erfolgt oder einen sexualisierten Kontext hat. Andernfalls bestehe weiterhin die Gefahr, „alles Unnötige zu pönalisieren, was unter künstlich generierte Bildnisse fällt“, wie ein IT-Fachanwalt warnte. In drastischen Worten wurde gar von einem möglichen „Tod von Bild-KI in Deutschland“ gesprochen, sollte die Gesetzgebung überziehen.⁷⁸ Diese Stimmen fordern also eine noch engere Fassung, um den Einsatz von KI in Kunst und Kreativität nicht durch allzu strenge Strafanordnungen abzuwürgen. Andererseits betonen Befürworter der Strafbarkeit, dass man dringend effektive Mittel brauche, um *Opfer zu schützen* – und dass man die Abgrenzung zulässiger Parodien von unzulässigen Fälschungen der Rechtsprechung zutrauen könne.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Debatte weniger um das Ob einer Regulierung als um das Wie geht. Einigkeit besteht weitgehend darin, dass nicht-einvernehmliche, persönlichkeitsverletzende Deepfakes ein reales Problem darstellen, dem man begegnen muss. Strittig ist jedoch, ob der Bundesratsentwurf in seiner aktuellen Fassung dafür das richtige Mittel ist, oder ob nachjustiert werden sollte (sei es in Form der BRAK-Anregungen oder durch andere Modifikationen). Dabei spielen sowohl rechtstechnische Überlegungen (Bestimmtheit, Systematik) als auch grundrechtliche Abwägungen (Schutz der Meinungs-/Kunstfreiheit vs. Persönlichkeitsrecht) eine

Rolle.

4. Europäischer und internationaler Kontext

Die Diskussion um Deepfakes beschränkt sich nicht auf Deutschland. Auch auf EU-Ebene und in anderen Staaten wird nach Lösungen gesucht. Die Europäische Union hat jüngst mit der Richtlinie zur *Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt*⁷⁹ erstmals explizite Vorgaben zum Umgang mit bildbasierter digitaler Gewalt gemacht, wonach die Mitgliedstaaten die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft setzen, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie bis zum 14. Juni 2027 nachzukommen.⁸⁰ In Art. 7 dieser Richtlinie wird die *nicht einvernehmliche Herstellung oder Weitergabe von intimen Bildern oder manipuliertem Material* unter Strafe gestellt.⁸¹ Darunter fallen auch sexualisierte Deepfakes. Die Richtlinie, die im Juni 2024 politisch verabschiedet wurde, verpflichtet die Mitgliedstaaten, entsprechende Straftatbestände in nationales Recht zu überführen. Deutschland wird diese EU-Vorgabe mit dem am 27. August 2025 dem Bundestag zur Entscheidung vorgelegten Gesetzesentwurf zum strafrechtlichen Schutz von Persönlichkeitsrechten vor Deepfakes voraussichtlich umsetzen.⁸² Der Bundesratsentwurf antizipiert diese Entwicklung gewissermaßen, wobei dessen Anwendungsbereich (auch nicht-sexuelle Deepfakes, z.B. politische) sogar über die Mindestanforderungen der EU hinausgeht.

In anderen Ländern existieren bereits spezielle Gesetze gegen Deepfakes, vor allem im Bereich Nicht-einvernehmliche Pornografie. Mehrere Bundesstaaten der USA haben Gesetze erlassen, die die Erstellung oder Verbreitung von sog. *deepfake porn* unter Strafe stellen, z.T. eingebettet in die Revenge-Porn-Gesetzgebung.⁸³ Auch Südkorea und einige australische Bundesstaaten haben vergleichbare Straftatbestände geschaffen.⁸⁴ In Großbritannien wird das Problem im Rahmen eines geplanten Gesetzes gegen Cyberflashing und Intimbildmissbrauch aufgegriffen.⁸⁵ Diese internationalen Entwicklungen zeigen einen Trend zur strafrechtlichen Sanktionierung von Deepfake-Missbrauch, wobei der Fokus meist auf eindeutig schädlichen Formen, insb. sexuelle Bloßstellung, liegt. Deutschland reiht sich mit der diskutierten Neuregelung in diesen Trend ein.

Neben dem Strafrecht rücken auch regulatorische Ansätze in den Blick. Der EU-Digital Services Act (DSA) etwa

⁷⁴ BRAK (Fn. 51).

⁷⁵ BRAK (Fn. 51).

⁷⁶ Legal Tribune Online (Fn. 1).

⁷⁷ BRAK (Fn. 51).

⁷⁸ Legal Tribune Online (Fn. 1).

⁷⁹ Richtlinie (EU) 2024/1385 v. 14.5.2024 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt; *Karaboga* (Fn. 2).

⁸⁰ Richtlinie (EU) 2024/1385 (Fn. 80), Art. 49; *Rigotti/McGlynn*, *New Journal of European Criminal Law* 2022, S. (452) 467; *Rigotti*, *German Law Journal*, 25(2); Hate Aid, Deepfakes and dick pics: EU protects women from digital violence, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4q30gyz> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025).

⁸¹ Richtlinie (EU) 2024/1385 (Fn. 80), Art 7, 10; *Sittig* (Fn. 16).

⁸² BT-Drs. 21/1383; Deutscher Bundestag (Fn. 43).

⁸³ USA, The Take It Down Act: A Federal Law Prohibiting the Non-consensual Publication of Intimate Images of 19.5.2025, Public Law No: 119-12; The White House, ICYMI: President Trump Signs TAKE IT DOWN Act into Law, online abrufbar unter: <http://bit.ly/3VV55MB> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); AP, Pennsylvania Senate passes a bill to outlaw the distribution of deepfake material, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4hdhg16> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); NCSL, Deceptive Audio or Visual Media (‘Deepfakes’) 2024 Legislation, online abrufbar unter: <http://bit.ly/46YFRBY> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025).

⁸⁴ Lyons, South Korea set to criminalize possessing or watching sexually explicit deepfake videos, online abrufbar unter: <http://bit.ly/3L4E72D> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025).

⁸⁵ UK, Online Safety Act v. 26.10.2023; UK, What does the Online Safety Act do?, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4mWDVja> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025).

zwingt große Plattformen, effektive Melde- und Entferungsverfahren für rechtswidrige Inhalte vorzuhalten.⁸⁶ Dies wird auch Deepfake-Opfern zugutekommen, die Löschung oder Sperrung solcher Inhalte verlangen. Zudem sieht der EU-AI Act bestimmte Transparenzpflichten für KI-Generatoren vor – so müssen generierte Inhalte grundsätzlich als solche gekennzeichnet sein, Ausnahme z.B. bei Satire.⁸⁷ Allerdings stuft der AI Act Deepfake-Software nicht grundsätzlich als Hochrisiko-KI-Systeme, sondern nur als „begrenztes Risiko“ ein, weshalb die Vorgaben relativ mild sind.⁸⁸ In Deutschland befindet sich ferner ein Gesetz gegen digitale Gewalt in Vorbereitung, das durch die vorherige Regierung durch das frühzeitige Aus der Ampelkoalition in der 20. Legislaturperiode allerdings nicht mehr verabschiedet wurde. Das Gesetz soll opferschützende Zivilinstrumente, wie z.B. Auskunftsansprüche gegen Plattformen zur Täteridentifizierung, schnellere gerichtliche Verfügungen zur Löschung, verbessern.⁸⁹ All diese Maßnahmen ergänzen das strafrechtliche Vorgehen, ersetzen es aber nicht.

VI. Fazit und Ausblick

Die Problematik der Deepfakes stellt den Strafrechtsschutz der Persönlichkeit vor neuartige Herausforderungen. Einer fiktiven, aber täuschend echt wirkenden Verletzung der Person – sei es durch pornografische Montage oder durch zugeschriebene falsche Aussagen – sehen sich die bestehenden Straftatbestände nur begrenzt gewachsen. Die Initiative zur Einführung von § 201b StGB macht deutlich, dass der Gesetzgeber gewillt ist, diese Lücke zu schließen und den Opfern moderner digitaler Angriffe gerecht zu werden. Die kontroversen Stellungnahmen haben jedenfalls schon jetzt zu einem Nachschärfen des Problembewusstseins geführt.

Klar ist, dass der Schutz vor Deepfake-basierten Persönlichkeitsverletzungen künftig an Bedeutung gewinnen wird. Je weiter die technische Entwicklung fortschreitet und je leichter entsprechende Tools verfügbar werden, desto dringlicher wird eine klare rechtliche Grenze zwischen erlaubter Nutzung und strafwürdigem Missbrauch von KI-Generierungen. Dabei muss eine Balance gefunden werden, die einerseits wirkungsvollen Opferschutz und Abschreckung gewährleistet, andererseits aber legitime kreative Anwendungen von KI, bspw. in Kunst, Satire oder Bildung nicht über Gebühr behindert. Die aktuelle Debatte zeigt exemplarisch, wie das Strafrecht auf digitale Phänomene reagieren kann, und zwar mit Augenmaß, aber auch mit der notwendigen Entschlossenheit, neue Formen der Verletzung rechtlich zu erfassen.

Schließlich sei angemerkt, dass das Strafrecht allein kein Allheilmittel gegen die „Deepfake-Gefahr“ ist. Parallel sind gesellschaftliche Aufklärung, um die Medienkompetenz zu stärken und Fälschungen schneller zu erkennen sowie technische Lösungen gefragt. Fortschritte bei KI-Detektionssystemen könnten in Zukunft helfen, Deepfakes zuverlässig zu identifizieren. Dies würde zwar die Verbreitung unwahrer Inhalte eindämmen, doch bleibt die potenzielle Persönlichkeitsverletzung durch bereits kursierende Fakes ein Faktum. Daher kommt dem rechtlichen Opferschutz – strafrechtlich wie zivilrechtlich – eine zentrale Rolle zu. Die Initiative für § 201b StGB hat den wichtigen Effekt, eine breite Diskussion über Persönlichkeitsrechte im digitalen Raum angestoßen zu haben. Sie trägt dazu bei, dass Gesetzgeber, Justiz und Gesellschaft sensibilisiert werden für die Herausforderung, die von Deepfakes und vergleichbaren technischen Manipulationen ausgeht. Mit wachsendem Problembewusstsein und einer sorgfältigen Justierung der Rechtsnormen besteht die Hoffnung, dass effektive Schutzmechanismen etabliert werden können, ohne die grundrechtlich verbürgten Freiheiten unangemessen einzuschränken. Die Diskussion ist mit der Vorlage des Gesetzesentwurfs an den Bundestag noch nicht abgeschlossen – sie hat jedoch einen wichtigen Impuls erhalten, dem in Zukunft Taten folgen müssen, um den strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz auch im Zeitalter der KI-Generierung effektiv zu gewährleisten.

Über die dogmatische und rechtspolitische Diskussion hinaus ist schließlich zu betonen, dass auch die praktischen Rahmenbedingungen die Effektivität des geplanten § 201b StGB wesentlich bestimmen werden. Die technische Erkennung von Deepfakes stellt derzeit noch eine erhebliche Herausforderung dar. Zwar entwickeln Forschung und IT-Industrie zunehmend Verfahren zur automatisierten Identifikation manipulierter Inhalte, doch sind diese weder flächendeckend verfügbar noch rechtssicher etabliert. Für die Strafverfolgungsbehörden bedeutet dies, dass die Aufklärung entsprechender Taten erhebliche personelle und technische Ressourcen erfordert. Gleiches gilt für die Identifizierung der Täter, die häufig unter Nutzung internationaler Plattformen, Anonymisierungstechniken und Verschleierungsmaßnahmen agieren. Angesichts der ohnehin bestehenden Überlastung der Justiz droht hier eine Diskrepanz zwischen normativem Anspruch und praktischer Durchsetzbarkeit. Ein wirksamer Persönlichkeitsschutz vor Deepfakes erfordert daher nicht nur eine strafrechtliche Neuregelung, sondern auch flankierende Investitionen in die technische Ausstattung und die spezialisierte Ausbildung der Ermittlungsbehörden.

⁸⁶ Verordnung (EU) 2022/2065 v. 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, Art. 6 Abs. 1, Art. 9, Art. 16.

⁸⁷ Verordnung (EU) 2024/1689 v. 13.6.2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), Art. 50.

⁸⁸ Verordnung (EU) 2024/1689 (Fn. 88), Art. 3, Art. 50 Abs. 6, Anhang III i.V.m. Art. 6 Abs. 2.

⁸⁹ BMJ, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der privaten Rechtsverfolgung im Internet, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4ohh2s4> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025); BT-Drs. 20/7090, online abrufbar unter: <http://bit.ly/4nGmzZ7> (zuletzt abgerufen am 15.9.2025), Rn. 76; djb (Fn. 40); Sittig (Fn. 16).

Täuschend echt, strafrechtlich relevant? Zur Regulierung von Deepfakes vor dem Hintergrund des § 201b StGB-E

von Johannes Härtlein*

Abstract

Der Beitrag analysiert den Entwurf des § 201b StGB-E vor dem Hintergrund neuartiger Erscheinungsformen von Deepfakes, die in der bisherigen Literatur noch weitgehend unbeachtet geblieben sind. Neben Deepfake-Pornografie werden gefälschte Werbeinhalte, Identitätsdiebstahl in Videokonferenzen und der Einsatz von Echtzeit-Deepfakes in Gerichtsverhandlungen untersucht. Auf dieser Grundlage wird geprüft, inwieweit das geltende Strafrecht solche Konstellationen bereits erfasst und wo Strafbarkeitslücken verbleiben. Unter Einbeziehung der KI-Verordnung und der Gewaltschutzrichtlinie bewertet der Beitrag den § 201b StGB-E als unionsrechtskonform, jedoch in seiner Reichweite partiell unzureichend. Die Beschränkung auf täuschungsbasierte Sachverhalte lässt zentrale Missbrauchsformen, insbesondere im höchstpersönlichen Lebensbereich, unberücksichtigt. Vorgeschlagen wird eine erweiterte Ausgestaltung nach französischem Vorbild sowie die Einführung einer besonderen Irrtumsregelung.

The article analyzes the draft of Section 201b of the German Criminal Code against the backdrop of novel forms of deepfakes that have so far received little attention in the academic literature. In addition to deepfake pornography, the study examines falsified advertising content, identity theft in video conferences, and the use of real-time deepfakes in court proceedings. On this basis, it assesses the extent to which existing criminal law already covers such scenarios and where gaps in criminal liability remain. Taking into account the EU Artificial Intelligence Act and the Victims' Rights Directive, the article concludes that Section 201b StGB-E is consistent with Union law, but its scope is partially insufficient. The restriction to deception-based cases fails to address key forms of abuse, particularly in highly personal spheres of life. The paper therefore proposes an expanded design following the French model and the introduction of a specific rule on mistake.

I. Einleitung

Künstliche Intelligenz spielt in der Gesellschaft eine immer größer werdende Rolle. Neben dem Einsatz in Medi-

zin und Wirtschaft wird KI auch verstärkt zur Generierung von Medien genutzt. So können Bilder, Videos und Audioinhalte durch KI-Anwendungen täuschend echt erzeugt werden.¹ Diese Entwicklung wird kritisch beobachtet. Es befindet sich derzeit eine Petition im Bundestag, die ein Verbot von Deepfakes fordert.² Durch die Einfügung eines neuen Straftatbestandes in Italien, der den Umgang mit Deepfakes in bestimmten Fällen unter Strafe stellt,³ ist das Thema generativer KI auch in Deutschland weiter in den Fokus geraten. Der Bundesrat hat mit dem Vorschlag einer neuen Strafnorm auch hierzulande einen Gesetzgebungsprozess angestoßen, der den Umgang mit Deepfakes regulieren soll.⁴

Dieser Beitrag hat zum Ziel, ausgewählte Problemstellungen im Zusammenhang mit Deepfakes zu beleuchten und davon ausgehend eine Bewertung des aktuellen Gesetzgebungsvorhabens vorzunehmen. Hierzu soll zunächst der Begriff „Deepfake“ näher erläutert werden. Anschließend erfolgt eine Darstellung der verschiedenen Anwendungsbereiche generativer KI. Davon ausgehend wird geprüft, inwieweit die aktuell geltenden Strafnormen dazu in der Lage sind, bestimmten negativen Nutzungen dieser Systeme zu begegnen. Nach einer Auseinandersetzung mit den europarechtlichen Vorgaben schließt der Beitrag mit einer Prüfung, ob der vorgeschlagene § 201b StGB-E sowohl die ausgemachten Schwachstellen schließen als auch die an ihn gestellten Anforderungen erfüllen würde.

II. Begriffsdefinitionen

Der vorliegende Beitrag widmet sich der rechtlichen Behandlung von Deepfakes. Hiervon sind Cheapfakes und synthetische Medien abzugrenzen. KI-Systemen kommt dabei ebenfalls Bedeutung zu.

„Deepfake“ ist ein Kofferwort aus den Begriffen „Deep Learning“ und „Fake“. Hiervon werden Inhalte erfasst, die durch künstliche Intelligenz erstellt oder verändert wurden und eine gewisse Qualität aufweisen. Die europäische KI-Verordnung definiert einen Deepfake als „einen durch KI erzeugten oder manipulierten Bild-, Ton- oder Videoinhalt, der wirklichen Personen, Gegenständen, Orten, Einrichtungen oder Ereignissen ähnelt und einer Per-

* Johannes Härtlein ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik von Herrn Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf in Würzburg. Der Beitrag beruht auf Teilen seiner Dissertation, die 2026 erscheinen wird.

¹ Eine gute Möglichkeit, seine eigenen diesbezüglichen Fähigkeiten zu testen, findet sich auf der Website <https://www.whichfaceisreal.com/>. Dort muss man generierte Inhalte von echten Fotos unterscheiden.

² Petition 179446, abrufbar unter: https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2025/_03/_19/Petition_179446.nc.html.

³ Dort gilt seit dem 10.10.2025 der Art. 612-quater Codice Penale.

⁴ BT-Drs. 21/1383.

son fälschlicherweise als echt oder wahrheitsgemäß erscheinen würde.“⁵ Diese Definition ist jedoch nur eine von vielen.⁶ Die Begriffsverständnisse variieren dabei in Abbildungsgegenstand und Qualität der Darstellung.⁷ Nachfolgend werden Deepfakes als Video-, Bild- oder Audioinhalte verstanden, die mithilfe von Deep Learning erzeugt werden und zumindest realitätsnahe Darstellungen von Personen zeigen. Deepfakes und generierte Inhalte, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, werden oberbegrifflich als synthetische Medien bezeichnet.⁸ Cheapfakes sind dagegen künstlich erzeugte oder veränderte Inhalte, die ohne den Einsatz von KI hergestellt wurden.⁹ Wann eine Anwendung als KI-System zu qualifizieren ist, ist im Einzelnen umstritten und v.a. im Kontext europarechtlicher Regulierung noch nicht eindeutig geklärt.¹⁰ Für die vorliegenden Ausführungen soll es genügen, dass eine Softwareanwendung dann *kein* KI-System ist, wenn die wesentlichen Arbeitsschritte durch einen Menschen vorgenommen werden. Klassische Bildbearbeitungsprogramme oder auch die digitale Manipulation von Tonspuren gelten somit nicht als Anwendungen künstlicher Intelligenz.

III. Anwendungsbereiche

1. Allgemeine Einsatzgebiete

Im Rahmen einer strafrechtlichen Betrachtung liegt der Fokus naturgemäß auf den schädlichen Nutzungsmöglichkeiten. Es soll jedoch nicht außen vor gelassen werden, dass Deepfakes in vielen Bereichen einen wertvollen Beitrag leisten können. Hierzu gehören etwa Kultur und Lehre. Durch den Einsatz von generativer KI werden beispielsweise Museen in die Lage versetzt, ihre Besucher in den unmittelbaren Austausch mit historischen Personen zu bringen.¹¹ Daneben könnte Deep Learning bei der Aussage von gefährdeten Zeugen oder auch bei Ermittlungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden zukünftig eine

tragende Rolle spielen.¹² Den nachfolgenden Ausführungen sollte daher zu Grunde gelegt werden, dass nicht die Verfügbarkeit generativer Software an sich, sondern deren Fehlgebrauch zur Gefährdung von Rechtsgütern führt. Die Möglichkeit, jede Person digital abbilden und steuern zu können, eröffnet hierzu einige Optionen. Grundsätzlich kann hierbei die Schädigung von Individuen und die Schädigung von Kollektiven unterschieden werden.

Verhaltensweisen, die den Einzelnen betreffen, sind Betrug,¹³ Erpressung,¹⁴ Persönlichkeitsrechtsverletzungen und die Übernahme fremder Identitäten. Von allen Deepfakes machen Persönlichkeitsverletzungen in Form von Deepfake-Pornografie den Löwenanteil aus.¹⁵ Frauen werden in pornografische Inhalte animiert oder es werden direkt neue, gewillkürte Inhalte erstellt.¹⁶

Die gemeinschädliche Nutzung von KI zeigt sich dagegen in allgemeiner,¹⁷ marktmanipulativer¹⁸ oder demokratiebezogener Desinformation. Hinsichtlich der Beeinflussung von Wahlen ereignete sich 2023 in der Slowakei eine eindruckliche Begebenheit: Zwei Tage vor der Stimmabgabe wurde ein Audio-Mitschnitt veröffentlicht, aus dem hervorgeht, dass der Vorsitzende einer Partei mit einer Journalistin über die Manipulation der Wahl telefoniert.¹⁹ Außerdem ist in einer weiteren Sequenz zu hören, wie er über eine geplante Erhöhung der Bierpreise spricht.²⁰ Weder die Aussage noch das Telefonat haben jemals stattgefunden.²¹

Damit kann man festhalten: Generative KI-Systeme verändern nicht nur die Gesellschaft allgemein, sondern auch die Kriminalität. Teils werden neue Verhaltensweisen erst ermöglicht, teils bekannte Verhaltensweisen um eine KI-Komponente erweitert. Es kann dabei beobachtet werden, dass Täter nicht mehr auf die Mitwirkung ihrer Opfer oder Dritter angewiesen sind. Der Taterfolg wird durch KI weitgehend vom Opferverhalten entkoppelt.

⁵ Art. 3 Nr. 60 Verordnung (EU) 2014/1689.

⁶ Einen Überblick über die verschiedenen Begriffsverständnisse bietet Whittaker et al., Mapping the deepfake landscape for innovation, Technovation 125 (2023), S. 10.

⁷ Zu der Schwierigkeit einer Definition im rechtlichen Kontext s. Pölle, RD 2025, 452 (453).

⁸ So auch Pawelec/Bieß, Deepfakes, 2021, S. 23.

⁹ Lossau, Deep Fake: Gefahren, Herausforderungen und Lösungswege, Analysen & Argumente, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2020, S. 5.

¹⁰ Hilgendorf/Härtlein, HK-KI-VO, 2025, Vorb. Art. 1 Rn. 5 ff.

¹¹ Diese Technik nutzt ein Museum in den USA, um Salvador Dali für die Besucher wieder zum Leben zu erwecken. Auch die ZDF-Serie „Deepfake Diaries“ macht sich das Prinzip zu Nutze, <https://www.zdf.de/dokus/deepfake-diaries-100> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025).

¹² Margerie/Hartmann, EuDIR 2025, 84.

¹³ Hierbei wird der „Enkeltrick“ um Audiodeepfakes erweitert, Polizeiliche Kriminalprävention der Länder und des Bundes, 4.9.2025, abrufbar unter: <https://www.polizei-beratung.de/aktuelles/detailansicht/betrug-mit-hilfe-von-kuenstlicher-intelligenz/> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025).

¹⁴ Dabei werden zunächst explizite Inhalte einer Person erstellt. Anschließend wird mit der Veröffentlichung gedroht, sollte eine bestimmte Geldsumme nicht bezahlt werden, FBI, 5.6.2023, abrufbar unter: <https://www.ic3.gov/PSA/2023/psa230605> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025).

¹⁵ Eine Studie aus dem Jahr 2023 geht davon aus, dass es sich dabei um 98 % aller Deepfakes handelt, Home Security Heroes, 2023 State of Deepfakes, abrufbar unter: <https://www.securityhero.io/state-of-deepfakes/#key-findings> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025).

¹⁶ Vgl. hierzu ausführlich Diedrich/Lippitz, Kriminalität und Künstliche Intelligenz, 2024, S. 38 ff.

¹⁷ Zu Beginn des Krieges in der Ukraine wurde ein KI-Video ausgestrahlt, auf dem zu sehen ist, wie Zelensky seine Truppen zur Kapitulation aufruft, Die Zeit, 17.3.2022, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/news/2022-03/17/meta-loescht-gefaelschtes-zelenskyj-video> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025).

¹⁸ Nachdem 2024 das Bild eines Angriffs auf das Pentagon publik wurde, beeinflusste dies den Aktienmarkt unmittelbar, vgl. hierzu Tilson/Eichinger, BKR 2024, 648.

¹⁹ Bloomberg, 4.10.2023, abrufbar unter: <https://www.bloomberg.com/news/newsletters/2023-10-04/deepfakes-in-slovakia-preview-how-ai-will-change-the-face-of-elections> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025).

²⁰ CNN, 1.2.2024, abrufbar unter: <https://edition.cnn.com/2024/02/01/politics/election-deepfake-threats-invs/index.html> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025).

²¹ AfP, 28.9.2023, abrufbar unter: <https://fakty.afp.com/doc.afp.com.33WY9LF> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025).

2. Einzelne Erscheinungsformen

Neben den allgemeinen Missbrauchsoptionen eröffnet die Verfügbarkeit von generativer KI auch Verhaltensweisen, die bisher nur wenig Aufmerksamkeit erfahren haben, da sie nur vereinzelt oder noch gar nicht zu beobachten sind. Hierzu gehört gefakte Werbung mit Prominenten ohne deren Zustimmung. Diese lässt sich in zwei Gruppen unterteilen. Zum einen werden Werbeclips mit Personen des öffentlichen Lebens kommerziell für echte Firmen angeboten.²² Das zu bewerbende Unternehmen kann individuelle Vorgaben zur Werbeperson und Werbeaussage machen, welche dann von einem kommerziellen Dienstleister umgesetzt werden.²³ Daneben machen auch Kriminelle Gebrauch von dieser Möglichkeit, indem sie Prominente für dubiose Anlageprodukte oder falsche Gewinnspiele werben lassen.²⁴

Des Weiteren können mittels Deepfakes sensible Informationen in Erfahrung gebracht werden.²⁵ Die voranschreitende Digitalisierung hat zur Folge, dass auch vertrauliche Informationen in Videocalls ausgetauscht werden. Hierzu gehört etwa die vermehrte Nutzung von Onlinevernehmungen durch die Polizei oder auch das Angebot ärztlicher und therapeutischer Leistungen via Onlinesprechstunde. Auch wenn auf diese Weise eine Kommunikation „von Angesicht zu Angesicht“²⁶ simuliert wird, ist nicht mehr mit Sicherheit festzustellen, wem man sich gegenüberübersieht. Echtzeit-Deepfakesoftware führt hier zu großer Täuschungsgefahr.²⁷

Neben dem unbefugten Abgreifen von Informationen ist es auch möglich, unbefugt Informationen in den Verkehr zu bringen. Im Rahmen der Desinformation geschieht dies, indem etwa Politikern Aussagen in den Mund gelegt werden. Ein besonders sensibles Thema im Zusammenhang mit Identitätsdiebstahl, das materiellrechtlich bisher noch wenig Aufmerksamkeit erfahren hat, besteht in Videoverhandlungen vor Gericht. Durch Deepfake-Software ist es möglich, das Erscheinungsbild eines Zeugen ohne wesentliche zeitliche Verzögerungen zu übernehmen und

so glaubhaft eine eigene Aussage unter der Identität eines Zeugen zu tätigen.²⁸

IV. Erfassung durch aktuelle Rechtslage

Sofern bereits bekannte Verhaltensweisen lediglich angepasst oder optimiert werden, bestehen bei deren strafrechtlicher Erfassung meist keine Schwierigkeiten. Dies gilt etwa für die technikoffenen Vermögensdelikte. Wird eine Person durch eine KI-generierte Stimme getäuscht und überträgt daraufhin irrtümlich Vermögenswerte, macht sich der Täter nach § 263 StGB strafbar. Wird einer Person die Veröffentlichung KI-generierter pornografischer Inhalte von ihr in Aussicht gestellt, sofern die Person einen bestimmten Geldbetrag nicht überweist, so liegt eine Erpressung nach § 253 StGB vor. Auch die gezielte Manipulation von Aktienmärkten kann über § 119 Abs. 1 Nr. 1 WpHG und § 263 StGB angemessen abgebildet werden. Allgemein wird die Verbreitung von Deepfakes auch von § 33 KUG erfasst.²⁹ Entgegen einer in der Literatur vermehrt vertretenen Auffassung ist § 201a StGB auf synthetische Inhalte aber weder im Rahmen des Abs. 1 noch des Abs. 2 anwendbar.³⁰ Probleme ergeben sich v.a. bei Sachverhalten, die bisher nicht oder nicht in nun möglicher Qualität denkbar waren. Im Folgenden wird anhand der aufgezeigten Problempunkte dargestellt, dass generative KI das geltende Strafrecht punktuell an seine Grenzen bringt.

1. Deepfake-Pornografie und das Beleidigungsstrafrecht

Wird KI dazu eingesetzt, um Menschen ohne deren Zustimmung zum Gegenstand pornografischer Inhalte zu machen, so könnte man hierin ein nach §§ 185 ff. StGB relevantes Verhalten erblicken. Eine Beleidigung gem. § 185 StGB ist die Kundgabe der Miss- oder Nichtachtung.³¹ Eine üble Nachrede nach § 186 Abs. 1 StGB liegt dagegen vor, wenn eine unwahre und ehrwürdige Tatsache in Beziehung auf einen anderen behauptet oder verbreitet wird. Maßgebliches Abgrenzungskriterium ist die Qualifikation einer Äußerung als Tatsache oder Werturteil. Als

²² So wurde bspw. Eckart von Hirschhausen unfreiwilligerweise zur Werbefigur für Diätmittel, Tagesspiegel, 27.1.2025, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/betrug-mit-deepfakes-hirschhausen-will-mehr-uber-ki-reden-13090987.html> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025). Zum nachfolgenden Rechtsstreit s. OLG Frankfurt a.M., GRUR-RS 2025, 3551.

²³ Bekannt wurde hiermit vor einigen Jahren das Unternehmen Rephrase AI, das mittlerweile von Adobe übernommen wurde, <https://www.faz.net/pro/digitalwirtschaft/ki-revolution-in-der-werbung-19102120.html> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025). Rephrase AI handelte allerdings nicht ohne die Zustimmung der Werbefiguren.

²⁴ Vgl. hierzu näher Verbraucherzentrale Thüringen, 9.7.2025, abrufbar unter: <https://www.vzth.de/pressemitteilungen/vertraege-reklamation/verbraucherzentrale-warnt-vor-deepfakewerbung-mit-promis-108987> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025).

²⁵ Seit dem Jahr 2022 kommt es wiederholt vor, dass europäische Politiker in Videocalls über die Identität ihres Gegenübers getäuscht werden. So etwa bei Franziska Giffey, Deutschlandfunk, 27.6.2022 abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/mediasres-fakes-in-der-politik-100.html> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025) oder David Cameron, The Guardian, 8.6.2024, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/politics/article/2024/jun/08/david-cameron-victim-hoax-call-former-ukraine-president> (zuletzt abgerufen am 5.11.2025).

²⁶ So beschrieb die BaFin ein Verifikationsverfahren, in dem Kunden sich in einem Videocall mit dem Personalausweis identifizieren, Rundschreiben 3/2017 (GW) – Videoidentifizierungsverfahren, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Ziffer A.

²⁷ Vgl. zur Möglichkeit von Echtzeit-Deepfakes Steinebach, in: Pfeiffer (Hrsg.), Smart Big Data Policing – Chancen, Risiken und regulative Herausforderungen, 2023, S. 29–38.

²⁸ Steffes/Zichler, DuD 2024, 158.

²⁹ Valerius, in: BeckOK-StGB, 66. Ed. (2025), § 33 KUG Rn. 8.1.

³⁰ So auch Elsner/Meinen/Rückert, KriPoZ 2025, 269 (274); Valerius, CyberStR 2025, 1 (2); a.A. Lantwin, MMR 2019, 574 (578); Thiel, ZRP 2021, 202 (204); Akay/Schiemann, KriPoZ 2024, 76 (84); Greif, Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen, 2023, S. 235 ff.

³¹ Kindhäuser/Hilgendorf, in: LPK-StGB, 10. Aufl. (2024), § 185 Rn. 4.

Tathandlung kommt nicht die Erstellung, sondern lediglich die Verbreitung eines solchen Inhalts in Betracht.

Ob es sich bei der Verbreitung von Deepfakes um Tatsachenaussagen oder um Werturteile handelt, kann nicht pauschal beurteilt werden, sondern ist in hohem Maße von den individuellen Gegebenheiten des Sachverhalts abhängig.³² Wird ein Deepfake-Porno eines internationalen Prominenten auf einer einschlägigen Website hochgeladen,³³ so kann nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass der Urheber damit zum Ausdruck bringt, das dargestellte Geschehen habe sich so ereignet.³⁴ Umso mehr gilt das, wenn es als KI-generiert gekennzeichnet ist. Sofern ein solcher Inhalt jedoch keinen Star, sondern eine durchschnittliche Person zeigt und die Aufnahme an deren Arbeitsplatz verbreitet wird, so könnte sich durchaus der Eindruck einer Tatsachenbehauptung ergeben.

Die Äußerung müsste außerdem auch ehrwürdig sein. Ehrwürdig ist eine Tatsache, wenn sie nach den gesamten Umständen geeignet ist, den Betroffenen in der Meinung eines größeren Teils der Bevölkerung als verachtenswert erscheinen zu lassen.³⁵ Erstreckt sich der Aussagegehalt auf die bloße Vornahme sexueller Handlungen ist dies zwar unwahr; ehrwürdig ist es allerdings nicht.³⁶ Der Aussagegehalt ist keine Basis für ein Unwerturteil der Mehrheitsgesellschaft, in der Sexualität und auch kurzfristige Beziehungen im Grundsatz akzeptiert sind. An dieser Stelle wird deutlich, dass nicht die vermittelte Aussage die Rechtsgutsverletzung verursacht, sondern die Art und Weise ihrer Übermittlung. Das Störgefühl, das diese Ausführungen möglicherweise begleitet, rührt nicht aus dem Informationsgehalt der Aussage, sondern aus deren visueller Einkleidung. Die §§ 185 ff. StGB schützen aber nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Intimsphäre, sondern lediglich die Ehre.³⁷ Als Rahmenrecht genießt das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur dort strafrechtlichen Schutz, wo der Gesetzgeber es gesondert anordnet.³⁸ Die Existenz besonderer Strafnormen unterstreicht, dass der Gesetzgeber nicht jegliche Verletzung als vom Beleidigungsstrafrecht umfasst ansieht. Es darf daher nicht ohne

Weiteres subsidiär auf §§ 185 ff. StGB zurückgegriffen werden.³⁹

Das bedeutet zwar nicht, dass die §§ 185 ff. StGB nicht auch durch die Verbreitung von Deepfakes verwirklicht werden könnten. Allerdings ergeben sich an den Stellen Schutzlücken, an denen die Rechtsgutsverletzung nicht aus dem Aussageinhalt eines Mediums herrührt, sondern aus der realistischen und realitätsnahen Darstellung eines intimen Lebensvorgangs.⁴⁰ Es handelt sich weniger um einen Angriff auf die Ehre als um eine Tat gegen die Privatsphäre. Diese wird zwar von § 33 KUG geschützt, der vorliegend auch einschlägig ist. Hier ist die Strafgewalt allerdings sehr gering. Eine Qualifikation, etwa aufgrund des Darstellungsgegenstandes, ist nicht vorgesehen.

2. Gefälschte Werbung

Wird eine Person ohne ihre Zustimmung Akteur in einer Werbung, so kommen verschiedene Straftatbestände in Frage. Dabei kann man drei unterschiedliche Perspektiven einnehmen: Die des Abgebildeten, die der Kunden und die der Mitbewerber.

Hinsichtlich des Schutzes des Abgebildeten ist zunächst auch hier § 33 KUG anzudenken. Diese Strafnorm greift, sofern ein Bildnis genutzt wird, ohne dass der Abgebildete dem zugestimmt hat oder ein Ausnahmetatbestand nach § 23 KUG vorliegt.⁴¹ Wird hingegen lediglich die Stimme einer Person genutzt, um beispielsweise einen Slogan einzusprechen, ist dies bisher jedenfalls strafrechtlich nicht erfasst.⁴² Eine dem § 33 KUG nachgebildete Norm fehlt für die Verbreitung von Stimmaufnahmen. Zwar wird zivilrechtlich diskutiert, ob eine analoge Anwendung der Regelungen geboten ist.⁴³ Strafrechtlich ist dies aber aufgrund des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG nicht möglich. Auch § 201 StGB ist nicht anwendbar, da von dieser Norm lediglich das *von der betroffenen Person* gesprochene Wort erfasst ist. Bei Audio-Deepfakes hat die Zielperson *diese Worte* gerade nicht gesprochen.

³² Vgl. hierzu die Ausführungen des *AG Bamberg* in dem vielbeachteten Fall der Bildmanipulation i.Z.m. einer ehemaligen Bundesministerin, *AG Bamberg*, Urt. v. 8.4.2025 – 27 Cs 1108 Js 11315/24 (2) Rn. 6 = BeckRS 2025, 6554.

³³ Dies ist mehrfach geschehen und wird regelmäßig wiederholt, vgl. *Ajder et al.*, The state of deepfakes. Landscape, threats and impact, Deeptrace, 2019, S. 3.

³⁴ Es kommt bei der Bestimmung des Aussageinhalts zwar nicht auf die Intention des Äußernden an, sondern auf die Auslegung durch einen objektiven Dritten, *BGH*, NJW 2000, 3421 (3422); *Kargl*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 185 Rn. 6. Allerdings würde auch ein objektiver Dritter dies wohl nicht als Aussage über den Prominenten auffassen.

³⁵ *BGH*, NJW 1956, 312 (312); *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 186 Rn. 6; *Eisele/Schittenhelm*, in: TK-StGB, 31. Aufl. (2025), § 186 Rn. 5; *Fischer*, StGB, 72. Aufl. (2025), § 186 Rn. 4; Es ist jedoch anzumerken, dass sich hiergegen eine im Vordringen befindliche Gegenmeinung entwickelt. Diese möchte die Ehrwürdigkeit anhand eines faktischen Maßstabs bestimmen, um so die tatsächlichen Umstände, denen der Betroffene aufgrund der Äußerungen ausgesetzt sein kann, angemessen zu berücksichtigen, *Hoven*, ZStW 2017, 718 (722); *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, 2022, S. 176.

³⁶ Das gilt jedenfalls für Inhalte, die nicht den §§ 184a ff. StGB unterfallen oder aus anderen Gründen eine Abwertung der Person bewirken.

³⁷ *Hilgendorf*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2023), Vorb. § 185 Rn. 1.

³⁸ § 201 StGB für das Recht am eigenen Wort, § 33 KUG für das Recht am eigenen Bild, usw. Zu den einzelnen Ausprägungen des APR s. *Barczak*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. (2023), Art. 2 Abs. 1 Rn. 78 ff.

³⁹ Dies sorgte lange Zeit für einen Streit über die Anwendbarkeit des Beleidigungsstrafrechts i.Z.m. sexuellen Übergriffen. Der *BGH* nimmt mittlerweile nur dann eine Beleidigung an, wenn über die Tatbegehung hinaus eine Abwertung des Opfers vorliegt, *BGH*, NJW 1989, 3028 (3028 f.); *BGH*, NSZ 1993, 182 (182). Dieser Rechtsgedanke ist auf den Umgang mit persönlichkeitsrechtsverletzenden Deepfakes übertragbar.

⁴⁰ Auch dieses Phänomen ist nicht neu, vgl. hierzu die BVerfGE 119, 1 (34) „Esra“. Allerdings wiegt die Verletzung durch einen von der Realität nicht zu unterscheidenden Film deutlich schwerer als die schriftlichen Darstellungen in einem Roman.

⁴¹ In Ausnahmefällen kann auch bei Werbung ein Bildnis der Zeitgeschichte vorliegen, wenn sie etwa in eine satirische Darstellung eingekleidet ist, vgl. *BGH*, NJW 2007, 689.

⁴² Zivilrechtlich können dagegen auch bei einer KI-generierten Stimme fiktive Lizenzgebühren eingeklagt werden, s. hierzu *LG Berlin II*, 2. Zivilkammer, Urt. v. 20.8.2025 – 2 O 202/24.

⁴³ *Gomille*, ZUM 2025, 500 (506).

Es kommen darüber hinaus auch die Beleidigungsdelikte in Betracht. Nach § 186 Abs. 1 StGB ist es verboten, eine ehrwürdige Tatsache wahrheitswidrig zu verbreiten oder zu behaupten. In der Generierung und Publikation eines Werbespots kann jedenfalls die konkludente Aussage enthalten sein, das dargestellte Geschehen habe sich in dieser Form ereignet. Die Tatsache müsste aber auch ehrwürdig sein. Sie müsste also dazu geeignet sein, den Betroffenen bei einem erheblichen Teil der Bevölkerung herabzuwürdigen.⁴⁴ Möglich erscheint dies, wenn Werbung für besonders verwerfliche oder anrüchige Dinge gemacht wird. Sofern aber Ed Sheeran Werbung für einen kleinen Laden um die Ecke macht, mag das für Verwunderung sorgen. Den Sänger wertet es aber nicht ab. Ebenso wenig wird hierdurch eine Missachtung gegenüber dem Betroffenen ausgedrückt. Man wird im Gegenteil eher davon ausgehen müssen, dass der Werbetreibende den Abgebildeten für populär hält.

Nimmt man dagegen die Perspektive der Kunden ein, die sich möglicherweise aufgrund der Werbung zu einem Kauf entschieden haben, könnte man einen Betrug gem. § 263 StGB annehmen. Sofern der Werbeclip keine Hinweise auf seinen Ursprung enthält, wird man in der Mitwirkung des Prominenten eine falsche Tatsache erkennen können, die auch durch den Werbetreibenden vorgespiegelt wird. Es ist jedoch bereits fraglich, ob zwischen dieser Täuschung und einem späteren Kaufentschluss überhaupt Kausalität besteht. Diesen Beweis wird die Staatsanwaltschaft nur selten führen können. Jedenfalls liegt in Fällen, in denen für tatsächlich bestehende Unternehmen geworben wird, kein Vermögensschaden beim Kunden vor. In dem Erhalt der Ware bzw. einer Dienstleistung besteht regelmäßig ein angemessenes Äquivalent für den gezahlten Preis.⁴⁵

Auch aus dem Blickwinkel der Mitbewerber könnte dieses Verhalten für Unmut sorgen. Es kommt ein Verstoß gegen § 16 Abs. 1 UWG in Betracht. Demnach wird bestraft, wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt. Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Mitwirkung eines Prominenten (oder auch einer sonstigen Person) ein Angebot „besonders günstig“ macht. Zwar ist hiermit nicht allein der Preis gemeint.⁴⁶ Allerdings wird nur in seltenen Konstellationen die Verknüpfung eines Produkts mit einer Person das Angebot als solches besonders attraktiv gestalten. In den meisten Fällen ist damit zu rechnen, dass der Prominente hauptsächlich zur Generierung von Aufmerksamkeit dient. Das Wettbewerbsstrafrecht ist dann nicht einschlägig.

In Fällen gefakter Werbung kommt so zumeist nur der allgemeine § 33 KUG in Frage. Weder die dargestellte Person noch die Kunden sind besonders geschützt.

3. Informationsbeschaffung

Gibt sich jemand in einem Videocall mittels Deepfake für einen anderen aus, um so an Informationen zu gelangen, ist erneut an § 33 KUG zu denken. Zur Begründung einer Strafbarkeit muss der Täter hierzu das Bildnis einer anderen Person verbreiten oder öffentlich zur Schau stellen. Wird lediglich vorübergehend das äußere Erscheinungsbild angenommen und nicht als gespeicherte Datei übersendet, so liegt mangels Verfügungsmacht des Empfängers über das Bildnis kein Verbreiten vor.⁴⁷ Sofern nur ein abgrenzbarer Personenkreis am Call teilnimmt, was in den meisten Fällen anzunehmen sein wird, ist das Bildnis auch nicht der Öffentlichkeit zur Schau gestellt.⁴⁸ Damit scheidet die Anwendung von § 33 KUG aus.

Wird ein Geheimnis- oder/und Amtsträger durch eine Täuschung dazu gebracht, vertrauliche Informationen herauszugeben, so könnten die §§ 203, 353b StGB einschlägig sein. Regelmäßig wird sich der Täter dabei für eine Person ausgeben, gegenüber der das Geheimnis offenbart werden darf (das könnte ein Mitarbeiter, Vorgesetzter oder auch der vom Geheimnis Betroffene selbst sein). Wird der Geheimnisträger auf diese Weise erfolgreich getäuscht, so liegt ein Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB vor und er macht sich durch das Offenbaren nicht strafbar. Man könnte nun andedenken, dem Täuschenden das Verhalten im Rahmen einer mittelbaren Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zuzurechnen. Allerdings sind sowohl § 203 als auch § 353b StGB sowie § 23 Abs. 1 Nr. 3 GeschGehG echte Sonderdelikte, die nur von dem umschriebenen Personenkreis begangen werden können.⁴⁹ Eine Strafbarkeit scheidet demnach von vornherein aus. Möglich erscheint die Verwirklichung einer Straftat nur unter der Voraussetzung, dass der Täter durch die Täuschung eine inhaltlich falsche Erklärung in einer öffentlichen Urkunde durch den Getäuschten bewirkt. In diesem Fall ist § 271 StGB einschlägig.

Damit ist eine derartige Informationsbeschaffung praktisch straflos, wenn der Täter hierbei weder falsche Urkunden nutzt noch öffentliche Urkunden erstellen lässt.

4. Identitätsdiebstahl vor Gericht

Sofern eine Person einen Echtzeit-Deepfake nutzt, um anstatt eines Zeugen bei einer Videoverhandlung nach § 128a ZPO teilzunehmen, könnte eine Strafbarkeit nach § 153 StGB gegeben sein. Spätestens bei der Frage nach den Personalien gem. § 395 Abs. 2 ZPO muss der Täter

⁴⁴ BGH, NJW 1956, 312 (312); Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 186 Rn. 6; Eisele/Schittenhelm, in: TK-StGB, § 186 Rn. 5; Fischer, StGB, § 186 Rn. 4.

⁴⁵ Kindhäuser/Hilgendorf, LPK-StGB, § 263 Rn. 24, 161 ff.

⁴⁶ Rengier, in: Fezer/Büschler/Obergfell, UWG, 3. Aufl. (2016), § 16 Rn. 96; Fritzsche/Knapp, in: BeckOK-UWG, 29. Ed. (2025), § 16 Rn. 48.

⁴⁷ Specht-Riemenschneider, in: Dreier/Schulze, UrhG, 8. Aufl. (2025), § 22 KUG Rn. 9; Valerius, in: BeckOK-StGB, § 33 KUG Rn. 11.

⁴⁸ Götting, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, 6. Aufl. (2020), § 22 KUG Rn. 37; Valerius, in: BeckOK-StGB, § 33 KUG Rn. 13.

⁴⁹ Kargl, in: NK-StGB, § 203 Rn. 139; Perron/Hecker, in: TK-StGB, § 353b Rn. 23; O. Hohmann, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2023), § 23 GeschGehG Rn. 135.

lügen, damit die Täuschung nicht auffällt. Fraglich ist, ob er hierbei auch „als Zeuge“ handelt, wie es § 153 StGB voraussetzt. Das StGB kennt keinen eigenen Zeugenbegriff, weshalb sich die Zeugeneigenschaft nach dem Prozessrecht bestimmt.⁵⁰ Die §§ 373 ff. ZPO legen fest, dass dies mittels Benennung durch eine Partei und Ladung durch das Gericht geschieht.⁵¹ Der Täter ist aber weder benannt noch geladen. Nach dem Prozessrecht ist er demnach kein Zeuge. Man könnte jedoch erwägen, den Täter dennoch als Zeugen zu behandeln, da er sich als solcher geriert.

Dem widerspricht allerdings die Deliktsnatur der Aussagedelikte. Die §§ 153 ff. StGB sind eigenhändige Delikte.⁵² Sie können nicht in mittelbarer oder Mittäterschaft begangen werden. Während man sich im Ergebnis hierüber einig ist, ist die Ursache umstritten.⁵³ Müller leitet die dogmatische Begründung aus der folgenden Prämisse ab:⁵⁴ Der Zeugenbeweis stellt eine Einheit aus Aussageinhalt und Aussageperson dar. Eine Aussage ist isoliert irrelevant. Erst dadurch, dass sie mit einer Person verbunden wird, kommt ihr Geltung zu.⁵⁵ Das zeigt sich auch daran, dass im Prozessrecht nicht die Aussage eines Zeugen, sondern der Zeuge selbst das Beweismittel darstellt.⁵⁶ Wollte man nun etwa eine Aussage in mittelbarer Täterschaft annehmen, so müsste man dem Hintermann die Tat zurechnen. Während dies für den eigentlichen Sprechakt noch möglich erscheint,⁵⁷ ist die Zurechnung der Identität des Zeugen nicht logisch denkbar. Dem Hintermann geht es nicht darum, überhaupt eine bestimmte Aussage in den Prozess einfließen zu lassen; es kommt ihm darauf an, dass auch der Anschein der Urheberschaft einer bestimmten Person entsteht.⁵⁸

Legt man diese Maßstäbe zu Grunde, so kommt man bei der Beurteilung der obigen Fallgestaltung zu folgendem Ergebnis: Das notwendige Zusammenfallen von Aussageinhalt und Aussageperson ist auch hier nicht gegeben. Als Beweismittel geht weiterhin der ursprünglich benannte Zeuge in den Prozess ein. Der Aussageinhalt kommt allerdings vom Täter. Wollte man nun die Prozessrechtsakzessorität an dieser Stelle durchbrechen, um den Täter dennoch als Zeugen zu werten, so müsste ihm damit auch die Identität des eigentlichen Zeugen zugerechnet werden. Dass dies aufgrund des Erfordernisses der Beweiseinheit nicht möglich ist, wurde eben dargelegt.⁵⁹ Ob

der Täter den echten Zeugen als Werkzeug benutzt oder die Aussage unter dessen Erscheinung gleich selbst tätigt, kann keinen Unterschied machen.⁶⁰ Das bedeutet, dass der Täter nicht in zeugenschaftlicher Vernehmung im Sinne des § 153 StGB handelt und nach dieser Norm auch nicht bestraft werden kann. Führt man sich vor Augen, dass sich ein „echter“ Zeuge bereits dann strafbar macht, wenn er ein falsches Alter nennt, führt dies zu erheblichen Wertungswidersprüchen und zu einer offenen Flanke bei Videoverhandlungen.

V. Europarechtliche Vorgaben

Deutschland steht dabei nicht allein vor der Herausforderung, den negativen Begleiterscheinungen künstlicher Intelligenz begegnen zu müssen. Die EU ist bereits aktiv geworden und hat zwei Rechtsakte erlassen, die Deepfakes unmittelbar betreffen: Die KI-Verordnung und die Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt.

1. Die KI-Verordnung

Die KI-Verordnung verfolgt den Ansatz, die von Deepfakes ausgehende Gefahr durch Transparenzvorgaben zu reduzieren. Hierzu nimmt sie sowohl die Anbieter als auch die Betreiber von generativen KI-Systemen in die Pflicht. Anbieter müssen gem. Art. 50 Abs. 2 KI-VO dafür sorgen, dass die Ausgaben ihrer Systeme durch ein maschinenlesbares Format gekennzeichnet und als künstlich erzeugt oder manipuliert erkennbar sind. Dies gilt nicht nur für Deepfakes, sondern für alle synthetischen Medien.⁶¹

Sofern Betreiber generative KI-Systeme nutzen, um Deepfakes zu generieren, müssen diese gem. Art. 50 Abs. 4 KI-VO den künstlichen Ursprung der Inhalte offenlegen. Für sonstige synthetische Inhalte gilt das nicht.

Im Grunde sind diese Regelungen nachvollziehbar. Wenn Deepfakes als solche erkennbar sind, ist ihre Gefahr gebannt. Dies soll sowohl durch diejenigen sichergestellt werden, die die hierzu benötigte Software zur Verfügung stellen, als auch durch deren Anwender. Gefahren, die sich nicht aus dem Täuschungspotenzial, sondern aus der Visualisierung intimer Lebensvorgänge ergeben, sollen

⁵⁰ *OLG Karlsruhe*, NStZ 1996, 282 (283); Müller, in: MüKo-StGB, 5. Aufl. (2025) § 153 Rn. 4; Zöller, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2019), § 153 Rn. 38.

⁵¹ Auch wenn eine andere Prozessordnung anzuwenden wäre, würde sich im Ergebnis nichts ändern. In allen anderen Verfahrensordnungen wird auf die Vorgaben der ZPO verwiesen, vgl. § 98 VwGO, § 118 SGG, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG. In der StPO ist derzeit keine Videoverhandlung vorgesehen.

⁵² Ganz h.M. *Wolters/Ruß*, in: LK-StGB, Vorb. § 153 Rn. 7; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 31. Aufl. (2025), Vorb. § 153 Rn. 7; a.A. *Puppe*, ZStW 2008, 504 (516).

⁵³ Zu Herleitung und Streitstand s. Müller, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Strafr-HdB IV, 2019, § 21 Rn. 41 ff.

⁵⁴ Müller, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 144 ff.

⁵⁵ So ist die Aussage „X war der Täter“ per se nichtssagend. Sofern man diese aber dem Y zuordnen kann, der nachweislich zur Tatzeit am Tatort war, kommt ihr ein hohes Gewicht zu.

⁵⁶ Müller, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 147; Fischer, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), Einl. Rn. 270 f.; Kudlich, in: MüKo-StPO, 2. Aufl. (2023), Einl. Rn. 417.

⁵⁷ So ist bspw. die Zurechnung bei Beleidigungsdelikten grundsätzlich möglich, vgl. *Kargl*, in: NK-StGB, § 185 Rn. 56; Fischer, StGB, § 185 Rn. 13; *Eisele/Schittenhelm*, in: TK-StGB, § 185 Rn. 17.

⁵⁸ Ansonsten könnte er sich auch selbst als Zeuge melden und eine dahingehende Aussage machen, Müller, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, S. 149.

⁵⁹ Dass der BGH § 153 StGB nicht als Sonderdelikt ansieht, widerspricht diesem Ergebnis nicht, vgl. *BGH*, NJW 2024, 2268 (2269). Das Ergebnis stützt sich nicht auf eine Sonderpflicht des Zeugen, sondern darauf, dass der Täter nicht zeugenschaftlich vernommen wird.

⁶⁰ Daran kann auch ein Verweis auf die mangelnde Schutzwürdigkeit des Täters nichts ändern. Auch der mittelbare Täter einer Falschaussage ist nicht schutzwürdig, würde sich aber ohne § 160 StGB ebenfalls nicht strafbar machen.

⁶¹ Zur begrifflichen Unterscheidung s. oben.

eigens durch besondere Normen reguliert werden.⁶² Bei der gesetzgeberischen Umsetzung verbleibt jedoch noch Potenzial zur Nachjustierung. Dies ergibt sich v.a. durch unklare Norminhalte.

Der Normadressat muss wissen, was der Gesetzgeber von ihm verlangt. Dies lässt Art. 50 KI-VO an einigen Stellen vermissen. So ist seit Veröffentlichung der KI-VO umstritten, wie die Kennzeichnung nach Art. 50 Abs. 2 KI-VO gestaltet sein muss. Einerseits könnte man dies so verstehen, dass Menschen die Inhalte als KI-generiert erkennen müssen.⁶³ Andererseits könnte man die Vorgabe auch so begreifen, dass die Kennzeichnung lediglich von einer anderen Maschine erkannt werden muss.⁶⁴ Bisher hat die EU noch keine Leitlinien zur Klärung dieser Frage veröffentlicht. Diese wären für Gerichte allerdings auch nicht bindend. Für Entwickler bedeutet diese Unklarheit auch rechtliche Unsicherheit.

Daneben ist nicht klar, wer überhaupt Betreiber einer KI-Anwendung ist. Nach Art. 3 Nr. 4 KI-VO ist Betreiber, wer ein KI-System in eigener Verantwortung verwendet, es sei denn, das KI-System wird im Rahmen einer persönlichen und nicht beruflichen Tätigkeit verwendet. Die meisten Deepfakes werden jedoch im privaten Kontext und im Zusammenhang mit Persönlichkeitsrechtsverletzung erstellt. Dass der Gesetzgeber mit Art. 50 Abs. 4 KI-VO nur eine Spartenregelung für den beruflichen Einsatz treffen wollte, darf aber bezweifelt werden. Zur Bestimmung der konkreten Reichweite der Betreiberdefinition hätte man aber Hinweise im Gesetzestext oder zumindest in den Erwägungsgründen hinterlassen können.⁶⁵

Man kann vor diesem Hintergrund nicht annehmen, dass durch die KI-Verordnung eine ausreichende Reglementierung generativer KI erfolgt ist. Das war allerdings auch nicht die Intention der Verordnung. Der eigene Anspruch war es, das allgemeine Informationsökosystem und das ihm entgegengebrachte Vertrauen zu schützen, nicht kriminelle Handlungen mittels generativer KI zu unterbinden.⁶⁶

2. Gewaltschutzrichtlinie

Um eine wirksame Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt zu bewerkstelligen, legt die EU-RL 2024/1385 unter anderem Mindestvorschriften für bestimmte Arten der Computerkriminalität fest. Sie verpflichtet die Mitgliedsstaaten bis zum Jahr 2027 die „Herstellung, Manipulation oder Veränderung von Bildern, Videos oder vergleichbarem Material, die den Anschein erwecken, dass eine Person eindeutig sexuelle Handlungen vornimmt, und deren anschließende Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit mittels IKT, ohne

Einverständnis der betreffenden Person, sofern diese Handlungen wahrscheinlich dazu führen, dass der genannten Person schwerer Schaden zugefügt wird“ zu verbieten, Art. 5 lit. b. Aus Erwägungsgrund 19 geht hervor, dass hiernit nicht nur, aber vor allem auch Deepfakes gemeint sind.

Wie bereits die KI-VO wird auch die Gewaltschutzrichtlinie von Unklarheiten über den konkreten Regelungsgegenstand begleitet. Dabei ist vor allem fraglich, was genau verboten werden muss. Man könnte den Wortlaut dahingehend interpretieren, dass bereits die Herstellung unter Strafe gestellt werden muss.⁶⁷ Dagegen könnte man den Normtext auch so verstehen, dass nur die Zugänglichmachung der auf diese Weise erzeugten Inhalte strafbar sein muss. Für letzteres sprechen sowohl die Erwägungsgründe als auch die Intention der Richtlinie als Mindestharmonisierung.⁶⁸

VI. Zwischenergebnis

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Verfügbarkeit von hochqualitativer generativer KI neue Kriminalitätsfelder erschließt und Problemstellungen aufwirft, auf die das bestehende Strafrecht keine adäquaten Antworten liefern kann. Regelmäßig ist nur § 33 KUG einschlägig, der weder in seinem Strafmaß noch nach seiner allgemeinen Konzeption dazu in der Lage ist, das verwirklichte Unrecht abzubilden. In der Praxis stellt Deepfake-Pornografie den mit Abstand größten Anwendungsbereich dar. Dies wurde von der europäischen Politik wahrgenommen und muss auch nach deutschem Recht unter Strafe gestellt werden. In der Frage, wie der Gesetzgeber diese Verpflichtung konkret ausgestaltet und ob er in diesem Zug ggf. auch weitere Verhaltensweisen pönalisiert, ist er jedoch frei. Die Notwendigkeit und Sinnigkeit einer eigenständigen Regelung wurde bereits diskutiert.⁶⁹ Dieser Beitrag soll dagegen überprüfen, ob der aktuelle Vorschlag des § 201b StGB-E die ausgemachten Lücken schließen und die europäischen Vorgaben erfüllen würde.

VII. Lösung: § 201b StGB-E?

Der Bundesrat hat eine Initiative zur Schaffung einer Strafnorm in den Bundestag eingebracht.⁷⁰ Der § 201b Abs. 1 StGB-E soll es unter Strafe stellen, mit computertechnischen Mitteln hergestellte oder veränderte Medieninhalte, die den Anschein einer wirklichkeitsgetreuen Bild- oder Tonaufnahme einer Person erwecken, anderen zugänglich zu machen. § 201b Abs. 2 StGB-E enthält eine Qualifikation für den Fall, dass es sich um Darstellungen des höchstpersönlichen Lebensbereichs handelt oder die Inhalte öffentlich zugänglich gemacht werden. Bei § 201b

⁶² S. hierzu sogleich die Ausführungen im Rahmen der Gewaltschutz-RL.

⁶³ Hilgendorf/Härtlein, HK-KI-VO, Art. 50 Rn. 10; Merkle, in: Bomhard/Pieper/Wende, KI-VO, 2025, Art. 50 Rn. 71 ff.

⁶⁴ Lauber-Rönsberg, in: BeckOK-KI-Recht, 3. Ed. (2025), Art. 50 Rn. 34.

⁶⁵ Näher zum Begriff des Betreibers Hilgendorf/Härtlein, HK-KI-VO, Art. 2 Rn. 4.

⁶⁶ Vgl. Erwgr. 133 KI-VO.

⁶⁷ So wohl der Ausschuss für Frauen und Jugend, BR-Drs. 222/1/24, S. 4.

⁶⁸ Elsner/Meinen/Rückert, KriPoZ 2025, 269 (275); Erwgr. 19 Richtlinie (EU) 2024/1385.

⁶⁹ Zum Streitstand und den verschiedenen Ansätzen s. Teichmann, KriPoZ 2025, 382 ff.

⁷⁰ Zum bisherigen Gesetzgebungsprozess s. Teichmann, KriPoZ 2025, 380 ff.; Elsner/Meinen/Rückert, KriPoZ 2025, 269 (274 f.).

Abs. 3 StGB-E handelt es sich um eine dem § 201a Abs. 4 StGB nachgebildete Ausnahme für sozialadäquates Verhalten.

1. Erfüllung europäischer Vorgaben

Der § 201b StGB-E erfüllt die Vorgaben der Gewalt-schutzrichtlinie. Wenn man überzeugenderweise davon ausgeht, dass nicht bereits das Herstellen, sondern erst das Zugänglichmachen besagter Inhalte bestraft werden muss, wird dies mit § 201b StGB-E auch ohne die Verwendung von IKT⁷¹ erfüllt. Sofern vorgebracht wird, durch das Erfordernis der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts sei die Ausgestaltung als Gefährdungsdelikt gefordert, so ist dem zu widersprechen.⁷² Mit diesem Passus wird den Mitgliedsstaaten lediglich der Spielraum eingeräumt, ein zusätzliches Kriterium verlangen zu können.⁷³ Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung ist damit nicht mit dem Eintritt eines Schadens gleichzusetzen, da das Erfordernis ansonsten keine eigenständige Bedeutung aufweisen würde.

2. Individuelle Bestimmung des Tatgegenstandes

Allgemein kann man die Gefahren, die von Deepfakes ausgehen, in Gefahren aufgrund des Täuschungspotenzials und Gefahren aufgrund der Möglichkeit zur Visualisierung bestimmter Lebensvorgänge unterteilen, wobei erstere den praktischen Großteil ausmachen. Der § 201b StGB-E begegnet allerdings ausschließlich dem Täuschungspotenzial, indem er zur Tatbestandsmäßigkeit den Anschein einer wirklichkeitsgetreuen Bild- oder Tonaufnahme einer Person voraussetzt. Sofern Inhalte gekennzeichnet sind oder sich aus den Umständen der Darbietung ergibt, dass nicht die Wirklichkeit wiedergegeben wird, liegt kein taugliches Tatobjekt vor und § 201b StGB-E ist nicht anwendbar.⁷⁴ Für die Betroffenen ist es aber nur ein schwacher Trost, wenn pornografische Inhalte als KI-generiert gekennzeichnet werden, in denen sie die Hauptrolle spielen. An dieser Stelle sollte eine Orientierung an der französischen Gesetzgebung erfolgen:

Frankreich hat bereits 2024 seine Strafgesetze angepasst und die Verbreitung von Deepfakes unter Strafe gestellt.⁷⁵ Hierbei ist interessant, dass der Tatgegenstand je nach dargestelltem Geschehen variiert. Sofern der Inhalt allgemeine Darstellungen zeigt, führt eine Kennzeichnung als KI-Produkt zur Straflosigkeit. Dies entspricht auch dem deutschen Entwurf. Werden dagegen Inhalte „sexueller Natur“⁷⁶ zugänglich gemacht, spielt eine mögliche Kennzeichnung keine Rolle. Frankreich legt seiner Regelung damit zutreffend die erwähnte Zweiteilung der bestehenden Gefahren zu Grunde. Auch der deutsche Gesetzgeber sollte das Erfordernis einer Täuschungsgefahr in § 201b Abs. 2 Alt. 2 StGB-E streichen.

3. Ergänzung einer besonderen Irrtumsregel

An anderer Stelle berücksichtigt der Entwurf das Täuschungspotenzial noch nicht ausreichend. Treffend geht er zwar davon aus, dass Rezipienten die generierten Inhalte für echt halten könnten. Dass sich jedoch auch Täter über die Inhalte irren könnten, wird in dem Entwurf nicht aufgegriffen. Teilt beispielsweise eine Person einen Deepfake, in dem Glauben, es handle sich um ein echtes Foto, so liegt gem. § 16 Abs. 1 StGB ein Tatbestandsirrtum vor. Dies führt grundsätzlich auch zu billigen Ergebnissen. Handelt es sich jedoch um einen Inhalt, der als Bildaufnahme den § 201a Abs. 2 StGB verwirklichen würde, so führt dies zu einem Widerspruch. Eine Strafbarkeit aufgrund eines Versuchs scheidet aus, da der Versuch des § 201a StGB nicht strafbar ist. Dem Täter kommt so zugute, dass er sich über das Tatobjekt irrt, obwohl der Gesetzgeber das Zugänglichmachen beider Tatobjekte unter Strafe stellt. Als Schutzbehauptung wäre dies auch nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen, da eine Täuschung durchaus plausibel ist. Dies könnte durch die Einfügung des folgenden Absatzes vermieden werden: „Nimmt der Täter bei Begehung der Tat an, der Medieninhalt bilde ein reales Geschehen ab, so bestimmt sich seine Verantwortung nach den hierfür geltenden Vorschriften. Die Strafe darf nicht schwerer sein als die, die in diesem Paragraphen vorgesehen ist.“

4. Verschiedene Tatbestände für verschiedene Rechtsgüter

Zuletzt unternimmt der Entwurf den Versuch, ganz unterschiedliche Belange in einer einzigen Norm zu regeln. Namentlich sollen Desinformation, die Manipulation des demokratischen Willensbildungsprozesses, die Verfolgung eigennütziger Vermögensinteressen und Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Norm unterbunden werden.⁷⁷ Als kleinsten gemeinsamen Nenner all dieser Anwendungsfelder erkennt die Initiative die Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Dargestellten und möchte implizit die anderen Felder miterfassen. Auf diese Weise werden jedoch Interessen miteinander verbunden, die nicht zwangsläufig zusammenhängen. So entfällt die Strafbarkeit, sofern der Abgebildete der Zugänglichmachung zustimmt.⁷⁸ Im o.g. Fall, in dem eine Person die Identität eines Zeugen vor Gericht übernimmt, sollte aber die Zustimmung des benannten Zeugen keine Auswirkungen auf die Strafbarkeit des Verhaltens haben. Dasselbe gilt, wenn es um die Manipulation demokratischer Prozesse geht. Umgekehrt wäre im Zusammenhang mit dem Schutz von Wahlen auch eine temporäre Begrenzung der Strafbarkeit

⁷¹ Informations- und Kommunikationstechnologien.

⁷² a.A. *Elsner/Meinen/Rückert*, KriPoZ 2025, 269 (276).

⁷³ Vgl. hierzu den Wortlaut von Erwgr. 18: „Um nicht mehr als Mindestvorschriften für die schwersten Formen von Cybergewalt festzulegen, sind die in dieser Richtlinie definierten Straftaten auf Handlungen beschränkt, die dem Opfer wahrscheinlich schweren Schaden oder schweren psychischen Schaden zufügen (...).“

⁷⁴ BT-Drs. 20/12605, S. 16.

⁷⁵ Art. 226-8 f. Code pénal.

⁷⁶ Im Original: „caractère sexuel“.

⁷⁷ BT-Drs. 20/12605, S. 9 f.

⁷⁸ BT-Drs. 20/12605, S. 13, 17.

sowie erhöhte Anforderung an den Tatgegenstand angebracht.⁷⁹ Präziser wäre es deshalb, diese Belange nicht gemeinsam über § 201b StGB-E zu regeln, sondern stattdessen passgenau eine Erweiterung in § 108a und § 153 StGB einzufügen.

VIII. Fazit

Die Verfügbarkeit generativer KI revolutioniert neben vielen Lebensbereichen auch die Kriminalität. Bekannte Deliktsformen werden adaptiert, neue Kriminalitätsfelder entstehen. Zugleich eröffnet KI erhebliche Chancen für Bildung, Kultur und Strafverfolgung. Der Gesetzgeber

steht damit vor einem Zwiespalt: Einerseits soll das Potenzial künstlicher Intelligenz umfassend genutzt werden, andererseits muss der Staat seiner Schutzpflicht gegenüber neuen Bedrohungen gerecht werden. Bei der Schaffung einer Strafnorm im Zusammenhang mit generativer KI ist daher ein angemessener Ausgleich zwischen Innovationsförderung und dem Schutz verschiedener Rechtsgüter zu finden. Die aktuelle Initiative zur Einführung des § 201b StGB-E weist dabei in die richtige Richtung, schließt einige Straflücken und erfüllt die europarechtlichen Vorgaben. Es verbleibt aber noch Raum zu weiteren Präzisierungen, um diesen Ausgleich zu gewährleisten.

⁷⁹ Dies entspricht dem Vorbild der meisten US-Bundesstaaten, vgl. Minnesota House Bill 1370, Sec. 2, Subdivision 2, 5.13. Meist gilt ein Zeitraum von 60-90 Tagen. Die erhöhten Anforderungen an den Tatbestand sollen dagegen den Eintritt eines sog. chilling effects vermeiden, bei dem sich Personen aus Angst aus dem öffentlichen Diskurs heraushalten, vgl. Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR, 2. Aufl. (2022), § 22 Rn. 67.

Vertrauen statt Rechtsstaat: Die ANOM-Entscheidungen des BVerfG und BGH im Lichte neuer Erkenntnisse

von Alicia Althaus und
Dr. Justin Samek LL.M. (NYU)*

Abstract

Der Beitrag untersucht die Entscheidungen von BGH und BVerfG zur Verwertbarkeit der ANOM-Chatdaten im Lichte neuer Recherchen der FAZ. Diese enthüllen, dass das FBI und litauische Ermittlungsbehörden das Bezirksgericht Vilnius bei der Genehmigung der Überwachung gezielt getäuscht haben sollen. Beide Gerichte stützten sich jedoch auf ein weitreichendes Vertrauensprinzip gegenüber dem „unbekannten“ Mitgliedstaat und ausländischen Nachrichtendiensten. Der Aufsatz zeigt, wie dieses Vertrauen eine effektive rechtsstaatliche Kontrolle faktisch ersetzt und die Verteidigungsrechte strukturell aushöhlt.

The article examines the decisions of the Federal Court of Justice (BGH) and the Federal Constitutional Court (BVerfG) on the admissibility of ANOM chat data in light of new FAZ investigations. These reveal that the FBI and Lithuanian law-enforcement authorities allegedly misled the Vilnius District Court when seeking authorization for the surveillance. Both courts, however, relied on an expansive principle of mutual trust toward the “unknown” Member State and foreign intelligence services. The article demonstrates how this reliance effectively replaces genuine judicial oversight and structurally deprives the defense of its procedural rights.

I. Einleitung

Was das U.S. Federal Bureau of Investigation (FBI), eine litauische Richterin und Beweisverwertungsverbote vor deutschen Gerichten miteinander verbindet? Der ANOM-Chat. Die sogenannten ANOM-Verfahren beschäftigen die Strafgerichte seit mehreren Jahren.¹ Nach einem Urteil des BGH² hat sich jüngst auch das BVerfG mit der Thematik befasst. Es nahm eine Verfassungsbeschwerde mit Beschluss vom 23. September 2025 nicht zur Entscheidung an.³ Die Entscheidung wurde am 1. Oktober 2025 veröffentlicht – nur wenige Tage, nachdem neue zentrale Erkenntnisse über die ANOM-Operation bekannt geworden waren.

Am 29. September 2025 veröffentlichte die Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) investigative Recherchen, die erstmals eine systematische Täuschung des Bezirksgerichts Vilnius im Rahmen der Operation dokumentieren.⁴ Der Redaktion sei nach eigenen Angaben die Einsicht in den bislang geheim gehaltenen Gerichtsbeschluss vom 3. Oktober 2019 sowie in umfangreiche interne Korrespondenzen zwischen FBI-Agenten und der litauischen Polizei gelungen.

Das Urteil des BGH sowie die Entscheidung des BVerfG zur Verwertbarkeit der ANOM-Daten beruhen auf der Annahme, es gebe keine belastbaren Hinweise auf ein rechtswidriges Vorgehen des bislang unbekannten EU-Mitgliedstaates.⁵ Die durch die FAZ offengelegten Vorgänge stellen diese Prämisse in Frage und bekräftigen die bereits in der strafrechtlichen Literatur geäußerten Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung.⁶

II. Der Nichtannahmebeschluss des BVerfG

Die Begründung des Nichtannahmebeschlusses des BVerfG vom 23. September 2025 lässt sich wie folgt zusammenfassen: Ein Beweisverwertungsverbot stellt nach Auffassung des Gerichts stets eine begründungsbedürftige Ausnahme dar.⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Beweiserhebung durch Polizeibehörden aus Drittstaaten erfolgt. Dazu zählt auch das FBI, das in den USA als Strafverfolgungsbehörde mit nachrichtendienstlichen Befugnissen fungiert.⁸ Die Erhebung der Beweise kann durch die drittstaatliche Ermittlungsbehörde im europäischen Ausland stattfinden, selbst wenn sowohl das betreffende Land als auch der konkrete Gerichtsbeschluss, auf dessen Grundlage die Ermittlung beruht, unbekannt bleiben.

Zentraler Pfeiler der Argumentation des BVerfG ist das Vertrauen. Wie bereits der BGH im Urteil vom 9. Januar 2025,⁹ vertraut auch das BVerfG darauf, dass im Ausland rechtsstaatliche Verfahren eingehalten wurden. Dieses Vertrauen soll selbst dann gelten, wenn ausländische Nachrichtendienste in einem unbekannten EU-Mitgliedstaat auf nicht offengelegter rechtlicher Grundlage Daten

* Alicia Althaus ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Traut mit Büros in Wiesbaden und Würzburg und promoviert an der Goethe-Universität Frankfurt am Main im Bereich des Strafrechts; Dr. Justin Samek LL.M. (NYU) ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Freshfields in Frankfurt am Main.

¹ Damit beschäftigten sich u.a. das OLG Frankfurt a.M., NJW 2022, 710; OLG Saarbrücken, MMR 2023, 697 Rn. 5; OLG München, BeckRS 2023, 30017; LG Memmingen, BeckRS 2023, 26989.

² BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25.

³ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25.

⁴ Klaubert, David, FAZ v. 29.9.2025, „Wie Ermittler Tausende Kriminelle täuschten – und eine Richterin“, abrufbar unter: <https://bit.ly/490HcLb> (zuletzt abgerufen am 7.11.2025).

⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29.

⁶ So beispielsweise: Althaus/Samek, KriPoZ 2024, 298 ff.; Sommer, HRRS 2024, 394 (398); Althaus, HRRS 2025, 87 ff.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 25.

⁸ Im Folgenden wird das FBI als Nachrichtendienst bezeichnet. Technisch handelt es sich um eine Ermittlungsbehörde des US-Justizministeriums mit nachrichtendienstlichen Befugnissen im Bereich der inneren Sicherheit.

⁹ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25, Rn. 18 ff.

erhoben und diese anschließend deutschen Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt haben, denen vergleichbare Eingriffsbefugnisse fehlen.

Das BVerfG formuliert hierzu wörtlich:

„Danach kann so lange von der Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes im anderen Staat ausgegangen werden, solange dies nicht durch entgegenstehende Tatsachen erschüttert wird.“¹⁰

Damit verlagert das BVerfG die Beweislast faktisch auf den Beschwerdeführer: Nur wenn dieser „entgegenstehende Tatsachen“ darlegen kann, ist das Vertrauen erschüttert – auch wenn ihm mangels Offenlegung der ausländischen Rechtsgrundlagen eine solche Darlegung praktisch unmöglich ist.

Lediglich in Ausnahmefällen erkennt das BVerfG die Möglichkeit eines Beweisverwertungsverbots an, insbesondere wenn

„... die Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen wurden, nicht bejaht werden [darf], wo dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde.“¹¹

Dass der maßgebliche Gerichtsbeschluss unbekannt ist und daher nicht überprüft werden kann, ob eine solche Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen vorliegt, hält das Gericht indes nicht für problematisch. Nach seiner Auffassung seien die maßgeblichen Tatsachen über die Beweismittelgewinnung bekannt. Zur Begründung verweist das Gericht auf die Berichte des FBI, in denen beschrieben wird, dass jede verschlüsselte Nachricht zunächst als Kopie auf Servern des „unbekannten Staates“ landete, dort gespeichert und anschließend vom FBI entschlüsselt und wieder verschlüsselt wurde.¹² Der unbekannte Staat selbst habe die Daten also nicht entschlüsselt. Auf dieser Grundlage nimmt das BVerfG an, dass im „unbekannten Staat alles seine Ordnung hatte“ – obwohl über dessen Identität, das Verfahren und den genauen Inhalt der gerichtlichen Beschlüsse weiterhin nichts bekannt ist.

Wörtlich heißt es dazu:

„Warum es auf diesbezügliche Erkenntnisse nach den dargelegten Maßstäben ankommen soll, erschließt sich aber nicht.“¹³

Das Gericht erklärt damit die konkrete Ausgestaltung des ausländischen Verfahrens als irrelevant. Gleichwohl äußert es an anderer Stelle:

„Bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der um Rechtshilfe ersuchte ausländische Staat bei der Gewinnung der Beweismittel die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes verletzt haben könnte, ist davon auszugehen, dass dies nicht der Fall ist.“¹⁴

Diese Passage zeigt den inneren Widerspruch der Entscheidung: Wenn der maßgebliche Gerichtsbeschluss unbekannt bleibt und das Fehlen von Erkenntnissen nach Auffassung des BVerfG kein Anhaltspunkt sein soll, kann es auch keine Anhaltspunkte für Verstöße geben. Damit immunisiert das Gericht faktisch jede Beweiserhebung, solange keine positiven Beweise für ihre Rechtswidrigkeit vorliegen – Beweise, die aufgrund der Geheimhaltung gar nicht beschafft werden können.

III. Das Urteil des BGH

Der BGH äußerte sich ebenfalls zur Verwertbarkeit der ANOM-Daten.¹⁵ Die wesentlichen Züge dieser Entscheidung sollen im Folgenden dargestellt werden.¹⁶

Bereits in seiner Entscheidung zu EncroChat hatte der BGH festgestellt, dass bei der Beweisgewinnung durch einen EU-Mitgliedstaat grundsätzlich nicht von einem rechtswidrigen Vorgehen ausgegangen werden dürfe, solange keine konkreten Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen rechtsstaatliche Mindeststandards vorlägen. Diese Linie führte der BGH in seiner Entscheidung zu ANOM-Chat konsequent fort.

Der Senat stellte klar, dass die Rechtmäßigkeit ausländischer Ermittlungsmaßnahmen im Rechtshilfeverkehr nicht am Maßstab deutschen Rechts zu messen sei.¹⁷ Hoheitliche Entscheidungen des ersuchten Staates seien grundsätzlich zu achten; es gebiete sich, „Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich zu respektieren“.¹⁸

Wie schon in den EncroChat-Fällen stützte sich der BGH auch bei ANOM-Chat auf das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Staaten. Danach könne die deutsche Strafjustiz von der Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze im ersuchten Staat ausgehen, „solange dies nicht durch entgegenstehende Tatsachen erschüttert wird“.¹⁹

Im konkreten Fall sah der BGH keine belastbaren Anhaltspunkte dafür, dass die von den USA übermittelten Informationen oder die ihnen zugrunde liegende Datenerhebung unzutreffend oder rechtswidrig seien.²⁰ Selbst ein mögliches unionsrechtswidriges Verhalten des unbekannten Mitgliedstaates – etwa ein Verstoß gegen Art. 31

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 26.

¹² BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 31.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 32.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 33.

¹⁵ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25.

¹⁶ Siehe dazu ausführlich Althaus, HRRS 2025, 87 ff.

¹⁷ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25, Rn. 18.

¹⁸ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25, Rn. 19.

¹⁹ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25, Rn. 18 ff.

²⁰ BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25, Rn. 17, 23.

Abs. 1 RL EEA – führe nach seiner Abwägungslehre nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, da das staatliche Aufklärungsinteresse überwiege.²¹

Damit bildet das vom *BGH* entwickelte Vertrauenskonzept den normativen Kern sowohl der strafgerichtlichen als auch der verfassungsgerichtlichen Beurteilung der ANOM-Daten.

IV. Die neuen Erkenntnisse über den unbekannten Staat und den Gerichtsbeschluss

Die Funktionsweise des Projekts ANOM ist inzwischen weitgehend bekannt: Das FBI hatte den angeblich abhörsicheren Kryptodienst gezielt für den Einsatz in kriminellen Milieus konzipiert und die Geräte über Vertrauenspersonen verbreiten lassen. In Wirklichkeit kopierte das System sämtliche Nachrichten und leitete sie automatisch an einen Server in einem bislang unbekannten Drittstaat weiter.²²

Die aktuellen Recherchen der FAZ bringen nun entscheidende neue Erkenntnisse über diesen Drittstaat, den zugrunde liegenden Gerichtsbeschluss und die Kommunikationsstrategie der beteiligten Behörden ans Licht. Nach den vorliegenden Dokumenten handelt es sich bei dem „unbekannten Staat“ um Litauen. Diese Feststellung bestätigt frühere Berichte,²³ liefert nun jedoch darüber hinaus erstmals konkrete Informationen über die Art und Weise, wie der dortige richterliche Beschluss zustande kam.

Laut FAZ-Bericht beauftragte das FBI unmittelbar die litauische Polizei, in Litauen geeignete Server anzumieten, um dort die im Rahmen der Operation erfassten Daten zu speichern.²⁴

Entscheidend sind die neuen Informationen zum bislang geheim gehaltenen Gerichtsbeschluss vom 3. Oktober 2019. Nach den Recherchen der FAZ enthält dieser Beschluss weder den Begriff ANOM noch Angaben über den tatsächlichen Serverbetreiber. Die zuständige Richterin genehmigte der litauischen Polizei somit das Kopieren von Daten „von einem Server“, ohne zu wissen, dass es sich dabei um den Server der eigenen Polizei, betrieben im Auftrag des FBI, handelte.²⁵

Die ausgewertete E-Mail-Korrespondenz zwischen FBI, litauischer Polizei und Generalstaatsanwaltschaft dokumentiert eine gezielte Informationskontrolle. Bereits im Sommer 2019 sollen FBI und litauische Ermittler erörtert haben, wie das Rechtshilfeersuchen an die USA zu formulieren sei, um juristische Schwierigkeiten mit den litauischen Gerichten zu vermeiden. Nach Absprache mit der Generalstaatsanwaltschaft wurden systematisch wesentliche Angaben gestrichen – darunter:

- dass das FBI selbst den Kryptodienst entwickelt hatte,
- dass auf den Servern bereits entschlüsselte und nicht lediglich verschlüsselte Nachrichten gespeichert waren, und
- dass es sich nicht um eine einmalige Datensicherung, sondern um eine dauerhafte und anlasslose Kommunikationsüberwachung handelte.

Diese Recherchen als richtig unterstellt, verändern den rechtlichen Kontext und damit die rechtliche Bewertung für mögliche Beweisverwertungsverbote grundlegend. Sie stellen nicht nur die Prämisse der deutschen Gerichte – das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit des „unbekannten“ Drittstaates – in Frage, sondern dokumentieren eine gezielte Täuschung der litauischen Justiz durch beteiligte Ermittlungsbehörden und das FBI.

V. Die dreifache Verletzung der Verteidigungsrechte

Die recherchierten Vorgänge zeigen eine strukturelle Verletzung der Verteidigungsrechte, selbst wenn der beweiserhebende Staat von Beginn an bekannt gewesen wäre. Auch in diesem Fall hätten sich die Beschuldigten nicht wirksam verteidigen können. Nach den Recherchen der FAZ waren die dem litauischen Gericht vorgelegten Informationen systematisch unvollständig und in wesentlichen Punkten irreführend.

Die nun offengelegte E-Mail-Korrespondenz belegt, dass zentrale Informationen gezielt verschwiegen wurden – namentlich,

- dass das FBI selbst Entwickler und Betreiber des Kryptodienstes war,
- dass auf den Servern bereits entschlüsselte, nicht bloß verschlüsselte Nachrichten gespeichert wurden, und
- dass es sich um eine dauerhafte Überwachung handelte, nicht lediglich um ein einmaliges Kopieren von Daten.

Diese Umstände wären für die Verteidigung von erheblicher Bedeutung gewesen, um die Rechtmäßigkeit der Maßnahme anzufechten. Doch sie wurden nicht nur den Beschuldigten, sondern bereits dem entscheidenden Gericht selbst vorenthalten.

Die Informationskontrolle wirkt damit auf drei Ebenen:

- Die Beschuldigten wissen nicht, welcher Staat die Maßnahme tatsächlich durchgeführt hat.
- Sie haben keinen Zugang zu den dort ergangenen gerichtlichen Entscheidungen.
- Selbst wenn sie Zugang hätten, wären diese Beschlüsse aufgrund systematischer Täuschung inhaltlich unzuverlässig.

²¹ *BGH*, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25, Rn. 24 ff.

²² Ausführlich: *BGH*, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25, Rn. 12 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 6-9; BT-Drs. 20/1249, S. 6.

²³ Dies vermutete *David Klaubert* bereits in seinem Bericht: „Die Kühnheit dieser Operation hat mich umgehauen“, FAZ v. 26.7.2024, abrufbar unter: <https://bit.ly/47BzRzf> (zuletzt abgerufen am 7.11.2025).

²⁴ *Klaubert*, FAZ v. 29.9.2025.

²⁵ *Klaubert*, FAZ v. 29.9.2025.

Diese dreifache Verschleierung macht eine effektive Verteidigung faktisch unmöglich. Sie verletzt das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) in seinem Kern. Der Grundsatz des fair trial verliert seine Substanz, wenn die Verteidigung weder die Herkunft der Beweise noch die Rechtmäßigkeit ihrer Erhebung nachvollziehen kann. Im vorliegenden Fall war aber lange Zeit zusätzlich auch der Staat nicht bekannt, in dem die Datenerhebung erfolgte und dessen Justiz den Gerichtsbeschluss erlassen hat.

VI. Die strukturelle Unmöglichkeit gerichtsfester Verifizierung

Nachdem durch investigative Recherchen immer mehr Details über den beteiligten Staat und den zugrunde liegenden Gerichtsbeschluss bekannt geworden sind, bleibt die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte dennoch schwierig. Die von der FAZ recherchierten Vorgänge werfen eine grundlegende verfahrensrechtliche Frage auf: Wie können deutsche Beschuldigte und ihre Verteidiger diese Erkenntnisse überhaupt gerichtsverwertbar machen?

Zwar hat die FAZ mutmaßlich relevante Dokumente veröffentlicht, doch die Verteidigung kann daraus nur begrenzt prozessuale Konsequenzen ziehen. Denkbar wäre etwa, die Vernehmung der litauischen Richterinnen als Zeugin zu beantragen, ein Rechtsgutachten zur litauischen Rechtslage einzuholen oder den interviewten Strafrechtsprofessor als Sachverständigen zu laden. Auch der Journalist *David Klaubert*, der über die Recherchen berichtete, könnte als Zeuge benannt werden.

Zu beachten ist jedoch, dass internationale Rechtshilfeersuchen zur Beweisbeschaffung durch Verteidiger in der Praxis kaum durchsetzbar sind. Anders als Staatsanwaltschaften, die über etablierte Kanäle der Rechtshilfe verfügen und auf zwischenstaatliche Kooperationsmechanismen zurückgreifen können, haben Rechtsanwälte keinen direkten Zugang zu ausländischen Behörden oder Gerichten. Über einen Beweisantrag auf Einholung litauischer Akten oder Vernehmung litauischer Zeugen hat ein deutsches Gericht zu entscheiden. Die Vernehmung ausländischer Zeugen erfordert zudem deren freiwillige Anreise nach Deutschland. Erfahrungsgemäß werden entsprechende Anträge häufig mit Hinweis auf den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung oder mangelnde Erheblichkeit abgelehnt. Die Gefahr besteht insbesondere, da die Verwertbarkeit der ANOM-Daten bereits höchststrichterlich bejaht wurde.

Auch die Vernehmung des FAZ-Journalisten wäre wenig erfolgsversprechend. Zwar könnte er die Existenz der Recherchen bestätigen, doch wäre auch er letztlich nur Zeuge vom Hörensagen. Er könnte nicht die Authentizität der Dokumente beweisen und sich zudem auf das Zeug-

nisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO berufen, um seine Quellen zu schützen. Die eigentliche Beweisfrage, ob der litauische Gerichtsbeschluss auf unvollständigen Informationen beruhte, bliebe offen.

Gerade deshalb trifft die Pflicht zur Aufklärung den Staat. Nach den Grundsätzen des fairen Verfahrens und der Amtsermittlung (§ 244 Abs. 2 StPO) ist es Aufgabe der Gerichte und insbesondere der Staatsanwaltschaft, mögliche Rechtsverstöße von Amts wegen zu untersuchen. Als objektivste Behörde des Verfahrens hat sie nicht nur belastende, sondern auch entlastende Umstände zu ermitteln.²⁶

Wenn durch investigative Recherchen einer renommierten deutschen Zeitung bekannt wird, dass die Rechtsgrundlage der Beweiserhebung auf einer systematischen Täuschung eines europäischen Gerichts beruhen könnte, müssten Staatsanwaltschaften von sich auf die litauischen Akten anfordern, die Richterinnen vernehmen lassen und die tatsächlichen Umstände aufklären. Dies ist nicht nur eine Frage der Fairness gegenüber den Beschuldigten, sondern eine rechtsstaatliche Notwendigkeit: Ein Rechtsstaat darf Beweismittel, deren Erlangung auf rechtswidrigen Grundlagen beruht, nicht verwerten. Dass diese Aufklärung bisher nicht erfolgte und stattdessen die Beweislast faktisch auf die Beschuldigten und deren Verteidigung verlagert wird, zeigt das strukturelle Defizit des Verfahrens. Die Verteidigung soll beweisen, was sie nicht beweisen kann, während diejenigen, die für Aufklärung sorgen könnten, sich auf das Vertrauensprinzip zurückziehen.

Es entsteht eine prozessuale Asymmetrie: Ermittlungsbehörden dürfen Beweise aus nachrichtendienstlichen Quellen verwerten, deren Rechtmäßigkeit sie nicht nachweisen müssen, während der Verteidigung der Nachweis eines Rechtsverstoßes abverlangt wird, obwohl ihr die dafür nötigen Beweismittel unerreichbar sind oder deren Einführung in den Prozess erheblichen Hürden unterliegt. In einem Rechtsstaat müssen die Instrumente zur Überprüfung der Beweiserhebung den Verfahrensbeteiligten selbst zur Verfügung stehen. Ansonsten verletzt ein solches Strafverfahren den Grundsatz der Waffengleichheit aus Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 3 Abs. 1 GG.

Betont sei, dass die fehlende Verifizierbarkeit der relevanten Vorgänge nicht aus mangelnder Sorgfalt der Verteidigung resultiert, sondern aus der systematischen Intransparenz der Operation, für die ausschließlich die beteiligten Ermittlungsbehörden verantwortlich sind.

VII. Vertrauen als Rechtsgrundlage und die fehlende rechtsstaatliche Kontrolle

Sowohl der *BGH* als auch das *BVerfG* haben in ihren Entscheidungen die rechtliche Überprüfbarkeit der ausländischen Datenerhebung durch ein bloßes Vertrauensprinzip ersetzt.²⁷ Beide Gerichte erklärten, es bestünden „keine

²⁶ § 160 Abs. 2 StPO lautet: „Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.“

²⁷ *BGH*, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25, Rn. 29, 33; *BVerfG*, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29.

belastbaren Anhaltspunkte“ dafür, dass die von den USA übermittelten Informationen unzutreffend oder rechtswidrig seien.²⁸

Dieses Vorgehen führt zu einem Doppelstandard: Während inländische Ermittlungsmaßnahmen strengen rechtsstaatlichen Kontrollen unterliegen, genügt bei ausländischen Erkenntnissen der bloße Hinweis auf ein diffuses Vertrauen in fremde Behörden. Wie riskant ein solches Abstellen auf Vertrauen ist, zeigen die durch die FAZ dokumentierten Vorgänge.

Dass sowohl der *BGH* als auch das *BVerfG* darauf vertrauen, ausländische Nachrichtendienste würden rechtsstaatliche Mindeststandards „schon einhalten“, lässt sich mit den hiesigen rechtsstaatlichen Prinzipien kaum vereinbaren. Nachrichtendienste sind nicht dafür bekannt, international auf rechtsstaatlicher Grundlage zu agieren – und können dies angesichts ihres operativen Auftrags teilweise auch nicht. Im Strafprozess führt die Verwertung von Beweismitteln, die auf unbekannten Wegen erlangt wurden, jedoch zu einem fundamentalen Problem. Nehmen Gerichte an, Rechtsstaatlichkeit bestehe „bis zum Beweis des Gegenteils“, verkehren sie das Schutzprinzip des Grundgesetzes in sein Gegenteil. Sie verlagern die Darlegungslast auf den Beschuldigten, der aufgrund der Geheimhaltung der Vorgänge objektiv keine Möglichkeit hat, gegenteilige Beweise beizubringen.

Naheliegender erscheint, dass die Gerichte ein anderes Ziel verfolgen: Sie wollten die auf ANOM-Daten gestützten Ermittlungserfolge gegen organisierte Kriminalität nicht gefährden. Der *BGH* hatte ausdrücklich betont, es habe „keine anderen, vergleichbar erfolgversprechenden Ermittlungsansätze“ gegeben.²⁹ Dieses Argument ist kriminalpolitisch nachvollziehbar – rechtsstaatlich jedoch höchst problematisch.

Die fehlende Verfügbarkeit vergleichbarer Ermittlungsinstrumente in Deutschland und der Europäischen Union beruht nicht auf technischen, sondern auf gesetzgeberischen Beschränkungen. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber hat sich bisher bewusst dagegen entschieden, deutschen Ermittlungsbehörden umfassende verdeckte Kommunikationszugriffe ohne richterliche Kontrolle zu gestatten. Indem die Gerichte die Nutzung ausländischer Nachrichtendienstdaten dennoch legitimieren, unterlaufen sie diese gesetzgeberische Entscheidung.

Die FAZ-Recherchen zeigen, wie intransparent und manipulierbar solche Beweismittelgewinne sein können. Das Gericht in Litauen wurde offenbar gezielt getäuscht; die Ermittlungsmaßnahme beruhte auf unvollständigen und irreführenden Angaben. Dies bestätigt die bereits in der Literatur geäußerte Sorge, dass ein unreflektiertes Ver-

trauen in fremde Behörden zu einem faktischen Kontrollverlust führt.³⁰

Folgt man dagegen der Argumentation von *BVerfG* und *BGH*, entsteht ein rechtsfreier Raum für die Beweiserhebung: Ausländische Nachrichtendienste dürfen im Geheimen Kommunikationsdaten erheben, ohne dass deutsche Gerichte oder Strafverteidiger den Erhebungsvorgang prüfen können. Diese Daten können anschließend an deutsche Strafverfolgungsbehörden weitergegeben und dort ohne Transparenz verwertet werden.

Das *LG Darmstadt* hatte bereits in einem anderen ANOM-Verfahren hervorgehoben, dass sich eine belastbare Prüfung, ob die Maßnahme rechtsstaatlichen Standards genügt, ohne Einsicht in die zugrundeliegenden richterlichen Entscheidungen nicht beantworten lasse.³¹ Diese Einschätzung wird nun durch die Erkenntnisse der FAZ, sollten sie sich bewahrheiten, eindrucksvoll bestätigt: Der litauische Strafrechtsprofessor *Remigijus Merkevičius* erklärte in der FAZ, die Richterin hätte den Beschluss bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände nicht erteilt.³²

Das Ergebnis ist eine paradoxe Situation: Die höchsten deutschen Gerichte zeigen sich bereit, ausländischen Nachrichtendiensten Vertrauen zu schenken, das sie den eigenen Behörden zu Recht nur unter strengen Voraussetzungen gewähren würden.

VIII. Weiterhin Verstoß gegen EuGH-Anforderungen und EMRK

Die Wahrung der Grundrechte bei grenzüberschreitenden europäischen Ermittlungen ist höchsttrichterlich anerkannt. Der *EuGH* hat klargestellt, dass nationale Gerichte die Wahrung der Grundrechte der betroffenen Personen im Rahmen von grenzüberschreitenden Ermittlungen gerichtlich überprüfen können müssen.³³ Nach der Systematik der Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung (RL EEA) bestehen hierfür drei zentrale Sicherungsmechanismen:

- Überprüfbarkeit durch Gerichte – nationale Gerichte müssen schwerwiegende Verstöße gegen Grundrechte prüfen und bei Bedarf prozessuale Konsequenzen, etwa Beweisverwertungsverbote, ziehen können.³⁴
- Unterrichtungspflicht nach Art. 31 RL EEA – der Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet eine Überwachungsmaßnahme stattfindet, muss informiert werden, um gegebenenfalls die Maßnahme zu beenden, wenn die innerstaatlichen Voraussetzungen fehlen.³⁵
- Verteidigungsmöglichkeit der Betroffenen – Beschuldigte müssen die tatsächlichen Umstände der Beweiserhebung kennen, um ihre Verteidigungsrechte wirksam ausüben zu können.³⁶

²⁸ *BGH*, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25, Rn. 17, 23; *BVerfG*, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 29, 33.

²⁹ *BGH*, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25, Rn. 24.

³⁰ So beispielsweise: *Sommer*, HRRS 2024, 394 (399 ff.); *Althaus/Samek*, KriPoZ 2024, 298 ff.; *Althaus*, HRRS 2025, 87 ff.

³¹ *LG Darmstadt*, Beschl. v. 14.2.2022 – 18 KLS 1200 Js 83736/21; *LG Darmstadt*, Beschl. v. 3.6.2024 – 15 KLS 950 Js 46577/20.

³² *Klaubert*, FAZ v. 29.9.2025.

³³ *EuGH*, Urt. v. 30.4.2024 – Rs. C-670/22, Rn. 124 ff.

³⁴ *EuGH*, Urt. v. 30.4.2024 – Rs. C-670/22, Rn. 104, 130.

³⁵ *EuGH*, Urt. v. 30.4.2024 – Rs. C-670/22, Rn. 108 ff. und 118, 124.

³⁶ *EuGH*, Urt. v. 30.4.2024 – Rs. C-670/22, Rn. 130 ff.; *Althaus/Samek*, KriPoZ 2024, 298 (299 f.).

Die ANOM-Operation erfüllt keine dieser Voraussetzungen. Die Daten wurden nicht im Wege einer Europäischen Ermittlungsanordnung von einem bekannten Mitgliedstaat erlangt, sondern über ein mehrstufiges, intransparentes Rechtshilfeverfahren: Ein unbekannter EU-Mitgliedstaat übermittelte die Daten an das FBI, das sie anschließend über Europol an das BKA weiterleitete.³⁷ Eine Unterrichtung Deutschlands nach Art. 31 RL EEA erfolgte nicht.³⁸

Die durch die FAZ dokumentierten Vorgänge zeigen zudem, dass die Defizite weit über bloße Formfehler hinausgehen. Die vom *EuGH* geforderte gerichtliche Überprüfbarkeit setzt voraus, dass der ausländische Beschluss selbst auf wahren und vollständigen Tatsachen beruht. Diese Grundvoraussetzung war hier nicht erfüllt. Der litauische Gerichtsbeschluss vom 3. Oktober 2019 wurde laut den FAZ-Recherchen auf Grundlage systematisch unvollständiger und irreführender Informationen erlassen. Ein deutsches Gericht kann die Wahrung der Grundrechte nicht überprüfen, wenn es das maßgebliche ausländische Gericht zunächst nicht kennt. Und selbst wenn dieses Gericht bekannt wäre, wurde es nach den Recherchen der FAZ im vorliegenden Fall getäuscht.³⁹ Die vom *EuGH* geforderte Überprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung ist damit nicht gegeben.

Auch die vom *EuGH* verlangte Unterrichtungspflicht wurde verletzt. Deutsche Behörden wurden erst nach Abschluss der Abhörmaßnahmen informiert und konnten daher weder prüfen noch verhindern, dass eine anlasslose Massenüberwachung stattfand. Diese Kontrollmöglichkeit wurde faktisch ausgeschlossen, weil die entscheidende Information – dass das FBI den Kryptodienst selbst entwickelt und kontrolliert hatte – gezielt verschwiegen wurde. Für eine derartige Kombination aus massenhafter Kommunikationsüberwachung existiert keine Rechtsgrundlage im deutschen Recht.⁴⁰

Schließlich ist auch die vom *EuGH* geforderte Verteidigungsmöglichkeit illusorisch. Sie setzt voraus, dass Betroffene Kenntnis von den tatsächlichen Umständen der Beweiserhebung erlangen können. Im Fall ANOM-Chat ist nicht nur der beweiserhebende Staat zunächst unbekannt geblieben, sondern selbst bei Kenntnis der Gerichtsbeschlüsse könnten Beschuldigte nicht erkennen, dass diese auf einer Täuschung beruhten.

Diese dreifache Verschleierung – Unbekanntheit des Staates, Unzugänglichkeit der Beschlüsse und Täuschung bei deren Erlangung – zerstört die vom *EuGH* geforderte gerichtliche und verteidigungsbezogene Kontrollstruktur vollständig. Die Maßnahme verstößt damit zugleich gegen Art. 6 EMRK und Art. 47, 48 GrCh, die einen effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren garantieren.

IX. Der Zweck heiligt nicht die Mittel

Der im Zusammenhang mit ANOM-Chat naheliegende Einwand, die erfolgreiche Überführung zahlreicher Angehöriger der organisierten Kriminalität relativiere die rechtlichen Bedenken, verkennet die Kernidee rechtsstaatlicher Ordnung. Die Bekämpfung organisierter Kriminalität gehört zweifellos zu den zentralen Aufgaben eines handlungsfähigen Staates. Doch auch sie findet ihre Grenze in den rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien. Der Rechtsstaat darf im Kampf gegen Kriminalität nicht jene Grenzen überschreiten, die ihn selbst definieren. Gibt er seine eigenen Prinzipien preis, verliert er die rechtliche und moralische Distanz zu dem, was er bekämpft.

Die Akzeptanz systematischer Gerichtstäuschung als Ermittlungsinstrument würde einen gefährlichen Präzedenzfall schaffen. Sie ließe zu, dass die Exekutive Gerichte täuscht, wenn sie dies für zweckmäßig hält, und entwertete die richterliche Kontrolle als zentrales Element der Gewaltenteilung. Wenn Ermittlungsbehörden durch selektive Information gerichtliche Prüfungen faktisch umgehen, verliert diese Kontrolle ihren verfassungsrechtlichen Gehalt.

Langfristig droht eine Erosion rechtsstaatlicher Grenzen: Internationale Kooperation könnte zur systematischen Umgehung nationaler Schutzmechanismen führen, und die gesetzgeberische Kompetenz würde ausgehöhlt, wenn Ermittlungsbehörden ihre Befugnisse über ausländische Partner faktisch ausweiten können.

Besonders aufschlussreich ist, dass US-Bürger von vornherein aus der massenhaften Auswertung der ANOM-Daten ausgenommen waren.⁴¹ US-Bürger genossen so den Schutz ihrer nationalen Rechtsordnung, während europäische Bürger auf Grundlage rechtswidrig erlangter Beweise verfolgt wurden.⁴² Diese Ungleichbehandlung legt nahe, dass das FBI die rechtliche Problematik kannte.

Insgesamt handelt es sich bei der Operation um eine gezielte Umgehung rechtsstaatlicher Strukturen. Eine Strafverfolgung auf dieser Grundlage mag wirksam sein, rechtsstaatlich ist sie nicht.

X. Gesetzgeberische Konsequenzen und Reformbedarf

Die Notwendigkeit der „Operation Trojan Shield“⁴³ verdeutlicht, dass die bestehenden Befugnisse der Ermittlungsbehörden mit der digitalen Kommunikationsrealität kaum Schritt halten. Kriminelle Netzwerke agieren zunehmend in verschlüsselten, transnationalen Kommunikationsräumen, während die rechtlichen Grundlagen der Beweiserhebung weiterhin an territoriale Zuständigkeiten

³⁷ *OLG München*, Beschl. v. 19.10.2023 – 1 Ws 525/23, BeckRS 2023, 30017, Rn. 60.

³⁸ *EuGH*, Urt. v. 30.4.2024 – Rs. C-670/22, Rn. 130 ff.; *Althaus/Samek*, KriPoZ 2024, 298 (299 f.).

³⁹ *Klaubert*, FAZ v. 29.9.2025.

⁴⁰ So auch *OLG München*, BeckRS 2023, 30017, Rn. 63; *LG Arnsberg* – 2 KLS-412 Js 287/22, Rn. 46.

⁴¹ *Klaubert*, FAZ v. 29.9.2025.

⁴² Soweit das *BVerfG* davon schreibt, dass gegen die Entwickler des Anom-Chats in den USA Strafverfahren geführt worden sind, betrifft dies einen anderen Sachverhalt, als die massenhafte Überwachung in Europa, *BVerfG*, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25, Rn. 38.

⁴³ Offizieller Name der gesamten Operation.

gebunden sind. Diese Diskrepanz führt dazu, dass deutsche Strafverfolgungsbehörden häufig auf Erkenntnisse aus ausländischen Quellen zurückgreifen müssen, deren Rechtmäßigkeit im Inland nicht überprüft werden kann.

Der europäische Gesetzgeber hat die strukturellen Defizite digitaler Ermittlungen durchaus erkannt. Mit der Richtlinie (EU) 2023/1544 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2023⁴⁴ und der begleitenden Verordnung (EU) 2023/1543⁴⁵ wird erstmals ein unionsweit einheitlicher Rahmen für die Erhebung elektronischer Beweismittel geschaffen. Ziel ist die rechtsstaatlich kontrollierte Entgegennahme, Befolgung und Durchsetzung von Anordnungen gegenüber Diensteanbietern, die ihre Leistungen in der Union anbieten. Die Erwägungsgründe (1) bis (3) betonen, dass nationale Alleingänge bei der Beweiserhebung zu Rechtszersplitterung, Unsicherheit und mangelnder Durchsetzbarkeit führen.

Zur Umsetzung dieser Vorgaben legte das Bundesministerium der Justiz im Jahr 2024 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Durchführung der E-Evidence-Verordnung und zur Umsetzung der E-Evidence-Richtlinie (ReFE E-EvidenceRL) vor, dem im Frühjahr 2025 der Regierungsentwurf (RegE E-Evidence 2025) folgte.⁴⁶ Der Entwurf sieht die Einführung eines neuen Gesetzes über den Vollzug Europäischer Beweisankordnungen in Strafsachen (EBewMG) sowie begleitende Änderungen der Strafprozessordnung (§§ 94 ff., § 100g StPO n.F.) vor. Damit sollen deutsche Justizbehörden künftig Europäische Herausgabe- und Sicherungsankordnungen unmittelbar an Diensteanbieter in anderen Mitgliedstaaten richten können, sofern diese eine benannte Niederlassung oder einen Vertreter in der Union benannt haben. Die Koordinierung und Kontrolle obliegt dem Bundesamt für Justiz (§ 9 EBewMG), das als zentrale Behörde die Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit solcher Anordnungen prüft.

Die E-Evidence-Gesetzgebung ergänzt das bestehende europäische System, das auf der Europäischen Ermittlungsankordnung (RL 2014/41/EU) basiert. Diese beruht auf der klassischen Rechtshilfe zwischen Justizbehörden. Die E-Evidence-Verordnung erlaubt dagegen einen unmittelbaren Zugriff auf elektronische Daten bei Dienste-

anbietern in anderen Mitgliedstaaten. Dadurch entfällt die bisher notwendige Einschaltung des Sitzstaates und die damit verbundene Verzögerung. Das Verfahren bleibt rechtsstaatlich eingebettet, weil jede Anordnung einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Sie schafft ein unionsinternes, überprüfbares Verfahren, das Effizienz und Rechtsstaatlichkeit verbindet.

Die Initiative reagiert auf dieselbe strukturelle Problemlage, die im ANOM-Komplex sichtbar wurde, ohne dessen konkrete Sachverhalte zu erfassen. Zugleich zeigt sie, dass der Gesetzgeber in der Lage ist, rechtsstaatliche Verfahren für die Erhebung und Verwendung digitaler Beweise zu schaffen. Auch aus diesem Grund sollten fehlende gesetzliche Strukturen nicht durch ein pauschales Vertrauen in Drittstaaten und deren Nachrichtendienste ersetzt werden dürfen.

XI. Fazit: Rechtsstaatliche Konsequenzen aus den neuen Erkenntnissen

Sollten sich die durch die FAZ dokumentierten Erkenntnisse bestätigen, steht fest, dass das *Bezirksgericht Vilnius* im Rahmen der ANOM-Operation durch gezielte Informationsvorenthaltung getäuscht wurde. Die ausgewertete E-Mail-Korrespondenz zwischen FBI, litauischer Polizei, Generalstaatsanwaltschaft und Europol legt nahe, dass rechtliche Hürden nicht durch rechtsstaatliches Verfahren, sondern durch bewusste Zurückhaltung entscheidender Informationen umgangen wurden. Erinnert sei daran, dass der litauische Strafrechtsprofessor *Remigijus Merkevičius* erklärte, die Richterin hätte den Beschluss bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände nicht unterzeichnet – ein Hinweis darauf, dass die Täuschung kausal für die Erlangung der Genehmigung war. Es ist jetzt Aufgabe aller Verfahrensbeteiligten, auch der Staatsanwaltschaft, die Vorgänge aufzuklären.

Sollten die vorliegenden Recherchen in einem gerichtlichen Verfahren bestätigt werden, müssten Ermittlungen, die ausschließlich auf ANOM-Daten gestützt sind, gemäß § 170 Abs. 2 StPO mangels verwertbarer Beweismittel eingestellt werden.

⁴⁴ Richtlinie (EU) 2023/1544 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2023 zur Festlegung einheitlicher Regeln für die Benennung von benannten Niederlassungen und die Bestellung von Vertretern zu Zwecken der Erhebung elektronischer Beweismittel in Strafverfahren, ABl. L 191, 181 ff.

⁴⁵ Verordnung (EU) 2023/1543 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2023 über Europäische Herausgabeankordnungen und Europäische Sicherungsankordnungen für elektronische Beweismittel in Strafverfahren und für die Vollstreckung von Freiheitsstrafen nach Strafverfahren, ABl. L 191, 118 ff.

⁴⁶ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2025_E_Evidence.html (zuletzt abgerufen am 7.11.2025).

Zwischen Luftverkehr und Gefahrenabwehr – Kompetenzrechtliche Fragen der Schaffung von Befugnisnormen zur Verteidigung gegen „Drohnen“

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel und
RA Alexandra Probst *

Abstract

Unbemannte Luftfahrtsysteme – umgangssprachlich „Drohnen“ – werden in jüngerer Zeit häufiger im deutschen Luftraum gesichtet. Sie können von feindlichen Mächten als Mittel hybrider Angriffe zur Aufklärung, Überwachung und Zielerfassung, zur Verunsicherung und zur Sabotage genutzt werden. Auch jenseits solcher Einsatzformen können Drohnen Gefahren unterschiedlichster Art hervorrufen. Bund und Länder schaffen aktuell Befugnisnormen zur Drohnenabwehr in ihren Polizeigesetzen oder diskutieren solche Vorschriften. Rechts- und sicherheitspolitisch sind solche Regelungen naheliegend, um Abwehrmaßnahmen auf eine verlässliche Rechtsgrundlage zu stellen. Es bestehen jedoch verfassungs-, namentlich kompetenzrechtliche Bedenken gegen landesgesetzliche Bestimmungen. Darüber hinaus erscheint aufgrund der besonderen Bedeutung der Thematik und zur Vermeidung von Zuständigkeitsdiffusionen ein bundesweit abgestimmtes Konzept als erforderlich.

Unmanned aerial vehicles – colloquially known as „drones“ – have been sighted more frequently in German airspace in recent times. They can be used by hostile powers as a means of hybrid attacks for reconnaissance, surveillance, and target acquisition, as well as for intimidation and sabotage. Even beyond such deployments, drones can pose a wide range of dangers. The German federal and state legislators are currently establishing or discussing regulations authorizing drone defense in their police laws. From a legal and security policy perspective, such regulations are a logical step to establish a reliable legal basis for defensive measures. However, there are constitutional concerns, particularly regarding the legislative competence. Furthermore, given the particular importance of the issue and to avoid overlapping jurisdictions, a nationally coordinated strategy appears necessary.

I. Einleitung

In den zurückliegenden Monaten wurden vermehrt unbemannte Luftfahrtsysteme – „Drohnen“ – in der unmittelbaren Umgebung von Flughäfen, militärischen Stützpunkten und Einrichtungen der kritischen Infrastruktur gesichtet. Dabei wurden sowohl einzelne Flugkörper als auch Drohnengruppen und -schwärme entdeckt. Für den Flugverkehr hatte dies teilweise erhebliche Folgen; so kam es etwa in einzelnen Fällen zu einer zeitweisen Einstellung. Es gibt Hinweise darauf, dass es sich um koordinierte, systematische Einsätze handeln könnte; diese rechnen zu den Formen hybrider Bedrohungen.¹ Auch zu anderen kriminellen Zwecken können unbemannte Flugkörper genutzt werden: als Transportmittel für Betäubungsmittel und Waffen, als Trägersystem für Spreng- und andere Gefahrenstoffe oder zum Auskundschaften potenzieller Tatorte. In Bund und Ländern werden derzeit verschiedene Möglichkeiten diskutiert, den von Drohnen überflügten drohenden Gefahren zu begegnen.² Bundesinnenminister Alexander Dobrindt hat einen Drohnen-Abwehrplan in Gang gesetzt – bei der Bundespolizei soll in Kürze eine neue Drohnenabweereinheit ihren Dienst aufnehmen; zudem sollen umfangreiche Investitionen in die Drohnenabwehrtechnik getätigt werden.³ Der aktuelle Gesetzentwurf der Bundesregierung zu einem „Gesetz zur Modernisierung des Bundespolizeigesetzes“⁴ sieht in § 39 BPolG-E eine Befugnisnorm zum Einsatz technischer Mittel gegen unbemannte Fahrzeugsysteme „an Land, in der Luft oder zu Wasser“, gegen deren Steuerungseinheit (z. B. Funkfernsteuerungsgeräte) oder Steuerungsverbindung (z. B. gegen die Kabel von Glasfaserdrohnen) vor. Auch die Bundesländer sehen Handlungsbedarf: In § 15e des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) besteht etwa bereits eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage,⁵ ebenso in § 9b des rheinland-pfälzischen Polizei- und Ordnungsbehörden-gesetzes (POG). Zudem befindet sich ein Gesetz zum Schutz

* Prof. Dr. Dr. Markus Thiel ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht an der Deutschen Hochschule der Polizei. Alexandra Probst ist als Rechtsanwältin tätig und Doktorandin an der Deutschen Hochschule der Polizei.

¹ Dazu Frick, ZRP 2025, 52 f.; Praunsmändel, Kriminalistik 2022, 510 ff.; zur Drohnenkriegsführung Becker, DVBl. 2018, 619 ff.; Koch/Schörnig, Vorgänge 2017, Nr. 2, 43 ff.; Schönfeldt, BRJ 2015, 25 ff.; Schmidt-Radefeldt, NZWehrr 2013, 89 ff.

² Vgl. allgemein Marosi/Skobel, CR 2019, 65 ff.; Marosi/Skobel, DVBl. 2019, 678 ff.; Daum/Boesch, CR 2018, 62 ff.; CR 2018, 129 ff.

³ Vgl. <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2025/10/kabinettsklausur-drohnen.html>.

⁴ Vgl. zu bisherigen Anläufen und zum Vorgängerentwurf Thiel, KriPoZ 2024, 114 ff.; GSZ 2024, 89 ff.; s. auch Wagner, GSZ 2025, 119 ff.; Walter, ZRP 2024, 234 ff.; Barczak, ZRP 2023, 148 ff.

⁵ Nach dem Vorbild des § 39 BPolG-E, Bäuerle, in: BeckOK-HSOG, 36. Ed. (Stand: 15.10.2025), § 15e Rn. 2.

vor Drohnenüberflügen in Bayern im Gesetzgebungsverfahren, das einen Art. 29a in das Polizeiaufgabengesetz einfügen soll.⁶ Ähnliche Bestimmungen sind in Polizeirechtsnovellen verschiedener Länder vorgesehen.

Die Schaffung spezieller Befugnisnormen für den Einsatz technischer Mittel zur Drohnenabwehr erscheint rechtspolitisch als sachgerecht und wünschenswert.⁷ Solche Mittel können etwa Laser, elektromagnetische Impulse, Jamming, GPS-Störung, Fangnetze und die Nutzung von Detektionstechnik, etwa die Überwachung des elektromagnetischen Wellenspektrums, sein.⁸ Zwar können die Polizeikräfte der Länder nach verbreiteter Auffassung schon nach geltendem Recht auf der Grundlage der Befugnisgeneralklauseln und der Bestimmungen über den Zwangsmittel Einsatz mit den erforderlichen Maßnahmen gegen Drohnen vorgehen, sofern von diesen Gefahren ausgehen.⁹ Für polizeirechtliche Instrumente, mit deren häufigerer Nutzung zu rechnen ist, sollten jedoch spezifische Rechtsgrundlagen geschaffen werden, um ein rechtssicheres Handeln zu ermöglichen und den Besonderheiten der jeweiligen Maßnahme hinreichend Rechnung tragen zu können.¹⁰ Zwar ist die Anwendung der Generalklauseln nicht auf „atypische“ Fälle beschränkt und damit gewissermaßen einem normativen „Ablaufdatum“ unterworfen; die „polizeirechtliche Generalermächtigung dient auch und nicht zuletzt der Bewältigung immer wieder vorkommender Gefahrensituationen und ist nicht auf ‚untypisches‘, in der polizeilichen Praxis noch nicht erprobtes Eingriffshandeln beschränkt.“¹¹ Angesichts der rechtlich relevanten Spezifika der Drohnenabwehr – Einsatz technischer Mittel, Beschädigung, Zerstörung bzw. Sicherstellung der Drohne, Gefährdung am Boden befindlicher Personen und Sachen von bedeutendem Wert usw. – dürfte jedenfalls mittelfristig eine maßnahmenspezifische spezielle Normierung geboten sein. Die Aktivität der Gesetzgeber überrascht daher nicht.

Die Bedrohung durch unbemannte Luftfahrtsysteme weist indes einen anderen Charakter auf als gängige Gefahrenlagen „vor Ort“. Drohnen sind beweglich, haben eine beachtliche Reichweite, können das Gebiet verschiedener Länder überfliegen und militärische Liegenschaften, Flughäfen und -plätze,¹² Justizvollzugsanstalten¹³ und Bahnanlagen beobachten. Die Absichten der Steuernden sind häufig nicht ohne weiteres erkennbar. Dies führt zu erheblichen Herausforderungen bei der Abgrenzung von Zuständigkeiten und Befugnissen namentlich der Bundeswehr,¹⁴ der Bundespolizei und der Landespolizeien. Vor diesem Hintergrund ist eine koordinierende Abstimmung der gesetzgeberischen und behördlichen Maßnahmen zur Drohnenabwehr dringend anzuraten. Die naheliegende

Abgrenzung nach örtlichen bzw. räumlichen Gesichtspunkten – etwa über militärisch genutzten Gebieten oder Bahnanlagen – erweist sich aufgrund der Mobilität der Drohnen außer in eindeutigen Fällen als wenig praktikabel. Gravierender noch ist ein kompetenzrechtlicher Einwand gegen die Schaffung von Ermächtigungsgrundlagen zur Drohnenabwehr durch die Länder; die entsprechenden Bestimmungen in den Landespolizeigesetzen laufen Gefahr, als formell verfassungswidrig bewertet zu werden.

Dieser Beitrag befasst sich im Schwerpunkt mit der Problematik der Gesetzgebungszuständigkeit (u. II.) und behandelt die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Luftverkehr nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG (u. II. 1.), die Annexkompetenz für sonderpolizeiliche Regelungen (u. II. 2.) sowie die Frage einer Delegation der Legislativzuständigkeit an die Länder (u. II. 3.). Lösungsmöglichkeiten werden vorgeschlagen (u. III.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit (u. IV.).

II. Gesetzgebungskompetenz

1. Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den „Luftverkehr“

Die Gesetzgebungskompetenz der Länder für Vorschriften zur Abwehr von unbemannten Luftfahrtsystemen unterliegt erheblichen Zweifeln. Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder „das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht“. Art. 70 Abs. 2 GG ordnet an, dass sich die „Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung“ bemißt. Im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nach Art. 71 GG nur, soweit sie hierzu in einem Bundesgesetz ausdrücklich ermächtigt werden. Damit besteht eine „Sperrwirkung“ gegenüber der Landesgesetzgebung.¹⁵ Der Katalog der Regelungsmaterien, für die dem Bund die ausschließliche Gesetzgebung zusteht, findet sich in Art. 73 Abs. 1 GG. Nach dessen Nr. 6 hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebung über „den Luftverkehr“.

Der Begriff des „Luftverkehrs“ bedarf der Auslegung. In Anlehnung an die Formulierung einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Reiches in der Weimarer Reichsverfassung für „den Verkehr mit Kraftfahrzeugen (...) in der Luft“¹⁶ (Art. 7 Nr. 19 WRV) ließe sich „Luftverkehr“ lediglich als Materie zur Regulierung der Benutzung des Luftraums verstehen. Umfasst ist damit jeden-

⁶ Die Änderungen des PAG sollen auch den Einsatz bewaffneter Polizeidrohnen erlauben; vgl. LT-Drs. 19/8567, S. 5.

⁷ Vgl. Bäuerle, in: BeckOK-HSOG, § 15e Rn. 8.

⁸ BT-Drs. 20/10406, S. 111, zu § 39 BPolG-E.

⁹ Jedenfalls im Sinne einer „Notzuständigkeit“, wenn man der nachfolgend begründeten Meinung folgt, dass eine Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Drohnenabwehr derzeit nicht besteht, s.u. III.

¹⁰ Dazu Bäuerle, in: BeckOK-HSOG, § 15e Rn. 8.

¹¹ OVG Münster, Beschl. v. 8.7.2025 – 5 B 579/25, Rn. 23; so schon BVerwG, Urt. v. 25.7.2007 – 6 C 39.06, Rn. 36.

¹² Vgl. Hercher, ZLW 2019, 181 ff.; Giemulla/Hoppe, GSZ 2020, 123 ff.; Giemulla, UPR 2020, 417 ff.

¹³ Hegele, Forum Strafvollzug 2018, 124 ff.

¹⁴ Vgl. Walter, BayVBl. 2025, 617 ff.

¹⁵ Seiler, in: BeckOK-GG, 63. Ed. (Stand: 15.9.2025), Art. 71 Rn. 1.

¹⁶ Dazu Pabst/Schwartmann, in: Bonner Kommentar, 154. Akt. (Okt. 2011), Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 1; Wittreck, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. (2015), Art. 73 Rn. 44; Seiler, in: BeckOK-GG, Art. 73 Rn. 25.

falls die Gesamtheit der Flugbewegungen von Luftfahrzeugen im Luftraum, deren Aufstiege und Landungen sowie dafür benötigte Anlagen. Der „Luftverkehr“ ist dabei vor allem als Wirtschaftszweig angesprochen. Wie sich allerdings aus Art. 87d Abs. 1 GG ergibt, stehen Aufgaben der Flugsicherung in engem Zusammenhang mit der Luftverkehrsverwaltung. Nach Abs. 1 S. 1 wird die Luftverkehrsverwaltung in Bundesverwaltung geführt. Gemäß Abs. 1 S. 2 können „Aufgaben der Flugsicherung auch durch ausländische Flugsicherungsorganisationen wahrgenommen werden, die nach Recht der Europäischen Gemeinschaft zugelassen sind“. Die Bestimmungen zeigen, dass es beim „Luftverkehr“ nicht allein um Wirtschaftsregulierung geht, sondern zugleich sonderpolizeiliche Aspekte eine bedeutsame Rolle spielen.

2. Annexkompetenz des Bundes für sonderpolizeiliche Regelungen

Ausgehend von dieser Erkenntnis ist auf die Rechtsprechung des BVerfG zu gefahrenabwehrrechtlichen Annexkompetenzen hinzuweisen. Bezüglich Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG hat es unmissverständlich klargestellt:

„Die Gesetzgebungszuständigkeit für den Luftverkehr umfasst daher als Annex jedenfalls die Befugnis, Regelungen zur Abwehr solcher Gefahren zu treffen, die gerade aus dem Luftverkehr herrühren (...).“¹⁷

Dies entspricht der Judikatur des BVerfG, die dem Bund – wenn und soweit diesem für eine bestimmte Regelungsmaterie die Gesetzgebungskompetenz zugewiesen ist – zugleich als Annexkompetenz die Gesetzgebungsbefugnis „für die damit in einem notwendigen Zusammenhang stehenden Regelungen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in diesem Bereich“ zuweist („spezialpolizeiliche Vorschriften“).¹⁸ Diese Annahme trägt der Tatsache Rechnung, dass

„Die Gesamtheit der Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen, (...) keinen selbständigen Sachbereich im Sinne der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern (bildet). Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem bestimmten Sachbereich dienen, sind für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz vielmehr dem Sachbereich zuzurechnen, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen.“¹⁹

Das BVerwG hat zur Abgrenzung spezialpolizeilicher von allgemein gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften ausgeführt:

„Unter ‚spezialpolizeilichen Vorschriften‘ sind (...) Normen zu verstehen, die die ordnungsrechtliche Seite der spezialgesetzlichen Erfassung bestimmter Lebensbereiche regeln. Hingegen gehört die Bewältigung der spezialgesetzlich nicht erfassten (‚unspezifischen‘ (...)) Gefahren zum allgemeinen Sicherheitsrecht und damit zur Zuständigkeit der Länder.“²⁰

Die daraus resultierende Annexkompetenz des Bundes im Zusammenhang mit der ausschließlichen Legislativzuständigkeit für den „Luftverkehr“ wird im Schrifttum weit verstanden;²¹ sie erfasst alle „spezifisch aus dem Luftverkehr herrührenden Gefahren“, u.a. die Luftaufsicht, die Luftpolizei, die Luftrettung, den anlagenbezogenen Lärmschutz und die Erhebung von Luftsicherheitsgebühren.²² Der Kompetenztitel bezieht sich nicht nur auf den „reinen“ Flugverkehr, sondern ist in einem umfassenden Sinne so zu verstehen, dass „das gesamte Luftfahrtwesen der Kompetenz des Bundes vorbehalten ist“.²³ Auch wollte der Verfassungsgeber die Zuständigkeit des Bundes mit Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG nicht auf die Betriebsgefahr beschränken.²⁴ Damit schließt die ausschließliche Bundeskompetenz die Abwehr von „durch“ und „für“ den Luftverkehr drohende Gefahren ein.²⁵ Das BVerwG hat deutlich betont:

„Ein Luftverkehr ohne staatlich verbürgte Luftsicherheit ist von der Verfassung nicht gewollt.“²⁶

Legt man dieses Verständnis zugrunde, ist auch die Abwehr von Drohnen von der Annexkompetenz des Bundes für den Luftverkehr erfasst.²⁷ Wenngleich die Entscheidung des BVerwG zur Luftsicherheitsgebühr von 1994 vor allem auf den Schutz vor Flugzeugentführungen und Sabotageakten abgestellt hat²⁸ und auch das Luftsicherheitsgesetz dem Wortlaut des § 1 nach (nur) „dem Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des zivilen Luftverkehrs, insbesondere vor Flugzeugentführungen, Sabotageakten und terroristischen Anschlägen“ dient, erweiterte das Gericht sein Verständnis des Luftverkehrs über den Begriff der „äußeren Gefahren“ im Sinne des LuftSiG hinaus auf Gefahren, die „durch“ den Luftverkehr bzw. die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge drohen – und damit auch durch bzw. von Drohnen. Dass das LuftSiG nicht allein solche äußeren Gefahren für den Luftverkehr zum

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 3.7.2012 – 2 PBvU 1/11, Rn. 18.

¹⁸ BVerfG, Rechtsgutachten v. 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BVerfGE 3, 407 (433): ablehnend für das Bauwesen; BVerfG, Beschl. v. 29.4.1958 – 2 BvO 3/56, BVerfGE 8, 143 (149 f.); BVerfG, Urv. v. 10.2.2004 – 2 BvR 834, 1588/02, BVerfGE 109, 190 (215).

¹⁹ BVerfG, Urv. v. 10.2.2004 – 2 BvR 834, 1588/02, BVerfGE 109, 190 (215).

²⁰ BVerwG, Urv. v. 10.12.1996 – 1 C 33/94, Rn. 21.

²¹ Seiler, in: BeckOK-GG, Art. 73 Rn. 25; v. Knobloch/Stephan, in: Hömig/Wolff/Kluth, GG, 14. Aufl. (2025), Art. 73 Rn. 9; Pabst/Schwartzmann, in: Bonner Kommentar, Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 6; s. aber zu einem engeren Verständnis Frohn, DÖV 1982, 322 f.

²² Seiler, in: BeckOK-GG, Art. 73 Rn. 25.

²³ BVerwG, Urv. v. 3.3.1994 – 4 C 1/93, NVwZ 1994, 1102.

²⁴ BVerwG, Urv. v. 3.3.1994 – 4 C 1/93, NVwZ 1994, 1102 (1103).

²⁵ Seiler, in: BeckOK-GG, Art. 73 Rn. 25; Degenhart, in: Sachs, GG, 10. Aufl. (2024), Art. 73 Rn. 26; Heintzen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 8. Aufl. (2024), Art. 73 Rn. 57; Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 73 Rn. 137; Wittreck, in: Dreier, GG, Art. 73 Rn. 45.

²⁶ BVerwG, Urv. v. 3.3.1994 – 4 C 1/93, NVwZ 1994, 1102.

²⁷ Vgl. Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 73 Rn. 26, „die Luftaufsicht umfasst die Abwehr von Gefahren durch (...) Drohnen“.

²⁸ BVerwG, Urv. v. 3.3.1994 – 4 C 1/93, NVwZ 1994, 1102 (1103).

Gegenstand hat, zeigt sich auch an der Genese der §§ 13 ff. LuftSiG, die zwar in der Sache die Unterstützung und Amtshilfe durch die Streitkräfte regeln (und daher besonderen verfassungsrechtlichen Vorgaben unterliegen), gleichwohl aber als Gefahrenabwehrregelungen zu verstehen sind.²⁹ Die Vorschriften beruhen als „unmittelbares Eingriffsrecht“ nach der Rechtsprechung des BVerfG auf der Annexkompetenz im Zusammenhang mit Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG.³⁰ § 13 Abs. 1 LuftSiG spricht von einem erheblichen „Luftzwischenfall“. Ein solcher Luftzwischenfall

„liegt bei jeder Abweichung vom normalen Flugbetrieb vor. Gegenständiglich werden damit nicht nur Flugzeuge als Angriffswaffe (sog. Renegade-Fälle), sondern auch Ballons, Raketen oder sonstige Flugkörper, d. h. Luftfahrzeuge i.S.d. § 1 Abs. 2 des Luftverkehrsgesetzes, erfasst.“³¹

Dass Bestimmungen für den solchermaßen beschriebenen Luftzwischenfall im LuftSiG verortet sind, bestätigt, dass es bei Luftsicherheit eben nicht nur um äußere Gefahren für den Luftverkehr geht, sondern ein weiteres Verständnis im Sinne von „Luftaufsicht“ bzw. „Luftpolizei“ zugrunde gelegt ist.

Nach § 1 Abs. 2 S. 3 LuftVG gelten unbemannte Fluggeräte einschließlich ihrer Kontrollstation als Luftfahrzeuge (unbemannte Luftfahrtsysteme) und unterliegen als solche dem Regelungsbereich des Luftverkehrsgesetzes, sofern sie nicht zu Zwecken des Sports oder der Freizeitgestaltung³² betrieben werden. Zu beachten sind ferner unionsrechtliche Vorgaben, z.B. die Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 der Kommission vom 24. Mai 2019 über die Vorschriften und Verfahren für den Betrieb unbemannter Luftfahrzeuge („EU-Drohnen-Verordnung“).

Es ließe sich noch erwägen, ob die Annexkompetenz für sonderpolizeiliche Bestimmungen, die in Zusammenhang mit einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes stehen, zwangsläufig ebenfalls ausschließlichen Charakter haben muss. Die „Exklusivität“ explizit formulierter Kompetenztitel könnte bezüglich der zugehörigen Annexkompetenz „abgeschwächt“ sein. Dafür spricht, dass namentlich bei sonderpolizeilichen Materien die allgemeine Zuständigkeit der Länder für die Sicherheitsgewährleistung Raum und Geltung beanspruchen kann.

Das Konzept der Annexkompetenz ist vom BVerfG zu dem selbst relativiert worden:

„Allerdings bedarf die Notwendigkeit des Zusammenhangs zwischen einer dem Bund zugewiesenen Regelungskompetenz für ein bestimmtes Sachgebiet und einschlägigen Regelungen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung strenger Prüfung. Dies gilt erst recht, wenn die

sachgebietliche Kompetenz zu den ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, insbesondere also zu den in Art. 73 GG aufgeführten, gehört. Jedenfalls für die Abwehr derjenigen spezifisch aus dem Luftverkehr herrührenden Gefahren, auf die die Regelungen des Luftsicherheitsgesetzes zielen, ist der erforderliche notwendige Zusammenhang gegeben. Denn bei dezentraler Regelungskompetenz hätten unzureichend abwehrwirksame Regelungen eines einzelnen Landes erhebliche negative Folgen für die Sicherheit, die mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht im Wesentlichen auf das betreffende Land beschränkt wären.“³³

Es wird deutlich, dass dem Gericht zufolge die Annexkompetenz für Regelungen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung dann einer besonders strengen Überprüfung und Einordnung bedarf, wenn die „Ausgangskompetenz“ eine ausschließliche ist. Damit muss sie am Ausschließlichkeitscharakter dieser „Ausgangskompetenz“ teilhaben.

Der letzte Satz des Zitats könnte allerdings so zu deuten sein, dass die Annexkompetenz nur dann anzunehmen ist, wenn Abwehrmaßnahmen eines einzelnen Landes zur Gewährleistung der Luftsicherheit im Sinne des LuftSiG unzureichend wären und sich die nachteiligen sicherheitsspezifischen Folgen daraus nicht allein auf dieses Land beschränkten. Das BVerfG hat ausgeführt:

„Sicherheit bedingt Abwehr möglicher Gefahren. Das gilt hinsichtlich des Luftverkehrs um so mehr, als eine Abwehr nur konkreter Gefahren im Sinne des allgemeinen Polizeirechts dem Sachproblem nicht hinreichend gerecht würde. Die abzuwehrenden Gefahren lassen sich vielfach nicht von vornherein lokalisieren.“³⁴

Damit könnte die Annexkompetenz des Bundes für die Luftsicherheit im weit verstandenen Sinne (etwa als „Luftpolizei“) nach der Konzeption des BVerfG unter dem Vorbehalt einer landesübergreifend zu bewältigenden Problematik und unzulänglicher Abwehrmöglichkeiten einzelner Länder stehen. Eine derart restriktive Auslegung ist den zitierten Passagen allerdings nicht zu entnehmen – das BVerfG stellt auf einen „notwendigen Zusammenhang“ zwischen der dem Bund explizit zugewiesenen Materie und den erforderlichen Regelungen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung ab und stellt klar, in welchen Fällen von einem solchen Zusammenhang auszugehen ist. Damit ist nicht gesagt, dass nicht auch Gefahren von Drohnen, die sich von einem einzelnen Land mit eigenen Mitteln und räumlich begrenzten Konsequenzen abwehren lassen, zur Annexkompetenz gehören können. Den geforderten Zusammenhang wird man als unmittelbar bestehenden zu qualifizieren haben. Mittels dieses Unmittelbarkeitskriteriums sollen Bereiche aus dem Kompetenztitel ausgeschlossen werden, die, wie etwa im Falle

²⁹ Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu einem Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben v. 14.1.2004, BT-Drs. 15/2361, S. 20.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 3.7.2012 – 2 PBvU 1/11, Rn. 17 ff.

³¹ BT-Drs. 15/2361, S. 20.

³² Zur Strafbarkeit von Drohnenüberflügen vgl. Bock/Mikolajewski, ZJS 2025, 837 ff.

³³ BVerfG, Beschl. v. 3.7.2012 – 2 PBvU 1/11, Rn. 19.

³⁴ BVerfG, Urt. v. 3.3.1994 – 4 C 1/93, NVwZ 1994, 1102 f.

des Reise- oder Dienstrechts, nach allgemeinem Sprachgebrauch unter Umständen mit dem Luftverkehr in Verbindung gebracht werden könnten, Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG indessen unstreitig nicht unterfallen.³⁵

Die Annahme einer Annexkompetenz des Bundes für die „Luftpolizei“ entspricht dem grundgesetzlichen Konzept, dem Bund solche Sachmaterien zuzuweisen, die typischerweise einer möglichst einheitlichen, bundesweit geltenden Regelung bedürfen. Für den Luftverkehr hat dies bereits die ungewöhnlich modern anmutende Begründung zur Weimarer Reichsverfassung formuliert:

„Auch in Deutschland wird eine einheitliche reichsgesetzliche Regelung des Luftfahrtwesens verlangt. Im Herbst des Jahres 1912 sprach sich der in Wien tagende 31. Juristentag für eine Regelung der Haftpflicht der Luftfahrer aus, im Februar 1913 wurde bei der Etatsberatung im Reichstag (...) neben der Regelung des Luftverkehrs eine Verschärfung der Haftpflicht gefordert, und es wird zugegeben sein, daß die Ausdehnung der Gesetzgebung des Reichs auf die Regelung des Luftverkehrs im Interesse der durch die Luftfahrt bedrohten Allgemeinheit, im Interesse des mit neuartigen Gefahren verbundenen Luftverkehrs und nicht zuletzt im Interesse der Landessicherheit dringend erforderlich erscheint. (...) Die grundsätzliche Regelung des Luftverkehrs sowohl wie der Haftpflicht wird sich jedoch nicht auf sämtliche Luftfahrzeuge, zu denen im weitesten Sinne auch Kinderspielzeuge gehören würden, zu erstrecken haben. Die Gesetzesbestimmungen werden vielmehr grundsätzlich nur auf solche Luftfahrzeuge anzuwenden sein, die durch ihre Größe und die Möglichkeit weiter Fortbewegung für die Allgemeinheit gewisse neuartige Gefahren herbeiführen oder welche die Sicherheit der sie benutzenden Personen gefährden können.“³⁶

Dass die Begründung im Folgenden für die Anwendbarkeit des Luftverkehrsrechts entscheidend darauf abstellt, ob es sich um zur Aufnahme von Menschen bestimmte Luftfahrzeuge handelt oder nicht,³⁷ beruht auf dem damaligen Stand der Technik. Maßgeblich ist vor allem die Schadensneigung, die man auch bei Drohnen aufgrund ihrer Mobilität und Reichweite, ihrer vielfältigen Einsatzmöglichkeiten und der erschwerten Kontrolle durch Sicherheitsbehörden bejahen kann. „Neuartige Gefahren“ sind die potenziellen Bedrohungen durch den Drohneinsatz allemal.

Darüber hinaus können Drohnen auch als Mittel zur gezielten Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eingesetzt werden. Sie ermöglichen das Ausspähen oder die Sabotage kritischer Infrastrukturen durch das heimliche Erfassen sicherheitsrelevanter Daten oder durch das gezielte Stören von Kommunikations- und Energieanlagen. Ebenso können sie zu Spionagezwecken, insbesondere im Bereich staatlicher Einrichtungen, oder

gar für terroristische Handlungen instrumentalisiert werden, indem sie mit gefährlichen Stoffen oder Sprengmitteln ausgerüstet werden. Aufgrund ihrer technischen Beschaffenheit, namentlich ihrer Reichweite, Steuerbarkeit und Nutzlastfähigkeit, sind Drohnen daher in besonderem Maße geeignet, die öffentliche Sicherheit zu gefährden, womit eine Gefahr „aus“ dem Luftverkehr bzw. „durch“ ihn besteht.

Für „Binnendifferenzierungen“ etwa in Bezug auf die Größe (Klein- bzw. militärisch genutzte Groß-Drohnen o. ä.) besteht kein Raum. Für die Abwehr von Drohnen ist ein einheitliches Regelungskonzept erforderlich. Das Grundproblem liegt in der fehlenden Möglichkeit einer verlässlichen Attribution, also der eindeutigen Zuordnung einer Drohne zu einem bestimmten Betreiber oder Zweck. Zwar nimmt das LuftVG selbst eine Unterscheidung vor, indem in § 1 Abs. 2 S. 3 LuftVG erklärt wird, dass unbemannte Fluggeräte als Luftfahrzeuge gelten – allerdings nur solche, die „nicht zu Zwecken des Sports oder der Freizeitgestaltung betrieben werden“. Möglicherweise sind solche Sport- und Freizeitgeräte aber ohnehin nach § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 LuftVG als „Flugmodelle“ (ausschließlich der Freizeitgestaltung dienende unbemannte Flugkörper³⁸) oder nach Nr. 10 als „Luftsportgeräte“ (unkomplizierte Fluggeräte mit geringem Gefahrenpotenzial für die Allgemeinheit) zu qualifizieren und damit ohne weiteres Luftfahrzeuge. Diese Erwägungen verdeutlichen, dass der Begriff des Luftfahrzeugs weit gefasst ist und der Gesetzgeber damit auch zwar nicht gleichartige, zumindest aber vergleichbare Gefahren durch Luftfahrzeugtypen erwartet. Aus gefahrenabwehrrechtlicher Perspektive verbieten sich mithin normative Unterscheidungen. Aufgrund der technischen Gegebenheiten – insbesondere der häufig anonymen Steuerung, der großen Reichweite, der geringen Erfassbarkeit durch Radar sowie der Möglichkeit des autonomen Flugbetriebs – lässt sich in der Regel nicht feststellen, ob es sich um ein staatliches, privates oder gar ausländisches Gerät handelt. Eine Unterscheidung zwischen vermeintlich „freundlichen“ und „feindlichen“ Drohnen wäre daher praktisch nicht durchführbar. Selbst kleine zivile Drohnen können von inländischen wie ausländischen Akteuren zu Spionage-, Sabotage- oder Überwachungszwecken eingesetzt werden, sodass die potenzielle Gefährdung unabhängig von Größe, Herkunft oder Zweckbestimmung besteht. Darauf, ob eine Einzeldrohne abgewehrt werden soll oder eine Gruppe oder ein Schwarm von Drohnen, kann es ebenfalls nicht ankommen. Eine generalisierende Regelung ist deshalb nicht Ausdruck pauschaler Verdachtsbildung, sondern verfassungsrechtlich geboten, um der faktischen Unauflösbarkeit und der daraus resultierenden sicherheitsrechtlichen Gefahrenlage wirksam Rechnung zu tragen. Bereits die räumliche Zuordnung einer Drohne gestaltet sich schwierig: Es ist oftmals unklar, wann sich eine Drohne in einem dem Bund zugeordneten Luftraum, insbesondere im Bereich eines Flughafens oder in dessen unmittelbarer

³⁵ Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 73 Rn. 135.

³⁶ Verhandlungen des Reichstags, Band 303, 1914, Berlin, S. 13; <https://daten.digital-sammlungen.de/bsb00003399/images/index.html?id=00003399&groesser=&fip=eayayztsewqeyayxss-dasytqrseayaxs&no=&seite=615>.

³⁷ Ebd., S. 14.

³⁸ Vgl. Lampe/Lutz, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 258. EL (August 2025), § 1 LuftVG Rn. 6.

Umgebung, befindet und wann sie diesen verlässt. Aufgrund der hohen Beweglichkeit und der Möglichkeit, dass Drohnen unvorhersehbare Flugbahnen einschlagen, lässt sich eine territoriale Zuständigkeitsgrenze kaum eindeutig bestimmen. Hielte sich eine Drohne in Grenzbereichen zwischen zwei Ländern auf oder überschritte diese wiederholt, wäre bei einer landesrechtlichen Ausgestaltung von Befugnisnormen unklar, welche Landesbehörde zuständig ist. Die notwendige Koordination zwischen mehreren Ländern würde Zeit beanspruchen und damit die Effektivität polizeilicher Gefahrenabwehr erheblich mindern.

Auch eine Differenzierung nach der Flughöhe erweist sich als unpraktikabel. Eine solche Abgrenzung wäre willkürlich, da sich die Gefährdung des Luftverkehrs nicht nach der absoluten Flughöhe, sondern nach der konkreten Einsatzsituation, der Flugbewegung und dem jeweiligen Luftraumsegment bestimmt. Im Eilfall ist eine präzise technische Erfassung der tatsächlichen Flughöhe praktisch kaum durchführbar, da entsprechende Messgeräte am jeweiligen Einsatzort bereitgehalten werden müssten. Dies würde in der Praxis zu erheblichen Vollzugs- und Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Gerade angesichts der potenziell gravierenden Gefährdungen, die von Drohnen ausgehen können, darf es im Eilfall nicht zu Zuständigkeitsunklarheiten oder Kompetenzstreitigkeiten kommen.

Nach alledem ist von einer ausschließlichen (Annex-)Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Schaffung von Rechtsgrundlagen zur Abwehr von Drohnen mit technischen Mitteln auszugehen.

3. Delegation der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 71 GG

Daran schließt sich die Frage an, ob der Bund seine Annexkompetenz hinsichtlich der Regelungen zur Drohnenabwehr nach Art. 71 GG durch ausdrückliche bundesgesetzliche Ermächtigung an die Länder delegiert haben könnte. In diesem Falle entstünde eine Zuständigkeit zum Erlass originären Landesrechts.³⁹ Art. 71 GG spricht von einer Ermächtigung „wenn und soweit“, sodass sich Teilaufgaben delegieren lassen (nicht aber vollständige Kompetenzbereiche⁴⁰) und auch eine parallele Legislativtätigkeit für ausgewählte Bereiche gestattet werden kann.

Allerdings findet sich im Schrifttum der Hinweis, dass sich die Delegation nicht auf ihrer Natur nach notwendig einheitlich zu regelnde Gegenstände beziehen dürfe.⁴¹ Denn Hintergrund der Ermächtigung in Art. 71 GG ist die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer regional differenzierten Sachregelung.⁴² Das die Ausschließlichkeit der Kompetenz tragende Kernanliegen grundsätzlicher Bun-

deseinheitlichkeit muss unberührt bleiben.⁴³ Dies belegt den Ausnahmecharakter⁴⁴ des Art. 71 GG ebenso wie die Tatsache, dass die praktische Bedeutung der Norm bislang äußerst gering geblieben ist.⁴⁵ Bei der Drohnenabwehr dürften regionale Besonderheiten allenfalls in Ländern mit „Außengrenzen“ zu fremdem Staatsgebiet eine Rolle spielen; diese fallen allerdings nicht derart ins Gewicht, dass sich die Notwendigkeit einer Kompetenzverlagerung bzw. ein sachlicher Grund ergäbe. Dies spricht entscheidend gegen die Möglichkeit eines Vorgehens nach Art. 71 GG.

Selbst wenn man eine ausdrückliche Delegation der Aufgabe der Drohnenabwehr an die Länder nach Art. 71 GG für verfassungsrechtlich zulässig hielte, ist eine solche jedenfalls bislang ohnehin nicht erfolgt. Auf die Annexkompetenz im Kontext des Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG hat der Bundesgesetzgeber insbesondere das Luftverkehrsgesetz und das Luftsicherheitsgesetz gestützt.⁴⁶ § 3 des Luftsicherheitsgesetzes regelt die allgemeinen Befugnisse der Luftsicherheitsbehörde. In Abs. 5 der Vorschrift heißt es:

„Die Aufgaben und Befugnisse der Polizeivollzugsbehörden bleiben unberührt“.

Diese Bestimmung lässt sich auch bei extensivster Auslegung nicht als Ermächtigung des Bundesgesetzgebers an die Länder verstehen, für den Bereich der Abwehr von Gefahren aus dem Luftraum eigene gesetzliche Regelungen zu schaffen. Art. 71 GG fordert eine „ausdrückliche“ Ermächtigung zur Normsetzung. Dies fordert eine hinreichende Bestimmtheit; es muss sich einer Delegationsnorm zumindest entnehmen lassen, dass die Länder im Wege einer formellen Gesetzgebung tätig werden dürfen, und in welchem Umfang.⁴⁷ § 3 Abs. 5 LuftSiG enthält allerdings lediglich eine Bestimmung, die die gefahrenabwehrrechtlichen Aufgaben und Befugnisse der Polizeivollzugsbehörden des Bundes und der Länder neben denjenigen der Luftsicherheitsbehörde gelten lassen will. Angesprochen ist mit § 3 Abs. 5 LuftSiG nicht der Landesgesetzgeber, sondern Exekutivbehörden. Eine abweichende Bewertung könnte sich allerdings aus der Gesetzgebungshistorie ergeben. In seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 14. Januar 2001⁴⁸ hat der Bundesrat angeregt, die heute in § 3 Abs. 5 LuftSiG enthaltene Bestimmung an zentralerer Stelle zu verankern,

*„um zu verdeutlichen, dass die Zuständigkeiten der Länderpolizeien durch das Luftsicherheitsgesetz nicht berührt werden und es auch Aufgabe der Länderpolizeien ist, im Rahmen ihrer umfassenden Zuständigkeit zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit auch Gefahren für die Luftsicherheit abzuwehren“.*⁴⁹

³⁹ Seiler, in: BeckOK-GG, Art. 71 Rn. 5.

⁴⁰ Von einer Beschränkung auf Teilgebiete eines Kompetenztitels geht Seiler, in: BeckOK-GG, Art. 71 Rn. 6, aus; ebenso Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 71 Rn. 10.

⁴¹ Seiler, in: BeckOK-GG, Art. 71 Rn. 6.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 23.3.1965 – 2 BvN 1/62, BVerfGE 18, 407 (418).

⁴³ Seiler, in: BeckOK-GG, Art. 71 Rn. 6.

⁴⁴ Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 71 Rn. 10.

⁴⁵ v. Knobloch/Stephan, in: Hömig/Wolff/Kluth, GG, Art. 71 Rn. 1.

⁴⁶ Wittreck, in: Dreier, GG, Art. 73 Rn. 45.

⁴⁷ So Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 71 Rn. 8.

⁴⁸ BT-Drs. 15/2361.

⁴⁹ BT-Drs. 15/2361, S. 25.

Dieser Hinweis betrifft jedoch ebenfalls nicht die Frage der Gesetzgebungskompetenz, sondern diejenige der fortbestehenden Anwendbarkeit landespolizeirechtlicher Befugnisse. Damit dürften die Landespolizeien durchaus Gefahren, die von Drohnen ausgehen, auf der Grundlage der geltenden Polizeigesetze abwehren – insbesondere, wenn und soweit andere Mittel nicht verfügbar sind. Dies hat schon die Gesetzesbegründung zu § 29d LuftVG a.F. aus dem Jahre 1979 verdeutlicht:

„Unberührt bleiben die Aufgaben und Befugnisse der allgemeinen Polizei (Absatz 6), beispielsweise bei akuter Gefahrenlage die erforderlichen Sofortmaßnahmen durchzuführen, wenn und soweit die Luftfahrtbehörde hierzu nicht in der Lage sind (sic!).“⁵⁰

Dass die Luftsicherheitsbehörden – so der Bundesrat weiter – nach dem Luftsicherheitsgesetz keine Vorrangstellung gegenüber den Länderpolizeien haben,⁵¹ betrifft die behördliche Zuständigkeit *de lege lata*, bewirkt aber keine Verlagerung der Annex-Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Das Luftsicherheitsgesetz geht vielmehr „davon aus, dass die Polizeien und die Luftsicherheitsbehörden zumindest dort kooperieren, wo im Interesse der Luftsicherheit, aber auch der allgemeinen öffentlichen Sicherheit eine reibungslose Zusammenarbeit erforderlich ist“.⁵² Auch § 4 des Bundespolizeigesetzes, der der Bundespolizei teilweise Aufgaben des Schutzes vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs zuweist, soweit diese Aufgaben nach § 16 Abs. 3a und 3b LuftSiG in bundeseigener Verwaltung ausgeführt werden, enthält keine Delegation. Eine Ermächtigung der Landesgesetzgeber ist nicht ersichtlich. Dass die Polizeien des Bundes und der Länder gemäß § 30 Abs. 1a LuftVG von bestimmten Vorschriften des LuftVG abweichen dürfen, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben unter Berücksichtigung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist, kann offenkundig ebenfalls nicht im Sinne einer Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen verstanden werden – es handelt sich vielmehr um einen Dispens von luftverkehrsrechtlichen Bestimmungen zur Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben.

III. Lösungsmöglichkeiten

Der verfassungsrechtliche Befund führt zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass die Landesgesetzgeber derzeit keine landespolizeigesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für Maßnahmen zur Abwehr von Drohnen mit technischen Mitteln erlassen dürfen. Darüber hinaus ist vor diesem Hintergrund zweifelhaft, ob die Landespolizeien im Rahmen ihrer allgemeinen Gefahrenabwehraufgabe auf der Grundlage der landesgesetzlichen Befugnisgeneralklauseln bzw. der Bestimmungen über den Zwang gegen Drohnen vorgehen dürfen, wenn und soweit von diesen Gefahren ausgehen. Die Rechtsfrage lautet, ob die Landespolizeien in einem der ausschließlichen Annexkompe-

tenz des Bundes für sonderpolizeiliche Regelungen zugewiesenen Bereich überhaupt noch auf der Grundlage von Landesrecht agieren dürfen. Dies wird man – um keine „Schutzlücken“ entstehen zu lassen – jedenfalls bis zu einer normativen Regelung bzw. Entscheidung des Bundesgesetzgebers im Sinne einer „Not“- bzw. „Auffangzuständigkeit“ zulassen müssen. In der Rechtsprechung ist anerkannt – und vom *BVerfG* gebilligt – dass es die polizeiliche Generalklausel „den Behörden ermöglicht, auf unvorhergesehene Gefahrensituationen auch mit im Grunde genommen näher regelungsbedürftigen Maßnahmen vorläufig zu reagieren“.⁵³ In solchen Fällen werden Gefahrenabwehr und Rechtsgüterschutz zumindest ausnahmsweise ein möglicherweise kompetenzwidriges Handeln der Landespolizeien decken. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Legislativzuständigkeit für die sonderpolizeiliche Aufgabe „Drohnenabwehr“ grundsätzlich beim Bund zu verorten ist.

Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, wäre ohnehin ein abgestimmtes Vorgehen von Bund und Ländern sinnvoll. Vor diesem Hintergrund ergeben sich verschiedene Lösungsoptionen. Nicht sachgerecht wäre es, eine Verfassungsänderung anzugehen und den Kompetenztitel für den „Luftverkehr“ in Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG dahingehend zu differenzieren, dass die Zuständigkeit des Bundes „mit Ausnahme der Luftpolizei“ besteht. Damit wären luftpolizeiliche Aufgaben generell von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes ausgenommen, was dem engen Zusammenhang mit dem Luftverkehr nicht gerecht würde. Ebenso wenig zielführend wäre es, wollte man die Annexkompetenz des Bundes allein auf Luftsicherheit im engeren Sinne erstrecken, also auf den Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs, insbesondere vor Flugzeugentführungen, Sabotageakten und terroristischen Anschlägen. Damit wären allerdings all diejenigen Gefahren „ausgeklammert“, die ansonsten von Luftfahrzeugen ausgehen; dies wiederum würde die Tatsache ignorieren, dass zum Luftverkehr auch die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge im Allgemeinen zu zählen ist, wie sich an § 1 Abs. 1 LuftVG zeigt, und die von dieser Benutzung ausgehenden Gefahren ebenfalls dem „Luftverkehr“ zuzuordnen sind.

Der Bund könnte von seiner Annexkompetenz selbst umfassend Gebrauch machen und die Abwehr von Drohnen z. B. generell in die Hände der Bundespolizei legen. Dies hätte allerdings kaum lösbare Konflikte und Abstimmungsprobleme mit den Landespolizeien zur Folge; darüber hinaus würde dies zu einer erheblichen Veränderung des Charakters der Bundespolizei führen, die nach wie vor jedenfalls grundsätzlich als „Grenzschutzpolizei“ wirken soll. Nach einem Diktum des *BVerfG* darf der Bundesgrenzschutz (seit 2005: Bundespolizei) nicht zu einer „allgemeinen, mit den Landespolizeien konkurrierenden Bundespolizei ausgebaut werden und damit sein Gepräge als

⁵⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zu einem Gesetz zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes (9. Änderungsgesetz) v. 27.11.1979, BT-Drs. 8/3431, S. 14.

⁵¹ BT-Drs. 15/2361, S. 25.

⁵² Buchberger, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. (2019), § 3 LuftSiG Rn. 13.

⁵³ *BVerfG*, Stattgeb. Kammerbeschl. v. 8.11.2012 – 1 BvR 22/12, Rn. 25.

Polizei mit begrenzten Aufgaben verlieren“.⁵⁴ Auch die Konkretisierung der Amtshilfebestimmungen für die Bundeswehr zur Unterstützung der Landespolizeien ist nicht zielführend,⁵⁵ soweit und solange diesen keine umfassende originäre Gefahrenabwehraufgabe zur Drohnenabwehr zugewiesen ist.

Gemäß Art. 87d Abs. 2 GG können Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung den Ländern zudem durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, als Auftragsverwaltung übertragen werden. Gegenstand der Luftverkehrsverwaltung ist – entsprechend dem weitem Luftverkehrsbegriffs des Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG⁵⁶ und im Sinne eines funktionellen Verständnisses⁵⁷ – auch die Luftsicherheit, zu der wiederum (auch) alle aus dem Luftraum herrührenden Gefahren gehören. Damit wäre es grundsätzlich denkbar, die Abwehr von Drohnen außerhalb der Zuständigkeiten von Bundeswehr und Bundespolizei den Ländern durch Bundesgesetz als Auftragsverwaltung zu übertragen. Die Länder könnten dann selbst entscheiden, welchen Landesbehörden sie diese Aufgabe zuordnen (vgl. Art. 85 Abs. 1 GG).

IV. Fazit

Für gesetzliche Regelungen zur Abwehr von Drohnen besteht eine Annexkompetenz des Bundes zur ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG („Luftverkehr“), die ihrerseits ausschließlichen Charakter hat. Landesgesetzliche Ermächtigungsnormen zum Einsatz technischer Mittel gegen unbemannte Luftfahrtsysteme sind damit formell verfassungswidrig. Ohnehin sind landesrechtliche „Alleingänge“ bei diesem komplexen und vielschichtigen Regelungsfeld nicht empfehlenswert; vielmehr sollte für die Sicherheitsakteure in Bund und Ländern – namentlich für die Bundeswehr, die Bundespolizei und die Landespolizeien, gegebenenfalls auch für die Luftsicherheitsbehörden – ein einheitliches normatives Drohnenabwehrkonzept entwickelt werden. Ausgangspunkt ist die Legislativkompetenz des Bundes, der diese zwar nicht durch Bundesgesetz nach Art. 71 GG an die Länder (teil-)delegieren dürfte, die Aufgabe der Drohnenabwehr aber bundesgesetzlich als Bundesauftragsverwaltung an die Länder übertragen könnte (Art. 87d Abs. 2 GG).

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 20.2.1998 – 2 BvF 3/92, Ls. 2, Rn. 89.

⁵⁵ Vgl. dazu den aktuellen Kabinettsbeschluss v. 19.11.2025, <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/verteidigung-drohnenabwehr-weltraum-100.html>.

⁵⁶ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87d Rn. 15.

⁵⁷ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87d Rn. 16.

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Verwertbarkeit von ANOM-Chatdaten als Beweismittel

BVerfG, Beschl. v. 23.9.2025 – 2 BvR 625/25

Gründe:

- ¹ Der Beschwerdeführer wendet sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen seine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe unter Verwertung der im Wege der Rechtshilfe von den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) erlangten Informationen aus der Überwachung seiner ANOM-Kommunikation und gegen die Verwerfung seiner hiergegen gerichteten Revision. Zugleich begehrt der Beschwerdeführer, den Haftbefehl im Wege der einstweiligen Anordnung bis zum Abschluss des Verfassungsbeschwerdeverfahrens außer Vollzug zu setzen.

I.

- ² 1. Mit Urteil vom 31. Januar 2024 verurteilte das *LG Mannheim* den Beschwerdeführer wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten und ordnete die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 106.600 EUR an. Die Feststellungen zu den Taten beruhen nahezu ausschließlich auf der Auswertung von Chat-Nachrichten der verschlüsselten ANOM-Kommunikation, die dem Beschwerdeführer zugeordnet werden konnten. Die Authentizität der Daten hatte das *LG* anhand der Berichte des BKA über die Erhebung und Übermittlung der Daten nachgeprüft und dabei keine Anhaltspunkte für eine Verfälschung erkennen können. Die übermittelten Nachrichten und Kommunikationsinhalte befand das Landgericht als jeweils in sich stimmig.
- ³ 2. Gegen dieses Urteil legte der Beschwerdeführer Revision ein. Neben einer Sachrüge betreffend die zwischenzeitliche Einführung des Gesetzes zum Umgang mit Konsumcannabis durch das Gesetz zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 27. März 2024 (Cannabisgesetz – CanG, BGBl 2024 I, Nr. 109) wandte er sich mit Verfahrensrügen gegen die Verwertung der ANOM-Kommunikation. Er machte unter näheren Darlegungen geltend, diese Kommunikation unterliege einem Beweisverwertungsverbot. Der Generalbundesanwalt beantragte insoweit die Verwerfung der Revision und führte aus, keine der Verfahrensrügen sei zulässig erhoben worden; jedenfalls seien sie aber unbegründet. Dabei legte der Generalbundesanwalt den verfahrensrechtlichen Sachverhalt dar, welcher der Erhebung der ANOM-Daten im Ausland und deren Übermittlung an deutsche Strafverfolgungsbehörden zugrunde zu legen sei.

- ⁴ 3. Mit Beschluss vom 21. Januar 2025 verwarf der *BGH*

die Revision als unbegründet, soweit sie sich gegen die Verwertung der ANOM-Daten richtete. Im Hinblick auf die zwischenzeitliche Einführung des Gesetzes zum Umgang mit Konsumcannabis änderte der *BGH* den Schuldspruch, hob die beiden betroffenen Einzelstrafen und die Gesamtstrafe auf und verwies die Sache insoweit an das Landgericht zurück. Im Übrigen erweise sich die Revision – so der *BGH* – aus den zutreffenden Erwägungen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts als erfolglos. Was die (zulässigen) Verfahrensrügen betreffe, mit denen der Angeklagte die Verwertung von über die Messenger-App ANOM ausgetauschten Nachrichten beanstandete, verweise der *Senat* auf sein Urteil vom 9. Januar 2025 – 1 StR 54/24, Rn. 10 ff. Der Umstand, dass mit dem Auswerten der kopierten Dateien weder anlasslos noch massenhaft überwacht worden sei, werde durch weitere Feststellungen zu ANOM im angefochtenen Urteil erhärtet. Die Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG erwiesen sich als gering.

II.

- ⁵ Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer, durch die angefochtenen Entscheidungen in seinem Recht auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG und seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verletzt worden zu sein; zudem sei ihm entgegen Art. 101 Abs. 1 S.2 GG der gesetzliche Richter entzogen worden. Im Wesentlichen begründet er dies wie folgt:
- ⁶ 1. Der Erhebung und Übermittlung der ANOM-Daten liege der Sachverhalt zugrunde, wie er ihn auch im Revisionsverfahren vorgetragen habe. Er fuße auf mehreren Memoranden des Federal Bureau of Investigation (FBI), Vermerken des BKA, einem öffentlich zugänglichen Antrag des FBI auf Beschlagnahme eines E-Mail-Accounts in den USA sowie einer öffentlich zugänglichen Anklage gegen 17 Mitarbeiter der „ANOM Enterprise“ in den USA. Aus dem Vortrag des Beschwerdeführers einschließlich der von ihm vorgelegten Unterlagen ergibt sich:
- ⁷ a) Das FBI habe zunächst ein Ermittlungsverfahren gegen Verantwortliche des Unternehmens „Phantom Secure“ geführt, das Kryptohandys entwickelt und im Bereich der organisierten Kriminalität vertrieben habe. Im Zuge dieser Ermittlungen habe das FBI eine Person gegen Bezahlung und das Inaussichtstellen einer Strafmilderung rekrutieren

können, die eine Nachfolgeneration von Kryptohandys unter der Bezeichnung ANOM entwickelt habe. Dieses System habe sich dadurch ausgezeichnet, dass die verschlüsselte Kommunikation nur zwischen ANOM-Nutzern möglich gewesen sei. Neben Textmitteilungen hätten auch Sprachnachrichten, Fotos und Videodateien ausgetauscht werden können. Mit den Geräten habe man weder telefonieren, SMS versenden noch das Internet nutzen können.

⁸ b) In Absprache mit dem FBI sei die Software dabei so modifiziert worden, dass – ohne Wissen des jeweiligen Nutzers – von jeder verschlüsselten Nachricht eine Blindkopie an einen Server geschickt und dort gespeichert worden sei. Unter Ausnutzung der Vertriebskanäle der Vertrauensperson sei ANOM zunächst in Australien an Mitglieder krimineller Organisationen vertrieben worden, wobei der Vertrieb auf persönlichem Vertrauen basiert habe. Ab Sommer 2019 seien ANOM-Geräte weltweit verkauft worden, wobei in Europa die halbjährige Nutzung in der Regel für 1.000 bis 1.500 Euro, zu bezahlen in einer Kryptowährung, angeboten worden sei. Auf Anfrage des FBI habe sich ein bis heute unbekannter Mitgliedstaat der Europäischen Union (EU) bereit erklärt, einen Server für die Blindkopien der Nachrichten bereitzustellen und diese – ohne sie selbst entschlüsselt und ausgewertet zu haben – auf der Grundlage eines bilateralen Rechtshilfeabkommens mit den USA an diese zu übermitteln. Dazu hätten Behörden dieses Staates auf der Grundlage dessen Prozessrechts beginnend ab Oktober 2019 gerichtliche Beschlüsse erwirkt, die die Erhebung der ANOM-Daten und deren Weitergabe an die USA erlaubt hätten. Von der Datenweitergabe ausgenommen seien solche Nachrichten gewesen, die in den USA selbst versandt oder empfangen worden seien (sog. „Geo-Fencing“). Auskünfte dazu, um welchen Staat es sich handle, verweigere das FBI, weil diesem Vertraulichkeit zugesichert worden sei. Nähere Informationen zur Rechtsgrundlage lägen daher nicht vor. Eine Auswertung der Daten durch das FBI in Zusammenarbeit mit einer Ermittlungstaskforce von Europol habe ergeben, dass die ANOM-Geräte ausschließlich in kriminellen Kontexten, insbesondere in den Kontexten des Betäubungsmittelhandels und der Geldwäsche, benutzt worden seien.

⁹ c) Mit Schreiben vom 25. März 2021 habe das FBI das BKA darüber informiert, die Überwachung der ANOM-Geräte begründe den Verdacht, dass in Deutschland verschiedene kriminelle Gruppierungen Straftaten von erheblicher Bedeutung begingen, insbesondere den illegalen Handel mit erheblichen Betäubungsmittelmengen. Zum Zwecke der Überprüfung der betreffenden Daten habe das FBI dem BKA Zugang zu einer internetbasierten Analyseplattform gewährt und erklärt, die Daten könnten, sobald die Ermittlungen abgeschlossen seien, im Wege der Rechtshilfe als Beweismittel für Strafverfahren zur Verfügung gestellt werden. Eine Sichtung der Daten habe bestätigt, dass die ANOM-Geräte genutzt würden, um in Deutschland insbesondere banden- und gewerbsmäßigen Handel mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und Verstöße gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz zu

begehen. Hierauf habe die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main am 31. März 2021 ein Ermittlungsverfahren gegen die unbekannten ANOM-Nutzer eingeleitet und in der Folge mehrere Rechtshilfeersuchen an die US-Behörden gestellt. Mit E-Mail vom 4. Juni 2021 habe das Justizministerium der USA die Nutzung der ANOM-Daten genehmigt. Zudem habe es die Daten mit Deutschlandbezug auf einer externen Festplatte zur Verfügung gestellt. In insgesamt fünf Memoranden habe das Justizministerium der USA die Ermittlungsmaßnahmen näher erläutert. Unter anderem habe es mit Schreiben vom 27. April 2022 mitgeteilt, der technische Betrieb der ANOM-Plattform und die „Operation Trojan Shield“ seien in den USA und dort, wo die Plattform gehostet wurde, rechtmäßig gewesen. US-Staatsbürger und in den USA ansässige Personen seien nicht überwacht worden, sodass der vierte Verfassungszusatz der USA (Schutz der Privatsphäre) nicht einschlägig sei. Zudem sei keine Telekommunikationsinfrastruktur auf dem Boden der USA berührt worden, sodass der „Wiretap-Act“ über die Erhebung von Telekommunikationsdaten keine Anwendung finde. Am 18. November 2022 habe das FBI in einem weiteren umfangreichen Vermerk Einzelheiten zum Ablauf der Maßnahme und die – für die Verfassungsbeschwerde nicht relevanten – technischen Details der Überwachung dargelegt.

¹⁰ 2. Aufgrund der übermittelten ANOM-Daten sei es zu einem Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer gekommen, der als Nutzer eines ANOM-Accounts identifiziert worden sei. Im Laufe des Verfahrens habe sich die Verteidigung mehrfach gegen die Verwertung der ANOM-Daten gewandt, vom Tatgericht die weitergehende Aufklärung der Umstände der Erhebung und Übermittlung der ANOM-Daten gefordert und zudem die Aussetzung des Verfahrens und Vorlage mehrerer Fragen zum *EuGH* verlangt.

¹¹ 3. Die dennoch unter Verwertung der ANOM-Daten erfolgte Verurteilung des Beschwerdeführers durch das Landgericht und die Verwerfung der dagegen gerichteten Revision durch den *BGH* verletzen den Beschwerdeführer schon deshalb in seinem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) und seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), weil das *LG* und der *BGH* das Verfahren zur Erhebung der ANOM-Daten nicht hinreichend daraufhin geprüft hätten, ob es den nach Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen genüge und ein Mindestmaß an Grundrechtsschutz einräume. Soweit der *BGH* behaupte, dass der deutsche *ordre public* nicht entgegenstehe, bleibe rätselhaft, wie er das geprüft haben wolle, sei über die Beweiserhebung doch praktisch nichts bekannt. Soweit der *BGH* meine, die diesbezüglichen Erkenntnisdefizite durch den Verweis auf den im Rechtshilfeverkehr geltenden Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens überwinden zu können, greife das zu kurz. Denn erstens bestünden nach dem von den USA mitgeteilten Sachverhalt bereits erhebliche Zweifel, ob das Vorgehen der USA selbst rechtsstaatlichen Mindeststandards genüge, was das gegenseitige Vertrauen bereits im Verhältnis zu

den USA in Frage stelle; zweitens müsste – damit die Argumentation des *BGH* aufginge – der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens auch im Verhältnis zu dem unbekannten Drittstaat gelten, der sich allerdings bewusst außerhalb des Regelungsregimes der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (ABl EU Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 1 ff.; nachfolgend: RL EEA) bewege, Unionsrecht, namentlich Art. 31 RL EEA, breche, die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland durch eine heimliche Telekommunikationsüberwachung verletzt habe und seine Identität nicht preisgeben wolle. Drittens führe der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, folge man dem Verständnis des *BGH*, in der Sache zu einer unwiderleglichen Vermutung. Anhaltspunkte für eine Verletzung des rechtsstaatlich gebotenen Mindeststandards aus dem Beweiserhebungsverfahren könne der Beschwerdeführer nicht vortragen, weil das Beweiserhebungsverfahren für ihn eine „Blackbox“ bleibe. Indem der *BGH* in der Sache allein eine materielle Prüfung der ANOM-Überwachung vornehme und ausführe, diese wäre als gezielte Maßnahme zur Verfolgung schwerer Straftaten auch nach deutschem Recht mit Grundrechten vereinbar und insbesondere verhältnismäßig gewesen, verliere er vollständig aus dem Blick, dass zum rechtsstaatlichen Minimum nicht nur die Angemessenheit von Ermittlungsmaßnahmen in der Sache gehöre, sondern gerade auch eine Verfahrensgestaltung, die dem Betroffenen die Möglichkeit gebe, seine Grundrechte zu wahren und auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen.

¹² 4. Nach dem von den USA mitgeteilten Sachverhalt habe das ausländische Beweiserhebungsverfahren den in Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG verbürgten Mindeststandards auch in der Sache nicht genügt und zugleich das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz verfehlt.

¹³ a) Bereits das Vorgehen des FBI genüge rechtsstaatlichen Mindeststandards nicht. Es erscheine zum einen fraglich, ob das FBI als Strafverfolgungsbehörde bei Anwendbarkeit des US-Rechts hinsichtlich reiner Auslandstaten überhaupt hätte tätig werden dürfen. Zum anderen hätte die Datenerhebung durch das FBI einen Rückgriff auf US-Kommunikationsinfrastruktur erfordert, was zur Anwendbarkeit des vierten Verfassungszusatzes und des Wiretap-Acts geführt hätte. Nach dessen Regeln sei aber eine Überwachung des Telekommunikationsverkehrs – ähnlich wie in Deutschland – nur zulässig, wenn ein Richter auf Antrag der Staatsanwaltschaft aufgrund eines konkreten Tatverdachts hinsichtlich einer schwerwiegenden Straftat die Überwachung anordne. Für die Auslagerung der Überwachung der ANOM-Geräte an einen Drittstaat sei kein anderes Motiv erkennbar, als die Anwendbarkeit der genannten Regelungen des US-amerikanischen Rechts zu vermeiden und das damit verbundene Schutzniveau zu unterlaufen. Das FBI entziehe sich damit seiner Gesetzesbindung, umgehe zugleich gezielt und systematisch den aus dem amerikanischen Recht folgenden und aufgrund der besonderen Eingriffsintensität von Telekommunikationsüberwachungen gebotenen Richtervorbehalt

und mache es den ANOM-Nutzern unmöglich, die Überwachung ihrer Kommunikation gerichtlich überprüfen zu lassen.

¹⁴ b) Daneben stoße aber auch die Beweiserhebung in dem unbekannten Drittstaat auf durchgreifende Bedenken. Auch wenn sich mangels entsprechender Informationen nicht im Einzelnen prüfen lasse, ob das dortige Beweiserhebungsverfahren rechtsstaatlichen Mindeststandards genüge, bestünden jedenfalls erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung. Der unbekannte Drittstaat verfolge mit der Überwachung bereits keinen legitimen Zweck. Da er die erhobenen Daten selbst gar nicht auswerte, hätten sie seiner eigenen Strafverfolgung von vornherein nicht zugutekommen können. Zweck der Datenerhebung sei damit ausschließlich die Weitergabe an die USA gewesen. Diese Weitergabe sei aber nicht legitim gewesen, weil sie dem geltenden Rechtshilferecht widersprochen habe. Denn nach dem die Rechtshilfe zwischen den USA und der EU regelnden „Abkommen zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union über den Schutz personenbezogener Daten bei der Verhütung, Untersuchung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten“ (ABl EU Nr. L 336 v. 10.12.2016, S. 3 ff.), das auch für den Austausch aufgrund einer bilateralen Vereinbarung gelte, dürften Daten nur zum Zwecke der Verfolgung und Prävention von Straftaten weitergegeben werden. Dass die USA die erhobenen ANOM-Daten zu diesem Zwecke verwendeten oder verwenden wollten, sei aber nicht ersichtlich. Denn die Daten mit Bezug zu den USA seien aufgrund des eingerichteten Geo-Fencings gerade nicht übermittelt worden.

¹⁵ 5. Nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* verlange das Grundgesetz jedenfalls dann ein Beweisverwertungsverbot, wenn die Auswirkungen des Rechtsverstoßes dazu führten, dass dem Angeklagten keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verblieben. Dies sei vorliegend der Fall. Die Erkenntnisdefizite hinsichtlich der Überwachung der ANOM-Geräte führten dazu, dass dem Beschwerdeführer sämtliche Einwendungen gegen das Verfahren zur Erhebung des zentralen Rechtsmittels abgeschnitten würden. Dabei führe die Geheimhaltung des Drittstaates für den Beschwerdeführer nicht nur zu einem Verlust des Primärrechtsschutzes. Verkürzt sei vielmehr auch der Rechtsschutz im und durch das Hauptverfahren vor dem deutschen Tatgericht. Denn dieses habe – jedenfalls nach einem Verwertungswiderspruch – zu prüfen, ob der Verwertung eines Beweismittels Verwertungsverbote entgegenstünden und zu diesem Zweck auch das Beweiserhebungsverfahren in den Blick zu nehmen. Dies könne im vorliegenden Fall nicht geprüft werden, weil über das Beweiserhebungsverfahren nichts bekannt sei.

¹⁶ 6. Weiterhin sei anerkannt, dass eine Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen würden, nicht bejaht werden dürfe, wo dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde. Ein Beweisverwertungsverbot könne daher insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder ob-

jektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden seien, geboten sein. Auch diese Fallgruppe sei gegeben. Denn in Anbetracht der sich aus Art. 10 Abs. 1 GG ergebenden Schutzpflicht und der diese Schutzpflicht aufnehmenden Vorschriften des § 91g Abs. 6 IRG und des § 92d IRG hätten die deutschen Behörden die ihnen spätestens seit dem 25. März 2021 bekannte Überwachung der ANOM-Geräte daher keinesfalls dulden oder gar eine Fortsetzung konkludent billigen dürfen, indem sie die erhobenen Daten sukzessiv abschöpften. Vielmehr hätten sie entweder auf eine sofortige Beendigung der Überwachung dringen oder versuchen müssen, die Fortführung der Überwachung zu legalisieren.

- ¹⁷ 7. Schließlich habe der *BGH* die aus Art. 267 Abs. 3 AEUV folgende Vorlagepflicht unhaltbar gehandhabt und dem Beschwerdeführer dadurch den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S.2 GG) entzogen. Denn zum einen habe sich die dem *EuGH* vorzulegende Frage aufgedrängt, ob Art. 31 RL EEA im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes ein Beweisverwertungsverbot verlange, wenn ein Mitgliedstaat entgegen dieser Bestimmung seine Identität nicht preisgebe und dem Beschuldigten dadurch die Möglichkeit nehme, die Erhebung wesentlicher Beweismittel nachzuvollziehen und dazu Stellung zu nehmen. Zum anderen hätte – so der Beschwerdeführer weiter – die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 14 Abs. 7 RL EEA und dem daraus abgeleiteten Beweisverwertungsverbot auf den vorliegenden Fall offenkundig näherer Klärung bedurft.

III.

- ¹⁸ Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmenvoraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht erfüllt sind. Ihr kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu (§ 93a Abs. 2 lit. a BVerfGG), noch ist ihre Annahme im Sinne des § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers angezeigt (vgl. BVerfGE 90, 22 [24] ff.; 96, 245 [248 ff.]). Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig. Sie genügt den Darlegungs- und Substantiierungsvoraussetzungen der § 23 Abs. 1 S. 2, § 92 BVerfGG nicht.
- ¹⁹ 1. Nach § 23 Abs. 1 S. 2, § 92 BVerfGG hat ein Beschwerdeführer den Sachverhalt, aus dem sich die Grundrechtsverletzung ergeben soll, substantiiert und schlüssig darzulegen (vgl. BVerfGE 81, 208 [214]; 113, 29 [44]; 130, 1 [21]). Ferner muss sich die Verfassungsbeschwerde mit dem zugrundeliegenden einfachen Recht sowie mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung des vorgetragenen Sachverhalts auseinandersetzen und hinreichend substantiiert aufzeigen, dass eine Grundrechtsverletzung möglich erscheint (vgl. BVerfGE 28, 17 [19]; 89, 155 [171]; 140, 229 [232 Rn. 9]; 149, 346 [359 Rn. 23]). Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen, erfordert die substantiierte Darlegung einer Grundrechtsverletzung auch die argumentative Auseinandersetzung mit den Gründen der angegriffenen Entscheidungen (vgl. BVerfGE 105, 252 [264]; 140, 229 [232 Rn. 9]; 149, 346 [359 Rn. 24]). Dabei muss ein Beschwerdeführer detailliert darlegen, dass die Entscheidung auf dem gerügten Grundrechtsverstoß beruht (vgl. BVerfGE 89, 48 [60]) und insofern alle die Entscheidung tragenden Gründe substantiiert in Zweifel ziehen (vgl. BVerfGE 105, 252 [264]). Liegt zu den mit der Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen Verfassungsfragen Rechtsprechung des *BVerfG* vor, ist der behauptete Grundrechtsverstoß in Auseinandersetzung mit den verfassungsgerichtlich entwickelten Maßstäben zu begründen; die allgemein gehaltene Behauptung eines Verfassungsverstosses genügt dem nicht (vgl. BVerfGE 101, 331 [345 f.]; 123, 186 [234]; 130, 1 [21]; 140, 229 [232 Rn. 9]; 142, 234 [251 Rn. 28]; 149, 346 [359 Rn. 23]).
- ²⁰ Zur Substantiierung kann außerdem die Vorlage von Dokumenten erforderlich sein, damit dem *BVerfG* die Prüfung der Verfassungsbeschwerde ohne weitere Ermittlungen möglich ist (vgl. BVerfGE 93, 266 [288]; 149, 346 [360 Rn. 25]; BVerfGK 5, 170 [171]; vgl. auch *EGMR*, *Mork v. Germany*, 9.6.2011, 31047/04, 43386/08, §§ 37, 39). Eine bloß pauschale Bezugnahme auf Dokumente reicht nicht aus, denn das *BVerfG* hat nicht die Aufgabe, in Bezug genommene Dokumente und andere Anlagen auf verfassungsrechtlich relevante Tatsachen oder auf verfassungsrechtlich relevanten Vortrag hin zu durchsuchen (vgl. BVerfGE 80, 257 [263]; 83, 216 [228]; BVerfGK 19, 362 [363]).
- ²¹ Will der Beschwerdeführer von den Feststellungen oder von der Würdigung der Tatsachen durch die Fachgerichte abweichen, muss er seinen abweichenden Sachvortrag mit einem verfassungsrechtlichen Angriff gegen die fachgerichtliche Tatsachenfeststellung verbinden (vgl. BVerfGE 83, 119 [124 f.]; *BVerfG*, Beschl. der 1. Kammer des *Zweiten Senats* v. 1.11.2024 – 2 BvR 684/22, Rn. 45 m.w.N.).
- ²² Schließlich muss der Vortrag des Beschwerdeführers widerspruchsfrei und wahr sein (vgl. *BVerfG*, Beschl. der 3. Kammer des *Zweiten Senats* v. 11.7.2018 – 2 BvR 1548/14, Rn. 16 m.w.N.).
- ²³ 2. Diesen Anforderungen genügt die Verfassungsbeschwerdeschrift nicht. Die Darlegungen des Beschwerdeführers tragen weder eine Verletzung des Rechts auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG oder des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG (a) noch eine Entziehung des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (b). Der Beschwerdeführer hat die Möglichkeit der Verletzung eines Grund- oder grundrechtsgleichen Rechts damit nicht schlüssig dargelegt.
- ²⁴ a) Auf der Grundlage des Vortrags des Beschwerdeführers ist nicht ersichtlich, dass das *LG* oder der *BGH* den Beschwerdeführer mit den angegriffenen Entscheidungen in seinem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, oder seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1

GG, verletzt haben könnte. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers begegnet die Verwertung der ANOM-Daten danach keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

²⁵ aa) (1) In der Rechtsprechung des *BVerfG* ist anerkannt, dass ein Beweisverwertungsverbot bereits von Verfassungs wegen eine begründungsbedürftige Ausnahme darstellt, weil es die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Erhärtung oder Widerlegung des Verdachts strafbarer Handlungen einschränkt und so die Findung einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung – zentrales Ziel des Strafprozesses – beeinträchtigt. Grundrechtsverletzungen, zu denen es außerhalb der Hauptverhandlung gekommen ist, führen daher nicht zwingend dazu, dass auch das auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruhende Strafurteil gegen Verfassungsrecht, insbesondere gegen das Recht auf ein faires Verfahren oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht, verstößt (vgl. *BVerfGE* 130, 1 [28]). Dementsprechend geht auch die strafgerichtliche Praxis in gefestigter Rechtsprechung davon aus, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, demzufolge jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist und dass die Frage nach dem Vorliegen eines Verwertungsverbots jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art der verletzten Vorschrift und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden ist („Abwägungslösung“, vgl. *BVerfGK* 14, 107 [111]; *BVerfG*, Beschl. der 1. Kammer des *Zweiten Senats* v. 1.11.2024 – 2 BvR 684/22, Rn. 97; *BGHSt* 38, 214 [219 f.]; 44, 243 [249]; 51, 285 [289 f. Rn. 20]; vgl. auch *Greven*, in: *KK-StPOP*, 9. Aufl. [2023], vor § 94 Rn. 10 ff.). Dabei stellt die Annahme eines Beweisverwertungsverbots eine Ausnahme dar, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist (vgl. *BGHSt* 40, 211 [217]; 44, 243 [249]; 51, 285 [290 Rn. 20]). Welche Folgen ein Rechtsverstoß bei der Informationserhebung oder bei der Einführung von Informationen in ein Strafverfahren hat und ob aus dem Verstoß ein Beweisverwertungsverbot folgt, obliegt in erster Linie der Beurteilung durch die zuständigen Fachgerichte (vgl. *BVerfGE* 130, 1 [31]; *BVerfGK* 4, 283 [285]; 9, 174 [196]; 14, 107 [111]; 18, 193 [203]; *BVerfG*, Beschl. der 1. Kammer des *Zweiten Senats* v. 1.11.2024 – 2 BvR 684/22, Rn. 97).

²⁶ (2) Im Einzelfall kann ein Beweisverwertungsverbot allerdings auch von Verfassungs wegen geboten sein. So kann sich – worauf die Verfassungsbeschwerde zutreffend hinweist – ein Beweisverwertungsverbot aus verfassungsrechtlichen Gründen etwa dann ergeben, wenn die Auswirkungen des Rechtsverstoßes dazu führen, dass dem Angeklagten keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben, die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht führen würde. Zudem darf eine Verwertbarkeit von Informatio-

nen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen wurden, nicht bejaht werden, wo dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde. Ein Beweiserhebungsverbot kann daher insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten sein (vgl. *BVerfGE* 130, 1 [28] m.w.N.).

²⁷ (3) Für die Verwertung von Beweisen, die aus dem Ausland in ein deutsches Strafverfahren eingeführt wurden, gelten insoweit im Grundsatz keine Besonderheiten (*BVerfG*, Beschl. der 1. Kammer des *Zweiten Senats* vom 1.11.2024 – 2 BvR 684/22 –, Rn. 97). Dies bedeutet freilich nicht, dass das deutsche Tatgericht vor der Verwertung eines im Wege der Rechtshilfe aus dem Ausland erlangten Beweises gehalten wäre, die Rechtmäßigkeit der Erhebung des zu Verfügung gestellten Beweises durch den fremden Staat zu überprüfen, um im Falle einer rechtswidrigen Erhebung hieraus – gegebenenfalls im Wege der Abwägung – ein (unselbständiges) Beweisverwertungsverbot ableiten zu können. Vielmehr findet eine Überprüfung hoheitlicher Entscheidungen des ersuchten Staates am Maßstab der insoweit einschlägigen Rechtsordnung dieses Staates durch die Gerichte des ersuchenden (deutschen) Staates nach gefestigter Rechtsprechung des *BGH*, die von der Verfassungsbeschwerde unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht in Zweifel gezogen wird, grundsätzlich nicht statt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, *BGHSt* 58, 32 Rn. 34 m.w.N.; Beschl. v. 9.4.2014 – 1 StR 39/14, *NStZ* 2014, S. 608; Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, *BGHSt* 67, 29 Rn. 26; Beschl. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 18).

²⁸ Auch ist das deutsche Tatgericht in einem solchen Fall grundsätzlich nicht gehalten, die Beweiserhebungsmaßnahme des ersuchten Staates anhand des – auf die ausländische Beweiserhebung im Ausgangspunkt überhaupt nicht anwendbaren (vgl. *BGH*, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, *BGHSt* 67, 29 Rn. 26) – deutschen Rechts zu überprüfen. Im Rechtshilfeverkehr ist es vielmehr geboten, Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich auch dann zu achten, wenn sie im Einzelnen nicht mit den innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen (vgl. *BVerfGE* 113, 154 [162 f.]; *BVerfG*, Beschl. der 2. Kammer des *Zweiten Senats* v. 4.12.2019 – 2 BvR 1258/19 und 2 BvR 1497/19, Rn. 55; *BGH*, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/11, *BGHSt* 67, 29 Rn. 26; Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 18).

²⁹ Die Unverwertbarkeit von im Wege der Rechtshilfe erlangten Beweisen kann sich aber – auch aus verfassungsrechtlichen Gründen – daraus ergeben, dass die Beweise im ersuchten Staat unter Außerachtlassung nationaler und europäischer rechtsstaatlicher Mindeststandards gewonnen worden sind. Die vom *BGH* insoweit unter dem Gesichtspunkt des nationalen und europäischen *ordre public* gezogenen Verwertbarkeitsgrenzen sind dann überschritten, wenn die ausländische Beweiserhebung dem unabdingbaren Maß an Grundrechtsschutz und den nach

Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandards nicht gerecht wird, insbesondere, wenn bei der Beweiserhebung gegen das Verbot von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung verstoßen oder sonst menschenwürderelevant in den Wesensgehalt von Grundrechten eingegriffen wurde. Auch der Wesensgehalt der Verfahrensfairness sowie das Gebot der Verhältnismäßigkeit gehören zu den insoweit unabdingbaren Grundsätzen (vgl. *BGH*, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24). Wie im – deutlich eingriffsintensiveren und in Bezug auf die Verletzung von Grund- und Menschenrechten durch einen anderen Staat risikoreicheren – Auslieferungsverkehr zwischen Deutschland und anderen Staaten (vgl. hierzu BVerfGE 109, 13 [35 f.]; 109, 38 [61]; 140, 317 [349 Rn. 68]; BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des *Zweiten Senats* vom 4.12.2019 - 2 BvR 1258/19 und 2 BvR 1497/19, Rn. 59) gilt dabei allerdings auch bei der Entgegennahme von Erkenntnissen aus einer Telekommunikationsüberwachung der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens (vgl. *BGH*, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 29). Danach kann so lange von der Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes im anderen Staat ausgegangen werden, solange dies nicht durch entgegenstehende Tatsachen erschüttert wird (vgl. BVerfGE 140, 317 [349 Rn. 68]).

³⁰ bb) Auf der Grundlage dieser Maßstäbe, die die Verfassungsbeschwerde als solche nicht in Zweifel zieht, greifen die von ihr erhobenen Rügen nicht.

³¹ (1) Soweit der Beschwerdeführer der Meinung ist, die Fachgerichte hätten das Verfahren zur Erhebung der ANOM-Daten schon deshalb nicht hinreichend darauf überprüft, ob es den nach Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen genügt und ein Mindestmaß an Grundrechtsschutz gewährleistet habe, weil über die Beweismittelgewinnung „praktisch nichts bekannt“ sei, wird dies bereits seinem eigenen Tatsachenvortrag nicht gerecht. Danach ist über die Erhebung der ANOM-Daten insbesondere bekannt, dass die auf den ANOM-Geräten vorhandene Software auf Veranlassung des FBI mit einer Funktion versehen worden war, die dafür sorgte, dass von jeder über den Messengerdienst versandten Nachricht ohne Wissen des jeweiligen Nutzers eine dem jeweiligen Gerät eindeutig zuordenbare verschlüsselte Kopie an einen sogenannten iBot-Server gesandt wurde, wo sie vom FBI in einem temporären Speicher zunächst entschlüsselt, erneut verschlüsselt auf das Speichermedium geschrieben und schließlich mit einigen Tagen Verzögerung an den Transferserver weitergeleitet wurde. So sollte die Kommunikation der ANOM-Nutzer dauerhaft überwacht werden. Bekannt ist nach den Ausführungen des Beschwerdeführers weiter, dass ein bis heute unbekannter Mitgliedstaat der EU auf der Grundlage eines bilateralen Rechtshilfeabkommens mit den USA den iBot-Server für die Nachrichtenkopien zur Verfügung stellte und diese, ohne sie selbst entschlüsselt und ausgewertet zu haben, an die USA übermittelte. Dabei handelte der Drittstaat nach den vom *BGH* getroffenen, von der Ver-

fassungsbeschwerde zwar möglicherweise in Zweifel gezogenen, jedenfalls aber verfassungsprozessrechtlich nicht tragfähig angegriffenen (vgl. BVerfG, Beschl. der 1. Kammer des *Zweiten Senats* v. 1.11.2024 – 2 BvR 684/22, Rn. 45) Feststellungen auf der Grundlage von nach seinem Prozessrecht erwirkten gerichtlichen Beschlüssen.

³² Erkenntnisdefizite bestehen lediglich insoweit, als der den iBot-Server hostende Staat sowie das konkrete Zustandekommen und der genaue Inhalt der gerichtlichen Beschlüsse nicht weiter bekannt sind. Warum es auf diesbezügliche Erkenntnisse nach den dargelegten Maßstäben ankommen soll, erschließt sich aber nicht. Zwar hätte eine Überprüfung dieser Beschlüsse Aufschluss darüber geben können, ob Speicherung und Weitergabe der Daten an die USA mit dem Recht des unbekannten Mitgliedstaats der EU vereinbar sind; darauf kommt es nach den dargestellten Maßstäben aber gerade nicht an. Auch erschließt sich nicht, warum Mängel beim Zustandekommen oder bezüglich des Inhalts der unbekannten Beschlüsse dazu hätte führen sollen, dass die Erhebung der ANOM-Daten grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen nicht mehr genügen. Denn sowohl die Art und Weise der Erhebung als auch ihr maximaler, eben auf die Nutzer der ANOM-Geräte beschränkter Umfang war nach dem vortragenen Sachverhalt bereits vom FBI vorgegeben; auch eine Auswertung der Daten oder gar eine inhaltliche Nutzung der Daten durch den Mitgliedstaat selbst erfolgte nicht. Insbesondere konnten die Beschlüsse schon deshalb – wie der *BGH* auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive im Ergebnis zutreffend feststellt – nicht zu einer „anlasslosen Massenüberwachung“ beitragen.

³³ Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang der Meinung ist, der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens könne hier auch deshalb nicht gelten, weil sich das Verfahren angesichts der Geheimhaltung des Mitgliedstaats und der dort ergangenen Beschlüsse durch die USA für ihn als „Blackbox“ darstelle, verkennt er schon im Ansatz die Bedeutung und – üblichen – Konsequenzen der insoweit bestehenden „Beweislastverteilung“. Bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der um Rechtshilfe ersuchte ausländische Staat bei der Gewinnung der Beweismittel die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes verletzt haben könnte, ist davon auszugehen, dass dies nicht der Fall ist. Sind keine besonderen Umstände ersichtlich, die ausnahmsweise zu einem Beweisverwertungsverbot führen, bleibt es beim nach den dargelegten Maßstäben auch verfassungsrechtlich gebotenen Grundsatz, dass alle in die Hauptverhandlung eingeführten Beweise verwertbar sind. Auf die tatsächlichen Möglichkeiten des Angeklagten oder des (deutschen) Hauptsachegerichts, sich selbst ein tiefergehendes Bild von der Beweiserhebung im Ausland zu machen, kommt es insoweit nicht an.

³⁴ (2) Auch die weitere Rüge des Beschwerdeführers, schon nach dem von den USA mitgeteilten Sachverhalt habe das ausländische Beweiserhebungsverfahren sowohl in den USA (a) als auch im unbekannten Mitgliedstaat der EU (b) den in Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3

GG verbürgten rechtsstaatlichen Mindestanforderungen nicht genügt und zugleich das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz verfehlt, wird von seinem tatsächlichen Vortrag nicht getragen.

- ³⁵ (a) (aa) Hinsichtlich des Verfahrens in den USA wendet der Beschwerdeführer zunächst ein, es erscheine bereits fraglich, ob das FBI als Strafverfolgungsbehörde bei Anwendbarkeit des US-Rechts hinsichtlich reiner Auslandstaten überhaupt hätte tätig werden dürfen. Damit zeigt der Beschwerdeführer gleich aus mehreren Gründen keinen möglichen Verfassungsverstoß auf. Erstens wird insoweit nur die Frage nach einem Verstoß gegen US-amerikanisches Recht aufgeworfen, eine solche Rechtsverletzung letztlich aber nicht substantiiert dargelegt. Zweitens legt die Verfassungsbeschwerde nicht nachvollziehbar dar, warum ein solcher – unterstellter – Verstoß des FBI gegen US-amerikanisches Recht die Annahme rechtfertigen sollte, das Verfahren in den USA habe gegen die in Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG verbürgten rechtsstaatlichen Mindestanforderungen verstoßen. Drittens zeigt die Verfassungsbeschwerde auch nicht nachvollziehbar auf, dass es aus Sicht der USA tatsächlich nur um reine Auslandstaten ging (vgl. nachfolgend unter [b]).
- ³⁶ (bb) Weiter versucht die Verfassungsbeschwerde eine Verletzung der in Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG verbürgten rechtsstaatlichen Mindestanforderungen damit zu begründen, dass die Auslagerung der Überwachung der ANOM-Geräte in einen anderen Staat nur den Zweck gehabt haben könne, die Beschränkungen des vierten Verfassungszusatzes und des Wiretap Acts zu umgehen, die beim Rückgriff auf US-Kommunikationsinfrastruktur anwendbar gewesen wären. Das FBI habe sich – so die Verfassungsbeschwerde – damit seiner Gesetzesbindung entzogen. Auch das ist nicht schlüssig. Sind die von der Verfassungsbeschwerde genannten Vorschriften des US-amerikanischen Rechts – wie vom Beschwerdeführer insoweit behauptet – nur beim Rückgriff auf US-amerikanische Telekommunikationsinfrastruktur einschlägig, so ist ihr Anwendungsbereich im Falle einer Telekommunikationsüberwachung ohne die Inanspruchnahme dieser Infrastruktur von vornherein nicht eröffnet. Die Verfassungsbeschwerde zeigt damit schon im Ausgangspunkt keine rechtswidrige Gesetzesumgehung, sondern lediglich auf, dass das FBI überhaupt nicht im Anwendungsbereich der genannten Vorschriften gehandelt hat. Ob, was jedenfalls zweifelhaft erscheint, aus einer nach US-amerikanischem Recht rechtswidrigen Gesetzesumgehung der Schluss darauf gezogen werden könnte, dass das Beweiserhebungsverfahren auch den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen nicht genügt, kann mithin offenbleiben.
- ³⁷ (b) Hinsichtlich der Beweiserhebung im unbekannten Mitgliedstaat der EU macht die Verfassungsbeschwerde geltend, die Überwachung habe schon keinen legitimen Zweck verfolgt und damit gegen die Grundsätze des zum rechtsstaatlichen Mindeststandard gehörenden Verhältnismäßigkeitsprinzips verstoßen. Da dieser Staat die Daten selbst nicht ausgewertet habe, sei er lediglich „Ge-hilfe“ der USA gewesen, habe also keine eigenen Zwecke

verfolgt. Die Weitergabe an die USA habe aber geltendem Rechtshilferecht widersprochen, weil der Datenaustausch im Wege der Rechtshilfe zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und den Mitgliedstaaten der EU nach dem „Abkommen zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union über den Schutz personenbezogener Daten bei der Verhütung, Untersuchung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten“ (ABl EU Nr. L 336 v. 10. Dezember 2016, S. 3 ff.) auf die Weitergabe zum Zwecke der Verfolgung und Prävention von Straftaten begrenzt sei. Dass die USA die erhobenen ANOM-Daten zu diesem Zweck verwendet oder verwenden wollen hätten, sei aber gerade nicht ersichtlich. Denn Daten mit Bezug zu den USA seien aufgrund des eingerichteten Geo-Fencings schon nicht übermittelt worden.

- ³⁸ Auch der diesbezügliche Vortrag ist nicht schlüssig. Die Verfassungsbeschwerde zeigt bereits nicht substantiiert auf, dass eine Strafverfolgung der von der Überwachung betroffenen Personen in den USA nach US-amerikanischem Recht wegen des fehlenden USA-Bezugs nicht möglich war. Vor allem aber setzt sie sich nicht mit der Frage auseinander, ob die erhobenen Daten für die USA nicht in Bezug auf Strafverfahren von Relevanz waren, die dort gegen Personen geführt wurden, die an der Entwicklung und Vermarktung von ANOM im Glauben mitwirkten, es handle sich um einen funktionsfähigen Krypto-Messengerdienst. Dass es in den USA solche Strafverfahren gab, legt der Beschwerdeführer selbst dar. Damit kann auch hier offen bleiben, ob der von der Verfassungsbeschwerde angenommene Verstoß gegen rechtshilferechtliche Regelungen im Rechtshilfeverkehr zwischen den USA und dem unbekannten Mitgliedstaat der EU – was jedenfalls zweifelhaft sein dürfte – geeignet gewesen wäre, einen Verstoß gegen rechtsstaatliche Mindestanforderungen anzunehmen.
- ³⁹ (3) Auch soweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, ihm seien infolge des von ihm beklagten Erkenntnisdefizits in Bezug auf die Überwachung der ANOM-Geräte keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verblieben, tragen seine Ausführungen ein von Verfassungs wegen gebotenes Verwertungsverbot nicht. Hinreichende Einflussmöglichkeiten auf das vor der Strafkammer gegen ihn geführte Strafverfahren hatte er schon deshalb, weil er jederzeit in der Lage war, zu den Ergebnissen der ihn betreffenden Kommunikationsüberwachung konkret Stellung zu nehmen und insbesondere die Authentizität der gespeicherten Kommunikation – was er bezeichnenderweise ausdrücklich nicht tut – in Frage zu stellen. Aber selbst wenn man mit dem Beschwerdeführer die Auffassung verträte, dass unzureichende Erkenntnismöglichkeiten über das Beweiserhebungsverfahren im Ausland ebenfalls von Verfassungs wegen zu einem Beweisverwertungsverbot führen können, lägen solche unzureichenden Erkenntnismöglichkeiten hier nicht vor. Erkenntnisdefizite liegen – wie gezeigt – auch nach dem Vortrag des Beschwerdeführers nur in Bezug auf die Identität des den iBot-Server hostenden Mitgliedstaats der EU sowie die der Speicherung und Weitergabe der Daten an die USA zugrundeliegenden Beschlüsse der Gerichte dieses Staates vor. Dies betrifft aber

allein die Frage, ob Datenspeicherung und -weitergabe nach dem nationalen Recht dieses Staates zulässig waren. Nach den dargelegten Maßstäben ist dies für die Frage eines Beweisverwertungsverbots in Deutschland aber gerade nicht von Bedeutung.

- ⁴⁰ (4) Die Beurteilung des *BGH*, die von ihm offenbar angenommene Verletzung von Art. 31 RL EEA führe nach der sogenannten „Abwägungslehre“ unter den vorliegenden Umständen nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, dass nach der einfachrechtlichen, von Verfassungs wegen nicht zu beanstandenden Würdigung des *BGH* die Voraussetzungen des § 100a StPO für eine Telekommunikationsüberwachung in Deutschland ersichtlich gegeben gewesen wären. Jedenfalls vor diesem Hintergrund führte auch der von der Verfassungsbeschwerde geltend gemachte – von der Kammer lediglich unterstellte – Verstoß gegen § 91g Abs. 6 IRG nicht von Verfassungs wegen zu einem Beweisverwertungsverbot. Dass sich Behörden oder Gerichte in diesem Zusammenhang vorsätzlich über gesetzliche Bindungen hinweggesetzt haben könnten, ist auch auf der Grundlage des Beschwerdevorbringens nicht ersichtlich.
- ⁴¹ b) Auch die weiter geltend gemachte Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter ist nach dem Vortrag des Beschwerdeführers ausgeschlossen. Der *BGH* hat seine Vorlagepflicht an den *EuGH* danach nicht unhaltbar gehandhabt.
- ⁴² aa) Kommt ein deutsches Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des *EuGH* im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nicht nach, kann dem Rechtsschutzsuchenden des Ausgangsrechtsstreits der gesetzliche Richter entzogen sein (vgl. BVerfGE 73, 339 [366 ff.]; 126, 286 [315]; 135, 155 [231 Rn. 177]). Das BVerfG beanstandet die Auslegung und Anwendung von Normen der gerichtliche Zuständigkeitsverteilung jedoch nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind (vgl. BVerfGE 29, 198 [207]; 82, 159 [194]; 126, 286 [315]; 135, 155 [231 Rn. 179]).
- ⁴³ Die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV wird in den Fällen offensichtlich unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Hauptsachegericht eine Vorlage trotz der – seiner Auffassung nach bestehenden – Entscheidungserheblichkeit der unionsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt und das Unionsrecht somit eigenständig fortbildet (grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht; vgl. BVerfGE 82, 159 [195]; 126, 286 [316]; 128, 157 [187]; 129, 78 [106]; 135, 155 [232 Rn. 181]; 147, 364 [380 Rn. 41]).
- ⁴⁴ Gleiches gilt in den Fällen bestehender Rechtsprechung des *EuGH*, wenn die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet ist oder eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Gerichts-

hofs nicht nur als entfernte Möglichkeit erscheint (Unvollständigkeit der Rechtsprechung). Art. 101 Abs. 1 S.2 GG ist dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschreitet (vgl. BVerfGE 82, 159 [195 f.]; 126, 286 [317]; 128, 157 [188]; 129, 78 [106 f.]; 135, 155 [232 f. Rn. 183]). Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Fachgerichte das Vorliegen eines „acte clair“ oder eines „acte éclairé“ willkürlich bejahen. Das Gericht muss sich daher hinsichtlich des materiellen Unionsrechts hinreichend kundig machen. Etwaige einschlägige Rechtsprechung des *EuGH* muss es auswerten und seine Entscheidung hieran orientieren (vgl. BVerfGE 82, 159 [196]; 128, 157 [189]; 135, 155 [233 Rn. 184]). Auf dieser Grundlage muss das Fachgericht unter Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts (vgl. BVerfGE 135, 155 [233 Rn. 184]) die vertretbare Überzeugung bilden, dass die Rechtslage entweder von vornherein eindeutig („acte clair“) oder durch Rechtsprechung in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt („acte éclairé“; vgl. BVerfGE 129, 78 [107]; 135, 155 [233 Rn. 184]). Unvertretbar gehandhabt wird Art. 267 Abs. 3 AEUV im Falle der Unvollständigkeit der Rechtsprechung insbesondere dann, wenn das Fachgericht eine von vornherein eindeutige oder zweifelsfrei geklärte Rechtslage ohne sachliche Begründung bejaht (vgl. BVerfGE 82, 159 [196]; 135, 155 [233 Rn. 185]; 147, 364 [381 f. Rn. 43]).

- ⁴⁵ bb) Nach diesen Maßstäben war der *BGH* nicht gehalten, dem *EuGH* die Frage eines möglichen (unionsrechtlichen) Beweisverwertungsverbots bei Verletzung der Unterrichtspflicht nach Art. 31 RL EEA oder Verletzung des Art. 14 Abs. 7 RL EEA vorzulegen.
- ⁴⁶ Zu Beweisverwertungsverboten bei Verletzung der Unterrichtspflicht nach Art. 31 RL EEA hat der *EuGH* in seiner Entscheidung vom 30. April 2024 bereits Stellung genommen (vgl. *EuGH*, M.N. [EncroChat], 30.4.2024, C-670/22, EU:C:2023:817, Rn. 107 ff., 124 f.). Diese Rechtsprechung hat der *BGH* seiner hier angegriffenen Entscheidung ausdrücklich zugrunde gelegt (vgl. *BGH*, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/24, Rn. 23). Die Verfassungsbeschwerde legt weder eine entscheidungserhebliche Abweichung von der Rechtsprechung des *EuGH* noch eine nicht nur als entfernte Möglichkeit erscheinende Fortentwicklung dieser Rechtsprechung dar. Erst recht zeigt die Verfassungsbeschwerde keine unvertretbare Überschreitung des dem *BGH* zukommenden Beurteilungsspielraums auf.
- ⁴⁷ Eine Verletzung der Vorlagepflicht an den *EuGH* im Hinblick auf ein mögliches unionsrechtliches Beweisverwertungsverbot wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 7 S. 2 RL EEA scheitert bereits daran, dass die Frage für den *BGH* nicht entscheidungserheblich war. Selbst wenn der *BGH* die Norm angewandt hätte, wäre sie nach seinen Feststellungen nicht verletzt. Denn der *BGH* konstatiert hier ein insgesamt faires Verfahren, bei dem die Rechte der Verteidigung hinreichend gewahrt wurden.

⁴⁸ 3. Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass ihr auch unabhängig vom Vortrag des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall bislang keine Erkenntnisse über die Erhebung der ANOM-Telekommunikationsdaten vorliegen,

die Anhaltspunkte für die Annahme bieten könnten, die gewonnenen Daten unterlägen von Verfassungs wegen grundsätzlich einem Beweisverwertungsverbot.

(...)

ANOM-Chatdaten zur Aufklärung schwerer Straftaten verwertbar

BGH, Urt. v. 9.1.2025 – 1 StR 54/25

Gründe:

- ¹ Das LG hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 35 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt; daneben hat es gegen ihn die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 524.047 EUR sowie sichergestellten Kokains angeordnet. Die gegen seine Verurteilung gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet, hat den aus der Urteilsformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet.

I.

- ² 1. Nach den Feststellungen des LG handelte der – zu den Tatvorwürfen schweigende – Angeklagte im Zeitraum vom 31. Juli 2020 bis zum 3. Juni 2021 in 34 Fällen mit Marihuana, Haschisch und Kokain, wobei sich der Handel in sieben Fällen allein auf Kokain, in 16 Fällen auf Kokain und Cannabis sowie in zwölf Fällen allein auf Cannabis bezog. Zur Anbahnung und Abwicklung der Geschäfte bediente sich der Angeklagte kryptierter Mobiltelefone. Die Wirkstoffmenge der gehandelten Rauschmittel überschritt in allen Einzelfällen bezogen auf die beiden unterschiedlichen Arten jeweils 7,5 Gramm Tetrahydrocannabinol (THC) bzw. 5 Gramm Kokainhydrochlorid (KHC) um ein Mehrfaches (Fälle 1 bis 34 der Urteilsgründe). Der Angeklagte verschaffte sich durch die Verkaufserlöse aus den Weiterveräußerungen eine dauerhafte und erhebliche Einnahmequelle. Am 29. März 2023 übte er die Sachherrschaft über 754,5 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 15,21 % THC aus, die er in der Wohnung des gesondert Verfolgten K. aufbewahrte. In seiner Wohnung verwahrte er weitere 46,55 Gramm Marihuana zum Eigenkonsum und 51,2 Gramm Kokain (Wirkstoffmenge: 43,92 Gramm KHC); das Marihuana in der anderen Wohnung und das Kokain waren zur gewinnbringenden Weiterveräußerung bestimmt (Fall 35 der Urteilsgründe).
- ³ 2. Die tatgerichtliche Beweiswürdigung fußt maßgeblich in den Fällen 1 bis 25 der Urteilsgründe auf der Auswertung zweier „SkyECC“-accounts, im Fall 35 auf der Sicherstellung der Rauschmittel und in den Fällen 26 bis 34 der Urteilsgründe auf der Auswertung von über den „Anom“-account „pa.“ ausgetauschten Nachrichten.

II.

- ⁴ 1. a) Die Revision ist teilweise, und zwar in sachlich-rechtlicher Hinsicht begründet.

- ⁵ aa) Der Schuldspruch bedarf in den betroffenen 28 Fällen der Anpassung an das am 1. April 2024 in Kraft getretene Gesetz zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 27. März 2024 (§ 2 Abs. 3 StGB i.V.m. § 354a StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 4, § 2 Abs. 1 Nr. 4, § 1 Nr. 4, 5 KCanG). Im letzten Fall erweist sich zudem die Annahme von Tateinheit (§ 52 Abs. 1 Alt. 2 StGB) zwischen den beiden gehandelten Rauschmittelarten als rechtsfehlerhaft. Denn der gleichzeitige Besitz an demselben Tag allein vermag für die beiden an unterschiedlichen Orten vorgehaltenen Handelsmengen keine Tateinheit zu begründen; darüber hinaus ist erforderlich, dass die Art und Weise der Besitzausübung die Wertung rechtfertigt, dass – etwa wegen eines engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs – die tatsächliche Ausübung des Besitzes über die eine Menge zugleich die Ausübung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die andere darstellt (Teilidentität der tatbestandlichen Ausführungshandlungen; vgl. BGH, Beschl. v. 17.9.2024 – 6 StR 379/24 Rn. 7 f.; v. 6.5.2024 – 2 StR 480/23 Rn. 15; v. 30.7.2021 – 1 StR 172/21 Rn. 7 und v. 28.5.2018 – 3 StR 88/18, BGHR BtMG § 29a Abs. 1 Nr. 2 Konkurrenzen 6 Rn. 7; jeweils m.w.N.). Eine solche Überschneidung ist hier weder festgestellt noch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe zu entnehmen. Der Senat schließt aus, dass im zweiten Rechtsgang hierzu belastbare Feststellungen getroffen werden könnten, und ändert die Konkurrenz insoweit auf Tatmehrheit zwischen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und Handeltreiben mit Cannabis (§ 53 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog). Dem und der Neufassung des Schuldspruchs insgesamt steht § 265 Abs. 1 StPO nicht entgegen, da sich der Angeklagte hiergegen nicht effektiver als geschehen hätte verteidigen können.

- ⁶ bb) Die Schuldspruchänderung führt zur Teilaufhebung des Strafausspruchs. Auch wenn die Tatserie von einer hohen Professionalität mit einem raschen Umschlag zeugt und die gehandelten Marihuanamengen überwiegend im mehrfachen Kilogramm Bereich lagen, kann der Senat letztlich aufgrund des gegenüber § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG deutlich milderen Strafraums des § 34 Abs. 3 S.1, 2 Nr. 1 (Gewerbsmäßigkeit) und Nr. 4 KCanG (Überschreiten der Grenze zur nicht geringen Menge) nicht ausschließen, dass das LG in den zwölf Fällen, in denen der Angeklagte ausschließlich mit Marihuana bzw. Haschisch handelte, noch niedrigere Einzelstrafen verhängt hätte. Bezüglich des Falles 35 der Urteilsgründe sind nunmehr zwei Einzelstrafen zu verhängen, die jeweils die bisherige Einzelfreiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten nicht überschreiten dürfen (§ 358 Abs. 2 S. 1 StPO). Die Aufhebung der genannten 13 Einzelstrafen bedingt die Aufhebung der Gesamtstrafe. Sämtliche Feststellungen sind aufrechtzuerhalten (§ 353 Abs. 2 StPO) und können um solche ergänzt werden, die ihnen nicht widersprechen.

- ⁷ cc) Die auf § 73 Abs. 1 Alt. 1, § 73c S. 1 StGB gestützte Einziehung hat überwiegend keinen Bestand. Denn das LG hat mit Ausnahme der Fälle 12, 15, 20, 22 bis 24 sowie 26 bis 28 der Urteilsgründe seine Überzeugung von einer gewinnbringenden Weiterveräußerung (insbesondere UA S. 77) nicht auf konkrete Feststellungen zu Zahlungszuflüssen bei den Einzelfällen gestützt und solche auch nicht innerhalb der Beweiswürdigung nachgeschoben. (Mindest-)Feststellungen hierzu waren nicht etwa deswegen entbehrlich, weil das LG die Höhe der abzuschöpfenden Veräußerungserlöse nach § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO auf die Höhe der Einkaufspreise beschränkt hat.
- ⁸ Mindestbeträge vermag der Senat in diesem Fall nicht hinreichend sicher dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe zu entnehmen, wenngleich offensichtlich ist, dass der Angeklagte ohne erfolgreichen Abverkauf die nachfolgenden Erwerbe nicht hätte finanzieren können. Einem solchen Rückschluss steht hier jedenfalls entgegen, dass das gelieferte Cannabis in manchen Fällen nicht die vereinbarte Qualität hatte und der Angeklagte auf eine Rückabwicklung drängte. Da infolge der Beweisführung nahezu ausschließlich mit Chatnachrichten die Rauschmittelgeschäfte nicht vollständig bezüglich der Weiterveräußerungen aufgeklärt sind, kann der Senat letztlich nicht ausschließen, dass auch in anderen Fällen der Angeklagte die Ware nicht im geplanten Umfang umsetzen konnte. Diesen Unwägbarkeiten zu den Zahlungszuflüssen kann nicht durch die Beschränkung auf die Einkaufspreise begegnet werden (vgl. zum Ganzen BVerfG, Beschl. v. 20.10.2023 – 2 BvR 499/23 Rn. 30-35 m.w.N.). In den Fällen 7, 13, 16, 18 und 19 der Urteilsgründe mit einer abgekürzten Lieferung könnte zudem einer tatsächlichen Verfügungsgewalt über das Bargeld entgegenstehen, dass der jeweilige Lieferant vom Dritterwerber das Entgelt ohne Beteiligung des Angeklagten erlangte; mit der Frage, ob eine ausreichende Verfügungsmacht des Angeklagten durch das Befolgen seiner Anweisungen in den beiden Leistungsverhältnissen begründet wird, hat sich das Landgericht nicht auseinandergesetzt. Auf die Befreiung von einer Kaufpreisverbindlichkeit gegenüber seinem Lieferanten als erlangtes Etwas kann nicht abgestellt werden, da die Betäubungsmittelgeschäfte nach § 134 BGB unwirksam sind (st. Rspr.; zuletzt BGH, Beschl. v. 16.11.2023 – 6 StR 332/23 Rn. 6 m.w.N.). Schließlich ist nicht ersichtlich, ob das LG beachtet hat, dass der Angeklagte 60 Gramm Marihuana von jeder Lieferung für seinen Eigenkonsum einbehält. Allein in den genannten neun Fällen (mit Einzelbeträgen in Höhe von 2.100 EUR, 5.700 EUR, 1.800 EUR, 390 EUR, 11.600 EUR, 3.900 EUR, 15.000 EUR, 4.800 EUR und 19.600 EUR) ist festgestellt und anhand der Auswertung des Chatverkehrs tragfähig belegt, dass der Angeklagte Bargeld vereinnahmte. Dabei ist der Beweiswürdigung zu den Fällen 23, 26 und 27 der Urteilsgründe zu entnehmen, dass der Angeklagte die offenen Forderungen seines Lieferanten für die auf Kommission veräußerten Rauschmittel beglich.
- ⁹ b) Im Übrigen erweist sich die Beanstandung des sachlichen Rechts als erfolglos. Die Strafzumessung in den sieben Fällen, in denen sich das Handeltreiben des Angeklagten allein auf eine nicht geringe Menge von Kokain (Fälle 1, 5, 8, 9, 23, 26 und 31 der Urteilsgründe) bezog, bleibt von der Strafaufhebung unbeeinflusst. Auch in den 15 Fällen, in denen der Angeklagte neben Kokain in nicht geringer Menge mit Marihuana in nicht geringer Menge bzw. zusätzlich mit Haschisch handelte, haben die Einzelstrafen Bestand (Fälle 2 bis 4, 10, 12, 15, 17, 20 bis 22, 24, 28 bis 30 und 33 der Urteilsgründe). Der Strafraum wird durch § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG bestimmt (§ 52 Abs. 2 S. 1 StGB). Angesichts der Professionalität des Handeltreibens, namentlich des raschen Umsatzes erheblicher Rauschgiftmengen mittels kryptierter Mobiltelefone, und in Abgleich mit den in den Fällen 1, 5, 8, 9, 23, 26 und 31 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen ist auszuschließen (§ 337 Abs. 1 StPO, § 354 Abs. 1 StPO analog), dass das LG noch geringere Einzelfreiheitsstrafen verhängt hätte, wenn es unter Berücksichtigung der neuen Gesetzeslage die umgesetzten Cannabismengen zu den umgesetzten Kokainmengen ins Verhältnis gesetzt hätte.
- ¹⁰ 2. Die – zulässig erhobene (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO) – Rüge der Verletzung des § 261 StPO, die sich auf den rechtzeitig erhobenen Widerspruch gegen die Verwertung der über die auf die eingesetzten Mobiltelefone aufgespielten und in der Taschenrechnerfunktion versteckten App „ANOM“ erlangten Beweise stützt und allein die Fälle 26 bis 34 der Urteilsgründe betrifft, greift im Ergebnis nicht durch.
- ¹¹ a) Der Entscheidung des Senats liegt der folgende, vom Beschwerdeführer vorgetragene und unwiderlegt gebliebene Sachverhalt zugrunde:
- ¹² Im Jahr 2017 ermittelten Behörden des Justizministeriums der Vereinigten Staaten von Amerika (USA) gegen das Unternehmen P., das Kryptomobiltelefone ausschließlich an Mitglieder krimineller Vereinigungen, vornehmlich international agierende Drogenhändler, zur verschlüsselten Kommunikation veräußerte. Nach Einleitung von Strafverfahren gegen Verantwortliche dieses Unternehmens ließ das Federal Bureau of Investigation (FBI) eigens entwickelte Kryptomobiltelefone mit dem Namen „Anom“ an kriminelle Organisationen veräußern. Für eine sechsmonatige Nutzungsdauer in Europa mussten die Erwerber eine Gebühr zwischen 1.000 und 1.500 EUR mit Online-Zahlungsmitteln, etwa Bitcoins, bezahlen. Obwohl jedes ANOM-Gerät Ende-zu-Ende-verschlüsselt war, verfügte das FBI ohne Wissen der Nutzer über die Codes, um jede Nachricht zu entschlüsseln. Der Server, an den bei Versand einer Nachricht eine Kopie gesendet wurde, stand nach Auskunft des US-Justizministeriums seit Sommer 2019 in einem europäischen Staat, dessen Identität das FBI auf dessen Bitte nicht preisgab; auch warum der Drittstaat um Geheimhaltung bat, ist unbekannt. Jedenfalls sei dort im Oktober 2019 ein Gerichtsbeschluss ergangen, der ein Kopieren des Servers und den Empfang seiner Inhalte alle zwei bis drei Tage ermöglichte. Im Anschreiben des Justizministeriums der USA vom 27. April 2022 an die Generalstaatsanwaltschaft Fr. hieß es (Seite 14 der Revisionsbegründung):

„Das Drittland, welches den Anom-Server gehostet hat, liegt in der Europäischen Union und dieses Drittland setzte sein eigenes gerichtliches Verfahren zur Erwirkung eines Gerichtsurteils ein, um das Kopieren der Nachrichten, die an den Server weitergeleitet wurden, genehmigen zu lassen.“

- 13 Im Rechtshilfeverkehr leitete der Mitgliedstaat der Europäischen Union die ANOM-Server-Daten jeden Montag, Mittwoch und Freitag an das FBI weiter. Das Aus- und Weiterleiten der Daten war nach dem Gerichtsbeschluss, dessen Inhalt bis zuletzt nicht bekannt geworden ist, zeitlich bis zum 7. Juni 2021 begrenzt. Das Bundeskriminalamt erhielt ab September 2020 über eine internetbasierte Auswertplattform mit einem Zeitverzug von zwei bis drei Tagen informatorisch Zugang zu den dekryptierten Inhaltsdaten mit Deutschlandbezug. Am 31. März 2021 leitete die Generalstaatsanwaltschaft Fr. UJs-Verfahren gegen die Nutzer der Anomkryptohandys ein und stellte am 21. April 2021 ein Rechtshilfeersuchen an das US-Justizministerium, das mit Schreiben vom 3. Juni 2021 der Verwertung der übersandten Daten zustimmte. Allerdings wurde klargestellt, dass das FBI keine zusätzliche Unterstützung in deutschen Strafverfahren wie etwa durch Zeugenaussagen oder Authentifizierung von Dokumenten leisten werde.
- 14 b) Der Angeklagte macht geltend, § 261 StPO sei bereits deswegen verletzt, weil die das Kopieren und Sichern der über die „ANOM“-Mobiltelefone ausgetauschten Nachrichten anordnenden Gerichtsbeschlüsse des von den USA ersuchten EU-Mitgliedstaates, sofern sie überhaupt existierten, anders als in den „EncroChat“-Fällen nicht bekannt seien (Beschlüsse vom „Hörensagen“). Da das FBI den europäischen Staat nicht einmal benenne und die Beschlüsse zurückgehalten würden, sei die Überprüfung verwehrt, ob die Entscheidungen grundlegenden rechtsstaatlichen Standards genügen. Davon sei im Zweifel zugunsten des Angeklagten nicht auszugehen; vielmehr obliege den Strafverfolgungsbehörden im Wege einer Beweislastumkehr der Nachweis, dass rechtsstaatliche Grundsätze eingehalten worden seien. Zudem habe sich der Angeklagte gegen die Abhörmaßnahmen als solche nicht wehren können, was mit der Rechtsprechung des *EuGH* (etwa Urt. v. 12.9.2023 – 64371/16 und 66407/16 Rn. 88 ff.) nicht vereinbar sei. Das FBI, das nicht nur als Strafverfolgungsorgan, sondern auch als Inlandsgeheimdienst der US-Bundesregierung fungiere und im kriminellen Vorfeld unabhängig von konkreten Verdachtsmomenten tätig werde, habe „Befugnis-Shopping“ betrieben; eine Rechtsgrundlage für die Abhörmaßnahmen auf dem eigenen Staatsgebiet habe nicht bestanden. Diesen Rechtsmissbrauch hätten sich die deutschen Strafverfolgungsbehörden zu eigen gemacht. Pauschal jeden Nutzer eines Kryptohandys dem kriminellen Milieu zuzuordnen, unterstelle jenen einem Generalverdacht. Nach alledem sei eine Abwägung des Schutzbedürfnisses des Angeklagten mit dem Strafverfolgungsinteresse nicht möglich, weil nicht beurteilt werden könne, mit welchem Gewicht etwaige bei der Erhebung der Anom-Daten begangene Verfahrensverstöße einzustellen seien.
- 15 c) Die von den USA übermittelten Nachrichten, die über „Anom“-Mobiltelefone ausgetauscht wurden, sind verwertbar. Ein Beweisverwertungsverbot folgt weder aus völker- oder europarechtlichen Grundsätzen noch aus dem deutschen Recht. Insbesondere hindern die Erkenntnisdefizite zur Erhebung der Daten, zu den Gerichtsbeschlüssen sowie der Umstand, dass sich der Angeklagte hiergegen nicht unmittelbar wehren konnte (Fehlen eines Primärrechtsschutzes), die Verwertbarkeit nicht.
- 16 aa) Verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für die Verwertung in der Hauptverhandlung erhobener Beweise ist § 261 StPO. Die Vorschriften der § 244 Abs. 2, § 261 StPO berechtigen und verpflichten das Strafgericht, die Beweisaufnahme zur Ermittlung des wahren Sachverhalts grundsätzlich auf alle zur Verfügung stehenden Beweismittel zu erstrecken. Damit trägt das Gesetz den verfassungsrechtlichen Erfordernissen der Wahrheitserforschung im Strafprozess und der funktionstüchtigen Strafrechtspflege Rechnung. Verwertungsverbote sind demgegenüber eine begründungsbedürftige Ausnahme (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, *BVerfGE* 130, 1 Rn. 117 mwN).
- 17 bb) Für die Verwertung von im Wege der Rechtshilfe gewonnenen Beweisen gilt grundsätzlich nichts Anderes.
- 18 (a) Ob im Wege der Rechtshilfe erlangte Beweise verwertbar sind, richtet sich ausschließlich nach dem nationalen Recht des um Rechtshilfe ersuchenden Staates, soweit – wie hier – der um Rechtshilfe ersuchte Staat die unbeschränkte Verwendung der von ihm erhobenen und übermittelten Beweisergebnisse gestattet hat. Demgegenüber ist die Rechtmäßigkeit von Ermittlungshandlungen – jenseits etwaiger Vorgaben des ersuchenden Staates, also insbesondere im Rechtshilfeverkehr zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen [nachfolgend: RL EEA]) – nach dem Recht des ersuchten Staates zu bewerten. Die Gerichte des ersuchenden Staates dürfen die hoheitlichen Entscheidungen des ersuchten Staates grundsätzlich nicht am Maßstab von dessen Rechtsordnung überprüfen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, *BGHSt* 67, 29 Rn. 26; v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, *BGHSt* 58, 32 Rn. 21 und v. 9.4.2014 – 1 StR 39/14 unter 1.). Im Rechtshilfeverkehr ist es vielmehr geboten, Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich zu achten, auch wenn sie im Einzelnen nicht mit den innerstaatlichen – hier deutschen – Auffassungen übereinstimmen, andernfalls man die Souveränität des anderen Staates in Frage stellen würde (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 4.12.2019 – 2 BvR 1258/19 und 1497/19 Rn. 55 sowie vom 6.7.2005 – 2 BvR 2259/04 Rn. 24, *BVerfGE* 113, 154, 162 f.; jeweils mwN). Die Anwendung deutscher Verfahrensregeln ist vom anderen Staat, der die Beweise nach seiner nationalen Rechtsordnung in eigener Zuständigkeit erhoben hat, grundsätzlich nicht zu erwarten. Das bloße Nichteinhalten deutschen Rechts bei einer ausländischen Ermittlungsmaßnahme begründet daher nicht per se ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot.

- ¹⁹ (b) Die Unverwertbarkeit von im Wege der Rechtshilfe erlangten Beweismitteln kann sich jedoch aus einem Verstoß gegen die Grundsätze des nationalen und europäischen ordre public (§ 73 S. 1 IRG) oder aus einer Verletzung von Garantien des verbindlichen Völkerrechts mit Individualrechtsschutz – etwa Art. 3 EMRK – bei der Beweiserhebung ergeben (vgl. *BGH*, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, BGHSt 67, 29 Rn. 32 und vom 21.11.2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 38). Beweise, die unter Außerachtlassen nationaler und europäischer rechtsstaatlicher Mindeststandards gewonnen wurden, sind im deutschen Strafverfahren unverwertbar.
- ²⁰ Dem ordre public unterfallen das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz und die nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandards (vgl. dazu *BVerfG*, Beschl. v. 3.8.2023 – 2 BvR 1838/22 Rn. 51 und 53 m.w.N.). Dabei sind auch die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Zusatzprotokolle sowie die hierzu ergangenen Entscheidungen des *EuGH* im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu berücksichtigen (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 18.12.2023 – 2 BvR 1368/23 Rn. 37 und v. 26.2.2018 – 2 BvR 107/18 Rn. 26; jeweils m.w.N.). Der deutsche ordre public umfasst damit insbesondere die – einfachrechtlich in § 136a StPO zum Ausdruck kommende – Ächtung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 15.10.2007 – 2 BvR 1680/07 Rn. 24 m.w.N.). Auch sonstige menschenwürderelevante Eingriffe in den Wesensgehalt des betreffenden Grundrechts können einen Verstoß gegen den ordre public begründen. Zu den unabdingbaren Grundsätzen gehört schließlich der Wesensgehalt der Verfahrensfairness sowie das Gebot der Verhältnismäßigkeit (vgl. dazu *BVerfG*, Beschl. v. 22.11.2014 – 2 BvR 1820/14 Rn. 25 m.w.N.).
- ²¹ cc) Von diesen Grundsätzen ausgehend unterliegen die mittels der App ANOM kopierten und von den USA im Rechtshilfeweg zur Verfügung gestellten Daten keinem Beweisverwertungsverbot. Ein solches folgt weder aus einer nicht ausschließbaren Verletzung europarechtlicher Vorschriften (dazu unter [a]) noch aus dem ordre public (dazu unter [b]).
- ²² (a) Da nach Auskunft des US-Justizministeriums der unbekannte Drittstaat, auf dessen Anordnung die ANOM-Daten erhoben wurden („überwachender Mitgliedstaat“), Mitglied der Europäischen Union war, wäre er gemäß Art. 31 Abs. 1 RL EEA verpflichtet gewesen, die zuständige Behörde der Bundesrepublik Deutschland von der grenzüberschreitenden Telekommunikationsüberwachung zu unterrichten.
- ²³ (aa) Nach der Rechtsprechung des *EuGH* hat Art. 31 Abs. 1 RL EEA individualschützenden Charakter. Denn die Vorschrift soll nicht nur die Achtung der Souveränität des zu unterrichtenden Mitgliedstaats gewährleisten, sondern auch sicherstellen, dass das in diesem Mitgliedstaat im Bereich der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs, die in Art. 7 GrRCh eingreift, garantierte Schutzniveau nicht unterlaufen wird (vgl. *EuGH*, Urt. v. 30.4.2024 – C-670/22 Rn. 124). Die an eine Verletzung des Art. 31 Abs. 1 RL EEA anknüpfende Fehlerfolge, mithin die Frage der Verwertbarkeit von in unionsrechtswidriger Weise erlangten Informationen und Beweisen im Rahmen eines Strafverfahrens, bestimmt sich nach dem nationalen Recht (vgl. *EuGH*, Urt. v. 30.4.2024 – C-670/22 Rn. 128-130 m.w.N.).
- ²⁴ (bb) Die Strafprozessordnung enthält keine allgemeinen Regelungen zur Frage, welche Rechtsfolgen eine rechtswidrige Erhebung oder Verwendung von Informationen nach sich zieht; dies ist nur ausnahmsweise geregelt (vgl. § 136a Abs. 3 S.2 StPO). Auch Verwendungs- und Verwertungsverbote, die an eine rechtswidrige Informationserhebung oder -verwendung anknüpfen, sind jeweils nur für Einzelfälle ausdrücklich angeordnet (vgl. etwa § 100d Abs. 2, Abs. 5 S. 1, § 101a Abs. 4, § 108 Abs. 2 und 3, § 160a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 3, § 161 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, § 479 StPO). Der *BGH* hat deshalb eine Abwägungslehre entwickelt. Danach führt ein Rechtsverstoß bei der Beweiserhebung nicht ohne Weiteres zur Unverwertbarkeit der dadurch erlangten Erkenntnisse. Es bedarf in jedem Einzelfall einer Abwägung der für und gegen die Verwertung sprechenden Gesichtspunkte. Für die Verwertbarkeit spricht auf der einen Seite stets das staatliche Aufklärungsinteresse, dessen Gewicht im konkreten Fall vor allem unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit weiterer Beweismittel, der Intensität des Tatverdachts und der Schwere der Straftat bestimmt wird. Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, welches Gewicht der Rechtsverstoß hat. Dieses wird im konkreten Fall vor allem dadurch bestimmt, ob der Rechtsverstoß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde, welchen Schutzzweck die verletzte Vorschrift hat, ob der Beweiswert beeinträchtigt wird, ob die Beweiserhebung hätte rechtmäßig durchgeführt werden können und wie schutzbedürftig der Betroffene ist. Verwertungsverbote hat der Bundesgerichtshof insbesondere bei grober Verkennung oder bewusster Missachtung der Rechtslage angenommen (st. Rspr.; *BGH*, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, BGHSt 67, 29 Rn. 43). Dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, BVerfGE 130, 1 Rn. 117; jeweils m.w.N.).
- ²⁵ (cc) Nach Maßgabe dessen überwiegt das staatliche Aufklärungsinteresse gegenüber dem Recht des Angeklagten auf Privatleben und Kommunikation (Art. 7 GrRCh), selbst wenn der Drittstaat bei der Beweisgewinnung Art. 31 Abs. 1 RL EEA verletzt haben sollte. Die Maßnahmen hatten die Aufklärung besonders schwerwiegender Straftaten zum Ziel, namentlich Verbrechen im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von 15 Jahren bedroht sind. Eine tragfähige Verdachtslage für die Anordnung der Abhörmaßnahmen bestand. Der Beweiswert der zu erwartenden Erkenntnisse war hoch, da die Beteiligten in den Anom-Chats offen und objektiv nachvollziehbar über Drogengeschäfte in erheblichem Umfang kommunizierten. Zugleich standen andere, vergleichbar erfolversprechende und ergiebige Ermittlungsansätze nicht zur Verfügung. Ein Rechtsmissbrauch (Befugnis- oder Forum-Shopping) der deutschen

Strafverfolgungsbehörden ab Kenntnis von den Überwachungsmaßnahmen ist nicht anzunehmen. Die deutschen Behörden haben nicht an der Datengewinnung mitgewirkt; dafür, dass sie durch Zuwarten die Vorschriften der §§ 100a ff. StPO umgehen wollten, spricht nichts. Zugleich wiegt der Eingriff in die schutzwürdigen Rechtspositionen des Angeklagten nicht besonders schwer. Die einzig nutzbare, über eine Taschenrechner-App getarnte Funktion der ANOM-Handys war der Austausch von Chat-Nachrichten im verschlüsselten ANOM-System. Die betroffenen Kommunikationsinhalte bezogen sich allein auf die Begehung krimineller Handlungen. Der Kernbereich privater Lebensgestaltung war ersichtlich nicht betroffen, sodass die gewonnenen Informationen keinem aus Art. 1 Abs. 1 GG folgenden absoluten Beweisverwertungsverbot im Strafprozess unterliegen (vgl. dazu nur *BVerfG*, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, *BVerfGE* 109, 279 [339]; *Beschl. v. 31.1.1973* – 2 BvR 454/71, *BVerfGE* 34, 238 [245]). Schließlich wirkt es sich nicht entscheidend aus, dass die ANOM-Käufer über die Eigenschaften der „nicht sicheren“ Kryptogeräte getäuscht wurden. Denn wer sich ein Tatmittel in dem Glauben verschafft, dieses sei für kriminelle Zwecke besonders geeignet, verdient keinen Vertrauensschutz.

²⁶ (b) Auch durch die Verwertung der Anom-Erkenntnisse wird weder in den Wesensgehalt der Grundrechte des Angeklagten eingegriffen noch der fair trial-Grundsatz oder das Gebot der Verhältnismäßigkeit im Sinne des *ordre public* verletzt.

²⁷ (aa) Einen Rechtsfehler beim Transfer der ANOM-Daten, der sich im Wesentlichen auf der Grundlage des bilateralen Vertrages vom 14. Oktober 2003 über die Rechtshilfe in Strafsachen i.V.m. dem Zusatzvertrag vom 18. April 2006 (USA-RhV; BGBl. 2007 II, S. 1618, 1620, 1637; BGBl. 2010 II, S. 829) sowie nach dem Abkommen zwischen der Europäischen Union und den USA über Rechtshilfe vom 25. Juni 2003 (USA/EU-RhAbk; BGBl. 2007 II, S. 1618, 1652; BGBl. 2010 II, S. 829) vollzieht, macht der Beschwerdeführer weder geltend noch ist ein solcher sonst ersichtlich. Ohnehin hat hier das US-Justizministerium als zentrale Behörde gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 USA-RhV ungeachtet der Frage, ob die Bestimmungen auch Individuen schützen, die Verwertung der zunächst im Wege der polizeilichen Rechtshilfe überlassenen Daten genehmigt.

²⁸ (bb) Der Umstand, dass die Daten auf deutschem Staatsgebiet ohne Mitwirkung, Zustimmung und zunächst ohne Kenntnis der deutschen Behörden erhoben wurden, wirkt sich auf die Verwertbarkeit der Daten nicht aus. Sollte das FBI durch das Übersenden von Kopien von in Deutschland versandten oder empfangenen Nachrichten auf den Server im unbekannten Staat in die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland eingegriffen haben, wäre dies durch das auf dem vertraglich vorgesehenen Rechtshilfegeweg gestellte Ersuchen der Generalstaatsanwaltschaft Fr. vom 21. April 2021 geheilt.

²⁹ (cc) Die Erkenntnisdefizite, die sich daraus ergeben, dass sowohl die Identität des überwachenden Drittstaats als

auch der Inhalt der dort ergangenen Beschlüsse nicht offengelegt worden ist, begründen keinen Verstoß gegen wesentliche rechtsstaatliche Grundsätze. Anhaltspunkte dafür, dass die von den USA erteilten Auskünfte über die Art und Weise der Ermittlungsmaßnahmen unzutreffend sind, bestehen nicht. Die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers, es sei im Zweifel für den Angeklagten von der Rechtswidrigkeit ausländischer Beweiserhebung auszugehen, welche die Strafverfolgungsbehörden im Sinne einer Beweislastumkehr zu widerlegen hätte, trifft nicht zu. Im Gegenteil gebietet der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens, jedenfalls zunächst von der Rechtmäßigkeit von im Ausland vorgenommenen Amts- und Ermittlungshandlungen auszugehen. Dieser Grundsatz gilt auch im Rechthilfeverkehr mit den USA (vgl. *BVerfG*, *Beschl. v. 4.12.2019* – 2 BvR 1258/19 und 1497/19 Rn. 55, 59; v. 17.5.2017 – 2 BvR 893/17 Rn. 28 und v. 6.7.2005 – 2 BvR 2259/04 Rn. 24, *BVerfGE* 113, 154 [zur Auslieferung bei drohender Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung]). Die Rechtsordnung geht nämlich von der Eingliederung rechtsstaatlich verfasster Staaten in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft aus. Erst und nur dann, wenn belastbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich der ersuchte Staat nicht rechtstreu verhalten hat, kann die Vermutung rechtmäßigen Handelns widerlegt sein.

³⁰ Solche Anhaltspunkte bestehen hier nicht. Der *Senat* sieht keinen Anlass, am Wahrheitsgehalt der Auskünfte zu zweifeln. Durchgreifende Bedenken ergeben sich auch nicht daraus, dass die USA den europäischen Anordnungsstaat und dessen Beschlüsse unter Verweis auf eine Vertraulichkeitszusage diesem gegenüber nicht offengelegt haben. Vertraulichkeitszusagen und Quellenschutz sind auch dem deutschen Strafverfahren nicht fremd. Ermittlungsmaßnahmen müssen nicht uneingeschränkt transparent sein. So erlaubt etwa das deutsche Strafverfahrensrecht mit dem Einsatz verdeckter Ermittler gemäß § 110b StPO oder dem Verwenden fingierten kinderpornographischen Materials gemäß § 110d StPO i.V.m. § 176e Abs. 5, 1 und 3, § 184b Abs. 6, 1 S. 1 Nr. 1, 2 und 4, S. 2 StGB (sogenannte „Keuschheitsprobe“) Ermittlungsmaßnahmen mit Täuschungscharakter. Hieraus mag sich zwar eine Rechtsschutzverkürzung für die Betroffenen ergeben. Die Aufgabe rechtsstaatlicher Mindeststandards geht indes hiermit angesichts der aufgezeigten geringen Eingriffstiefe der „ANOM“-Abhörmaßnahmen nicht einher. Die Vertraulichkeitszusage ist auch nicht wegen des Inverkehrbringens der ANOM-Mobiltelefone durch das FBI zu hinterfragen.

³¹ (dd) Bei der Operation „T.“ handelte es sich nicht um eine anlasslose Massenausforschung und Massendatenauswertung (vgl. dazu *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 und 595/07, *BVerfGE* 120, 274; *EGMR*, Urt. v. 25.5.2021 – 58170/13, 62322/14, 24960/15 Rn. 322 ff. m.w.N.) und damit im Kern geheimdienstliche Maßnahme, für die es im Strafverfahren bereits aufgrund ihres massenhaften Charakters keine Rechtsgrundlage geben kann. Überzeugend hat der Generalbundesanwalt hierzu in seiner Antragsschrift ausgeführt:

- ³² „Vielmehr handelte es sich hierbei um eine gezielte Maßnahme, die sich ausschließlich gegen Personen richtete, bei denen tatsächliche Anhaltspunkte für die Beteiligung an Straftaten der organisierten Kriminalität, insbesondere im Bereich des Betäubungsmittel- und Waffenhandels, bestanden. Schon angesichts der hohen Kosten und des auf kriminelle Kreise beschränkten Vertriebswegs (*„designed by criminals for criminals“*) begründete bereits der Erwerb eines Anom-Handys den Verdacht, dass der Nutzer das Gerät zur Planung und Begehung schwerer Straftaten, insbesondere solcher im Bereich der organisierten Kriminalität, einsetzte. Die Telekommunikationsüberwachung erfolgte damit nicht aufgrund eines ‚Allgemeinverdachts gegen eine Kommunikationsinfrastruktur‘ (Ferner, *jurisPR-StrafR* 11/2023, Anm. 4, S. 4) oder eines ‚Generalverdachts gegen Verschlüsselung‘ (Pschorr/Wörner, *StV* 2023, 274 [280]), sondern aufgrund konkreter Verdachtsmomente gegen einzelne, wenn auch noch nicht identifizierte Personen.“
- ³³ Für eine sechsmonatige Nutzungsdauer in Europa war unter Verweis auf die vermeintliche Abhörsicherheit ein Entgelt zwischen 1.000 und 1.500 EUR in einer Kryptowährung (z.B. Bitcoins) zu entrichten. Dies trägt den Schluss, dass die Anschaffung eines solchen Geräts zur Begehung allein von Bagatelldelikten oder zur verschlüsselten Kommunikation aus anderen Gründen als zur Begehung von (schweren) Straftaten fernlag.
- ³⁴ (ee) Die Abschöpfung der ANOM-Daten war nicht unverhältnismäßig. Bereits der gezielt auf die Bedürfnisse der organisierten Kriminalität ausgerichtete Absatzweg schloss eine Erfassung Unverdächtigter aus. Der staatliche Auftrag zum Schutz seiner Bürger insbesondere vor den von Drogenhandel und organisierter Kriminalität ausgehenden Gefahren und das verfassungsrechtliche Gebot einer funktionsfähigen Strafrechtspflege sind äußerst gewichtig (vgl. hierzu *BVerfG*, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 u.a., *BVerfGE* 133, 168 Rn. 57). Die gegenständliche Maßnahme hat, wie aufgezeigt, nichts mit einer Massenüberwachung zu tun. Ihr Einsatz war in Abgrenzung zu einer geheimdienstlichen Tätigkeit wegen der Verdachtsmomente, die aus der Nutzung der App als Nachfolgerin der App P. folgte, auch nicht anlasslos. Das Sichern der ausgetauschten Anom-Nachrichten ist eine zulässige kriminalistische List, die ihrerseits nach den Mitteilungen des US-Justizministeriums von Gerichtsbeschlüssen überwacht worden ist. Dass bei einer solchen Verdachts- und Beweislage zunächst ein Ermittlungsverfahren eingeleitet und im Zuge dessen die zeitlich befristete Erhebung aller Nutzerdaten des ANOM-Dienstes richterlich angeordnet wird, lässt grundlegende Rechtsstaatsdefizite oder einen Verstoß gegen menschen- oder europarechtliche Grundwerte nicht erkennen.
- ³⁵ (ff) Schließlich verletzt die Verwertung der ANOM-Daten nicht den Wesensgehalt des deutschen und europäischen „fair trial“-Grundsatzes (Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und 3 EMRK).
- ³⁶ (1) Das Recht auf ein faires Verfahren, das seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten und Art. 1 Abs. 1 GG hat, enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote; vielmehr bedarf es der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Das Recht auf ein faires Verfahren wird erst dann verletzt, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Fachgerichte ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, *BVerfGE* 130, 1 Rn. 111 f. m.w.N.). Vergleichbar ist der Wesensgehalt des in Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und 3 EMRK verankerten Rechts auf ein faires Verfahren ausgestaltet. Eine Verletzung einzelner Verfahrensgarantien reicht hierfür nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass sich das Verfahren als Ganzes, einschließlich der Art und Weise, in der die Beweisaufnahme durchgeführt worden ist, als unfair erweist (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, *BVerfGE* 130, 1 Rn. 112 m.w.N.; *EGMR*, Urt. v. 25.3.1999 – 25444/94; *BGH*, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, *BGHSt* 58, 32 Rn. 29).
- ³⁷ Im Rahmen dieser Gesamtschau sind nicht nur die Rechte des Beschuldigten, insbesondere seine prozessualen Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen und Übergriffe der staatlichen Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können, sondern auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen. Das Rechtsstaatsprinzip gestattet und verlangt die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann. Es besteht daher die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten. Diese muss dem Schuldgrundsatz Rechnung tragen, der sich aus der Garantie der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG) sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ergibt (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, *BVerfGE* 130, 1 Rn. 113 m.w.N.; vgl. auch *EGMR*, Urt. v. 11.7.2006 – 54810/00 Rn. 97 – Jalloh/Deutschland).
- ³⁸ (2) Nach Maßgabe dessen verstößt es nicht gegen rechtsstaatliche Mindeststandards, dass der Angeklagte keine Möglichkeit hatte, die Anordnungsbeschlüsse als solche gerichtlich überprüfen zu lassen.
- ³⁹ (2.1) Bei Verwertung rechtmäßig erhobener Daten ist die Verhältnismäßigkeit der Informationsverwertung im Urteil in aller Regel durch Beschränkungen der vorangehenden Informationserhebung gewährleistet, da Ermittlungsmaßnahmen und Beweiserhebungen regelmäßig nur unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig sind (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, *BVerfGE* 130, 1 Rn. 146 m.w.N.). Werden im Ausland gewonnene Beweise verwertet, die im Wege der

Rechthilfe gewonnen wurden, ist die sonst vorherrschende Struktur des Strafverfahrens mit der ihm inhärenten Filterfunktion bereits auf der Ebene der Informationserhebung allerdings – wie hier – durchbrochen.

⁴⁰ (2.2) Der Angeklagte wendet im Ausgangspunkt zu Recht ein, ihm habe gegen die gerichtliche Anordnung der Überwachungsmaßnahme durch den europäischen Drittstaat keine Beschwerdemöglichkeit zur Verfügung gestanden. Der fehlende Primärrechtsschutz bewirkt eine Rechtsschutzverkürzung. Dies hat im Ergebnis aber nicht die Unverwertbarkeit der ANOM-Erkenntnisse zur Folge. Denn der Wesensgehalt der hierdurch eingeschränkten Grundrechte des Angeklagten, namentlich des Fernmeldegeheimnisses des Art. 10 Abs. 1 GG und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht verletzt.

⁴¹ Der Wesensgehalt im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG bezeichnet die äußerste Grenze für staatliche Eingriffe (vgl. *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL (Aug. 2024), Art. 10 Rn. 200; vgl. auch *BVerfG*, Beschl. v. 20.6.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157, 174 [keine „globale oder pauschale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs“] und *EuGH*, Urt. v. 6.5.2015 – C-362/14 [Schrems/Data Protection Commission]). Der Wesensgehalt oder „Wesenskern“ des Art. 10 GG wird nach institutionellem Verständnis in der strikten Beachtung der Verhältnismäßigkeit, insbesondere in einem Verbot von „Globalangriffen“ auf das Grundrecht gesehen (vgl. *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 10 Rn. 200 m.w.N.). In der individuellen Lesart entspricht er dem Menschenwürdekern des Art. 10 GG (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 20.6.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157 [171] und v. 20.9.2016 – 2 BvE 5/15, BVerfGE 143, 1 [10]). In diesem Sinne gewährt das Grundgesetz dem Einzelnen einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt selbst bei überwiegenden Interessen der Allgemeinheit gänzlich entzogen ist (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, BVerfGE 130, 1 [21 ff.]). In diesem Sinne hat das *BVerfG* (*BVerfG*, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 und 1 BvR 586/08, BVerfGE 125, 260 [322]) etwa eine sechsmonatige Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten nicht als geeignet angesehen, bereits für sich genommen das Prinzip des Art. 10 Abs. 1 GG als solches aufzuheben; sie verletze „weder dessen Menschenwürdekern (Art. 1 Abs. 1 GG) noch dessen Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG)“.

⁴² Durch die „ANOM“-Abhörmaßnahmen wird der Wesenskern des Art. 10 GG institutionell wie auch individuell (durch die Verwertung der Anom-Erkenntnisse) nicht berührt. Vergleichbare Maßnahmen sieht die Strafprozessordnung in den (verfassungsrechtlich gebilligten) §§ 100a ff. StPO vor. Nach der Rechtsprechung des *BGH* zu § 100a StPO dürfen aufgrund der Grundsätze eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens die aus einer rechtswidrig angeordneten Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse zwar regelmäßig nicht als Beweismittel verwertet werden (vgl. *BGH*, Urt. v. 17.3.1983 – 4 StR 640/82, BGHSt 31, 304 [308 f.]; v. 24.8.1983 – 3 StR

136/83, BGHSt 32, 68 [70] und v. 16.2.1995 – 4 StR 729/94, BGHSt 41, 30 [31]; Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23 Rn. 28; v. 1.8.2002 – 3 StR 122/02, BGHSt 47, 362 [365 f.] und v. 26.2.2003 – 5 StR 423/02, BGHSt 48, 240 [248]). Das gilt insbesondere für Fälle, in denen es an einer wesentlichen sachlichen Voraussetzung für die Anordnung der Maßnahme nach § 100a StPO gefehlt hat. Dementsprechend hat es etwa die Unverwertbarkeit zur Folge, wenn der Verdacht einer Katalogtat von vornherein nicht bestanden hat (vgl. *BGH*, Urt. v. 17.3.1983 – 4 StR 640/82, BGHSt 31, 304 [309]). Aufgrund der aufgezeigten Besonderheiten der Operation „T.“ steht indes fest, dass die Überwachungsmaßnahmen von Anfang an auf die Katalogtaten des § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. m, Nr. 7, 11 StPO begrenzt waren. Die Voraussetzungen des § 100a StPO wären ersichtlich gegeben gewesen. Selbst wenn zur Wahrung strikter Verhältnismäßigkeit – und um jede denkbare Benachteiligung des Betroffenen auszuschließen – die Verwendungsschranke mit dem höchsten Schutzniveau (§ 100e Abs. 6 StPO) heranzuziehen gewesen wäre (vgl. hierzu *BGH*, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, BGHSt 67, 29 Rn. 68), hätten die Daten verwertet werden dürfen.

⁴³ Ebenso liegt es im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Angeklagten. Informationen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung hat das *LG* ersichtlich nicht verwertet.

⁴⁴ Ein durch polizeiliche Tatprovokation begründeter Verstoß gegen den Wesensgehalt des fairen Verfahrens (vgl. dazu *EGMR*, Urt. v. 24.1.2023, Kammer IV [Ausschuss], 54664/16 – Jevtic/Österreich und v. 23.10.2014 – 54648/09 – Furcht/Deutschland) kommt gleichfalls nicht in Betracht. Denn dafür reicht ein bloßer Bedingungs Zusammenhang nicht aus. Entscheidend ist vielmehr, dass die „Druckausübung“ sich auch im Verhältnis zum mittelbar betroffenen Täter weiter fortgesetzt hat. Maßgeblich ist darauf abzustellen, ob die Aktivitäten des nicht in unmittelbaren Kontakt mit dem polizeilichen Ermittler gekommenen Täters vom Verhalten der Polizei geleitet waren, dieser also durch die staatlichen Ermittler in irgendeiner Form zu seiner Tatbeteiligung verleitet wurde (*BGH*, Urt. v. 16.12.2021 – 1 StR 197/21 Rn. 41 m.w.N. a. d. Rspr. des *EGMR*). Für einen Kontakt der Tätergruppe um den Angeklagten zu Mittelsmännern des FBI besteht kein Anhaltspunkt.

⁴⁵ Die zulässige Täuschung des FBI lag ohnehin alleine darin, die Erwerber der ANOM-Geräte glauben zu lassen, die über Anom geführten Chats seien durch eine – insbesondere für die Strafverfolgungsbehörden – undurchdringliche Verschlüsselung geschützt. Dies wird anschaulich dadurch bekräftigt, dass der Beschwerdeführer 25 gleichgelagerte Straftaten bereits vor dem Erwerb des ANOM-Geräts unter Nutzung anderer Kryptiersysteme (Sky-ECC) begangen und den Handel mit Betäubungsmitteln damit ohne maßgebliche Änderung des strafrechtlich relevanten Handelns schlicht fortsetzte.

⁴⁶ dd) Ergänzend tritt hinzu, dass sich das gegen den Angeklagten geführte Strafverfahren insgesamt als fair erweist.

Die Verwertung der ANOM-Nachrichten betrifft nur neun von 35 Fällen. Daneben hat der Zeuge F. den Angeklagten als Nutzer des accounts „pa.“ benannt. Die Fälle 26 bis 34 der Urteilsgründe sind in die Gesamtwürdigung aller Fälle einschließlich der Beschlagnahme im letzten Fall einzustellen. Das *LG* hat die Chatinhalte nicht ungeprüft in seine Beweiswürdigung übernommen, sondern diese beispielsweise bei der Identifizierung des Angeklagten sowohl mit weiteren Chatinhalten Dritter (UA S. 24) als auch mit anderen Beweismitteln abgeglichen (UA S. 25 f.) und sich auf diese Weise nachvollziehbar von deren Authentizität überzeugt. Dies stimmt mit der Auswertung der nicht angegriffenen SkyECC-Nachrichten überein. Die Überzeugung des *LG*, dass der Nutzer des accounts „pa.“ auch derjenige der SkyECC-accounts „a.“ und „b.“ war, ist frei von Rechtsfehlern.

- ⁴⁷ d) Was die Fälle 27, 32 und 34 der Urteilsgründe betrifft, in denen sich der Handel innerhalb der ANOM-Fälle allein auf Cannabis bezog, so führt die Neuregelung der

Straftatbestände durch das KCanG nicht dazu, dass die Verwertung der ANOM-Daten durch das *LG* rückwirkend – etwa wegen der Änderung des Maßnahmenkatalogs des § 100b StPO – als unzulässig anzusehen wäre. Für die Prüfung der Verwertbarkeit kommt es auf den Erkenntnisstand zum Zeitpunkt der Verwertung der Beweisergebnisse an (vgl. *BGH*, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, BGHSt 67, 29 Rn. 70). Das Revisionsgericht verwertet aber nicht selbst Beweismittel, sondern prüft nur die rechtsfehlerfreie Verwertung durch das Tatgericht. Diese Konstellation ist nicht mit dem umgekehrten Fall vergleichbar, bei welchem der enumerative Katalog zwischen Tatsachen- und Revisionsentscheidung verschärft wird (vgl. dazu *BGH*, Urt. v. 14.8.2009 – 3 StR 552/08, BGHSt 54, 69 Rn. 24 und v. 27.11.2008 – 3 StR 342/08, BGHSt 53, 64 Rn. 13; Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 45) und der Verfahrensmangel aus prozessökonomischen Gründen geheilt wird. Zum Zeitpunkt der Verwertung erweist sich die Entscheidung des Tatgerichts nicht als rechtsfehlerhaft.

BUCHBESPRECHUNGEN

**Isabel Ecker: Die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung.
Eine Aufarbeitung des gescheiterten Verbandssanktionengesetzes (VerSanG)
mit Neuverschlagn**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2024, Verlag Nomos, ISBN: 978-3-7560-1943-4, S. 354, Euro 119,00

Es ist ruhig geworden um die Diskussion eines Verbandssanktionengesetzes (VerSanG). Im aktuellen Koalitionsvertrag der Bundesregierung „Verantwortung für Deutschland“ taucht das Vorhaben gar nicht mehr auf. Dennoch sollten Überlegungen zu einer Neukonzeption einer Sanktionierung von Unternehmen nicht von der Tagesordnung genommen werden. Dies macht die Verfasserin dieser Dissertation schon in der Einleitung deutlich. Primär geht es ihr darum, die fortdauernde Rechtsunsicherheit in Bezug auf interne Untersuchungen zu beenden. Da das VerSanG gescheitert ist, stellt sich für sie insbesondere die Frage, welche rechtlichen Stärken und Schwächen dieses Gesetzes sich für verbandsinterne Untersuchungen ergeben und wie Fehler in einem künftigen Gesetz vermieden werden können.

Dazu werden in Teil 2 der Untersuchung die Grundlagen der Verbandssanktionierung gelegt und sich zunächst mit der Grundkonzeption des VerSanG beschäftigt. Diese Grundkonzeption wird kritisiert, da das Gesetz Grundzüge des Ordnungswidrigkeitenrechts mit strafrechtlichen Folgen und einem strafprozessualen Verfahren kombinierte, wobei die kriminalstrafrechtlichen Elemente überwogen. Dies führte nach Meinung der Verfasserin zu starken konzeptionellen und dogmatischen Defiziten, da Kriminalstrafrecht geschaffen worden wäre, ohne es als solches zu bezeichnen. Dies sei nicht hinnehmbar gewesen. Zudem habe das VerSanG hohe Verbandssanktionen angedroht, ohne die vorgelagerte Schuldfrage zu klären. Diese Diskrepanzen hätten praktische Relevanz für verfahrensrechtliche Schutzstandards insbesondere im Bereich der verbandsinternen Untersuchungen entfaltet.

Trotz der grundsätzlichen Kritik an dem gescheiterten VerSanG sieht die Verfasserin dieses als rechtspolitisch notwendig an und spricht sich für eine Einführung der Verbandssanktion aus. Allerdings sollten in einem neuen Entwurf Fragen zur Konzeption der Verantwortlichkeit geklärt werden, um ein widerspruchsfreies Fundament für die Verbandsverantwortlichkeit zu entwickeln. Dabei spricht sich Ecker nicht für eine „kleine Lösung“, also eine Anpassung des OWiG aus, sondern für eine „große Lösung“ durch Umsetzung eines eigenständigen Gesetzes. Dafür spräche die Tatsache, dass die Verfolgung von

Verbandsstraftaten im Wesentlichen der Verfolgung von Straftaten entspricht und demzufolge vergleichbare verfahrensrechtliche Konsequenzen haben müsste. Außerdem würde es der Konstruktion der Zurechnung widersprechen, auf der einen Seite Leitungspersonen mit strafrechtlichen Konsequenzen zu belegen, während der Verband nur im Verwaltungsverfahren verfolgt werden könnte. Eine eigenständige Verbandssanktion wäre zudem das richtige, abschreckende und präventive Signal an die Verbände, das gleichzeitig die gesellschaftliche Verantwortung widerspiegeln würde. Daneben wäre ein separates Gesetz von Vorteil, wenn sich der europäische Gesetzgeber für besondere Vorgaben entscheiden würde, die eine künftige Verbandssanktionierung betreffen, da man somit ein bereits bestehendes Gesetz anpassen könne. Dieses sorge als abgeschlossenes Regelwerk für Übersichtlichkeit und insoweit auch Rechtssicherheit für die Verbände.

Bei einem Neuentwurf des VerSanG sei sich vorrangig mit der Schuldfrage zu beschäftigen, da das BVerfG schon früh festgestellt habe, dass es keine Strafe ohne Schuld geben dürfe. Interessant sind die diesbezüglichen Überlegungen der Verfasserin, die hier auch noch einmal die Argumentationsstränge früherer Diskussionen zusammenfassen. Der Schuldgrundsatz findet seine Grundlage in der Menschenwürdegarantie gem. Art. 1 Abs. 1 GG, so dass nur das natürliche Individuum Träger dieses Grundrechts sein könne, so dass Verbände aus dem Schutzbereich exkludiert seien. Daraus sei aber nicht zu schließen, dass der Verband kein Strafsjekt sein könne. Denn der Inhalt des Schuldbegriffs sei durch diese individualstrafrechtliche Prägung nicht abschließend verfassungsrechtlich festgelegt. Aufgrund der grundlegenden Unterscheidung zwischen natürlichen Personen und Verbänden könnten die Überlegungen zur Schuld der Verbände keine unmittelbare Auswirkung auf den Schuldvorwurf bei natürlichen Personen entfalten, da Art. 1 Abs. 1 GG auf Verbände eben gerade nicht anwendbar sei. Zudem habe das BVerfG betont, dass der Schuldgrundsatz nicht nur bei der strafrechtlichen, sondern auch bei der ordnungswidrigkeitsrechtlichen Ahndung zu berücksichtigen sei. Wer also vehement das Schuldstrafrecht gegen die Verbandssanktionierung ins Feld führe, hätte zuvor die Untauglichkeit und Streichung der §§ 130, 30 OWiG fordern müssen. Eine Verbandssanktionierung könne daher nicht von vornherein auf verfassungsrechtlicher Ebene ausgeschlossen werden.

Die Verbandssanktion könne also auf Grund eines modifizierten Schuldbegriffs konzipiert werden. Kern eines solchen modifizierten Schuldbegriffs sei der Vorwurf des „Dafürinstehenmüssens“, obwohl ein anderes Verhalten möglich gewesen wäre. Hierfür sei ein Verband sogar noch geeigneter als eine natürliche Person, da er unabhängig von personalen Zwängen und Vorprägungen Mehrheitsentscheidungen treffe, die zum täglichen Geschäft gehören.

Unter Abwägung der Modelle des originären Verbandsverschuldens und der Konzeption einer Verbandsverantwortlichkeit durch Zurechnung des Handelns und Verschuldens einer natürlichen Leitungsperson, plädiert die Verfasserin für ein System der Zurechnung. Dieses erfasse die praktische Wirkweise von Verbänden und spiegele das Handeln durch dessen Organe wider. Eine originäre unbeschränkte Verbandsverantwortlichkeit liefere dagegen dem Präventionszweck der Verbandssanktion zuwider und würde gegen den Schuldgrundsatz verstoßen. Da es bislang kein allgemeines europäisches Unternehmensstrafrecht gäbe, sollte bei der Konzeption eines Verbandssanktionenrechts den innerstaatlichen Reglementierungen Rechnung getragen werden. Dennoch sei selbstverständlich die europäische Entwicklung im Blick zu behalten.

In einem 3. Teil werden verbandsinterne Untersuchungen als Teil des Verbandssanktionsverfahrens vorgestellt, da diese das „Herzstück“ (S. 83) eines solchen Regelungswerks seien. Daher gibt die Verfasserin zunächst einen Überblick über Entwicklung und Begriff sog. Internal Investigations im angloamerikanischen Strafverfahren, um diese dann in das nationale Recht zu überführen. Trotz geäußelter Zweifel an der Zulässigkeit verbandsinterner Untersuchungen wird deutlich, dass diese durchaus gesetzlich anerkannt werden können. Sie ließen sich als integraler Bestandteil eines umfassenden Schadensmanagementsystems begreifen, das unter dem Stichwort Compliance bekannt sei.

Daher beschreibt Ecker in einem nächsten Schritt die Vorschriften, die schon heute für eine (mittelbare) Durchführungspflicht interner Untersuchungen herangezogen werden (§§ 76, 93 AktG; § 91 AktG; § 43 GmbHG; § 130 OWiG). Für eine Etablierung in einem möglichen VerSanG sei es erforderlich, gesetzliche Anhaltspunkte für die Durchführung verbandsinterner Untersuchungen zu implementieren und durch genaue Definition eine Klarstellung der Begriffsverwendung festzusetzen. Dies kritisiert die Verfasserin auch beim alten VerSanG, da keine Definition getroffen, sondern lediglich eine Klarstellung bezüglich der Erfassung von externen und internen Untersuchungen vorgenommen wurde. Insoweit formuliert Ecker eine Definition, wie sie Eingang in ein zukünftiges Gesetz finden könnte: „Verbandsinterne Untersuchungen sind anlassbezogene, repressive und nicht staatliche Maßnahmen zur Untersuchung einer verbandsbezogenen Verfehlung mit dem Zweck, die Tat ernsthaft und vollständig aufzuklären. Die Untersuchungen können sowohl durch den Verband selbst als auch durch von ihm beauftragte Dritte durchgeführt werden“ (S. 110). Diese Definition

wird auf den dann folgenden Seiten der Dissertation erläutert.

Danach folgt ein Unterkapitel zu Verfahrensvorgaben für die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung. Dazu wird zunächst der Pflichtenkatalog nach dem alten Vorschlag eines § 17 VerSanG einer kritischen Betrachtung unterzogen. Dezidiert und kenntnisreich wird der Lösungsansatz des VerSanG verworfen, da er mit „erheblichen Makeln behaftet“ war (S. 190). Die rechtsstaatlichen Defizite des alten Regelungsvorschlags müssten daher bei einer Neuauflage vermieden werden. Mithin sei zunächst eine Überarbeitung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG de lege ferenda dringend geboten. Hier sei eine Präzisierung angezeigt. Ziel des Gesetzes sollte es sein, eine ressourcenschonende, prozessökonomisch sinnvolle und möglichst umfangreiche Aufklärung durch die Verbindung der Untersuchungen zu fördern. Auch hier macht die Verfasserin konkrete de lege ferenda-Vorschläge die wie folgt lauten:

„(1) Das Gericht soll die Verbandssanktion mildern, wenn

1. der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte mit den Verfolgungsbehörden im Rahmen einer internen Untersuchung kooperiert,
2. der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung der Verbandstat und der Verbandsverantwortlichkeit geleistet oder sich ernsthaft, unter Ausschöpfung aller ihm tatsächlich zustehenden Mittel, bemüht hat, die Aufklärung der Verbandstat zu fördern“ (S. 196).

Im Folgenden definiert die Verfasserin den „wesentlichen Beitrag“ zur Aufklärung sowie das ernsthafte Bemühen. Außerdem finden sich nähere Erläuterungen, bspw. zur subjektiven Komponente. Auch die Spezifikation der ununterbrochenen und uneingeschränkten Kooperation führt sie einem de lege ferenda Vorschlag zu (S. 199) und erläutert diesen.

Schließlich widmet sie sich dem Aspekt der Mitarbeiterbefragung und spricht sich für eine eigene Normierung außerhalb der Kooperationsvoraussetzungen aus. Nach prägnanter Diskussion der unterschiedlichen Lösungsansätze formuliert sie auch hier eine eigene Vorschrift nebst Erläuterungen:

„Mitarbeiterbefragungen

- (1) Die Befragung eines Mitarbeiters erfordert, dass er vor seiner Befragung darauf hingewiesen wird, dass seine Auskünfte in einem Strafverfahren gegen ihn verwendet werden können.
- (2) Der befragte Mitarbeiter kann einer prozessualen Verwertung seiner Angaben widersprechen, die ihn selbst oder die in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen gefährden würden, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Der Widerspruch ist in einem gegen den Mitarbeiter gerichteten Verfahren bis spätestens zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt geltend zu machen“ (S. 206).

Das nächste Unterkapitel beschäftigt sich mit der Berücksichtigung verbandsinterner Untersuchungen, wobei zunächst die Berücksichtigung de lege lata im Rahmen der Bußgeldbemessung und sodann die Berücksichtigung im Rahmen des gescheiterten VerSanG betrachtet wird. Die Verfasserin kritisiert gerade letzteres, da die Ausgestaltung eines präventiven Compliance-Systems vollständig den Verbänden überlassen wurde und lediglich für die Durchführung verbandsinterner Untersuchungen dezierte Vorgaben erfolgten. *Ecker* spricht sich für eine Berücksichtigung der verbandsinternen Untersuchungen im Rahmen der Sanktionsbemessung aus, sollte es zu einem neuen Gesetzentwurf kommen. Allerdings sei der im VerSanG normierte Umfang des in Aussicht gestellten Strafabschlags bei Durchführung verbandsinterner Untersuchungen in Höhe von 50% geeignet, um für ausreichend Motivation zu sorgen. Ansonsten ließ aber das VerSanG Fragen offen, die bei einem neuen Gesetzesvorstoß aufgegriffen werden sollen. Insbesondere sollte das Verhältnis der Milderungs- und Einstellungsmöglichkeiten untereinander sowie eine mögliche Verschmälerung des Ermessensspielraums diskutiert und beantwortet werden. Auch sollte die Einführung von Bemessungsleitlinien der Verbandsgeldsanktion in Betracht gezogen werden. Grundsätzlich sei die Idee des gesetzlichen Sanktionssystems im VerSanG aber gut und würde zu einer Anreizerhöhung beitragen.

Im 4. Teil geht die Verfasserin der Frage des Beschlagnahmeschutzes für Unterlagen aus verbandsinternen Untersuchungen nach. Hier strebte das VerSanG eine Lösung der problematischen Rechtslage rund um die Beschlagnahme verbandsinterner Untersuchungsunterlagen an. Denn es ist umstritten, inwieweit Ermittlungsbehörden befugt sind, interne Untersuchungsunterlagen bei Verbänden und ihrem mandatierten Rechtsbeistand zu beschlagnehmen. Diese bestehende Beschlagnahmeproblematik de lege lata legt *Ecker* unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und des Diskurses der Literatur dar. Sie kritisiert insbesondere die Entscheidung des *BVerfG* zur restriktiven Haltung des Beschlagnahmeschutzes interner Untersuchungsunterlagen. Denn es sei nicht ausreichend berücksichtigt worden, dass in § 160a StPO der gesetzgebende Wille zum Ausdruck komme, die Vertrauensbeziehung des Mandanten zu seinem Rechtsanwalt umfassend vor staatlichen Zugriff zu schützen. Zudem sei ein extensives Verständnis des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ebenso verfassungskonform wie eine enge Auslegung. Es sei aber zu befürchten, dass die meisten Gerichte der Argumentation des *BVerfG* Folge leisteten, so dass Rechtssicherheit und eine Harmonisierung der widerstreitenden Interessen zwischen effektiver Strafverfolgung und Beschlagnahmenschutz nur durch den Gesetzgeber hergestellt werden könnten.

Daher wird im nächsten Schritt überprüft, wie sich der Gesetzgeber im gescheiterten VerSanG des Problemkreises rund um den Beschlagnahmenschutz verbandsinterner Untersuchungsunterlagen positioniert hat. In der Begründung zum VerSanG wurde jedenfalls explizit klargestellt,

dass die bestehende Rechtsunsicherheit nicht durch die Beschlüsse des *BVerfG* beseitigt worden sei. Die Verfasserin stellt die im VerSanG geplanten Änderungen in der StPO vor und bewertet diese kritisch unter Aufzeigen der bestehenden Unklarheiten und systematischen Widersprüche. Aufgrund dieser Schwächen kommt sie zu einem alternativen Vorschlag für den Beschlagnahmenschutz. Sie ist der Auffassung, dass ein künftiges Gesetz zur Verbandssanktionierung einen eigenständigen Beschlagnahmenschutz für interne Untersuchungsunterlagen vorsehen sollte. Hier macht sie wieder einen eigenen de lege ferenda Vorschlag eines Paragraphen zum Beschlagnahmeverbot mit anschließenden Erläuterungen:

„(1) Die physischen und digitalen Arbeitsprodukte verbandsinterner Untersuchungen unterliegen nicht der Beschlagnahme, soweit sie sich im Gewahrsam des Verbands, des Untersuchungsführers oder des Verbandsverteidigers befinden. Dies gilt nicht für bereits bestehende originäre Beweismittel und Produkte, die in keinem Zusammenhang zu der verbandsinternen Untersuchung stehen.

(2) Der Untersuchungsführer ist zur Verweigerung des Zeugnisses über die Informationen berechtigt, die ihm im Rahmen der verbandsinternen Untersuchung bekannt gegeben oder anvertraut wurden. Dies gilt nicht im Rahmen der Kooperation, soweit § 17 eine Mitwirkungspflicht bestimmt.“

In Teil 5 werden die wesentlichen Ergebnisse leserfreundlich noch einmal zusammengefasst. Zudem werden alle de lege ferenda Vorschläge nebst Erläuterungen zusammengestellt (S. 297 ff.), so dass man einen schönen Überblick erhält, also quasi einen Gesetzentwurf nebst Begründung. Dieser erstreckt sich allerdings nicht auf die vollständige Formulierung eines Gesetzes, sondern konsequent nur auf die Teile, die von *Ecker* kritisiert wurden. Hier hätte sich vielleicht noch ein kurzer Hinweis angeboten, ob ansonsten alle Normen des VerSanG beibehalten werden oder ebenfalls in Nuancen angepasst werden sollten.

Ausblickend wird jedenfalls festgehalten, dass die Normierung eines verbindlichen Rahmens für Verbandssanktionen und verbandsinterne Untersuchungen nach wie vor zu den drängenden Aufgaben des Gesetzgebers zählt. Auch wenn, wie eingangs erwähnt, der aktuelle Koalitionsvertrag im Gegensatz zum Koalitionsvertrag der 20. Legislaturperiode eine Überarbeitung der Vorschriften der Unternehmenssanktionen nicht mehr zum Gegenstand hat, ist doch nicht ausgeschlossen, dass sich zukünftig aufgrund von EU-Recht akuter Regelungsbedarf ergibt. Doch auch wenn nicht, kann und muss der Gesetzgeber handeln. Dies hat die vorliegende Dissertation noch einmal nachdrücklich deutlich gemacht. Über die Kritik der unbefriedigenden Rechtslage de lege lata hinaus hat *Ecker* die problematischen Normen des gescheiterten VerSanG zum Anlass genommen, eigene de lege ferenda Vorschläge zu formulieren. Mit diesen sollte man sich auseinandersetzen.

Milan Schäfer: Artificial Intelligence und Strafrecht. Zur Leistungsfähigkeit des geltenden Strafrechts im Hinblick auf die Herstellerverantwortlichkeit bei Schädigungen durch tiefe neuronale Netze

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2024, Duncker & Humblot GmbH, ISBN: 978-3-428-19095-9, S. 593, Euro 109,90

Die Dissertation, die erst 2024 bei Duncker&Humblot erschienen ist, wurde bereits im Sommersemester 2023 an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz von der Juristischen Fakultät angenommen. Ausgewählte Literatur wurde noch bis Oktober 2023 berücksichtigt und aktualisiert. In Zeiten schnelllebigender Digitalisierung ist dies wichtig zu wissen. Allerdings sind die de lege ferenda gegebenen Ausblicke des Schlusskapitels durchaus nicht überholt und durch die Grundlagenarbeit der Dissertationsschrift können auch weitere Monografien darauf aufbauen.

Teil 1 der Dissertation führt in den Untersuchungsgegenstand ein und steckt zunächst das Ziel der Arbeit ab. Es soll „auf den Prüfstand gestellt werden, wie leistungsfähig das geltende deutsche Strafrecht tatsächlich ist, Fälle sachgerecht zu erfassen, in denen es zu Rechtsgutsverletzungen durch Artificial Intelligence kommt“ (S. 25). Danach wird Artificial Intelligence definiert, wobei dies in Nuancen durchaus umstritten ist. Daher geht die Arbeit zunächst der Geschichte der Artificial Intelligence nach, um dann verschiedene AI-Systeme voneinander abzugrenzen. Anwendungsbeispiele sensibilisieren für die komplexe Thematik, die in vielen Bereichen eine Rolle spielt, so dass gegen Ende dieses Teilkapitels festgestellt wird, dass es wohl deutlich einfacher sei, Branchen zu benennen, bei denen AI nicht zum Fortschritt beitragen kann, als umgekehrt (S. 66).

Das strafrechtliche „Potential“ von AI wird in dem nächsten Unterkapitel erwogen und der Untersuchungsgegenstand der Arbeit umrissen und begrenzt (S. 78 ff.).

Teil 2 der Arbeit beschäftigt sich mit dem fahrlässigen AI-Erfolgsdelikt. Dieser bildet mit knapp 350 Seiten einen wesentlichen Schwerpunkt der Arbeit. Sehr dezidiert und differenziert wird zu den einzelnen Voraussetzungen der Fahrlässigkeit Stellung bezogen. Hier überzeugen die stringente Gliederung und die facettenreiche Darstellung. Durch Zwischenergebnisse der einzelnen Unterkapitel gelingt auch die Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse sehr gut, die in einem Schlusskapitel nochmals zusammengeführt werden. Dabei dürfte die Prüfung, ob ein Verhalten des potenziellen Täters kausal für den Eintritt des schädlichen Erfolgs geworden ist, keine Probleme bereiten. Zwischen Vertrieb bzw. Einsatz des Systems und Eintritt des Erfolges bestehe eine lückenlose Verbindung und beides könne nicht hinweggedacht werden, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg entfielen. Dies gelte zu-

meist auch für einzelne Beiträge zur Entwicklung des Systems, insbesondere wo der Täter das System bzw. seinen Beitrag zur Systementwicklung noch für die weitere Entwicklung, den Vertrieb oder Einsatz freigäbe. Zwar sei das Zustandekommen der schädigenden Entscheidungsfindung eines AI-Systems nicht im Einzelnen nachvollziehbar. Dies sei aber für die Kausalitätsprüfung unschädlich, weil hierdurch allenfalls das Wie des Kausalzusammenhangs fraglich bleibe. Technikbedingte Beweisprobleme könnten sich lediglich in seltenen Ausnahmefällen ergeben, in denen eine Unterlassungsstrafbarkeit im Raum stehe.

Ob denjenigen ein Fahrlässigkeitsvorwurf treffe, der ein AI-System entwickelt und im Anschluss vertreibt oder einsetzt oder bei der Entwicklung eines solchen Systems unterstützt, sei mit überzeugenden Stimmen in der Literatur eine Abwägungsfrage. Dabei sei die Vorausschbarkeit des Erfolgesintritts hierbei ein bloßes Indiz für fahrlässiges Verhalten. In einzelnen Teilbereichen werde diese Abwägung durch einschlägige außerstrafrechtliche Verbote indiziert. Beispielsweise begründe der Einsatz oder Vertrieb eines vollautonomen Fahrzeugs der Stufe fünf derzeit stets einen Fahrlässigkeitsvorwurf, ebenso wie die Unterstützung des Einsatzes oder Vertriebs im Rahmen der Entwicklung solcher Fahrzeuge.

Bestünden keine außerstrafrechtlichen Verbote, so seien der Einsatz oder Vertrieb eines AI-Systems sowie die Unterstützung bei der Entwicklung eines solchen Systems in Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht per se als fahrlässig anzusehen, obwohl das generell voraussehbare Risiko einer schädigenden Fehlentscheidung des Systems nicht sicher ausgeschlossen werden könne. Andernfalls würden selbst solche AI-Systeme verboten, die eine Aufgabe fehlerfrei oder gleich gut oder besser als ein Mensch ausführen würden und bei denen auch durch eine menschliche Überprüfung und Freigabe jeder Entscheidung des Systems kein Mehr an Sicherheit schaffen würde. Dies würde den Rechtsgüterschutz in unzulässiger Weise konterkarieren oder jedenfalls nicht fördern.

Ein Fahrlässigkeitsvorwurf scheide also aus, solange das System im Rahmen umfangreicher geeigneter Tests eine geringere – oder ausnahmsweise identische – Fehlerquote im Vergleich zum Menschen erziele und diese Quote auch geringer oder identisch im Vergleich zu technischen Alternativen ist, die eine geringere Fehlerquote als der Mensch aufweisen. Als zusätzliche Maßnahme sei dann aber zu verlangen, dass bei der Systementwicklung alle zumutbaren Risikominimierungsmaßnahmen ergriffen wurden. Etwas anderes gelte, sofern eine menschliche

Überprüfung und Freigabe jeder Systemsentscheidung durch eine hierzu befähigte Person sinnvoll möglich und zumutbar wäre und hierdurch ein Mehr an Sicherheit erzielt würde.

Der Verfasser ist der Auffassung, dass zur weiteren Konkretisierung die Grundsätze der strafrechtlichen Produzentenhaftung herangezogen werden könnten. Deren Anwendungsbereich sei immer dort eröffnet, wo ein AI-System in Verkehr gebracht werde. Ob es sich um ein verkörpertes System oder unkörperliche Software handle, sei unbeachtlich. Aus den Grundsätzen der strafrechtlichen Produzentenhaftung ergebe sich ein Höchstmaß an Anforderungen. Für die Beurteilung, ob die Konstruktion den Grundsätzen strafrechtlicher Produzentenhaftung genüge, sei der Zeitpunkt des Inverkehrbringens maßgeblich. Nach dem Inverkehrbringen träge den Hersteller eine Beobachtungspflicht.

Bringe der Hersteller ein AI-System in Verkehr, ohne zuvor ausreichende Maßnahmen zur Vermeidung von Fehlentscheidungen ergriffen zu haben und träge dieses System dann solche Fehlentscheidungen, durch die Leib oder Leben einer Person geschädigt werden, so werde ein Fahrlässigkeitsvorwurf auch im Hinblick auf die konkrete Verursachung eines Todes- oder Körperverletzungserfolgs in der Regel zu bejahen sein. Es fehle allerdings am Schutzzweckzusammenhang, soweit der Erfolg bei fehlerfreiem Verhalten des AI-Systems ebenso eingetreten wäre.

Wichtiger Punkt ist dann noch die Frage der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung. Voraussetzung hierfür ist, dass der Nutzer selbst die letzte menschliche Handlung vor dem Erfolgseintritt tätigt und der Hersteller sichergestellt hat, dass der Nutzer hinreichende Informationen über die generell bestehenden Risiken des Systemeinsatzes erhält oder die Risiken anderweitig kennt. In diesen Fällen könne der Nutzer nämlich autonom über seine Selbstgefährdung entscheiden, sodass der Hersteller straffrei ausgehen müsse.

Etwas anderes könne indes gelten, wo der Hersteller die sich aus den Grundsätzen der strafrechtlichen Produzentenhaftung ergebenden Anforderungen missachtet. Dann werde auch eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Nutzers regelmäßig ausscheiden.

Dagegen bereite der Nachweis des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zumeist keine grundlegenden AI-technologiespezifischen Schwierigkeiten, wo es zu Rechtsgutsverletzungen durch Fehlentscheidungen eines AI-Systems gekommen ist. Hier unterscheidet der Verfasser verschiedenen Fälle. Zunächst sei ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu bejahen, wenn der Hersteller ein AI-System vertreibt oder einsetzt, das entweder generell nicht vertrieben oder eingesetzt werden darf oder zumindest nicht den zuvor in der Arbeit ausformulierten strafrechtlichen Anforderungen genügt. Daneben sei ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang im Rahmen arbeitsteiliger Organisationen zu bejahen, wenn die Strafbarkeit desjenigen in Frage stehe, der an der Entwicklung des Systems mitwirkt, hier-

bei die Anforderungen an die Systementwicklung missachtet und anschließend dennoch das System für weitere Entwicklung, Vertrieb und Einsatz freigibt. Zuletzt wird herausgestellt, dass AI-Systeme selbst nicht als eigenverantwortliche Dritte gesehen werden können, deren Dazwischentreten die Zurechnung ausschließt.

Für das vorsätzliche Erfolgsdelikt können dann die erarbeiteten Voraussetzungen für den objektiven Tatbestand übertragen werden, die sich auf Kausalität und objektive Zurechnung beziehen. Bei gezielter oder wissentlicher Programmierung und Ausrichtung des Systems auf die Schädigung von Rechtsgütern sei der Tatbestand in der Regel unproblematisch gegeben. Unklar bleibt hier zunächst, warum es sich bei dieser Intention um ein Element des objektiven Tatbestands handeln soll. In Hervorhebung des Blackbox-Charakters der AI-Systeme wird dann aber klar, dass eine Programmierung an sich immer noch mit Ungewissheiten verbunden ist. Dies sei aber für die Verwirklichung des Vorsatzes unschädlich, da es laut Verfasser nicht darauf ankommen kann, dass der Hersteller nicht voraussieht, bei welchem konkreten Tatopfer wann, wo und durch welches konkrete AI-System ein schädlicher Erfolg eintritt oder nicht antizipieren kann, wie die schädigende Fehlentscheidung im System im Einzelnen zustande gekommen ist. Hier könne man einen systematischen Vergleich zu anderen Fallgestaltungen bspw. im Medizinrecht oder bei Tötungen bei Distanzdelikten herstellen. Wenn allerdings hier die Unbeherrschbarkeit im Raum steht, so muss die Frage gestattet sein, ob man dann nicht stets im Bereich der Vorsatzdelinquenz ist oder jedenfalls öfter, als dies angesichts der dem Unrechtsgehalt viel naheliegender Fahrlässigkeitsstrafbarkeit geboten ist.

Schließlich stellt der Verfasser fest, dass eine Teilnahme an „Taten“ eines AI-Systems sowie mittelbare Täterschaft „durch“ oder Mittäterschaft „mit“ einem solchen AI-System de lege lata ausgeschlossen sind, da das System selbst keine rechtswidrigen Taten begehen oder Täter sein kann. Setze der Täter ein AI-System rechtsgutsverletzend ein, so sei er unmittelbarer Täter. Mittelbare Täterschaft sei aber insofern möglich, als er ein AI-System an einen ahnungslosen Dritten vertreibe, der dieses dann mit entsprechender Fehlfunktion einsetzt.

Insgesamt kommt *Schäfer* zu dem Ergebnis, dass die neue Technik „im Großen und Ganzen durchaus mit den Mitteln des geltenden Strafrechts zu bewältigen ist“ (S. 508). Allerdings drohten im Rahmen arbeitsteiliger Organisationen aufgrund der AI-Technologie ausnahmsweise grundlegende Beweisschwierigkeiten. Dies gelte für die Strafbarkeit einzelnen Personen, die zwar an der Entwicklung eines AI-Systems mitwirken und denen dabei ein Fehlverhalten anzulasten ist, die dann allerdings das System weder selbst einsetzen oder vertreiben noch ihren eigenen Entwicklungsbeitrag für weitere Schritte freigeben. Es bleibt die Frage, ob gerade in letzteren Fallkonstellationen überhaupt ein strafwürdiges Verhalten vorliegt. So weist auch der Verfasser auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts hin, so dass die Straflosigkeit in einigen wenigen Fällen hinzunehmen sei.

Obwohl dem geltenden Strafrecht die Tauglichkeit im Hinblick auf die technologischen Entwicklungen im AI-Bereich bescheinigt wird, wird dennoch ein Ausblick de lege ferenda gegeben. Dies betrifft zunächst die Frage der Sanktionierung eines AI-Systems an sich. Hier werden sehr umfangreich gegenteilige Auffassungen zitiert, um dann knapp aber überzeugend eine Sanktionierung des Systems abzulehnen.

Anschließend wird diskutiert, ob die wenigen bestehenden Strafbarkeitslücken ggf. durch die Einführung eines abstrakten Gefährdungsdelikts geschlossen werden sollten. Ein solcher Straftatbestand könnte, so der Verfasser, Fehlverhalten von an der Herstellung eines AI-Systems beteiligten Personen unabhängig vom zurechenbaren Eintritt des schädigenden Erfolgs unter Strafe stellen. Auch hier ist *Schäfer* skeptisch und ich schließe mich seiner Auffassung angesichts dieser weiten Vorfeldkriminalisierung an.

Daneben erwägt der Verfasser die Anpassung einzelner bereits existierender Gefährdungstatbestände im Bereich des autonomen Fahrens. Hier könnten Straßenverkehrsdelikte wie §§ 315c, 316 StGB, § 21 StVG modifiziert werden. Die vertiefende Diskussion hierzu verantwortet *Schäfer* aber nach 526 Seiten völlig zu Recht weiteren Ausarbeitungen.

Letztlich wird in der Arbeit noch diskutiert, ob die Grenzen des Erlaubten und somit die Anforderungen gesetzlich

ausdrücklich festgeschrieben werden sollen, die die Hersteller von AI-Systemen erfüllen müssen, um den Vorwurf fahrlässigen Verhaltens bzw. einer rechtlich missbilligten Gefahrschaffung zu vermeiden. Zwingend erscheine das zwar nicht, aber man habe die außerstrafrechtliche Entwicklung in den Blick zu nehmen, so dass auch der AI-Act zu berücksichtigen sei. Hier wird aufgrund des Bearbeitungsstands der Arbeit der Entwurfsinhalt wiedergeben. Die KI-Verordnung ist allerdings mittlerweile schon im Europäischen Amtsblatt veröffentlicht. Insofern ist man an dieser Stelle gut damit beraten, in diese Veröffentlichung zu schauen und das Unterkapitel der Arbeit zu überspringen.

Dennoch kann am Ende dieses Ausblicks durchaus der Ratschlag des Verfassers beherzigt werden, aus Sicht der Strafrechtswissenschaften die außerstrafrechtliche Entwicklung im Blick zu behalten. So sollten außerstrafrechtliche Gesetzesvorhaben zu AI nicht zuletzt auf ihre strafrechtlichen Auswirkungen überprüft werden, um ggf. notwendigen Anpassungsbedarf aufzuzeigen. Allerdings bleibt resümierend das Plädoyer *Schäfers*, Anpassungen nur moderat vorzunehmen und insbesondere im Allgemeinen Teil des geltenden Strafrechts zu unterlassen. Dem kann man sich voll und ganz anschließen. Inwiefern es Nachjustierungen im Besonderen Teil – bspw. beim autonomen Fahren der 5. Stufe – geben sollte, bleibt weiteren Arbeiten überlassen. Hier darf man sicher sein, dass bzgl. Detailfragen eingesetzter AI-Systeme sicher noch zahlreiche Dissertationen erscheinen werden.

TAGUNGSBERICHT

Funktionen der Strafe angesichts populistischer Tendenzen

Bericht von der Tagung des Kriminalpolitischen Kreises 2025 in Hamburg

von Prof. Dr. Thomas Weigend*

I. Einleitung

Der Kriminalpolitische Kreis, ein Zusammenschluss von 40 deutschen Strafrechtsprofessoren und -professorinnen, beschäftigt sich seit etwa zehn Jahren mit der Frage, wie das Straf- und Strafverfahrensrecht unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze an die aktuellen Herausforderungen des Soziallebens angepasst werden kann. Der Kriminalpolitische Kreis (KriK) legt zu verschiedenen Einzelfragen Gesetzentwürfe und Stellungnahmen vor,¹ beschäftigt sich aber auch intensiv mit grundsätzlichen Themen des Strafrechts.

II. Funktionen und Zwecke der Kriminalstrafe im Lichte neuerer Theorien

Solche grundsätzlichen Fragen standen im Mittelpunkt der Jahrestagung des KriK, die auf Einladung der Hamburger Professoren *Jochen Bung* und *Milan Kuhli* am 17. und 18.10.2025 an der Universität Hamburg stattfand. Im ersten Teil des Programms ging es unter dem Titel „Strafe als Übel und soziale Notwendigkeit“ um Funktionen und Zwecke der Kriminalstrafe im Lichte neuerer Theorien. In seinem einleitenden Referat „Präventive und kriminogene Auswirkungen von Strafen“ berichtete *Jörg Kinzig* (Universität Tübingen) über die einschlägigen Erkenntnisse der empirischen Kriminologie. Dabei stellte er heraus, dass die general- und spezialpräventiven Wirkungen staatlicher Strafen allenfalls als bescheiden bezeichnet werden könnten. Demgegenüber seien die kriminogenen Wirkungen insbesondere der Freiheitsstrafe beträchtlich. Da das Strafrecht somit auf einem brüchigen empirischen Fundament stehe, sei es angezeigt, Strafen – wenn überhaupt – nur äußerst behutsam einzusetzen und weiter nach intelligenteren Alternativen zu suchen.

Reinhard Merkel (Universität Hamburg) ging in seinem Referat davon aus, dass Retribution den Sinn und Zweck der Strafe bezeichne. Dies ändere jedoch nichts daran, dass der in der Strafe implizite Vorwurf gegenüber dem Täter rechtfertigungsbedürftig sei. In diesem Kontext widersprach *Merkel* dem „fair play“-Argument, das die Strafe als Ausgleich für einen Vorteil versteht, den sich der Täter zu Unrecht verschafft hat. Da Vergeltung anders als Rache dem Maß der Reaktion eine inhärente Grenze setze, müsse sie proportional zur Tat sein. Dabei stelle

sich die Frage, ob auch das Maß des individuellen „Strafschmerzes“ des Täters (etwa in Bezug auf die Umstände des Strafvollzugs) Einfluss auf die Bemessung der retributiven Strafe haben solle. Schließlich stellte *Merkel* fest, dass der retributive Zweck der Strafe nicht das „soziale System Strafrecht“ als solches legitimieren könne; hierzu bedürfte es anderer Überlegungen.

Thomas Weigend (Universität zu Köln) beschäftigte sich mit der „expressiven“ Funktion der Strafe, die von Autoren aus dem angelsächsischen Raum, aber in neuerer Zeit auch in der deutschen Diskussion (etwa von *Tatjana Hörnle*) betont werde. *Weigend* legte dar, dass die Kommunikation verschiedener Botschaften an die Allgemeinheit, den Verletzten und den Täter zwar eine wichtige Funktion des Strafurteils sei, dass man in dieser Kommunikation jedoch nicht die Legitimation der staatlichen Strafe sehen könne. Diese könne vielmehr nur im Ausgleich der vom Täter verschuldeten Störung des sozialen Friedens und in der Befriedigung des Bedürfnisses der Gesellschaft nach retributiver Gerechtigkeit liegen.

In der anschließenden Diskussion wurde der Begriff der Retribution thematisiert, der nicht als Zufügung eines der Tat entsprechenden Übels im Sinne des Talionsprinzips, sondern als symbolischer Ausgleich der Schuld in einem Maße zu verstehen sei, dass den retributiven Bedürfnissen des Verletzten und der Gesellschaft (noch) entspricht. Gegenüber der Kritik *Weigends* an der Funktion des Strafurteils als moralischer Tadel, wurde eingewandt, dass ohne einen auf schuldhaftes Rechtsverletzung antwortenden Vorwurf das Strafübel nicht begründet werden könne.

Im folgenden Referat ging *Klaus Günther* (Universität Frankfurt a.M.) der Frage nach, ob und wie das Strafrecht zum gesellschaftlichen Zusammenhalt beiträgt. Er zeigte diesen Zusammenhang an verschiedenen historischen und ausländischen Beispielen für das Bemühen um die Förderung eines guten Zusammenlebens in der Gesellschaft auch durch den Einsatz des Strafrechts auf.

Tonio Walter (Universität Regensburg) beschäftigte sich mit der Frage, ob der Einsatz des Strafrechts zur Stabilisierung von Verhaltensnormen beitragen kann. *Walter* zeigte sich skeptisch gegenüber einer solchen Funktion der staatlichen Strafe. Er legte dar, dass es bei der Norm-

* Prof. Dr. Thomas Weigend war bis 2016 Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht an der Universität zu Köln.

¹ Die bisherigen Arbeiten des KriK können auf der Website www.kriminalpolitischerkreis.de abgerufen werden.

stabilisierung immer nur darum gehen könne, die faktische Bereitschaft der Bürger zu erhöhen, bestimmte Verhaltensnormen zu befolgen. Dazu könne die „Erfahrung von Gerechtigkeit“ im Verhalten der staatlichen Organe beitragen. Zur Gerechtigkeit gehöre auch die Bestrafung von schweren Normverstößen, da der Staat dadurch ein elementares, ethisches und emotionales Grundbedürfnis der Bürger nach ausgleichender Gerechtigkeit erfülle und den Bürgern einen guten Grund dafür gebe, ihrerseits die für sie geltenden Verhaltensnormen einzuhalten. Fraglich sei dieser Effekt jedoch sowohl in Bezug auf ethisch periphere Verhaltensnormen als auch auf solche im Kernbereich des Strafrechts. In jedem Fall sei es die gerechte Vergeltung, die zur Normstabilisierung beitrage; es gehe also um „Prävention durch Vergeltung“ (*Angela Kalous*).

Philipp-Alexander Hirsch (Max-Planck-Institut für die Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg i.Br.) stellte die von ihm entwickelte Theorie einer relationalen Rechtsverletzung vor. Danach lassen sich normative Phänomene wie Rechte, Pflichten und Praktiken der Verantwortlichkeit nur durch Rückgriff auf zweitpersonale Handlungsgründe erklären. Kriminalunrecht bestehe nicht nur in der Übertretung einer Norm, sondern in der Missachtung der praktischen Autorität des Staates (und gegebenenfalls des Opfers), gegenüber dem der Täter zur Befolgung der strafbewehrten Verhaltenspflichten verpflichtet sei. Das Strafurteil bringe deshalb nicht bloß ein abstraktes Unwerturteil zum Ausdruck, sondern der Staat mache dem Täter durch die strafgerichtliche Verurteilung die Verletzung seiner normativen Anspruchsposition zum Vorwurf und vindiziere so seine rechtliche Autorität. Formen „harter Behandlung“ lassen sich in diesem Rahmen nur insoweit rechtfertigen, als sie als vom Täter zu erbringende Sekundärobligationen der Entschuldigung und Wiedergutmachung konzipiert werden können, durch die er die missachtete Autorität durch demonstrativ rechtskonformes Verhalten wieder anerkennt. Daraus folge strafrechtspolitisch ein Reformbedarf hin zu Sanktionsformen, bei denen der Täter nicht bloß passives Objekt des Strafvollzuges ist, sondern aktiv als verantwortlicher Akteur eingebunden wird.

In der Diskussion fand der Vortrag von *Walter* Zustimmung. Es wurde allerdings bemerkt, dass die Normstabilisierung durch Bestrafung tatsächlich – wie auch der Referent im Anschluss an *Hassemer* bemerkt hatte – mehr eine Hoffnung als eine psychologisch abgesicherte Erwartung sei. *Hirschs* Theorie der relationalen Rechtsverletzung wurde mit Interesse aufgenommen. Es wurde jedoch betont, dass sie eine demokratische Legitimation der vom Staat aufgestellten Verhaltensnormen zwingend voraussetze. Außerdem stelle sich die Frage, ob die herkömmliche Freiheitsstrafe noch als aktive Ausgleichsleistung des Täters für sein Fehlverhalten angesehen werden könne; dies wurde von *Hirsch* verneint.

III. Populistische Tendenzen im heutigen Zeitalter

Der zweite Teil der Tagung stand unter dem Generalthema „Populismus“. Einleitend legte *Elisa Hoven*

(Universität Leipzig) dar, dass der Begriff des Populismus in unterschiedlicher Weise definiert werde; im Kern gehe es dabei um eine Gegenüberstellung des rechtschaffenen, der traditionellen Werte bewussten „Volkes“ und einer abgehobenen, anderen Wertvorstellungen folgenden intellektuellen Elite. Tatsächlich dürfe sich – so *Hoven* – der Vorwurf des Populismus nicht auf einzelne rechtspolitische Forderungen als solche, sondern nur auf die ihnen zugrunde liegende Argumentation beziehen. In der Diskussion wurde dazu festgestellt, dass es einer Differenzierung zwischen der (eventuell auch direkten) demokratischen Beteiligung der Bevölkerung und dem Rückgriff auf auch medial gesteuerte vermeintlich populäre Auffassungen und Wertungen bedürfe.

Als ersten Aspekt einer aktuellen rechtspolitischen Diskussion präsentierte *Liane Wörner* (Universität Konstanz) die Forderung nach einer Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs. Sie stellte das Wechselspiel zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht bei den Reformbemühungen seit den 1970er Jahren dar und kritisierte die innere Widersprüchlichkeit der geltenden Regelung in §§ 218, 218a StGB. Außerdem betonte sie die genderpolitische Dimension der Debatte um eine Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs: Die hohen rechtlichen und praktischen Hürden für einen Schwangerschaftsabbruch seien eine einseitige Benachteiligung von Frauen. Daher sei eine Entkriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen jedenfalls in den ersten beiden Trimestern und gleichzeitig ein besseres Angebot an Möglichkeiten zum Schwangerschaftsabbruch geboten. Durch ein solches Konzept könne auch der Schutz von Ungeborenen gewährleistet werden. In der Diskussion stießen die Vorschläge der Referentin weitgehend auf Zustimmung. Allerdings wurde auch die These angesprochen, dass die von ihr vorgeschlagene Lösung mit der verfassungsgerichtlichen Auffassung von dem vollständigen Schutz des Lebens von der Nidation an kaum vereinbar ist.

Anja Schiemann (Universität zu Köln) zeichnete anschließend die Diskussion um eine mögliche Absenkung der Strafmündigkeitsgrenze nach § 19 StGB nach. *Schiemann* hob hervor, dass Forderungen nach einer Strafbarkeit schon von 12- und 13jährigen meist durch Berichte über einzelne schwere Straftaten von Kindern dieser Altersgruppe ausgelöst würden. Bei solchen Forderungen werde jedoch übersehen, dass das Strafrecht kaum etwas zur Bewältigung der im Hintergrund der Taten stehenden persönlichen Probleme beitragen könne. Die in solchen Fällen notwendigen Maßnahmen ließen sich besser über die Instrumente des Jugendhilfe- und Familienrechts anordnen. Die Auffassung der Referentin fand in der Diskussion weitgehende Zustimmung. Angemerkt wurde jedoch, dass auch ein Bedürfnis nach einer öffentlichen Feststellung der relevanten Tatsachen bestehen könne, die wegen der Nicht-Öffentlichkeit jugendrechtlicher Maßnahmen nicht stattfinden könne. Außerdem müsste sichergestellt werden, dass die Täter im Rahmen erzieherischer Maßnahmen in altersgemäßer Weise mit ihrer Verantwortlichkeit konfrontiert werden.

Die beiden abschließenden Referate von *Bernd-Dieter Meier* (Universität Hannover) und *Joop Adema* (Universität Innsbruck und ifo Institut) setzten sich mit der häufig in populistischem Zusammenhang thematisierten Kriminalität von Migranten auseinander.

Meier legte dar, dass der Anteil von Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit an den in der Polizeilichen Kriminalstatistik erfassten Tatverdächtigen deutlich höher liege als ihr Anteil an der Wohnbevölkerung Deutschlands. Allerdings dürften die Tatverdächtigenbelastungszahlen, die vom Bundeskriminalamt seit 2024 mitgeteilt würden, nicht überbewertet werden, da sich die Zahl der tatsächlich zu einem bestimmten Zeitpunkt in Deutschland „ansässigen“ Ausländer nicht verlässlich ermitteln lasse. Als mögliche Gründe für die statistische Höherbelastung von Ausländern nannte *Meier* einen stärkeren Kontrolldruck durch Strafanzeigen und häufigere polizeiliche Kontrollen. Eine andere Hypothese gehe dahin, dass die Begehung einer Straftat in Konfliktsituationen für Migranten aufgrund biographischer Entwicklungen und Erfahrungen häufiger als für Deutsche als akzeptable Handlungsalternative erscheine. *Meier* betonte, dass sich aus solchen kriminologisch begründeten Annahmen keine einfachen Lösungen für die Prävention von Kriminalität ableiten ließen.

Adema berichtete über Untersuchungen zum Einfluss der wachsenden Zahl ausländischer Staatsangehöriger auf die Kriminalitätsbelastung. Danach ist die Kriminalitätsbelastung Nichtdeutscher insgesamt höher als bei deutschen

Staatsangehörigen, selbst wenn man Geschlecht, Alter und Wohnort konstant hält. Der Anteil von Tatverdächtigen sei bei Asylsuchenden und Personen mit geduldetem Aufenthaltsstatus besonders hoch, bei anerkannten Flüchtlingen hingegen deutlich niedriger. Es gebe keine Beweise für eine kulturelle Prädisposition bestimmter ausländischer Gruppen. Bemerkenswert sei auch, dass ein Anstieg des Anteils von Ausländern an einem Ort nicht zu einer Erhöhung der lokalen Kriminalitätsrate führe. Eine plausible Erklärung hierfür sei, dass Ausländer häufiger in Städte mit bereits hoher Kriminalitätsrate ziehen.

In der Diskussion wurden die differenzierenden Interpretationen der statistischen Befunde zur Ausländerkriminalität durch beide Referenten begrüßt. Auf Nachfrage erläuterte *Meier*, dass für die Annahme, dass die Bereitschaft zur Erstattung einer Strafanzeige gegenüber ausländischen Verdächtigen generell größer sei, nur begrenzte empirische Belege vorhanden seien.

IV. Fazit

Die Tagung spannte einen weiten Bogen von grundlegenden, philosophisch geprägten Überlegungen zu Verbrechen und Strafe bis zu ganz aktuellen, die kriminalpolitische Diskussion der 2020er Jahre bestimmenden Fragen. Das hohe Gesprächsniveau zeigte einmal mehr die im Kriminalpolitischen Kreis versammelte Expertise. Im Herbst 2026 soll sich die nächste Jahrestagung des Kreises mit Fragen der Sexualdelikte beschäftigen.