

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

5/2024
3. Jahrgang

S. 305-377

Inhalt

JAHRESTAGUNG 2024 DES ARBEITSKREISES VÖLKERSTRAFRECHT

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Jahrestagung 2024 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht
Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe
Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Berlin
305

AUFSÄTZE

Völkerstrafrecht

Aktuelle Entwicklungen an den Kosovo Specialist Chambers
Von Dr. Manon Simon, Zürich
306
In vollem Schwung – Die Cour Pénale Spéciale in der Zentralafrikanischen Republik in ihrem zweiten fünfjährigen Mandat
Von Lic. iur. HSG Stefan Waespi, LL.M. (Chicago), Bangui
310
Die gerichtliche Beurteilung von Völkerrechtsverbrechen in der Schweiz in den Jahren 2023/2024
Von RiBStGer Prof. Dr. Stefan Heimgartner, Bellinzona/Zürich
314

AUFSÄTZE

Strafrecht

Flüssige Werkzeuge: der Einsatz von K.O.-Tropfen bei Sexualdelikten nach § 177 StGB
Von RiAG Dr. Simon Pschorr, Wiss. Mitarbeiterin Lena Gmelin, Konstanz
318
Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Betriebsratsvergütungen
Von Dr. Anne-Kathrin Bertke, Dr. Sascha Knaupe, Hamburg
326

Nebenstrafrecht

„Verbrechen wider die Sittlichkeit“ – Preußisches StGB von 1851 lässt grüßen
Der Phantomtatbestand § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG, die gefährdende Abgabe an Minderjährige
Von Rechtsanwalt Konstantin Grubwinkler, Freilassing
335

Strafprozessrecht

Die Funkzellenabfrage im Gefüge des § 100g StPO
Von Stephen Soßna, Hannover
340

NEUES AUS DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Strafrecht

Die strafrechtliche Einziehung eines Kraftfahrzeuges infolge dessen rechtswidrigen Gebrauchs, 2024
(Dr. Luis Kemter, Mönchengladbach)
356

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquizo
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

5/2024
3. Jahrgang

S. 305-377

Inhalt (Forts.)

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23
(Zur rechtlichen Einordnung der Zeugeneigenschaft als besonderes persönliches Merkmal)
(Wiss. Mitarbeiterin Jana Gotthardt, Freiburg, Wiss. Mitarbeiterin Carolin Hoppe, Münster) 367

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Tobias Beinder, Kollektives Unrecht und individuelle Schuld, Verteilungsgerechtigkeit durch
systemtheoretisches und einheitstäterschaftliches Denken, 2024
(Prof. Dr. Hans Vest, Bern) 373

Jahrestagung 2024 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Berlin

Die 19. Jahrestagung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht¹ fand im Mai 2024 an der Universität Basel statt. Über 100 Völkerstrafrechtlerinnen und Völkerstrafrechtler aus Deutschland, der Schweiz, Österreich und Den Haag folgten der Einladung der Gastgeberinnen Prof. Dr. Sabine Gless, Prof. Dr. Anna Petrig (beide Basel) und des Gastgebers PräBSStGer Alberto Fabbri (Bellinzona/Basel). Im Mittelpunkt der zweitägigen Veranstaltung stand der Austausch zwischen Praxis und Wissenschaft über die aktuellen Entwicklungen und Herausforderungen im Völkerstrafrecht. Einige der auf der Tagung gehaltenen Referate werden in dieser Ausgabe der Zeitschrift für internationale Strafrechtswissenschaft publiziert.

Eröffnet wurde die Sitzung mit der Begrüßung durch die Gastgeber und den Vorsitzenden des Arbeitskreises, Prof. Dr. Florian Jeßberger (Berlin). Im ersten Panel befassten sich Dr. Philipp Ambach (IStGH, Den Haag), Prof. Dr. Volker Nerlich (IStGH, Den Haag) und Prof. Dr. Robert Roth (Genf) mit der wieder gewachsenen Bedeutung hybrider Gerichte für die Verfolgung von Völkerstraftaten. Prof. Dr. Julia Geneuss (Bremen) moderierte die anschließende Diskussion. Gegenstand des zweiten Panels des Tages war die „Völkerstrafrechtspolitik“, also Fragen und Entwicklungen an der Schnittstelle von Völkerstrafrecht(spraxis) und Außenpolitik. Vertreterinnen und Vertreter der Außenministerien Deutschlands, der Schweiz und Österreichs, Dr. Wiebke Rückert (Berlin), Dr. Franz Perrez (Bern) und Dr. Konrad Bühler (Wien) erörterten die aktuellen politischen Entwicklungen und ihre Auswirkungen auf die internationale Strafjustiz. Es schloss sich eine von Prof. Dr. Stefan Oeter (Hamburg) geleitete rege Diskussion an. Zum Abschluss des ersten Sitzungstages präsentierte dann, moderiert von Anna Petrig, Stefan Blättler (Bern), Bundesanwalt der Schweiz, eine Schweizer Perspektive auf die nationale Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen.

Noch vor dem festlichen Abendessen auf Einladung des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten fanden sich die Teilnehmerinnen und Teilnehmer zu einem Empfang mit Grußwort des Basler Regierungsrates Dr. Lukas Engelberger im Basler Rathaus zusammen. Dort wurde auch der großzügig aus Mitteln des Auswärtigen Am-

tes finanzierte Robert-Kempner-Preis des Arbeitskreises für eine herausragende Monografie im Bereich des Völkerstrafrechts übergeben. In diesem Jahr wurde Dr. Annegret Hartig (Berlin) für ihre Dissertation „Making Aggression a Crime Under Domestic Law: On the Implementation of Art. 8bis of the ICC Statute“ (T.M.C. Asser/Springer 2023) ausgezeichnet. Die Laudatio hielt Dr. Astrid Reisinger Coracini (Wien).

Der zweite Sitzungstag begann mit dem bewährten, diesmal von Bundesanwalt Christian Ritscher (Karlsruhe) moderierten Themenblock „Berichte aus der Praxis“. Wie immer aus erster Hand erfuhren die Teilnehmerinnen und Teilnehmer von den aktuellen Entwicklungen der Völkerstrafrechtspflege vor internationalen Gerichten. Michaela Wagner² (IStGH, Den Haag) berichtete über die neueste Judikatur des Internationalen Strafgerichtshofs. Dr. Manon Simon³ (KSC, Den Haag) vertiefte den Praxisüberblick mit einem Bericht über die Arbeit der Kosovo Specialist Chambers, bevor Stefan Waespi⁴ (SCC, Bangui) über aktuelle Fälle vor dem Sonderstrafgerichtshof der Zentralafrikanischen Republik (SCC) berichtete. Das anschließende Panel widmete sich den aktuellen Entwicklungen auf nationaler Ebene, insbesondere in Deutschland und der Schweiz. Präsentiert wurden Länderberichte von Bundesanwalt Andreas Müller (Bern) und RiBSStGer Prof. Dr. Stefan Heimgartner⁵ (Bellinzona/Zürich) sowie Bundesanwältin Duscha Gmel (Karlsruhe) und RiBGH Dr. Ute Hohoff (Karlsruhe). Moderiert wurde das Panel von Prof. Dr. Hans Vest (Bern).

Ihren Abschluss fand die Jahrestagung mit dem Gastvortrag von Prof. Dr. Andrew Clapham (Genf), der, moderiert von Florian Jeßberger, unter dem Titel „White Collar War Criminals“ die Rolle wirtschaftlicher Akteure in bewaffneten Konflikten beleuchtete.

Die nächste Tagung des Arbeitskreises wird im Mai 2025 in Karlsruhe stattfinden.

¹ Der Arbeitskreis Völkerstrafrecht ist 2005 gegründet worden. Er bietet ein Forum zum Gedankenaustausch zwischen deutschsprachigen Völkerstrafrechtlerinnen und Völkerstrafrechtlern, das in einzigartiger Form Perspektiven aus Praxis und Wissenschaft zusammenführt. Der Arbeitskreis hat derzeit rund 300 Mitglieder aus Deutschland, der Schweiz, Österreich und Liechtenstein, darunter Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen, Vertreter und Vertreterinnen der Außen- und Justizministerien sowie Angehörige der internationalen und nationalen Strafjustiz. Der Arbeitskreis trifft sich zu jährlichen Sitzungen an wechselnden Orten. Weitere Informationen sind abrufbar unter <https://fli.berlin/arbeitskreis-voelkerstrafrecht/>.

² Der Beitrag von Wagner erscheint voraussichtlich in Ausgabe 6/2024.

³ Simon, ZfIStW 5/2024, 306.

⁴ Waespi, ZfIStW 5/2024, 310.

⁵ Heimgartner, ZfIStW 5/2024, 314.

Von Dr. Manon Simon, Zürich*

Der vorliegende Beitrag liefert einen Überblick über die wichtigsten Entwicklungen an den Kosovo Specialist Chambers (KSC) in den Jahren 2023 und 2024.¹ In diesem Zeitraum ergingen unter anderem das erstinstanzliche Urteil gegen Pjetër Shala (betreffend Kriegsverbrechen) sowie das Berufungsurteil in der Sache Salih Mustafa (ebenfalls betreffend Kriegsverbrechen). Auch das Verfahren gegen den ehemaligen kosovarischen Präsidenten Hashim Thaçi und weitere hochrangige Angeklagte (betreffend Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit) wurde maßgeblich vorangetrieben. Weitere wichtige Entwicklungen betreffen sodann diverse Verfahren wegen Straftaten gegen die Rechtspflege.

I. Einleitung

Nachdem bereits 2022 zwei erstinstanzliche KSC-Urteile in den Verfahren gegen Hysni Gucati und Nasim Haradinaj² sowie gegen Salih Mustafa³ ergingen, konnten auch in den Jahren 2023 und 2024 wichtige Fortschritte in den anhängigen Verfahren erzielt werden. Diese betreffen nicht nur Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, sondern auch Straftaten gegen die Rechtspflege, wie Zeugeneinschüchterung, Verletzung von Verfahrensgeheimnissen oder Behinderung von Amtspersonen.

* Die Verf. war bis Mai 2024 als Associate Legal Officer an den Kosovo Specialist Chambers (KSC) tätig. Die im Beitrag dargestellten Meinungen der Verf. können nicht den KSC zugerechnet werden. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag auf der Jahrestagung 2024 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht in Basel.

¹ Für eine frühere Rechtsprechungsübersicht, vgl. *Meisenberg*, ZfIStw 1/2024, 11; vgl. auch *ders.*, ZIS 2017, 746.

² KSC (Trial Panel II), Public Redacted Version of the Trial Judgment v. 18.5.2022 – KSC-BC-2020-07; vgl. auch *Meisenberg*, ZfIStw 1/2024, 11 (13); eine Zusammenfassung des Urteils ist abrufbar unter <https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/documents/20220518-summarytrialjudgmentgucati-haradinaj-en.pdf> (17.9.2024).

³ KSC (Trial Panel I), Further Redacted Version of Corrected Version of Public Redacted Version of Trial Judgment v. 16.12.2022 – KSC-BC-2020-05; vgl. auch *Meisenberg*, ZfIStw 1/2024, 11 (12–13); als öffentlich klassifizierte Urteile/Entscheide etc. sind auf der KSC-Website abrufbar <https://repository.scp-ks.org/>; eine Zusammenfassung des erstinstanzlichen Urteils „Mustafa“ ist hier abrufbar <https://www.scp-ks.org/en/documents/mustafa-case-summary-trial-judgment> (17.9.2024).

II. Pjetër Shala (KSC-BC-2020-04)⁴

Nachdem Mitte April 2024 die Schlussplädoyers stattgefunden hatten,⁵ erging am 16. Juli 2024 das erstinstanzliche Urteil gegen P. Shala, worin dieser zu einer Freiheitsstrafe von 18 Jahren verurteilt wurde wegen Kriegsverbrechen (willkürliche Inhaftierung, Folter und Mord), die er zwischen Mitte Mai und Anfang Juni 1999 in der sog. Metallfabrik in Kukës (Nordalbanien) im Rahmen eines Joint Criminal Enterprise begangen hatte. Im Anklagepunkt der grausamen Behandlung wurde er freigesprochen, da dieser gemäß Verfahrenskammer vollumfänglich vom Anklagepunkt der Folter konsumiert wurde.⁶ Insgesamt wurden 22 Zeugen gehört (zehn für die Anklagebehörde [Specialist Prosecutor's Office, SPO], zwei für die Opfervertretung und zehn für die Verteidigung). Acht Opfer haben sich am Verfahren beteiligt.⁷ Ein Wiedergutmachungsentscheid wird zu gegebener Zeit erlassen.⁸

III. Salih Mustafa (KSC-BC-2020-05/KSC-CA-2023-02/KSC-SC-2024-02)⁹

Nachdem Mustafa gegen das erstinstanzliche Urteil vom 16. Dezember 2022 Berufung eingelegt hatte, erging am 14. Dezember 2023 das Berufungsurteil in dieser Sache (nachfolgend: Mustafa Berufungsurteil).¹⁰ Die Berufungskammer bestätigte die Verurteilung Mustafas, reduzierte jedoch die Freiheitsstrafe von 26 Jahren auf 22 Jahre, da ihrer Ansicht nach die Verfahrenskammer den Strafraum des

⁴ Für weitere Informationen, vgl.

<https://www.scp-ks.org/en/cases/pjeter-shala> (17.9.2024); *Meisenberg*, ZfIStw 1/2024, 11 (13).

⁵ Vgl. Rule 159 Abs. 1 der Rules of Procedure and Evidence before the Kosovo Specialist Chambers, abrufbar unter https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/documents/ksc-bd-03-rev2-rulesofprocedureandevidence_0.pdf (17.9.2024),

wonach das erstinstanzliche Urteil in der Regel 90 Tage nach closing of the case vorliegen muss.

⁶ Eine öffentliche Version des Urteils wurde noch nicht publiziert; eine Zusammenfassung des Urteils ist abrufbar unter https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/documents/20240716summaryshalajudgment_final.pdf (17.9.2024).

⁷ Vgl. trial information/statistics, abrufbar unter <https://www.scp-ks.org/en/cases/pjeter-shala> (20.8.2024).

⁸ Vgl. auch Urteilszusammenfassung (Fn. 6), S. 15 Rn. 67.

⁹ Für weitere Informationen, vgl. <https://www.scp-ks.org/en/cases/salih-mustafa/en> (17.9.2024); *Meisenberg*, ZfIStw 1/2024, 11 (13).

¹⁰ KSC (A Panel of the Court of Appeals Chamber), Public Redacted Version of Appeal Judgment v. 14.12.2023 – KSC-CA-2023-02; eine Zusammenfassung ist abrufbar unter <https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/documents/20231214-summary-mustafa-appeal-judgment-en.pdf> (17.9.2024).

zum Zeitpunkt der Verbrechen anwendbaren kosovarischen Rechts unzureichend berücksichtigt hatte. In ähnlichen Fällen betreffend Kriegsverbrechen vor internationalen Strafgerichten und kosovarischen Gerichten seien grundsätzlich kürzere Freiheitsstrafen verhängt worden. Obwohl der Verfahrenskammer grundsätzlich ein großes Ermessen bezüglich des Strafmaßes zukomme, habe sie – nach Ansicht der Berufungskammer – diesen Ermessensspielraum überschritten und eine unverhältnismäßige Strafe verhängt.¹¹

Im Urteil setzte sich die Berufungskammer unter anderem auch mit der Kausalität beim Tatbestand des Mordes auseinander, insbesondere mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Kausalzusammenhang durch eine zusätzliche bzw. nachträgliche, nicht durch den Angeklagten zu vertretende Ursache (auch bekannt als „novus actus interveniens“), unterbrochen werden kann. Sie kam zum Schluss, dass dies nur dann der Fall sei, wenn die zusätzliche bzw. nachträgliche Ursache für den Angeklagten nicht vorhersehbar war oder nicht Teil des ursprünglich durch ihn geschaffenen Risikobereichs ist und ein völlig neues und derart hohes Risiko geschaffen hat, dass es das durch den Angeklagten geschaffene Risiko unbedeutend macht („to have any impact on the chain of causation set in motion by the original conduct, a new supervening event must not be foreseeable, or not form part of the original sphere of risk belonging to the accused and create a wholly new risk that is so potent as to render the original risk insignificant“).¹² Nach Ansicht der Berufungskammer habe im vorliegenden Fall die hinzugekommene Ursache (Schüsse auf das Todesopfer, bei denen – im Zweifel für den Angeklagten – davon ausgegangen werden musste, dass sie nicht durch ihn oder seine Untergebenen, sondern durch serbische Kräfte abgegeben wurden) nicht ein völlig neues und derart hohes Risiko geschaffen, dass es die durch den Angeklagten bzw. seine Untergebenen geschaffenen Risiken (schwere Misshandlung des Todesopfers; Verwehren oder Unterlassen medizinischer Hilfe) unbedeutend gemacht hätte. Der Kausalzusammenhang sei somit nicht unterbrochen und Mustafa zu Recht des Mordes verurteilt worden.¹³

Am 29. Juli 2024 entschied die KSC Supreme Court Chamber über den Mitte März 2024 von Mustafa eingelegten außerordentlichen Rechtsbehelf (sog. „protection of legality request“).¹⁴ Darin hatte Mustafa verschiedene Rechtsfehler geltend gemacht in Bezug auf 1. den Zeitpunkt des Erhalts

der albanischen Übersetzung des Berufungsurteils, 2. seine Verurteilung wegen Mordes sowie 3. die Strafzumessung. Die Supreme Court Chamber stellte lediglich – aber immerhin – Rechtsfehler bezüglich Letzterem fest (konkret im Zusammenhang mit dem lex mitior-Grundsatz) und hob in der Folge die entsprechenden Erwägungen des Berufungsurteils auf. Die Berufungskammer hat nun erneut über das Strafmaß zu befinden bzw. zu überprüfen, ob die im Dezember 2023 ausgesprochene Freiheitsstrafe von 22 Jahren auch nach Berücksichtigung der Erwägungen der Supreme Court Chamber (die insbesondere zum Schluss kam, dass der anwendbare Strafraum eine Freiheitsstrafe zwischen fünf und 25 Jahren ist) angemessen ist.¹⁵

Der Wiedergutmachungsentscheid der Verfahrenskammer vom 6. April 2023, in dem insgesamt 207.000 EUR den Opfern als Wiedergutmachung zugesprochen worden waren,¹⁶ wurde nicht angefochten. Ein erster Bericht zur Umsetzung des Wiedergutmachungsentscheids liegt vor.¹⁷

IV. Hashim Thaçi et al. (KSC-BC-2020-06)¹⁸

Das Verfahren gegen den ehemaligen kosovarischen Präsidenten Hashim Thaçi und drei weitere hochrangige Angeklagte (Kadri Veseli, Rexhep Selimi und Jakup Krasniqi) befindet sich seit April 2023 in der Hauptverhandlung. Die Anklagepunkte betreffen Kriegsverbrechen (willkürliche Inhaftierung, grausame Behandlung, Folter, Mord) und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Verfolgung, Inhaftierung und andere unmenschliche Handlungen, Folter, Mord, Verschwindenlassen). 153 Opfer haben sich bislang am Verfahren beteiligt. Die Anklagebehörde SPO hat rund 300 Zeugen geladen, wobei nicht alle unmittelbar vor Gericht aussagen werden. Bislang wurden an ca. 140 Verhandlungstagen insgesamt rund 80 SPO-Zeugen gehört (Stand: Ende August 2024).¹⁹ Als provisorisches Enddatum der Befragung der SPO-Zeugen wurde der 1. April 2025 festgelegt.²⁰ Darauf

¹⁵ Protection of Legality Entscheid (Fn. 13), Erwägungen 58–112 (insbes. 75, 102, 106–111). Bezüglich der übrigen geltend gemachten Rechtsfehler, vgl. Erwägungen 35–57.

¹⁶ KSC (Trial Panel I), Corrected Version of Public Redacted Version of Reparation Order against Salih Mustafa v. 14.4.2023 – KSC-BC-2020-05; eine Zusammenfassung ist abrufbar unter <https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/documents/20230406-mustafa-summary-rep-order-en.pdf> (17.9.2024).

¹⁷ KSC (Registrar), Public Redacted Version of ‘Registrar’s Submissions on the Implementation of the Reparation Order’ v. 24.1.2024/27.3.2024 – KSC-BC-2020-05.

¹⁸ Für weitere Informationen, vgl. <https://www.scp-ks.org/en/cases/hashim-thaci-et-al> (17.9.2024);

Meisenberg, ZfISTw 1/2024, 11 (13–14).

¹⁹ „current information/statistics“, abrufbar unter <https://www.scp-ks.org/en/cases/hashim-thaci-et-al> (17.9.2024).

²⁰ KSC, Transcript of Hearing v. 15.2.2023 – KSC-BC-2020-06, S. 2039 Zeilen 12–16.

¹¹ KSC (A Panel of the Court of Appeals Chamber), Public Redacted Version of Appeal Judgment v. 14.12.2023 – KSC-CA-2023-02, Erwägungen 449–483.

¹² KSC (A Panel of the Court of Appeals Chamber), Public Redacted Version of Appeal Judgment v. 14.12.2023 – KSC-CA-2023-02, Erwägung 347.

¹³ KSC (A Panel of the Court of Appeals Chamber), Public Redacted Version of Appeal Judgment v. 14.12.2023 – KSC-CA-2023-02, Erwägungen 341–355; vgl. hierzu auch KSC (Panel of the Supreme Court Chamber), Decision on Salih Mustafa’s Request for Protection of Legality v. 29.7.2024 – KSC-SC-2024-02 (nachfolgend diskutiert unter Protection of Legality Entscheid), Erwägungen 49–57.

¹⁴ Protection of Legality Entscheid (Fn. 13).

folgt in der Regel die Befragung von Zeugen, die durch die Opfervertretung sowie durch die Verteidigung geladen werden.

V. Sabit Januzi et al. (KSC-BC-2023-10)²¹

Die ursprüngliche Anklageschrift gegen Sabit Januzi und Ismet Bahtijari wurde Anfang Oktober 2023 bestätigt,²² woraufhin beide in Kosovo verhaftet und an die KSC überstellt wurden. Diejenige gegen Haxhi Shala wurde Anfang Dezember 2023 bestätigt,²³ woraufhin auch er in Kosovo verhaftet und an die KSC überstellt wurde. Auf Antrag der Anklagebehörde wurden die Verfahren Anfang Februar 2024 zusammengelegt.²⁴ Die derzeit maßgebliche (abgeänderte und verbundene) Anklageschrift gegen Januzi, Bahtijari und H. Shala wurde am 8. Juli 2024 bestätigt.²⁵ Laut dieser werden ihnen verschiedene Rechtspflegedelikte (Behinderung von Amtspersonen, Zeugeneinschüchterung) vorgeworfen. Das genaue Datum für die Überweisung des Verfahrens an eine Verfahrenskammer steht noch aus.²⁶

Derzeit anhängig ist auch ein von H. Shala im Juli 2024 vor der KSC Supreme Court Chamber eingereichter protection of legality request (außerordentlicher Rechtsbehelf) in Bezug auf seine Haft.²⁷

VI. Isni Kilaj (KSC-BC-2018-01)²⁸

Anfang November 2023 wurde Kilaj gestützt auf einen (nach-

²¹ Für weitere Informationen, vgl.

<https://www.scp-ks.org/en/cases/sabit-januzi-ismet-bahtijari-haxhi-shala> (17.9.2024);

Meisenberg, ZfIStw 1/2024, 11 (14).

²² KSC (Specialist Prosecutor), Annex 1 to Submission of Public Redacted Version of Confirmed Indictment v. 4.10.2023 – KSC-BC-2023-10.

²³ KSC (Specialist Prosecutor), Annex 1 to Submission of Public Redacted Version of Confirmed Indictment v. 6.12.2023 – KSC-BC-2023-11.

²⁴ KSC (Pre-Trial Judge), Public Redacted Version of Decision on Request for Joinder and Amendment of the Indictment v. 8.2.2024 – KSC-BC-2023-10.

²⁵ KSC (Specialist Prosecutor), Annex 3 to Prosecution Submission of Confirmed Amended Indictment v. 10.7.2024 – KSC-BC-2023-10; vgl. aber auch „Indictment History“, abrufbar unter

<https://www.scp-ks.org/en/cases/sabit-januzi-ismet-bahtijari-haxhi-shala> (17.9.2024).

²⁶ KSC (Pre-Trial Judge), Decision on Various Defence Requests v. 23.7.2024 – KSC-BC-2023-10, Erwägungen 37, 45, 50; vgl. auch KSC (Pre-Trial Judge), Decision concerning Case Calendar v. 12.7.2024 – KSC-BC-2023-10, Erwägungen 15–16.

²⁷ KSC (Specialist Counsel for Haxhi Shala), Request for Protection of Legality against Haxhi Shala's Appeal against Decision on Review of Detention v. 12.7.2024 – KSC-BC-2023-10.

²⁸ Für weitere Informationen, vgl.

<https://www.scp-ks.org/en/cases/isni-kilaj> (17.9.2024);

Meisenberg, ZfIStw 1/2024, 11 (14).

träglich richterlich bestätigten) SPO-Haftbefehl in Kosovo verhaftet und an die KSC überstellt.²⁹ Mitte Dezember 2023 reichte die Anklagebehörde eine Anklageschrift betreffend Rechtspflegedelikte (Behinderung von Amtspersonen, Verletzung von Verfahrensgeheimnissen) ein.³⁰

Am 15. Mai 2024 wurde Kilaj unter strengen Auflagen in Kosovo freigelassen,³¹ gestützt auf einen Entscheid des Vorverfahrensrichters vom 3. Mai 2024,³² der am 13. Mai 2024 von der Berufungskammer (bzw. Beschwerdekammer) bestätigt worden war.³³ Es bestehe zwar weiterhin ein begründeter Verdacht in Bezug auf die genannten Straftaten, eine mäßige Fluchtgefahr sowie Kollusions- und Wiederholungsgefahr, dennoch sei eine Verlängerung der Haft derzeit unverhältnismäßig. Insbesondere angesichts der bereits ausgestandenen Haft, der zu erwartenden Strafe sowie aufgrund von Verfahrensverzögerungen, die durch die Anklagebehörde zu verantworten sind. Die Auflagen beinhalten unter anderem die Leistung einer Kautions, die Weisung, Kosovo nur mit einer Genehmigung der KSC zu verlassen, die Hinterlegung des Reisepasses und anderer Reisedokumente bei den KSC, eine wöchentliche Berichterstattung an die Polizei Kosovos sowie Unterlassung jeglicher öffentlichen Äußerungen in Bezug auf die KSC/SPO gegenüber den Medien und/oder in den sozialen Medien (einschließlich jeglicher Äußerungen, die Drohungen oder Gewalt beinhalten).

Gemäß SPO wurde Ende Juni 2024 eine abgeänderte Anklageschrift gegen Kilaj eingereicht.³⁴

VII. Hysni Gucati und Nasim Haradinaj (KSC-BC-2020-07/KSC-CA-2022-01/KSC-SC-2023-01)³⁵

Nachdem sie zwei Drittel ihres Strafmaßes verbüßt hatten,

²⁹ Vgl. KSC (Single Judge), Decision on Continued Detention v. 6.11.2023 – KSC-BC-2018-01.

³⁰ Vgl. KSC (Single Judge), Public Redacted Version of Corrected Version of Decision on Review of Detention of Isni Kilaj v. 3.5.2024 – KSC-BC-2018-01, Erwägung 4 mit weiteren Hinweisen.

³¹ Vgl. KSC (Registrar), Notification of Isni Kilaj's Transfer to Kosovo v. 15.5.2024 – KSC-BC-2018-01.

³² Vgl. Fn. 30.

³³ KSC (Panel of the Court of Appeals Chamber), Public Redacted Version of Decision on the Specialist Prosecutor's Office's Appeal Against Decision on Isni Kilaj's Review of Detention v. 13.5.2024 – KSC-BC-2018-01.

³⁴ Vgl. KSC (Specialist Prosecutor), Prosecution Notice v. 18.7.2024 – KSC-BC-2018-01.

³⁵ Für weitere Informationen, vgl.

<https://www.scp-ks.org/en/cases/hysni-gucati-nasim-haradinaj/en> (17.9.2024);

Meisenberg, ZfIStw 1/2024, 11 (12–13); erstinstanzliches Urteil: KSC (Trial Panel II), Public Redacted Version of the Trial Judgment v. 18.5.2022 – KSC-BC-2020-07; Berufungsurteil: KSC (Panel of the Court of Appeals Chamber), Appeal Judgment v. 2.2.2023 – KSC-CA-2022-01; im Letzteren wurde die erstinstanzliche Verurteilung weitgehend bestätigt, die Freiheitsstrafe jedoch leicht reduziert, auf vier Jahre und drei Monate.

wurden Gucati³⁶ und Haradinaj³⁷ im Oktober bzw. Dezember 2023 unter Auflagen vorzeitig aus der Haft entlassen. Allerdings sprach die Gerichtspräsidentin am 13. Juni 2024 in Bezug auf Haradinaj eine (letzte) Warnung aus, sich an alle Bedingungen zu halten, die sie in ihrem Haftentlassungsentscheid vom Dezember 2023 festgelegt hatte. Berichten zufolge soll Haradinaj in den vergangenen Monaten mit den Medien in Kontakt getreten sein, ohne die von der Gerichtspräsidentin vorgeschriebene Genehmigung einzuholen.³⁸

Am 31. Mai 2024 entschied die KSC-Verfassungsgerichtskammer über eine Verfassungsbeschwerde Haradinajs.³⁹ Die Beschwerde wurde teilweise für unzulässig erklärt (wegen Nicht-Ausschöpfens der ordentlichen Rechtsbehelfe) und im Übrigen abgewiesen, da kein Verstoß gegen die kosovarische Verfassung oder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vorliege. Haradinaj hatte unter anderem gerügt, dass seine Verurteilung auf einer zu weiten Auslegung von Bestimmungen des kosovarischen Strafbuchsbuchs beruht habe, er von der Anklagebehörde zur Begehung von Straftaten verleitet, die Beweislast zu seinen Ungunsten umgekehrt und sein Recht auf freie Meinungsäußerung verletzt worden sei.

VIII. Ausblick

Auch in den kommenden Monaten dürften bedeutende Entwicklungen vor den KSC zu erwarten sein, sowohl in Bezug auf Verfahren zu Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit wie auch betreffend Rechtspflegedelikte. Das Verfahren gegen P. Shala dürfte in Berufung gehen, das Strafmaß in der Sache Mustafa wird gemäß Entscheid der Supreme Court Chamber zu überprüfen sein, das umfangreiche erstinstanzliche Verfahren gegen Thaçi u.a. dürfte maßgeblich voranschreiten (Abschluss der Befragung der SPO-Zeugen voraussichtlich im Frühling 2025), und die neueren Verfahren betreffend Straftaten gegen die Rechtspflege (Januzi u.a., Kilaj) dürften bald an eine Verfahrenskammer überwiesen werden.

³⁶ KSC (President of the Specialist Chambers), Decision on Commutation, Modification or Alteration of Sentence v. 12.10.2023 – KSC-SC-2023-01.

³⁷ KSC (President of the Specialist Chambers), Decision on Modification of Sentence v. 12.12.2023 – KSC-SC-2023-01; vgl. auch den früheren Entscheid KSC (President of the Specialist Chambers), Public Redacted Version of the Decision on Commutation, Modification or Alteration of Sentence v. 12.10.2023 – KSC-SC-2023-01, in dem Haradinajs Haftentlassung noch verweigert worden war.

³⁸ KSC (President of the Specialist Chambers), Decision on a Final Warning v. 13.6.2024 – KSC-SC-2023-01.

³⁹ Entscheid: KSC (Specialist Chamber of the Constitutional Court), Judgment on the Referral by Nasim Haradinaj to the Specialist Chamber of the Constitutional Court v. 31.5.2024 – KSC-CC-2023-22; Beschwerde: KSC (Specialist Counsel for Nasim Haradinaj), Haradinaj Defence Referral to the Specialist Chamber of the Constitutional Court v. 20.11.2023 – KSC-CC-2023-22.

In vollem Schwung – Die Cour Pénale Spéciale in der Zentralafrikanischen Republik in ihrem zweiten fünfjährigen Mandat*

Von Lic. iur. HSG **Stefan Waespi**, LL.M. (Chicago), Bangui**

Die Cour Pénale Spéciale (CPS) ist ein zentralafrikanisches Gericht, das 2015 zur strafrechtlichen Aufarbeitung schwerster Völkerrechtsverbrechen, die in der Zentralafrikanischen Republik seit 2003 begangen wurden, gegründet wurde. Es handelt sich um ein hybrides bzw. internationalisiertes Gericht, in dem Zentralafrikaner und international rekrutierte Richterinnen und Richter und anderes Personal zusammenarbeiten.

Aufbauend auf der ersten Berichterstattung auf der Berliner Tagung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht vom Mai 2022 beschreibt der vorliegende Beitrag, wie die hybride Natur des Gerichtes zum Tragen kommt, insbesondere was die Balance zwischen den nationalen und den internationalen Richterinnen und Richtern betrifft. Die bemerkenswerten Fortschritte, welche namentlich die Straf-, Berufungs- und Ermittlungskammern seit der letzten Berichterstattung erreicht haben, werden dargestellt sowie das mittlerweile ausgezeichnete Verhältnis zum Internationalen Strafgerichtshof beleuchtet, das allerdings mit der kürzlichen Verhaftung eines von beiden Gerichten gesuchten Verdächtigen einen interessanten Konfliktpunkt kennt.

I. Einleitung

Der Beitrag knüpft an einen vom *Verf.* gemeinsam mit *Volker Nerlich*, bis Ende Oktober 2023 Berufsrichter an der CPS, publizierten Text¹ über Aufbau, Arbeit und Funktionsweise dieses einzigartigen Gerichts. Vielleicht zur Erinnerung nochmals die Grundlagen. Die CPS hat zur Aufgabe, die seit 2003 in der Zentralafrikanischen Republik (ZAR) begangenen internationalen Verbrechen wie Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen oder Völkermord zu untersuchen und in fairen Gerichtsverfahren zu beurteilen. Die CPS ist ein hybrides, aber letztlich nationales Gericht, das nationales Recht anwendet, d.h. konkret die ihm maßgeschneiderte Verfahrensordnung vom 2. Juli 2018² sowie die materiellen Strafnormen des Strafgesetzbuches vom 6. Januar 2010.³

* Die folgenden Äußerungen spiegeln die persönliche Meinung des *Verf.* wider.

** Der *Verf.* ist Rechtsanwalt (Zürich/New York) sowie ehemaliger Senior Trial Attorney am Kriegsverbrechertribunal für das ehemalige Jugoslawien, ICTY (Den Haag), und Staatsanwalt des Bundes (Bern). Seit Januar 2021 ist er Internationaler Untersuchungsrichter an der CPS.

¹ *Nerlich/Waespi*, ZfIStw 12/2022, 673.

² Grundlage auch der Verfahren vor dem CPS bleibt allerdings die normale Prozessordnung in Strafsachen („Code de procédure pénale centrafricaine“) vom 6. Januar 2010; vgl. Art. 5 CPS-Gesetz vom 3.6.2015.

³ Vgl. insbesondere die Art. 152 (Völkermord), Art. 153 (Verbrechen gegen die Menschlichkeit) sowie Art. 154–156 (Kriegsverbrechen).

II. Hybride Natur

Die hybride Natur der CPS, die wie erwähnt rein formell ein nationales Gericht bleibt, basiert unter anderem auf der Art und Weise der Finanzierung sowie der Präsenz sowohl nationaler als auch internationaler Funktionsträger, namentlich der Richterinnen und Richter, der Staatsanwälte⁴, sowie der im Kontext der CPS sehr wichtigen Rechtsberaterinnen und Rechtsberater. Die konkrete Ausgestaltung der Hybridität ist für den Erfolg eines hybriden Tribunals entscheidend, aber natürlich sehr vom konkreten Kontext abhängig.⁵ Was den personellen Aspekt der Hybridität betrifft, ist die für die CPS gewählte Konfiguration beispielhaft. Dem zentralafrikanischen Gesetzgeber ist es gelungen, eine austarierte Balance unter diesen Magistratinnen und Magistraten zu finden, welche nicht eindimensional zu Gunsten der nationalen oder internationalen Seite ausfällt. So besteht das Führungsduo aus dem nationalen Präsidenten des Gesamtgerichts, der die CPS in aller Regel gegenüber außen vertritt, und dem international rekrutierten Chef der Sponderstaatsanwaltschaft. Mit letzterem⁶ ist namentlich die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft gewährleistet, für den Erfolg eines Kriegsverbrechertribunals eine unabdingbare Grundvoraussetzung. Sodann werden alle vier – je dreiköpfigen – Kammern⁷ von je einem nationalen Vorsitzenden angeführt. Die Strafkammer mit zwei nationalen Richtern und einem internationalen hat als einzige eine nationale Mehrheit. Da diese Kammer naturgemäß weitaus am meisten in der Öffentlichkeit sichtbar und (bei der Liveübertragung im Radio) hörbar ist, macht die überwiegende nationale Präsenz absolut Sinn. Das gilt natürlich auch in Anbetracht der Tatsache, dass während des Prozesses die meisten Zeugen in der Landessprache Sango sprechen, deren die internationalen Richter nicht mächtig sind. Sowohl die Beschwerde- als auch die Berufungskammer verfügen demgegenüber in ihrer Dreierbesetzung über je zwei internationale Richterinnen bzw. Richter. Diese Konstellation ist entscheidend für die Gewährleistung einer Rechtsprechung, die internationalen Maßstäben gerecht und damit innerhalb ZAR und hoffentlich darüber hinaus zum Vorbild wird. In der Tat hat die erste Sachentscheidung der Berufungskammer im PAOUA-Verfahren international ein gutes Echo erhalten, keine Überraschung bei der ausgewiesenen Qualität dieses Kollegiums.

⁴ Zurzeit nur männliche, und zwar je ein Vertreter aus Ägypten, Burkina Faso und der Demokratischen Republik Kongo und sowie drei aus der Zentralafrikanischen Republik.

⁵ Vgl. etwa den Vortrag von Philipp Ambach auf der Tagung des Arbeitskreises 2024.

⁶ Seit Gründung der CPS ist der kongolesische Magistrat Toussaint Muntazini Chef der Sonderstaatsanwaltschaft.

⁷ Ermittlungskammer, Strafkammer, Beschwerdekammer und Berufungskammer.

III. In vollem Schwung, erste vorzeigbare Erfolge

Die CPS, deren Mandat für weitere fünf Jahre bis 2028 verlängert wurde, ist in vollem Schwung.

Der erste Prozess gegen Issa Salih u.a. (Dossier PAOUA) wurde in der Sache und was die Reparationsansprüche der Opfer betrifft rechtskräftig abgeschlossen. Gerade der Entscheid der Berufungskammer vom 20. Juli 2023 hat die CPS extrem beflügelt. Die Führung von öffentlichen Prozessen ist in der Außenwahrnehmung und nicht zuletzt der internationalen Gemeinschaft gegenüber, die die CPS finanziert, die einzige Währung, die zählt. Der PAOUA-Entscheid hat die CPS aber auch intern weitergebracht, indem er den einzelnen Kammern in wichtigen Bereichen verbindliche Vorgaben macht, sowohl in materiell-rechtlicher Hinsicht aber auch prozedural – wie etwa zur Frage, wie ein Ermittlungsdossier formell aufgebaut sein muss. Der Entscheid ist sehr gut lesbar, klar aufgebaut, fast eine Lektion im angewandten Völkerstrafrecht. Die Hoffnung ist, dass er gerade auch unter den nationalen Kolleginnen und Kollegen, sowohl in der CPS aber auch der gewöhnlichen Justiz, guten Anklang findet. Auch der ebenso wichtige Berufsentscheid vom 23. Oktober 2023 in der Frage der Zivilansprüche hat große Signalwirkung, und wurde bereits auch im Reparationsentscheid vom 28. Februar 2024 des Internationalen Strafgerichtshofes in der Sache Dominic Ongwen zustimmend zitiert (Paragraph 579):

„This is consistent with the approach of the Appeals Chamber of the Special Criminal Court of the Central African Republic, which found that a trial chamber cannot order reparations measures whose implementation are not guaranteed.”

In der Tat ist die Finanzierung der Zivilansprüche bzw. die konkrete Umsetzung der allenfalls angeordneten Maßnahmen auch für die CPS eine große Herausforderung. Und im Einklang mit der Rechtsprechung der CPS sind die Reparationen im Verfahren PAOUA voll finanziert und wurden auch bereits ausbezahlt.

In diesem Zusammenhang soll auch erwähnt werden, dass gerade die Berufungskammer einen wirklich bemerkenswerten Aufwand betreibt, um ihre Entscheide der breiteren Öffentlichkeit und auch international bekannt zu machen. So wurden im PAOUA-Verfahren neben den Medienmitteilungen jeweils eine Zusammenfassung der Entscheide sowohl in der Gerichtssprache Französisch als auch auf Sango sowie Englisch veröffentlicht.⁸

Der zweite Prozess gegen Azor Kalite u.a. (Dossier NDELE I) hat im Dezember 2023 begonnen und ist gut unterwegs.⁹ Der Gerichtssaal ist voll und der Prozess wird live im Radio übertragen. Auch ein nächstes Dossier (Dossier NDELE II) ist bereits der Strafkammer übergeben worden. Sodann wurde Beginn September bekannt, dass auch die umfangreichen Ermittlungen im Verfahren gegen Eugène

Ngaikosset u.a. (Dossier BOSSEMBELE) von den Untersuchungsrichtern abgeschlossen und mit der Überweisungsverfügung an die Strafkammer abgetreten worden sind. Neben den drei in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten betrifft das Dossier BOSSEMBELE namentlich auch den (noch flüchtigen) ehemaligen Staatspräsidenten François Bozize, gegen den ein internationaler Haftbefehl besteht. Da darüber hinaus – gerade auch wieder in den vergangenen Tagen¹⁰ – bis zu diesem Zeitpunkt insgesamt 41 Verdächtige¹¹ verhaftet werden konnten und die Ermittlungen auch in diesen Dossiers gut vorangeschritten sind, werden weitere Prozesse folgen.

Sehr wichtig ist, dass in den vergangenen Monaten mit den Rechtsberaterinnen des Corps der Verteidiger, der Strafkammer und der Staatsanwaltschaft drei wichtige offene Positionen besetzt werden konnten, die lange vakant waren. Zu Beginn Oktober rechnet die CPS zudem mit dem Eintreffen des zweiten internationalen Richters der Beschwerdekammer (Chambre d'accusation spéciale), übrigens eines erfahrenen Staatsanwaltes aus Deutschland, welche damit erstmals komplett ist.¹² Ebenso sind seit neuestem auch internationale Verteidiger in den Dossiers aktiv, womit auch in diesem Schlüsselbereich die die CPS definierende Hybridität hergestellt ist. Schließlich hat sich auch die Zusammenarbeit mit dem IStGH in eine vertrauensvolle und fruchtbare Partnerschaft entwickelt, über die im Folgenden ausführlich berichtet wird.

IV. Verhältnis zum Internationalen Strafgerichtshof

Bereits vor zwei Jahren haben der *Verf.* und Volker Nerlich über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) gesprochen. Diese hat sich nach etwas zähem Beginn in sehr erfreulicher Weise entwickelt. Dazu trägt auch eine im November 2023 abgeschlossene Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen den Institutionen bei. Die (notabene gegenseitigen) Rechtshilfeersuchen zwischen dem Office of the Prosecutor (OTP) des IStGH und namentlich den drei Ermittlungskabinetten der CPS werden nun in aller Regel von der jeweiligen Seite zügig beantwortet. Einzelne Aspekte der umfangreichen Kooperation sind im Jahresbericht 2023 des OTP im Detail aufgelistet und umfassen insbesondere auch die Weitergabe von vertraulichen Zeugenprotokollen.¹³ In diesem Zusammenhang schätzt die CPS es sehr, dass OTP trotz der laufenden Gerichtsverfahren gleichwohl investigative Kapazitäten abstellt, um die Zeugen zum Zwecke der Zustimmung zu kontaktieren. Weiter ist der IStGH im Besitz vieler offizieller Dokumente (zum Beispiel Gesetzessammlungen inklusive Verordnungen und Erlasse des

⁸ Sogar ein Q&A wurde zur Verfügung gestellt.

⁹ Die Presseabteilung publiziert in der Regel eine Tageszusammenfassung.

¹⁰ „Key arrests in Central African Republic“, HRW. 11. September 2024.

¹¹ Stand vom 27. September 2024. Vgl. das ausführliche CPS-Bulletin trimestriel d'information #4 vom 27. September 2024.

¹² Diese Vakanz musste in dieser Kammer über Jahre mit ad hoc-Besetzungen überbrückt werden, was die Verfahrensordnung ausdrücklich vorsieht.

¹³ OTP, Annual Report 2023, S. 76–79.

Verteidigungsministers), welche über die Jahre gesammelt und nach Den Haag gebracht wurden. Dank der Unterstützung des IStGH und maßgeblich von der Europäischen Union finanziert konnte die CPS auch Exhumierungen durchführen. Schließlich stellt der IStGH der CPS auch seine technischen Kapazitäten zur Verfügung, etwa um elektronische Daten in Mobiltelefonen, aber auch Videos zu analysieren. In diesem Zusammenhang organisiert der IStGH im Oktober in Bangui im Bereich Analyse und Aufbereitung von elektronischen Daten, Zeugenschutz und Rechtshilfe ein Training für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der CPS.

Die Zusammenarbeit zwischen IStGH und CPS funktioniert jedenfalls bestens und zum Profit beider Institutionen, der Opfer, und nicht zuletzt auch der internationalen Gemeinschaft, die beide maßgebend finanziert. Diese täglich gelebte Zusammenarbeit bietet ein Beispiel, das auch auf andere IStGH-Situationen außerhalb der Zentralafrikanischen Republik angewendet werden kann, obwohl jede Konstellation natürlich verschieden ist und ihre eigenen Herausforderungen kennt. In einem gewissen Sinne übernimmt die CPS in der Zentralafrikanischen Republik nun die Rolle des IStGH, dies namentlich nach dem am 16. Dezember 2022 vom Prosecutor angekündigten Rückzug des IStGH (bzw. genauer des OTP) aus der ZAR.

In diesem Zusammenhang ist abschließend eine bereits in dem CPS-Bericht vor zwei Jahren angedeutete faszinierende Konstellation zu erwähnen, in welcher derselbe Verdächtige X sowohl von einem Haftbefehl des IStGH als auch der CPS betroffen ist, notabene für dieselbe *crime base*. Auf Betreiben des IStGH-OTP kamen OTP und die zuständigen CPS-Untersuchungsrichter im vergangenen Frühjahr überein, die Anstrengungen zur Verhaftung von X zu intensivieren und künftig vor allem auch zu koordinieren. Die naheliegende Frage, welche der beiden Gerichte X nach dessen Verhaftung den Prozess machen würde, wurde zwar von Seiten der CPS gestellt, aber von OTP ausdrücklich offengelassen – man wolle das Fell des Bären nicht verteilen, bevor er erlegt sei.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die CPS in diesem Verfahren, in welchem die CPS mit Kenntnis des OTP schon seit 2020 ermittelt, bereits vier Verdächtige verhaftet hatte, darunter eine Schlüsselfigur Y, die zusammen mit X am Tatort gesehen worden war. In Gesprächen mit dem OTP wurde seitens der zuständigen CPS-Untersuchungsrichter immer wieder zum Ausdruck gebracht, dass es keinen Sinn ergibt, in exakt derselben Ermittlung zwei getrennte, aber identische Prozesse laufen zu lassen – einen in Den Haag vor dem IStGH und einen in Bangui vor der CPS. Es kann nur ein Entweder-oder geben: Bangui oder Den Haag. Wenn der IStGH X will, dann kann und soll er auch Y und die anderen Beschuldigten mitnehmen.

Die Durchführung des Prozesses in Bangui liegt jedoch auf der Hand. Natürlich ist die CPS in jeder Hinsicht viel näher als der IStGH bei den Opfern, Zeugen, Tätern, ja der Bevölkerung als Ganzes, die ja letztlich im Fokus der Arbeit und damit auch der Outreach-Bemühungen steht. Ohne die internationalen Standards, etwa in Bezug auf Täterrechte, Zeugen- und Opferschutz, zu kompromittieren, ist die CPS zudem viel billiger, effizienter, rascher, und erfüllt in idealer

Weise die Vorgaben des Rom-Statuts in der Frage der Komplementarität, wie sie ja vom IStGH bei jeder Gelegenheit betont werden.¹⁴ Dies wurde auch vom stellvertretenden Chefankläger Mandiaye Niang gerade wieder betont, als er ausgerechnet in Bangui und im CPS-Gerichtssaal die neue OTP-„Policy on Complementarity and Cooperation“ vorstellte.¹⁵ Und selbstverständlich ist die CPS „willing and able“, was nicht nur in der hier zur Debatte stehenden Ermittlung deutlich wird. Dass die Gerichtssäle in Den Haag möglicherweise im nächsten Jahr weniger genutzt werden als bisher, ist nicht das Problem der CPS. Im Gegenteil, man sagte immer anekdotisch, der Erfolg des IStGH zeige sich dann, wenn dessen Gerichtssäle leer seien: Das hieße nämlich, dass die Vertragsstaaten ihre Arbeit gemacht hätten. Für einmal stimmt das, ausgerechnet in der ZAR!

X ist mittlerweile verhaftet worden. Nach anfänglichen Berührungsängsten (vor allem von Seiten der CPS-Ermittler) hat die Zusammenarbeit und insbesondere der Austausch von Informationen zwischen IStGH-OTP bzw. der für den Vollzug von Haftbefehlen zuständigen IStGH-Registry auf der einen und der für CPS-Verhaftungen operativ zuständigen Spezialeinheit (Unité spéciale de police judiciaire [USPJ]) auf der anderen Seite bestens geklappt und erfreulich rasch zum Erfolg geführt. X wurde nach seiner Verhaftung nach Bangui gebracht und von den zuständigen CPS-Untersuchungsrichtern formell „beschuldigt“ und in einem kontradiktorischen Verfahren in Untersuchungshaft genommen. Er wurde zur Sache vernommen und die Konfrontationseinvernahmen zwischen ihm, seinen Mitbeschuldigten und den Tatzeugen haben bereits begonnen.

Nun muss das Fell des Bären noch verteilt werden. Nicht ganz einfach ist dies auch deshalb, weil sowohl auf der Seite des IStGH (wohl Präsidentschaft, Kammern, Registry, OTP) als auch der CPS (Präsidentschaft, Sonderstaatsanwaltschaft und die das aktuelle Verfahren führenden Untersuchungsrichter) mehrere Akteure beteiligt sind. Dazu kommt, wohl als eine Schlüsselfigur, der Justizminister der ZAR. Es gibt allerdings keinen Grund, weshalb die beschriebene, durchaus als Konfrontation zu bezeichnende Konstellation das sehr gute Verhältnis zwischen dem IStGH und der CPS beeinträchtigen müsste.

V. Herausforderungen

Die CPS ist auf gutem Wege. Herausforderungen bleiben jedoch. Das sind – neben der bereits angedeuteten Problematik der Reparationen – wie immer seit Anbeginn die personelle Besetzung von diversen offenen Positionen sowie Finanzierung¹⁶ und kurzfristige Liquidität. In all diesen Bereichen

¹⁴ „The world is witnessing complementarity as envisioned in the Rome Statute being made effective in the Central African Republic.“ Prosecutor Khan on complementarity in the CAR, 16 December 2002 (zitiert aus: OTP, Annual Report 2023, S. 78).

¹⁵ Pressecommuniqué vom 25. April 2024.

¹⁶ Regelmäßig müssen Missionen der USPJ (zwecks Einvernahme von Zeugen oder Verhaftung von Verdächtigen) verschoben oder gar abgesagt werden, da die von UNDP bereit-

ist insbesondere die Unterstützung durch MINUSCA/UNDP noch immer sehr ausbaufähig, um es milde auszudrücken. Vor allem die Rekrutierungen¹⁷ dauern extrem lange, und es ist nicht nur in diesem Zusammenhang sehr bedauerlich und auch sachwidrig und ineffizient, dass der CPS dabei keine maßgebende Rolle zukommt. Eine weitere Baustelle sind die Konditionen im Gefängnis für die Untersuchungshäftlinge. Die größte Herausforderung für die Untersuchungsrichter ist jedoch, dass sie alle in je einem halben Dutzend komplexer Fälle gleichzeitig und mit minimalen Ressourcen ermitteln müssen. Da natürlich eine Reihe von Gerichtsfristen zu beachten ist (z.B. zur Dauer der Untersuchungshaft oder auch der Ermittlung als Ganzes) ist der Ermittlungsalltag ein ständiger Kraftakt, der dennoch außerordentlich viel Befriedigung verschafft.

VI. Ausblick

Die CPS wird die kommenden viereinhalb Jahre bis zum Ende des aktuellen Mandats zu nutzen wissen. In kontinuierlicher Folge werden die Ermittlungsdossiers abgeschlossen und der Strafkammer zur Beurteilung übergeben. Die darauf folgenden Urteile, insbesondere die der exzellent besetzten Berufungskammer, werden zu einer weiteren Festigung der Rechtsprechung der CPS führen. Dies wird eine zusätzliche Stärkung der Glaubwürdigkeit und Legitimität innerhalb und außerhalb der nationalen Justiz zur Folge haben und zudem nicht zuletzt das in die CPS gesetzte Vertrauen der Geldgeberinnen und Geldgeber rechtfertigen.

Dazu gehört aber auch, dass die internationale Gemeinschaft insbesondere ihre finanzielle Unterstützung nicht nur fortsetzt und verstärkt, sondern dies auf eine nachhaltige und berechenbare Weise macht. Ohne dies ist ein Gericht nicht zu führen, schon gar nicht unter den aktuellen, schwierigen Umständen.

gestellte Finanzierung nicht rechtzeitig eintrifft oder gar nicht verfügbar ist.

¹⁷ So war zum Beispiel neben der erwähnten Vakanz in der „Chambre d'accusation spéciale“ die Schlüsselposition der Rechtsberaterin der Sonderstaatsanwaltschaft seit eineinhalb Jahren nicht besetzt. Auch die Stelle des internationalen Chefs der Sicherheit ist seit fast einem Jahr nicht besetzt, ein doch eher außergewöhnlicher Zustand für ein hybrides Kriegsverbrechertribunal in einem nach wie vor von kriegerischen Auseinandersetzungen geprägten Land. Meines Erachtens sollten aber gerade für die Besetzung kurzfristiger Vakanz routinemäßig die Dienste von in diesem Bereich spezialisierten Institutionen wie Justice Rapid Response in Genf in Anspruch genommen werden.

Die gerichtliche Beurteilung von Völkerrechtsverbrechen in der Schweiz in den Jahren 2023/2024

Von RiBStGer Prof. Dr. **Stefan Heimgartner**, Bellinzona/Zürich*

Der Beitrag berichtet über aktuelle Strafverfahren zu Völkerrechtsverbrechen in der Schweiz, die seit der Rezeption des IStGH-Statuts 2011 unter die Zuständigkeit der Bundesbehörden fallen. Anhand von prominenten Fällen wie Aliou Koshia und Ousman Sonko werden die Handhabung dieser Verfahren durch die Schweizer Bundesstrafbehörden sowie die damit verbundenen rechtlichen Herausforderungen, insbesondere im Zusammenhang mit dem Universalitätsprinzip und der Spannung zwischen Völkerrecht und nationalem Recht, beleuchtet und eingeordnet.

I. Einleitung

Mit Inkrafttreten der aus dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofes (Rom-Statut oder IStGH-Statut) rezipierten Völkerrechtsverbrechen in der Schweiz am 1. Januar 2011 ging auch die innerstaatliche Zuständigkeit der Verfolgung dieses Deliktsfeldes auf den Bund über (Art. 23 Abs. 1 lit. g schwStPO).¹ Mithin ist für die Strafverfolgung die Bundesanwaltschaft (mit der Bundeskriminalpolizei als Ermittlungsbehörde) und für die gerichtliche Beurteilung das Bundesstrafgericht in Bellinzona (erstinstanzlich: Strafkammer/zweitinstanzlich: Berufungskammer) respektive höchstinstanzlich das Bundesgericht in Lausanne zuständig.

Völkerstraftaten stellten für die zivilen Bundesstrafbehörden (zu den früher zuständigen Militärbehörden vgl. unten II.) zunächst eine terra incognita dar. Um diese zu „erkunden“, bedurfte es den Aufbau der Ressourcen und der fachlichen Kompetenz, mithin boten diesbezügliche Verfahren für die Bundesstrafbehörden sowohl institutionell, strukturell, logistisch wie auch juristisch große Herausforderungen.² Diese wurden in den letzten Jahren auf der Ebene des Vorverfahrens durch die schweizerische Bundesanwaltschaft gemeistert und nunmehr stellen sich diese dem schweizerischen Bundesstrafgericht auf Stufe des gerichtlichen Verfahrens. Über die Bewältigung der Fälle vor Gericht in der titulierte Periode soll hier im Folgenden – nach einem kurzen Blick auf die Geschichte – berichtet werden.

II. Historischer Abriss

Bis Ende des letzten Jahrhunderts waren dem Schweizer Strafrecht sowohl Genozid als auch Verbrechen gegen die Menschlichkeit in positivistischer Hinsicht fremd. Nur, aber

immerhin Kriegsverbrechen waren seit dem 1. Januar 1968³ im Militärstrafgesetzbuch (Art. 108–114 MStG) pönalisiert. Dementsprechend sind in diesem Bereich bisher – neben den hier behandelten Fällen – lediglich einzelne Verfahren und Verurteilungen der Militärjustiz zu verzeichnen.

Als Reaktion auf die „neuzeitlichen“ Erscheinungsformen von Genozid in Ruanda und Jugoslawien wurde einerseits gesetzlich die Zusammenarbeit mit den internationalen Strafgerichten beschlossen⁴ und andererseits (endlich) die Genozidkonvention vom 9. Dezember 1948 unterzeichnet und am 7. September 2000 ratifiziert. Die Schweiz erfüllte die damit eingegangene völkervertragliche Verpflichtung mit einem ersten gesetzgeberischen Meilenstein: Am 15. Dezember 2000 wurde mit Art. 264 schwStGB die erste Fassung des Genozidtatbestands in Kraft gesetzt. Diese Entwicklung gipfelte darin, dass in der Schweiz – nach dem üblichen völkerrechtlichen und demokratischen Prozedere (Genehmigung durch die Bundesversammlung, Ratifikation) – am 1. Juli 2002 das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998, in der Schweiz offiziell als Römer Statut bezeichnet, in Kraft trat.⁵ Die Rezeption der völkerrechtlichen Strafbestimmungen im Schweizer Recht bedurfte wiederum geraumer Zeit: Zusammen mit den oben erwähnten neuen sachlichen Zuständigkeitsnormen wurden sie am 1. Januar 2011 in Kraft gesetzt. Diese Tatbestände umfassen neben dem (bereits zuvor geltenden) Genozid (Art. 264 schwStGB), das Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264a schwStGB) und Kriegsverbrechen (Art. 264b–264j schwStGB).

Im Folgenden werden zunächst die in den aktuellen Gerichtsverfahren im Vordergrund stehenden materiellen Punkte skizziert (III.), um in der Folge (IV.) die in diesem Zusammenhang pendenten Fälle und den aktuellen Stand der gerichtlichen Würdigung zu präsentieren.

III. Schweizerische Jurisdiktion

Die Schweiz hat mit Art. 264m schwStGB, welche eine lex specialis zum allgemeinen Strafanwendungsrecht (Art. 3–8 schwStGB) darstellt, das Universalitätsprinzip für die Verfolgung von Völkerstraftaten statuiert. Allerdings hat der Gesetzgeber den sachlichen Anwendungsbereich in persönlicher Hinsicht insoweit limitiert, als sich der Täter in der Schweiz befinden muss und er nicht an einen anderen Staat oder ein von der Schweiz anerkanntes internationales Strafgericht ausgeliefert respektive überstellt wird. Wie schon aus dem

* Der Autor ist Richter am Bundesstrafgericht in Bellinzona sowie Titularprofessor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht an der Universität Zürich.

¹ Fassung gemäß I. Nr. 3 des schweizerischen Bundesgesetzes vom 18.6.2010 über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (AS 2010, S. 4963 [4986]).

² Müller/Heinrich, ZIS 2015, 501 ff.; vgl. auch die in Fn. 9 angegebene Referenz.

³ Eingefügt durch I. Nr. 2 des schweizerischen Bundesgesetzes über die Änderung des Militärstrafgesetzes vom 23.3.1979 (AS 1979, S. 1037 [1058]; BBl. II 1977, S. 1).

⁴ Schweizerisches Bundesgesetz vom 21.12.1995 über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung schwerwiegender Verletzungen des humanitären Völkerrechts (SR.351.20).

⁵ SR.0.312.1.

Wortlaut hervorgeht, bedarf es für die schweizerische Jurisdiktion keiner engen Beziehung zwischen dem Täter und der Schweiz.⁶ Die Anknüpfungsbestimmung lässt offen, *wann* der Täter sich in der Schweiz aufhalten muss, damit diese Prozessvoraussetzung vorliegt und eine Strafuntersuchung eröffnet werden kann. Die Praxis hat die Bestimmung – mit Hinweis auf einen Teil der Doktrin – gestützt auf die *ratio legis* extensiv ausgelegt und es diesbezüglich etwa genügen lassen, dass Anhaltspunkte für ein baldiges Eintreffen (*indices d'une prochaine arrivée en suisse*) des Täters in der Schweiz vorliegen.⁷ Auch die von der Bestimmung verlangte Nichtauslieferung an einen anderen Staat wurde auf ähnliche, „strafhoheitsfreundliche“ Weise ausgelegt. Auf ein Auslieferungsangebot an den Tatortstaat kann verzichtet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte (*indices concrets*) vorliegen, dass der betreffende Staat kein Interesse hat, die inkriminierten Taten zu verfolgen.⁸

Diese Rechtslage war die Grundlage dafür, dass die schweizerische Bundesanwaltschaft auch gegen nicht in der Schweiz anwesende Beschuldigte wie im Fall Nezzar (IV. 3) und im Fall al-Assad (IV. 4) Verfahren führte und zur Anklage brachte.

In der Praxis zu einem Diskurs geführt hat die Frage, *wann* eine schweizerische Strafhoheit in Bezug auf Völkerstraftaten gilt. In Ermangelung diesbezüglicher rechtskräftiger Sachurteile wurde diese Frage noch nicht abschließend beantwortet. Es würde den vorliegenden Rahmen sprengen, die diesbezüglichen Erwägungen in den relevanten Urteilen (vgl. dazu sogleich nachfolgend IV. 1. f) detailliert darzustellen. Dazu nur so viel: Analog der Frage, *ab wann* die Völkerstraftatbestände gelten, wurde diese Frage mit Hinweis auf völkerrechtliche Prinzipien (*erga omnes*-Wirkung) und Verpflichtungen extensiv beantwortet und unter gegebenen Umständen eine schweizerische Jurisdiktion in Bezug auf inkriminierte Delikte, die vor Inkrafttreten der gesetzlichen Strafanwendungsnorm begangen wurden, gestützt auf Völkergewohnheitsrecht angenommen.

IV. Gerichtsfälle

1. *Alieu Koshia*

Die Bundesanwaltschaft führte zwischen Sommer 2014 und Anklageerhebung im Frühling 2019 ein Vorverfahren gegen Alieu Koshia.⁹ Zusammengefasst ging es bei den Anklagesachverhalten um zwischen 1989 und 1996 – im Rahmen eines bewaffneten Konflikts in Liberia – begangene Delikte wie Rekrutierung und Einsatz eines Kindersoldaten, Zwangstransport von Waren, Plünderung, grausame Behandlung von Zivilisten, versuchter Mord, Mord (direkt oder auf Anord-

nung), Schändung und Vergewaltigung. Während das erstinstanzliche Hauptverfahren durch die Strafkammer des Bundesstrafgerichts in einer Verurteilung wegen Kriegsverbrechen mit einer 20-jährigen Freiheitsstrafe mündete, verurteilte die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts Koshia am 30. Mai 2023 wegen Kriegsverbrechen *und* Verbrechen gegen die Menschlichkeit (CA.2022.8).¹⁰ Es wurde ihm ebenfalls eine 20-jährige Freiheitsstrafe auferlegt. Im Unterschied zum erstinstanzlichen Urteil vom 18. Juni 2021 (SK.2019.17) wurden die „neurechtlichen“ Völkerstraftatbestände (vgl. oben II.) auf Zeiträume vor deren Inkrafttreten angewendet.

Im Ergebnis kam die Berufungskammer im Verfahren gegen Koshia zum Schluss, dass die am 1. Januar 2011 in Kraft gesetzte Strafbestimmung des Verbrechens gegen die Menschlichkeit Geltung beansprucht, auch wenn die Taten bis in die frühen 1990er Jahre zurückreichen.¹¹ Zu diesem Zweck hat es die Kriterien entwickelt, die in casu eine Anwendung der betreffenden Völkerstraftatbestände in Bezug auf Taten indizierten, die vor Erlass des innerstaatlichen Gesetzes begangen wurden:¹²

- Strafhoheit der Schweiz im Zeitpunkt der inkriminierten Tat,
- Völkerrechtliche Strafbarkeit der inkriminierten Taten zur Tatzeit,
- Strafverfolgungspflicht der Schweiz aufgrund Völkergewohnheitsrecht oder Konventionsrecht,
- Tatbestandsmerkmale waren zur Tatzeit im Völkerrecht hinreichend voraussehbar definiert (*de manière suffisamment prédictible*) und für den Täter zugänglich (*accessible*),
- Inkriminiertes Delikt beinhaltet einen zur Tatzeit geltenden allgemeinen Tatbestand des schweizerischen Strafrechts,
- Die später in Kraft getretenen Völkerstraftatbestände (insbes. Art. 264a schwStGB) enthalten die Tatbestandsmerkmale eines einschlägigen (zum Tatzeitpunkt geltenden) allgemeinen Tatbestandes.

In verjährungsrechtlicher Hinsicht hat die Kammer es als maßgebend betrachtet, dass die angeklagten Einzeltaten, d.h. die vorsätzlichen Tötungen – unter dem Aspekt der Verjährungsfrist des Mordes – noch nicht verjährt waren (Art. 101 Abs. 3 schwStGB). Als Modalität im Sinne einer Umsetzung des Grundsatzes der *lex mitior* hielt die Berufungskammer fest, dass im Falle einer Verurteilung keine strengere Strafe ausgeworfen werden dürfe, wie eine hypothetische Strafe für die zum Tatzeitpunkt geltenden gemeinrechtlichen Tatbestände.

⁶ Bundesstrafgericht (Beschwerdekammer), Entscheid v. 25.7.2012 – TPF 2012 97, E. 3.4.

⁷ Bundesstrafgericht (Beschwerdekammer), Entscheid v. 14.11.2018 – TPF 2018 151, E. 2.2.

⁸ Bundesstrafgericht (Beschwerdekammer), Entscheid v. 25.7.2012 – TPF 2012 97, E. 3.4; vgl. dazu Roth, in: Heimgartner/Thormann/Zufferey (Hrsg.), *Tempus fugit, 20 anni Tribunale penale federale*, 2024, S. 543.

⁹ Vgl. dazu Müller, ZfIStw 12/2022, 683.

¹⁰ Entscheide des Bundesstrafgerichts sind (in der jeweiligen Verfahrenssprache, in diesem Fall französisch) unter Eingabe des Aktenzeichens abrufbar unter <https://bstger.weblaw.ch/dashboard> (17.9.2024).

¹¹ Bundesstrafgericht (Berufungskammer), Entscheid v. 30.5.2023 – CA.2022.8, E. II 3.2.

¹² Bundesstrafgericht (Berufungskammer), Entscheid v. 30.5.2023 – CA.2022.8, E. II.3.2.3.3.

Hinsichtlich der übrigen Anklagepunkte, die ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Betracht kamen, stellte die Berufungskammer das Strafverfahren hingegen ein. Diesbezüglich war ihrer Ansicht nach die Verjährung eingetreten, bevor die Bestimmung zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Schweizer Recht in Kraft getreten war.

Die erläuterte Praxis basiert auf der Annahme einer Strafbarkeit gemäß Völkergewohnheitsrecht (erga omnes-Wirkung der Pönalisierung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit). Dabei wird die Einhaltung der auch in der Schweiz grundlegenden strafrechtlichen Prinzipien wie des Legalitätsprinzips (insbes. auch des Bestimmtheitsgebots) mittels der genannten Kriterien angestrebt. In Bezug auf die Unverjährbarkeit wird von einer beschränkten Rückwirkung gestützt auf das nationale Recht ausgegangen. Gestützt auf diese Rechtsprechung (vgl. dazu sogleich unten) könnten Täter für vor 2011 begangene Verbrechen gegen die Menschlichkeit bis an ihr Lebensende hin strafrechtlich verfolgt und bestraft werden, sofern das entsprechende Einzeldelikt am 1. Januar 2011 noch nicht verjährt gewesen war. Das betreffende Urteil wurde mit Beschwerde ans Bundesgericht weitergezogen und ist mithin (noch) nicht in Rechtskraft erwachsen.

2. Ousman Sonko

Von Winter 2017 bis zur Anklage im Frühling 2023 führte die Bundesanwaltschaft ein Vorverfahren gegen Ousman Sonko, den ehemaligen Innenminister von Gambia. Die Hauptverhandlung der Strafkammer des Bundesstrafgerichts fand zwischen dem 8. Januar 2024 und 7. März 2024 statt und umfasste 16 Verhandlungstage.

Dem Beschuldigten wurde zusammengefasst vorgeworfen, in den Jahren von 2000 bis 2016 in Gambia punktuell als Einzeltäter und mehrheitlich zusammen mit einem Täterkollektiv, bestehend aus dem damaligen Präsidenten und Führungsmitgliedern von Polizei, Nachrichtendiensten, Armee und Gefängnisverwaltungen, diverse schwerwiegende Verbrechen begangen zu haben.¹³ Im Rahmen eines ausgedehnten und systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung von Gambia soll Sonko in seinen Funktionen anfänglich als Mitglied der Armee von Gambia, dann als Generalinspektor der Polizei und zuletzt als Innenminister Menschen vorsätzlich getötet, gefoltert, vergewaltigt und ihnen in schwerwiegender Weise die Freiheit unrechtmäßig entzogen haben.

Die Strafkammer sprach Sonko wegen mehrfacher vorsätzlicher Tötung, mehrfacher Folter und mehrfacher Freiheitsberaubung, jeweils begangen in Form von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, schuldig.¹⁴ Die Strafkammer folgte dabei im Wesentlichen dem oben skizzierten Präjudiz der Berufungskammer, wonach die am 1. Januar 2011 in Kraft

getretenen Strafbestimmungen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch Geltung beanspruchen, wenn ein Teil der angeklagten Taten bis in das Jahr 2000 zurückreicht, da die Einzeldelikte in Form der vorsätzlichen Folterungen und Freiheitsberaubungen in jenem Zeitpunkt noch nicht verjährt waren.

In Bezug auf die Anklagepunkte, welche Vergewaltigungen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit umfasste, wurde das Verfahren eingestellt. Diesbezüglich erblickte die Strafkammer keinen Angriff auf die Zivilbevölkerung,¹⁵ sodass folgerichtig keine schweizerische Jurisdiktion als gegeben betrachtet wurde.

Was die im Raum stehende qualifizierte Tatbestandsvariante des schweren Falles des Verbrechens gegen die Menschlichkeit anbelangt (Art. 264a Abs. 2 schwStGB), wurden dessen Voraussetzungen wie etwa, dass die Tat viele Menschen betrifft oder der Täter grausam handelt, nicht als gegeben angenommen und dementsprechend erfolgte diesbezüglich keine Verurteilung. Gegen das betreffende Urteil wurde von Seiten der Bundesanwaltschaft, des Verurteilten und der Privatklägerschaften Berufung angemeldet.

3. Khaled Nezzar

Die Bundesanwaltschaft klagte Ende August 2023 den ehemaligen algerischen Verteidigungsminister Khaled Nezzar wegen anlässlich des Bürgerkriegs begangenen Verstößen gegen das Kriegsvölkerrecht und Verbrechen gegen die Menschlichkeit an.¹⁶ Ende 2023 verstarb er im Alter von 86 Jahren, sodass das betreffende Verfahren nach amtlicher Bestätigung des Todes am 19. Juni 2024 eingestellt wurde (SK.2023.34).

4. Rifaat al-Assad

Ferner klagte die Bundesanwaltschaft am 11. März 2024 Rifaat al-Assad, den Onkel des syrischen Machthabers Bashar al-Assad, beim schweizerischen Bundesstrafgericht an (SK.2024.17). Dem Beschuldigten wird namentlich zur Last gelegt, im Rahmen des bewaffneten Konflikts und des ausgedehnten Angriffs auf die Bevölkerung der syrischen Stadt Hama im Februar 1982 als Kommandant der Verteidigungsbrigaden (und Befehlshaber für die Operationen in Hama) Tötungen, Folter, grausame Behandlung und unrechtmäßige Inhaftierungen angeordnet zu haben.¹⁷ In prozessualer Hinsicht stehen zunächst die Frage der Teilnahme des Beschuldigten an der Hauptverhandlung und ein eventuelles Abwesenheitsverfahren im Vordergrund.

¹⁵ Zum diesbezüglich erforderlichen Zusammenhang im Allgemeinen vgl. jüngst *Airaksinen/Heimgartner*, AJP 2024, 953 ff.

¹⁶ Siehe dazu

https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/arc-hiv-medienmitteilungen/nsb_medienmitteilungen.msg-id-97501.html (17.9.2024).

¹⁷ Siehe dazu

https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/arc-hiv-medienmitteilungen/nsb_medienmitteilungen.msg-id-100363.html (17.9.2024).

¹³ Siehe dazu

https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/arc-hiv-medienmitteilungen/nsb_medienmitteilungen.msg-id-94305.html (17.9.2024).

¹⁴ Siehe dazu

<https://www.bstger.ch/de/media/comunicati-stampa/2024/2024-05-15/1404.html> (17.9.2024).

V. Schluss

Wie erwähnt sind die beiden Urteile in den Fällen Koshia und Sonko nicht rechtskräftig. Das Bundesstrafgericht hat im Ergebnis in diesen (potentiellen) Leitentscheiden das Legalitätsprinzip (*nulla poena sine lege [scripta]*) und das Rückwirkungsverbot zu Gunsten der völkerstrafrechtlichen Verpflichtung (Kampf gegen die Straflosigkeit) relativiert. Das höchstgerichtliche schweizerische Bundesgericht in Lausanne wird zu entscheiden haben, ob die damit einhergehende Rechtsfortbildung Bestand hat. Das Bundesgericht muss sich dabei im Spannungsfeld zwischen Völker- und Verfassungsrecht positionieren. Martialisch ausgedrückt geht es um eine Abwägung zwischen dem völkerrechtlichen Kampf gegen die Straflosigkeit von Völkerstraftaten und dem Grundrecht auf keine Strafe ohne (formelles) Gesetz. Dabei gilt es die *raison d'être* des Universalitätsprinzips zu bedenken: Derartige Verbrechen sollen überall auf der Welt – unbekümmert um die Rechtsordnung am Tatortstaat – verfolgt werden. Insofern ist diesem Strafverfolgungskonzept eine Relativierung des Territorialitäts- sowie (damit einhergehend) des Legalitätsprinzips inhärent. Letzterem kommt aufgrund der globalen Dimension auch im Lichte dessen *ratio legis* – dem Schutz des Bürgers vor Willkür sowie der Vorwerfbarkeit aufgrund vorausgesetzter Kenntnis – nicht die gleiche Bedeutung zu wie bei „normalen“ Straftaten. Schließlich wird Völkergewohnheitsrecht als Quelle von Strafnormen ausdrücklich in Art. 7 Abs. 2 EMRK und Art. 15 Abs. 2 Uno-Pakt II anerkannt.¹⁸

¹⁸ Vgl. dazu Popp/Berkemeier, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, Art. 1 Rn. 27 mit Hinweisen. Allerdings wurde für den Internationalen Strafgerichtshof sowohl das Legalitätsprinzip (Art. 22 f. Römer Statut) als auch das Rückwirkungsverbot (Art. 24 Römer Statut) festgeschrieben.

Die Sexualstrafrechtsreformen der letzten Jahre haben die Struktur der §§ 176 ff. StGB wesentlich verändert.¹ Besonders § 177 StGB erfuhr eine wesentliche Umgestaltung und stellt nunmehr i.S.d. § 184h Nr. 1 StGB erhebliche sexuelle Handlungen gegen den artikulierten Willen des oder zulasten eines in der Bildung oder Artikulation eines sexuellen Willens zumindest eingeschränkten Opfers unter Strafe.² Dazu wurden neue Grunddelikte (§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB) eingeführt und die sexuelle Nötigung (§ 177 Abs. 5 StGB) zur Qualifikation umgestaltet. § 177 Abs. 3, Abs. 4 StGB a.F. wurden unverändert in § 177 Abs. 7, Abs. 8 StGB übernommen.³ Dennoch könnte die Neufassung der Normstruktur den Regelungsgehalt dieser Qualifikationsnormen beeinflussen⁴, wie ein Urteil des LG Augsburg⁵ andeutet. Dieses entschied, K.O.-Tropfen stellten ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 177 Abs. 7, Abs. 8 StGB dar (I.) und widersprach damit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 177 Abs. 4 StGB a.F. und zu § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB (II.). Auch scheint diese Auffassung mit der Systematik des Strafgesetzbuchs – konkret der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 StGB – unvereinbar (III.), doch könnte der Schutzzweck der reformierten Sexualdelikte eine Neuinterpretation des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs gebieten (IV.).

I. Urteil des LG Augsburg vom 28. April 2023

Mit Urteil vom 28. April 2023 sprach das LG Augsburg den Angeklagten der besonders schweren Vergewaltigung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung schuldig. Der Angeklagte hatte der Geschädigten eine hohe Dosis Oxazepam, ein Benzodiazepin, in ein Getränk gemischt und danach an der sedierten Geschädigten den Vaginalverkehr bis zur Ejakulation vollzogen.⁶

Da der Angeklagte gewusst hatte, dass die Geschädigte keinen Geschlechtsverkehr mit ihm haben wollte und das Betäubungsmittel ihre Fähigkeit zur Willensbildung aufgehoben hatte, erfüllte die Tat sowohl § 177 Abs. 1 StGB als auch § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB.⁷ Weil der Angeklagte in die

Vagina der Geschädigten eingedrungen war, lag auch eine Vergewaltigung i.S.d. § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB vor.⁸ Die Kammer wertete die Sedierung angesichts der physischen Zwangswirkung weiterhin zutreffend als Anwendung von Gewalt i.S.d. § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB.⁹ Weil die verabreichte Wirkstoffdosis im konkreten Fall eine erhebliche Gefährlichkeit aufgewiesen habe – es habe die Gefahr des Erbrechens und der anschließenden Aspiration von Erbrochenem bis hin zum Tod durch Ersticken gedroht –, bejahte die Kammer auch § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB.¹⁰ § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB hielt die Kammer dem Grunde nach ebenfalls für eröffnet, weil die verabreichte Dosis erhebliche Gesundheitsverletzungen zu verursachen geeignet war, doch sei diese Gefahr in einer thermischen, chemischen oder chemisch-physikalischen Wirkung des Giftes¹¹ Oxazepam begründet, weshalb § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB¹² als Spezialnorm Vorrang zukomme.¹³

II. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Zur Einstufung des verabreichten Benzodiazepins als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB berief sich das LG Augsburg auf zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs. Mit Beschluss vom 20. April 2017 hatte der 2. Strafsenat ein Urteil des LG Aachen wegen schweren sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen in

Rn. 20; BT-Drs. 18/9097, S. 23; Ziegler, in: Kudlich/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2024, § 177 Rn. 15.

⁸ Vgl. LG Saarbrücken, Urt. v. 31.3.2023 – 3 KLS 35/22 = BeckRS 2023, 26924 Rn. 22.

⁹ LG Augsburg, Urt. v. 28.4.2023 – 3 KLS 201 Js 109552/22 = BeckRS 2023, 11771 Rn. 318; so auch BGH, Beschl. v. 24.5.2016 – 5 StR 163/16 = BeckRS 2016, 10820 Rn. 3; BGH, Beschl. v. 13.11.2003 – 3 StR 359/03 = BeckRS 2004, 1729 Rn. 13; BGH, Urt. v. 15.9.1998 – 5 StR 173/98 = BeckRS 1998, 31361078; BGH, Urt. v. 22.1.1991 – 5 StR 498/90 = BeckRS 1991, 1559 Rn. 7; LG Saarbrücken, Urt. v. 31.3.2023 – 3 KLS 35/22 = BeckRS 2023, 26924 Rn. 21; Ziegler (Fn. 7), § 177 Rn. 33; Renzikowski, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 70.

¹⁰ LG Augsburg, Urt. v. 28.4.2023 – 3 KLS 201 Js 109552/22 = BeckRS 2023, 11771 Rn. 321 f.; so auch LG Saarbrücken, Urt. v. 31.3.2023 – 3 KLS 35/22 = BeckRS 2023, 26924 Rn. 23 ff.

¹¹ Vgl. Eschelbach, in: Kudlich/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 7), § 224 Rn. 12.

¹² BGH, Beschl. v. 13.11.2003 – 3 StR 359/03 = BeckRS 2004, 1729 Rn. 13; BGH, Beschl. v. 27.1.2009 – 4 StR 473/08 = NStZ 2009, 505 (506); LG Saarbrücken, Urt. v. 31.3.2023 – 3 KLS 35/22 = BeckRS 2023, 26924 Rn. 31; Sobota/Lichtenthäler, JuS 2017, 516 (517).

¹³ LG Augsburg, Urt. v. 28.4.2023 – 3 KLS 201 Js 109552/22 = BeckRS 2023, 11771 Rn. 324; in diese Richtung auch Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 29.

* Der Autor Dr. Simon Pschorr ist Richter am Amtsgericht Singen. Die Autorin Lena Gmelin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison). Ihr gebührt der herzliche Dank der Verf. für die Unterstützung bei der Publikation dieses Beitrags.

¹ Pschorr, NStZ 2023, 659.

² BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.

³ BT-Drs. 18/9097, S. 28 f.

⁴ Vgl. Eschelbach, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 177 Rn. 127.

⁵ LG Augsburg, Urt. v. 28.4.2023 – 3 KLS 201 Js 109552/22 = BeckRS 2023, 11771.

⁶ LG Augsburg, Urt. v. 28.4.2023 – 3 KLS 201 Js 109552/22 = BeckRS 2023, 11771 Rn. 3.

⁷ LG Augsburg, Urt. v. 28.4.2023 – 3 KLS 201 Js 109552/22 = BeckRS 2023, 11771 Rn. 317; vgl. auch LG Saarbrücken, Urt. v. 31.3.2023 – 3 KLS 35/22 = BeckRS 2023, 26924

Tateinheit mit Körperverletzung und anderen Delikten aufgehoben.¹⁴ Hier hatte der *Senat* ausgeführt:

„Hätte der Angeklagte ‚K.O.-Tropfen‘ eingesetzt, um einen Widerstand der Nebenklägerin [...] auszuschalten und hätte er dies zur Durchführung des Geschlechtsverkehrs ausgenutzt, so hätte er sie im Sinne von § 177 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB aF mit Gewalt unter Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs zur Duldung des Beischlafs genötigt.“¹⁵

Auffällig ist, dass er § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB a.F. nicht zitiert hatte. Weiterhin hatte der *Senat* offengelassen, ob eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB verwirklicht war.¹⁶ Weiterhin zitierte die Kammer den Beschluss des 1. Strafsenats vom 9. Oktober 2018, wonach die intravenöse Verabreichung des Medikaments Midazolam mittels eines Katheters § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB erfüllen könne.¹⁷ Der *Senat* ließ ausdrücklich offen, ob ein narkotisierendes Mittel schon für sich allein ein gefährliches Werkzeug sein könne und stellte für die Gefährlichkeit auf die „Form der Verabreichung“, aber auch auf die Dosis „im höhertherapeutischen Bereich“ ab.¹⁸ *Krüger* arbeitet deshalb die zentrale Unklarheit der Entscheidung zutreffend heraus: Erachtete der *Senat* die verabreichte Substanz oder aber die Kanüle des Katheters für ausschlaggebend?¹⁹

Andere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs verstärken diese Unklarheit. Der 5. Strafsenat hatte mit Beschluss vom 7. März 2018 offen gelassen, ob Narkotika gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB darstellen können.²⁰ 2016 hielt er solche Stoffe noch (nur) für ein Mittel i.S.d. § 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB a.F.²¹ Der 3. Strafsenat er-

kannte im Einsatz von Schlafmitteln sogar nur eine sexuelle Nötigung.²² Auf eine gefestigte Rechtsprechung, nach der K.O.-Tropfen und vergleichbare Betäubungsmittel als gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB einzustufen wären, konnte das LG Augsburg mithin nicht zurückgreifen.

Mit seiner Auslegung setzte es sich zugleich in Widerspruch zu Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Hiernach stellen narkotisierende Mittel keine gefährlichen Werkzeuge dar, sondern können nur § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB unterfallen.²³ Allerdings behielt sich der 2. Strafsenat eine andere Entscheidung für den Fall vor, sollte das K.O.-Mittel etwa auf Grund seiner Zusammensetzung zu erheblichen Gesundheitsrisiken für das Opfer führen.²⁴

III. Externe Systematik: Der Werkzeugbegriff in § 224 StGB

Zum Verständnis des gefährlichen Werkzeugs der §§ 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1, 250 StGB verwies der Gesetzgeber explizit auf § 223a Abs. 1 StGB a.F. und also auf § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.²⁵ Ein „gefährliches Werkzeug“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB stellt nach der gefestigten h.M. jeder Gegenstand dar, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der konkreten Art der Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.²⁶ Angesichts der 1998 eingefügten²⁷ Tatmodalität des Beibringens von Giften und anderen gesundheitsschädlichen Stoffen²⁸ (§ 224 Abs. 1 Nr. 1

(364); *Ziegler* (Fn. 7), § 177 Rn. 54; *Eschelbach* (Fn. 4), § 177 Rn. 144.

²² BGH, Beschl. v. 31.3.2015 – 3 StR 81/15 = BeckRS 2015, 7946 Rn. 1.

²³ BGH, Beschl. v. 6.3.2018 – 2 StR 65/18 = NStZ-RR 2018, 141; BGH, Beschl. v. 27.1.2009 – 4 StR 473/08 = NStZ 2009, 505 f. (verfehlt) abl. Anm. *Bosch*, JA 2009, 737; BGH, Beschl. v. 15.7.1998 – 1 StR 309/98 = BeckRS 1998, 30019351; vgl. auch *Maier*, NStZ-RR 2019, 297 (300).

²⁴ BGH, Beschl. v. 6.3.2018 – 2 StR 65/18 = NStZ-RR 2018, 141.

²⁵ BT-Drs. 13/9064, S. 13 und 18.

²⁶ So die st. Rspr., vgl. u.a. BGH, Urt. v. 27.9.2001 – 4 StR 245/01 = NStZ 2002, 86 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 15.5.2002 – 2 StR 113/02 = NStZ 2002, 594; sowie die h.L. *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 224 Rn. 5; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 4; *Paefffgen/Böse/Eidam*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 14 (mit krit. Stellungnahme zur h.M. in Rn. 15 ff.); jew. m.w.N.

²⁷ BGBl. I 1998, S. 3322, zum Hintergrund siehe BT-Drs. 13/9064, S. 15 f.

²⁸ Nach Auffassung der *Verf.* sind Gifte eine Sonderform der gesundheitsschädlichen Stoffe, so wie der Begriff der Waffe spezielle gefährliche Werkzeuge in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB bezeichnet, wie *Wörner*, ZJS 2009, 236 (244), zutreffend zeigt; so auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 26), § 224 Rn. 2b; *Grünwald*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/ Rönau/

¹⁴ BGH, Beschl. v. 20.4.2017 – 2 StR 79/17 = BeckRS 2017, 113350.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 20.4.2017 – 2 StR 79/17 = BeckRS 2017, 113350 Rn. 19.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 20.4.2017 – 2 StR 79/17 = BeckRS 2017, 113350 Rn. 19.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 9.10.2018 – 1 StR 418/18 = NStZ 2019, 273 (273 Rn. 4) m. Anm. *Krüger*.

¹⁸ BGH, Beschl. v. 9.10.2018 – 1 StR 418/18 = NStZ 2019, 273 (273 Rn. 4).

¹⁹ *Krüger*, NStZ 2019, 273 (274); zur vergleichbaren Problematik der Einstufung von Reinigungsmittel oder aber der Sprühflasche als gefährliches Werkzeug siehe BGH, Urt. v. 27.1.2011 – 4 StR 487/10 = NStZ-RR 2011, 275 (276); zu Pfefferspray oder aber der Spraydose als gefährliches Werkzeug siehe *Jesse*, NStZ 2009, 364 (366).

²⁰ BGH, Beschl. v. 7.3.2018 – 5 StR 652/17 = BeckRS 2018, 4886 Rn. 4; so auch BGH, Beschl. v. 13.11.2003 – 3 StR 359/03 = BeckRS 2004, 1729 Rn. 13; BGH, Urt. v. 22.1.1991 – 5 StR 498/90 = BeckRS 1991, 1559 Rn. 7; BGH, Urt. v. 15.9.1998 – 5 StR 173/98 = BeckRS 1998, 31361078; LG Hamburg, Urt. v. 29.8.2016 – 617 KLs 11/16 jug. = BeckRS 2016, 15546.

²¹ BGH, Beschl. v. 24.5.2016 – 5 StR 163/16 = BeckRS 2016, 10820 Rn. 3; vgl. auch *Pfister*, NStZ-RR 2016, 361

StGB) ist fraglich, ob bzw. inwiefern sich K.O.-Tropfen unter den Werkzeugbegriff des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB fassen lassen. Schon nach allgemeinem Begriffsverständnis scheinen sie eher ein „Stoff“ denn ein „Werkzeug“ zu sein. Gesundheitsschädliche Stoffe i.S.d. Nr. 1 sind all jene, die ihrer Art, der beigebrachten Menge, der Art der Beibringung und der Körperbeschaffenheit des Tatopfers nach geeignet sind, dessen Gesundheit (erheblich) zu schädigen.²⁹ Weil Stoffe (auch) Gegenstände darstellen (können) und die Einsatzform zur Herbeiführung erheblicher Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität geeignet sein muss, scheinen die Tatbestände zu überlappen. Dementsprechend bereitet die Abgrenzung von § 224 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB Schwierigkeiten.³⁰

Die Differenzierung erscheint arbiträr, erfassen die Tatbestandsvarianten zusammengefasst doch jede Nutzung eines Tatmittels zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen bei gleichem Strafraum. Ein Teil der Literatur will deshalb eine Differenzierung der Tatbestände erst auf Konkurrenzebene vornehmen und hält § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB für die *lex specialis*.³¹ Das allerdings zieht – wenngleich nachvollziehbar – die gesetzgeberische Entscheidung in Zweifel, zwei verschiedene Tatbestände mit gleichem Strafraum zu regeln; Normwortlaut und Systematik legen nahe, dass der Gesetzgeber einen qualitativen Unterschied zwischen den Tatvarianten erkannte, sonst hätte er die Varianten in derselben Nummer geregelt. Auch die Gesetzesgeschichte deutet auf einen inhaltlichen Unterschied der Tatvarianten hin, schließlich rezipierte der Gesetzgeber § 229 StGB a.F. in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Will man dem Gesetzgeberwillen Rechnung tragen, müssen die Tatbestandsvarianten voneinander geschieden werden, sodass § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommt.³²

Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 8; Fischer, NStZ 2003, 569 (571).

²⁹ BGH, Beschl. v. 28.3.2018 – 4 StR 81/18 = NStZ-RR 2018, 209; BGH, Urt. v. 16.3.2006 – 4 StR 536/05 = NStZ 2006, 506 (507 Rn. 5); vgl. auch Engländer, in: Matt/Renzikowski (Fn. 4), § 224 Rn. 2 f.; Hardtung, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 6 f.

³⁰ Siehe zum Überblick Lorenz/Aydinbaş, JSE 2016, 169 (174 f.).

³¹ Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 17. Aufl. 2021, Rn. 250; Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 29; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 14 Rn. 23; wohl auch Grünwald (Fn. 28), § 224 Rn. 12; dem folgend LG Augsburg, Urt. v. 28.4.2023 – 3 KLS 201 Js 109552/22 = BeckRS 2023, 11771 Rn. 324. Auch Sternberg-Lieben (Fn. 26), § 224 Rn. 6, möchte § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur einen kleinen eigenständigen Anwendungsbereich zuweisen.

³² So auch Lorenz/Aydinbaş, JSE 2016, 169 (175) m.w.N.

1. Unterscheidung zwischen „gefährlich“ und „gesundheitsschädlich“

Dazu gilt es, die einzelnen Modalitäten des § 224 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB zu analysieren. Zunächst unterscheiden sich § 224 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB in den zur Beschreibung des jeweiligen Mittels verwendeten Adjektiven: „gefährlich“ bzw. „gesundheitsschädlich“. Die Gefährlichkeit des Werkzeugs i.R.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB wird nach weitestgehend einhelliger h.M. nicht danach beurteilt, ob das Werkzeug generell geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen, sondern vielmehr nach seiner Tauglichkeit für die konkrete Anwendung.³³ Nicht erfasst sind demnach Werkzeuge, die zwar abstrakt ein Gefährdungspotential aufweisen, im konkreten Fall aber nicht in gefährlicher Art und Weise verwendet werden; umgekehrt können auch abstrakt betrachtet harmlose Gegenstände, die in entsprechend gefährlicher Art und Weise eingesetzt werden, gefährliche Werkzeuge sein.³⁴ Ähnlich verhält es sich mit der Gesundheitsschädlichkeit des Stoffes in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB: auch grds. unschädliche, alltägliche Substanzen wie Speisesalz oder kochendes Wasser können gesundheitsschädliche Stoffe sein, wenn sie in ihrer konkreten Verwendung – bspw. in entsprechend hoher Konzentration – eine erhebliche Gesundheitsschädigung zu bewirken imstande sind.³⁵ Dementsprechend gleichen sich die Tatbestände hinsichtlich des Gefährdungsniveaus.

2. Unterscheidung zwischen „Stoff“ und „Werkzeug“

Als weiteres Differenzierungsmerkmal kann die Bezeichnung des Mittels („Stoff“ bzw. „Werkzeug“) unter Berücksichtigung der jeweils genannten Spezialfälle („Gift“ bzw. „Waffe“³⁶) herangezogen werden. Beide Tatmittel bestehen aus Materie im naturwissenschaftlichen Sinn und sind deshalb „gegenständlich“.³⁷ Teilweise wird nach dem Aggregatzustand unterschieden, wobei die Werkzeugqualität eine „Greifbarkeit“ (die räumliche Abgrenzung des Stoffs bspw. in einer Flasche, Sprühdose oder Infusion) voraussetzen soll.³⁸ Jedoch sind nicht nur feste Gegenstände, sondern beispielsweise auch Flammen visuell wahrnehm- und physika-

³³ Mit anschaulichen Beispielen Hardtung (Fn. 29), § 224 Rn. 20; ferner Engländer (Fn. 29), § 224 Rn. 7; Grünwald (Fn. 28), § 224 Rn. 16; Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 28; jew. m.w.N.

³⁴ Engländer (Fn. 29), § 224 Rn. 7; Hardtung (Fn. 29), § 224 Rn. 20; Grünwald (Fn. 28), § 224 Rn. 16; jew. mit Beispielen und m.w.N.

³⁵ Engländer (Fn. 29), § 224 Rn. 2 f.; Hardtung (Fn. 29), § 224 Rn. 8; Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 17; Grünwald (Fn. 28), § 224 Rn. 9; jew. m.w.N.

³⁶ Wörner, ZJS 2009, 236 (244).

³⁷ So jedenfalls ausdrücklich für die „Stoffe“ in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 18; Hardtung (Fn. 29), § 224 Rn. 5.

³⁸ Sternberg-Lieben (Fn. 26), § 224 Rn. 6; ähnl. Hardtung (Fn. 29), § 224 Rn. 15; Eckstein, NStZ 2008, 125 (126); berechtigt krit. Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 26), § 224 Rn. 14.

lisch-räumlich abgrenzbar.³⁹ Ein hoch beschleunigter Wasserstrahl, etwa aus einem Wasserwerfer, lässt sich sogar greifen und ist dennoch flüssig. Die Aufbewahrungs-, Darreichungs- oder Verabreichungsform entscheidet regelmäßig nicht über den Körperverletzungserfolg. So ist CS-Reizgas erst außerhalb der Flasche schmerzhaft; für Betroffene ist unerheblich, ob es ihnen ins Gesicht gesprüht, injiziert oder zufällig ins Gesicht geweht wurde.⁴⁰ K.O.-Tropfen und vergleichbare Betäubungsmittel können im Getränk⁴¹ oder als Injektion⁴² verabreicht werden – in beiden Fällen versetzen sie das Opfer in Ohnmacht, verursachen Brechreiz und gefährden die Gesundheit erheblich. Letztendlich lässt sich fast jedem „Stoff“ auch ein „Werkzeug“ (Kanüle, CS-Reizgasflasche, Tropfer, Flammenwerfer etc.) zuordnen, das zur zweckmäßigen Anwendung des Stoffs erforderlich ist,⁴³ was die Abgrenzung über die Greifbarkeit bzw. den Aggregatzustand⁴⁴ ad absurdum führt.⁴⁵

3. Der Begriff der „Beibringung“: Differenzierung nach der Wirkungsweise

Erst in der Art und Weise der Einsetzbarkeit lassen sich tatbestandliche Unterschiede erkennen. Während die Formulierung von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (Begehung der Körperverletzung „mittels“ eines gefährlichen Werkzeugs) einen weiten Subsumtionsspielraum lässt, ist umstritten, was unter der „Beibringung“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu verstehen ist. Konkret ist zunächst fraglich, ob es ausreicht, wenn der Stoff nur mit der Körperoberfläche in Verbindung gebracht wird, d.h. ob zwischen § 224 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB nach der inneren oder äußeren Anwendung abgegrenzt werden kann.⁴⁶ Eine strikte Differenzierung nach diesem Kriterium führte jedoch zu absurden Ergebnissen.⁴⁷ Ein auf die Haut

aufgetragenes und so vom Körper absorbiertes Kontaktgift oder flüssige Virusträger einer Schmierinfektion etwa wären nicht länger unter Nr. 1 zu fassen, während ein Deformationsgeschoss, das sich nach Eindringen in den Körper aufpilzt und seine besondere schädigende Wirkung also gerade *im* Körper entfaltet, unter Nr. 1 subsumiert werden könnte, obwohl Schusswaffen (und ihre Projektile) nach dem Normwortlaut („andere“) beispielhaft für gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB stehen. Wo genau die Wirkung hauptsächlich eintritt, kann erheblich – bspw. mit der Einstichtiefe – variieren.⁴⁸

Überzeugend ist vielmehr die Auffassung, nach der das Tatmittel *beigebracht* ist, wenn es mit dem Körper des Tatopfers so in Verbindung gebracht wurde, dass ein eigenständiger Prozess in Gang gesetzt wird, der die gesundheitsschädliche Wirkung entfaltet.⁴⁹ Werden mit dem Mittel etwa biochemische Vorgänge im Körper ausgelöst, wie es beispielsweise bei einer Vergiftung der Fall ist, und resultiert die Gesundheitsschädigung (erst) aus diesen Vorgängen, so ist es irrelevant, ob der gesundheitsschädliche Stoff dem Tatopfer eingeflößt, untergemischt, injiziert oder aber zur Absorption auf die Haut aufgetragen⁵⁰ wurde. Mittel, die in den (Blut-) Kreislauf des Körpers eintreten und sich systemisch verbreiten, wodurch innere Schäden durch körpereigene Prozesse entstehen, werden i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB beigebracht.⁵¹ Gleiches gilt für die Anwendung von Tatmitteln, die thermische⁵² oder Strahlungsenergie⁵³ entfalten, lösen diese

⁴⁸ Eckstein, NStZ 2008, 125 (126).

⁴⁹ Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 21; Engländer (Fn. 29), § 224 Rn. 4; Grünwald (Fn. 28), § 224 Rn. 11; jew. m.w.N.

⁵⁰ Bzgl. der Applikation von Stoffen auf die Körperoberfläche ähnl. Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 26), § 224 Rn. 9; Sternberg-Lieben (Fn. 26), § 224 Rn. 2c; Dölling, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, § 224 Rn. 2.

⁵¹ Ähnl. Wolters, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 224 Rn. 10. Als „körperlicher Prozess“ in diesem Sinne kann auch der Schluckvorgang betrachtet werden, mit dem bspw. eingeflößtes zerstoßenes Glas die Speiseröhre hinabtransportiert wird, was die gesundheitsschädliche Wirkung erst entfaltet, sodass auch derartige, grds. (innerlich) mechanisch wirkende Stoffe zutreffend unter § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB subsumiert werden können.

⁵² So i.E. auch Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 17; Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 26), § 224 Rn. 9; Engländer (Fn. 29), § 224 Rn. 2; Hardtung (Fn. 29), § 224 Rn. 9; Sternberg-Lieben (Fn. 26), § 224 Rn. 2c; Dölling (Fn. 50), § 224 Rn. 2; Grünwald (Fn. 28), § 224 Rn. 9. Auch Tatmittel, die nach bisherigem Begriffsverständnis unter den Begriff des gefährlichen Werkzeugs gefasst wurden, Verletzungen aber durch thermische Wirkung verursachen, sind nach dieser Differenzierung unter die gesundheitsschädlichen Stoffe zu subsumieren. Zu denken ist etwa an Brandeisen oder Zigarettenstummel: die Verletzungswirkung tritt selbstständig ein, da die Temperatur von sich aus – auch ohne zusätzlichen Einsatz kinetischer Energie – den Körper des Tatopfers im Einwirk-

³⁹ Vgl. auch Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 26), § 244 Rn. 4.

⁴⁰ A.A. mit dem Argument des zielgerichteten Einsatzes Jesse, NStZ 2009, 364 (366). CS-Reizgas wird jedoch beispielsweise ungezielt gegen Menschenmengen eingesetzt.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 20.4.2017 – 2 StR 79/17 = BeckRS 2017, 113350 Rn. 3.

⁴² BGH, Beschl. v. 9.10.2018 – 1 StR 418/18 = NStZ 2019, 273 Rn. 4 m. Anm. Krüger.

⁴³ Ähnlich wird teilweise hinsichtlich des Einsatzes von Strahlen oder elektrischem Strom argumentiert, bei denen mangels ihrer Körperlichkeit auf das Werkzeug abgestellt werden kann, mit dem sie produziert bzw. gegen das Opfer eingesetzt werden; vgl. hierzu etwa Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 18; Hardtung (Fn. 29), § 224 Rn. 15; Sternberg-Lieben (Fn. 26), § 224 Rn. 6.

⁴⁴ Dies überzeugt auch aus etymologischer Perspektive nicht; so meint der Begriff des „Stoffs“ nicht nur flüssige, sondern jedwede (auch feste) Materie, aus der eine körperliche Sache besteht, vgl. Pfeifer, *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, 1997, S. 1367 f.

⁴⁵ Vgl. Krüger, NStZ 2019, 273 (275).

⁴⁶ Grünwald (Fn. 28), § 224 Rn. 11; Eckstein, NStZ 2008, 125 (126); Lorenz/Aydinbaş, JSE 2016, 169 (174).

⁴⁷ Ähnl. i.E. Rengier, ZStW 1999, 1 (8 f.).

Energieformen doch chemische Veränderungsprozesse aus, die zur Degeneration von kohlenstoffbasierter Materie und (erst) dadurch zur Körperverletzung führen. Wirkt das Tatmittel hingegen aufgrund kinetischer Energie (bspw. durch das Schlagen, Zusteichen, Schneiden oder Ingangsetzen sonstiger körperexterner Bewegungsprozesse), also derart, dass bereits seine Anwendung unmittelbar für ein physisches Trauma kausal wird, ohne dass es noch auf davon ausgelöste körperliche Prozesse oder eine besondere Verbindung mit körpereigenen Substanzen ankäme, so ist eine „Beibringung“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB abzulehnen.⁵⁴ Hier wird der Körperverletzungserfolg i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB „mittels“ des Gegenstandes verursacht.

4. Zwischenfazit: Abgrenzung zwischen § 224 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB

Welche Tatmittel unter § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB bzw. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu subsumieren sind, bestimmt sich mithin nach ihrer Tauglichkeit zur Verursachung erheblicher Verletzungen bei Anwendung im Sinne der unterschiedlichen Tat Handlungsvarianten. Gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist mithin jeder Gegenstand, der in der konkreten Art und Weise der Anwendung geeignet ist, unmittelbar durch die Entfaltung kinetischer Energie erhebliche Verletzungen zu verursachen. Ein Stoff ist i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB gesundheitsgefährlich, wenn er erhebliche Verletzungserfolge eigenständig⁵⁵ durch innerlich-mechanische, biologische, (bio)chemische oder thermische Prozesse herbeiführen kann.

IV. Funktion des gefährlichen Werkzeugs in § 177 StGB

Differenziert nun der Gesetzgeber in § 224 Abs. 1 StGB zwischen gesundheitsgefährlichem Stoff (Nr. 1) einerseits und gefährlichem Werkzeug (Nr. 2) andererseits und ordnet diesen unterschiedliche Tatmodalitäten zu, so liegt es zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung nahe, die Differenzierung auch auf andere Tatbestände zu übertragen.⁵⁶ Dann wären nicht aufgrund kinetischer Energie wirkende Substanzen wie K.O.-Tropfen und andere Betäubungsmittel auch keine gefährlichen Werkzeuge i.S.d. § 177 Abs. 7 Nr. 1,

bereich schädigt. Konkret ist der gesundheitsschädliche Stoff dann der glühende Teil des Gegenstands, also die glühende Zigarettenasche, nicht der ganze Zigarettenstummel, bzw. das heiße Metall, nicht das gesamte Brandeisen.

⁵³ Sternberg-Lieben (Fn. 26), § 224 Rn. 6; Hardtung (Fn. 29), § 224 Rn. 5; a.A. Grünwald (Fn. 28), § 224 Rn. 9, die §§ 309, 311 StGB insoweit für abschließend erachtet.

⁵⁴ Ähnl. Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 17 m.w.N.; Eckstein, NSZ 2008, 125 (126).

⁵⁵ Ähnl. (Stoffe, die „von selbst“ schädlich wirken) Hardtung (Fn. 29), § 224 Rn. 6; Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 17.

⁵⁶ Besonders, nachdem der Gesetzgeber den Werkzeugbegriff des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf § 250 StGB und § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB a.F., also § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB n.F., übertragen wissen wollte, vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 13 und 18.

Abs. 8 Nr. 1 StGB. Doch nutzt keine andere Norm den Begriff des gesundheitsschädlichen Stoffs im Unterschied zum gefährlichen Werkzeug.⁵⁷ Das legt nahe, dass die Differenzierung in § 224 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB nicht verallgemeinerungsfähig ist.⁵⁸ So ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, identische Rechtsbegriffe in unterschiedlichen systematischen Zusammenhängen unterschiedlich auszulegen (sog. Relativität der Rechtsbegriffe).⁵⁹

1. Der Regelungs- bzw. Schutzzweck als Ansatzpunkt einer einheitlichen Begriffsbestimmung

Für ein einheitliches Begriffsverständnis maßgeblich ist ein einheitlicher Regelungszweck.⁶⁰ § 224 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB dienen dazu, die erhöhte abstrakte Gefahr für die körperliche Integrität und Gesundheit abzuwenden, die vom Einsatz von Giften, gesundheitsgefährlichen Stoffen und gefährlichen Werkzeugen ausgeht.⁶¹ Bisher weisen sowohl

⁵⁷ Einzig in § 314 StGB findet der Terminus „gesundheitsschädlicher Stoff“ noch Verwendung und bezeichnet dort alle festen, flüssigen oder gasförmigen Substanzen, die sich mechanisch, thermisch oder auch durch radioaktive Strahlung gesundheitsschädlich auswirken können, vgl. Dietmeier, in: Matt/Renzikowski (Fn. 4), § 314 Rn. 8. Weil sich § 314 StGB auf die Vergiftung von Flüssigkeiten oder die Kontamination von zum Verzehr geeigneten Gütern beschränkt, ist denklogisch ausgeschlossen, dass im Tatzusammenhang Verletzungen durch kinetische Energie verursacht werden können. Demnach kommt der Norm keine Aussagekraft für die Frage zu, ob der Gesetzgeber einheitlich zwischen gesundheitsschädlichen Stoffen und gefährlichen Werkzeugen differenzierte.

⁵⁸ Hält man die Abgrenzung zwischen § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB und § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB nur für eine Konkurrenzfrage, so ergibt sich kein systematischer Widerspruch zwischen § 224 Abs. 1 StGB und § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB. Dann allerdings erscheint die Differenzierung in § 224 Abs. 1 StGB erst recht als gegenstandsloser Fremdkörper als Resultat einer gesetzgeberischen Fehlleistung.

⁵⁹ BGH, Beschl. v. 3.6.2008 – 3 StR 246/07 = NJW 2008, 2861 (2863); Hütwohl, NJW 2021, 3298 (3299 Rn. 6); Barczak, JuS 10/2020, 905 (907 f.); Buchholz, JA 7/2018, 511 (512); Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 5 Rn. 13; Engisch/Würtenberger/Otto, Einführung in das juristische Denken, 13. Aufl. 2024, S. 225; Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 17; vgl. auch Reimer, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2024, Rn. 286 ff. In diesem Zusammenhang auf die drohende Unerkennbarkeit der Normgrenzen für Normunterworfenen und damit Art. 103 Abs. 2 GG hinweisend Wörner, ZJS 2009, 236 (241).

⁶⁰ Hütwohl, NJW 2021, 3298 (3300 Rn. 6); Exner, JuS 11/2009, 990 (991); Wörner, ZJS 2009, 236 (244); Barczak, JuS 10/2020, 905, 908; Reimer (Fn. 59), Rn. 288 f., 297; Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, § 8 Rn. 46 ff.

⁶¹ Eschelbach (Fn. 11), § 224 Rn. 1 f.; Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 26), § 224 Rn. 2; Hardtung (Fn. 29), § 224 Rn. 1; Sternberg-Lieben (Fn. 26), § 224 Rn. 1; Grünwald (Fn. 28), § 224 Rn. 1 f.

die Rechtsprechung als auch die herrschende Literatur § 177 Abs. 7, Abs. 8 StGB einen vergleichbaren Zweck zu: Die Qualifikationen sollen abstrakte bzw. konkrete Gefahren⁶² für die körperliche Integrität der Opfer⁶³ verhüten, weshalb ein Werkzeug als gefährlich eingestuft wird, wenn es (abstrakt bzw. in der konkreten Verwendung) zur Verursachung erheblicher Verletzungen geeignet ist.⁶⁴

Diese Bestimmung des Schutzzwecks lässt sich jedoch mit der neuen Normstruktur nicht vereinbaren.⁶⁵ § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB qualifizieren nicht nur § 177 Abs. 5 Nr. 1, Nr. 2 StGB, sondern alle Tatbestände des § 177 StGB.⁶⁶ Der (potentielle) Einsatz als Nötigungsmittel kann damit auch nicht mehr als Anknüpfungspunkt einer erhöhten Gefährlichkeit⁶⁷ (oder Eskalationsgefahr)⁶⁸ dienen.⁶⁹ Deshalb halten wesentliche Stimmen § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB für überschießend⁷⁰ und (in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise) unbestimmt.⁷¹ Weil § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB auch § 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB qualifizieren, die wiederum (allein) dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dienen,⁷² müssen auch die Qualifikationen im Lichte der sexuellen Selbstbestimmung ausgelegt werden. Statt also die Gefährlichkeit des Gegenstands für das Angriffsobjekt⁷³ anhand der Gefahr für die körperliche Integrität zu bestimmen, zwingt die Normsystematik dazu, einen Gegenstand dann als gefährlich einzustufen, wenn es dieser dem

Täter erleichtert, sich über den (sexuellen) Willen des Opfers hinwegzusetzen. Das ist nicht nur der Fall, wenn der Gegenstand das Opfer zu ängstigen geeignet ist,⁷⁴ sondern auch, wenn er Gegenwehr objektiv verhindert (z.B. Fesseln oder Handschellen) oder dessen Verwendung in besonderer Weise dem (sexuellen) Willen des Opfers widerspricht und es eingesetzt wird, um das Opfer damit besonders herabzuwürdigen (z.B. ein Sexspielzeug, dessen Nutzung das Opfer zurückgewiesen hat oder die Einführung von Gegenständen in Körperöffnungen des Opfers). Damit kohärent lässt der Bundesgerichtshof die Verwendung eines Gegenstandes bei der sexuellen Handlung für § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB genügen.⁷⁵ Beschränkt man das „Verwenden“ i.S.d. § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB auf diejenigen Fälle, in denen der Einsatz des gefährlichen Werkzeugs dem Bruch des Willens dient oder gerade auf eine besondere Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung gerichtet ist, wird ein Wertungswiderspruch zum niedrigeren Strafraum einer im Einzelfall womöglich (zusätzlich für die körperliche Integrität) gefährlicheren Tat handlung nach § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB vermieden, verlangt dieser doch keinen Zusammenhang zwischen der Gewaltanwendung und der sexuellen Handlung (mehr) und sanktioniert also gerade die Gefahr für die körperliche Integrität.⁷⁶ Dem steht auch der logische Zusammenhang zwischen den Begriffen Waffe und *anderes* gefährliches Werkzeug⁷⁷ nicht entgegen, schließlich erleichtern alle Waffen dem Täter kraft ihrer Bedrohlichkeit, sich des Opfers zu bemächtigen und sich über dessen (sexuellen) Willen hinwegzusetzen. Es entsteht mithin eine klare Normstrukturierung: Während § 177 Abs. 7 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 8 Nr. 1 StGB besondere Beeinträchtigungen der sexuellen Selbstbestimmung qualifiziert bestraft, schützt § 177 Abs. 7 Nr. 3, Abs. 8 Nr. 2 StGB die körperliche Integrität qualifiziert.

Dieser Schutzzweck weicht von § 224 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB ab, sodass eine einheitliche Bestimmung des Werkzeugbegriffs nicht geboten ist. Allerdings könnten sich so Überschneidungen mit § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB ergeben. Beispielsweise wurden Fesseln bisher (ausschließlich) dieser Qualifikationsnorm zugeordnet.⁷⁸ Eine Verschleifung der

⁶² Hörnle, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 279.

⁶³ LG Saarbrücken, Urt. v. 31.3.2023 – 3 KLS 35/22 = BeckRS 2023, 26924 Rn. 28; Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 26), § 177 Rn. 51; Renzikowski (Fn. 9), § 177 Rn. 8.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 9.1.2020 – 5 StR 333/19 = BeckRS 2020, 412 Rn. 36; BGH, Beschl. v. 8.9.2021 – 4 StR 166/21 = BeckRS 2021, 28966 Rn. 6; Laue, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Fn. 50), § 177 Rn. 16; Hörnle (Fn. 62), § 177 Rn. 286.

⁶⁵ Eschelbach (Fn. 4), § 177 Rn. 127 ff.; Renzikowski (Fn. 9), § 177 Rn. 162; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 26), § 177 Rn. 109; Renzikowski, NJW 2016, 3553 (3556); wohl a.A. Schumann (Fn. 63), § 177 Rn. 51.

⁶⁶ BT-Drs. 18/9097, S. 28.

⁶⁷ Bezeichnenderweise benennt BT-Drs. 18/9097, S. 28, nicht, welche erhöhte Gefahr der Gesetzgeber erkennt. Zu Auswirkungen der Tathandlungen auf den Begriff des gefährlichen Werkzeugs vgl. auch Ransiek, JA 9/2018, 666 (668).

⁶⁸ Eschelbach (Fn. 4), § 177 Rn. 128 f.

⁶⁹ Umso problematischer ist der systematische Zusammenhang mit § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB, vgl. Renzikowski, NJW 2016, 3553 (3556).

⁷⁰ Eschelbach (Fn. 4), § 177 Rn. 127 ff.; Renzikowski (Fn. 9), § 177 Rn. 162; Eisele (Fn. 65), § 177 Rn. 109; Renzikowski, NJW 2016, 3553 (3556); Hörnle, NStZ 2017, 13 (20).

⁷¹ Eschelbach (Fn. 4), § 177 Rn. 128.

⁷² Pschorr, StraFo 2021, 279 (284) m.w.N.

⁷³ Wörner, ZJS 2009, 236 (247); Eckstein, NStZ 2008, 125 (128).

⁷⁴ BGH, Urt. v. 9.1.2020 – 5 StR 333/19 = BeckRS 2020, 412 Rn. 38.

⁷⁵ BGH, Beschl. v. 8.9.2021 – 4 StR 166/21 = BeckRS 2021, 28966 Rn. 8; BGH, Urt. v. 25.10.2018 – 4 StR 239/18 = BeckRS 2018, 30006 Rn. 13; BGH, Beschl. v. 15.4.2014 – 2 StR 545/13 = NStZ 2015, 84; noch weiter Hörnle (Fn. 62), § 177 Rn. 307.

⁷⁶ BGH, Urt. v. 15.7.2020 – 6 StR 7/20 = NStZ-RR 2020, 312; missverständlich BGH, Urt. v. 4.1.2024 – 5 StR 540/23 = BeckRS 2024, 423 Rn. 17 („um den Geschlechtsverkehr durchzuführen“). Hinsichtlich des allein auf § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB beschränkten Gesetzgeberwillens siehe BT-Drs. 18/9097, S. 27; a.A. Ziegler (Fn. 7), § 177 Rn. 33.

⁷⁷ Hierzu insb. auch mit grafischer Übersicht Wörner, ZJS 2009, 236 (244); Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 793.

⁷⁸ Vgl. Laue (Fn. 64), § 177 Rn. 17.

Tatbestandsvarianten verstieße gegen Art. 103 Abs. 2 GG⁷⁹ und muss deshalb vermieden werden. Eine Verschleifung ist jedoch nur dann gegeben, wenn einem Tatbestandsmerkmal im Verhältnis zu einem anderen Normbaustein oder einem Tatbestand im Verhältnis zu einem anderen Tatbestand⁸⁰ keinerlei eigenständige Bedeutung mehr zukommt. Muss das Werkzeug dem Täter für § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB objektiv erleichtern, sich über den sexuellen Willen des Opfers hinwegzusetzen, so können unter § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB noch immer diejenigen Tatmittel subsumiert werden, die objektiv ungeeignet, aber subjektiv dazu bestimmt sind, den Widerstand des Opfers zu überwinden.⁸¹ Eine verfassungswidrige Verschleifung ist mithin ausgeschlossen.

2. Auslegung des gefährlichen Werkzeugs in § 177 StGB anhand des Schutzzwecks

K.O.-Tropfen und andere Betäubungsmittel erleichtern Tätern, sich über den (sexuellen) Willen des Opfers hinwegzusetzen. Sie eröffnen Tätern, nicht nur einen vorgefundenen Zustand i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB auszunutzen, sondern

⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 7.12.2022 – 2 BvR 1404/20 = BeckRS 2022, 36007 Rn. 37; BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20 = NJW 2022, 1160 (1162 Rn. 99); BGH, Beschl. v. 22.11.2012 – 1 StR 537/12 = NJW 2013, 1750 (1750 Rn. 7); BVerfG, Beschl. v. 1.11.2012 – 2 BvR 1235/11 = NJW 2013, 365 (366); BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 79); *Heintschel-Heinegg*, in: Kudlich/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 7), § 1 Rn. 12; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 1 Rn. 8; *Burghart*, in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 92. Lfg., Stand: Juni 2024, Art. 103 Rn. 1317; *Nolte/Aust*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 103 Abs. 2 Rn. 158; *Pohlreich*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Grundgesetz, 225. Lfg., Stand: Juni 2024, Art. 103 Abs. 2 Rn. 105; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 46; *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 47; *Saliger*, NJW 2010, 3195 (3196); *Rostalski*, HRRS 2016, 73 (81); *Krüger*, NStZ 2011, 369 (372); *Kubicjel*, JZ 2022, 785 (787); *Kuhlen*, in: Saliger/Isfen u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 943 (946); *Saliger*, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 523 (523); *Wapler*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 2022, S. 179 (190); *Jahn*, in: Bäcker/Burchard (a.a.O.), S. 205 (209); *Tsoumanis*, Bestimmtheit und Normativität im Strafrecht, 2022, S. 944; *Mehl*, Verschleifungsverbot, 2020, S. 236; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 5. Aufl. 2023, S. 148; die Geltung des Verschleifungsverbots verneinend *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 1 Rn. 70b.

⁸⁰ *Pschorr*, NJW 2023, 1973 (1981); *ders.*, NStZ 2023, 659 (662).

⁸¹ Vgl. *Eschelbach* (Fn. 4), § 177 Rn. 143.

diesen selbst herbeizuführen und Gegenwehr zu unterbinden. Damit wird das Tat(verwirklichungs)risiko deutlich erhöht, weshalb eine verschärfte Bestrafung gerechtfertigt ist. Doch könnte einer Subsumtion unter § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB die Wortlautgrenze des Begriffs des Werkzeugs entgegenstehen.⁸² Allgemein versteht man unter einem Werkzeug einen für bestimmte Zwecke geformten Gegenstand, mit dessen Hilfe etwas [handwerklich] bearbeitet oder hergestellt wird.⁸³ So verstanden scheinen Tropfen einer Flüssigkeit kaum als Werkzeug geeignet, kann man mit ihnen doch kein Werkstück bearbeiten und dabei physische Kraft ausüben. Über dieses enge Begriffsverständnis hinaus weist der Duden als Synonyme Arbeitshilfe, Gerät, Hilfe und insbesondere Hilfsmittel aus.⁸⁴ Hilfsmittel sind Mittel zur Arbeitserleichterung oder zur Erreichung eines bestimmten Zweckes.⁸⁵ Begriffsprägend ist damit weder die Stofflichkeit, noch die Tauglichkeit zur physischen Kraftentfaltung, sondern die Nutzbarkeit zur Erleichterung der Erreichung eines Zweckes.⁸⁶ Nach diesem Begriffsverständnis überschneidet sich der Werkzeugbegriff mit dem Terminus des „Mittels“. §§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB sanktionieren allerdings das Mitführen von Werkzeugen *oder* Mitteln, weshalb angesichts des Verschleifungsverbots eine Trennung der Begriffe geboten sein könnte.⁸⁷ Doch schließt Art. 103 Abs. 2 GG ausschließlich die Verschleifung von Begriffen aus, denen der Gesetzgeber eine eigenständige Bedeutung zugewiesen hat, was durch Analyse des Tatbestands zu bestimmen ist.⁸⁸ Anhand der Gesetzesmaterialien zu § 250

⁸² Vgl. *Sobota/Lichtenthäler*, JuS 2017, 516 (517); *Krüger/Maurer*, JA 2018, 321 (323); *Krüger*, NStZ 2019, 273 (275); a.A. LG Saarbrücken, Urt. v. 31.3.2023 – 3 KLS 35/22 = BeckRS 2023, 26924 Rn. 26 unter Verweis auf BT-Drs. 13/9064, S. 18.

⁸³ Duden, abrufbar unter

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Werkzeug> (17.9.2024);

vgl. auch DWDS, abrufbar unter

<https://www.dwds.de/wb/Werkzeug> (17.9.2024).

⁸⁴ Duden (Fn. 83). Etymologisch fielen im 8. Jahrhundert das Werk und die dafür erforderlichen Hilfsmittel begrifflich unter dem Terminus „wer(h)“ zusammen, vgl. *Pfeifer* (Fn. 44), S. 1558.

⁸⁵ Duden, abrufbar unter

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Hilfsmittel> (17.9.2024);

siehe auch *Hardtung* (Fn. 29), § 224 Rn. 14.

⁸⁶ *Wörner*, ZJS 2009, 236 (246); *van Lawick-Goodall*, Advances in the Study of Behavior, 1971, S. 195; vgl. auch DWDS (Fn. 83); thefreedictionary, abrufbar unter <https://de.thefreedictionary.com/Werkzeug> (17.9.2024); enger *Paeffgen/Böse/Eidam* (Fn. 26), § 224 Rn. 15 (Widmung zur Erstellung für ein „Werk“).

⁸⁷ Vgl. *Eschelbach* (Fn. 4), § 177 Rn. 128.

⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20 = NJW 2022, 1160 (1162 Rn. 100); *Pschorr*, in: Staffler/Ege/Jany/Lichtenberger/Payer/Ranzoni/Reinicke/Schweiger/Tsilikis (Hrsg.), Strafrecht und Demokratie, 2023, S. 131 (155).

Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB lässt sich erkennen: Der Gesetzgeber stellte „Werkzeuge oder Mittel“ i.S.d. Norm dem gefährlichen Werkzeug gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB gegenüber.⁸⁹ Die Termini „Werkzeug“ und „Mittel“ wurden also als Einheit gedacht. Obwohl der Gesetzgeber zwei Begriffe in den Tatbestand aufnahm, sollte nur ein Merkmal gebildet und durch die Verwendung der Formulierung „Werkzeuge oder Mittel“ eine möglichst umfassende Reichweite der Qualifikation gesichert werden. Eine Redundanz eines terminologischen Bestandteils (mit der Folge der Verfassungswidrigkeit) tritt in diesem Falle nicht ein, wird doch eine terminologische Einheit konstituiert.⁹⁰ Demnach muss nicht zwischen Werkzeug und Mittel differenziert werden.

V. Fazit

Im Ergebnis sind Werkzeuge i.S.d. § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB alle Mittel – ob fest, flüssig oder gasförmig –, die dem Täter erleichtern, sich über den (sexuellen) Willen des Opfers hinwegzusetzen. Dementsprechend erfüllt der Einsatz von K.O.-Tropfen und anderen Betäubungsmitteln im Zusammenhang mit einem sexuellen Übergriff § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB in Tateinheit mit § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Die Abweichung im Begriffsverständnis zwischen § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB ist dem in abweichenden Tathandlungsmodalitäten zum Ausdruck kommenden unterschiedlichen Schutzzweck geschuldet. Um eine einheitliche Auslegung der Begrifflichkeiten zu sichern, sollte der Gesetzgeber erwägen, die Differenzierung zwischen § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB und § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB aufzugeben und die Verwendung aller erheblich gefährlichen Tatmittel in einem Tatbestand zu erfassen. Für die Rechtssetzungspraxis zeigt die vorliegende Konstellation: Der Rechtsklarheit ist zuträglich, bei abweichenden Schutzzwecken verschiedene Termini zu verwenden. Die Einheit der Rechtsordnung wahrt nur gute Gesetzgebung, die nicht bei der Übertragung von Begriffen aus einem Normkontext in den anderen endet. Konsistenz in der Norminterpretation setzt Konsistenz in Normsystematik und -zweck voraus, die nur der Gesetzgeber gewährleisten kann.

⁸⁹ BT-Drs. 13/9064, S. 18; so auch *Küper/Zopfs* (Fn. 77), Rn. 801.

⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20 = NJW 2022, 1160 (1162 Rn. 100).

Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Betriebsratsvergütungen

Von Dr. Anne-Kathrin Bertke, Dr. Sascha Knaupe, Hamburg*

Am 10. Januar 2023 fällte der 6. Strafsenat des BGH im Zusammenhang mit überhöhten Vergütungen an Betriebsratsmitglieder ein wegweisendes Urteil. Der vorliegende Beitrag stellt dieses Urteil näher vor und vergleicht es mit den gesetzlichen Vorgaben des Betriebsverfassungsgesetzes und mit den von der BAG-Rechtsprechung aufgestellten Kriterien. Anhand dieses Vergleiches wird die Frage beantwortet, ob für Verantwortliche von Unternehmen aufgrund jenes Urteils des BGH ein erhöhtes Strafbarkeitsrisiko wegen Untreue zu bejahen ist und welche Maßnahmen die Unternehmen ergreifen sollten, um etwaige Strafbarkeitsrisiken zu minimieren.

I. Einleitung

Die Frage der Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Betriebsratsvergütungen war in unterschiedlichen Ausprägungen bereits des Öfteren Gegenstand von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.¹ Anfang des Jahres 2023 hat dieses Thema nochmals stark an Bedeutung gewonnen. Denn am 10. Januar 2023 fällte der 6. Strafsenat des BGH² ein Urteil, das sog. „Volkswagen“-Urteil, wonach eine überhöhte Vergütung von Betriebsräten sowohl ein Verstoß gegen das sich aus § 78 S. 2 BetrVG ergebende Begünstigungsverbot als auch eine Untreuehandlung gem. § 266 Abs. 1 StGB sein könne.³ In diesem Urteil stellte der BGH konkrete Kriterien zur Beurteilung der Vergütungshöhe von Betriebsratsmitgliedern auf. Darin erblickt das überwiegende Schrifttum einen Widerspruch zur Rechtsprechung des BAG (siehe dazu unten unter III. 2.). Daher führte das Urteil des BGH in der Praxis zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Die VW AG und andere Arbeitgeber stellten aus Furcht vor einer Strafbarkeit die Vergütung von (ehemaligen) Betriebsratsmitgliedern auf den Prüfstand und kürzten diese zum Teil. Dagegen setzten sich viele Betriebsratsmitglieder wiederum zur Wehr.⁴ Dies blieb

auch dem Gesetzgeber nicht verborgen, der derzeit eine Änderung des BetrVG vornimmt, um als Reaktion auf das Urteil des BGH die entstandene Rechtsunsicherheit zu beseitigen (vgl. BR-Drs. 564/23).

Diese Entwicklungen sollen im vorliegenden Beitrag zum Anlass genommen werden, zunächst die gesetzlichen Grundlagen und die BAG-Rechtsprechung (dazu II.) sowie im Vergleich dazu das Urteil des BGH vom 10. Januar 2023 und dessen Auswirkungen (dazu III.) vorzustellen. Anschließend soll auf die nun wahrscheinlich bevorstehende Gesetzesänderung (dazu IV.) und die strafrechtliche Perspektive auf die Betriebsratsvergütung (dazu V.) eingegangen werden. Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung (dazu VI.).

II. Gesetzliche Grundlagen und BAG-Rechtsprechung

Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern ist durch folgende Prinzipien gekennzeichnet: Nach dem Ehrenamtsprinzip führen Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt (§ 37 Abs. 1 BetrVG); eine Vergütung der Betriebsrats Tätigkeit als solcher ist somit nicht zulässig. Zweck der Regelung ist es zu gewährleisten, dass Betriebsratsmitglieder ihr Amt unparteiisch und innerlich und äußerlich unabhängig führen können.⁵ Nur so lässt sich auch die Akzeptanz innerhalb der Belegschaft gewährleisten.⁶

Betriebsratsmitglieder sind für ihre Tätigkeit im Betriebsrat von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien (§ 37 Abs. 2 BetrVG). Das Lohnausfallprinzip sichert dabei die Lebensgrundlage des Betriebsratsmitglieds. Das Betriebsratsmitglied hat danach im Wege einer hypothetischen Betrachtung Anspruch auf dasjenige Entgelt, das es ohne die Arbeitsbefreiung erhalten hätte.⁷

Betriebsratsmitglieder dürfen wegen ihrer Tätigkeit im Betriebsrat schließlich nicht benachteiligt oder begünstigt werden (Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot); dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung (§ 78 S. 2 BetrVG). Danach sind Arbeitgeber verpflichtet, Betriebsratsmitgliedern eine berufliche Entwicklung zu gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Tätigkeit als Betriebsrat durchlaufen hätten.⁸ Betriebsratsmitglieder können einen unmittelbaren Anspruch auf eine höhere als die gezahlte Vergütung aus § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG haben, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung wegen ihrer Betriebsrats Tätigkeit darstellt.⁹

Das Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot wird durch einen Mindestvergütungsanspruch ergänzt (§ 37 Abs. 4 BetrVG). Danach darf das Arbeitsentgelt eines Betriebsrats-

* Die Mitautorin Dr. Anne-Kathrin Bertke ist Rechtsanwältin in Hamburg und Referentin beim IfUS-Institut im Zertifikatslehrgang Restrukturierungs- und Sanierungsberater. Der Mitautor Dr. Sascha Knaupe ist Rechtsanwalt in Hamburg und Lehrbeauftragter für Strafrecht an der Universität Leipzig.

¹ Vgl. dazu nur m.w.N. Höft, in: Rotsch/Wagner/Wittig, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers, 2. Aufl. 2024 (i.E.), 3. Teil, B. I. (im Erscheinen).

² BGH NSStZ 2023, 352 ff.

³ Unter Umständen kann auch ein Risiko aufgrund des Tatbestands der Betriebsratsbegünstigung gem. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Betracht kommen. Aufgrund der geringen praktischen Bedeutung und des Strafantragserfordernisses des § 119 Abs. 2 BetrVG soll dieser Tatbestand im vorliegenden Aufsatz jedoch außer Betracht bleiben.

⁴ Vgl. dazu etwa Podolski, LTO v. 26.10.2023, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/53001 (23.9.2024)

sowie

beck-aktuell v. 8.2.2024, abrufbar unter

<https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/lag-niedersachsen-lohnkuerzung-vw-betriebsrat-bag-bgh> (23.9.2024).

⁵ BAG NZA 2016, 1212 (1214 Rn. 21).

⁶ Fischer, NZA 2007, 484 (489).

⁷ BAG NZA 2021, 869 (872).

⁸ Jacobs/Krell, RdA 2023, 193 (200).

⁹ BAG BeckRS 2022, 45458 Rn. 41.

mitglieds nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung.

Für das Verständnis der Rechtsprechung des BGH ist entscheidend, die unterschiedlichen Voraussetzungen des Mindestvergütungsanspruchs gem. § 37 Abs. 4 BetrVG einerseits und eines auf das Benachteiligungsverbot gestützten weitergehenden Vergütungsanspruchs gem. § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG andererseits zu verstehen:

Der Mindestvergütungsanspruch legt lediglich eine Mindestvergütung fest, welche sich nach der betriebsüblichen Vergütung richtet. Hierfür wird eine Vergleichsgruppe von Arbeitnehmern bestimmt, die im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamtes mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbar waren, weil sie ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeübt haben wie das Betriebsratsmitglied und dafür in gleicher Weise wie das Betriebsratsmitglied fachlich und persönlich qualifiziert waren.¹⁰ Nicht höchstrichterlich entschieden ist bislang, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vergleichsgruppe neu bestimmt werden darf, wenn ein Betriebsratsmitglied sich im Laufe mehrerer Amtszeiten weiterbildet und die Anforderungen an eine höherdotierte Stelle erfüllt. Zweck des Mindestvergütungsanspruchs ist es, es dem Betriebsratsmitglied durch leicht nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen zu ermöglichen, eine Erhöhung des Arbeitsentgelts während der Amtszeit in dem Umfang durchzusetzen, wie das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steigt.¹¹ Ein Anspruch auf höhere Vergütung besteht demnach, wenn das Betriebsratsmitglied nach den betriebsüblichen Gepflogenheiten hätte befördert werden müssen oder wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer tatsächlich befördert worden ist.¹² Kein Anspruch auf eine Beförderung nach § 37 Abs. 4 BetrVG besteht hingegen, wenn nur einzelne Arbeitnehmer aus individuellen Gründen, z.B. aufgrund einer zusätzlich erworbenen Qualifikation, befördert werden. Ein die betriebsübliche Vergütung übersteigendes Arbeitsentgelt aufgrund einer hypothetischen Sonderkarriere oder eines Beförderungsanspruchs des Betriebsratsmitglieds ist gleichfalls nicht vom Mindestvergütungsanspruch des § 37 Abs. 4 BetrVG umfasst.

Ein Betriebsratsmitglied muss sich jedoch nicht mit einer Vergütungsentwicklung begnügen, die derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung entspricht.¹³ Es kann einen schnelleren vergütungsmäßi-

gen Aufstieg nehmen. Hierfür muss festgestellt werden können, dass das Betriebsratsmitglied – z.B. aufgrund besonderer Kenntnisse, Befähigungen oder persönlicher Eigenschaften – diesen Aufstieg genommen hätte, wenn es nicht zum Betriebsratsmitglied gewählt worden wäre. Ein Anspruch auf eine solche höhere Vergütung wird durch das Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG abgesichert. Kann ein hypothetischer Aufstieg hingegen nicht festgestellt werden, verstößt eine entsprechende Beförderung oder Erhöhung der Vergütung gegen das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG – eine entsprechende Vereinbarung ist gem. § 134 BGB nichtig. Für einen Anspruch auf eine höhere Vergütung als die Vergleichsgruppe gem. § 78 S. 2 BetrVG i.V.m. § 611a Abs. 2 BGB kommt es nicht auf die Entwicklung der bei Aufnahme der Betriebsratstätigkeit vergleichbaren Arbeitnehmer an, sondern auf eine hypothetische Entwicklung („Sonderkarriere“) des Betriebsratsmitglieds selbst. Ein solcher Anspruch ist an besondere Voraussetzungen geknüpft: Zum einen muss eine vakante Beförderungsstelle vorliegen. Zum anderen muss eine – ggf. auch nur fiktive – Bewerbung des Betriebsratsmitglieds wegen der Betriebsratstätigkeit oder einer Freistellung erfolglos gewesen sein. Das Betriebsratsmitglied muss darlegen und beweisen, dass a) seine Bewerbung gerade wegen seiner Betriebsratstätigkeit und/oder seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied erfolglos war, b) es eine Bewerbung wegen der Freistellung unterlassen hat, eine Bewerbung ohne Freistellung jedoch erfolgreich gewesen wäre, oder c) eine tatsächliche oder fiktive Bewerbung wegen fehlender aktueller Fachkenntnisse oder sonstiger Qualifikationen keinen Erfolg gehabt hätte, die gerade wegen der Freistellung des Betriebsratsmitglieds nicht vorhanden sind.¹⁴

Nicht entschieden hat das BAG bislang, ob im Rahmen oder aufgrund der Betriebsratstätigkeit erworbene Kenntnisse und Fähigkeiten bei Beförderungsentscheidungen berücksichtigt werden dürfen. Unter anderem diesen Aspekt – die Berücksichtigungsfähigkeit aufgrund der Betriebsratstätigkeit erworbener Qualifikationen – griff der BGH in seinem Urteil vom 10. Januar 2023 auf (dazu unter III. 1. c).

III. Urteil des BGH vom 10. Januar 2023 und dessen Auswirkungen

Nachfolgend sollen der Inhalt des Urteils (dazu 1.) sowie dessen Bedeutung (dazu 2.) und Auswirkungen (dazu 3.) näher dargestellt werden.

1. Der Inhalt des Urteils des BGH

Der 6. Strafsenat des BGH fällte jenes Urteil, das sog. „Volkswagen“-Urteil, am 10. Januar 2023 in Leipzig.

a) Gegenstand des Urteils

Gegenstand des Urteils ist ein Urteil des LG Braunschweig

Scholz/Schmidt, Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 32. Aufl. 2024, § 37 Rn. 119b.

¹⁴ BAG NZA 2021, 864 (866 Rn. 24).

¹⁰ BAG NZA 2020, 594 (596 Rn. 21).

¹¹ AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 175 Rn. 29; BAG NZA 2006, 448 (450 Rn. 18); Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 37 Rn. 70; Koch, in: Müller-Glöge/Preis/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, § 37 Rn. 9.

¹² BAG NZA 2016, 1339.

¹³ AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 175 Rn. 29; Weber, in: Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs, Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, Bd. 1, 12. Aufl. 2021, § 37 Rn. 137; Fitting, in: ders./Trebing/Linsenmaier/

vom 28. September 2021¹⁵ gewesen. Jenes Gericht sprach Vorstandsmitglieder und Prokuristen der VW AG frei, die wegen Untreue angeklagt worden waren.

Dieser Entscheidung lag – verkürzt zusammengefasst – der Sachverhalt zugrunde,¹⁶ dass Vorstandsmitglieder und Prokuristen der VW AG freigestellten Betriebsratsmitgliedern höhere Monatsentgelte – teilweise bis zu 17.000,00 € – und freiwillige Bonuszahlungen – zum Teil im höheren sechsstelligen Bereich – bewilligt hatten. Bei der Höhe der bewilligten Vergütungen hatten sie sich nicht an Vergleichsgruppen orientiert. Stattdessen hatten sie eine hypothetische Betrachtung der Vergütungsentwicklung zugrunde gelegt und Fort- und Weiterbildungen berücksichtigt, die mit der Betriebsrats Tätigkeit im Zusammenhang standen. Die Vorstandsmitglieder und Prokuristen hatten ihr Vorgehen für pflichtgemäß gehalten und sich hierbei auf die Einschätzung interner und externer Berater verlassen.

Durch die bewilligten Vergütungen an die Betriebsratsmitglieder unter der Berücksichtigung hypothetischer Gehaltsentwicklungen aufgrund einer individuellen Sonderkarriere hatte das LG Braunschweig den objektiven Tatbestand der Untreue für verwirklicht angesehen. Da die Angeklagten laut Einschätzung des LG Braunschweig irrtümlicherweise davon ausgegangen seien, sich pflichtgemäß und gesetzeskonform verhalten zu haben, hatte das LG Braunschweig einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB zu Gunsten der Angeklagten angenommen.

b) Entscheidung des BGH

Der BGH hob das Urteil des LG Braunschweig auf und verwies es zur erneuten Verhandlung zurück an eine andere Wirtschaftskammer. Dies lag aber an einer unzureichenden Darlegung der Tatsachen, aufgrund derer das LG Braunschweig einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum angenommen hatte. Hierdurch blieb es dem BGH als Revisionsgericht verwehrt, eine Überprüfung des Urteils auf Rechtsfehler vorzunehmen.¹⁷ Dagegen bestätigte der BGH das Urteil des LG Braunschweig insoweit, als er aufgrund der bewilligten Vergütungen ebenfalls die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Untreue für gegeben ansah (dazu auch sogleich unter c).¹⁸

c) Einzelheiten des Urteils

Im Einzelnen sah der 6. Strafsenat des BGH eine Vermögensbetreuungspflicht eines Vorstandes bzw. Prokuristen der VW AG und die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht für den Fall als gegeben an, dass „einem Betriebsrat ein Arbeitsentgelt bewilligt wird, das gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 S. 2 BetrVG) verstößt. Eine solche begünstigende Verfügung führt zu einem verbotenen Vermögensabfluss und ist nichtig [...]“. Sie überschreitet die in § 93 Abs. 1 AktG normierten und auch

der Prokura eigenen äußersten Grenzen des (unternehmerischen) Ermessens und verletzt eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Vermögen.“¹⁹

Ferner entschied der BGH, dass „[e]ine strafrechtliche Ausfüllung dieser Vermögensbetreuungspflicht durch weitere – namentlich vermögensschützende – Vorschriften, Satzungsbestimmungen, vertragliche Verpflichtungen, den vom LG herangezogenen Deutschen Corporate Governance Kodex oder hierzu abgegebene Entsprechenserklärungen [...] aus Rechtsgründen nicht erforderlich [sei].“²⁰

Im Hinblick auf die Beurteilung der Vergütungshöhe gem. § 37 Abs. 4 BetrVG (Mindestvergütung) stellte der BGH mehrere in den konkreten Fällen zu beachtende Kriterien auf. So dürfen Qualifikationen, die ein Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Betriebsrats Tätigkeit oder -stellung erlangt hat, bei der Bemessung der Vergütungshöhe nicht berücksichtigt werden. Eine Berücksichtigung dieser erlangten Qualifikationen würde den Grundsatz, dass es sich bei der Betriebsrats Tätigkeit um ein Ehrenamt handelt, das unentgeltlich auszuüben ist, ansonsten umgehen.²¹ Darüber hinaus dürfe für die Frage der Höhe der Vergütung grundsätzlich auch nicht auf die hypothetische Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds bei einer Sonder- bzw. Ausnahmekarriere abgestellt werden.²²

Stattdessen, so der 6. Strafsenat, habe sich die Höhe der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern gem. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG an der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung zu orientieren.²³ Zur Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer und zur Betriebsüblichkeit der Entwicklung führte das Gericht sodann aus:²⁴

„Vergleichbar ist vielmehr nur, wer im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt hat und dafür in gleicher Weise wie der Betriebsrat fachlich und persönlich qualifiziert war [...]. Üblich ist eine Entwicklung, wenn die überwiegende Anzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer eine solche typischerweise bei normaler betrieblicher und personeller Entwicklung genommen hat. Diese Regeln gelten auch für Beförderungen [...]. Ein Aufstieg ist insbesondere nur dann betriebsüblich, wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen erreicht hat [...].“

Neben der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch ein Vorstandsmitglied bzw. einen Prokuristen der VW AG sah der BGH auch einen Vermögensnachteil zu Lasten der VW AG durch die Auszahlung der bewilligten Vergütung als gegeben an. Hierbei betonte der 6. Strafsenat des BGH insbesondere, dass der hierdurch verursachte Vermögensnachteil auch nicht durch die Förderung einer vertrauensvollen Zu-

¹⁵ LG Braunschweig BeckRS 2021, 47174.

¹⁶ Vgl. BGH NStZ 2023, 352 (352 f.); LG Braunschweig BeckRS 2021, 47174 Rn. 1 ff.

¹⁷ BGH NStZ 2023, 352 (354 Rn. 26).

¹⁸ BGH NStZ 2023, 352 (353 f. Rn. 18 ff.).

¹⁹ BGH NStZ 2023, 352 (353 Rn. 20) m.w.N.

²⁰ BGH NStZ 2023, 352 (353 Rn. 19) m.w.N.

²¹ BGH NStZ 2023, 352 (354 Rn. 24) m.w.N.

²² BGH NStZ 2023, 352 (354 Rn. 22).

²³ BGH NStZ 2023, 352 (354 Rn. 22).

²⁴ BGH NStZ 2023, 352 (354 Rn. 22) m.w.N.

sammenarbeit zum Wohle des Unternehmens kompensiert werden könne.²⁵

Zum Vorsatz führte der 6. *Strafsenat* des BGH aus, dass zu überprüfen sei, ob wirklich eine Fehlvorstellung der Angeklagten über tatsächliche Umstände vorliege oder vielmehr eine fehlerhafte rechtliche Wertung durch die Angeklagten vorgenommen worden sei, sodass statt eines Tatbestandsirrtums nach § 16 Abs. 1 StGB ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB in Betracht kommen würde.²⁶ Im Falle eines Verbotsirrtums sei bei der Frage der Vermeidbarkeit zu berücksichtigen, so der BGH weiter, dass eine anwaltliche Beratung nicht zwingend genüge, um eine Unvermeidbarkeit anzunehmen. Insbesondere Gutachten als „rechtliche[r] Flankenschutz für die tatsächliche Handhabung“ würden einer besonders kritischen Würdigung bedürfen. Zudem würde die zahlreiche Fachliteratur, die „die von den Angeklagten angewandten Bemessungskriterien für die Vergütung von Betriebsräten [...] für unzulässig erachtet hätten“, zur Folge haben, dass „die Unvermeidbarkeit jedenfalls nicht auf der Hand“ läge.²⁷

Festzuhalten bleibt damit, dass der 6. *Strafsenat* des BGH im Einklang mit dem LG Braunschweig die Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes der Untreue wegen bewilligter überhöhter Vergütungen an die Betriebsratsmitglieder als gegeben ansah.

2. Bedeutung des Urteils

Diese Entscheidung des BGH hat im Schrifttum große Beachtung gefunden und sieht sich überzeugender Kritik ausgesetzt.

Vereinzelte wird in dem Urteil des BGH zwar keine Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben des BetrVG und den Kriterien des BAG erblickt. Dies wird damit begründet, dass die vier Betriebsratsmitglieder des gegenständlichen Falls keine Angebote für freie Stellen vorgewiesen hätten, sodass sich der BGH mit einem höheren Vergütungsanspruch gem. § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG aufgrund hypothetischer Sonderkarrieren nicht zu befassen brauchte.²⁸ Hypothetische Beförderungsansprüche sind jedoch im Anwendungsbereich des § 37 Abs. 4 BetrVG nach der Rechtsprechung des BAG außer Betracht zu lassen – es kommt lediglich auf die Vergütungsentwicklung der Vergleichsgruppe an. Für dieses Verständnis könnte auch sprechen, dass der BGH, hätte er denn von der Rechtsprechung des BAG abweichen wollen, die Rechtsfrage ansonsten gem. § 2 Abs. 2 RsprEinhG dem Gemeinsamen Senat bzw. zunächst dem Vereinigten Großen Senat hätte vorlegen müssen.²⁹ Überwiegend³⁰ wird das Urteil des BGH jedoch so gedeutet, dass im

Hinblick auf die Bemessung der Vergütungshöhe die hypothetische Betrachtung der extreme Ausnahmefall und die Vergleichsgruppenbetrachtung – somit das Mindestmaß aus § 37 Abs. 4 BetrVG – die Regel sein soll. Das in § 78 S. 2 BetrVG normierte Grundprinzip wird demnach umgekehrt. Die Vergütung der Vergleichsgruppe wird damit nicht nur zur Mindestvergütung, sondern im Regelfall auch zur Höchstgrenze.³¹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach dem Urteil des BGH Qualifikationen, die ein Betriebsrat aufgrund seiner Betriebsrattätigkeit oder -stellung erlangt hat, bei der Bemessung der Vergütungshöhe unter keinen Umständen berücksichtigt werden dürfen.

Ferner wird die Entscheidung des BGH im Schrifttum auch vor dem Hintergrund kritisiert, dass der BGH nicht näher prüfte bzw. begründete, ob den Vorschriften des BetrVG ein vermögensschützender Charakter zukommt.³² Im Schrifttum wird nämlich vertreten, dass die Vorschriften des BetrVG nicht einmal mittelbar vermögensschützenden Charakter aufweisen, sondern vielmehr dem Schutz der Ordnung der Betriebsverfassung bzw. der Unabhängigkeit der Mitglieder des Betriebsrates dienen würden. Daher könne allein ein Verstoß gegen die Vorgaben des BetrVG keine Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes begründen.³³

Insgesamt stellt das Urteil nach überwiegender Lesart eine erhebliche Verschärfung des Begünstigungsverbot und damit auch des Untreuestrafbarkeitsrisikos dar.³⁴ Das wird insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 37 Abs. 4 BetrVG historisch die Position des Betriebsratsmitglieds eigentlich stärken und sie nicht beschränken sollte,³⁵ kritisiert.³⁶

3. Auswirkungen des Urteils

Das Urteil des 6. *Strafsenats* des BGH führte in der Praxis zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Das lag zum einen an den im Schrifttum vertretenen unterschiedlichen Deutungen, zum anderen an der Tatsache, dass die Unternehmen eine Verschärfung des Untreuestrafbarkeitsrisikos befürchten mussten.

Nicht nur die VW AG nahm die Rechtsprechung des BGH zum Anlass, das Entgelt zahlreicher Betriebsräte zu kürzen. Die Mehrheit der betroffenen Betriebsratsmitglieder der VW AG waren mit ihren gegen die Entgeltkürzung gerichteten Klagen erfolgreich.³⁷ Der Bundestag hat vor diesem Hintergrund eine Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

²⁵ BGH NStZ 2023, 352 (353 Rn. 21) m.w.N.

²⁶ BGH NStZ 2023, 352 (355 Rn. 38) m.w.N.

²⁷ BGH NStZ 2023, 352 (355 Rn. 39) m.w.N.

²⁸ Jacobs, BB 2024, 117 (118).

²⁹ Siehe dazu Jachmann-Michel, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 86. Lfg., Stand: Januar 2019, Art. 95 Rn. 160.

³⁰ Vgl. etwa Brand/Strauß, NJW 2023, 1024 (1025 ff. Rn. 6 ff.); Rothballer, NZA 2023, 257 (258 ff.); Wewetzer, RdA 2023, 250 (251 ff.).

³¹ Rothballer, NZA 2023, 257 (258 f.).

³² Vgl. zu den diesbezüglich nicht einheitlichen Entscheidungen des BGH in der Vergangenheit Höft (Fn. 1); Waßmer, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, § 266 Rn. 190 f.

³³ Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 266 Rn. 38; Strauß, JuS 2018, 1143 (1145) m.w.N.

³⁴ Brand/Strauß, NJW 2023, 1024 (1026 Rn. 8); Rothballer, NZA 2023, 257 (259); Wewetzer, RdA 2023, 250 (254 f.).

³⁵ Waas, RdA 2023, 209 (210).

³⁶ Siehe auch Waßmer (Fn. 32), § 266 Rn. 191.

³⁷ Vgl. beck-aktuell (Fn. 4), becklink 2029826 mit Verweis u.a. auf LAG Niedersachsen, Urt. v. 8.2.2024 – 6 Sa 559/23.

beschlossen, um Rechtsklarheit zu schaffen, ohne die Möglichkeit der Aufklärung und Ahndung von Verstößen gegen das Begünstigungsverbot einzuschränken.³⁸

IV. Gesetzesänderung

Der Bundestag hat am 28. Juni 2024 die gesetzliche Klarstellung zur Betriebsratsvergütung durch eine Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes beschlossen.³⁹ § 37 Abs. 4 BetrVG, der den Mindestvergütungsanspruch von Betriebsratsmitgliedern in Abhängigkeit ihrer Vergleichsgruppe regelt, wird erweitert und bildet insbesondere wesentliche Grundsätze der Rechtsprechung des BAG ab.

Satz 3 stellt zunächst – entsprechend der Rechtsprechung des BAG – klar, dass es bei der Bestimmung einer Vergleichsgruppe auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamtes (und nicht etwa auf eine Freistellung des Betriebsratsmitglieds) ankommt. Ein sachlicher Grund soll jedoch eine spätere Neubestimmung der Vergleichsgruppe erlauben. Ein sachlicher Grund kann nach der Gesetzesbegründung z.B. ein beruflicher Aufstieg eines Betriebsratsmitglieds sein.⁴⁰

Einzelheiten zur Festlegung relevanter Vergleichsgruppen (z.B. bei Fehlen von Vergleichspersonen im selben Betrieb) können entsprechend der Rechtsprechung des BAG zwischen den Betriebsparteien in einer Betriebsvereinbarung konkretisiert werden (Satz 4), wobei die Kriterien nach dem geänderten Gesetz nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden können (Satz 5). Gleiches gilt für die Festlegung von konkreten Vergleichspersonen, soweit diese zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat einvernehmlich erfolgt und in Textform dokumentiert wird (Satz 6). Die Gesetzesbegründung stellt zudem – im Einklang mit der BGH-Entscheidung – klar, dass der Mindestentgeltanspruch gem. § 37 Abs. 4 BetrVG keine hypothetischen Verläufe beruflichen Aufstiegs („hypothetische Karriere“/„fiktiver Beförderungsanspruch“) erfasst. Diese seien Gegenstand eines Anspruchs aus § 611a BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG.⁴¹

§ 78 BetrVG wird in einem dritten Satz um die Klarstellung ergänzt, dass eine Begünstigung oder Benachteiligung im Hinblick auf das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vorliegt, wenn das Betriebsratsmitglied in seiner Person die für die Gewährung des Arbeitsentgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt. Die Gesetzesbegründung stellt dabei zusätzlich klar, dass ein fiktiver Beförderungsanspruch stets an die Besetzung einer konkreten freien Stelle anknüpfe, die auch in einem anderen Betrieb des Unternehmens angesiedelt sein könne.⁴²

Über die aktuelle Rechtsprechung des BAG hinausgehend stellt die Gesetzesbegründung im Hinblick auf den hypothetischen Beförderungsanspruch klar, dass es sachlich gerechtfertigt sein könne, auch durch und während der Amtstätigkeit erworbene Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikationen zu berücksichtigen, soweit sie im Unternehmen auch außerhalb des Betriebsratsamtes für die jeweilige Stelle karriere- und vergütungsrelevant seien. Nicht berücksichtigungsfähig sei indes, dass ein Betriebsratsmitglied mit Vorständen und Managern „auf Augenhöhe verhandelt“, „komplexe Aufgaben“ wahrgenommen oder „in unternehmerische Entscheidungskomplexe eingebunden“ sei.⁴³ Der bloße Zuwachs an Kompetenzen, Kenntnissen und Fähigkeiten während der Ausübung des Amtes als Betriebsrat begründe für sich allein ohne Bezug zu einer konkreten Stelle im Betrieb und deren Anforderungsprofil keinen Anspruch nach § 78 S. 2 BetrVG auf eine höhere Vergütung.

V. Strafrechtliche Perspektive auf die Betriebsratsvergütung

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des 6. Strafsenats soll nun beleuchtet werden, ob es Strafbarkeitsrisiken gibt und welcher Handlungsbedarf für Unternehmen besteht. Hierbei sollen zum einen die Konstellation ohne (dazu 1.) und zum anderen die Konstellation mit der nun wahrscheinlich bevorstehenden Änderung des BetrVG (dazu 2.) betrachtet werden.

1. Betrachtung der Konstellation ohne die nun wahrscheinlich bevorstehende Änderung des BetrVG

Für die Konstellation ohne die nun wahrscheinlich bevorstehende Änderung des BetrVG gilt Folgendes:

a) Strafbarkeitsrisiken

Nach jener Konstellation besteht eine (erhebliche) Gefahr, dass Ermittlungsbehörden in der Vereinbarung bzw. Auszahlung überhöhter Betriebsratsvergütungen durch die Verantwortlichen Untreuehandlungen sehen und entsprechende Strafverfahren einleiten könnten, wenn hierbei gegen die durch den 6. Strafsenat des BGH aufgestellten – mutmaßlich strengeren – Kriterien verstoßen wird. Die Tatsache einer möglicherweise entgegenstehenden arbeitsrechtlichen Rechtsprechung ist zunächst einmal unerheblich, da für Ermittlungsbehörden in erster Linie die Rechtsprechung der Strafsenate des BGH maßgeblich ist.

Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts der Untreue bedeutet selbstverständlich – wie auch bei der Einleitung von Ermittlungsverfahren wegen anderer Delikte – nicht, dass es zwangsläufig auch zu einer Anklage oder sogar zu einer Verurteilung kommen wird. Doch unabhängig davon, dass der Ausgang eines Ermittlungsverfahrens stets ungewiss ist, gilt es auch im Übrigen, sofern möglich, die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zu vermeiden. Schließlich werden während eines laufenden Ermittlungsverfahrens die Beförderungs- und Karrierechancen des Beschul-

³⁸ Vgl. dazu

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw26-de-betriebsverfassungsgesetz-1009720> (23.9.2024).

³⁹ <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw26-de-betriebsverfassungsgesetz-1009720> (23.9.2024).

⁴⁰ BT-Drs. 20/9469, S. 9.

⁴¹ BT-Drs. 20/0460, S. 10.

⁴² BT-Drs. 20/0460, S. 11 f.

⁴³ BT-Drs. 20/9469, S. 11.

digten jedenfalls gemindert. Darüber hinaus können Ermittlungsverfahren, wenn sie denn öffentlich werden, negative Auswirkungen auf die Reputation haben, und zwar sowohl für den beschuldigten Angestellten als auch für das Unternehmen als Arbeitgeber.

Nach dem Urteil des BGH sowie den sonstigen geltenden Maßstäben⁴⁴ treffen die Vermögensbetreuungspflicht sowohl die Vorstandsmitglieder als auch die Prokuristen einer AG. Aufgrund der erforderlichen Vermögensbetreuungspflicht wird der Täterkreis des Untreuestraftatbestandes eingengt. Doch auch für andere Personengruppen, wie z.B. der Rechts- oder HR-Abteilung, die bspw. bei der Ausgestaltung der Verträge mitwirken, besteht grundsätzlich ein Untreuestraftbarkeitsrisiko. Soweit diesen selbst keine Vermögensbetreuungspflicht zukommen sollte, können sie den Untreuestraftatbestand zwar in eigener Person nicht täterschaftlich verwirklichen. Eine Beteiligung – üblicherweise in der Form der Beihilfe – ist jedoch ohne weiteres denkbar. Entsprechendes gilt für die begünstigten Betriebsratsmitglieder. Auch sie können den Untreuetatbestand zwar in eigener Person nicht täterschaftlich verwirklichen, da sie keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber einer AG trifft, zumal es im konkreten Fall um das Aushandeln ihrer eigenen Vergütung geht.⁴⁵ Betriebsratsmitglieder können sich jedoch ebenfalls an einer Untreuestraftat beteiligen.

Für die Verwirklichung des Untreuetatbestandes genügt bereits bedingter Vorsatz. Insofern ist es ausreichend, wenn die Tatbestandsverwirklichung für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen wird.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der BGH berechtigterweise fordert, zwischen einem Tatbestands- und Verbotsirrtum sauber zu differenzieren. Da die Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB ein normatives Tatbestandsmerkmal ist,⁴⁶ kommt zwar sowohl ein Tatbestands- als auch ein Verbotsirrtum in Betracht. Im Einzelnen hängt dies vom konkreten Bewusstsein des Handelnden ab.⁴⁷ Anders als in dem dem Urteil des BGH zugrundeliegenden Fall lässt sich hinsichtlich der Verantwortlichen zukünftiger Fälle allerdings nicht mehr ohne weiteres argumentieren, dass diese sich im Falle der zukünftigen Auszahlung in einem sog. unvermeidbaren Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB oder in einem Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 StGB befinden, wenn sie irrtümlicherweise – insbesondere aufgrund eines eingeholten rechtlichen Rates – davon ausgehen, sie würden sich pflichtgemäß und gesetzeskonform verhalten. Die Annahme eines sog. unvermeidba-

ren Verbotsirrtums unterliegt bereits grundsätzlich sehr strengen Anforderungen. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum ist ausschließlich dann gegeben, wenn die betroffene Person trotz Anspannung ihres Gewissens und trotz Ausschöpfung aller zumutbaren Erkenntnisquellen das Unrecht der Tat nicht erkennen konnte.⁴⁸ Der BGH hat bereits in dem vorliegenden Urteil Zweifel an dem Vorliegen eines solchen Irrtums geäußert, die Frage letztlich aber nicht entschieden.⁴⁹ Jedenfalls dürften das Urteil selbst und die dadurch ausgelöste öffentlichkeitswirksame Diskussion sowie das infolgedessen mutmaßlich vorhandene Problembewusstsein eine Argumentation für einen sog. unvermeidbaren Verbotsirrtum weiter erschweren. Entsprechendes dürfte für einen Tatbestandsirrtum gelten, der im Hinblick auf normative Tatbestandsmerkmale voraussetzt, dass der Irrtum im Wege einer Parallelwertung der Laiensphäre nachvollziehbar ist.⁵⁰

b) Handlungsbedarf der Unternehmen

Aufgrund des hohen Straftbarkeitsrisikos im Falle der weiteren Bewilligung überhöhter Vergütungen stellt sich die Frage, welche Maßstäbe bei Abschluss neuer Verträge zu beachten und ob bestehende Vergütungsverpflichtungen zu reduzieren sind (dazu aa.). Des Weiteren ist es klärungsbedürftig, ob auf die Rückzahlung zu viel gezahlter Vergütungen verzichtet werden darf (dazu bb.).

aa) Abschluss neuer Verträge und Reduzierung bestehender Vergütungsverpflichtungen

Im Falle des Abschlusses neuer Verträge ist aus strafrechtlicher Sicht vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen zu empfehlen, sich im Hinblick auf die Vergütungshöhe an den Maßstäben des 6. *Strafsenats* des BGH zu orientieren. Auf das Untreuestraftbarkeitsrisiko aufgrund des gegenständlichen Urteils des BGH kann gegenüber dem Betriebsratsmitglied bei Abschluss eines solchen Vertrages auch hingewiesen werden. Zudem könnte eine Anpassung des Vertrages in den Raum gestellt werden, sobald es zu einer Umsetzung der derzeit geplanten Vorgaben der Gesetzesänderung kommen sollte.

Auch für bestehende Vergütungsverpflichtungen ist aus strafrechtlicher Sicht zu empfehlen, die Betriebsratsvergütungen auf das nach dem BGH zulässige Maß zu reduzieren, um das Risiko einer Strafverfolgung der verantwortlichen Vorstände oder Prokuristen zu minimieren.⁵¹ Inwieweit die anstehende Novelle des BetrVG Ermittlungsbehörden von der Einleitung von Ermittlungsverfahren abschreckt, ist nicht sicher zu beurteilen (siehe dazu auch bereits oben unter 1.). Jedenfalls wird dadurch das Risiko untreuestrafrechtlicher Verantwortlichkeit nicht gänzlich reduziert, sodass davon abzuraten ist, sich allein darauf zu verlassen.

⁴⁴ Siehe dazu etwa *Dierlamm/Becker*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 41 ff.

⁴⁵ Vgl. dazu auch die Rechtsprechung des BGH, der bei Vorstands- und auch Aufsichtsratsmitgliedern aufgrund eines Interessenkonflikts eine Vermögensbetreuungspflicht verneint, wenn es um dessen eigene Vergütungsangelegenheiten geht, BGH NZG 2006, 141 (150 Rn. 80); BGH BeckRS 2009, 27538 Rn. 84.

⁴⁶ Vgl. dazu etwa m.w.N. *Radtke*, NStZ 2011, 556 (557).

⁴⁷ Näher dazu in seiner Anm. zum sog. „Volkswagen“-Urteil des BGH *Kulhanek*, NStZ 2023, 355 (357).

⁴⁸ Vgl. *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 17 Rn. 13 ff.

⁴⁹ BGH NStZ 2023, 352 (355 Rn. 39).

⁵⁰ *Kleszczewski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2017, Rn. 186 m.w.N.

⁵¹ So auch *Rothballer*, NZA 2023, 257 (261).

Selbst wenn die Reduzierungen – wie im Falle der VW AG – zahlreiche arbeitsgerichtliche Klagen durch die betroffenen Betriebsratsmitglieder und für den Arbeitgeber nachteilige Urteile nach sich ziehen sollten, wäre auf diese Weise zumindest das strafrechtliche Risiko weitgehend minimiert. Eine nachgelagerte Zahlung auf Grundlage etwaiger rechtskräftiger arbeitsgerichtlicher Entscheidungen wäre aus Untreuesicht risikolos, da dann eine Rechtspflicht zur Zahlung der Betriebsratsvergütung bestünde.

Von der Alternative einer Fortsetzung der überhöhten Auszahlung unter dem Vorbehalt einer Rückforderung ist aus strafrechtlicher Sicht abzuraten. Bereits durch die Überweisung der Vergütung verbunden mit der unsicheren Möglichkeit der Rückforderung in einigen Wochen oder Monaten wird eine Gefährdung des Vermögens des betreffenden Unternehmens ausgelöst. Genauso wie beim Betrug⁵² genügt es auch für die Verwirklichung des Untreuetatbestandes, wenn durch die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht eine Gefährdung des Vermögens eintritt.⁵³ Ohne Relevanz ist es hierbei, ob die überhöhten ausgezahlten Vergütungen im Nachhinein tatsächlich nicht zurückgefordert werden konnten. Denn mit Eintritt der Vermögensgefährdung durch die Überweisung der Vergütung verbunden mit der unsicheren Möglichkeit der Rückforderung ist der Tatbestand der Untreue bereits verwirklicht.⁵⁴ Jegliches Nachtatverhalten wirkt sich allenfalls auf der Ebene der Strafzumessung aus. Das Strafbarkeitsrisiko bleibt hiervon allerdings unberührt, da die Tat zu diesem Zeitpunkt jedenfalls bereits vollendet ist.

Um sämtliche Vorgänge sauber zu dokumentieren, wird empfohlen, für die Reduzierung bestehender Vergütungsverpflichtungen einen Vorstands- bzw. Geschäftsführerbeschluss einzuholen.

bb) Verzicht auf Rückzahlung zu viel gezahlter Vergütungen

Eine weitere für Unternehmen wichtige Frage ist, ob auf die Rückzahlung zu viel gezahlter Vergütungen verzichtet werden darf. Anders als der Abschluss neuer Verträge und die Reduzierung bestehender Vergütungsverpflichtungen, die auf die Zukunft gerichtet sind, betrifft jene Frage sozusagen den umgekehrten Fall, umfasst sie doch Vergütungen aus der Vergangenheit.

(1) Rechtslage

Bisher – auch nach der bevorstehenden Änderung des BetrVG – hat sich die Rechtsprechung noch nicht dazu verhalten, ob der Verzicht auf den Rückzahlungsanspruch der zu viel gezahlten Vergütungen gegen die Betriebsratsmitglieder ebenfalls eine Untreuehandlung i.S.d. § 266 StGB darstellt. Ein entsprechendes Risiko wird man aber auch hier annehmen müssen.⁵⁵

⁵² Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 32), § 263 Rn. 132 ff. m.w.N.

⁵³ Dierlamm/Becker (Fn. 44), § 266 Rn. 241 ff.

⁵⁴ Siehe dazu m.w.N. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 266 Rn. 150.

⁵⁵ Ein Strafbarkeitsrisiko kann sich unter Umständen aus § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ergeben, wenn eine neue Geschäftslei-

vergütungsvereinbarungen, die gegen § 78 S. 2 BetrVG verstoßen, sind gem. § 134 BGB nichtig, sodass dem Arbeitgeber ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rückzahlung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zusteht.⁵⁶ Diesen muss er in einer solchen Situation im Regelfall geltend machen und kann nicht ohne Weiteres auf ihn verzichten. Denn den Arbeitgebervertretern steht insoweit kein unternehmerischer Ermessensspielraum zur Verfügung. Unter (sehr engen) Voraussetzungen kommt zwar auch ein Verzicht auf die Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft in Betracht.⁵⁷ Zwingende Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass es sich dabei um eine unternehmerische und nicht um eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt.

Im Einzelfall kann bei einem Verzicht auf den Rückforderungsanspruch wiederum ein Verstoß gegen das gesetzliche Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG und somit die Verletzung der den Verantwortlichen obliegenden Vermögensbetreuungspflicht in Betracht kommen. Würden die Verantwortlichen eines Unternehmens nämlich auf die Rückforderung verzichten, weil es sich um ein Betriebsratsmitglied handelt, läge darin wieder ein neuer Verstoß gegen das Begünstigungsverbot.⁵⁸ Eine zulässige Ermessensentscheidung eines Unternehmens wäre also allenfalls möglich, wenn jenes Unternehmen üblicherweise auch gegenüber Arbeitnehmern – und nicht eben nur gegenüber Betriebsratsmitgliedern – bei Gehaltsüberzahlungen auf die Rückforderung verzichten würde. In jenem Fall kann ein Verzicht auf den Rückforderungsanspruch sogar geboten sein, um einen Verstoß gegen das gesetzliche Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG zu vermeiden.

(2) Empfehlung

Vor diesem geschilderten Hintergrund bestehen daher auch in diesem Fall aus strafrechtlicher Sicht Untreuestrafbarkeitsrisiken. Es ist deshalb jedenfalls anzuraten, die Rückforderungsansprüche sorgfältig der Höhe nach zu prüfen.⁵⁹

Unter der Bedingung, dass auch gegenüber sonstigen Arbeitnehmern bei Gehaltsüberzahlungen üblicherweise ein Verzicht auf die Rückforderung in Betracht kommt, kann auch gegenüber Betriebsratsmitgliedern auf die Rückforderung zu viel gezahlter Vergütungen verzichtet werden. Hierbei sollten jedoch folgende Kriterien beachtet werden:⁶⁰

tung vor Ablauf der Festsetzungsfrist erkennt, dass überhöhte Betriebsratsvergütungen gewinnmindernd in der Steuererklärung berücksichtigt wurden. In diesem Fall wäre die neue Geschäftsleitung nach § 153 AO i.V.m. §§ 34 f. AO zur Korrektur verpflichtet (vgl. dazu Giese/Schomburg, NJW 2022, 1415 [1420 f. Rn. 48 f.] m.w.N.).

⁵⁶ Rothballer, NZA 2023, 257 (261 f.) m.w.N.

⁵⁷ BGH NJW 1997, 1926 (1927 f.).

⁵⁸ So auch Rothballer, NZA 2023, 257 (262).

⁵⁹ Eine Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen fordern Pelz/Weber, CCZ 2023, 285 (286).

⁶⁰ Vgl. dazu auch Giese/Schomburg, NJW 2022, 1415 (1419 f. Rn. 40 ff.).

- In einem entsprechenden Vorstands- oder Geschäftsführerbeschluss ist zu dokumentieren, dass aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten von einer unmittelbaren Geltendmachung der Rückforderungsansprüche abgesehen wird.
- Hierbei sollte darauf verwiesen werden, dass in diesen Fällen die Vermögensgefährdung für das betreffende Unternehmen bereits – jedenfalls weitestgehend – eingetreten ist. Hierin liegt gerade ein entscheidender Unterschied zu der empfohlenen Reduzierung bestehender Vergütungsverpflichtungen. Letzteres bezieht sich auf zukünftige Auszahlungen, die erst noch zu neuen jedenfalls Gefährdungen des Vermögens führen würden. Im Falle der etwaigen Rückforderung zu viel gezahlter Vergütungen geht es allerdings um in der Vergangenheit liegende Konstellationen und damit um bereits eingetretene Vermögensgefährdungen.
- Des Weiteren sollten Vertrauensgesichtspunkte in dem Abwägungsprozess berücksichtigt werden. Hierzu gehört die persönliche Situation der Betriebsratsmitglieder, die im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Höhe ihrer Vergütung ggf. bereits Investitionen getätigt haben.
- Zudem sollte in den Beschluss aufgenommen werden, dass eine Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen nachteilige Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit oder auf die Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat haben können.
- Ferner sollten auch die bisherige arbeitsgerichtliche Entscheidungspraxis zu Gunsten der betroffenen Betriebsratsmitglieder und damit auch das mit der Rückforderung von zu viel gezahlten Vergütungen einhergehende Prozessrisiko in diese dokumentierte Abwägung einbezogen werden.

Aus diesen genannten Gründen ist eine Differenzierung gegenüber der fortgesetzten Auszahlung gerechtfertigt. Diese Entscheidung muss sich jedoch innerhalb des Ermessensspielraums der Business-Judgement-Rule⁶¹ befinden und gut dokumentiert sein.

In jedem Fall sollte aber mit den jeweiligen Betriebsratsmitgliedern rechtzeitig vor Eintritt der Verjährung und einer etwaigen vertraglich vereinbarten Ausschlussfrist eine Vereinbarung abgeschlossen werden, dass diese im Hinblick auf die Rückforderungsansprüche auf die Einrede der Verjährung und auf die der Ausschlussfristen verzichten. Auf diese Weise verbleibt dem betreffenden Unternehmen die Möglichkeit, die Ansprüche nach Abwarten der arbeitsgerichtlichen Entscheidungen bezüglich der rechtmäßigen Höhe der Vergütung geltend zu machen.

2. Betrachtung der Konstellation mit der nun wahrscheinlich bevorstehenden Änderung des BetrVG

Wird die nun einstimmig vom Bundestag beschlossene Änderung des BetrVG in Kraft treten, würde der für die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern einzuhaltende Maßstab nicht strenger als zuvor ausgestaltet werden. Hieran müssten sich auch der BGH und die strafrechtlichen Ermittlungsbehörden halten.

Unabhängig von der Strenge der Kriterien besteht allerdings weiterhin ein Untreuestrafbarkeitsrisiko für den Fall, dass vorsätzlich zum Nachteil des Unternehmens gegen die Vorgaben des Gesetzes verstoßen wird. Nicht zuletzt das Urteil des 6. Strafsenats des BGH hat gezeigt, dass die Strafgerichte bei überhöhten Vergütungen an Betriebsratsmitglieder eine Strafbarkeit wegen Untreue in Betracht ziehen, so dass auch die Ermittlungsbehörden diesbezüglich sensibilisiert sein dürften. Hierbei gelten die Ausführungen des 6. Strafsenats zu den Anforderungen der Vermögensbetreuungspflicht und des Tatbestands- sowie Verbotsirrtums auch unabhängig von der Änderung des BetrVG.

Das Urteil des 6. Strafsenats des BGH sollte für Unternehmen – jedenfalls im Falle von vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern – damit zum Anlass genommen werden, eine Sachverhaltsanalyse vorzunehmen. Hierbei sollte überprüft werden, ob ihre derzeit verwendeten Kriterien im Hinblick auf die Bemessung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern denen des BAG und damit den Vorgaben des Gesetzes entsprechen.

Sollte die Sachverhaltsanalyse ergeben, dass die Kriterien übereinstimmen, ist nichts zu veranlassen. Sollten die Kriterien hinter denen des BAG zurückbleiben, also nicht den Vorgaben des Gesetzes entsprechen, gilt es – wie bei Betrachtung der Konstellation ohne die nun wahrscheinlich zu erwartende Änderung des BetrVG zu empfehlen ist (siehe dazu oben unten 1. b) aa) und bb) –, mittels Vorstands- bzw. Geschäftsführerbeschlusses zu dokumentieren, dass bestehende Vergütungsverpflichtungen reduziert und die Rückforderungen zu viel gezahlter Vergütungen sorgfältig abgewogen werden.

Selbstverständlich ist es in der Praxis nicht ausgeschlossen, dass, trotz Hinweises bspw. aus der Rechts- oder HR-Abteilung, die Vergütungen an die Betriebsratsmitglieder anzupassen sind, Vorstände oder andere Verantwortliche sich dennoch gegen einen Beschluss und eine Anpassung entscheiden. In diesem Fall wird den betreffenden Personen aus der Rechts- oder HR-Abteilung empfohlen, in ihren eigenen Unterlagen zu dokumentieren, dass ein entsprechender Hinweis erfolgt ist. Auf diesem Wege können sie sich für den Fall der Fälle jedenfalls selbst exkulpieren.

VI. Zusammenfassung

Insgesamt ist festzuhalten, dass das Urteil des 6. Strafsenats des BGH jedenfalls mehrdeutig ist und daher zu großen Rechtsunsicherheiten in der Praxis geführt hat. Mehrheitlich wird das Urteil des BGH so gedeutet, dass der BGH im Hinblick auf die Frage der Bemessung der Vergütungshöhe von Betriebsratsmitgliedern strengere Kriterien als das BAG aufgestellt habe. Daher wird in jenem Urteil nach überwie-

⁶¹ Zu den als sog. Business-Judgement-Rule in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierten Grundsätze als Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes vgl. BGH NJW 2017, 578 (579 Rn. 29) m.w.N.

gender Lesart eine erhebliche Verschärfung des Begünstigungsverbot und damit des Untreuestrafbarkeitsrisikos erblickt.

Aufgrund des Urteils des BGH hält der Gesetzgeber es für erforderlich, das BetrVG zum Zwecke der Klarstellung anzupassen. Durch die durch den Bundestag einstimmig beschlossene Änderung des BetrVG bringt der Gesetzgeber klar zum Ausdruck, dass die Maßstäbe des BetrVG nicht so streng sein sollen, wie der BGH es in seiner Entscheidung anklingen lässt.

Der Gesetzgeber hat daher eine Ergänzung der einschlägigen Vorschriften beschlossen, um zu verdeutlichen, dass hypothetische Sonderkarrieren der Betriebsratsmitglieder unter Umständen bei der Bemessung ihrer Vergütung berücksichtigt werden dürfen.

Doch auch nach der nun wahrscheinlich zu erwartenden Gesetzesänderung ist für die Verantwortlichen von Unternehmen zu beachten, dass die Bemessung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern gesetzlich streng geregelt ist – zumal die vom Bundestag einstimmig beschlossene Gesetzesänderung eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe aufweist und stark interpretationsfähig ist – und sich daher innerhalb eines gesetzlich bestimmten Rahmens befinden muss.

Festzuhalten bleibt, dass jedenfalls das vorliegende Urteil des BGH und die nachfolgende Diskussion zu einer signifikanten faktischen Verschärfung der Untreuestrafbarkeit geführt haben. Denn die Aufmerksamkeit der Strafjustiz und insbesondere der Strafverfolgungsbehörden dürfte deutlich gestiegen sein. Das bedeutet, dass das Verfolgungsrisiko deutlich erhöht wurde.

„Verbrechen wider die Sittlichkeit“ – Preußisches StGB von 1851 lässt grüßen Der Phantomtatbestand § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG, die gefährdende Abgabe an Minderjährige

Von Rechtsanwalt Konstantin Grubwinkler, Freilassing*

Von der Öffentlichkeit unbeachtet hat das CanG (Gesetz zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften) mit § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG einen neuen Qualifikationstatbestand eingeführt. Dieser soll insbesondere die sittliche Entwicklung Minderjähriger schützen. Ein Tatbestand mit Bezug zur sittlichen Entwicklung ist im BtMG ein Novum, allgemein im Strafrecht jedoch ein Anachronismus. Dieser Beitrag analysiert den neuen Tatbestand, untersucht die unbestimmten Rechtsbegriffe und setzt sich mit der potenziell verfassungswidrigen Unbestimmtheit der Norm auseinander.

Unnoticed by the general public, the CanG (Law on the Controlled Handling of Cannabis and the Amendment of Other Regulations) has introduced a new offense with § 30 Abs. 1 No. 5 BtMG. This aims to protect the moral development of minors. An offense related to moral development is unprecedented in the BtMG, and generally an anachronism in criminal law. This article analyzes the new offense, examines the vague legal terms, and addresses the potential unconstitutionality of the statute due to its vagueness.

I. Einleitung

Die Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige durch eine Person über 21 Jahre wird seit dem 1. April 2024 mit mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe bestraft, wenn ein Kind oder eine jugendliche Person durch die Abgabe wenigstens leichtfertig in der körperlichen, geistigen oder sittlichen Entwicklung schwer gefährdet wird.

Die Qualifikation gilt ausschließlich im BtMG. Für Cannabis, das mittlerweile nicht mehr dem BtMG, sondern dem KCanG unterfällt, gibt es keine entsprechende Qualifikation. Dort bleibt es bei § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 lit. a KCanG. Die Abgabe von Cannabis an Minderjährige durch eine Person über 21 Jahren sieht als Regelbeispiel im besonders schweren Fall den Regelstrafrahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren vor.

§ 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG ist eine Qualifikation zu § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG. In § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG wird die einfache Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige durch eine Person über 21 Jahre mit Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe bestraft.

II. Entstehung von § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG

Die Gesetzesbegründung beanstandet die bisher bundesweit unterschiedliche Strafzumessung bei der Abgabe an Minderjährige in § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Im Rahmen des CanG wollte der Gesetzgeber ein Zeichen für den Jugendschutz auch im BtMG setzen. Das wurde im öffentlich diskutierten Gesetzgebungsverfahren auch bei jeder Gelegenheit betont.¹

* Der Autor ist Fachanwalt für Strafrecht in Freilassing.

¹ Exemplarisch: 155. Sitzung vom 23.2.2024. TOP ZP 20: Cannabisgesetz, vgl.

Mit der Mindeststrafe von zwei Jahren soll die „besondere Mitverantwortung“ Erwachsener über 21 Jahren als „verantwortliche Mitglieder der Gesellschaft“ für Kinder und Jugendliche im Straftatbestand untermauert werden. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:

„Sie sind in besonderem Maße durch Erwachsene und Trends beeinflussbar. Die vor allem neurotoxischen Effekte in sich entwickelnden Gehirnen und kardiovaskulären Schädigungen durch Betäubungsmittel können vielschichtige gesundheitsschädigende Folgen für das gesamte spätere Leben hervorrufen.“²

III. Neue Systematik der Abgabe von Betäubungsmitteln

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG stellt insbesondere auch die Abgabe von Betäubungsmitteln unter Strafe. § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG erhöht als Qualifikation den Strafrahmen unter anderem für die Abgabe an Minderjährige durch eine Person über 21 Jahre auf nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe. Die neue Qualifikation in § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG erhöht den Strafrahmen darüber hinaus für die Abgabe an Minderjährige durch eine Person über 21 Jahre mit wenigstens leichtfertig schwerer Gefährdung der körperlichen, geistigen oder sittlichen Entwicklung auf nicht unter zwei Jahre Freiheitsstrafe.

Im ähnlichen – und einzigen erfolgsqualifizierten Delikt im BtMG – § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG wird mit Mindestfreiheitsstrafe von zwei Jahren bestraft, wer Betäubungsmittel abgibt und dadurch leichtfertig den Tod verursacht.

Es ist schon sanktionssystematisch fragwürdig, die Gefährdung der sittlichen Entwicklung demselben Strafrahmen zu unterstellen wie den Tod einer Person. Die Systematik des BtMG im Hinblick auf das Erfolgsunrecht in § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG wird heute schon zu Recht kritisiert.³ Die finale und denkbar schwerste Folge einer Tat – Verursachung des Todes – erhält in § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG nicht den höchsten Strafrahmen⁴, darüber stehen noch insbesondere bandenmä-

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw08-de-cannabis-990684> (17.9.2024);

<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/bt-beschliesst-kontrollierte-abgabe-von-cannabis-zu-konsumzwecken-pm-23-02-2024> (17.9.2024); <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/deutschland/lauterbach-cannabis-interview-100.html> (17.9.2024).

² BT-Drs. 20/10426, S. 145.

³ Oğlakcioğlu, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 30 Rn. 127.

⁴ Die Diskussion um die Abgabe mit Todesfolge hat nur minimale praktische Relevanz. In der polizeilichen Kriminalstatistik wurden bundesweit 2023 überhaupt nur 32 Fälle erfasst, vgl. PKS 2023 Nr. 734.600, abrufbar unter <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2023/Bund/Faelle/BU-F-01->

ßiges Handeltreiben in nicht geringer Menge in § 30a Abs. 1 BtMG und der berüchtigtste BtMG-Tatbestand, das bewaffnete Handeltreiben in nicht geringer Menge nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG.⁵

Genauso schwer verständlich ist, dass § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG mit seinem Strafraum nicht unterhalb der Erfolgsqualifikation der Todesverursachung steht. Dass die betroffene Person bei der gefährdenden Abgabe nach § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG minderjährig ist, kann schwer rechtfertigen, dass der Strafraum der Verursachung des Todes in Nr. 3 gleichgestellt wird. Zwar ist es nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber generalpräventiv Kinder und Jugendliche besonders schützen möchte, gleichwohl rechtfertigt dies nicht, das Leben einer erwachsenen Person mit der sittlichen Entwicklung Minderjähriger auf eine Stufe zu stellen. Dies gilt umso mehr, da bei § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG die finale Schädigung (Tod) des Rechtsguts tatsächlich eintreten muss, wohingegen für § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG schon eine schwere Gefährdung zur Tatbestandsverwirklichung ausreicht.

IV. Ursprung

Die gefährdende Abgabe an Minderjährige in § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG ist offensichtlich § 27 Abs. 2 Nr. 1 Jugendschutzgesetz (JuSchG) nachgebildet, auch wenn die Gesetzesbegründung darauf keinen Hinweis gibt. In der Legalisierungs- und Entkriminalisierungsdebatte, nicht zuletzt auch in den Vorlagen zum Bundesverfassungsgericht⁶ bzgl. Cannabis, wird regelmäßig der Vergleich legaler Rauschmittel mit illegalen Rauschmitteln bemüht. Mit Überleitung des § 27 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG in deutlich verschärfter Form in das BtMG hat der Gesetzgeber dem ein neues Kapitel hinzugefügt.

Die meisten möglichen Verstöße gegen das JuSchG sind lediglich als Ordnungswidrigkeiten für Veranstalter und Gewerbetreibende nach § 28 JuSchG sanktioniert, beispielsweise die Abgabe von Alkohol oder Tabakwaren sowie das Ermöglichen der Teilnahme an Glücksspielen. Wer diese Ordnungswidrigkeiten begeht „und dadurch wenigstens leichtfertig ein Kind oder eine jugendliche Person in der körperlichen, geistigen oder sittlichen Entwicklung schwer gefährdet“, überschreitet die Grenze zur Strafbarkeit und wird mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft. Die Höchststrafe bei § 27 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG liegt trotz derselben Gefährdung bei gerade einmal der Hälfte der Mindeststrafe von § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG.

V. Phantomtatbestand

1. Abgabe an Minderjährige

Für die Verwirklichung des Grundtatbestandes § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG muss eine Person über 21 Jahre unerlaubt Betäubungsmittel an eine Person unter 18 Jahre abgeben, ihr

verabreichen oder zum unmittelbaren Verbrauch überlassen.

Abgabe ist die Übertragung der tatsächlichen Verfügungsmacht zur freien Verfügung.⁷ Werden Betäubungsmittel nicht zur freien Verfügung, sondern zum sofortigen Verbrauch an Ort und Stelle hingegeben, liegt keine Gewahrsamsübertragung zur freien Verfügung vor und damit Überlassen zum unmittelbaren Verbrauch.⁸ Im Gegensatz zur Abgabe ist die Verbrauchsüberlassung für die empfangende Person grundsätzlich nicht strafbar, da kein Erwerb stattfindet. Dasselbe gilt für das Verabreichen, die unmittelbare Anwendung am Körper einer anderen Person ohne deren maßgebliche Mitwirkung.⁹

2. Konkrete schwere Gefährdung

a) Tatobjekt

Ausschlaggebend für die Qualifikation des § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG ist, dass durch die Abgabe i.S.v. § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG wenigstens leichtfertig ein Kind oder eine jugendliche Person in der körperlichen, geistigen oder sittlichen Entwicklung schwer gefährdet wird.

Der Wortlaut unterscheidet sich hier: Die Abgabe muss an eine Person unter 18 Jahren erfolgen, die konkrete Gefährdung muss hingegen ein „Kind oder eine jugendliche Person“ betreffen. Die Gesetzesbegründung gibt keinen Hinweis darauf, wieso die Qualifikation abweichend formuliert wird.

Es kann ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber damit vom Grundtatbestand „Person unter 18 Jahren“ abweichen wollte. Jugendlicher (bzw. synonym die „jugendliche Person“) ist nach den Legaldefinitionen in § 1 Abs. 2 Alt. 1 JGG und beispielsweise § 182 StGB i.V.m. § 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wer vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alt ist. Kinder sind nach der Legaldefinition des § 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB Personen unter vierzehn Jahren. Die Formulierung „Kind oder jugendliche Person“ in § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG erfasst also letztlich alle Personen unter 18 Jahren.

Die unterschiedliche Formulierung hat daher keine Auswirkung und dürfte der Übernahme aus § 27 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG geschuldet sein. Der Ausdruck „ein Kind oder eine jugendliche Person“ ist zwar genderkonform, dem BtMG jedoch sonst gänzlich unbekannt. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung „jugendliche Person“ auch Volljährige einschließen wollte, die in der Entwicklung noch jugendlich sind. Damit würde der Tatbestand mittelbar auf Heranwachsende erweitert. Das würde zu der bizarren Konstellation führen, dass die Qualifikation verwirklicht wäre, wenn Betäubungsmittel an eine unter 18-jährige Person abgegeben werden, aber eine volljährige, in der Entwicklung jedoch noch jugendliche dritte Person schwer gefährdet wird. Das kann so nicht gewollt sein. § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG soll ausdrücklich Kinder und Jugendliche vor Betäubungsmitteln schützen.¹⁰

[T01-Faelle_xls.xlsx?__blob=publicationFile&v=3](#)

(17.9.2024).

⁵ *Oğlakcioğlu* (Fn 3), BtMG § 30a Rn. 108, 109.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.6.2023 – 2 BvL 3/20 u.a., Rn. 101 ff. und BVerfG, Beschl. v. 9.3.1994 – 2 BvL 43/92 u.a., Rn. 181 ff.

⁷ BGH NStZ 2020, 226.

⁸ BGH NStZ-RR 2015, 218.

⁹ OLG Köln, Urt. v. 11.9.1979 – 1 Ss 667/79.

¹⁰ BT-Drs. 20/10426, S. 145.

b) Gefährdungserfolg

Die unbestimmten Rechtsbegriffe der körperlichen, geistigen sowie sittlichen Entwicklung sind dem Betäubungsmittelstrafrecht neu.

Die Gefährdung der Gesundheit ist als Regelbeispiel des besonders schweren Falles in § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BtMG bekannt, wenngleich es dazu auf Grund der minimalen Praxisrelevanz kaum Rechtsprechung gibt. Dieses Regelbeispiel ist verwirklicht, wenn durch eine Tat nach § 29 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 6 oder Nr. 7 BtMG (z.B. Abgabe, Herstellung, Handel-treiben, nicht jedoch Besitz) die Gesundheit mehrerer Menschen gefährdet wird. Diese konkrete Gefährdung der Gesundheit ist die Herbeiführung eines Zustandes, bei dem die Möglichkeit einer erheblichen Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Verschlimmerung einer Krankheit nahe liegt.¹¹ Die Beeinträchtigung muss in bedrohliche Nähe rücken, sodass der Schadenseintritt nur noch vom Zufall abhängt.¹²

Diese Definition kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Tatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG an der Grenze zur verfassungswidrigen Unbestimmtheit liegt. Die Möglichkeit einer erheblichen Beeinträchtigung der Gesundheit (§ 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BtMG) ist nach objektiven Maßstäben wissenschaftlich noch bestimmbar. Schwieriger wird es schon bei der schweren Gefährdung der körperlichen Entwicklung in § 30 Abs. 1 Nr. 5 Var. 1 BtMG. Sehr zweifelhaft scheint es aber, dass mit wissenschaftlichen Methoden im Strafprozess die Möglichkeit erheblicher Beeinträchtigung der geistigen und sittlichen Entwicklung festzustellen ist. Immerhin muss die schwere Gefährdung über die des Grundtatbestandes der Abgabe an Minderjährige hinausgehen. Es reicht also nicht aus, zu unterstellen, „harte Drogen“ seien – gerichts-bekannt – stets mit einer schweren Gefährdung verbunden. So verbietet es sich nach allgemeiner Ansicht schon, aus der besonderen Gefährlichkeit eines Betäubungsmittels auf einen unbenannten besonders schweren Fall nach § 29 Abs. 3 S. 1 BtMG zu schließen.¹³ Wenn unabhängig von der Tat Störungen bereits vorhanden sind, dann ist eine erhebliche Beeinträchtigung noch deutlich schwieriger nachweisbar. Letztlich scheint es kaum je möglich, eine Gefährdung der geistigen und sittlichen Entwicklung in einer für den Strafprozess erforderlichen Sicherheit festzustellen.

Es wird in jedem Einzelfall eine umfassende Beweiserhebung erforderlich sein, die die psychosoziale Gefahrenlage vor der Tat und nach der Tat vergleicht. Für die Feststellung der Kausalität der Tat für den Gefährdungserfolg wird zudem Beweis darüber zu erheben sein, welche Substanzen vor und nach den gegenständlichen Betäubungsmitteln konsumiert worden sind. Soweit es sich dabei um illegale Substanzen handelt, werden Schuld-fähige in vielen Fällen von ihrem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen, um sich nicht selbst Ermittlungsverfahren wegen Erwerbs von Betäubungsmitteln stellen zu müssen. Erfahrungsgemäß verfügen

Kinder und Jugendliche noch weniger als Erwachsene über ausreichende mentale Stärke, als Zeugen von ihrem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen und flüchten noch häufiger in die Lüge. In solchen Fällen besteht die Gefahr, dass Minderjährige als Zeugen unter den Augen ihrer Eltern im nichtöffentlichen Zuschauerraum jeglichen weiteren, noch nicht bekannten Konsum verleugnen und damit die Beweislage verzerren.

c) Schwere Gefährdung der körperlichen und geistigen Entwicklung

Für die Beurteilung einer Gefährdung nach § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG dürfte die Anwendung der Definitionen und Rechtsprechung zu § 27 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG nur ansatzweise gestattet sein. Angesichts des äußerst niedrigen Strafrahmens von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe sind an das Tatbestandsmerkmal der schweren Gefährdung in § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG als Verbrechenstatbestand mit einer Mindeststrafe von zwei Jahren Freiheitsstrafe deutlich höhere Anforderungen zu stellen. Dafür spricht auch die Gesetzesbegründung zu § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG, die die Mindeststrafe ausdrücklich für die „besonders gravierenden Fälle“ der Abgabe an Minderjährige erhöhen will.

Für die Annahme der schweren Gefährdung in § 27 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG ist die Gefahr einer erheblichen Schädigung in der Entwicklung erforderlich.¹⁴

Dem grundsätzlich höheren potenziellen Risiko für Kinder und Jugendliche und der abstrakten Gefährdung trägt der erhöhte Strafrahm der Abgabe an Minderjährige im Grundtatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG Rechnung, der 1992 im Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom Regelbeispiel zur Qualifikation umgestuft wurde. Allein mit dieser abstrakten Gefahr lässt sich also nicht auch bereits die konkrete Gefährdung der Entwicklung der Minderjährigen nach § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG begründen, sondern hierfür bedarf es weiterer Umstände.

Für die Definition kann ein Vergleich zu § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BtMG bemüht werden, dem besonders schweren Fall bei der Gesundheitsgefährdung mehrerer Menschen. Allerdings reicht für das Regelbeispiel des § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BtMG bereits die einfache Gefährdung aus, es muss also, anders als bei § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG, keine schwere Gefährdung vorliegen. Auch für die einfache Gesundheitsgefährdung i.S.v. § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BtMG genügt dabei nicht allein die Möglichkeit einer durch den Konsum verursachten Intoxikationspsychose oder mögliche Verfestigung einer Abhängigkeit¹⁵, eine Gefährdung ist aber jedenfalls dann gegeben, wenn Gifte oder toxische Chemikalien beige-mengt werden.¹⁶ Die schwere Gefährdung nach § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG muss folglich über die mit dem Konsum von Rauschmitteln typischerweise verbundenen Risiken noch

¹¹ Weber, in: Weber/Kornprobst/Maier, BtMG, Kommentar, 6. Aufl. 2021, § 29 Rn. 2030.

¹² BGH NSTZ 1987, 514 (515).

¹³ Oğlakcioğlu (Fn 3), BtMG § 29 Rn. 1622.

¹⁴ Liesching, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 241. Lfg., Stand: Mai 2022, JuSchG § 27 Rn. 8.

¹⁵ BGH NSTZ 2010, 170.

¹⁶ Weber (Fn. 11), BtMG § 29 Rn. 2032.

deutlich weiter hinausreichen. Das potenzielle Risiko psychischer und körperlicher Abhängigkeit und körperlicher Schäden ist dem Gebrauch von Rauschmitteln inhärent. Sinn und Zweck des BtMG ist nicht nur der Schutz der „Volksgesundheit“, sondern das BtMG soll den Missbrauch von Betäubungsmitteln sowie das Entstehen oder Erhalten einer Betäubungsmittelabhängigkeit so weit wie möglich ausschließen (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG). Abhängig von der Konsumform, den Gesamtumständen und der Art und Stärke des spezifischen Rauschmittels stellt jeder Gebrauch von Rauschmitteln eine mehr oder weniger starke Gefährdung dar.

In § 176c Abs. 1 Nr. 4 StGB findet sich eine dem § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG vergleichbare Qualifikation: Dort wird als schwerer sexueller Missbrauch von Kindern bestraft, wenn der Täter das Kind durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt. Eine Schädigung der Entwicklung i.S.d. § 176c Abs. 1 Nr. 4 StGB liegt bei einer deutlichen Abweichung von der (voraussichtlichen) Normentwicklung vor, wobei es einer dauernden und nachhaltigen Störung des Reifungsprozesses bedarf, die in ihrer Schwere über das hinausgeht, was üblicherweise bereits mit dem Grundtatbestand erfasst wird.¹⁷ Die abstrakte Gefahr einer erheblichen Schädigung der Entwicklung ist regelmäßig schon mit der Verwirklichung des Grundtatbestandes verbunden. Folgen einer Traumatisierung durch den Missbrauch sind der Hauptanwendungsbereich der Gefährdung der seelischen Entwicklung. Schizophrenie-ähnliche Zustände und Psychosen sind parallele Folgen im BtMG.

d) Schwere Gefährdung der sittlichen Entwicklung

Noch deutlich unbestimmter ist das Tatbestandsmerkmal der schweren Gefährdung der sittlichen Entwicklung. Was der Gesetzgeber sich unter „sittlicher Entwicklung“ vorstellt, geht aus der Gesetzesbegründung nicht hervor. Der Begriff mutet nicht nur antiquiert an, sondern ist es auch. Das führt dazu, dass unter dieses Tatbestandsmerkmal nach heutigen Maßstäben schwer zu subsumieren sein wird.

Im Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten von 1851 war das Sexualstrafrecht, später der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB, überschrieben mit „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“. Erst im Jahr 1973 wurde der 13. Abschnitt des besonderen Teils in „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ umbenannt.¹⁸ Sittlichkeit war im juristischen Kontext nahezu ausschließlich auf unanständiges sexuelles Verhalten bezogen.

Heute findet sich die Sittlichkeit nur noch vereinzelt im Strafrecht wieder.

Die „sittliche und geistige Entwicklung“ ist maßgeblich für die Reife und strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 3 S. 1 JGG.

¹⁷ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 176c Rn. 14.

¹⁸ Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG) vom 23. November 1973, BGBl. I 1973, S. 1725.

Sittliche Reife entspricht bei § 3 S. 1 JGG entwickelten Wertvorstellungen darüber, wie man sich verhalten soll. Die Grundlage dieser Wertvorstellung kann nicht – wie früher angenommen – das ethische Normensystem sein, sondern der Begriff wird mittlerweile als soziale Reife interpretiert.

In § 171 StGB hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die sittliche Entwicklung in den Tatbestand aufzunehmen. Nach § 171 StGB wird bestraft, wer seine Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber einer Person unter sechzehn Jahren gröblich verletzt und dadurch den Schutzbefohlenen in die Gefahr bringt, in der körperlichen oder psychischen Entwicklung erheblich geschädigt zu werden. Die psychische Entwicklung umfasst die gesamte geistige und seelische Entwicklung und damit nach überwiegender Ansicht auch mittelbar die sittliche Entwicklung.¹⁹

Aber auch dort wird das Merkmal der sittlichen Entwicklung stark kritisiert, da bloße sittliche Fehlentwicklungen in einer von Wertepluralismus geprägten Gesellschaft kaum mit dem erforderlichen Grad an Bestimmtheit ermittelt werden können.²⁰ Das ist nach progressiven Maßstäben noch vorsichtig formuliert, im Hinblick auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 2 GG stellt sich vielmehr die Frage, ob ein Staat überhaupt beurteilen darf, was sittlich richtig und falsch ist. Unwohl kann einem auch bei dem Gedanken werden, dass Gerichte entscheiden, welche konkreten sittlichen Fehlentwicklungen für die Verursacher strafbar sein sollen.

Die einzige Norm im StGB, die die „Sittlichkeit“ ausdrücklich schützt, ist § 184g StGB, die jugendgefährdende Prostitution in einer Weise, die diese Personen sittlich gefährdet. Bei der jugendgefährdenden Prostitution stört sich die herrschende Lehre weniger an dem Widerspruch zum Wertepluralismus, sondern nimmt als Gefährdung der sittlichen Entwicklung die konkrete Gefährdung ethischer Wertvorstellungen an. Zumindest fordert man bei § 184g StGB einen inhaltlichen Zusammenhang mit sexuellem Verhalten.²¹ Die Abgrenzung im Hinblick auf die sexuelle Selbstbestimmung Jugendlicher gestaltet sich aber auch hier schwierig. Welche ethischen Wertvorstellungen sind gut, welche schlecht? Welche sexuellen Vorlieben sind nach Ansicht des Gesetzgebers „ethisch wertvoll“, welche nicht?

Ethische Wertvorstellungen unterliegen aber stetigem, teilweise gravierendem Wandel. So schrieb man beispielsweise 1957 am Bundesverfassungsgericht noch wörtlich folgenden Satz in die Urteilsgründe:

„Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz.“²²

Sittliche Gefährdung nach § 184g StGB scheidet nach einer Ansicht zumindest dann aus, wenn die Prostitutionsausübung

¹⁹ Bosch/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 171 Rn. 7.

²⁰ Ritscher, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 171 Rn. 14.

²¹ Fischer (Fn. 17), § 184g Rn. 4.

²² BVerfG NJW 1957, 865 (868)

vor sexuell erfahrenen Jugendlichen erfolgt.²³ Nach anderer Ansicht kommt es nicht darauf an, ob die Minderjährigen bereits „sittlich verdorben“ sind oder bereits eigene sexuelle Erfahrungen gemacht haben.²⁴

Dieser Überlegung kommt im BtMG weitaus höhere Bedeutung zu, da der Konsum von Betäubungsmitteln auch im Rahmen der Abgabe an Minderjährige nach § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG in den meisten Fällen freiwillig erfolgt. Nimmt man das Kriterium der Erfahrung hinzu, scheidet der Tatbestand in § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG zumindest bei Minderjährigen aus, die bereits über nennenswerte Erfahrung mit Betäubungsmitteln verfügen. Ein Jugendlicher, der ein bestimmtes Betäubungsmittel bereits bei einigen Gelegenheiten konsumiert hat, wird durch eine einzelne weitere Gelegenheit nicht ohne Weiteres schwer sittlich gefährdet werden. Dasselbe gilt für Jugendliche, bei denen sich eine sittliche Gefährdung bereits anderweitig realisiert hat bzw. die, satirisch überspitzt formuliert, sogar schon sittlich verkommen sind.

Wann ist denn nun der Qualifikationstatbestand der schweren Gefährdung sittlicher Entwicklung erfüllt? Wie oben festgestellt unterfallen Verwahrlosung, Störung des Sozialverhaltens, sozialer Fähigkeiten sowie Leistungsfähigkeit dem Tatbestandsmerkmal der Gefährdung geistiger bis hin zu körperlicher Entwicklung.

Es bleiben schwere Zweifel an der Bestimmtheit der Norm und Bauchschmerzen beim Gedanken daran, dass Gerichte darüber entscheiden, welche ethischen Wertvorstellungen sittlich verwerflich sind und welche nicht. Vorstellungen über die richtige sittliche Entwicklung sind derart vielfältig und individuell, dass für den Normadressaten eine Ungewissheit entsteht, die die Grenze zur verfassungswidrigen Unbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) überschreitet.

VI. Fazit: Phantom

Der Tatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG ist ein Phantom; nicht nur, weil er unter dem Radar eingeführt wurde, sondern vor allem auch, weil er schwer zu greifen ist und wissenschaftliche Probleme aufwerfen wird, obwohl er in der Praxis voraussichtlich kaum auftauchen wird.

Die Qualifikation in § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG wird nämlich weitgehend ins Leere laufen.

Die Norm ist obsolet, und ein gesetzestechnisch misslungener Rückschritt. Der Begriff „sittliche Entwicklung“ moralisiert unnötig und unterliegt derart offensichtlich dem Zeitgeist und den höchstpersönlichen Wertvorstellungen, dass er sich als Tatbestand repressiven staatlichen Eingriffs disqualifiziert. Es erscheint willkürlich, dass die Entscheidung zwischen einem und zwei Jahren Mindestfreiheitsstrafe allein von den subjektiven Wertvorstellungen des Gerichts abhängen kann.

Der Tatbestand ist derart weit gefasst, dass erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit vor dem Hintergrund des aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Bestimmtheitsgebots angebracht sind. Insbesondere die dritte Variante, die schwere Gefährdung der sittlichen Entwicklung, dürfte gegen das

Bestimmtheitsgebot verstoßen. Der unklare Rechtsbegriff der „sittlichen Entwicklung“ ist derart aus der Zeit gefallen, dass er nach heutigen Maßstäben unmöglich zu definieren ist.

Selbst wenn eine klare Definition sittlicher Entwicklung in unserer von Wertepluralismus geprägten Gesellschaft gelingen sollte, würde es im nächsten Schritt eine unlösbare Aufgabe, eine schwere Gefährdung dieser sittlichen Entwicklung im Einzelfall nachzuweisen. Zweifelhaft ist daher, ob überhaupt je ein Gericht nach § 30 Abs. 1 Nr. 5 BtMG verurteilen wird.

²³ Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), § 184g Rn. 5.

²⁴ Hörnle, in: Erb/Schäfer (Fn. 20), § 184g Rn. 3.

Der vorliegende Beitrag befasst sich – ausgehend vom Beschluss des BGH vom 10. Januar 2024 – 2 StR 171/24 – mit den Voraussetzungen und der Einordnung der Funkzellenabfrage gem. § 100g Abs. 3 StPO. Neben einer Zusammenfassung von Regelungsinhalt und Anwendungsgebiet werden dabei die Geschichte der Funkzellenabfrage seit dem Jahr 2002, ihre systematische Einordnung im § 100g StPO sowie die Besonderheiten der mit der Funkzellenabfrage verbundenen Grundrechtseingriffe näher beleuchtet. Dabei soll gezeigt werden, dass die Funkzellenabfrage als eigenständige Eingriffsnorm verstanden werden sollte, bei deren Prüfung andere Aspekte im Vordergrund stehen als bei der anschlussbezogenen Erhebung von Verkehrsdaten.

I. Einleitung

So wie es heute für viele kaum mehr vorstellbar ist, nicht ständig durch ein Smartphone „online“ zu sein, so ist für die Ermittlungsbehörden die Abfrage der dadurch ständig entstehenden Daten als Instrument nicht mehr aus dem Arbeitsalltag hinwegzudenken. Die richtige Ausgestaltung der Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung gehört damit zu den praktisch wie rechtspolitisch wichtigsten Themen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.

Die zahlenmäßig häufigste Maßnahme der Telekommunikationsüberwachung ist heute die Abfrage der Verkehrsdaten.¹ Durch sie lassen sich gerade in frühen Stadien eines Ermittlungsverfahrens entscheidende Fragen klären, etwa: Wer hat wann mit wem für wie lange und von welchem Ort aus kommuniziert?² Etwa die Hälfte aller Verkehrsdatenabfragen sind heute Funkzellenabfragen.³ Die Funkzelle ist der Grundbaustein des Mobilfunknetzes; sie wird durch eine

Basisstation gebildet, die in Deutschland an 72.274 Standorten⁴ betrieben werden und je nach Bevölkerungsdichte Bereiche von wenigen Quadratmetern bis hin zu Quadratkilometern abdecken können. Jedes Mobiltelefon mit eingeschaltetem Funkmodul hält Kontakt zu einer Funkzelle, ist dort „eingeloggt“. Welche Anschlüsse in einer oder mehreren Funkzellen in einem bestimmten Zeitraum registriert waren, kann über die in § 100g Abs. 3 StPO geregelte Funkzellenabfrage ermittelt werden.

Damit kann die Funkzellenabfrage etwa die Frage beantworten, ob sich das Mobiltelefon eines bekannten Tatverdächtigen zur Tatzeit in der Funkzelle, die den Tatort abdeckt, befunden hat. Sie kann aber auch verwendet werden, um Ermittlungsansätze zu unbekannten Tätern zu gewinnen, etwa indem nach einem Wohnungseinbruchsdiebstahl die Funkzellendaten der Tatortfunkzelle nach verdächtigen Bewegungen oder Verbindungen zur Tatzeit durchforstet werden.

Weil heute (fast) jeder ein Gerät mit sich führt, das dauerhaft in einer Funkzelle erfasst wird, ist potentiell jeder von solchen Abfragen mitbetroffen. Wegen dieser enormen Streubreite wird die Maßnahme seit vielen Jahren kritisch diskutiert, ohne dass – von wenigen spektakulären Fällen abgesehen – die Diskussion in der breiten Öffentlichkeit angelangt wäre. Trotz ihrer erheblichen praktischen Bedeutung bleibt die Funkzellenabfrage auch in der Fachliteratur bisher eher ein Nischenthema.

Dies könnte sich nun ändern: Mit Beschluss vom 10. Januar 2024 – 2 StR 171/23 hat der 2. Strafsenat des BGH die Anlasstaten für eine Funkzellenabfrage ganz erheblich beschränkt und diese Verschärfung (folgerichtig) mit einem Beweisverwertungsverbot bewehrt. Konkret soll auch die Funkzellenabfrage als retrograde Standortdatenerhebung gelten und daher eine Katalogtat aus dem (engen) Katalog des § 100g Abs. 2 StPO voraussetzen. Diese Entscheidung hat erhebliche Sprengkraft für die Ermittlungspraxis, schließt sie doch bei zahlreichen Delikten, vom Diebstahl bis zum Raub, die Funkzellenabfrage aus. Die Diskussion um die Entscheidung hat dementsprechend in der zweiten Jahreshälfte dieses Jahres erheblich Fahrt aufgenommen.⁵ Die Ent-

* Der Verf. ist Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Hannover, derzeit abgeordnet. Der vorliegende Beitrag gibt allein die persönliche Meinung des Verf. wieder.

¹ Erstmals bundesweit erfasst wurden im Jahr 2010 6.828 Verfahren mit 12.576 Anordnungen nach § 100g StPO, im Vergleich zu mehr als 21.000 Anordnungen nach § 100a StPO aus 5.516 Verfahren. Im Jahr 2017 gab es bereits 23.640 Verkehrsdatenabfragen in 15.361 Verfahren, dazu im Vergleich 18.651 Anordnungen gem. § 100a StPO aus 5.629 Verfahren. Aktuell liegen die neuesten Daten für 2022 vor, demnach wurde in 20.553 Verfahren eine Verkehrsdatenabfrage durchgeführt, davon 13.888 Anordnungen gem. § 100g Abs. 1 StPO, 2.443 Anordnungen gem. § 100g Abs. 2 StPO und 13.851 Anordnungen gem. § 100g Abs. 3 StPO. Demgegenüber stehen ca. 15.500 Anordnungen nach § 100a StPO aus weniger als 5.000 Verfahren, vgl. Justizstatistiken des Bundesamts für Justiz, abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Service/Justizstatistiken/Justizstatistiken_node.html (19.9.2024).

² Ähnlich bei A. Hartmann, in Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, StPO § 100g Rn. 9.

³ Vgl. Fn. 1.

⁴ Laut der Bundesnetzagentur, wobei an einem Standort oft mehrere Betreiber eine Basisstation betreiben, vgl. https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Technik/EMF/Standortbescheinigung/functions/statistiken_table.html (19.9.2024).

⁵ Bis Anfang Juli waren nur vereinzelte Besprechungen zu verzeichnen: Pfeiffer, CR 2024, R65–R66, der allerdings nur das Beweisverwertungsverbot beleuchtet; Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2024, 408, die von einer „Verdeutlichung“ der strengen Anforderungen ausgehen; sowie die kritische Kommentierung von Kienle, NZWiSt 2024, 261, die den hiesigen Überlegungen nahesteht. Kürzlich hinzugekommen Kürzlich hinzugekommen sind als kritische Besprechungen: Nettersheim, NStZ 2024, 560, der u.a. die Bedeutung der Funkzellenabfrage für die effektive Strafverfolgung herausstellt;

scheidung gibt darüber hinaus Anlass, das Institut der Funkzellenabfrage im Gefüge der Verkehrsdatenerhebung insgesamt zu beleuchten.

II. Die Verkehrsdatenerhebung im Allgemeinen

1. Verkehrsdaten

Die Funkzellenabfrage ist eine Erhebung von sog. Verkehrsdaten. Verkehrsdaten sind in § 100g Abs. 1 S. 1 StPO durch einen Verweis auf das (kaum aussprechbare) Telekommunikation-Digitale-Dienste-Datenschutz-Gesetz (TDDDG), dort § 9, legaldefiniert (die im wesentlichen inhaltsgleiche Definition in § 2a Abs. 1 BDBOS-Gesetz soll aufgrund der geringen praktischen Bedeutung der Datenerhebung im Digitalfunk hier nicht weiter behandelt werden). Demnach umfassen die Verkehrsdaten:

1. die Nummer oder Kennung der beteiligten Anschlüsse oder der Endeinrichtung, personenbezogene Berechtigungskennungen, bei Verwendung von Kundenkarten auch die Kartenummer, bei mobilen Anschlüssen auch die Standortdaten,
2. den Beginn und das Ende der jeweiligen Verbindung nach Datum und Uhrzeit und, soweit die Entgelte davon abhängen, die übermittelten Datenmengen,
3. den vom Nutzer in Anspruch genommenen Telekommunikationsdienst,
4. die Endpunkte von festgeschalteten Verbindungen, ihren Beginn und ihr Ende nach Datum und Uhrzeit und, soweit die Entgelte davon abhängen, die übermittelten Datenmengen und
5. sonstige zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung der Telekommunikation sowie zur Entgeltabrechnung notwendige Verkehrsdaten.

Verkehrsdaten sind – anders zusammengefasst – diejenigen Informationen, die erforderlich sind, um einen Informationsaustausch zwischen zwei Endgeräten einzuleiten und aufrecht zu erhalten, sowie diejenigen Daten, die im Rahmen eines solchen Vorgangs zwingend mit anfallen (z.B. die Länge des Kommunikationsvorgangs) und die für die Abrechnung relevanten Daten.⁶ Zu beachten ist allerdings, dass durch den

Verweis auf §§ 9, 12 TDDDG klargestellt wird, dass nicht alle technisch möglichen, sondern nur die zu geschäftlichen Zwecken nötigen Verkehrsdaten der Abfrage nach § 100g StPO unterliegen.⁷

Die Verkehrsdaten können auch den Standort der Geräte umfassen. Das gilt etwa für regional zuzuordnende Kennungen wie IP-Adressen, insbesondere aber für den Mobilfunk. Mobilfunkgeräte bauen eine Verbindung zur nächsten Basisstation auf (genauer, derjenigen mit dem stärksten Signal).⁸ Das Gebiet, das von einer Basisstation so faktisch abgedeckt wird, ist die Funkzelle. Zu den Verkehrsdaten gehört die Information, in welcher Funkzelle sich ein Anschluss oder ein Gerät befinden, zusätzlich wird regelmäßig auch der Abstrahlwinkel zwischen Mobilfunkgerät und Basisstation erfasst. Wie genau hieraus ein konkreter Standort bestimmt werden kann, hängt von verschiedenen Faktoren, insbesondere aber der Größe der Funkzelle ab.

Das Gegenstück zu den Verkehrsdaten sind die Inhaltsdaten, also der Inhalt der Kommunikation. Auch wenn der Inhalt der Kommunikation unbekannt bleibt, können durch Verkehrsdaten allein bereits umfassende Informationen über eine Person gesammelt werden, etwa ihre regelmäßigen Aufenthalte und die Inhaber der Anschlüsse, mit denen sie regelmäßig kommuniziert.⁹ Die Eingriffstiefe der Verkehrsdatenerhebung in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt damit auf der Hand.

Seit dem Versuch des Gesetzgebers, eine Vorratsdatenspeicherung zu etablieren, muss bei der Erhebung von Verkehrsdaten zwischen zwei verschiedenen Quellen der Daten unterschieden werden: diejenigen Daten, welche die Betreiber selbstständig zur Bereitstellung und zum Betrieb ihrer Dienste speichern und diejenigen Daten, welche im staatlichen Auftrag anlasslos (vorrats-)gespeichert werden. Erstere, vormals in § 96 TKG a.F. und nun im oben zitierten § 9 sowie in § 12 TDDDG geregelt, bezeichnet man regelmäßig als „geschäftsmäßig gespeichert“, letztere, vormals in § 113a TKG a.F. und nun in § 176 TKG geregelt, als „anlasslos gespeichert“.

2. Übersicht zum Regelungsinhalt von § 100g StPO

Die Erhebung von Verkehrsdaten ist in § 100g StPO in einer Reihe von verschachtelten Alternativen differenziert geregelt. Unterschieden wird nicht nur zwischen dem technischen Ansatzpunkt (Anschluss/Gerät oder Funkzelle), sondern auch nach der Art der Daten. Die zentralen Weichenstellungen sind dabei die Unterscheidung zwischen anterograden (zukünftigen) und retrograden Daten sowie die Unterscheidung zwischen Verkehrsdaten im Allgemeinen und Standortdaten im Besonderen.

Vogler, GSZ 2023, 202; Rosengarten/Angerer, Kriminalistik 2024, 494. Zustimmend hingegen: Singelnstein, NJW 2024, 2339; Burhoff, StRR 2024, 14; Rixe/Wissemann, jurisPR-StrafR 18/2024 Anm. 2 (letztere eher ergebnisoffen). Aus der Rechtsprechung der Instanzgerichte sind bisher zwei Entscheidungen bekannt geworden, die sich dem 2. Strafsenat ausdrücklich nicht anschließen: LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24; LG Regensburg, Beschl. v. 5.9.2024, 8 Qs 30/24.

⁶ Vgl. u.a. A. Hartmann (Fn. 2), StPO § 100g Rn. 9; Heinrichs/Weingast, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 10 ff.; Greco/Wolter, in: Wolter/Deiters (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100g Rn. 57/58.

⁷ Vgl. Rückert, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100g Rn. 32.

⁸ Näher zum technischen Hintergrund Bär, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.7.2024, § 100g Rn. 47.

⁹ Vgl. zur praktischen Bedeutung Münch, ZRP 2015, 130.

Regelungstechnisch ist darüber hinaus die Unterscheidung zwischen geschäftsmäßig und anlasslos gespeicherten Daten zentral, die aber wegen des Fehlens letzterer praktisch nach wie vor leerläuft.

Prozessual ist die zentrale Vorschrift § 101a StPO, der wiederum § 100e StPO umfassend für entsprechend anwendbar erklärt. Neben dem Erfordernis eines schriftlichen Beschlusses ist auch der Mindestinhalt der Gründe geregelt. Zudem werden umfassende Regelungen über die Benachrichtigung der Betroffenen getroffen.

Die zentrale Eingriffsnorm für die Verkehrsdatenabfrage ist in § 100g Abs. 1 S. 1 StPO geregelt. Umfasst sind anschluss-/gerätebezogene Abfragen der geschäftsmäßig gespeicherten Verkehrsdaten mit Ausnahme der Standortdaten.

Solche Abfragen könnten z.B. in folgenden Fallkonstellationen zum Tragen kommen: Bei Ermittlungen wegen des Handels mit Betäubungsmitteln wird eine Rufnummer festgestellt, bei der offenbar Bestellungen für Betäubungsmittel getätigt werden können. Über die Verkehrsdatenabfrage kann sowohl für die Vergangenheit (soweit noch Daten vorliegen) als auch für die Zukunft (bis zu drei Monate, verlängerbar) festgestellt werden, mit welchen Anschlüssen diese Händlernummer Kontakt hat und hatte und es können so weitere Abnehmer identifiziert werden.

Für die Anlasstaten verweist § 100g Abs. 1 S. 1 StPO zunächst auf den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO, allerdings lediglich als Auslegungshilfe („insbesondere“). Anlasstat kann gem. § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO jede „Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“ sein.

Auch im Einzelfall erheblich ist die Straftat dann, wenn der Unrechtsgehalt der Tat jedenfalls nicht wesentlich hinter dem im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO vertypen Unrecht zurückbleibt, also im Hinblick auf die Art der Tatbegehung, das Gewicht der verletzten Rechtsgüter, und das Ausmaß des Schadens auch tatsächlich erhebliches Gewicht hat.¹⁰

§ 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO erweitert den Anwendungsbereich darüber hinaus auf alle Straftaten, unabhängig von ihrer Erheblichkeit, die durch Telekommunikation begangen werden, allerdings nur unter der strengen Subsidiaritätsklausel des § 100g Abs. 1 S. 2 StPO, die verlangt, dass die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise „aussichtslos“ wäre.

Unter diese Konstellation fällt z.B. das Anlegen von Fake-Profilen, die unerlaubt mit den Bildern Dritter versehen werden, auch, um diese zu beleidigen. Über die Abfrage der Verkehrsdaten kann dann festgestellt werden, welche IP-Adresse für die Anmeldungen verwendet wird, um den Urheber zu ermitteln.

Sollen auch Standortdaten abgefragt werden, müssen § 100g Abs. 1 S. 3 oder S. 4 StPO hinzutreten. Satz 4 erlaubt dabei grundsätzlich für Anlasstaten gem. § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO die Abfrage anterograder Standortdaten, auch in Echtzeit. Retrograde Standortdaten können demgegenüber

gem. § 100g Abs. 1 S. 3 StPO im Rahmen einer Abfrage nach § 100g Abs. 1 StPO nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO erhoben werden.

Die Abfrage der anterograden Standortdaten ist in vielen Konstellationen ein denkbare Ermittlungsmittel. Wird z.B. ein Anschluss einem mutmaßlichen BtM-Händler zugeordnet, kann über § 100g Abs. 1 S. 1 und S. 4 StPO eine mehrmonatige Überwachung stattfinden, um ein Profil der Bewegungen und Gesprächspartner des Beschuldigten zu erzeugen.

Weil heutzutage viele hochwertige Kfz mit einem Mobilfunkmodul versehen sind, kann über eine solche Abfrage auch versucht werden, den Standort eines entwendeten Fahrzeugs (und damit auch die Täter oder deren Abnehmer) zu ermitteln. Ein sog. IMSI-Catcher gem. § 100i stopp könnte dann verwendet werden, um den genauen Standort zu lokalisieren.

§ 100g Abs. 2 StPO enthält eine eigenständige Eingriffsnorm für die Abfrage anlasslos gespeicherter Verkehrsdaten. Der Katalog ist deutlich enger und weist, anders als Abs. 1, keine Öffnungsmöglichkeit auf. Zudem enthält Abs. 2 eine Subsidiaritätsklausel, die es jedoch genügen lässt, wenn die Ermittlungen ohne die Abfrage „wesentlich erschwert“ wären. Wie bereits oben angesprochen, ist die Norm für sich gesehen derzeit wirkungslos, da keine Daten vorliegen.

Relevant wird der Katalog des § 100g Abs. 2 StPO aber über § 100g Abs. 1 S. 3 StPO immer dann, wenn zusätzlich die Erhebung retrograder Standortdaten zu konkreten Anschlüssen oder Geräten erfolgen soll. Solche Abfragen können u.a. dazu dienen, das Bewegungsprofil des Anschlusses eines Beschuldigten für die Zeit vor und während der Tat zu ermitteln.

Die Funkzellenabfrage ist in § 100g Abs. 3 S. 1 StPO legaldefiniert als „Erhebung aller in einer Funkzelle angefallenen Daten“. Die Norm verweist für die Anlasstat auf § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO und damit ebenfalls, aber auch nur, auf die „Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“. In Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung ausdrücklich normiert sowie eine Subsidiaritätsklausel aufgestellt, die derjenigen des Abs. 2 entspricht.

Wie bereits einleitend kurz skizziert, können Funkzellenabfragen in einer Vielzahl von Konstellationen zur Ermittlung eingesetzt werden. Vielfach verwendet wird die Funkzellenabfrage etwa bei Wohnungseinbruchsdiebstählen, um verdächtige Anschlüsse zu ermitteln.¹¹ Zu den Anwendungsfällen können alle möglichen Delikte, die sich ausreichend räumlich und zeitlich eingrenzen lassen, gehören. Bei einem Tankstellenraub zur Nachtzeit mag es hinreichend wenige Mobilfunkgeräte geben, um allein aus dem Ein- und Austritt aus der Funkzelle passend zur Tatzeit einen Ermittlungsansatz zu generieren. Gibt es eine Serie gleichgelagerter Taten, kann zudem die Abfrage mehrerer Tatorte zu sog. „Kreuztreffen“ führen, also Anschlüssen, die an verschiedenen Tatornten jeweils zur Tatzeit registriert wurden. Insgesamt hängt die

¹⁰ Vgl. Hauck, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 44; Rückert (Fn. 7), § 100g Rn. 59.

¹¹ Ausführlich zu Ermittlungen bei Wohnungseinbruchsdiebstahl Wollinger/Dreißigacker/Müller/Baier, Kriminalistik 2016, 384, mit einem Abschnitt speziell zur Funkzellenabfrage auf S. 388.

Erfolgsaussicht einer Abfrage entscheidend davon ab, ob das „Täterprofil“ ausreichend bestimmt ist, um Tatverdächtige aus der Menge der Betroffenen zu filtern.

Alle Verkehrsdaten haben über die konkrete Eingriffsnorm hinaus eine Reihe gemeinsamer Voraussetzungen und Besonderheiten, die im Folgenden kurz skizziert werden sollen.

Der erforderliche Anfangsverdacht wird für alle Abfragen nach § 100g StPO (analog zu § 100a StPO) dadurch modifiziert, dass er durch „bestimmte Tatsachen“ begründet werden muss. Dieses Erfordernis findet sich auch in den Formvorschriften wieder, wo § 100e Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StPO bestimmt, dass eben diese „bestimmten Tatsachen“ auch in der Begründung anzugeben sind. In der Literatur wird der erforderliche Verdachtsgrad regelmäßig als „qualifizierter Anfangsverdacht“ beschrieben,¹² wobei die genauen Unterschiede zum „einfachen“ Anfangsverdacht bisher eher kasuistisch ausgearbeitet sind und abstrakte Formulierungen vage bleiben.¹³ In praktischer Hinsicht dürfte vor allem relevant sein, Ziel und Umfang der Maßnahme anhand konkreter tatsächlicher Umstände begründen zu können, um eine Art „digitaler Schleppnetzfangung“ zu vermeiden.

Alle Alternativen des § 100g StPO normieren darüber hinaus die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme ausdrücklich durch die Formulierung „soweit die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht“. Hieraus folgen aber wohl keine besonderen Prüfungsschritte über die Verhältnismäßigkeitsprüfung hinaus.¹⁴ Allerdings verlangt § 100e Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StPO, dass die „wesentlichen Erwägungen“ hierzu in den Gründen ausgeführt sind, womit jedenfalls die bloß formularmäßige Feststellung der Verhältnismäßigkeit ausscheidet.

Die zusätzlich u.a. in § 100g Abs. 2 und Abs. 3 StPO normierten Subsidiaritätsklauseln sind praktisch wenig wirksam, da der Erfolg anderer Ermittlungsmaßnahmen ex ante kaum abschätzbar ist. Da geschäftsmäßig gespeicherte Verkehrsdaten von den Anbietern gelöscht werden, wenn sie nicht mehr geschäftlich benötigt werden, wäre ein Zuwarten häufig mit einem endgültigen Datenverlust verbunden.¹⁵

Als Adressaten oder „Zielpersonen“ der Maßnahmen kommen stets nur Beschuldigte oder ihre „Nachrichtensmittler“ – also Personen, bei denen Grund zu der Annahme besteht, dass Beschuldigte mit ihnen kommunizieren – in Be-

tracht.¹⁶ Dies ergibt sich im Hinblick auf die Standortdaten bereits aus § 100g Abs. 1 S. 4 sowie Abs. 2 S. 1 StPO, die ausdrücklich nur die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten erlauben. Im Übrigen verweist § 101a StPO auf § 100a Abs. 3 StPO.¹⁷

Die Länge der Maßnahmen nach § 100g StPO ist über § 100e Abs. 1 S. 4 StPO auf drei Monate begrenzt, kann jedoch wiederholt um weitere drei Monate verlängert werden. Für Funkzellenabfragen ist diese Beschränkung praktisch bedeutungslos, da diese sich in aller Regel auf Zeiträume von Stunden bis Tagen beziehen.

3. Der Beschluss des BGH vom 10. Januar 2024 – 2 StR 171/23

Nachdem die grundsätzlichen Aspekte der Regelungen des § 100g StPO kurz skizziert wurden, kann eine Einordnung des Beschlusses des 2. Strafsenats des BGH vom 10. Januar 2024 erfolgen. Der Beschluss ist mit folgenden Leitsätzen versehen, die den Inhalt treffend zusammenfassen:

1. Die Anordnung einer Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO setzt den Verdacht einer besonders schweren Straftat nach § 100g Abs. 2 StPO voraus. Die in § 100g Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO enthaltene Verweisung auf § 100g Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StPO ist so auszulegen, dass diese zugleich die Anordnungsvoraussetzungen des § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO erfasst.
2. Fehlt es bei einer Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO an dem Verdacht einer Katalogtat nach § 100g Abs. 2 StPO, hat dies ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.

In praktischer Hinsicht erteilt der 2. Strafsenat mit diesem Beschluss nicht nur Funkzellenabfragen bei Taten außerhalb des Katalogs des § 100a Abs. 2 StPO, z.B. bei Diebstahlsreihen oder der Entwendung hochwertiger Kfz, eine Absage. Auch durchaus schwerwiegende Kriminalität wie Raub, räuberische Erpressung, Bestechlichkeit und Bestechung, Betrugsdelikte und ein großer Teil der Geldwäschdelikte entfallen. Hinzu kommt, dass § 100g Abs. 2 StPO oft das Vorliegen von Qualifikationstatbeständen oder besonders schweren Fällen voraussetzt, die in einem frühen Stadium der Ermittlungen regelmäßig nicht, jedenfalls nicht „auf bestimmten Tatsachen“ gestützt, feststellbar sind,¹⁸ zumal Daten nur wenige Tage nach der Tat abrufbar sind.¹⁹

¹² Vgl. nur *Greco/Wolter* (Fn. 6), § 100g Rn. 35; *Rückert* (Fn. 7), § 100a Rn. 154.

¹³ Vgl. z.B. *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100a Rn. 42; *Graf*, in: ders. (Fn. 8), § 100a Rn. 105 ff; ausführlicher bei *Rückert* (Fn. 7), § 100a Rn. 151 ff.

¹⁴ So auch *Greco/Wolter* (Fn. 6), § 100g Rn. 39; i.E. wohl auch *Bär* (Fn. 8), § 100g Rn. 21; a.A. *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100g Rn. 17 f. für eine „zweite Verhältnismäßigkeitsprüfung“ insbesondere am Maßstab des Unionsrechts.

¹⁵ Die geringe praktische Relevanz zeigt sich auch an den eher kurzen Darstellungen in der Kommentarliteratur, vgl. *Greco/Wolter* (Fn. 6), § 100g Rn. 39; *Rückert* (Fn. 7), § 100a Rn. 177; *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100a Rn. 45.

¹⁶ Ein vorsätzliches oder bewusstes „mitteln“ für den Beschuldigten ist dafür nicht Voraussetzung, es genügt der bloß faktische Empfang von Mitteilungen, der Begriff „Nachrichtensmittler“ ist insoweit etwas irreführend, allerdings als terminus technicus etabliert, vgl. nur *Rückert* (Fn. 7), § 100a Rn. 188 ff., *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100a Rn. 176.

¹⁷ Die Verweisung ist systematisch insofern ungewöhnlich, als eine Anordnungsvoraussetzung in der Verfahrensvorschrift aufgestellt wird.

¹⁸ So auch *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100g Rn. 50; *Kienle*, NZWiSt 2024, 261 (266).

¹⁹ Vgl. *Bär* (Fn. 8), § 100g Rn. 47.

Zur praktischen Verdeutlichung der Folgen kann ein nächtlicher Raub herangezogen werden: Mehrere Täter nutzen die Nachtzeit aus, um ein allein auf dem Nachhauseweg befindliches Opfer zu umstellen, mit Faustschlägen und Tritten zu traktieren und die Wertsachen zu entwenden. Da es sich oft um Gelegenheitstaten handelt (also die Täter ihre Mobiltelefone gewohnheitsmäßig bei sich führen), die zur Nachtzeit oder in wenig belebten Bereichen stattfinden, ist die Funkzellenabfrage hier als Ermittlungsinstrument durchaus geeignet. Nach der Linie des 2. *Strafsenats* scheidet sie allerdings aus, wenn kein Fall des schweren Raubes gem. § 250 StGB vorliegt.

Die Argumentation des 2. *Strafsenats* ist um die Verweisung des § 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StPO herum aufgebaut, welche die Funkzellenabfrage zulässt, „wenn die Voraussetzungen des § 100g Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 erfüllt sind“. Diese Verweisung bezieht nach Ansicht des 2. *Strafsenats* implizit auch den Regelungsinhalt des § 100g Abs. 1 S. 3 StPO ein.²⁰

Der 2. *Strafsenat* beginnt seine Auslegung in der üblichen Form mit dem Wortlaut. So sei die Funkzellenabfrage als „Erhebung aller in einer Funkzelle angefallenen Daten“ legaldefiniert und damit per se retrograd. Dies lege nahe, dass die Verweisung in § 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StPO auch den § 100g Abs. 1 S. 3 StPO mitumfasse, der sich ausdrücklich mit retrograden Daten beschäftige.²¹

Sodann steigt der Beschluss direkt in eine historische Auslegung ein, wobei er mit der Einführung der Funkzellenabfrage als eigenständiger Absatz des § 100g StPO mit Gesetz vom 10.12.2015 beginnt. Zur Konzeption dieses Gesetzes, so der 2. *Strafsenat*, habe es gehört, dass retrograde Standortdaten insgesamt ausschließlich nur noch unter den stark eingeschränkten Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO erhoben werden dürfen. Das Gesetz sah nämlich in § 100g Abs. 1 StPO den Rückgriff auf retrograde Standortdaten aus geschäftlich gespeicherten Daten ausdrücklich nicht vor und ließ die Erhebung solcher nur aus der Quelle der anlasslos gespeicherten Daten – und damit unter den Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO – zu. Da auch § 100g Abs. 3 StPO grundsätzlich zwischen der Erhebung von geschäftlich gespeicherten Daten und anlasslos gespeicherten Daten unterschied und unterscheidet, sei damit auch die Einschränkung bei der Erhebung geschäftsmäßig gespeicherter Daten in den § 100g Abs. 3 StPO übertragen worden.²²

Durch nachfolgende Veränderungen des § 100g Abs. 1 StPO war diese Einschränkung bei der Erhebung von geschäftsmäßig gespeicherten Daten wieder aufgehoben worden, da die Vorratsdatenspeicherung scheiterte. Der Gesetzgeber habe dabei aber betont, sein altes Konzept nicht aufgeben zu wollen.²³ Daher sei weiterhin davon auszugehen, dass

§ 100g Abs. 3 StPO, soweit auch retrograde Standortdaten mit erhoben werden sollen, eine Katalogtat des § 100g Abs. 2 StPO erfordert.²⁴

Zur systematischen Auslegung verhält sich der Beschluss nur äußerst kurz. Er hält diese für nicht eindeutig, da das System im Lichte der zuvor ausgearbeiteten gesetzgeberischen Konzeption verstanden werden müsse.²⁵ Teleologisch stützt der 2. *Strafsenat* sich auf die Eingriffstiefe der Maßnahme. Insbesondere ermögliche die Funkzellenabfrage durch die Erhebung retrograder Daten – auch Standortdaten – die Erstellung (partieller) Bewegungsprofile.²⁶ Da gerade diese Möglichkeit maßgeblich dafür war, die Erhebung retrograder Standortdaten einzuschränken, sei diese Einschränkung auch auf die Funkzellenabfrage zu übertragen.²⁷

Da schließlich bei der Funkzellenabfrage eine Trennung zwischen retrograden und anterograden Daten technisch nicht umsetzbar sei, sei daher stets eine Katalogtat nach § 100g Abs. 2 StPO erforderlich.²⁸

Das darauffolgende Beweisverwertungsverbot leitet der 2. *Strafsenat* aus der bisherigen Rechtsprechung zur Telekommunikationsüberwachung ab: Nach ständiger Rechtsprechung bedinge eine rechtswidrig angeordnete Überwachungsmaßnahme ein Beweisverwertungsverbot, wenn eine wesentliche sachliche Voraussetzung der Maßnahme fehle.²⁹ Als solche sei jedenfalls das Fehlen der erforderlichen Katalogtat zu sehen.³⁰

Der 2. *Strafsenat* zitiert gleich zu Beginn verschiedene Literaturmeinungen zur Unterstützung seiner Position. Von diesen vertritt *Rückert*³¹ tatsächlich die im Beschluss eingeschlagene Linie. Im Übrigen findet sich die Position des 2. *Strafsenats* in den zitierten Kommentarstellen allerdings nicht ausdrücklich wieder.³² Auch die Mehrzahl der sonstigen verbreiteten Kommentare zur StPO behandeln eine solche Einschränkung nicht oder nicht eindeutig.³³ Im ebenfalls

²⁴ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 22.

²⁵ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 23.

²⁶ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 24.

²⁷ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23.

²⁸ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 16. Ob daneben eine rein anterograde Funkzellenabfrage ohne die Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO möglich bleibt, erläutert der 2. *Strafsenat* nicht.

²⁹ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 28.

³⁰ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23.

³¹ *Rückert* (Fn. 7), § 100g Rn. 86/87.

³² *Greco/Wolter* (Fn. 6), § 100g Rn. 57/58 enthält gar keinen Hinweis auf eine solche Position; bei *Eschelbach*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, § 100g Rn. 37–39, lässt sich eine entsprechende Position erahnen, die Stelle ist aber alles andere als eindeutig.

³³ So auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24; vgl. *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100g Rn. 36; *Bär* (Fn. 8), § 100g Rn. 50–52; *A. Hartmann* (Fn. 2), StPO § 100g Rn. 16/17 allerdings weniger eindeutig in der 5. Aufl. 2022, § 100g Rn. 29/30; *Heinrichs/Weingast* (Fn. 6), § 100g Rn. 12; *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100g Rn. 52/53.

²⁰ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 14.

²¹ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 16.

²² BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 19, so bereits der BGH Ermittlungsrichter, BGH NStZ 2018, 48, welcher die Regelung in § 100g Abs. 1 S. 3 StPO a.F. (2015) als „Verbot“ auffasst.

²³ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 21/22.

zitierten Aufsatz von *Singelstein*, der sich mit der Verhältnismäßigkeit von Funkzellenabfragen befasst, findet sich zu einer Verschärfung des Katalogs der Anlasstaten nichts.³⁴

Vor diesem Hintergrund kann man die Entscheidung aus Sicht des *Verf.* durchaus als „Schock“ bezeichnen. Soweit die anekdotische Erfahrung es hergibt, hat die Entscheidung bei der Richterschaft und den Verfolgungsbehörden große Überraschung hervorgerufen. Die Entscheidung des 2. *Strafsenats* ist aber auch darüber hinaus bemerkenswert: Nicht nur übernimmt sie eine Position, die, soweit ersichtlich, bisher nur von sehr wenigen Juristen explizit vertreten wurde. Sie stützt sich dabei auch weit überwiegend auf eine historische Auslegung der Norm. Ob ein so starker Fokus auf die historische Auslegung methodisch überzeugend ist, kann hier nicht geklärt werden. Allerdings sollen die nachfolgenden Ausführungen, beginnend mit einem vertieften Blick auf die Normgeschichte, zeigen, dass bereits die Annahmen des 2. *Strafsenats* zur Intention des Gesetzes keinesfalls zwingend sind.

III. Zur Einordnung der Funkzellenabfrage und ihren Voraussetzungen

1. Gesetzeshistorie

Die Erhebung von Verkehrsdaten wurde erstmals mit Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 20.12.2001³⁵ in die Strafprozessordnung aufgenommen. Zuvor war die Erhebung entsprechender Daten aufgrund § 12 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen (FAG) möglich, ohne dass es hierzu besonderer Anforderungen an den Anfangsverdacht oder den Deliktstyp bedurfte.³⁶ Eine Legaldefinition oder eine abgegrenzte Regelung zu Funkzellenabfragen enthielten weder § 12 FAG noch der neue § 100g StPO a.F. (2002). Schon vor der Neuregelung hatten einige Gerichte Funkzellenabfragen aufgrund des § 12 FAG angeordnet, die Zulässigkeit solcher Abfragen war jedoch umstritten.³⁷ Unter anderem wurde vertreten, dass möglichst alle in der Funkzelle befindlichen Anschlüsse Beschuldigten zuzuordnen sein müssten, um die Anordnung rechtfertigen zu können.³⁸ Um die Funkzellenabfrage explizit möglich zu machen, wurde in § 100h Abs. 1 S. 2 StPO a.F. (2002), der eigentlich die formellen Anforderungen regelte, ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, die

Bezeichnung eines Anschlusses durch eine „räumlich und zeitlich hinreichend bestimmte Bezeichnung der Telekommunikation“ zu ersetzen.³⁹ Für diesen Fall sollte als Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen eine „Straftat von erheblicher Bedeutung“ erforderlich sein.

Mit Gesetz vom 21. Dezember 2007⁴⁰ erhielt § 100g StPO eine umfassende neue Form, welche der aktuellen Gesetzesfassung bereits deutlich ähnlicher war. Eine abgegrenzte Regelung zur Abfrage von Funkzellendaten enthielt auch diese Fassung nicht. Im Rahmen der Neufassung 2007 wird allerdings die Funkzellenabfrage erstmals thematisiert.⁴¹ Sie wird hier noch nicht eindeutig von sonstigen Verkehrsdatenerhebungen abgegrenzt, soll aber ausdrücklich erhalten bleiben.⁴² Die bisherige Regelung des § 100h Abs. 1 S. 2 StPO a.F. (2002) wurde im Gesetz vom 21. Dezember 2007 in den § 100g Abs. 2 S. 2 StPO a.F. (2008) übernommen, wobei sie weiterhin systematisch fragwürdig als Ausnahme vom formalen Erfordernis, betroffene Personen und Anschlüsse zu nennen, ausgestaltet war.⁴³ Verschärft wurden die Anforderungen durch das Einfügen einer Subsidiaritätsklausel, welche der heutigen Fassung bereits entsprach. Dabei sah der Gesetzesentwurf die Interessen der unbeteiligten Dritten, welche bei einer Funkzellenabfrage unvermeidlich mit betroffen sind, dadurch ausreichend gewahrt, dass Zielpersonen der Maßnahme weiterhin der Beschuldigte oder seine Nachrichtensmittler sein müssten und sah vor, dass im Übrigen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Abwägung vorzunehmen sei.⁴⁴

Ausführliche Erörterungen hatte es vor der Neuregelung im Jahr 2007 in der Rechtsprechung und Literatur zuvor vor allem zu der Frage gegeben ob, und ggf. unter welcher Vorschrift, der laufende Zugriff auf automatisch gesendete Daten eines Mobilfunkgeräts (stand-by-Daten) zur Standortbestimmung zulässig ist.⁴⁵ Hier spielt bereits die Erstellung von Bewegungsprofilen durch die Erfassung der (passiven) Nutzung von Mobiltelefonen eine wichtige Rolle.⁴⁶

Soweit Funkzellenabfragen problematisiert wurden, ging es hier primär um die große mögliche Anzahl an Drittbetroffenen, weshalb teilweise eine restriktive Anwendung befürwortet wurde;⁴⁷ teilweise wurde die Maßnahme wegen

³⁴ Eher scheint *Singelstein*, JZ 2012, 601 (603 letzter Absatz), im Gegenteil davon auszugehen, dass nur eine gründliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit die Maßnahme in der Praxis effektiv begrenzen könne. Gleichwohl ist *Singelstein* in einer jüngst veröffentlichten Anmerkung der Argumentation des 2. *Strafsenats* als „mustergültige Auslegung“ ausdrücklich beigetreten, vgl. *Singelstein*, NJW 2024, 2339.

³⁵ BGBl. I 2001, S. 3879.

³⁶ Vgl. die Erwägungen zum Gesetzesentwurf in BR-Drs. 702/01; Für die weiter zurückliegende Geschichte vgl. auch *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100g Entstehungsgeschichte; näher zur Neuregelung auch *Bär*, MMR 2002, 358.

³⁷ Angeordnet u.a. durch den BGH-Ermittlungsrichter, Beschl. v. 20.4.2001 – 1 BGs 48/01; vgl. auch BT-Drs. 14/7258, S. 2; Zum vorherigen Streitstand *Danckwerts*, CR 2002, 539 (540) m.w.N.

³⁸ Vgl. *Bär*, MMR 2002, 358 (362).

³⁹ Vgl. BT-Drs. 14/7258, S. 4 f.

⁴⁰ BGBl. I 2007, S. 3198.

⁴¹ Vgl. BR-Drs. 275/07, S. 123 f. und BT-Drs. 16/5846, S. 55

⁴² In diesem Zusammenhang erfolgt der Verweis auf § 100h Abs. 1 S. 2 StPO in der Fassung vom 1.1.2002, vgl. *ibid.*

⁴³ Entsprechend handelt es sich um eine Ausnahme von § 100b Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO a.F., der, analog zum heutigen § 100e Abs. 3 StPO, die Mindestangaben der Gründe regelte.

⁴⁴ BR-Drs. 275/07, S. 123 f. und BT-Drs. 16/5846, S. 55.

⁴⁵ Vgl. nur BGH NJW 2001, 1587; *Wohlers/Demko*, StV 2003, 241 (243 f.); *dies.*, NStZ 2004, 57; *Ruhmannseder*, JA 2007, 47; *Eisenberg/Singelstein*, NStZ 2005, 62.

⁴⁶ Vgl. *Wohlers/Demko*, StV 2003, 241 (247).

⁴⁷ Vgl. *Bizer*, DuD 2005, 578; LG Magdeburg, Beschl. v. 21.12.2005 – 25 Qs 117/05 = BeckRS 2006, 585, welches konkrete Anhaltspunkte dafür verlangt, dass die Täter auch tatsächlich in der Funkzelle telefonieren; a.A. zur selben

dieses Eingriffs in die Rechte Dritter insgesamt für verfassungswidrig gehalten.⁴⁸ Die Überlegungen wurden dabei auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit, auch bereits im Hinblick auf die Subsidiarität der Maßnahme, verortet.⁴⁹ Streit bestand auch weiterhin zu der Frage, welche konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen mussten, dass die Täter in der Funkzelle tatsächlich kommuniziert hatten.⁵⁰ Die Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 12. März 2003⁵¹ zur Verkehrsdatenerhebung, die noch zu § 12 FAG erging, dürfte ebenfalls Einfluss auf die Neufassung genommen haben. Das BVerfG stellte hier nicht nur klar, dass auch Verbindungsdaten ohne Kommunikationsinhalte vom Schutzbereich des Art. 12 GG umfasst sind,⁵² sondern arbeitete für die Zulässigkeit von Abfragen auch vier Aspekte heraus: Die Erforderlichkeit im Sinne der Ausschöpfung milderer Mittel, das Vorliegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung, ein konkreter Tatverdacht und hierfür eine hinreichend sichere Tatsachengrundlage.⁵³ Für den Kontext der Funkzellenabfrage ist interessant, dass das BVerfG die Zielwahlsuche wegen der Betroffenheit einer Vielzahl von Dritten problematisiert, wobei es zumindest offen lässt, ob vor diesem Hintergrund ein Katalog besonders schwerer Straftaten erforderlich ist.⁵⁴ Dass die Funkzellenabfrage insbesondere auch retrograde Standortdaten beinhaltet, scheint zu diesem Zeitpunkt explizit keine Rolle gespielt zu haben.⁵⁵

Mit der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Neufassung werden die Regelungen zur Verkehrsdatenerhebung untrennbar mit der geplanten Vorratsdatenspeicherung verbunden. Das Schicksal der letzteren hat in der Folge erheblichen Einfluss auf das Regelungsgefüge des § 100g StPO. Aus Platzgründen soll hier allerdings auf ausführliche Darstellungen zur Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung verzichtet werden, sofern diese nicht insbesondere die Funkzellenabfrage betreffen.

Im Rahmen der richtungsweisenden Entscheidung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung⁵⁶ wurde ausdrücklich auch § 100g Abs. 1 StPO insoweit für nichtig erklärt, als er die Abfrage von gespeicherten Verkehrsdaten gem. § 113a TKG a.F. zuließ. Bereits zuvor hatte das BVerfG in einer

Eilentscheidung die Erhebung nach § 113a TKG gespeicherter Daten auf Katalogtaten des § 100a Abs. 2 StPO a.F. (2008) beschränkt.⁵⁷ Die besondere Eingriffstiefe der anlasslosen Speicherung von Verkehrsdaten begründete das BVerfG unter anderem damit, dass durch Aufzeichnung von Zeitpunkt und Ort der Kommunikation sowie der Kommunikationspartner über einen längeren Zeitraum ein umfangreiches Persönlichkeits- und Bewegungsprofil der Bürger entstehen könne.⁵⁸ Auch entstehe durch die anlasslose Speicherung eine hohe Belastung der Bürger, die befürchten müssten, bereits bei Anwesenheit in einer bestimmten Funkzelle Gegenstand von Ermittlungen zu werden.⁵⁹ Für eine zulässige Verwendung von gespeicherten Daten de lege ferenda führte das BVerfG zunächst aus, dass die Abfrage anlasslos gespeicherter Daten wegen ihrer „Unausweichlichkeit, Vollständigkeit und damit gesteigerten Aussagekraft“ schwerer wiegt als die sonstige Abfrage von Telekommunikationsverbindungsdaten, was sich in den Anordnungsvoraussetzungen einer auf Abfrage der Daten gerichteten Maßnahme widerspiegeln müsse.⁶⁰ Besonders Bezug nahm das BVerfG dabei nochmals auf die bereits angesprochenen „Persönlichkeits- und Bewegungsprofile“. Bei einer solchen Abfrage sei daher ein Katalog besonders schwerer Straftaten erforderlich, der gerade keine Generalklausel zur Öffnung des Katalogs enthält.⁶²

Das Urteil des BVerfG, zusammen mit der späteren Entscheidung des EuGH, welcher die Richtlinie insgesamt für ungültig erklärte,⁶³ führte zu einer grundlegenden Neuregelung der Verkehrsdatenerhebung unter der Maßgabe, die Vorratsdatenspeicherung in verfassungsmäßiger Weise auszugestalten.⁶⁴ Neben einer deutlichen Beschränkung der Vorratsdatenspeicherung sah die Neuregelung als Kernstück eine Trennung der zu erhebenden Daten zwischen den zu geschäftlichen Zwecken erhobenen Daten (§ 96 TKG a.F.) und den anlasslos verpflichtend gespeicherten Daten (§§ 113a ff. TKG a.F.) vor.⁶⁵ Dies sollte sich insbesondere auf gespeicherte Standortdaten beziehen.⁶⁶ Demnach war beabsichtigt, retrograde Standortdaten zukünftig ausschließlich über die anlasslos gespeicherten Verkehrsdaten – und daher nur bei Vorliegen einer Tat aus dem neuen und deutlich engeren Katalog des 100g Abs. 2 StPO – zu erheben. Auf zu geschäftlichen Zwecken gespeicherte retrograde Standortdaten sollte ausdrücklich i.R.d. § 100g Abs. 1 StPO nicht mehr zugegriffen werden können. Zu diesem Zweck wurde die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten aus den Anordnungszwecken des § 100g Abs. 1 S. 1 StPO a.F. (2015) entfernt. Für den Anordnungszweck Aufenthaltsermittlung wurde der

Konstellation allerdings LG Rottweil, Beschl. v. 5.8.2004 – 3 Qs 105/04; LG Rostock, Beschl. v. 16.10.2007 – 19 Qs 97/07 = BeckRS 2009, 7011, welches zunächst andere Ermittlungen als vorrangig ansah.

⁴⁸ Vgl. *Danckwerts*, CR 2002, 539; *Wohlers/Demko*, StV 2003, 241 (247).

⁴⁹ Vgl. *Rentzel-Rothe*, StV 2005, 434.

⁵⁰ Vgl. *Rauschberger*, Kriminalistik 2009, 273; *Götz*, Kriminalistik 2009, 403; noch 2012 für eine insoweit restriktive Anwendung: *Kurz*, DRiZ 2012, 153 (154).

⁵¹ BVerfG, Ur. v. 12.3.2003 – 1 BvR 330/96, 1 BvR 348/99 = NJW 2003, 1787.

⁵² BVerfG NJW 2003, 1787 (1788 f.).

⁵³ BVerfG NJW 2003, 1787 (1791).

⁵⁴ BVerfG NJW 2003, 1787 (1793).

⁵⁵ Vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei *Ruhmannseder*, JA 2007, 47.

⁵⁶ BVerfG, Ur. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08 u.a.

⁵⁷ vgl. BVerfGE 121, 1.

⁵⁸ BVerfG, Ur. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 211.

⁵⁹ BVerfG, Ur. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 212.

⁶⁰ BVerfG, Ur. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 227.

⁶¹ BVerfG, Ur. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08.

⁶² BVerfG, Ur. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 228.

⁶³ EuGH, Ur. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12.

⁶⁴ So ausdrücklich BT-Drucks. 18/5088 zu A. Problem und Ziel.

⁶⁵ BT-Drucks. 18/5088 zu B. Lösung.

⁶⁶ BT-Drucks. 18/5088.

neue § 100g Abs. 1 S. 3 StPO a.F. (2015) eingefügt, der vorsah, dass anterograde Standortdaten zur Ermittlung des Aufenthaltsortes herangezogen werden können. Daneben trat § 100g Abs. 2 StPO für die Erhebung anlasslos gespeicherter Daten, die auch retrograde Standortdaten umfassten. Da allerdings die Vorratsdatenspeicherung erst anlaufen musste, war in § 12 Abs. 1 EGStPO eine Übergangsregelung enthalten, die bis 29. Juli 2017 den Rückgriff auf die vorherige Fassung des § 100g Abs. 1 StPO⁶⁷ zur Erhebung geschäftsmäßig gespeicherter, retrograder Standort-Verkehrsdaten erlaubte.

Eher beiläufig findet sich anschließend die Entwurfsbegründung zur Neufassung der Funkzellenabfrage:

„Außerdem werden die Anforderungen an eine Funkzellenabfrage *präzisiert*, um zu gewährleisten, dass auch bei diesen Datenerhebungen die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.“⁶⁸

Auch in der ausführlichen Darstellung der Ziele⁶⁹ wird die Funkzellenabfrage nur in einem Absatz erwähnt. Hier wird erneut der Begriff der Präzisierung verwendet.⁷⁰ Die Erhebung von Verkehrsdaten unbeteiligter, die der Funkzellenabfrage immanent ist, soll auf das notwendige Maß beschränkt werden.⁷¹ Durch die räumlich und zeitlich eng begrenzte Abfrage werde die Erstellung von Bewegungsprofilen unbeteiligter Dritter „wirksam verhindert“.⁷²

Der Gesetzesentwurf enthält dann erstmals eine ausdrückliche Regelung der Funkzellenabfrage in § 100g Abs. 3 StPO, welche der heutigen Fassung im Wesentlichen entspricht. Lediglich der Verweis auf § 113b TKG in § 100g Abs. 3 S. 2 StPO a.F. wurde später durch einen Verweis auf § 176 TKG ersetzt.

Die Ausführungen in der Begründung des Entwurfs legen nahe, dass die Neuregelung der Funkzellenabfrage nicht unmittelbar auf den Entscheidungen zur Vorratsdatenspeicherung fußt. Im Anschluss an die Ausführungen zur Neugestaltung des § 100g Abs. 1 StPO und zur Vorratsdatenspeicherung verwendet der Gesetzesentwurf die Formulierung:

„Bei dieser Gelegenheit werden auch die Voraussetzungen der Funkzellenabfrage *präzisiert*.“⁷³

Die Erhebung von Standortdaten hält der Entwurf zwar für „besonders sensibel“,⁷⁴ bespricht diese allerdings in der Folge nur im Zusammenhang mit Erhebungen nach Abs. 1. Zum neuen Abs. 3 führt der Entwurf demgegenüber gerade aus:

„Absatz 3 enthält eine Sonderregelung für Funkzellenabfragen. Bei diesen *handelt es sich nicht um Standortdatenerhebungen*; vielmehr werden bei einer solchen Abfrage alle Verkehrsdaten erhoben, die in einer bestimmten Funkzelle angefallen sind, um festzustellen, welche Mobilgeräte zu einer bestimmten Zeit der betreffenden Funkzelle zuzuordnen waren.“⁷⁵

Auch hinsichtlich der Funkzellenabfrage unterscheidet der Entwurf zwar nach dem Ursprung der Daten: Nach § 96 TKG erhobene Daten, also geschäftsmäßig anfallende Verkehrsdaten, sollen über Abs. 3 S. 1 abgerufen werden können. Für anlasslos gespeicherte Daten sind gem. Abs. 3 S. 2 auch die Voraussetzungen des Abs. 2 zu erfüllen.⁷⁶ In jedem Fall sollen dabei die Zulässigkeitsvoraussetzungen insofern verschärft werden, als durch die ausdrückliche Aufnahme der Verhältnismäßigkeit in die Anordnungsvoraussetzung das „Bewusstsein [...] geschärft“ werde.⁷⁷ Auch an dieser Stelle erwähnt der Entwurf nochmals, der Bildung von Bewegungsprofilen möglichst entgegenwirken zu wollen.⁷⁸

Keine expliziten Ausführungen enthält der Gesetzesentwurf allerdings dazu, ob die Funkzellenabfrage im Gegensatz zu § 100g Abs. 1 StPO a.F. weiterhin den Zugriff auf geschäftsmäßig gespeicherte retrograde Standortdaten ermöglicht. Die Übergangsregelung in § 12 Abs. 1 EGStPO sagt hierzu ebenfalls nichts und erklärt allein § 100g Abs. 1 StPO in seiner vorherigen Fassung⁷⁹ für anwendbar. Weil aber die vorherige Fassung des Gesetzes die Funkzellenabfrage noch nicht aus der allgemeinen Regelung des § 100g Abs. 1 StPO herausgelöst hatte und sie – unsystematisch – nur als Ausnahme von einer Formvorschrift regelte,⁸⁰ blieb die Reichweite dieser Verweisung unklar. Das widersprüchliche Bild, das hierdurch erzeugt wird, zeigt exemplarisch ein Beschluss des BGH-Ermittlungsrichters⁸¹ kurz nach Auslaufen der Übergangsfrist auf. In diesem nahm der BGH-Ermittlungsrichter die nun vom 2. Strafsenat vertretene Linie in Teilen bereits vorweg. Die Entscheidung wird und wurde allerdings kaum rezipiert.⁸² Mutmaßlich galt die Entscheidung bisher

⁶⁷ Also die Fassung 2008.

⁶⁸ BT-Drucks. 18/5088, *Hervorhebung* durch den Verf.

⁶⁹ BT-Drucks. 18/5088, ab S. 21.

⁷⁰ BT-Drucks. 18/5088, S. 24.

⁷¹ BT-Drucks. 18/5088.

⁷² BT-Drucks. 18/5088.

⁷³ BT-Drucks. 18/5088, S. 27, *Hervorhebung* durch den Verf.

⁷⁴ BT-Drucks. 18/5088.

⁷⁵ BT-Drucks. 18/5088, S. 32, *Hervorhebung* durch den Verf.

⁷⁶ BT-Drucks. 18/5088, S. 32 f.

⁷⁷ BT-Drucks. 18/5088.

⁷⁸ BT-Drucks. 18/5088, S. 33

⁷⁹ Der des Gesetzes vom 21.12.2007.

⁸⁰ Zur fragwürdigen Systematik der Regelung aus dem Jahr 2002 *Danckwerts*, CR 2002, 539, 541.

⁸¹ BGH, Beschl. v. 3.8.2017 – 1 BGs 237/17 = NStZ 2018, 47 f. Da es sich um einen relativ kurzen Beschluss handelt, wird davon abgesehen, diese Quelle für die folgenden Sätze zu wiederholen.

⁸² Zur Entscheidungsbesprechung von *Greier* siehe Fn. 87; Aufgenommen wurde die Entscheidung u.a. vom Münchener Kommentar, dem BeckOK StPO, BeckOK IT-Recht und vom Dölling/Duttge/Rössner, auch das LG Arnsberg verweist in einem Beschluss vom 7.6.2019, abrufbar unter BeckRS 2019, 11188, auf die Entscheidung, ohne dass an diesen Stellen eine ausführliche Befassung mit der Begründung stattfindet.

aufgrund der Gesetzesänderung zum 20. November 2019 als überholt.⁸³

Zunächst führt der BGH-Ermittlungsrichter aus, dass der Gesetzgeber die Funkzellenabfrage als Abfrage aller Verkehrsdaten geregelt und damit auch die Abfrage der geschäftsmäßig gespeicherten retrograden Standortdaten mit umfasst habe. Dann allerdings folgt die entgegengesetzte Aussage, dass für die Erhebung solcher Daten mit Auslaufen des § 12 EGStPO keine gesetzliche Grundlage mehr bestehe. Denn es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die Funkzellenabfrage von dem, so wörtlich, „seit 29.07.2017 geltenden Verbot“⁸⁴ der Erhebung geschäftlich gespeicherter retrograder Standortdaten habe ausnehmen wollen. Während der BGH-Ermittlungsrichter also anerkennt, dass der Gesetzgeber die Funkzellenabfrage offenbar separat und als eigenständige Rechtsgrundlage geregelt hat, welche den Zugriff auf retrograde Standortdaten ermöglichen würde, legt er gleichwohl die übrigen Regelungen des § 100g Abs. 1 StPO und des § 12 Abs. 1 EGStPO als Verbot der Erhebung solcher Daten aus. Fragwürdig ist dies indessen schon deshalb, weil die StPO keine Verbote für die Erhebung von Daten enthält, sondern vielmehr die bereits durch die Grundrechte umfassend verbotene Erhebung unter bestimmten Umständen ermöglichen soll. Wenn der BGH-Ermittlungsrichter weiter ausführt, es sei gerade die Intention des Gesetzgebers gewesen, auch die Funkzellenabfrage an besondere Voraussetzungen zu knüpfen⁸⁵, erscheint dies eher als apodiktische Festlegung denn als argumentativ hergeleitete Schlussfolgerung.⁸⁶

Es stehen nämlich zwei gegensätzliche Interpretationsmöglichkeiten im Raum: Entweder hat der Gesetzgeber versäumt, die Einbettung des § 100g Abs. 3 StPO in das neue Regelungssystem des § 100g Abs. 1 StPO zu den Standortdaten klarzustellen, oder die Funkzellenabfrage sollte als eigenständige Maßnahme gerade nicht zwischen Standortdaten und sonstigen erhobenen Verkehrsdaten unterscheiden.

Die insgesamt eher kurze Gesetzesbegründung mit ihren etwas vagen Ausführungen zur „Bewusstseinsklärung“ bei Funkzellenabfragen lässt, wie auch die im Übrigen eher beiläufige Behandlung der Regelung als „Präzisierung“ den Schluss zu, dass der Gesetzgeber sich hier weniger gestalterisch tätig sah als vielmehr beabsichtigte, die bestehende Eingriffsnorm möglichst zukunftsicher in eine neue Regelung zu überführen.⁸⁷ Dafür spricht auch eine kurze Übersicht

über die wesentlichen Streitigkeiten um die Funkzellenabfrage in den Jahren zwischen 2008 und 2015.

In den Jahren vor der Neuregelung war die Funkzellenabfrage zu einem in der Praxis häufig verwendeten Ermittlungsinstrument avanciert.⁸⁸ Zu erheblicher Kritik kam es dabei regelmäßig aufgrund des Umfangs an Daten unbeteiligter Dritter, die miterhoben wurden.⁸⁹

Mehrere besonders großflächige Funkzellenabfragen in Dresden anlässlich des 66. Jubiläums der Bombardierung der Stadt, welche zur Aufklärung mutmaßlicher Landfriedensbrüche und Aufdeckung krimineller Vereinigungen beitragen sollten und in einer Erhebung mehr als 65.000 Anschlüsse, in einer weiteren Erhebung sogar mehr als 250.000 Anschlüsse erfasst hatten, führten zu gleich drei Gesetzesinitiativen zur Abschaffung bzw. Begrenzung des Instruments.⁹⁰ Die Entwürfe wurden nicht angenommen, sowohl der Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zur Neufassung der Voraussetzungen der Funkzellenabfrage⁹¹ als auch der Entwurf des Freistaates Sachsen zur Neuregelung der nichtindividualisierten Funkzellenabfrage⁹² haben aber offenbar in einigen Aspekten Eingang in die spätere Neuregelung gefunden. Im Rahmen der Debatte um den Vorgang kam es zu verschiedenen Stellungnahmen. Bereits der Sächsische Datenschutzbeauftragte forderte einen größeren Fokus auf die Abwägung der Rechtsgüter sowie möglichst eine Reduzierung der erhobenen Daten.⁹³ Die Landesdatenschutzkonferenz NRW for-

⁸⁸ Eine bundesweite Statistik zu Maßnahmen speziell nach § 100g Abs. 3 StPO existiert erst seit 2018. Für den vorherigen Zeitraum lassen sich nur aus länderspezifischen Angaben Rückschlüsse ziehen, etwa:

- Schleswig-Holstein: 2009 – 151 Anfragen, 2012 – 256 Anfragen, 2014 – 569 Anfragen (vgl. MMR-Aktuell 2013, 349963; Landtag Schleswig-Holstein, Drs. 18/2838).
- Berlin: 2014 in 305 Verfahren Abfragen (Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 17, 615); 2015 in 500 Verfahren (Vgl. Deutscher Anwalt Verein, Pressemitteilung PM 27/15).
- Nordrhein-Westfalen: 2013 mehr als 4.000 Abfragen (Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 16/6051); 2017 mehr als 7.000 (Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 16/14528).
- Niedersachsen, 2015 und 2016 ca. 20.000 Abfragen (Landtag Niedersachsen, Drs. 17, 7262).

Die hohen Zahlen für Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen beruhen mutmaßlich darauf, dass nicht Anordnungen, sondern betroffene Funkzellen und für jeden Betreiber separat gezählt wurden; siehe zur Bedeutung auch S. Hartmann, MMR-Aktuell 2013, 349963, Marberth-Kubicki, Computer und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 428; Singelnstein, JZ 2012, 601 (603).

⁸⁹ Vgl. wie vor, sowie BT-Drs. 17/7033; Puschke/Singelnstein, NJW 2008, 113; ders., NStZ 2012, 593 (602).

⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 17/7335, gerichtet auf die ersatzlose Streichung sowie BT-Drs. 17/7033 und BR-Drs. 532/11 zur Verschärfung der Voraussetzungen.

⁹¹ BT-Drs. 17/7033.

⁹² BR-Drs. 532/11.

⁹³ Im Original nicht mehr abrufbar, vgl. aber ZD-Aktuell 2019, 19.

⁸³ So explizit Bär (Fn. 8), § 100g Rn. 52.

⁸⁴ BGH NStZ 2018, 47 (48).

⁸⁵ Ibid., unter Berufung auf BT-Drs. 18/5088 S. 35/36, wo sich allerdings zu dieser Frage, soweit ersichtlich, nichts weiter findet.

⁸⁶ Zustimmung findet die Entscheidung bei Greier, JurisPP-StrafR 2/2018, Anm. 3, der sich allerdings weder mit einer möglichen Unterscheidung zwischen Abfragen nach Abs. 1 und Abs. 3 auseinandersetzt noch näher ausführt, warum die Entscheidung „dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes entspricht“ (S. 3).

⁸⁷ So auch M. Martini, in: v. Münch/König, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 10 Rn. 209 f.

derte eine Beschränkung des Anwendungsbereichs und eine stärkere Beachtung der Verhältnismäßigkeit.⁹⁴ In einer öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 8. Februar 2012 wurde eine Präzisierung und Einschränkung von mehreren Experten befürwortet, ohne dass, soweit ersichtlich, hierzu ein konkreter Vorschlag gemacht worden ist.⁹⁵

Ähnliche Kontroversen löste die Erhebung von 600.000 Datensätzen im sogenannten „Autotransporterfall“ (Schüsse auf Fahrzeuge) aus.⁹⁶ Über die Drittbetroffenheit und die hieraus folgenden Transparenzgebote wurde im Berliner Abgeordnetenhaus längere Zeit gestritten.⁹⁷ Der DAV lehnte Funkzellenabfragen im Jahr 2015 als „kleine Vorratsdatenspeicherung“ ab,⁹⁸ die Berliner taz legte eine Rechnung vor, derzufolge jeder deutsche Mobilfunkanschluss im Jahr 2014 durchschnittlich in mehr als neun Funkzellenabfragen erfasst worden sei.⁹⁹

Die vorstehend skizzierte Debatte stützt die Schlussfolgerung, dass die Neufassung zum Ziel hatte, den Umfang von Abfragen einzudämmen und insbesondere die Verhältnismäßigkeitsprüfung hervorzuheben. Dafür sprechen auch die Anleihen, welche die Neufassung bei den Entwürfen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und des Freistaates Sachsen aus dem Jahr 2011 macht.¹⁰⁰ Dabei bleibt die Neuregelung im Hinblick auf die Anlasstaten sogar hinter den Entwürfen zurück, die eine strikte Begrenzung auf den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO¹⁰¹ oder zumindest für sonstige erhebliche Straftaten eine Mindestfreiheitsstrafe von sechs Monaten¹⁰² vorsahen.

Insgesamt scheint es daher überzeugend, die Begründung des Gesetzgebers im Sinne einer „naiven“ grammatikalischen Auslegung beim Wort zu nehmen: Die Funkzellenabfrage ist keine Standortdatenerhebung im Gefüge des § 100g Abs. 1 StPO, sondern eine eigenständige Maßnahme zur Erhebung aller Verkehrsdaten aus einem räumlich und zeitlich umgrenzten Bereich. Dafür, dass der Gesetzgeber § 100g Abs. 3 StPO gerade ausdrücklich von den ansonsten geltenden Vo-

raussetzungen für die Erhebung von Standortdaten ausnehmen wollte, spricht darüber hinaus, dass § 100g Abs. 3 StPO zeitgleich mit den Einschränkungen zu Standortdaten überhaupt in das Gesetz aufgenommen worden ist. Hätte der Gesetzgeber von vornherein beabsichtigt, Funkzellenabfragen in das Regelungsgefüge des § 100g Abs. 1 StPO a.F. einzubetten, hätte es nahegelegen, die bisherige Regelungstechnik zu übernehmen und die Funkzellenabfrage weiterhin und ausdrücklich als Unterfall des § 100g Abs. 1 StPO zu behandeln.¹⁰³

Unklar bleibt, warum der Entwurf auch zu Funkzellenabfragen den Gesichtspunkt der Erstellung von Bewegungsprofilen hervorhebt. Wahrscheinlich erscheint, dass der Begriff schlicht deshalb auftaucht, weil es sich um einen fokalen Punkt der gesamten Debatte um die Verkehrsdaten handelt. Konkrete praktische Fälle, in denen gerade Funkzellendaten zur Erstellung eines Bewegungsprofils geführt haben sollen, sind aus den im vorangegangenen zitierten Quellen jedenfalls nicht ersichtlich.¹⁰⁴

Wie bereits angesprochen hat die Ermächtigungsgrundlage für die Funkzellenabfrage mit dem Gesetz vom 10. Dezember 2015¹⁰⁵ im Wesentlichen ihre heutige Form erhalten. Bekanntermaßen ist allerdings auch dieser Versuch des Gesetzgebers, eine Vorratsdatenspeicherung zu etablieren, fehlgeschlagen. Auf verwaltungsgerichtlichem Weg wurde die tatsächliche Umsetzung zunächst per einstweiliger Verfügung gestoppt.¹⁰⁶ Die in § 12 EGStPO vorgesehene Übergangsfrist lief aus, ohne dass Daten gem. § 113b TKG tatsächlich erhoben werden konnten. Weil das Gesetz vom 10. Dezember 2015 in § 100g Abs. 1 S. 1 und S. 3 StPO a.F. die Erhebungsbefugnis für bestimmte, namentlich die Standort-Daten, an eine bestimmte Datenquelle geknüpft hatte¹⁰⁷, führte das Auslaufen der Übergangsfrist dazu, dass keine Regelung zur Erhebung retrograder Standortdaten mehr bestand – jedenfalls nicht i.R.d. § 100g Abs. 1 StPO.

In der Praxis wurde dieses Problem bald durch eine analoge Anwendung des § 100g Abs. 2 StPO auch auf geschäftsmäßig gespeicherte Daten gelöst.¹⁰⁸ Kurz nachdem durch den EuGH auch die neuen Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung für unionsrechtswidrig erklärt worden waren¹⁰⁹, wurde eine erneute Neuregelung der Verkehrsdatener-

⁹⁴ Im Original nicht mehr abrufbar, vgl. aber MMR-Aktuell 2011, 321135.

⁹⁵ *Deutscher Bundestag*, Pressemeldung 2012, abrufbar unter https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2012/37274933_kw06_pa_recht-207316 (19.9.2024);

vgl. auch ZD-Aktuell 2012, 02772.

⁹⁶ Vgl. dazu NJW-Spezial 2013, 666.

⁹⁷ Vgl. den Gastbeitrag von C. Lauer, Tagesspiegel v. 12.9.2015, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/vielleicht-werden-sie-gerade-uberwacht-4429000.html> (19.9.2024).

⁹⁸ DAV, Pressemitteilung PM 27/15.

⁹⁹ *Peter*, taz v. 9.8.2015, abrufbar unter <https://taz.de/UeberwachungdurchFunkzellenabfrage/!5219090/> (19.9.2024).

¹⁰⁰ BT-Drs. 17/7033 sowie BR-Drs. 532/11. Sowohl in dem Verweis auf den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO wie auch in den Begründungsanforderungen spiegeln sich bereits in den Entwürfen verwendete Formulierungen wider.

¹⁰¹ Der Entwurf BT-Drs. 17/7033.

¹⁰² Der Entwurf 532/11.

¹⁰³ So auch *Kienle*, NZWiSt 2024, 261 (267).

¹⁰⁴ Vgl. Fn. 89 ff.

¹⁰⁵ Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten.

¹⁰⁶ Vgl. nur OVG Münster, Beschl. v. 22.6.2017 – 13 B 238/17.

¹⁰⁷ Obwohl dies, wie die späteren Änderungen zeigen, zur Erreichung des Zwecks eigentlich nicht erforderlich gewesen wäre.

¹⁰⁸ Zusammenfassend *Bär*, DRiZ 2019, 94, m.w.N.; vgl. auch LG Mannheim, Beschl. v. 18.1.2018 – 4 Qs 39/17; *Heinrichs/Weingast* (Fn. 6), § 100g Rn. 1a; Kritisch dazu *Wimmer*, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 842 ff.

¹⁰⁹ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 20.9.2022 – C-793/19, C-794/19.

fassung und -abfrage verabschiedet.¹¹⁰ Diese beruhte allerdings auf einem bereits im Jahr 2018 ausgearbeiteten Gesetzesentwurf zur Anpassung an das neue europäische Datenschutzrecht.¹¹¹

Diese Änderungen dienten nach der Begründung des Entwurfs neben der Erfassung nicht öffentlicher Telekommunikationsdienste¹¹² dazu, eine ausdrückliche Möglichkeit zu schaffen, „unter den besonders strengen Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO“ auf retrograde Standortdaten, die im geschäftlichen Betrieb gespeichert sind, zurückzugreifen.¹¹³ Zu diesem Punkt führt die Begründung weiter aus, dass nach der bisherigen Rechtslage die Erhebung aus geschäftlichen Gründen gespeicherter, retrograder Standortdaten nicht möglich war.¹¹⁴ Durch die Neuregelung soll der Zugriff hierauf wieder ermöglicht werden, wobei „die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers gewahrt [wird], der im Jahr 2015 Standortdaten insgesamt nur noch nach den strengen Anforderungen des § 100g Abs. 2 StPO erheben lassen wollte“.¹¹⁵ Am Ende folgt der etwas kryptische Satz, dass „mit Blick auf die weitere [sic!] Verfahrensvorschriften“ zu beachten sei, dass es sich um eine auf § 100g Abs. 1 StPO gestützte Erhebung handele.¹¹⁶

Ausführungen zur Funkzellenabfrage enthält der Entwurf nicht. Allerdings könnte man die „retrograden“ Ausführungen zur Intention der Neufassung im Jahr 2015 dahingehend verstehen, dass eben doch „insgesamt“ bei retrograden Standortdaten auch § 100g Abs. 2 StPO zur Anwendung kommen müsse. Dann allerdings stellt sich die Frage, warum dies nicht auch für die Funkzellenabfrage ausdrücklich klargestellt worden ist. Dass der Gesetzgeber in den Wirren der wiederholten Neuregelungen von einer Selbstverständlichkeit ausgegangen ist, scheint wenig plausibel. Auch die strafrechtliche Praxis kann ihm hierzu kaum Anhaltspunkt gegeben haben; die einschlägige Kommentarliteratur behandelt, von wenigen Ausnahmen abgesehen, die Frage bis heute nicht oder jedenfalls nicht eindeutig.¹¹⁷

Grundsätzlich scheint es aus methodischer Sicht problematisch, die knappen Ausführungen der Entwurfsbegründung aus dem Jahr 2018 als Auslegungshilfe für die grundlegende Neuordnung im Jahr 2015 zu behandeln. Bei den im Jahr 2018 entworfenen Änderungen handelt es sich um Korrekturen – man könnte auch von Notfallmaßnahmen sprechen –, die nach dem Scheitern des ursprünglichen Konzepts notwendig geworden waren. Dass dies einer klaren und systematisch stringenten Regelung nicht zuträglich ist, liegt auf der Hand. Die Ausführungen des Entwurfs lassen sich zwanglos als Korrektur einer fehlgeschlagenen Konstruktion innerhalb des § 100g Abs. 1 StPO deuten.¹¹⁸ Sie über die ausdrückliche Positionierung aus dem Entwurf 2015, Funkzellenabfragen seien eben keine Standorterhebungen¹¹⁹, zu stellen, überzeugt nicht. Auch wenn man diese Positionierung in der Sache für verfehlt hält,¹²⁰ muss sie bei der Ermittlung der Intention des Gesetzgebers in Ermangelung weiterer konkreter Stellungnahmen desselben zur Einordnung der Funkzellenabfrage erhebliches Gewicht beanspruchen.

Mit der Modernisierung des Telekommunikationsgesetzes hat § 100g StPO auch im Hinblick auf die Verweisungsvorschriften seine heutige Form erhalten, ohne dass hierbei eine Änderung in der Sache erfolgte.¹²¹ Abschließend kann damit auch konstatiert werden, dass der Gesetzgeber § 100g Abs. 3 StPO trotz mehrerer Gelegenheiten nicht dahingehend konkretisiert hat, dass (jedenfalls für auch retrograde Abfragen) stets eine Anlasstat aus dem Katalog des § 100g Abs. 2 StPO erforderlich ist.

Die Annahmen des BGH zur Intention des Gesetzgebers begegnen daher aus hiesiger Sicht erheblichen Zweifeln. Eine klare Positionierung des Gesetzgebers zur Einordnung des § 100g Abs. 3 StPO in das Regelungskonzept des § 100g Abs. 1 StPO fehlt, eine implizite Einordnung ergibt sich weder aus den Entscheidungen des BVerfG noch aus der öffentlichen Debatte oder nachfolgenden Gesetzesänderungen. Eine solch weitgehende Auslegung wird, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen sollen, auch von der Systematik des Gesetzes nicht gestützt.

2. Wortlaut und Systematik der Funkzellenabfrage de lege lata

Auch Wortlaut und Systematik der Funkzellenabfrage streiten in der heutigen Fassung des § 100g Abs. 3 StPO für eine eigenständige Eingriffsnorm.¹²² Dafür spricht nicht nur die

¹¹⁰ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 vom 20.11.2019.

¹¹¹ BT-Drs. 19/4671.

¹¹² Gemeint ist der, für die Praxis kaum relevante, digitale Behördenfunk.

¹¹³ BT-Drs. 19/4671, S. 46.

¹¹⁴ BT-Drs. 19/4671, S. 61 a.E.

¹¹⁵ BT-Drs. 19/4671, S. 61, *Hervorhebung* durch den Verf.

¹¹⁶ BT-Drs. 19/4671, S. 62. Aus dem Kontext scheint sich dieser Satz auf die Vorschriften für die Verwertung von Daten in anderen Verfahren zu beziehen, was damit in der Sache gemeint sein soll, bleibt dennoch unklar.

¹¹⁷ Vgl. Köhler (Fn. 33), § 100g Rn. 36; Bär (Fn. 8), § 100g Rn. 50–52; A. Hartmann (Fn. 2), StPO § 100g Rn. 16/17 allerdings weniger eindeutig in der 5. Aufl. 2022, § 100g Rn. 29/30; Heinrichs/Weingast (Fn. 6), § 100g Rn. 12; Greco/Wolter (Fn. 6), § 100g Rn. 57/58; Hauck (Fn. 10), StPO § 100g Rn. 52/53; unklar bei Eschelbach (Fn. 32),

§ 100g Rn. 37/39; a.A. allerdings ausdrücklich bei Rückert (Fn. 7), § 100g Rn. 86/87.

¹¹⁸ So auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 40 ff. (juris).

¹¹⁹ Vgl. BT-Drs. 18/5088.

¹²⁰ Dies deutet der BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 Str 171/23, Rn. 26, zumindest an, wenn er ausführt, die Wertung des Gesetzgebers sei „nicht näher begründet“.

¹²¹ Gesetz v. 23.6.2021, BGBl. I 2021, S. 1858, siehe auch die Begründung in BT-Drs 19/26108, S. 393.

¹²² So auch Kienle, NZWiSt 2024, 261 (267); A. Hartmann (Fn. 2), StPO § 100g Rn. 1; Greco/Wolter (Fn. 6), § 100g Rn. 1; Köhler (Fn. 33), § 100g Rn. 36; wohl auch Eschelbach

Regelung in einem gesonderten Absatz, sondern auch die Aufnahme der Legaldefinition in diesen Absatz und die Regelung eigener Anordnungsvoraussetzungen. Dabei findet sich keine Formulierung (etwa „darüber hinaus“ oder „insbesondere“), die nahelegen würde, dass es sich bei den in § 100g Abs. 3 StPO geregelten Voraussetzungen lediglich um eine Änderung oder Präzisierung der allgemeinen Regeln der Abs. 1 und 2 handelt.

Dagegen ließe sich allerdings anführen, dass die Formulierung in § 100g Abs. 3 S. 1 StPO, „Die Erhebung [...] ist nur zulässig [...]“, im Gegensatz zur ansonsten üblichen Formulierung „darf erhoben/abgehört etc. werden“ für die Regelung eines Sonderfalls und nicht für eine eigenständige Ermächtigung spricht. Von „zulässigen“ Erhebungen spricht das Gesetz auch in § 100g Abs. 1 S. 2, S. 3 und S. 4 StPO für die unterschiedlichen Varianten der Maßnahme nach Abs. 1.¹²³ Allein die vorstehenden Punkte ergeben daher keine eindeutige Einordnung. Ein genauerer Blick auf die konkreten Regelungen zu den Anordnungsvoraussetzungen spricht jedoch für eine eigenständige und insbesondere von § 100g Abs. 2 StPO getrennte Eingriffsermächtigung.

Besonderes Augenmerk ist im Lichte der Konstruktion, die der 2. Strafsenat für die Einbeziehung des § 100g Abs. 1 S. 3 StPO in den § 100g Abs. 3 StPO gewählt hat, auf die Verweisung des § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO zu richten. Diese lautet: „wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 erfüllt sind“. Die Verweisung ist also spezifisch und ihrem Wortlaut nach abschließend. Eine erweiternde Auslegung ist daher bereits vor dem Hintergrund der Wortlautgrenze problematisch.

Auch umgekehrt enthält der vom 2. Strafsenat mit in Bezug genommene § 100g Abs. 1 S. 3 StPO die Formulierung „Die Erhebung [...] ist nach diesem Absatz nur zulässig [...]“. Damit würden durch die Inbezugnahme „auf beiden Seiten“ ausdrückliche Beschränkungen ausgehebelt.¹²⁴

Systematisch ist weiter zu konstatieren, dass § 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 3 StPO eine strenge Subsidiariätsklausel enthält, welche der Subsidiaritätsklausel des § 100g Abs. 2 S. 1 StPO entspricht. Die Verhältnismäßigkeitsklausel des § 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StPO findet sich ebenfalls sowohl in § 100g Abs. 1 S. 1 StPO als auch in § 100g Abs. 2 S. 1 StPO. Diese Doppelung der Voraussetzungen wäre überflüssig, wenn man den gesamten § 100g StPO als einheitliche Regelung mit Abstufungen betrachten wollte. Insbesondere wäre nicht erklärbar, warum § 100g Abs. 3 StPO ein Mosaik aus den Anordnungsvoraussetzungen der Absätze 1 und 2 enthält, wenn über § 100g Abs. 1 S. 3 StPO ohnehin die gesamten Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO einbezogen wären.¹²⁵

Dagegen ließe sich noch anführen, dass die Möglichkeit rein anterograder Funkzellenabfragen besteht, und für diesen Fall auch nach der Konzeption des 2. Strafsenats eine Überschneidung zwischen § 100g Abs. 2 und Abs. 3 StPO nicht besteht.

Selbst dann ergibt sich jedoch ein weiterer Widerspruch mit § 100g Abs. 3 S. 2 StPO. Denn dieser erklärt für den Rückgriff auf anlasslos gespeicherte Verkehrsdaten ausdrücklich § 100g Abs. 2 StPO für anwendbar. Dies kann sich offensichtlich allein auf rückwirkende Abfragen beziehen, da es andernfalls keiner Speicherung bedarf. Diese Regelung würde nach der Konzeption des BGH damit vollständig leerlaufen.¹²⁶ Im Übrigen verweisen auch die Vorschriften zur Verwendung von erhobenen Daten in anderen Verfahren stets auf § 100g Abs. 2 StPO i.V.m. § 100g Abs. 3 S. 2 StPO, aber nicht auf § 100g Abs. 3 S. 1 StPO.¹²⁷

Schließlich soll noch einmal die Legaldefinition der Funkzellenabfrage in den Blick genommen werden: Funkzellenabfrage ist „Die Erhebung aller in einer Funkzelle angefallenen Verkehrsdaten“. Dem entspricht der auch vom 2. Strafsenat gesehene Umstand, dass bei einer ortsbasierten Abfrage, die sich auf einen vergangenen Zeitraum bezieht, naturgemäß retrograde Standortdaten erhoben werden.¹²⁸ Daraus hat der 2. Strafsenat, wie bereits oben (I. 3.) ausgeführt, geschlossen, dass die Funkzellenabfrage als Erhebung retrograder Standortdaten i.S.v. § 100g Abs. 1 S. 3 StPO zu behandeln ist.¹²⁹ Dieser Schluss erscheint aber nicht zwingend. Denn die Prämisse, dass die Erhebung „aller Verkehrsdaten“ § 100g Abs. 1 S. 3 StPO unterfällt, widerspricht dessen eindeutigem Wortlaut: „nach diesem Absatz“. Vor diesem Hintergrund eröffnet sich eine diametral entgegengesetzte Lesart der Legaldefinition: Während § 100g Abs. 1 StPO in den Sätzen 3 und 4 zwischen Standortdaten und sonstigen Verkehrsdaten, retrograd und anterograd unterscheidet, weist § 100g Abs. 3 S. 1 StPO diese Unterscheidung in der Legaldefinition ausdrücklich zurück.

Insgesamt sprechen daher die deutlich besseren Gründe für eine Einordnung des § 100g Abs. 3 StPO als eigenständige Eingriffsnorm, die gerade keine Unterscheidung zwischen verschiedenen Formen von Verkehrsdaten (außer ihrer Quelle nach) trifft und daher ohne besondere Voraussetzungen – de lege lata – auch retrograde Standortdaten umfasst.

Der 2. Strafsenat hat demgegenüber in seinem Beschluss die Systematik historisierend betrachtet und kommt vor diesem Hintergrund ohne nähere Auseinandersetzung mit den vorgenannten Punkten zu dem Schluss, diese sei „nicht eindeutig“.¹³⁰ Dies ist bereits methodisch verfehlt, denn damit wird die Wechselwirkung zwischen gesetzgeberischer Intention und tatsächlichem Wortlaut und Systematik einseitig zugunsten der (vermeintlichen) Intention aufgelöst. Die be-

(Fn. 32), § 100g Rn. 1; vgl. auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 23 (juris).

¹²³ Wobei allerdings umgekehrt § 100g Abs. 3 S. 2 StPO wiederum im Gegensatz zu § 100g Abs. 1 S. 4 StPO die Formulierung „darf“ verwendet.

¹²⁴ So i.E. auch Kienle, NZWiSt 2024, 261 (266).

¹²⁵ So auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 27 ff. (juris).

¹²⁶ So auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 25 (juris).

¹²⁷ Vgl. LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 45 ff. (juris).

¹²⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 16.

¹²⁹ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23.

¹³⁰ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 23.

reits unter 1. ausgeführten Zweifel an der Verlässlichkeit der dem Beschluss zugrunde liegenden Einschätzung der gesetzgeberischen Intention werden dadurch nicht beseitigt.

3. Teleologische Aspekte

Ungeachtet der vorgenannten Punkte mag es dennoch gute Argumente geben, die Funkzellenabfrage einschränkend auszulegen, insbesondere auch vor dem Hintergrund der zur Vorratsdatenspeicherung ergangenen Entscheidungen des BVerfG und des EuGH. Unbestreitbar muss gerade im Bereich der Telekommunikationsüberwachung einer verfassungs- und europarechtskonformen Auslegung erhebliches Gewicht zukommen. Zweifel bestehen hier aber hinsichtlich der Frage, ob ausgerechnet der Aspekt der Erstellung von Bewegungsprofilen für die Funkzellenabfrage der relevante Anknüpfungspunkt sein kann.

Der 2. Strafsenat nimmt, wie bereits Rückert¹³¹, ausdrücklich Bezug auf die Erstellung von Bewegungsprofilen.¹³² Angeknüpft wird dabei an die Begründung des Gesetzesentwurfs, welche diesen Punkt ebenfalls referiert hat.¹³³ Zumindest merkwürdig ist dies deshalb, weil eine Funkzellenabfrage gerade nicht anschluss-, sondern ortsbezogen ist. Eine Abfrage, die zum Gegenstand hat zu ermitteln, in welchen Funkzellen sich ein bestimmter Anschluss wann aufgehalten hat – das klassische Bewegungsprofil –, ist gerade keine Funkzellenabfrage.¹³⁴ Tatsächlich gibt es Fälle, in denen über Funkzellenabfragen eine Bewegung der Täter – genauer ihrer unbekannten Anschlüsse/Geräte – abgebildet werden soll. Z.B. könnte aufgrund von Zeugenangaben zum Fluchtweg der Täter eine Abfrage mehrerer Funkzellen entlang dieses Fluchtweges angestrebt werden, um nach Kreuztreffern zu suchen. Allerdings handelt es sich hier eigentlich nicht um die Erstellung eines Bewegungsprofils, sondern es ist umgekehrt ein Bewegungsprofil bereits bekannt (bzw. es besteht ein entsprechender Verdacht) und anhand dieses „Profils des unbekannten Täters“ sollen nun z.B. Identifizierungsansätze gewonnen werden.

Der qualitative Unterschied zwischen Abfragen gem. § 100g Abs. 1 und solchen gem. Abs. 3 StPO liegt insofern darin, dass eine Abfrage gem. Abs. 1 stets und zwangsläufig (sofern überhaupt Verbindungsdaten anfallen) ein (mehr oder weniger lückenhaftes) Bewegungsprofil erzeugt, während eine Abfrage gem. Abs. 3 ein bestehendes (Verdachts-)Bewegungsprofil belegen, aber nicht gezielt erzeugen kann.¹³⁵

¹³¹ Rückert (Fn. 7), § 100g Rn. 86/87.

¹³² BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 26, zumindest „partielle“ Bewegungsprofile.

¹³³ BT-Drucks. 18/5088, S. 24.

¹³⁴ Vgl. auch Bär (Fn. 8), § 100g Rn. 47; Rosengarten/Angerer, Kriminalistik 2024, 494.

¹³⁵ So auch Rosengarten/Angerer, Kriminalistik 2024, 494; i.E. auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 56 (juris). In diese Richtung Graulich, in: Lisen/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Rn. 821; Ruppert, in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg, Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 26 Rn. 42.

Entgegen der von Rückert¹³⁶ vertretenen Ansicht sind Bewegungsprofile durch Funkzellenabfragen nicht lediglich „technisch schwieriger zu bewerkstelligen“¹³⁷, sondern können nur durch Abfrage *aller potentiellen Aufenthaltsorte* der Betroffenen entstehen. Ein solches Ergebnis mag für unbeteiligte Dritte zufällig eintreten, wie es ohne offensichtlichen Rechtsmissbrauch von den Ermittlungsbehörden – erst recht für eine „Vielzahl von Unbeteiligten“¹³⁸ – forciert werden sollte, erschließt sich nicht.¹³⁹ Erstaunlich ist, dass Rückert ein entsprechendes Argument bei der Eingriffsintensität des IMSI-Catchers anführt, wo doch sowohl Ansatzpunkt der Maßnahme (vermuteter Aufenthalt des Beschuldigten) als auch die technische Umsetzung (es wird eine Funkzelle erzeugt) der Funkzellenabfrage durchaus ähneln.¹⁴⁰

Dabei geht es nicht um die rein semantische Frage, wie ein „Bewegungsprofil“ richtig zu definieren ist. Hinter dem Begriff steht die vom BVerfG artikulierte besondere Eingriffstiefe einer Erhebung der Verkehrsdaten bei umfassender und automatisierter Auswertung.¹⁴¹ Bereits in seiner Grundlagenentscheidung zu den Verkehrsdaten legt das BVerfG besonderes Augenmerk auf die Schlüsse, die sich aus der Gesamtheit der Verbindungsdaten ziehen lassen.¹⁴² Im Rahmen seiner Ausführungen zur Gestaltung der Vorratsdatenspeicherung de lege ferenda knüpft das BVerfG die Einführung eines Katalogs besonders schwerer Straftaten, wie er in § 100g Abs. 2 StPO umgesetzt wurde, explizit an die „Unausweichlichkeit, Vollständigkeit und damit gesteigerte Aussagekraft“¹⁴³ der Vorratsdatenspeicherung. Ähnlich stützt auch der EuGH in seinen Entscheidungen zur Vorratsdatenspeicherung die besondere Eingriffstiefe auf die umfassende Erfassung von Daten und das sich daraus ergebende Gesamtbild.¹⁴⁴ Bemerkenswert ist hier, dass der EuGH explizit die

¹³⁶ Rückert (Fn. 7), § 100g Rn. 87; auch in seiner Habilitationsschrift Rückert, Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren, 2023, S. 340 f.

¹³⁷ Rückert (Fn. 7), § 100g Rn. 87.

¹³⁸ So die Befürchtung Rückerts (Fn. 7), § 100g Rn. 87.

¹³⁹ Wenn Rückert, (Fn. 7), § 100g Rn. 87, hier als Beispiel das „mehrfache Abfragen der Daten verschiedener, örtlich zusammenhängender Funkzellen für länger zurückliegende Zeiträume (z.B. in einem bestimmten Stadtviertel)“ anbietet, trägt das zur Erhellung wenig bei. Wie soll entschieden werden, welche „verschiede[n], örtlich zusammenhängende[n]“ Funkzellen abgefragt werden müssen, um die Bewegungen einer oder mehrerer Personen zu erfassen?

¹⁴⁰ Vgl. Rückert (Fn. 136), S. 344.

¹⁴¹ BVerfG NJW 2010, 833 (838 Rn. 211), in dieselbe Richtung (839 Rn. 218).

¹⁴² BVerfG NJW 2003, 1787 (1790 a.E.).

¹⁴³ BVerfG NJW 2010, 833 (841 Rn. 227 f.).

¹⁴⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C 793/19, C 794/19, Rn. 78, 87. Zwar führt der EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C 793/19, C 794/19, Rn. 88/89, aus, dass auch die begrenzte oder kurze Speicherung von Verkehrsdaten geeignet ist, „sehr genaue Informationen“ zu liefern, dies dürfte sich aber im Kontext auf Zeiträume von Tagen oder Wochen beziehen, vgl. EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C 793/19, C 794/19, Rn. 90.

Möglichkeit eröffnet hat, eine gezielte Vorratsdatenspeicherung nach einem geographischen Kriterium zu regeln.¹⁴⁵

Funkzellenabfragen sind demgegenüber ihrer Konzeption nach punktuell.¹⁴⁶ Hierin liegt auch ihr Wert für die Ermittlungen, denn es soll in der Regel ein ganz bestimmter Vorgang einer Person zugeordnet werden.¹⁴⁷ Zwar können auch aus einer punktuellen Abfrage grundsätzlich Schlüsse gezogen werden, die in die Privat- oder sogar Intimsphäre der Betroffenen hereinreichen. Die besondere Aussagekraft einer umfassenden oder gar vollständigen Erfassung wird dadurch aber nicht erzeugt.¹⁴⁸ Im Gegensatz zu einer ggf. mehrere Monate andauernden anschlussbezogenen Erhebung gem. § 100g Abs. 1 StPO generiert die Funkzellenabfrage zu einzelnen Betroffenen nur Datenpunkte ohne innere Verknüpfung.¹⁴⁹ Zwar greift auch die Erhebung nur verknüpfbarer Daten in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ein,¹⁵⁰ die Bildung eines Profils erfordert aber zusätzliche Schritte auf der Ebene der Datenverarbeitung.

Für die Ebene der Datenerhebung treten daher andere grundrechtlich relevante Aspekte, namentlich die hohe Anzahl von Betroffenen und das Interesse an einer unbefangenen Kommunikation, ohne das dauerhafte Risiko, in den Fokus von Ermittlungen zu geraten, in den Vordergrund.¹⁵¹ Gerade diese Umstände waren es auch, die vor 2015 die Debatte um die Funkzellenabfragen dominierten¹⁵² und wei-

terhin regelmäßig Erwähnung finden.¹⁵³ Eine Verschärfung des Maßnahmenkatalogs führt natürlich dazu, dass auch diese Bedenken durch die rein faktische Verringerung von Abfragen jedenfalls gemindert werden. Doch allein die Anlasstat selbst begrenzt die Streubreite der Maßnahme für sich gesehen nicht. Dies zeigen eindrucksvoll die Maßnahmen in Dresden im Jahr 2011: Anlasstaten waren hier der besonders schwere Landfriedensbruch gem. § 125a StGB sowie die Bildung krimineller Vereinigungen gem. § 129 Abs. 1 StGB. Bei beiden Taten handelt es sich um Katalogtaten gem. § 100g Abs. 2 StPO.¹⁵⁴

Gleichzeitig würde die Anwendung des Katalogs des § 100g Abs. 2 StPO die abstrakte Schwere der durch retrograde Funkzellenabfragen verursachten Grundrechtseingriffe deutlich oberhalb selbst der inhaltlichen Telekommunikationsüberwachung und in der Nähe der Online-Durchsuchung gem. § 100b StPO angesiedelt. Dies scheint jedenfalls prima facie überzogen. Wie genau die Schwere des durch eine Funkzellenabfrage verursachten Eingriffs zu bewerten ist, würde einer eigenständigen Untersuchung bedürfen. An dieser Stelle sollen daher nur einige Ansätze skizziert werden.

Rechtstechnisch wird sich eine konkrete Bestimmung der Eingriffstiefe schwer anders als in der Verhältnismäßigkeitsprüfung verorten lassen.¹⁵⁵ Dabei stellt sich das Problem, dass Entscheidungen unter Zeitdruck und in einem sehr frühen Stadium der Ermittlungen bei entsprechend knapper Tatsachengrundlage zu treffen sind.¹⁵⁶ Die derzeitigen gesetzlichen Formulierungen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit sind wenig konkret und stellen praktisch wohl kaum mehr als eine Ermahnung dar.¹⁵⁷ Inhaltlich fundierte Abwägungen auf Grundlage der vorliegenden Erkenntnisse zum voraussichtlichen Umfang der Erhebung der Daten Dritter sind gleichwohl möglich.¹⁵⁸

Zentral für das Gewicht des Grundrechtseingriffs dürfte auch die Frage sein, wann das Vertrauen der Bürger in eine unbefangene Kommunikation tatsächlich Schaden nimmt. Die um die Vorratsdatenspeicherung entbrannte Debatte hat hier möglicherweise durchaus interessante Ansatzpunkte „verschüttet“. So stellte *Danckwerts* 2002 einen Bezug zur DNA-Reihenuntersuchung her.¹⁵⁹ Auch Bezüge zur Raster-

¹⁴⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.4.2022 – C 140/20, Rn. 76, 79, bestätigt in EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C 793/19, C 794/19, Rn. 105, 108.

¹⁴⁶ So auch aus der Praxis LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 56 (juris).

¹⁴⁷ Funkzellenabfragen sollten daher bereits aus dem Aufklärungsinteresse selbst heraus möglichst eng begrenzt werden. Mehr Daten bedeutet hier nicht zwangsläufig mehr Ermittlungserfolg, da die Gefahr falscher positiver Treffer steigt und die Ressourcen zur Auswertung begrenzt sind. Zum technischen Aufwand vgl. auch *Bär* (Fn. 8), § 100g Rn. 53.

¹⁴⁸ Schließlich können auch andere Maßnahmen, wie Observationen oder sogar Durchsuchungen zu Erkenntnissen führen, die tief in die Privatsphäre hineinreichen.

¹⁴⁹ So auch *Kienle*, NZWiSt 2024, 261 (267). Demgegenüber stellt *Rückert* (Fn. 136), S. 340 f., die Funkzellenabfrage umfassend der Erhebung nach § 100g Abs. 1 StPO gleich, ohne auf die verschiedenen Ansatzpunkte der Maßnahmen einzugehen.

¹⁵⁰ Vgl. *Rückert* (Fn. 136), S. 246, unter Verweis auf BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 = NJW 1984, 419.

¹⁵¹ So bereits *Wohlers/Demko*, StV 2003, 241 (247); BVerfG NJW 2003, 1787 (1793 unter cc); BVerfG NJW 2010, 833 (838 a.E.); ähnlich der EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12 = NJW 2014, 2169 (2172 Rn. 58); vgl. auch *Bär*, NZWiSt 2017, 84 (85).

¹⁵² Siehe oben Fn. 46 ff., 89 ff.; vgl. auch die dementsprechende Positionierung des Gesetzgebers in BT-Drs. 18/5088, S. 32 f.

¹⁵³ Vgl. neben der Kommentarliteratur (Fn. 117) *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 10. Aufl. 2017, Rn. 2478.

¹⁵⁴ § 100g Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b und c StPO, wobei hinsichtlich der Bildung krimineller Vereinigungen noch die Voraussetzungen des § 129 Abs. 5 S. 3 StGB zu prüfen wären.

¹⁵⁵ So bereits *Ruhmannseder*, JA 1/2007, 47 (51); *Singelstein*, JZ 2012, 601 (603 letzter Absatz); in dieselbe Richtung *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100g Rn. 53.

¹⁵⁶ So auch *Eschelbach* (Fn. 32), § 100g Rn. 40.

¹⁵⁷ Vgl. Fn. 14, 15.

¹⁵⁸ Als ein Beispiel einer solchen Abwägung ließe sich nennen LG Dortmund, Beschl. v. 23.2.2016 – 36 Qs 25/15 = BeckRS 2016, 117114.

¹⁵⁹ *Danckwerts*, CR 2002, 539, 542.

fahndung wurden verschiedentlich gesehen.¹⁶⁰ Zwischen diesen Maßnahmen und der Funkzellenabfrage bestehen tatsächlich wichtige Gemeinsamkeiten: Auch die Funkzellenabfrage ist regelmäßig darauf gerichtet, ein bestimmtes persönliches Merkmal (die Anwesenheit an einem bestimmten Ort) einer großen Zahl von Personen zu erfassen, um sodann einen Abgleich mit bestimmten „Tätermerkmalen“ vorzunehmen. Dabei können die Tätermerkmale bereits eindeutig sein, etwa wenn bereits ein Tatverdächtiger und sein Anschluss bekannt sind und die Anwesenheit am Tatort nachgewiesen werden soll. Sie können aber auch diffus sein, etwa wenn zu unbekannten Tätern nur ein Fluchtweg mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann. Jedenfalls tritt zur Datenerhebung regelmäßig ein zweiter Schritt der Datenverarbeitung hinzu. Die Schwere des Eingriffs wird sich dabei für die Drittbeteiligten auch danach bestimmen, ob die erhobenen Daten dabei mit weiteren Informationen, etwa aus Bestandsdaten und Melderegisteranfragen, kombiniert werden.¹⁶¹

Maßgebliche Bedeutung sollte daher nicht nur der Frage zukommen, wie stark die Abfrage zeitlich und örtlich begrenzt ist und damit wie groß die Zahl der mutmaßlich miterfassten Unbeteiligten sein wird. Hinzutreten sollte insbesondere die Überlegung, ob und ggf. auf Grundlage welcher Kriterien aus den Daten verdächtige Anschlüsse gefiltert werden sollen und welche zusätzliche Verarbeitung der Daten unbeteiligter Dritter dabei zu erwarten ist. Dies setzt voraus, dass die Ermittlungsbehörden bereits bei Antragstellung konkret darstellen, wie sie beabsichtigen, die Daten weiterzuverarbeiten, um Ermittlungsansätze zu erzeugen.

Es scheint plausibel, die Eingriffsintensität einer Maßnahme dann niedriger zu bewerten, wenn die Daten Dritter nicht mit weiteren Informationen angereichert werden. So wäre die Erhebung mehrerer Funkzellen zur Suche nach Kreuztreffern als weniger schwerwiegend zu betrachten, weil zwar eine größere Zahl Dritter von der Maßnahme betroffen ist, die Daten der Dritten aber lediglich in Rohform verglichen werden und dabei der allergrößte Teil wieder ausscheidet, ohne in den Fokus von Ermittlungen zu geraten. Soll dagegen aus einer einzigen Funkzelle durch Zusammentragen von weiteren Informationen ein Täterprofil ausgeschieden werden – etwa durch weitere Überprüfung der Anschlussinhaber, ihrer Wohnorte oder gar ihres Aussehens – scheint diese Maßnahme eher schwerer zu wiegen, auch wenn die absolute Zahl Drittbetroffener gering bliebe.¹⁶²

Transparenzsysteme, wie das zuletzt pilotierte Berliner Modell,¹⁶³ könnten dabei dazu beitragen, das Vertrauen der Bürger zu stärken, wenn entsprechend der obigen Überlegungen auch mitgeteilt wird, ob zusätzlich zu der Rufnummer weitere personenbezogene Daten eingeholt wurden.¹⁶⁴ Die retrograde Erfassung eines Aufenthaltsorts dürfte für den Einzelnen gerade dann Bedeutung erlangen, wenn diese Information mit anderen Informationen zusammengefasst wird, um weitere Aussagen über die Person zu ermöglichen.

IV. Fazit

Betrachtet man die eingangs genannten Zahlen zur Funkzellenabfrage – knapp 14.000 Abfragen im Jahr 2022 – und setzt man diese zu den etwa 72.000 Standorten ins Verhältnis, wird klar, dass ein großer Teil der Bundesbürger von Funkzellenabfragen tatsächlich betroffen ist.¹⁶⁵ Anders als bei der anschlussbezogenen Abfrage werden die allermeisten dieser Personen niemals namentlich in einer Strafsakte auftauchen. Das kann für den Einzelnen beruhigend sein, kann aber gleichzeitig bedeuten, dass nicht alle Betroffenen die Gelegenheit erhalten, die Maßnahme zu hinterfragen.¹⁶⁶

Insofern ist es durchaus zu begrüßen, wenn sich die obergerichtliche Rechtsprechung vertieft mit dem Institut der Funkzellenabfrage beschäftigt. Der Beschluss des 2. *Strafsenats* vom 10. Januar 2024 hat dabei allerdings das Ziel verfehlt, die Interessen der Betroffenen und diejenigen der Strafverfolgung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Systematisch ist die Konstruktion des 2. *Strafsenats* wenig überzeugend, die historischen Überlegungen beruhen auf einer sehr spezifischen Interpretation der Gesetzgebungsgeschichte, die alternative Lesarten nicht ausreichend zu berücksichtigen scheint. Es kann nur spekuliert werden, ob der 2. *Strafsenat* sich vor dem Hintergrund einer verfassungs- und europarechtskonformen Auslegung dazu veranlasst sah, den Gesetzgeber möglichst „streng“ zu verstehen. Ganz konkrete Hinweise auf schwelende Probleme mit der Funkzellenabfrage lassen sich den Urteilen zur Vorratsdatenspeicherung nicht entnehmen.

Die erhebliche Einschränkung der Funkzellenabfrage durch die Entscheidung wird wohl dazu führen, dass sich bei den Ermittlungsbehörden Widerstand gegen diese Auslegung formiert.¹⁶⁷ Es dürfte nur eine Frage der Zeit sein, bis der Instanzenweg wegen einer Funkzellenabfrage erneut beschrit-

¹⁶⁰ Vgl. etwa *Ruhmannseder*, JA 2007, 47 (51); *Kurz*, DRiZ 2012, 153 (154).

¹⁶¹ In diese Richtung auch *Rückert* (Fn. 136), S. 246, der die Eingriffstiefe jedenfalls herabgesetzt sieht, wenn Daten erst durch weitere Abfragen einer Person zugeordnet werden können.

¹⁶² Insofern erlangt, auf der Ebene der Datenverarbeitung, das Persönlichkeitsprofil wieder Bedeutung; vgl. dazu auch *Rückert* (Fn. 136), S. 250 ff.

¹⁶³ Vgl. dazu *Buermayer*, DRiZ 2019, 10. Im Rahmen des Projekts konnten Mobilfunknummern über ein Internetportal registriert werden, um per SMS über die Erfassung dieser Rufnummer in Funkzellenabfragen informiert zu werden. Das Pilotprojekt wurde allerdings nicht in den Regelbetrieb übernommen und ist zwischenzeitlich eingestellt.

¹⁶⁴ Zur Bedeutung der Heimlichkeit ausführlich *Rückert* (Fn. 136), S. 277 ff.

¹⁶⁵ Zu den Zahlen vgl. Fn. 1 und 4.

¹⁶⁶ Zur daraus folgenden Bedeutung der Datenschutzbeauftragten *Kurz*, DuD 2012, 258.

¹⁶⁷ Offenbar nicht ohne Erfolgsaussichten, wie der jüngst veröffentlichte Beschluss des LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24 (juris), zeigt.

ten wird. Ob und wie sich die anderen *Senate* des BGH positionieren werden, bleibt abzuwarten.

Es wäre zu begrüßen, wenn sich die Debatte dabei nicht allein auf die Frage beschränkt, ob eine Anlasstat aus dem Katalog des § 100g Abs. 2 StPO Voraussetzung einer Abfrage ist, sondern auch die Konturen der Verhältnismäßigkeit weiter ausgearbeitet werden. Das allgemeine Bewusstsein für die Bedeutung der Daten, die jeder Einzelne bei der Nutzung digitaler Medien erzeugt, hat sich in den letzten Jahren weiter geschärft, insbesondere auch in Bezug auf die automatische Verarbeitung solcher Daten. Für die Funkzellenabfrage als „Massenabfrage“ wird die automatisierte Verarbeitung, möglicherweise mittels als „künstliche Intelligenz“ beschreibbaren Modellen, mutmaßlich weiter an Bedeutung gewinnen. Es erscheint daher sinnvoll, die Frage der Datenverarbeitung bereits jetzt in den Blick zu nehmen.

Zum Geleit: Die (Straf-)Rechtswissenschaft ist ein stetig wachsendes Feld. Zum einen werden in einer immer komplexer werdenden Welt etwa durch gesetzgeberische und technische Entwicklungen stetig neue Forschungsgegenstände erschlossen, die auch strafrechtlicher Betrachtung bedürfen. Damit geht zum anderen aber auch einher, dass die Zahl der Personen, die sich diesen Fragestellungen widmen, beständig ansteigt.

Aus dieser Entwicklung ergibt sich ein Dilemma: Zwar entsteht einerseits eine Vielzahl wichtiger Untersuchungen – gedacht ist dabei insbesondere an Dissertationen und Habilitationsschriften –, die die strafrechtswissenschaftliche Forschung entscheidend voranbringen können. Andererseits werden viele solcher Arbeiten leider nicht im gebührenden Maße wahrgenommen, weil sie in der großen Menge der Publikationen untergehen und kaum noch jemand über die zeitlichen Ressourcen verfügt, Monographien aus bloßem Interesse heraus zu lesen.

Die Rubrik „Neues aus der Strafrechtswissenschaft“ will einen Beitrag dazu leisten, dieser Entwicklung gegenzusteuern. Sie bietet jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus der ganzen Welt die Möglichkeit, die zentralen Thesen ihrer Qualifikationsschrift in einem kompakten Aufsatz der internationalen Fachöffentlichkeit in deutscher, englischer oder spanischer Sprache vorzustellen. Auf diese Art und Weise haben interessierte Leserinnen und Leser die Möglichkeit, sich in zeiteffizienter Weise über den Inhalt und die Kernthesen des jeweiligen Buches zu informieren und auf dieser Grundlage entscheiden zu können, ob sie sich näher mit dem Werk beschäftigen mögen. So wird die Sichtbarkeit von herausragenden Arbeiten erhöht und der – insbesondere auch internationale – wissenschaftliche Austausch gefördert.

Herausgeber und Redaktion der ZfIStw

I. Einleitung

Spätestens seit dem medial besonders beachteten „Berliner Raserfall“¹, bei dem einer der Fahrzeugführer innerorts eine Geschwindigkeit von bis zu 170 km/h erreichte und es daraufhin zu einer Kollision mit einem vorschriftsmäßig fahrenden Fahrzeug kam, dessen Fahrer noch am Unfallort verstarb, ist der rechtliche Umgang mit den sog. „Rasern“ vermehrt zum Gegenstand gesellschaftspolitischer Diskussionen geworden.

Mit dem sechshundfünfzigsten Strafrechtsänderungsgesetz – Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr vom 30. September 2017² wurde sodann auch

der Gesetzgeber tätig und normierte fortan die Veranstaltung von und die Teilnahme an verbotenen Kraftfahrzeugrennen im StGB.

Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz wurde jedoch nicht nur der Straftatbestand des verbotenen Kraftfahrzeugrennens (§ 315d StGB) eingeführt. Vielmehr ging mit diesem Gesetz die Einbindung einer weiteren Vorschrift einher: Aufgrund von § 315f StGB ist es nunmehr möglich, die zu der Verwirklichung des § 315d StGB genutzten Kraftfahrzeuge einzuziehen. Dabei versprach man sich, dass gerade die Einziehung des Fahrzeugs ein besonders wirksames (Sanktions-)Mittel sei, um auf die Täter einzuwirken.³ In den Stellungnahmen zu dem Gesetzesvorhaben sowie in den übrigen Teilen der an die Gesetzesverabschiedung veröffentlichten Literatur wurde die auf diesem Wege geschaffene Einziehungsmöglichkeit überwiegend begrüßt.⁴ Die damit unweigerlich einhergehende Diskussion gab zugleich den Anlass, sich im Rahmen eines Dissertationsprojektes allgemein mit der strafrechtlichen Einziehung eines Kraftfahrzeuges infolge dessen rechtswidrigen Gebrauchs auseinanderzusetzen.

Im Folgenden sollen sechs ausgewählte Thesen dieser Dissertation vorgestellt und in der gebotenen Kürze begründet werden.

II. Sechs Thesen zur strafrechtlichen Einziehung eines Kraftfahrzeugs infolge dessen rechtswidrigen Gebrauchs

1. Für die Frage, ob ein Kraftfahrzeug ein einziehbares Tatmittel i.S.d. § 74 Abs. 1 Alt. 2 StGB darstellt, ist zwischen dem Haupt- und Nebenzweck der konkreten Fahrt zu differenzieren.

Die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten wird in den §§ 74 ff. StGB geregelt. Bedeutsam für die strafrechtliche Einziehung von Kraftfahrzeugen infolge deren rechtswidrigen Gebrauchs ist insbesondere der Begriff des Tatmittels nach § 74 Abs. 1 Alt. 2 StGB. Tatmittel sind Gegenstände, die zu der Begehung oder Vorbereitung einer vorsätzlichen Tat gebraucht worden oder bestimmt gewesen

³ BT-Drs. 18/10145, S. 8, 11; siehe zudem BR-Plenarprotokoll 948, S. 352 (Kutschaty); BT-Plenarprotokoll 18/243, S. 24903 (Lühmann), S. 24905 (Dobrindt), S. 24907 (Fechner), S. 24908 (Steineke).

⁴ *Ceffinato*, ZRP 2016, 201 (202); *Fuchs*, Stellungnahme für den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, 2017, S. 2; *Jansen*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, 2017, S. 4, 6; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 16/2016 Anm. 1 (IV.); *Piper*, NZV 2017, 70 (74); *Schuster*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 2017, S. 7; *Zehetgruber*, NJ 2018, 360 (367); zweifelnd hingegen Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zu BT-Drs. 18/10145, 2017, S. 9.

* Die Dissertation mit demselben Titel ist im Jahr 2024 im Verlag Duncker & Humblot erschienen.

** Der Autor ist Assessor und hat im August 2024 sein zweites Staatsexamen abgeschlossen.

¹ LG Berlin NSTZ 2017, 471 ff.

² BGBl. I 2017, S. 3532.

sind. Mindestvoraussetzung ist, dass diese Gegenstände gezielt zu einer Förderung der Tat beigetragen haben oder zu ihrer Förderung nach dem Täterwillen beitragen sollten.⁵ Der BGH setzt dafür unter anderem eine während der Tatausführung oder deren Vorbereitung bestehende Zugriffsmöglichkeit auf den Gegenstand voraus.⁶ Erfasst werden daher insbesondere Tatwaffen und Tatwerkzeuge.⁷

Bislang fehlt es allerdings an konkreten Vorgaben, die zu erkennen geben, unter welchen genauen Voraussetzungen ein Kraftfahrzeug ein einziehungsfähiges Tatmittel im Sinne der genannten Norm darstellt. So heißt es unter anderem, es sei „zweifelhaft“⁸ bzw. „problematisch“⁹, unter welchen Voraussetzungen Kraftfahrzeuge eingezogen werden können. Ebenso wird vorgetragen, es fehle an einem „konturenscharfen Maßstab für oder gegen die Einziehbarkeit eines Gegenstandes“¹⁰. Dass es dringend einer Klarstellung bedarf, wird zudem deutlich, wenn es heißt, dass sich diesbezüglich „in der Praxis nicht unerhebliche Abgrenzungsprobleme“¹¹ ergeben. Auch in der Rechtsprechung wird vorgetragen, dass für die Einziehung eines Fahrzeugs eine „besondere eigenartige unmittelbare Beziehung des Fahrzeuges zu dem Vergehen“¹² bestehen müsse bzw. dass der Begriff des Tatwerkzeugs „schillernd“¹³ sei.

Der BGH führt in seiner Rechtsprechung zu der genannten Problematik mitunter an, dass es für die Einziehung nicht ausreiche, wenn es sich um eine bloß gelegentliche Benutzung des Gegenstands handele.¹⁴ Vielmehr sei erforderlich, dass der Gebrauch des Fahrzeugs die Verwirklichung des deliktischen Vorhabens gezielt fördere bzw. nach der Tätervorstellung fördern solle.¹⁵ Ebenso stellte der BGH bereits fest, dass Tatmittel nur solche Gegenstände seien, die dem Täter zur Verwirklichung seines deliktischen Planes dienen sollen.¹⁶ Zugleich wurde in diesem Urteil betont, es sei eine

Absicht des Täters erforderlich, durch das Tatmittel einen Straftatbestand zu verwirklichen, welcher über den bloßen Gebrauch des Gegenstandes hinausgehe.

Im Ergebnis und unter Berücksichtigung weiterer Stimmen in der Literatur führt dies dazu, dass für die Einziehbarkeit nicht bloß ein Gebrauch, sondern vielmehr ein *Missbrauch* des Fahrzeugs vorliegen muss.¹⁷ Ein solcher Missbrauch kann jedenfalls noch nicht angenommen werden, wenn der Täter das Fahrzeug gebraucht, um einen Ort aufzusuchen, an welchem er primär erlaubte Zwecke verfolgt, es zugleich aber auch für möglich hält, dort eine bereits in seine Vorstellungen aufgenommene strafbare Handlung zu begehen. Es darf nämlich keinen Unterschied machen, ob sich am Zielort der Fahrt zwar eine Person bzw. ein Objekt befindet, an der/dem der Tatbeteiligte eine strafbare Handlung verwirklichen möchte, er aber gleichwohl zu diesem Ort fahren und das Fahrzeug dementsprechend gebrauchen würde, wenn sich die Person bzw. das Objekt dort nicht befände. Ein Missbrauch ist erst dann anzunehmen, wenn das Fahrzeug ohne die Verfolgung des strafrechtlich relevanten Zwecks nicht gebraucht worden wäre, die konkrete Fahrt also nicht stattgefunden hätte.¹⁸ Die Straftat muss dementsprechend *Conditio sine qua non* für die durchgeführte Fahrt sein. Insofern muss nicht nur die Handlung kausal für den Erfolg, sondern der angestrebte Erfolg ebenso kausal für die Handlung sein, als dass sich der Einsatz des Fahrzeugs als von der verfolgten Tatbestandsverwirklichung abhängig erweist. Nur durch eine solche Sichtweise lässt sich die missbräuchliche Nutzung des Fahrzeugs von einem allgemeinen Gebrauch abgrenzen.

Dies führt dazu, dass im Ergebnis eine Unterscheidung zwischen dem Haupt- und Nebenzweck der jeweiligen Fahrt notwendig ist. Nur wenn der Hauptzweck der Fahrt in einer Straftatbegehung liegt, stellt das Fahrzeug ein grundsätzlich einziehungsfähiges Tatmittel dar. Ist die Straftatbegehung hingegen bloß als ein Nebenzweck anzusehen, darf die Einziehung nicht erfolgen. Ob die Straftatbegehung den Haupt- oder Nebenzweck darstellt, lässt sich anhand der erwähnten Kausalität der Straftatbegehung für die konkrete Fahrt ermitteln. Wäre die Fahrt nicht durchgeführt worden, wenn die Straftatbegehung hinweggedacht werden würde, stellt die Begehung der Straftat zugleich den Hauptzweck der Fahrt

⁵ BGH NStZ-RR 2002, 332 (333); BGH, Beschl. v. 23.10.2019 – 4 StR 538/18, Rn. 10; Heuchemer, in: Kudlich/ v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2024, § 74 Rn. 13.

⁶ BGH, Beschl. v. 1.10.2019 – 3 StR 382/19, Rn. 4 (juris).

⁷ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 74 Rn. 5; Kastner, in: Möllers (Hrsg.), Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl. 2018, Tatmittel.

⁸ Joecks/Meißner, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 74 Rn. 12.

⁹ Meißner/Schütrumpf, Vermögensabschöpfung, 2. Aufl. 2022, Kap. 2 Rn. 40.

¹⁰ Golla/Wolters, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, § 74 Rn. 14.

¹¹ Lindemann/Bauerkamp, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2022, § 74 Rn. 6.

¹² OLG Frankfurt a.M. NJW 1954, 652.

¹³ OLG Düsseldorf NJW 1992, 3050.

¹⁴ BGH NStZ-RR 2002, 332, unter Bezug auf Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 74 Rn. 11.

¹⁵ So auch BGH StV 2005, 210 (211).

¹⁶ BGHSt 10, 28 (29 f.).

¹⁷ Siehe dazu auch OLG Karlsruhe NJW 1974, 709 (710); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, 30. Aufl. 2023, § 74 Rn. 1a; Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 74 Rn. 17; Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, S. 321 f.; ders., JZ 1973, 171 (172); Gilsdorf, JZ 1958, 641 (643).

¹⁸ Zur Beihilfe siehe Roxin, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 365 (379): Die Fahrten würden ohne Begehung der Delikte nicht stattfinden. Allerdings stellt ders., in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, § 27 Rn. 17, fest, dass ein ausschließlicher deliktischer Sinnbezug gegeben sein muss, i.E. ebenso Meyer-Arndt, wistra 1989, 281 (286 f.).

dar. Wäre die konkrete Fahrt jedoch ohnehin vorgenommen worden, wird die Straftatbegehung als Nebenzweck angesehen werden müssen.

Da somit auf die *konkrete* Fahrt als Anknüpfungspunkt abgestellt werden muss, ist es unerheblich, ob die Fahrt zu einem späteren Zeitpunkt auch ohne die Straftatbegehung vorgenommen worden wäre. Begibt sich der Täter mit dem Hauptzweck der Straftatbegehung beispielsweise in den frühen Morgenstunden in ein bestimmtes Parkhaus, das in unmittelbarer Nähe zum Tatort liegt, ist es unerheblich, wenn er in diesem zu einem späteren Zeitpunkt ohnehin sein Fahrzeug abgestellt hätte, um keine der Rechtsordnung widerstrebenden Handlungen vorzunehmen.

Gleichzeitig wird die Tatbegehung nicht den ausschließlichen bzw. alleinigen Zweck der konkreten bzw. unmittelbaren Fahrt abbilden müssen.¹⁹ Es wird der Einziehung damit nicht entgegenstehen, wenn neben dem angesprochenen Hauptzweck der Fahrt sog. Nebenzwecke verfolgt werden. Andernfalls könnte etwa das Aufsuchen des Tatorts mittels eines Fahrzeugs zu sozialadäquaten Zwecken, die wahrlich unschwer zu finden sein dürften, welche aber eine nur untergeordnete Rolle einnehmen, die Möglichkeit einer Einziehungsanordnung entfallen lassen. Dies deckt sich mit der Rechtsprechung des BGH, hat dieser doch bereits entschieden, dass auch solche Gegenstände der Einziehung unterliegen, die neben der Tatbegehung noch weiteren Zwecken dienen.²⁰

Den auch mit dieser Ansicht unweigerlich verbundenen Beweisschwierigkeiten kann mit dem Heranziehen objektiver Kriterien entgegengetreten werden. Dies sind insbesondere die Widersprüchlichkeit, die bestehen würde, wenn der eigentliche Nebenzweck als Hauptzweck angesehen werden sollte, die Gewohnheiten des Täters oder zeitliche Aspekte, ebenso wie die mit der verfolgten Straftat verbundene Planung. Eine klare Abgrenzung dieser einzelnen Kriterien untereinander erscheint nicht erforderlich.

2. Die Einziehung eines Kraftfahrzeugs gem. § 74 Abs. 1, Abs. 2 StGB ist bei einer Verwirklichung der §§ 315c, 316 StGB nach derzeitiger Rechtslage nicht möglich. Eine Sicherungseinziehung nach § 74b StGB ist in diesen Fällen ebenfalls nicht durchführbar.

a) Handelt es sich bei dem Kraftfahrzeug nicht um ein Tatmittel im o.g. Sinne, sondern um ein Tatobjekt, findet § 74 Abs. 2 StGB Anwendung. Nach der dort befindlichen Legaldefinition sind Tatobjekte Gegenstände, auf die sich eine Straftat bezieht. Aufgrund der erforderlichen Tatbeziehung wurden bzw. werden die Tatobjekte als Beziehungsgegenstände bezeichnet.²¹ Der Unterschied zwischen Tatmitteln und Tatobjekten liegt darin, dass die Tatmitteleigenschaft

dann vorliegt, wenn ein über den bloßen Gebrauch hinausgehender Tatbestand verwirklicht werden soll. Daher ist die Eigenschaft als Tatobjekt anzunehmen, wenn durch den Gebrauch lediglich eine Vorschrift verletzt wird, die diesen Gebrauch als solchen verbietet, z.B. weil er nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, wie etwa unter der Bedingung des Besitzes einer gültigen Fahrerlaubnis.²² Teilweise wird aus dem Urteil, dem diese Feststellungen entspringen, auch abgeleitet, dass Tatobjekte stets solche Gegenstände seien, auf die sich eine Straftat beziehe und die notwendigerweise den Gegenstand der Tat bilden.²³

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe ist ein Kraftfahrzeug dann als Tatobjekt anzusehen, wenn es zu einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen i.S.d. § 315d StGB gebraucht wurde.²⁴ Gleiches gilt, wenn das Fahrzeug Gegenstand einer Straftat nach §§ 315c, 316 StGB war.

Zu beachten ist jedoch, dass durch § 74 Abs. 2 StGB lediglich klargestellt werden soll, dass die Einziehung von Tatobjekten unter den Vorgaben des § 74 Abs. 3 StGB bzw. § 74a StGB möglich ist.²⁵ Die Möglichkeit der eigentlichen Einziehung wird erst durch eine entsprechende Sondernorm begründet.²⁶

Eine auf die Einziehung von Kraftfahrzeugen gerichtete Sondernorm befindet sich in § 315f StGB. Diesbezüglich fällt allerdings auf, dass sich diese Norm nur auf das verbotene Kraftfahrzeugrennen gem. § 315d StGB bezieht. Da es an einer entsprechenden Norm für § 315c StGB oder § 316 StGB fehlt, ist die Einziehung in diesen Fällen nicht möglich.

b) Das Fehlen einer auf die §§ 315c, 316 StGB gerichteten Einziehungsnorm hat zudem Auswirkungen auf die Si-

²² BGHSt 10, 28 (29 ff.).

²³ Skoupil, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwalt-Kommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 74 Rn. 9; Lohse, in: Cirenner/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 6, 13. Aufl. 2020, § 74 Rn. 21; Heine, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 74 Rn. 8; Joecks/Meißner (Fn. 8), § 74 Rn. 17; vgl. dazu auch BT-Drs. V/1319, S. 66, 120, in dem der Gesetzgeber u.a. auf das Urteil des BGH verweist und anschließend selbst davon spricht, dass es sich um Gegenstände der Tat handeln bzw. sich die Tat auf solche beziehen müsse; siehe dazu neben den bereits genannten Fundstellen OLG Celle wistra 2021, 119 (120); Weidig, in: Bender/König (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Straßenverkehrsrecht, Bd. 1, 2016, StVG § 21 Rn. 36; generell anzweifeln, ob das Kriterium der Notwendigkeit der Sache für die Tat tauglich ist, Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, 1969, S. 320; ähnl. BR-Drs. 362/16, S. 9; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.6.1989 – 5 Ss 123/89 – 51/89 I, Rn. 5 (juris); allerdings handelt es sich auch hierbei um die allg. M., siehe dazu OLG Frankfurt a.M. NJW 1954, 652; OLG Karlsruhe VRS 9, 459 f.

²⁴ Kulhanek, in: Kudlich/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 5.), § 315f Rn. 3.

²⁵ Heine (Fn. 23), § 74 Rn. 10.

²⁶ Heine (Fn. 23), § 74 Rn. 10; Eser/Schuster (Fn. 17), § 74 Rn. 12a.

¹⁹ Dieses Problem im Rahmen der Beihilfe ansprechend Amelung, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 9 (13); Niedermair, ZStW 107 (1995), 516 ff.; Ransiek, wistra 1997, 41 (45); Tag, JR 1997, 49 (53).

²⁰ BGHR StGB § 74 Abs. 1 Tatmittel 4.

²¹ Meißner/Schütrumpf (Fn. 9), Kap. 2 Rn. 25.

cherungseinziehung nach § 74b StGB. Sollte es sich bei dem Fahrzeug nämlich um ein Tatobjekt handeln, ist für die Einziehung nach § 74b Abs. 1 Alt. 2 StGB entgegen teilweiser vertretener Ansicht²⁷ eine einziehungsbegründende Sondervorschrift zu fordern. Fehlt diese, ist auch eine Sicherungseinziehung nicht möglich.

So heißt es in § 74b Abs. 1 StGB, dass Gegenstände *auch dann* eingezogen werden können, wenn der Täter die dort näher geregelten Handlungen verwirklicht.²⁸ Insofern knüpft die Norm an die grundsätzlichen Voraussetzungen der Einziehung nach § 74 StGB und somit an das Erfordernis einer Sondervorschrift i.S.d. § 74 Abs. 2 StGB an. Ebenso spricht § 74a StGB davon, dass Gegenstände *auch dann* eingezogen werden können, wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Sollte mit dieser Ausdrucksweise kein Bezug zu § 74 StGB hergestellt werden, wäre es überflüssig, dass sich in § 74a StGB der Hinweis „abweichend von § 74 Absatz 3“ befindet. Auch die damit verbundene systematische Auslegung spricht gegen das Verständnis, die Voraussetzungen des § 74b StGB seien losgelöst von § 74 StGB. So weisen die §§ 74a, 74c ff. StGB allesamt einen Bezug zu den Vorgaben des § 74 StGB auf. Weshalb aber ausgerechnet § 74b StGB gänzlich von § 74 StGB losgelöste Vorgaben zu der Einziehung beinhalten soll, ist nicht ersichtlich. Sofern das gewollt wäre, hätte der Gesetzgeber diese Vorschrift hinter die §§ 74 ff. StGB platziert.²⁹ Dies wäre unter anderem möglich gewesen in Form eines neuen § 75 StGB, der schließlich bis zur Einführung des § 75 StGB n.F., die gleichzeitig mit der Einführung des § 74b StGB n.F. erfolgte, eine ganz andere Vorschrift abbildete und daher ebenso durch den heutigen § 74b StGB hätte ersetzt werden können.

Dem zunächst nachvollziehbaren Argument, der Schutzzweck der Sicherungseinziehung spreche für eine allgemeine Erstreckung auf Tatobjekte,³⁰ kann entgegengehalten werden, dass die Allgemeinheit nach der Konzeption des § 74b StGB nur vor den Gefahren grundsätzlich einziehungsfähiger Gegenstände geschützt werden soll.³¹ Liegt daher bereits die grundsätzliche Einziehungsfähigkeit, die sich entsprechend obiger Auslegung nach § 74 StGB richten muss, schon gar nicht vor, kommt auch kein Schutz der Allgemeinheit vor diesen Gegenständen über die Vorschrift des § 74b Abs. 1 StGB in Betracht. Für eine solche Interpretation spricht zudem die Gesetzesbegründung des § 74b StGB. Dort heißt es, dass § 74b Abs. 1 StGB den bisher geltenden § 74 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 StGB ersetzen, eine inhaltliche Änderung aber gerade *nicht* vorgenommen werden sollte.³² Insofern sollte es

bei den altbewährten Grundsätzen bleiben, nämlich dass sich die Sicherungseinziehung nur auf Tatobjekte erstreckt, die nach den allgemeinen Grundsätzen einziehungsfähig sind.³³ Die Einziehung von Tatobjekten, bei denen eine erforderliche Sondervorschrift nicht besteht und die somit nicht einziehungsfähig sind, würde daher gegen die klare Intention des Gesetzgebers verstoßen. Ebenso kann dem Schutz der Allgemeinheit mit dem Gefahrenabwehrrecht, wie insbesondere dem Polizeirecht, Rechnung getragen werden.³⁴

3. Die bisher vorgebrachten Argumente gegen die Aufnahme einer speziellen Einziehungsvorschrift in die §§ 315c, 316 StGB überzeugen nicht.

Bei näherer Lektüre der Gesetzgebungshistorie fällt auf, dass die Einführung einziehungsbegründender Sondervorschriften i.R.d. §§ 315c, 316 StGB auf politischer Ebene bereits (mehrfach) Diskussionsgegenstand war. Bislang wurde dies im Ergebnis aber stets abgelehnt.

a) In einer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zur Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr wurde diesbezüglich vorgetragen, dass es sich bei den Fahrzeugen i.R.d. § 315c StGB, anders als bei § 315d StGB, nicht um (getunte) Fahrzeuge handle, welche für die Täter von besonderem Wert seien und dementsprechend als austauschbar angesehen werden können.³⁵ Zudem besäßen die Fahrzeuge, mit denen Tathandlungen nach § 315c StGB vorgenommen werden, nicht den gleichen Stellenwert wie es bei den verbotenen Kraftfahrzeugrennen der Fall sei, da es sich oftmals nicht um speziell vorbereitete Fahrzeuge handle. Dementsprechend fehle einer solchen Einziehung auch der Sicherungscharakter.

Dem kann entgegengehalten werden, dass es mittlerweile hinreichende Anhaltspunkte gibt, die darauf hindeuten, dass Fahrzeuge generell einen besonders hohen Stellenwert für den Großteil ihrer Besitzer haben, unabhängig der Tatsache, ob es sich bei den Besitzern um sog. „Raser“ handelt.³⁶ Auf-

²⁷ Siehe etwa Heine (Fn. 23), § 74b Rn. 4 f.

²⁸ Lohse (Fn. 23), § 74b Rn. 2.

²⁹ I.E. ebenso BGH NStZ 2021, 608 (609).

³⁰ Heine (Fn. 23), § 74b Rn. 5; siehe zum Schutzzweck Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 74b Rn. 2; Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 74b Rn. 3; Joecks/Meißner (Fn. 8), § 74b Rn. 1.

³¹ So i.E. auch BGH NZV 2021, 471 (473).

³² BT-Drs. 18/9525, S. 70.

³³ Siehe zur alten Rechtslage OLG Hamburg MDR 1982, 515; Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.) Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 74 Rn. 34; Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, § 74 Rn. 27; zweifelhaft daher die mehrdeutigen Ausführungen in OLG Oldenburg NJW 1971, 769 f.; anzweifelnd aufgrund kriminalpolitischer Bedenken Feldmann, GA 2014, 333 (338).

³⁴ BGH NZV 2021, 471 (473).

³⁵ Jansen (Fn. 4), S. 6; ähnl. Piper, NZV 2017, 70 (75), der es aufgrund der Affinität der Rennteilnehmer zu ihren Fahrzeugen als gerechtfertigt ansieht, dass die Einziehung bislang weder für die Trunkenheitsfahrt nach § 316 StGB noch für die Straßenverkehrsgefährdung nach § 315c StGB vorgesehen ist.

³⁶ Siehe zudem DAT-Report 2021, S. 13 f., 72 f., abrufbar unter

https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.dat.de/fileadmin/user_upload/DAT_Pressemitteilung_neuer_DAT_Report_2021.pdf&ved=2

grund dessen erscheint es naheliegend, dass der Einziehung auch i.R.d. §§ 315c, 316 StGB nachhaltige Wirkung beigemessen werden kann. Hinzu kommt, dass mit der Einziehung des Fahrzeugs eine erhebliche Einschränkung der Mobilität einhergeht, würden mit dieser unweigerlich die negativen Folgen eines Mobilitätsverlustes deutlich zum Vorschein kommen, sodass zugleich signifikantere Auswirkungen zu erwarten sind, als sie bei einem alleinigen Fahrverbot oder einem Entzug der Fahrerlaubnis auftraten. Durch den Fahrerlaubnisentzug oder die Anordnung eines Fahrverbots wird zwar ein rechtliches Verbot betreffend die aktive Teilnahme am Straßenverkehr geschaffen, was ebenfalls zu einer Einschränkung der Beweglichkeit der Delinquenten führt.³⁷ Allerdings bedarf dieses Verbot stets einer Kontrolle, zudem vermag sich der Täter im Zweifel über dieses Verbot hinwegzusetzen.³⁸ Bei der Fahrzeugeinziehung wird ein solches Hinwegsetzen über das rechtliche Verbot nicht möglich sein.³⁹ Insofern wird bereits aufgrund der grundsätzlich nicht gegebenen Umgehungsmöglichkeit eine Abschreckungs- und zugleich nachhaltige Wirkung auf den (potentiellen) Täter prognostiziert werden können.

In diesem Zusammenhang ist auch die allgemeine „Furcht“ vor einem Fahrverbot bzw. einem Entzug der Fahrerlaubnis zu beachten. So heißt es, die Anordnung eines Fahrverbots werde in der Praxis regelmäßig stärker gefürchtet als eine Geldstrafe oder eine (zur Bewährung ausgesetzte) Freiheitsstrafe.⁴⁰ Aufgrund dessen werde in Verkehrsstrafsachen häufig um nichts mehr gekämpft als um die Vermeidung eines Fahrverbots bzw. den Erhalt der Fahrerlaubnis.⁴¹ Wenn

diese Einwirkung bereits bei der Anordnung eines Fahrverbots eintritt, wird sie aufgrund der genannten Umstände erst recht bzw. noch deutlich stärker bei der Einziehung des Fahrzeugs, die gerade in den Fällen der §§ 315c, 316 StGB regelmäßig mit einem gleichzeitigen Entzug der Fahrerlaubnis bzw. der gleichzeitigen Anordnung eines Fahrverbots verbunden sein wird, auftreten. In diesem Zusammenhang soll zudem noch auf die Aussage des Gesetzgebers hingewiesen werden, der Einziehung des Kraftfahrzeugs komme hinreichend abschreckende Wirkung für Straftäter der unteren und mittleren Kriminalität zu, unabhängig davon, ob es sich bei dem Verkehrsteilnehmer um einen „Raser“ handle.⁴²

Im Hinblick auf den Sicherungseffekt der Einziehung i.R.d. § 315c StGB, der richtigerweise trotz des strafenden Charakters zu berücksichtigen ist, wird es ebenfalls nicht auf die Geschwindigkeiten bzw. Beschleunigungszeiten der Fahrzeuge ankommen. Der Einziehung wird insofern schon ein Sicherungseffekt zugesprochen werden können, als mit dieser einer erneuten Verwirklichung eines Straßenverkehrsdelikts vorgebeugt werden kann. So ist auch aufgrund der zu erwartenden spezial- und generalpräventiven Wirkung von einem gewissen Sicherungseffekt auszugehen. Insofern wird es keiner speziell präparierten Fahrzeuge bedürfen.

b) Eine weitere Diskussion um die Einbindung neuer Einziehungsvorschriften erfolgte bei der Einführung von § 315c StGB. Dabei wurde die Ansicht vertreten, eine solche Möglichkeit werde lediglich für die vorsätzliche Tatbegehung in Betracht kommen, die nur selten bewiesen werden könne.⁴³ Daher wurde der Einziehung eine sehr geringe praktische Bedeutung und „wahrscheinlich keine große vorbeugende Wirkung“⁴⁴ beigemessen.⁴⁵

Zustimmung verdient dies insoweit, als die vorsätzliche Tatbegehung des § 315c StGB tatsächlich mit Beweisschwierigkeiten verbunden ist. Es sollte jedoch beachtet werden, dass der damalige Gesetzesentwurf, zu dem die entsprechende Begründung erging, keine mit der heutigen Norm vergleichbare Differenzierung der Tatbegehung vorsah: So war eine dem § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB vergleichbare Vorschrift

[ahUKEwiUndb897-IAxU57rsIHTliDgkQFnoECBwQAQ&usg=AOvVaw3YwgE09Fsn8cpBoTXTBI7H](https://www.presseportal.de/pm/67955/4716050) (12.9.2024);

Deutsche Tamoil GmbH, PRESSEPORTAL v. 24.9.2020, abrufbar unter

<https://www.presseportal.de/pm/67955/4716050> (12.9.2024);

HEM, Autonamen, 9.2020, abrufbar unter <https://www.hem-tankstelle.de/de-DE/Branchenwissen/Umfragen> (12.9.2024).

³⁷ Theisinger, NSTZ 1981, 294 (295).

³⁸ BT-Drs. 18/11272, S. 16; Abschlußbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, S. 35; Steinert, SVR 2020, 412 (414).

³⁹ So i.E. auch Steinert, SVR 2020, 412 (414).

⁴⁰ Borchert, Alkoholdelikte im Strassenverkehr, 1960, S. 148; Busemann/Meyer, ZRP 2010, 239; Kaiser, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970, S. 412; König, NZV 2001, 6 (7); Kiwull, Kurzfristige Freiheitsstrafen und Geldstrafen vor und nach der Strafrechtsreform, 1979, S. 97; Stöckel, in: 39. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2001, 2001, S. 83; Willet, Drivers after sentence, 1973, S. 115 f.; in diese Richtung auch Koch, in: 15. Deutscher Verkehrsgerichtstag 1977, 1977, S. 37 (38); Riehe, in: Abschlußbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, S. 28 (30); Schäpe, in: 39. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2001, 2001, S. 93 (96); krit. Busemann/Meyer, ZRP 2010, 239.

⁴¹ Piesker, NZV 2002, 297 (298), ders., in: 40. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2002, 2002, S. 254 (257); Warda, GA

1965, 65; siehe auch Preisendanz, DAR 1981, 307 (308); Stöckel (Fn. 40), S. 83; BT-Drs. 7/133, S. 7.

⁴² BT-Drs. 18/11272, S. 17.

⁴³ BT-Drs. IV/651, S. 29; ähnl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 44 Rn. 27, der nicht auf die Beweisbarkeit abstellt, sondern die Vorsatz-Vorsatz-Kombination des § 315c Abs. 1 StGB als selten einschlägig ansieht, weil der Eintritt der konkreten Gefahr i.d.R. nicht bewusst durch den Verkehrstäter hingenommen werde.

⁴⁴ BT-Drs. IV/651, S. 29.

⁴⁵ Demgegenüber ist ein Gesetzesentwurf aus der vorhergehenden Legislaturperiode zu finden, in welchem die Einziehung des Kraftfahrzeugs aufgrund eines Verstoßes gegen § 315a Abs. 2 StGB a.F., der im Wesentlichen dem heutigen § 315c StGB entsprach, ermöglicht werden sollte (BT-Drs. 3/2368, S. 3 f.). Dieser Gesetzesentwurf erledigte sich aber im Wege der Diskontinuität, sodass sich bei einem etwas früheren Tätigwerden des Gesetzgebers die vorliegende Frage womöglich nicht in gleicher Form stellen würde.

(Vorsatz-Fahrlässigkeit-Kombination) zu diesem Zeitpunkt noch nicht festgeschrieben, wenngleich sie später in die finale Gesetzesfassung⁴⁶ aufgenommen wurde. Durch die Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination hat die vorsätzliche Tatbegehung des § 315c StGB einen deutlich weiteren Anwendungsbereich erfahren, aufgrund dessen die Beweisschwierigkeiten abgeschwächt worden sind. Die Probleme der Vorsatzbestimmung beziehen sich nämlich schwerpunktmäßig oftmals auf die Herbeiführung der Gefahrenlage.⁴⁷ Zwar gibt es durchaus Ausnahmen, wie z.B. die Fälle der alkoholbedingten Fahrunsicherheit, in denen sich die Täter nicht selten für fahrtauglich halten, mithin durchgehend fahrlässig handeln.⁴⁸ Die Rechtsprechung zeigt jedoch ebenfalls auf, dass auch dies stets situationsabhängig ist und im Zweifel eine hohe Alkoholisierung gerade auf einen vorhandenen Vorsatz hinweisen kann.⁴⁹

Betreffend § 316 StGB wurde in der Vergangenheit vorgebracht, dass der Einführung einer Einziehungsvorschrift mit Blick auf das grundrechtlich geschützte Eigentum vor allem die geringe Schwere des Vorwurfs entgegenstehe.⁵⁰ Da im Verkehrsstrafrecht die meisten Verstöße fahrlässig begangen werden und die Sanktionierung in einem angemessenen Verhältnis zum Schuldvorwurf stehen müsse, habe man sich bislang bezüglich der Einführung entsprechender Einziehungsvorschriften weitgehend enthalten. Hinzu komme, dass Aufbewahrung und Verwertung der einzuziehenden Kraftfahrzeuge insbesondere bei besonders häufig vorkommenden Verkehrsdelikten einen unvermeidbaren Aufwand zur Folge hätten.

Hinsichtlich des Arguments betreffend die geringe Schwere des zu erhebenden Vorwurfs i.R.d. § 316 StGB fällt zunächst auf, dass knapp zwei Jahre später das Gefährdungspotential des § 315d Abs. 1 StGB, für den eine Einziehungsvorschrift vorgesehen war, mit dem des § 316 StGB in etwa gleichgesetzt („mindestens“) wurde.⁵¹ Bei weiterer Betrachtung

des reinen Strafmaßes scheint der zu erhebende Vorwurf i.R.d. § 316 StGB zwar tatsächlich insgesamt geringer zu wiegen als bei § 315d Abs. 1 StGB.⁵² Dass der Gesetzgeber aber zusätzlich der Ansicht ist, das Fahren unter Alkoholeinfluss stelle eine der gefährlichsten Zuwiderhandlungen beim Führen eines Kraftfahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr dar,⁵³ scheint diese Aussage wieder zu relativieren. Zudem ist die Einziehung des Tatfahrzeugs i.R.d. § 316 StGB jedenfalls bei dessen vorsätzlicher Verwirklichung grundsätzlich tat- und schuldangemessen. Insofern ist die Verhältnismäßigkeit der Einziehung lediglich im Falle der fahrlässigen Verwirklichung zweifelhaft.

Auch wenn die Einziehung somit nur im Falle der vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung angeordnet werden könnte, kommt ihr zumindest in diesen Fällen eine hinreichende spezial- und generalpräventive Wirkung zu. Aufgrund des bedeutend hohen Risikos für Leib und Leben anderer Verkehrsteilnehmer sollte von der Einziehung i.R.d. § 316 StGB zudem ein nicht unerheblicher vorbeugender Effekt ausgehen.

Sofern die Aussage zutrifft, dass ein Großteil der Verstöße des § 316 StGB in fahrlässiger Weise begangen wird,⁵⁴ erscheint es fraglich, weshalb zugleich davon ausgegangen wird, die Einziehungsmöglichkeit werde einen unvermeidbaren Aufwand begründen, könnte die Einziehung doch nur im vorsätzlichen und somit im deutlich selteneren Falle ermöglicht werden. Weiterhin hat den Gesetzgeber dieser Mehraufwand nicht davon abgehalten, die Einziehung im Falle des § 315d StGB zu ermöglichen, obwohl auch dort mit einer hohen Anzahl an Verurteilungen gerechnet wurde und die unter den Tatbestand fallenden Sachverhalte mitunter als „Massenphänomen“⁵⁵ und „Trendsport“⁵⁶ bezeichnet wurden.⁵⁷

362/16, S. 6) und somit schon knapp ein Jahr nach dem Abschluss des Petitionsverfahrens.

⁵² Siehe dazu auch Jansen, NZV 2017, 214 (219); Preuß, NZV 2017, 105 (110).

⁵³ Abschlussbegründung der Petition 52648 (Fn. 50), S. 1.

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 3/2368, S. 23; siehe dazu auch Abschlussbegründung der Petition 52648 (Fn. 50); anders hingegen die Literatur, siehe dazu Ernemann, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Fn. 23), § 316 Rn. 34; Nehm, in: Eser/Kullmann/Meyer-Goßner/Odersky/Voss (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für Hanns Karl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, 1995, S. 115 ff.; Salger, DRiZ 1993, 311 ff.; Tolksdorf, in: 33. Deutscher Verkehrsgesichtstag 1995, 1995, S. 79 ff.; zu der Problematik bei Drogen siehe Harbort, NZV 1996, 432 ff., siehe zudem Fischer (Fn. 30), § 316 Rn. 43.

⁵⁵ Steineke, in: BT-Plenarprotokoll 18/243, S. 24908.

⁵⁶ Kutschaty, in: BR-Plenarprotokoll 948, S. 351.

⁵⁷ In den Beratungen zu § 315d StGB wurde immer wieder betont, wie häufig verbotene Kraftfahrzeugrennen vorkämen. Pistorius, in: BR-Plenarprotokoll 960, S. 403, gibt beispielsweise an, dass die Zahl illegaler Autorennen, bei denen Unbeteiligte schwer verletzt oder getötet werden, zunimmt;

⁴⁶ Zweites Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 26. November 1964, BGBl. I 1964, S. 921.

⁴⁷ Siehe dazu OLG Braunschweig NJW 1954, 486 (487); so zudem Bockelmann, DAR 1964, 288 (295 ff.).

⁴⁸ So auch Rengier (Fn. 43), § 44 Rn. 27, für den Fall der Alkoholfahrten i.R.d. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 3 Nr. 2 StGB.

⁴⁹ BGHSt 22, 192 (200); 60, 227 (232); OLG Hamm NJW 1975, 660 f.; OLG Hamm BA 1976, 295 f.; OLG Hamm VRS 54, 44 (45); OLG Celle, Urt. v. 15.5.1979 – 1 Ss 45/79; OLG Köln DAR 1987, 126; OLG Köln VRS 67, 226 (227); OLG Zweibrücken NZV 1993, 277; OLG Koblenz NZV 2001, 357 (358); OLG Koblenz VRS 104, 300 (301); OLG Koblenz NZV 2008, 304 (306); besonders weitgehend dazu OLG Celle NZV 2014, 283.

⁵⁰ Abschlussbegründung der Petition 52648, abrufbar unter https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2014/_05/_29/Petition_52648.nc.html#allekommentare (12.9.2024), dazu auch im Folgenden.

⁵¹ BT-Drs. 18/12964, S. 4, die übernommene Formulierung befand sich jedoch bereits im Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen und Hessen im Jahr 2016 (BR-Drs.

Davon abgesehen bringt die Einführung neuer Einziehungsmöglichkeiten unzweifelhaft einen gewissen Mehraufwand mit sich. Allerdings sollte es als eine wesentliche Aufgabe des Staates verstanden werden, entsprechende Vorkehrungen zu treffen und Kapazitäten zur Verfügung zu stellen, um ein Vorgehen zu ermöglichen, das voraussichtlich zur Eindämmung des am häufigsten begangenen Straßenverkehrsdelikts des StGB und damit gleichzeitig zur Eindämmung der allgemeinen Kriminalität beitragen kann.

Schließlich kommt hinzu, dass derjenige, der seine Fahruntüchtigkeit billigend in Kauf nimmt, wegen der damit einhergehenden und allseits bekannten Gefahren besonders verwerflich handelt und einen hohen Unrechtsgehalt aufweist. Ein solcher Täter sollte nicht von der nachhaltig wirkenden Einziehung befreit werden, nur weil ein Großteil der Bevölkerung bei erkannter Fahruntüchtigkeit auf die aktive Teilnahme am Straßenverkehr verzichtet – zumindest, wenn die schwer überprüfbare Annahme, vorsätzliches Handeln stelle nur den Ausnahmefall dar, zutreffend sein sollte.

4. Der für die Dritteinziehung erforderliche Verweis auf § 74a StGB muss als Rechtsgrundverweis verstanden werden. Zudem sollte die zu ermöglichende Einziehung von Kraftfahrzeugen i.R.d. §§ 315c, 316 StGB die Dritteinziehung umfassen.

a) § 74a StGB regelt die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten, welche zur Zeit der Entscheidung nicht dem Täter oder Teilnehmer gehören, der Eigentümer aber mindestens leichtfertig dazu beigetragen hat, dass sie als Tatmittel verwendet wurden oder Tatobjekte waren (Nr. 1) oder sie von diesem in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben wurden (Nr. 2).

Weiterhin ist ein Gesetz⁵⁸ erforderlich, das auf diese Vorschrift verweist. Ohne diesen Verweis ist die Einziehung bei einem Dritten nicht durchführbar. Eine entsprechende Verweisung befindet sich nach derzeitiger Rechtslage beispiels-

weise in § 315f S. 2 StGB für Fälle des verbotenen Kraftfahrzeugrennens.

Bedeutung erlangt die Dritteinziehungsmöglichkeit insbesondere, wenn es sich um ein geleastes oder anderweitig finanziertes Fahrzeug oder aber um einen Mietwagen handelt. In diesen Fällen werden allerdings die hohen Voraussetzungen des § 74a StGB im Regelfall nicht erfüllt sein, sodass die Fahrzeugführer regelmäßig nicht zu befürchten haben, dass ihnen das Fahrzeug entzogen wird,⁵⁹ sondern allenfalls das Anwartschaftsrecht.

Aufgrund dieses Umstands wird hinsichtlich des Verweises von § 315f S. 2 StGB auf § 74a StGB gefordert, diesen als Rechtsfolgen- und nicht als Rechtsgrundverweis zu verstehen.⁶⁰ Demnach soll einzig relevant sein, ob der Täter das Fahrzeug zu der entsprechenden Straftat genutzt habe. Unabhängig von den Argumenten, die diese Ansicht für sich beanspruchen kann, ergeben sich bei näherer Betrachtung nicht nur unerhebliche verfassungsrechtliche Probleme. Problematisch ist ein solches Verständnis insbesondere deshalb, weil es nicht mehr unmittelbar auf die von § 74a StGB vorgegebenen Voraussetzungen ankäme. Diese Norm ist aber nur wegen den in Nr. 1 und Nr. 2 umschriebenen Handlungen mit dem Schuldprinzip vereinbar, zugleich stellen diese Handlungen den Rechtfertigungsgrund für die Dritteinziehung dar.

Sofern die Vorgaben des § 74a StGB unbeachtlich wären, würde das bedeuten, dass für die Einziehung lediglich die sachenrechtliche Beziehung zu dem für die Tatverwirklichung genutzten Gegenstand entscheidend ist. Der Eigentümer würde somit für einen solchen (ungefährlichen) Gegenstand im Grunde nur aufgrund eines „Verschuldens“, das eigentlich gar kein Verschulden ist, nämlich der Eigenschaft, der Eigentümer zu sein, haften. Es entstünde eine verschuldensunabhängige Haftung für die Tat eines anderen. Eine solche Haftung wird zu Recht als mit der Eigentumsgarantie unvereinbar angesehen,⁶¹ schließlich fehlt es dabei an einem für die Einziehung eines (ungefährlichen) Gegenstandes erforderlichen Rechtfertigungsgrund.⁶² Darüber hinaus wird in Fällen, in denen ein Grundrechtseingriff von einem uneinflussbaren Drittverhalten abhängig gemacht wird und Ansätze einer „Sippenhaftung“ und Kollektivverantwortlichkeit erkennbar werden, sogar von einem Verstoß gegen die Menschenwürde gesprochen.⁶³ Eine Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip ist aufgrund des fehlenden Verschuldens bzw.

Lühmann, in: BT-Plenarprotokoll 18/243, S. 24902, behauptet, dass illegale Autorennen einen immer größeren Anteil an Verkehrsunfällen mit Todesfolge haben; ebenso stimmte die Opposition in diesem Punkt zu, indem *Wunderlich*, in: BT-Plenarprotokoll 18/243, S. 24903, betonte, dass sich die meisten Verkehrstoten in Deutschland auf eine überhöhte Geschwindigkeit zurückführen lassen; *Dobrindt*, in: BT-Plenarprotokoll 18/243, S. 24904, spricht davon, dass die Wahrnehmung einer Zunahme von illegalen Straßenrennen bestehe; zudem weist *Fechner*, in: BT-Plenarprotokoll 18/243, S. 24906 f., daraufhin, dass es in letzter Zeit immer häufiger zu schweren Verkehrsunfällen durch „verrückte“ Raser gekommen sei.

⁵⁸ Dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Verordnungen diesen Voraussetzungen genügen, wird deutlich in BVerfG NJW 1962, 1339; ebenfalls die Verordnung miteinbeziehend *Retemeyer*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, StGB § 74a Rn. 1.

⁵⁹ Siehe dazu auch den Artikel von *Harloff*, SZ v. 23.9.2016, abrufbar unter

<https://www.sueddeutsche.de/panorama/gesetzesinitiative-illegale-autorennen-sollen-straftat-werden-1.3175790-2> (12.9.2024):

Es werden insbesondere von jüngeren Fahrern Mietfahrzeuge oder Carsharing-Autos zu illegalen Autorennen genutzt.

⁶⁰ *Bleckat*, NStZ 2020, 715 (716); dem folgend AG Nienburg, Beschl. v. 2.2.2022 – 4 DS 370 Js 26085/21 (142/21), Rn. 5.

⁶¹ *Eser* (Fn. 17), S. 224, spricht von einer „völligen Aushöhlung der Eigentumsgarantie“.

⁶² *Stree*, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, 1960, S. 107 f.

⁶³ *Dürig*, AöR 81, 117 (137 f.); siehe dazu auch *Gilsdorf*, JZ 22/1958, 685 (686).

wegen des bedingungslosen Einstehens für das Verschulden eines anderen ebenfalls abzulehnen.

Auch § 75 StGB, der die Wirkung der Einziehung regelt, vermag diese Problematik nicht zu beseitigen. So könnte zwar zunächst daran gedacht werden, dass der nicht tatbeteiligte Eigentümer, wie etwa der Vermieter eines Fahrzeugs, sein Eigentum unmittelbar mit der Rechtskraft der Entscheidung gem. § 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB lediglich dann verlöre, wenn er einem Tatbeteiligten das Fahrzeug für die Tat oder andere Zwecke in Kenntnis der Tatumstände gewährte.⁶⁴ Allerdings findet § 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB nach hier vertretener Ansicht auf die Einziehung gem. §§ 74 ff. StGB keine Anwendung. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll § 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB nämlich dem früheren § 73 Abs. 4 StGB entsprechen,⁶⁵ welcher sich lediglich auf Taterträge erstreckte. Mit § 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB sollen zudem vor allem die Fälle erfasst werden, in welchen der Tatertrag zwar eingezogen werden kann, das Eigentum an diesem ohne diese Vorschrift allerdings nicht auf den Staat übergehen könnte, da der Tatertrag wegen Nichtigkeit des Übereignungsgeschäfts nicht in dem Eigentum des Einziehungsadressaten steht.⁶⁶ Hinzu kommt, dass in der Gesetzesbegründung zu § 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB neben dem Verweis auf § 73 Abs. 4 StGB kein Bezug zu den §§ 74 ff. StGB hergestellt wird.⁶⁷ Darüber hinaus wird weiterhin dieselbe Terminologie wie i.R.d. § 73 Abs. 4 StGB a.F. verwendet, sodass auch keine sprachlichen Änderungen vorgenommen wurden, die auf eine Erweiterung des Anwendungsbereichs hindeuten könnten. Schließlich sah noch die ehemalige Vorschrift, welche die Wirkung der Einziehung hinsichtlich der nach §§ 74 ff. StGB a.F. eingezogenen Gegenstände regelte, keine dem § 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB vergleichbare Regelung vor.

Das Vorangestellte hat damit zur Folge, dass der Eigentümer, der weder Sicherungs- noch Vorbehaltseigentümer ist, das Eigentum mit der Rechtskraft der Entscheidung unmittelbar verlieren würde,⁶⁸ sollte der Verweis auf § 74a StGB als Rechtsfolgenverweis verstanden werden. Das steht jedoch, wie bereits ausgeführt, in eklatantem Widerspruch zu dem Schuldprinzip. Lediglich im Falle der geleasten oder anderweitig finanzierten Fahrzeuge wird es auf die Voraussetzungen des anwendbaren § 75 Abs. 2 S. 3 StGB ankommen, die denjenigen des § 74a StGB entsprechen.

⁶⁴ So etwa *Bleckat*, NStZ 2020, 715 (716).

⁶⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 71.

⁶⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 71.

⁶⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 71.

⁶⁸ Insofern wird der Sicherungs- und Vorbehaltseigentümer, der sein Eigentum bei vertragsgemäßer Leistung der anderen Partei verlieren wird, bessergestellt, als der Eigentümer, dem ein solcher Verlust nicht bevorsteht, wie etwa einem vermietenden Eigentümer. Dieses unbillig anmutende Ergebnis wird sich aber nicht umgehen lassen, ohne dem klaren Willen des Gesetzgebers zu widersprechen, der das Sicherungs- und Vorbehaltseigentum als ein dingliches Recht Dritter i.S.d. § 75 Abs. 2 StGB ansieht, das „Eigentum“ jedoch nicht (BT-Drs. 18/9525, S. 71).

b) Ein Rechtsgrundverweis sollte sich auch in den neu einzuführenden Vorschriften betreffend die Dritteinziehung i.R.d. §§ 315c, 316 StGB wiederfinden. Die für die Einbindung einer Dritteinziehungsmöglichkeit erforderlichen zwingenden Gründe sind jedenfalls auch i.R.d. §§ 315c, 316 StGB erkennbar. So besteht gerade bei den Straßenverkehrsdelikten infolge der Leasing- und sonstigen Finanzierungsmöglichkeiten ein besonderes kriminalpolitisches Interesse an der Dritteinziehung. Der Verweis auf die Dritteinziehungsmöglichkeit dient dabei vor allem dazu, dass die Fahrzeugeigentümer stärker darauf achten müssen, wem sie das Fahrzeug überlassen.⁶⁹ Ebenso sollte aufgrund der hohen Gefahrenlage, die bei den §§ 315c, 316 StGB existiert, dem Eigentümer, der einem Dritten das Fahrzeug überlässt, nicht zugutegehalten werden können, dass dieser mit einem „nur“ leichtfertigen Beitrag entscheidend zu der Deliktsverwirklichung beigetragen hat (vgl. § 74a Nr. 1 StGB). Hinzu kommt, dass sich auch der Fahrzeugführer nicht mehr oder weniger vor der endgültigen Wegnahme „seines“ Fahrzeugs geschützt sehen darf, nur weil dieses nicht in seinem Eigentum steht. Wie darüber hinaus in der Gesetzesbegründung zu § 315f StGB vorgetragen, verhindert die Möglichkeit der Dritteinziehung zudem, dass der Tatbeteiligte das Tatfahrzeug an einen Dritten veräußern kann, um der Einziehung zu entgehen, dieses dann aber – evtl. sogar wie von vornherein abgesprochen – später zurück-erwirbt.⁷⁰

5. Die bisherigen Regelungen der §§ 6 Abs. 3 PflVG, 9 Abs. 3 AuslPflVG und § 21 Abs. 3 StVG sollten ebenfalls um die Dritteinziehung erweitert werden

Bei den bereits existenten Einziehungsvorschriften in § 21 Abs. 3 StVG, § 6 Abs. 3 PflVG und § 9 Abs. 3 AuslPflVG fehlt es bislang – im Gegensatz zu § 315f StGB – an einem Verweis auf § 74a StGB. Daher drängt sich die Frage auf, ob ein entsprechender Verweis nicht auch innerhalb dieser Vorschrift sinnvoll wäre.

Bereits der Gesetzgeber erwähnte im Rahmen der Einführung des § 24 Abs. 3 StVG a.F. (= § 21 Abs. 3 StVG n.F.), dass die (tätergerichtete) Einziehung von Fahrzeugen kriminalpolitisch durchaus sinnvoll erscheint.⁷¹ Dabei wurde zugleich die Möglichkeit der Dritteinziehung angedacht, letztendlich aber aus verfahrensrechtlichen Gründen abgelehnt, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Möglichkeit bestand, den Dritteigentümer an einem entsprechenden Strafverfahren zu beteiligen.⁷² Mittlerweile existiert mit § 424 StPO allerdings eine Vorschrift, die eine solche Beteiligung ermöglicht.

Weiterhin wurde in der genannten Begründung zu § 24 StVG a.F. darauf hingewiesen, dass der Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB) abgewartet werden sollte, da durch diesen möglicherweise eine Regelung hinsichtlich der Beteiligung einer Person, die nicht Täter oder Teilnehmer ist, getroffen werde. Mit dem Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (EGOWiG) vom

⁶⁹ *Bleckat*, NStZ 2020, 715 (717).

⁷⁰ BT-Drs. 18/12964, S. 8.

⁷¹ BT-Drs. IV/651, S. 39.

⁷² BT-Drs. IV/651, S. 39.

24. Mai 1968⁷³ wurde jedoch schon vor dem EGStGB, zugleich aber nach der vorangestellten Aussage, mit § 431 StPO a.F. eine Vorschrift eingeführt, in der fortan geregelt wurde, wie Personen an Strafverfahren zu beteiligen sind, in denen sie nicht als Beschuldigte gelten, durch eine Einziehung der ihnen gehörenden Gegenstände aber dennoch in ihre Rechte eingegriffen wird.⁷⁴ Obgleich also die Bedenken, die den Gesetzgeber von der Dritteinziehungsmöglichkeit innerhalb des § 24 StVG a.F. abgehalten haben, seither nicht mehr bestanden, wurde die Einziehung im Rahmen des Straftatbestandes des Fahrens ohne Fahrerlaubnis nicht auf diese erweitert – und das obwohl in demselben Gesetzesentwurf der die Einziehung ermöglichende Absatz 3, der sich fortan in § 21 StVG wiederfinden sollte, geändert wurde.⁷⁵ Auch in dem angesprochenen Entwurf des EGStGB kam es hinsichtlich § 21 Abs. 3 StVG zu Änderungen, ohne dass aber die Dritteinziehung ermöglicht wurde.⁷⁶ Da in beiden Gesetzesentwürfen die Dritteinziehung nicht zur Sprache kam, kann nicht endgültig festgestellt werden, ob es sich letztlich um eine Unaufmerksamkeit des Gesetzgebers handelte oder der Verzicht bewusst erfolgte. Letzteres erscheint jedenfalls im Hinblick auf die Äußerungen in dem Entwurf zum Zweiten Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs als durchaus zweifelhaft.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass durch die fehlende Aufnahme der Möglichkeit zur Dritteinziehung der Führer eines Fahrzeugs, der zugleich dessen Eigentümer ist, zu Unrecht privilegiert wird. Das verdeutlicht sich anhand eines Vergleichs mit der Dritteinziehung innerhalb der übrigen Straßenverkehrsdelikte: Wenn der Eigentümer zwar nicht der Fahrzeugführer ist, aber dennoch Beihilfe zur Tat leistet, gilt er als Tatbeteiligter, sodass die Einziehung nicht nach § 74a StGB, sondern nach § 74 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 StGB möglich ist. Wird die Schwelle zur Beihilfe mangels entsprechenden Vorsatzes nicht überschritten, handelt es sich nicht mehr um einen Tatbeteiligten, sodass die Einziehung nicht nach § 74 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 StGB, sondern nach § 74a StGB in Betracht kommt. Bei § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG handelt es sich aber ebenfalls um eine Art Teilnahmehandlung zu § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG, die lediglich zu einem eigenen Tatbestand hervorgehoben wurde und hinter den die Beihilfe zurücktritt.⁷⁷ Insofern ergibt sich die gleiche Konstellation, dass sich die Einziehung im Falle der Beihilfe zu § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG bzw. im Falle der einer solche Beihilfehandlung entsprechenden Verwirklichung des § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG nach § 74 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 StGB richtet. Wenn nun aber die subjektive Schwelle des § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG bzw. der dahinter zurücktretenden Beihilfe zu § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG mangels entsprechenden Vorsatzes nicht überschritten wird, wäre nach dem zuvor dargelegten an die Dritteinziehung

gem. § 74a StGB zu denken. Somit käme es ohne einen solchen Verweis im Vergleich mit den übrigen Verkehrsdelikten zu einer Besserstellung des Eigentümers, der die Handlung des § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG leichtfertig verwirklicht, da bei den Delikten, in denen das Fahrzeug ein Tatmittel darstellt, in diesen Fällen eine (Dritt-)Einziehung grundsätzlich möglich ist. Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber mit § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG eine besonders schwerwiegende Tat entsprechend sanktionieren wollte⁷⁸ und somit zugleich unter anderem die für die Beihilfe obligatorische Strafmilderung ausschloss, erscheint eine solche Besserstellung gegenüber den übrigen Delikten, bei denen eine Dritteinziehung möglich ist, gerade nicht gerechtfertigt.

In gleicher Weise wie zu § 21 Abs. 3 StVG fällt bei § 6 Abs. 3 PflVG bzw. § 9 Abs. 3 AuslPflVG auf, dass in dem Entwurf zum EGOWiG, in dem die Einführung des § 431 StPO a.F. beschlossen wurde, ebenfalls die Einziehungsvorschriften des § 6 PflVG bzw. § 9 AuslPflVG geändert bzw. angepasst wurden, ein zusätzlicher Verweis auf die Dritteinziehung trotz der weggefallenen verfahrensrechtlichen Bedenken allerdings nicht erfolgte.⁷⁹ Selbiges gilt hinsichtlich des EGStGB.⁸⁰ Sowohl § 6 Abs. 1 Alt. 2 PflVG als auch § 9 Abs. 1 Alt. 2 AuslPflVG lassen es zudem ausreichen, wenn der Gebrauch des Fahrzeugs, für welches ein entsprechender Haftpflichtversicherungsvertrag nicht besteht, durch einen Dritten gestattet wird. In diesem Gestatten kann unter Umständen zugleich eine Beihilfe zu § 6 Abs. 1 Alt. 1 PflVG bzw. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AuslPflVG gesehen werden.⁸¹ Voraussetzung für das Gestatten eines solchen Gebrauchs ist eine übergeordnete Sachherrschaft des Dritten über das Fahrzeug, die im Zeitpunkt der Tatbegehung noch fortbesteht.⁸² Zu diesem Personenkreis gehört also nicht nur, aber zumindest auch der Halter des Fahrzeugs.⁸³ Insofern ergibt sich eine Vergleichbarkeit mit dem zu § 21 StVG Aufgeführten, als auch hier ein Ausschluss des § 74a StGB dazu führen würde, dass es im Vergleich zu den übrigen Verkehrsdelikten zu einer Besserstellung des das Fahrzeug haltenden Eigentümers käme. Eine Rechtfertigung für eine solche Privilegierung

⁷⁸ BT-Drs. IV/651, S. 38.

⁷⁹ BT-Drs. V/1319, S. 40.

⁸⁰ BT-Drs. 7/550, S. 163 f.

⁸¹ Kretschmer, in: Bender/König (Fn. 23), PflVG § 6 Rn. 30; nach überwiegender Auffassung wird das „Gestatten des Gebrauchs“ auch mit dem „anordnen“ bzw. „zulassen“ i.R.d. § 21 StVG gleichgesetzt, siehe dazu OLG Thüringen VRS 107, 220 (221); Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 245. Lfg., Stand: Februar 2023, PflVG § 6 Rn. 12; Link/Moos, in: Haus/Krumm/Quarch (Fn. 77), PflVG § 6 Rn. 25; Jahnke, in: Stiefel/Maier, Kraftfahrtversicherung, Kommentar, 19. Aufl. 2017, PflVG § 6 Rn. 54; a.A. Heinzlmeier, NZV 2006, 225 (231).

⁸² BGH NJW 1974, 1086; OLG Düsseldorf NZV 2014, 588 (589); BayObLG VRS 15, 393.

⁸³ BayObLG VRS 15, 393; OLG Stuttgart VRS 19, 213; Krumm, in: Bachmor/Koehl/Krumm, Verfahrens- und Prozesstaktik im Straßenverkehrsrecht, 2019, § 2 Rn. 132; Häberle (Fn. 81), PflVG § 6 Rn. 9.

⁷³ BGBl. I 1968, S.503.

⁷⁴ BT-Drs. V/1319, S. 72.

⁷⁵ BT-Drs. V/1319, S. 11.

⁷⁶ BT-Drs. 7/550, S. 162.

⁷⁷ Kerkmann, in: Haus/Krumm/Quarch (Hrsg.), Nomos Kommentar, Gesamtes Verkehrsrecht, 3. Aufl. 2021, StVG § 21 Rn. 47, 52.

besteht nicht, insbesondere ist es gerade der Halter, der gem. § 1 PflVG dazu verpflichtet ist, einen entsprechenden Haftpflichtversicherungsvertrag abzuschließen.

6. Die Einziehung nach § 74 Abs. 1 StGB sollte nicht als Hauptstrafe eingestuft werden.

Trotz der bereits nach derzeitiger Rechtslage gegebenen Möglichkeit der Fahrzeugeinziehung nach § 74 Abs. 1 StGB, wird von dieser bislang nur selten Gebrauch gemacht.⁸⁴ Um dieser sehr zurückhaltenden Praxis der aller Voraussicht nach wirkungsvollen Fahrzeugeinziehung entgegenzutreten, kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht. Die wohl diskussionsbedürftigste Möglichkeit dürfte dabei die Heraufstufung der Einziehung zur Hauptstrafe darstellen.

Da die Einziehung nach §§ 74 ff. StGB aufgrund ihres strafenden Charakters bei der Prüfung der Schuldangemessenheit der den Täter treffenden Gesamtstrafe zu berücksichtigen ist, ergibt sich das Problem, dass, wenn die Einziehung ermöglicht werden soll, die daneben zwingend erforderliche Geld- oder Freiheitsstrafe gerade bei hochwertigen Gegenständen, wie sie Fahrzeuge in der Regel darstellen, derart gering bemessen werden muss, dass sie kaum noch ernst genommen werden kann.⁸⁵ Ebenso kann es sein, dass selbst bei einer besonders geringen Hauptstrafe die Einziehung aufgrund der den Täter andernfalls treffenden Gesamtstrafe nicht mehr angeordnet werden darf. Daher stellt sich die zuvor erwähnte Frage, ob die Einziehung zur Vermeidung dieser Probleme nicht unmittelbar als Hauptstrafe ausgestaltet werden sollte.⁸⁶

Die Heraufstufung der Einziehung zur Hauptstrafe würde allerdings zu einer Art Aufspaltung des zurzeit bestehenden Regelungsgefüges führen. Derzeit sind die Regelungen über die Einziehung von Tatmitteln, Tatprodukten und Tatobjekten allesamt in den §§ 74 ff. StGB geregelt. Sollte die Einziehung zur Hauptstrafe werden, wäre sie in den §§ 38 ff. StGB, in denen die Hauptstrafen näher umschrieben werden, zu verorten. Das kann selbstverständlich nur für die Einziehung nach § 74 StGB gelten, nicht aber für die Sicherungseinziehung (§ 74b StGB), schließlich kommt ihr kein strafender Charakter zu. Diese würde fortan getrennt von der Vorschrift stehen, auf die sie sich bezieht und an dessen Voraussetzungen sie anknüpft. Weiterhin ergibt sich die Schwierigkeit, wie mit der Dritteinziehung (§ 74a StGB) umgegangen werden sollte. Als Hauptstrafe kann diese Form der Einziehung schlecht eingeordnet werden, da es zu keiner Verurteilung des Einziehungsbetroffenen kommt, sodass eine Verortung in

den §§ 38 ff. StGB widersinnig anmutet. Wenn aber § 74 StGB als Hauptstrafe eingeordnet und in die §§ 38 ff. StGB eingefügt werden würde, stünde neben § 74b StGB auch § 74a StGB räumlich getrennt von § 74 StGB, was systematisch bedenklich erscheint. Dieser systematische Bruch wird letztendlich nicht nur zwischen §§ 74, 74a StGB und § 74b StGB bestehen, sondern sich vielmehr über die gesamten §§ 74 ff. StGB erstrecken.

Überdies gilt es zu beachten, dass im Falle der Einstufung der Einziehung als Hauptstrafe und mit der daraus folgenden Eingliederung in das geltende Strafsystem weitere erhebliche Probleme entstünden. Zu klären wäre beispielsweise, ob die Einziehung als Rechtsfolge in der jeweiligen Strafnorm genannt werden müsste, schließlich werden die Geld- und Freiheitsstrafe ebenfalls erwähnt. Vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG erscheint dieser Gedankengang jedenfalls nicht abwegig. Die sich aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ergebende Garantiefunktion und das Erfordernis der Normenklarheit setzen zudem voraus, dass zumindest die Art und Weise der Strafe und die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolgen, insbesondere also die Strafandrohung, von der jeweiligen Norm vorgegeben werden soll.⁸⁷ Der Bürger muss dabei durch die Beschreibung des tatbestandlichen Delikts i.E. abschätzen können, was ihm für eine Strafe droht.⁸⁸ Wenn nun aber allein Geld- und Freiheitsstrafe genannt werden, kann der einzelne Bürger schwerlich voraussehen, dass ihm als Hauptstrafe keine von den genannten, sondern allein eine dritte Sanktion droht, nämlich die Wegnahme des ihm gehörenden und zur Tatbegehung verwendeten Gegenstandes. Daher wäre daran zu denken, die einzelnen Straftatbestände dahingehend zu ergänzen, dass diese entweder die Einziehung im Falle vorsätzlichen Handelns als Alternative zur Geld- oder Freiheitsstrafe erwähnen oder aber zumindest auf die Einziehungsvorschrift als mögliche Rechtsfolge verweisen,⁸⁹ auch wenn es sich nicht um Tatobjekte i.S.d. § 74 Abs. 2 StGB handelt. Untrennbar damit verbunden ist die aufwändige Prüfung, bei welchen einzelnen Straftatbeständen die Einziehung überhaupt in Betracht käme und dementsprechend erwähnt bzw. andernfalls außenvorgelassen werden müsste.

Ein in diesem Zusammenhang weiterer nicht zu vernachlässigender Punkt ist die alleinige Anwendbarkeit der auf Strafe abzielenden Einziehung nach § 74 Abs. 1 StGB auf die Begehungsform der vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung, zumindest sofern nicht etwas anderes vorgegeben ist. Hinzu kommt die bereits erwähnte Begrenzung auf Delikte, die mit einem, z.B. aufgrund einer bestehenden Sondervorschrift, einziehbaren Gegenstand begangen wurden. Eine Hauptstrafe, die einen so stark begrenzten Anwendungsbereich hat, stellt einen deutlichen Gegensatz zu der bisher

⁸⁴ Siehe dazu im Einzelnen *Kemter*, Die strafrechtliche Einziehung eines Kraftfahrzeugs infolge dessen rechtswidrigen Gebrauchs, 2024, S. 160 ff.

⁸⁵ *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, S. 116.

⁸⁶ Diese Thematik ebenfalls ansprechend *Eser* (Fn. 17), S. 115 ff. Die Ausgestaltung der Einziehung als Hauptstrafe wurde zudem u.a. in Art. 27 des Vorentwurfs zu einem Schweizerischen StGB (1894), ausgearbeitet von Carl Stooss, vorgeschlagen. Dem zustimmend v. *Lilienthal*, ZStW 15 (1895), 261 (307).

⁸⁷ BVerfGE 32, 346 (362); 75, 329 (342); 105, 135 (156); BVerfG NJW 2005, 2140 f.; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 61.

⁸⁸ BVerfGE 105, 135 (155).

⁸⁹ Ähnliche Bedenken äußerte der Gesetzgeber auch hinsichtlich der Normierung des Fahrverbots als Hauptstrafe allein im Allgemeinen Teil des StGB, BT-Drs. 18/11272, S. 27.

existenten Geld- und Freiheitsstrafe dar. Selbst das Fahrverbot hätte, wäre es – wie es diskutiert wurde – zur Hauptstrafe angehoben worden, zumindest einen der Geld- oder Freiheitsstrafe annähernd vergleichbaren Anwendungsbereich gehabt, da es sich sowohl auf Vorsatz- als auch auf Fahrlässigkeitstaten erstreckt hätte. Der Anwendungsbereich des Fahrverbots wäre im Vergleich zur Einziehung selbst dann als deutlich weiter anzusehen gewesen, wenn sich Bestrebungen, das Fahrverbot zwar als Hauptstrafe, dafür aber weiterhin begrenzt auf Straftaten, die im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder die unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen wurden, durchgesetzt hätten.⁹⁰ Ebenso wenig können die Argumente, die in der Debatte um die Heraufstufung des Fahrverbots zur Hauptstrafe hervorgebracht wurden, aufgrund der Verschiedenheit von Einziehung und Fahrverbot herangezogen werden.⁹¹

Bei näherer Betrachtung muss zudem festgestellt werden, dass es einer Ausgestaltung der Einziehung als Hauptstrafe nicht zwingend bedarf. In einem Großteil der Fälle wird, sofern es sich nicht um einen derart werthaltigen Gegenstand wie ein Fahrzeug handelt, neben der Einziehung noch eine Geld- oder Freiheitsstrafe, mithin eine zweite Hauptstrafe, erforderlich sein. Dies ist bereits möglich. In den Fällen, in denen das nicht möglich ist, sondern die Geld- oder Freiheitsstrafe der an sich angezeigten Einziehung entgegensteht, wie dies insbesondere bei der Fahrzeug- und Grundstückseinziehung vorkommen kann, genügt es, wenn die Hauptstrafe ausnahmsweise derart niedrig bemessen wird, dass die im konkreten Einzelfall effektivere Sanktion der Einziehung weiterhin möglich bleibt. Wenn aber selbst in Fällen des gesetzlichen Mindestmaßes der Hauptstrafe die Einziehung immer noch nicht als tat- und schuldangemessen angesehen werden kann, würde auch das vollständige Wegfallen der Hauptstrafe an diesem Umstand nichts ändern, sodass die Einziehung selbst dann nicht angeordnet werden dürfte, wenn diese eine Hauptstrafe darstellen würde. Somit wäre zugleich ein Ausweichen auf die Geld- oder Freiheitsstrafe erforderlich. Diese Überlegung wird durch einen Blick auf das Mindestmaß der derzeit möglichen Hauptstrafen deutlich: Eine Geldstrafe muss einen Mindestbetrag von insgesamt fünf Euro erreichen und die Freiheitsstrafe darf einen Monat bzw. im Regelfall sechs Monate nicht unterschreiten. Dass das Wegfallen derartig geringer Sanktionen die Einziehung eines werthaltigen Gegenstandes plötzlich als schuldangemessen erscheinen lässt, wird sich kaum behaupten lassen.

Die Befürchtung, dass die Hauptstrafe bis zu einer bestimmten Höhe kaum ernstzunehmen wäre, ist zudem unschädlich, schließlich ist es in vielen der Fälle, in denen der Tatrichter die Einziehung des Wertgegenstands anordnet und aufgrund des Wertes des Gegenstandes die Hauptstrafe entsprechend gering ausfallen muss, nicht die eigentliche Hauptstrafe, sondern vielmehr die Einziehung an sich, die den Täter spürbar trifft, sodass die Gesamtstrafe im Ergebnis ernstge-

nommen wird. Daher wird eine solche Sanktionierung die Wirkung auch dann nicht verfehlen, wenn die Hauptstrafe kaum ins Gewicht fällt.

III. Fazit

Die derzeit in Rechtsprechung und Literatur bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Fahrzeugeinziehung können beseitigt werden, wenn zwischen dem Haupt- und Nebenzweck der Fahrt unterschieden wird. Nur wenn der Hauptzweck der Fahrt in der Straftatbegehung liegt, stellt das Fahrzeug ein grundsätzlich einziehungsfähiges Tatmittel dar.

Mangels bestehender Sondervorschrift ist die Einziehung im Falle der §§ 315c, 316 StGB nicht möglich. Die Argumente, die bislang gegen die Einführung vorgebracht wurden, sind allerdings nicht tragfähig.

Sowohl in den einzuführenden Sondervorschriften der §§ 315c, 316 StGB als auch in den existierenden Sondervorschriften der § 21 Abs. 3 StVG, § 6 Abs. 3 PflVG und § 9 Abs. 3 AuslPflVG sollte die Dritteinziehung ermöglicht werden.

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass mit der Einführung des § 315f StGB jedenfalls ein erster Schritt in die richtige Richtung betreffend die Einziehung von Kraftfahrzeugen bei den sog. „Straßenverkehrsdelikten“ vorgenommen wurde. Diesen gilt es nun entsprechend den obigen Ausführungen auszuweiten.

⁹⁰ Siehe dazu etwa BT-Drs. 12/6141; 13/4462; 14/9358; 15/2725.

⁹¹ Dazu im Einzelnen *Kemter* (Fn. 84), S. 322 ff.

Entscheidungsbesprechung

Zur rechtlichen Einordnung der Zeugeneigenschaft als besonderes persönliches Merkmal

Das die Strafbarkeit begründende Tatbestandsmerkmal „als Zeuge“ in § 153 StGB ist kein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB, sondern ein tatbezogenes persönliches Merkmal, auf welches die Norm keine Anwendung findet. (Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 28 Abs. 1, 153

BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23¹

I. Einleitung

Die hier zu besprechende BGH-Entscheidung behandelt, soweit ersichtlich, erstmals das Problem, ob die Zeugeneigenschaft in § 153 StGB ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB darstellt. Die Begründung des BGH basiert dabei auf den gängigen Auslegungsmethoden, sodass auch die Anmerkung sich an dieser Vorgehensweise orientiert. Im Folgenden soll daher zunächst allgemein auf § 28 StGB und die Abgrenzung zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen eingegangen werden, bevor der Beschluss des BGH anhand der Auslegungsmethoden näher untersucht wird.

II. Der Sachverhalt

Der Beschluss ist das Resultat eines jahrelangen Hin und Hers zwischen Karlsruhe und den Instanzgerichten. Dabei liegt der Entscheidung zwar ein Urteil des Landgerichts Oldenburg² zugrunde, ursprünglich wurde die Sache jedoch vor dem Landgericht Aurich verhandelt: Der angeklagte Strafverteidiger überredete den Geschädigten einer Bedrohung zu einer Falschaussage im Zeugenstand, um eine für seinen Mandanten belastende Aussage zu vermeiden. Das Opfer berief sich daraufhin in seiner Aussage mehrfach auf Erinnerungslücken. Nach Aufdeckung der Tat gestand das Opfer die falsche Aussage und wurde infolgedessen zu einer Geldstrafe verurteilt. Das Landgericht Aurich verurteilte den Strafverteidiger wegen Anstiftung zur Falschaussage und Strafvereitelung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten. Im Anschluss rügte der Rechtsanwalt Fehler des Strafausspruchs im Wege der Revision. Der 3. Strafsenat verwies den Fall unter Aufhebung des Strafausspruchs an das Landgericht Aurich zurück. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten zu derselben Freiheitsstrafe, wogegen der Straf-

verteidiger wiederum Revision einlegte und der Senat den Fall schließlich an das Landgericht Oldenburg verwies, das eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten zur Bewährung aussprach. Gegen diese Entscheidung richtete sich der Angeklagte erneut mit der Revision, welche sich auf den in Rede stehenden Strafausspruch des Landgerichts Oldenburg in Höhe von einem Jahr und drei Monaten zur Bewährung beschränkte.

Hintergrund für den jahrelangen Rechtsstreit über die Strafhöhe dürfte der nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 BRAO drohende Widerruf der anwaltlichen Zulassung sein, sollte der Anwalt rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt werden. An dieser Konsequenz offenbart sich die Sprengkraft der zentralen Fragestellung: Wäre § 28 Abs. 1 StGB auf § 153 StGB anwendbar, wäre die Strafe des Anwalts nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern, sodass er auf eine Freiheitsstrafe unter einem Jahr hoffen könnte.

III. Analyse der Entscheidung

Der Fall wirft die Rechtsfrage auf, ob es sich bei dem Merkmal „als Zeuge“ in § 153 StGB um ein täterbezogenes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB handelt. Zwar definiert § 14 Abs. 1 StGB besondere persönliche Merkmale als „besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände“. Allerdings muss unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Normzwecke der Begriff des besonderen persönlichen Merkmals in beiden Normen getrennt betrachtet werden, da der Anwendungsbereich des § 28 Abs. 1 StGB über den des § 14 Abs. 1 StGB hinausgeht.³

Hintergrund für die Regelung des § 28 Abs. 1 StGB ist, dass die grundsätzlich geltende Akzessorietät der Teilnahme unrechts- und schuldbegründende Merkmale nicht hinreichend abbilden kann, die nur die Person des Täters (und weniger die Tat als solche) kennzeichnen.⁴ § 28 Abs. 1 StGB schränkt somit die Rechtsfolge der §§ 26, 27 StGB in Bezug auf die dort bestimmte Teilnahmeakzessorietät ein.⁵ Das Gesetz lehnt eine uneingeschränkte Akzessorietät der Teilnahme dann ab, wenn das Unrecht der Haupttat nicht ausschließlich auf objektiven Umständen beruht.⁶ Auf den Fall angewendet bedeutet das Folgendes: Wird die Zeugeneigenschaft des Haupttäters als besonderes täterbezogenes Merkmal verneint, kann der angeklagte Verteidiger gem. § 26 StGB gleich einem Täter bestraft werden, § 28 Abs. 1 StGB kommt nicht zur Anwendung. Wird hingegen das Merkmal „als Zeuge“ als besonderes persönliches Merkmal eingestuft, muss gem. § 28 Abs. 1 StGB die Strafe entsprechend gemil-

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=137633&pos=0&anz=1368> sowie veröffentlicht in BeckRS 2024, 10686.

² LG Oldenburg, Urt. v. 15.8.2023 – 3 Kls 410 Js 11816/20 (14/23) = BeckRS 2023, 48256.

³ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 46 Rn. 13; Joecks/Scheinfeld, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 28 Rn. 18; Valerius, Jura 2013, 15 (17); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 28 Rn. 3.

⁴ Kudlich, in: ders./v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2024, § 28 Rn. 1.

⁵ Joecks/Scheinfeld (Fn. 3), § 28 Rn. 1.

⁶ Joecks/Scheinfeld (Fn. 3), § 28 Rn. 1.

dert werden, da dem angeklagten Verteidiger dann bei seiner Anstiftungshandlung die strafbegründende Zeugeneigenschaft fehlt.

Ausgangspunkt der Entscheidung ist zunächst die Abgrenzung zwischen *täterbezogenen* persönlichen Merkmalen und *tatbezogenen* persönlichen Merkmalen. Letztere stellen keine besonderen persönlichen Merkmale i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB dar, sodass die Vorschrift keine Anwendung findet. Entscheidend für die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB ist somit, ob es sich bei dem Merkmal „als Zeuge“ um ein *täterbezogenes* besonderes persönliches Merkmal handelt.

In der Literatur ist die Abgrenzung zwischen *tat-* und *täterbezogenen* Merkmalen im Allgemeinen und insbesondere in Bezug auf Sonderpflichten stark umstritten.⁷ Überwiegend wird ein *täterbezogenes* Merkmal durch die Literatur dann angenommen, wenn der Tatbestand besondere *Tätereigenschaften* enthält, die auf vortatbestandlichen, gesteigerten Pflichten beruhen.⁸ Drücke sich hingegen in der Forderung nach besonderen *Tätereigenschaften* aus, dass solche Eigenschaften mit einer gesteigerten Gefährlichkeit des Täters einhergehen, liege ein *tatbezogenes* Merkmal vor.⁹ Vereinzelt wird an dieser Unterscheidung kritisiert, dass sie zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt, sodass nach alternativen Abgrenzungskriterien gesucht wird.¹⁰ So wird stattdessen eine Unterscheidung zwischen funktionell sachlich und funktionell präventionsorientierten Merkmalen gefordert, wobei nur letztere besondere persönliche Merkmale darstellen würden.¹¹ Funktionell sachliche Merkmale seien dabei solche, die sich auf Art und Ausmaß der Rechtsgutverletzung beziehen.¹² Andere differenzieren zwischen wertneutralen und wertbezogenen Merkmalen und ordnen nur letztere als besondere persönliche Merkmale ein.¹³ Daneben wird teilweise die sog.

Einheitstheorie vertreten: Danach sollen alle Merkmale, die nicht in mittelbarer Täterschaft verwirklicht werden können, nach § 28 Abs. 1 StGB zu behandeln sein.¹⁴ Eine andere Auffassung will ein besonderes persönliches Merkmal nur bei Sonderdelikten und möglicherweise schuldrelevanten Merkmalen annehmen.¹⁵ Allein aus dieser Fülle der referierten Auffassungen wird deutlich, dass die Einzelheiten in der Literatur, insbesondere mit Blick auf etwaige Sonderpflichten, umstritten sind.

Der BGH setzt sich mit den unterschiedlichen Literaturauffassungen in seiner Entscheidung jedoch nicht auseinander. Vielmehr wiederholt er den durch zahlreiche Entscheidungen¹⁶ gefestigten Standpunkt der Rechtsprechung, dass für die Einordnung als *täter-* oder *tatbezogenes* Merkmal entscheidend sei, ob der Schwerpunkt des Merkmals in der Tat oder aber in der Persönlichkeit des Täters liegt. Der Charakter und die Schutzrichtung des Tatbestandes sollen bei der Einordnung des Merkmals ebenfalls wertend berücksichtigt werden.¹⁷ Abweichende Kriterien sollen heranzuziehen sein, wenn es sich um Merkmale handelt, die durch Pflichten gekennzeichnet sind.¹⁸ Dabei komme es entscheidend darauf an, welche Art von Pflicht das Merkmal umschreibt. Ein durch die Persönlichkeit des Täters geprägtes, mithin *täterbezogenes* Merkmal, nimmt der BGH bei vorstrafrechtlichen Sonderpflichten an. Handelt es sich hingegen um ein strafrechtliches, an jeden gerichtetes Gebot, werde die Tat an sich gekennzeichnet, sodass das Merkmal *tatbezogenen* Charakter aufweise.

Im Hinblick auf die Zeugeneigenschaft kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass es sich um ein *tatbezogenes* persönli-

⁷ Joecks/Scheinfeld (Fn. 3), § 28 Rn. 25 ff.; Heine/Weißer, in: Schönte/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 28 Rn. 15 ff.; ausführliche Darstellung bei Gerson, JR 2024, 1 (5 ff.) – ahead of print.

⁸ Vogler, in: Warda/Waider/v. Hoppel/Meurer (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 265 (268); Langer, in: Warda/Waider/v. Hoppel/Meurer (a.a.O.), S. 241 (246 f.); nach Heine/Weißer (Fn. 7), § 28 Rn. 18, läge nur ein persönliches Merkmal vor, wenn personale Unrechtselemente eine Sonderpflicht begründen; so auch Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 225.

⁹ Grebing, ZStW 88 (1976), 162 (175); Geppert, ZStW 82 (1970), 40 (64); Grünwald, in: Dornseifer/Horn/Schilling Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 555 (559); Blauth, Handeln für einen anderen nach geltendem und commendem Strafrecht, 1968, S. 63, 100; Heine/Weißer (Fn. 7), § 28 Rn. 17; Geppert, ZStW 82 (1970), 40 (64).

¹⁰ Joecks/Scheinfeld (Fn. 3), § 28 Rn. 27; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 28 Rn. 37.

¹¹ Hoyer (Fn. 10), § 28 Rn. 34.

¹² Hoyer (Fn. 10), § 28 Rn. 26.

¹³ Herzberg, ZStW 88 (1976), 68 (84 ff.); ders., JuS 1983, 737 (738).

¹⁴ Schünemann, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1978, 131 (149 ff.); ders., GA 1986, 336 ff.; ders., in: Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 561 (569); ders./Greco, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 10 ff., 25.

¹⁵ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 196; Roxin, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl. 1994, § 28 Rn. 51 ff.

¹⁶ St. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 29.9.1993 – 2 StR 336/93, BGHSt 39, 326 (328); BGH, Urt. v. 25.1.1995 – 5 StR 491/94 = BGHSt 41, 1 (2) m.w.N.; BGH, Urt. v. 23.10.2018 – 1 StR 454/17 = BGHSt 63, 282 (284 Rn. 16); BGH, Beschl. v. 22.1.2013 – 1 StR 234/12 = BGHSt 58, 115 (117 f.); BGH, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 416/20 = BGHSt 66, 66 (69 Rn. 9).

¹⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2018 – 1 StR 454/17 = BGHSt 63, 282 (284 Rn. 16) m.w.N.

¹⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 25.1.1995 – 5 StR 491/94 = BGHSt 41, 1 (4 f.) m.w.N.; BGH, Urt. v. 23.10.2018 – 1 StR 454/17 = BGHSt 63, 282 (282 Rn. 17) m.w.N.; BGH, Beschl. v. 22.1.2013 – 1 StR 234/12 = BGHSt 58, 115 (117 Rn. 8 ff.); BGH, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 416/20 = BGHSt 66, 66 (69 Rn. 9).

ches Merkmal handele, auf das § 28 Abs. 1 StGB keine Anwendung findet.

Dieses Ergebnis begründet der BGH mit einer lehrbuchmäßigen, methodischen Auslegung des § 153 StGB.

1. Wortlaut

Nach Auffassung des BGH sei der Wortlaut „als Zeuge“ so zu verstehen, dass er denjenigen erfasst, der während einer Zeugenvernehmung falsch aussagt. Das Merkmal beziehe sich auf die Deliktshandlung der Falschaussage als solche und gerade nicht auf die Eigenschaft des Täters als Zeugen. Der Wortlaut „als Zeuge“ ist jedoch grundsätzlich offen. Zwar erscheint eine handlungsspezifische Auslegung, wie der BGH sie vornimmt, denkbar. Diese Interpretation ist jedoch nicht zwingend. Wer „als Zeuge [...] falsch aussagt“, tätigt diese Aussage gerade in seiner Eigenschaft als Zeuge, wodurch ihr personenspezifischer Gehalt zukommt. Dafür spricht auch, dass Aussagender und Zeuge als geistiger Urheber der Aussage eine Einheit darstellen müssen,¹⁹ weshalb der personenbezogenen Eigenschaft als Zeuge durchaus eine gesteigerte Bedeutung zukommt. Allein der Wortlaut stützt daher eine Einordnung als tatbezogenes Merkmal nicht.²⁰ Er legt vielmehr das Gegenteil – die Einordnung als täterbezogenes Merkmal – nahe.

2. Historie

In Form der historischen Auslegung erteilt der BGH einem zweiten möglichen Erklärungsansatz für die Täterbezogenheit eine Absage. Bei § 153 StGB könnte eine persönliche Sonderpflicht, die sodann ein besonderes persönliches Merkmal begründet, darin liegen, dass den Zeugen bzw. Sachverständigen eine persönlich zu erfüllende prozessuale Wahrheitspflicht trifft.²¹ Die Gesetzgebungshistorie der Norm deutet allerdings auf ein tatbezogenes Merkmal hin. Der *Senat* verweist zu Recht auf die ursprünglich auf beeidigte Falschaussagen beschränkte Strafbarkeit, die erst durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.5.1943 um einen Tatbestand der falschen uneidlichen Aussage ergänzt wurde.²² Mit der Einführung des Tatbestandes verfolgte der damalige nationalsozialistische Gesetzgeber nicht das Ziel, eine Sonderpflicht der aussagenden Person zum Schutz der Rechtspflege zu schaffen.²³ Anlass für die Einführung des Tatbestandes war vielmehr die potenzielle Gefahr von Falschaussagen für das

Rechtsgut der Rechtspflege und vor allem das gestiegene Strafbedürfnis für falsche uneidliche Aussagen infolge der in der Praxis seltener gewordenen Vereidigungen im Zeugenstand.²⁴

3. Systematik

Der *Senat* setzt sodann den Schwerpunkt auf die systematische Auslegung der Aussagedelikte.

a) Vergleich § 154 StGB

Zu Beginn wird ein Vergleich des § 153 StGB mit dem Struktur- und Regelungsgehalt des Meineids gem. § 154 StGB gezogen. Dabei unterscheiden sich die Normen hinsichtlich des Täterkreises: § 154 StGB erfasst im Gegensatz zu § 153 StGB nicht nur Aussagen von Zeugen, sondern auch beeidigte Parteiaussagen. Das Gesetz differenziert bei § 154 StGB hinsichtlich des Strafrahmens nicht zwischen Zeugen und Parteien im Zivilprozess, sondern legt den Strafrahmen unabhängig von der Position des Täters fest. Daraus zieht der *Senat* den Schluss, dass der Meineid von Parteien und Zeugen nach dem Willen des Gesetzgebers gleichwertiges Unrecht verwirklicht. Würde i.R.d. § 153 StGB, und somit auch bei § 154 StGB, § 28 Abs. 1 StGB auf Zeugen angewendet, entstünde ein Wertungswiderspruch zu den Zivilprozessparteien. Es fehle in § 154 StGB an einem besonderen persönlichen Merkmal, dass den Zivilprozessparteien eine Sonderpflicht zur Wahrheit auferlege, sodass auch eine Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB nicht in Betracht komme. Durch die Nichtanwendung von § 28 Abs. 1 StGB würden die Parteien benachteiligt, obwohl sie nach der Gesetzessystematik im Fall eines Meineids dasselbe Unrecht wie Zeugen verwirklichen. Im gleichen Zug weist der BGH auf die Möglichkeiten zur Vermeidung dieses Widerspruchs hin: Man könne einerseits auf die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB innerhalb des § 154 StGB verzichten. Das wäre allerdings innerhalb der §§ 153 ff. StGB inkonsequent und würde zu sachfremden Ergebnissen führen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass § 154 StGB eine Qualifikation zu § 153 StGB für Zeugen und Sachverständige darstellt.²⁵ Andererseits könnte man eine Pflichtenstellung der Zivilprozesspartei bejahen.²⁶ Zweifelhaft wäre bei Annahme einer Wahrheitspflicht der Parteien dann aber die Straflosigkeit falscher uneidlicher Parteiaussa-

¹⁹ H. E. Müller, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, Vor § 153 Rn. 17.

²⁰ So auch Stephan/Zurmussen, KriPoZ 4/2024, 317 (319); Gerson, JR 2024, 1 (4) – ahead of print.

²¹ So etwa Zöller, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, Vorb. § 153 Rn. 10.

²² RGBI I 1943, S. 339 (340).

²³ BGH, Urt. v. 13.7.1966 – 4 StR 178/66 = BGHSt 21, 116 (117); Gerl, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 28 StGB, 1975, S. 148 f.; Heidland, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 50 Abs. 2 StGB, 1971, S. 94.

²⁴ Diese Einschätzung zum Strafbedürfnis wird auch auf der Grundlage des heutigen, rechtsstaatlichen Strafrechtsverständnisses verbreitet geteilt. Siehe H. E. Müller (Fn. 19), § 153 Rn. 3; Bosch/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 153 Rn. 1; Norouzi, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 153 Rn. 1; Gerl (Fn. 22), S. 148 f.; Heidland (Fn. 22), S. 94; jeweils m.w.N.

²⁵ Kudlich (Fn. 4), § 154 Rn. 2; H. E. Müller (Fn. 19), § 154 Rn. 4; Bosch/Schittenhelm (Fn. 23), § 154 Rn. 1; vgl. auch Stephan/Zurmussen, KriPoZ 4/2024, 317 (320).

²⁶ Vgl. H. E. Müller, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 358; dafür Stephan/Zurmussen, KriPoZ 4/2024, 317 (321); Gerson, JR 2024, 1 (4) – ahead of print.

gen.²⁷ Die Straflosigkeit falscher *uneidlicher* Parteiaussagen wird in der Literatur zum Teil mit der erhöhten Gefährlichkeit eidlicher Parteiaussagen für die Beweiswürdigung im Zivilverfahren erklärt, da diese für die Rechtspflege und Wahrheitsfindung genauso gefährlich wie eine uneidliche oder *eidliche* Zeugenaussage im Strafprozess sein können.²⁸ Diese Frage eines möglichen Wertungswiderspruch stellt sich schon nicht, wenn man in dem Merkmal des Zeugen ein tatbezogenes Merkmal sieht, auf das § 28 Abs. 1 StGB keine Anwendung findet.

b) Strafrahmendiskrepanz zu § 160 Hs. 1 StGB

Als nächstes widmet sich der BGH der Strafrahmendiskrepanz zwischen einer Anstiftung gem. §§ 154, 26 StGB und einer Verleitung zur eidlichen Falschaussage gem. § 160 Hs. 1 StGB. Zunächst schickt der *Senat* eine allgemeine Aussage zur systematischen Auslegung der §§ 153 ff. StGB vorweg: § 160 StGB füge sich „nicht bruchlos in die Gesetzes-systematik der Aussagedelikte“ ein, sodass aus § 160 StGB nicht ohne weiteres induktiv Folgerungen gezogen werden können. Beispielsweise verbiete es sich, aus der geringen Straferwartung des § 160 Hs. 1 StGB uneingeschränkt Schlüsse für die besondere Pflichtwidrigkeit oder das persönliche Unrecht des Aussagenden zu ziehen. Allein die mildere Strafandrohung des § 160 Hs. 1 StGB gegenüber derjenigen der §§ 154, 26 StGB rechtfertige keine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB. Der erhöhte Strafrahmen ließe sich, so der BGH, vielmehr mit der historischen Entstehung des § 160 StGB erklären. § 160 Hs. 1 StGB stellt das Verleiten zur Ableistung eines falschen Eids unter Strafe und soll die Lücke schließen, die sich daraus ergibt, dass es sich bei §§ 153 ff. StGB nach h.M. um eigenhändige Delikte handelt, die nicht in mittelbarer Täterschaft begangen werden können.²⁹ Bei der systematischen Auslegung müssen die schon seit der Einführung der Norm kontroversen Diskussionen über die Rechtsnatur der Vorschrift und das Verhältnis zu den §§ 153 ff. StGB beachtet werden.³⁰

Maßgeblich für die systematische Auslegung ist also der Grund für die niedrigere Straferwartung des § 160 Hs. 1 StGB. Allein die Dogmatik der Aussagedelikte birgt aufgrund des oben genannten systematischen Bruchs keine eindeutige Antwort für die unterschiedlichen Strafrahmen.³¹ Damit widerspricht der BGH einer in der Literatur vertretenen Auffassung, die aus der schärferen Straferwartung des § 153 StGB im Vergleich zu § 160 StGB die besondere

Pflichtenstellung des Aussagenden herleiten will und den Strafrahmen als Hauptargument für die Annahme eines persönlichen Merkmals nutzt.³²

Der BGH stellt fest, dass der Meineid zur Zeit der Einführung der Vorschrift noch als Sakraldelikt behandelt wurde. Das heißt, der Unrechtsvorwurf bezog und beschränkte sich auf den religiösen Moment der Vereidigung.³³ Die vorsätzliche Verleitung zur Falschaussage findet im Vorfeld der Aussage statt und gefährdet das geschützte Rechtsgut zu diesem Zeitpunkt gerade nicht. Infolgedessen wurde die Verleitung historisch als weniger strafwürdig als die Anstiftung zum Meineid angesehen.³⁴ Die Strafrahmendiskrepanz knüpfe an den Vorsatz des Aussagenden an und begründe sich in dem Wertungsunterschied zwischen dem vorsätzlichen § 154 StGB und dem unvorsätzlichen § 160 Hs. 1 StGB.

Die Gegenauffassung in der Literatur sieht den Grund der unterschiedlichen Strafandrohungen hingegen in dem höheren Gewicht des Beitrags des Zeugen, der ihm durch die Belehrung verdeutlicht werde.³⁵ Jemanden, der einen anderen zu einem falschen Eid verleiten würde, träfe keine Sonderpflicht, da er kein direkter Teil der Zeugenaussage sei.³⁶ Zeugen, die selbst potenzielle Beweismittel darstellen, würden hingegen über größere Möglichkeiten verfügen, die Rechtspflege anzugreifen, als Personen, die nicht als Beweismittel in Betracht kommen.³⁷

Dieses Argument der Literatur vermag allerdings nicht zu überzeugen: Im Fall der Verleitung eines gutgläubigen Zeugen hat der Zeuge trotz seiner unmittelbaren Prozessbeteiligung zwar die Aussage an sich, nicht aber den Wahrheitsgehalt der Aussage in der Hand. Allein die Abwesenheit im Zeugenstand genügt nicht, um eine Distanz zum geschützten Rechtsgut der Rechtspflege oder ein geringeres Unrecht zu begründen. Die Anknüpfung der Sonderpflicht an die Belehrung des Zeugen macht Formalia zur Grundlage einer vermeintlich näheren Beziehung des Zeugen zur Rechtspflege. Der Verleitende greift mit der Verursachung einer falschen

²⁷ H. E. Müller (Fn. 25), S. 358.

²⁸ Deichmann, Grenzfälle der Sonderstraftat, 1993, S. 104 ff.

²⁹ Kudlich (Fn. 4), § 153 Rn. 2; Reese, JA 8–9/2005, 612 (613); H. E. Müller (Fn. 19), Vor §§ 153 ff. Rn. 16 f.; Heger (Fn. 3), Vor §§ 153 ff. Rn. 7; Bosch/Schittenhelm (Fn. 23), Vor §§ 153 ff. Rn. 2a; a.A. Mitsch, ZfStw 1/2022, 35 (38); Puppe, ZStW 120 (2008), 504 (514, 525).

³⁰ Vgl. nur Vormbaum, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 160 Rn. 14 ff.; H. E. Müller (Fn. 19), § 160 Rn. 2 f.

³¹ H. E. Müller (Fn. 25), S. 381 ff.

³² So etwa Vormbaum, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 284; Hoyer (Fn. 10), § 28 Rn. 37; Herzberg, GA 1991, 145 (182); ders., ZStW 88 (1976), 68 (103 f.); Gallas, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 600 (607 ff., 614 f.); Deichmann (Fn. 27), S. 60 ff.; Hake, Beteiligungsstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 112.

³³ Zur Entstehungsgeschichte vgl. H. E. Müller (Fn. 25), S. 381 ff.; Bosch/Schittenhelm (Fn. 23), § 160 Rn. 3/4.

³⁴ Joecks/Scheinfeld (Fn. 3), § 28 Rn. 32; Bosch/Schittenhelm (Fn. 23), § 160 Rn. 3/4; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, Vor § 153 ff. Rn. 1; Heidland (Fn. 22), S. 95 ff.; H. E. Müller (Fn. 25), S. 354 ff.

³⁵ Herzberg, ZStW 88 (1976), 68 (103).

³⁶ Schünemann/Greco, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 6, 13. Aufl. 2010, Vor § 153 ff. Rn. 64.

³⁷ Hoyer (Fn. 10), § 28 Rn. 37, für eine weitergehende Wahrheitspflicht des Zeugen: Joecks/Scheinfeld (Fn. 3), § 28 Rn. 32; vgl. auch Zöller (Fn. 20), Vor § 153 Rn. 9.

Aussage die geschützte Rechtspflege ebenso wie ein Zeuge an.³⁸ Den im Hintergrund Agierenden muss – wenn im Rahmen der Aussagedelikte schon eine Sonderpflicht angenommen wird – ebenfalls eine Pflicht zum Schutz der Rechtspflege treffen. Zeuge und Verleitender sind diesbezüglich gleich zu behandeln. Der Strafraumenunterschied begründet sich allein historisch. Im Übrigen besteht eine Strafrahmen Diskrepanz auch zwischen § 160 Hs. 1 StGB und § 159 StGB, wobei die letzte Vorschrift ebenfalls nicht den Zeugen bestraft.³⁹

Der BGH belässt es hierbei mit seinen systematischen Ausführungen.

Ebenfalls setzt sich der BGH in seiner systematischen Auslegung nicht mit einigen Stimmen in der Literatur auseinander, die zugunsten der Sonderpflicht des Zeugen auf den niedrigeren Strafraumen des § 258 StGB abstellen, dessen Täterkreis ebenfalls nicht begrenzt sei, sodass nur eine besondere Pflichtenstellung die Strafschärfung rechtfertigen könne.⁴⁰ Auch dieses Argument erweist sich als nicht tragfähig, da § 258 StGB in keinem systematischen Zusammenhang mit §§ 153 ff. StGB steht, eine andere Deliktsstruktur aufweist und ferner bereits das geschützte Rechtsgut nicht übereinstimmt.⁴¹ Die schärfere Strafordrohung kann daher nicht auf eine Pflichtenstellung des Zeugen gestützt werden.

Um die vom BGH aufgezeigten Wertungswidersprüche gar nicht entstehen zu lassen, ist die systematische Auslegung des BGH überzeugend. Dementsprechend findet die Annahme des Merkmals „als Zeuge“ als tatbezogenes Merkmal eine Stütze in der Gesamtsystematik der Aussagedelikte.

4. Schutzrichtung des § 153 StGB

Besondere Bedeutung für die Einordnung kommt außerdem dem Zweck des § 153 StGB zu. Schutzgut der §§ 153, 154 StGB ist die inländische Rechtspflege, deren Entscheidungsgrundlagen durch unwahre Aussagen nicht gefährdet werden sollen.⁴² Die Unwahrheit der Aussage als solche sei dem BGH zufolge das im Vordergrund stehende strafbarkeitsbegründende Element des § 153 StGB.⁴³ Den Grund für eine Strafbarkeit nach § 153 StGB sieht der BGH somit nicht in der Verletzung einer speziell den Täter betreffenden Pflicht

zur Bewahrung eines ihm anvertrauten Rechtsgutes, sondern in einem objektiven Eingriff in das geschützte Rechtsgut der Rechtspflege. Dadurch fehle es im Verhältnis zum Teilnehmer an einer gesteigerten Verantwortung des Zeugen für die inländische Rechtspflege, sodass zwischen dem verwirklichten Unrecht des Täters und des Teilnehmers keine derartige Diskrepanz bestehe, die eine Lockerung der Akzessorietät und eine damit einhergehende Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB rechtfertigen würde. Vielmehr begründet der BGH die akzessorische Zurechnung mit der Rechtsgutsbezogenheit des Merkmals „als Zeuge“ und stützt sich dabei auf die formell-prozessuale Natur der Zeugeneigenschaft.⁴⁴ Der Zeuge nehme bei der Wahrheitsfindung lediglich eine tatsächliche und eben keine rechtliche Stellung ein, da die Befugnis der Wahrheitsfindung beim Gericht liegt. Die Formulierung „als Zeuge“ mache zudem deutlich, dass die Verpflichtung des Zeugen nur im Zeitpunkt der Vernehmung besteht. Außerhalb der Vernehmung werde er wieder zum „jedermann“, der nicht mehr als jeder andere zum Schutz der Rechtspflege verpflichtet ist.⁴⁵

Der Verweis auf die Schutzrichtung des § 153 StGB zur Begründung eines tatbezogenen persönlichen Merkmals überzeugt. § 153 StGB verbietet es, zum Schutz der Rechtspflege die Feststellung des Sachverhaltes durch unwahre Aussagen zu gefährden. Dadurch soll gleichzeitig auch Rechtssicherheit in dem Sinne geschaffen werden, dass auf die inhaltliche Richtigkeit des Urteils vertraut werden kann und die Feststellungen des Gerichts der Wahrheit entsprechen. Besondere Bedeutung kommt daher der unwahren Aussage als solcher zu. Der Zeuge hat – wie der BGH überzeugend feststellt – bei der Wahrheitsfindung zwar einen tatsächlichen, aber keinerlei rechtlichen Einfluss auf die Wahrheitsfindung des Gerichts.⁴⁶ Der Zeuge muss zwar vor Gericht erscheinen und in den Grenzen der Zeugnisverweigerungsrechte auch aussagen. Darüber hinaus hat er jedoch keine besonders auferlegte Pflicht, die ihn von anderen Prozessteilnehmenden abgrenzt.⁴⁷ Die Beweiswürdigung und damit auch die Bewertung des Wahrheitsgehaltes einzelner Beweismittel (in diesem Fall Zeugenaussagen) obliegt im Strafprozess vielmehr dem Tatrichter, vgl. § 261 StPO.⁴⁸ Anders als bei den Amtsträgerdelikten wird dem Zeugen gerade nicht das Rechtsgut der Rechtspflege anvertraut und in seine alleinige Verantwortung gelegt.⁴⁹ Da die Zeugeneigenschaft allein die Nähe zum Rechtsgut charakterisiert, spricht der Sinn und Zweck der Norm, wie vom BGH festgestellt, für eine Einordnung als tatbezogenes Merkmal und

³⁸ Ebenso *Bosch/Schittenhelm* (Fn. 23), § 160 Rn. 3/4.

³⁹ *H. E. Müller* (Fn. 19), Vor § 153 Rn. 19.

⁴⁰ *Vormbaum* (Fn. 31), S. 284.

⁴¹ So schützt § 258 StGB etwa die deutsche Rechtspflege nur hinsichtlich der Aufgabe, den staatlichen Strafanspruch und die Maßnahmen nach § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB für die Verbrechensbekämpfung durchzusetzen, vgl. *Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 7), § 258 Rn. 1 m.w.N. Zudem handelt es sich im Gegensatz zu den §§ 153 ff. StGB um kein eigenhändiges Delikt, s. *Cramer*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 258 Rn. 41.

⁴² *Kudlich* (Fn. 4), § 153 Rn.1; *H. E. Müller* (Fn. 19), Vor § 153 ff. Rn. 7; *Heger* (Fn. 3), Vor § 153 ff. Rn. 1.

⁴³ Vgl. BGH, Beschl. v. 24.10.1955 – GSSSt 1/55 = BGHSt 8, 301 (309); BGH, Urt. v. 15.2.1957 – 1 StR 471/56 = BGHSt 10, 142 (143); BGH, Urt. v. 13.7.1966 – 4 StR 178/66 = BGHSt 21, 116 (117).

⁴⁴ So auch *Bosch/Schittenhelm* (Fn. 23), Vor §§ 153 ff. Rn. 42; *H. E. Müller* (Fn. 25), S. 342.

⁴⁵ Vgl. *Ruß/Wolters*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 9, 13. Aufl. 2022, Vor § 153 Rn. 7; *H. E. Müller* (Fn. 25), S. 351 f.

⁴⁶ Vgl. auch *H. E. Müller* (Fn. 19), Vor § 153 Rn. 19.

⁴⁷ So auch *H. E. Müller* (Fn. 19), Vor § 153 Rn. 19; anders *Stephan/Zurmussen*, *KriPoZ* 4/2024, 317 (323).

⁴⁸ *Norouzi* (Fn. 23), Vor § 153 Rn. 3.

⁴⁹ *Bosch/Schittenhelm* (Fn. 23), Vor §§ 153 ff. Rn. 42.

gegen eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB.⁵⁰ Die Eingrenzung des Täterkreises auf den Zeugen soll diesen gerade schützen und nicht besonders verpflichten. Nur wenn der Zeuge weiß, dass er gerade als solcher vernommen wird, kann er auch bestraft werden.⁵¹ Die in der Literatur teils vertretene Auffassung, dass es sich bei dem Merkmal „als Zeuge“ um ein täterbezogenes Merkmal handelt, hat zudem Schwierigkeiten, den konkreten Zeitpunkt zu bestimmen, in dem die Zeugenpflicht begründet und beendet wird. Dies kann zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, zum Beispiel, wenn ein geladener Zeuge einen anderen geladenen Zeugen zur Falschaussage anstiftet.⁵²

II. Bewertung

Der BGH schließt sich mit der Einordnung der Zeugeneigenschaft als tatbezogenes Merkmal der überwiegenden Meinung in der Literatur an. Die Ausführungen zum recht offenen Wortlaut eignen sich dabei lediglich als Ausgangspunkt für die Argumentation. Vor dem Hintergrund der Historie, Systematik sowie der Schutzrichtung des § 153 StGB überzeugt die Entscheidung des *Senats* im Ergebnis dennoch.⁵³ Mit der Entscheidung positioniert sich der 3. *Strafsenat* erstmals höchststrichterlich und sorgt so für die Zukunft in Bezug auf die rechtliche Einordnung der Zeugeneigenschaft in den §§ 153 ff. StGB für Klarheit.

Abschließend regt die Entscheidung zu weiterführenden Gedanken an: Die Einordnung durch den BGH als tatbezogenes Merkmal wirft dabei die Frage auf, ob in Zukunft an der Einordnung der Aussagedelikte als eigenhändige Delikte und der damit verbundenen Ablehnung einer mittelbaren Täterschaft festgehalten werden kann.⁵⁴ Schließlich wird die Eigenhändigkeit der Aussagedelikte in der Literatur auf den höchstpersönlichen Charakter der prozessualen Wahrheitspflicht zurückgeführt.⁵⁵ Inwieweit dieser personengebundene Rechtsgutsangriff⁵⁶ mit der Einordnung als tatbezogenes Merkmal in Einklang gebracht werden kann, bleibt abzuwarten.

Wiss. Mitarbeiterin Jana Gotthardt, Freiburg, Wiss. Mitarbeiterin Carolin Hoppe, Münster*

⁵⁰ So auch Heger (Fn. 3), § 153 Rn. 7.

⁵¹ Vgl. auch H. E. Müller (Fn. 19), Vor § 153 Rn. 19.

⁵² H. E. Müller (Fn. 19), Vor § 153 Rn. 19.

⁵³ Für eine Einordnung als besonderes persönliches Merkmal Stephan/Zurmussen, KriPoZ 4/2024, 317 (323); Gerson, JR 2024, 1 – ahead of print.

⁵⁴ RG, Urt. v. 24.3.1904 – 4206/0337 = RGSt 37, 92; RG, Urt. v. 11.2.1927 – I 94/27 = RGSt 61, 199 (201); Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 2, 10. Aufl. 2012, § 75 Rn. 96; Heger (Fn. 3), Vor § 153 ff. Rn. 7.

⁵⁵ Roxin, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Fn. 31), S. 380 (394), Schünemann/Greco (Fn. 14), § 25 Rn. 49; Zöller (Fn. 20), Vor § 153 Rn. 10.

⁵⁶ H. E. Müller (Fn. 19), Vor § 153 ff. Rn. 17.

* Jana Gotthardt ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, sowie Strafrecht der Digitalisierung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Prof. Dr.

Frank Zimmermann). Carolin Hoppe ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Münster (Prof. Dr. Mark Deiters) sowie Doktorandin bei Prof. Dr. Frank Zimmermann.

B u c h r e z e n s i o n

Tobias Beinder, Kollektives Unrecht und individuelle Schuld, Verteilungsgerechtigkeit durch systemtheoretisches und einheitstäterschaftliches Denken, Juristische Abhandlungen, Bd. 59, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 2024, 274 S., € 89.

Ursprünglich mit dem Thema der Verantwortlichkeit von Unternehmen nach Völkerstrafrecht begonnen, geriet die angezeigte Berliner Dissertation *Beinder* zu einer nicht mehr „genuin völkerstrafrechtliche(n)“ (S. 7) grundsätzlichen Auseinandersetzung mit der Konzeption des bisher nicht „angemessen bewältigten“ (S. 2) – „Verhältnis[ses] von kollektivem Unrecht und individueller Schuld“ (S. 1). Genauer formuliert, es steht „die Frage nach der Bedeutung des kollektiven Hintergrunds für die Bewertung der individuellen Schuld“ (S. 6) auf dem Prüfstand. Geht es allein darum, das Verbrechen „eindimensional zur Missetat des einzelnen“ hochzustilisieren (S. 9: Zitat *Detlef Krauss*)? Und folgt aus der berühmten Urteils Passage des Jerusalemer Bezirksgericht gegen Eichmann, wonach die Verantwortung mit der Entfernung vom Tatgeschehen wachse (S. 171), im Umkehrschluss nicht, dass sie unter der Voraussetzung „freiheitseinschränkender Defekt[e]“ bei den tatnahen Exekutoren abnehme (S. 67)?

Die fünf Kapitel der Untersuchung werden von Vorwort und Einleitung (S. 1–7) sowie den Ergebnissen in zehn Thesen (S. 237 f.) umrahmt. Im Problemaufriss des 1. Kapitels (S. 8–36) wird das individualistische Narrativ des Völkerstrafrechts als jüngstem Spross des Strafrechts im Allgemeinen entfaltet, das über die „Isolierung der Tat“ (S. 29) vor einem weitgehend ausgeblendeten Hintergrund – in der Regel als „Hintermänner, Drahtzieher, Schreibtischtäter“ (S. 18) hervorgehobene – Einzelne zu Sündenböcken stilisiert und im Gegenzug dem „Rest der Gesellschaft [...] gewissermaßen die Absolution“ erteilt (S. 13, Zitat 14). Mit der gerade in der Praxis natürlich berechtigten Konzentration auf solche, in der Terminologie von *Claus Roxin*, „Zentralgestalten“¹ eines kollektiven Aktionszusammenhangs drohe die Frage unterzugehen, ob deren offenbar als gesteigert wahrgenommene Verantwortung am Kollektivgeschehen nicht eine – vielfach übersehene oder ausgeblendete – möglicherweise verminderte Schuld anderer an diesem Beteiligter gegenüberstehe, die lediglich ansonsten unauffällig gebliebene Mitläufer eines kriminogenen Ausnahmezustandes sind (S. 11 f., 13 ff., 18 f.). An dieser im Folgenden näher umrissenen Fragestellung (S. 27 ff.) interessiert den *Verfasser*, um ein dogmatisches Beispiel heranzuziehen, „die andere Seite der Medaille“, konkret, ob ein „freiheitseinschränkender Defekt des Vordermannes“ dessen Verantwortlichkeit einschränke (S. 67).

Dafür mustert *Beinder* im 2. Kapitel (S. 37–79) existierende Diskussionsvorschläge (S. 43 ff.) – u.a. von *Herbert*

*Jäger*², *Ernst-Joachim Lampe*³, *George Fletcher*⁴, *Ernst-Walter Hanack*⁵, *Klaus Marxen*⁶, *Friedrich Dencker*⁷, *Jan Schlösser*⁸ und dem *Rezensenten*⁹ auf brauchbare Ansätze durch. Aufgrund der Fokussierung auf mögliche Einschränkungen der Verantwortlichkeit rangniedrigerer Täter als Führungsfiguren nicht von ungefähr findet er diese noch am ehesten bei *Jäger*¹⁰ (S. 43 ff., 76 f.) – und, wie sich später zeigen wird (S. 179 ff.), bei *Hanack*¹¹ (S. 51 ff.).

Der *Verfasser* will dadurch tiefer in die Probleme eindringen, dass er im 3. Kapitel das strafrechtliche Menschenbild im Spannungsfeld von Willensfreiheit vs. Determinismus (S. 80–126) diskutiert, wobei ein Verweis auf die gerade im Strafrecht viel diskutierten Experimente von *Benjamin Libet*¹² nicht fehlen kann (S. 85 f.). Dazu ist einerseits anzumerken, dass dessen Anlage – Ausführung einer vorgängig vereinbarten Routinebewegung (auf einen Knopf drücken) – sich mit einer komplexeren Entscheidung, die gar der Überwindung innerer Widerstände bedarf, kaum vergleichen lässt. Andererseits treffen wir täglich unzählige Entscheidungen, *ohne* dass sie von aktiv reflektiertem Bewusstsein begleitet wären. *Beinder* selbst bekennt sich zum Indeterminismus (S. 80), womit er sich im Einklang mit dem gesellschaftlichen Alltagsverständnis befindet. Das Kapitel umfasst ein Kondensat von Gedanken unter anderem aus der Philosophie von *Ernst Tugendhat*¹³, Anthropologie von *Arnold Gehlen*¹⁴, Sozialpsychologie von *George H. Meads*¹⁵ und dem Konstruktivismus von *Björn Kraus*¹⁶. Das herausgeschälte Menschenbild führt der *Verfasser* auf den Einfluss des deutschen Idealismus zurück (S. 106 ff.). Dies zeige sich an der damit einhergehenden „Überbetonung der Autonomie des Individuums unter Ausblendung insbesondere der Einwirkungen und Wechselwirkungen mit dessen sozialer Umwelt“ (S. 111), die

² *Jäger*, Makrokriminalität, Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989.

³ *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683.

⁴ *Fletcher*, in: Heinrich/Jäger u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 793.

⁵ *Hanack*, JZ 1967, 297 (297 und 329).

⁶ *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996.

⁷ *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, Ein Beitrag zur Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, 2004.

⁸ *Jäger* (Fn. 2).

⁹ *Vest*, Völkerrechtsverbrecher verfolgen, Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft, 2011.

¹⁰ *Jäger* (Fn. 2).

¹¹ *Hanack* (Fn. 5).

¹² *Libet*, Mind Time, Wie das Gehirn Bewusstsein produziert, 2005, S. 57.

¹³ *Tugendhat*, Anthropologie statt Metaphysik, 2007.

¹⁴ *Gehlen*, Der Mensch, Seine Natur und seine Stellung in der Welt, 2016.

¹⁵ *George H. Mead*, Geist, Identität und Gesellschaft aus der Sicht des Sozialbehaviorismus, 1968.

¹⁶ *Kraus*, Erkennen und Entscheiden, Grundlagen und Konsequenzen eines erkenntnistheoretischen Konstruktivismus für die soziale Arbeit, 2013.

¹ *Roxin*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl. 1993, § 25 Rn. 35.

im Topos der freien sittlichen Selbstbestimmung kulminiert (S. 106 ff. m.H., 110). Dieser idealisierenden Akzentuierung setzt *Beinder* mit berechtigter Emphase die Notwendigkeit der Berücksichtigung der jeweiligen Handlungssituation und ihrer subjektiven Interpretation durch die in sie gestellten Akteure entgegen (S. 99 ff. mit Hinweis auf das „Thomas-Theorem“ und die Experimente über Gehorsamsbereitschaft von *Stanley Milgram*¹⁷). Die Definition der konkreten Handlungssituation und ihrer Spielräume erfolgt durch den Akteur, der aus ihr auch die Konsequenzen zieht (S. 100). Dessen subjektive, aber ihrerseits durch objektive Codes des Alltags geprägte „Rahmung der Situation“ ist somit entscheidend (S. 101, 118 ff. mit Hinweis auf die Lebensweltkonzeption von *Alfred Schütz*¹⁸), was etwa schon *Schlösser*¹⁹ betont hat (S. 63 f., 224). Dieser Befund verdankt sich Ergebnissen des symbolischen Interaktionismus und der Ethnomethodologie, die nur in Fußnoten erwähnt werden (S. 118 f. Fn. 244 und 246), obwohl sie mehr Prominenz verdient hätten. Kein Wunder, dass nachfolgend auf Strafrechtler wie *Gustav Radbruch*²⁰ und *Werner Maihofer*²¹ gesetzt wird, die einen abstrakten Normativismus ablehnen und den Täter in seine sozialen Bezüge stellen (S. 103 ff.). Uneingeschränkt Zustimmung verdient nach *Beinder* die These von *Otto Backes*²², wonach den konkreten Tatumständen in der „Lebenswirklichkeit des Täters für die Schuldfeststellung zentrale Bedeutung“ zukomme (S. 117; vgl. 170 f.). Der „methodische[n] Kompetenz“ desselben für die Situationsdeutung lasse sich nur aus einer umfassenden „Rekonstruktion der Handlungssituation“ aus seiner eigenen Perspektive erhellen (S. 123). Es wäre einen Hinweis wert gewesen, dass dazu im Grunde die gesetzlich verankerte Vorsatz- und Irrtumsdogmatik nach §§ 15 ff. StGB zwingt (siehe aber S. 189).

Den Untertitel der Untersuchung nimmt das 4. Kapitel über Schuld, Verteilungsgerechtigkeit und Systemdenken auf (S. 127–188). Dabei entscheidet sich der *Verfasser*, wie schon früher angekungen, für den Anschluss an die funktionale Schuldtheorie von *Günther Jakobs*²³, dem es bekanntlich um die kommunikativ auszuhandelnde „Verteilung von Verantwortungsbereichen zwischen (Sub-)Systemen“ unter Täter, Dritten (einschließlich des Opfers) und Gesellschaft zu tun ist (zit. nach S. 127, 134). *Beinder* setzt im Anschluss an ihn auch für das Völkerstrafrecht auf die positive Generalprävention der Schaffung und Bekräftigung von Normbe-

wusstsein (S. 128 f., 229). Schuld ist ihm, wie mit *Krauss*²⁴ festgehalten wird, nicht etwas, was man *hat*, sondern etwas, was man zugerechnet *bekommt* (S. 141, 145 ff.). Inzwischen sind der Leser und die Leserin ausreichend gerüstet, in die Frage der systemtheoretischen Verteilungsgerechtigkeit eingeführt zu werden (S. 149 ff.), die *Beinder* über das Bild von „Justitia mit einem Mobile [...] an Waagschalen“ metaphorisiert (S. 151). Er setzt ganz auf systemisch(-theoretisches) Denken, dem er ein interdisziplinär angelegtes, holistisches Potential attestiert (S. 154 ff., 156 ff.). Dazu rekurriert er auf das allgemeine Systemmodell des Technikphilosophen und Ingenieurs *Günter Ropohl*²⁵ (S. 157, 159 ff.). Die Übernahme dieser Überlegungen führen den *Verfasser* zu einem Plädoyer für ein ganzheitliches oder gesamthaftes Denken, wie es *Eberhard Schmidhäuser*²⁶ vertreten hat (S. 172 f.). Er bleibt auf dieser Linie, wenn er im letzten Abschnitt nicht von vornherein unberechtigte Zweifel an der Leistungsfähigkeit des akzessorischen Teilnahmmodells im Völkerstrafrecht äußert (S. 174 ff.) und die Vorteile eines einheitstäterschaftlichen Mitwirkungsmodells herausstreicht (S. 183 ff.). Denn tatsächlich erscheinen die „normativen Kriterien der sog. Tatherrschaftslehren“ – nach Ansicht des Rezensenten allerdings lediglich verhältnismäßig – „offen“ (S. 177, 177 f.). Mit dem im IstGH-Statut vorgesehenen strafzumessungsrechtlichen „Einheitstarif“ für alle Delikte *und* alle Beteiligungsformen (S. 175) findet sich ein wichtiges Argument zugunsten einer vereinheitlichenden Betrachtung. In der Tat erscheint die Handhabung der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme im Akzessorietätsmodell „durch Strafwürdigkeitsüberlegungen überformt“ (S. 178) – was bei der seinerzeitigen subjektiven Tätertheorie des BGH im Kontext der Beurteilung der NS-Gewaltverbrechen allerdings weit deutlicher zum Ausdruck gelangt ist (S. 179 ff. mit Hinweis auf *Hanack*²⁷, S. 185 – vgl. auch die Hinweise auf das Staschynskij-Urteil²⁸). Tätertheorien sind und bleiben aus objektiven und subjektiven Elementen kombinierte Mischkonzepte ohne strikt vorgegebene Grenzen, zumal es den Gerichten auf Entscheidungsspielraum ankommt. Wie *Beinder* mit Recht betont, geht es dabei letzten Endes um die Höhe der Strafzumessung. Diese fließt nicht notwendig mehr oder weniger direkt aus dem „fair labelling“ (S. 178, 179, 182); dieses ist vielmehr nur ein Durchgangsstadium auf dem Weg zur schuldangemessenen Strafe (S. 178 f., 185 ff.). Die, wie der *Verfasser* anmerkt, jüngst von einer Exponentin²⁹ als

¹⁷ *Milgram*, Das Milgram-Experiment, Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität, 1974.

¹⁸ *Schütz*, Gesammelte Aufsätze 1, Das Problem der sozialen Wirklichkeit, 1971.

¹⁹ *Schlösser* (Fn. 17).

²⁰ *Radbruch*, Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift 1930, 457.

²¹ *Maihofer*, in: ders. (Hrsg.), Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform, 1974, S. 75.

²² *Backes*, in: Kaufmann/Mestmäcker/Zacher (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde, 1988, S. 41.

²³ *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976.

²⁴ *Krauß*, Schuld im Strafrecht, Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter, Antrittsvorlesung, 3. Juni 1992, 1994, S. 3 und S. 20.

²⁵ *Ropohl*, Allgemeine Systemtheorie, Einführung in transdisziplinäres Denken, 2012.

²⁶ *Schmidhäuser*, in: Küper/Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 343.

²⁷ *Hanack* (Fn. 5).

²⁸ BGH, Urt. v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 = BGHSt 18, 87 (19, 178 f.).

²⁹ *van Sliedregt*, Leiden Journal of International Law 29 (2016), 1 (8).

„overstudied“ (S. 178) eingeschätzte völkerstrafrechtliche Beteiligungsdebatte ist allerdings *nicht* auf die Pole Akzessorietäts- vs. Einheitstheorie einzuschränken. Alternative Modelle wie z.B. eine Kombination von Elementen der Beteiligungsformen des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut mit dem einheitlichen Strafraum, der über die zugehörigen Rules of Procedure and Evidence zum IStGH-Statut auch auf den Grad der Mitwirkung („degree of participation“) gem. Art. 145 Abs. 1 lit. c verweist, könnten Erkenntnisgewinn versprechen.

Gänzlich dem „Transfer in das Völkerstrafrecht“ gewidmet ist das als Skizze ausgewiesene, die Studie abschließende 5. Kapitel (S. 189–236). Der *Verfasser* kommt hier auf das systemtheoretische Modell von *Ropohl*³⁰ zurück, dem er die dreistufige Methodik seines Vorgehens entnimmt, die 1. von der Tat als Output des personalen Systems Täter (S. 191 f.) über 2. einen Blick in dessen Binnenverfassung (S. 192 ff.) zur 3. Berücksichtigung der Verflochtenheit des Täters in dessen relationaler Umwelt führt (S. 200 ff.). Die im zweiten Schritt thematisierte Schuldebene bietet ihm Anlass zur Forderung, moderne empirische Wissenschaft für die Aufklärung der Täterpersönlichkeit zu nutzen. *Beinder* ist sich bewusst, damit in den Dunstkreis der verpönten Täterschuldlehre zu geraten (S. 192 f.), hält aber die dabei möglichen Erkenntnisgewinne für beachtlich (S. 196, 199 f.). Als – möglicherweise entlastende – Elemente werden Indoktrinierung, Gehorsams- und Konformitätszwänge ebenso genannt wie Tätertypologien (S. 196 ff.), wobei die reizvolle „Frage nach einer ‚Lebensführungsunschuld‘“ aufgeworfen wird (S. 196). Aspekte wie diese ließen sich indes auch durch die Tatschuldlehre erfassen, zumal sie auch gar nicht darum herumkommt, die Tat als Bezugspunkt zu fassen, in dem sich die Prägungen der Persönlichkeit und Lebensgeschichte des Täters bündeln (so auch S. 194 f. m.H.). Jedenfalls zeigt die Attributionsforschung (S. 138 ff.), dass ex post-Beobachter gleichzeitig dazu neigen, die Zwänge und die Komplexität, denen der Akteur in einer Situation unterliegt, zu unterschätzen und in „defensive attribution“ ihre eigene Fähigkeit zu normtreuem Verhalten zu überschätzen (S. 138 f., 202 f.). Demgegenüber wird mit Recht angemahnt, angesichts der „Mitverantwortung anderer“ den Einzelnen eben ggf. auch zu entlasten (S. 238). Der dritte Schritt bezweckt nichts weniger als „die Modellierung der relationalen Umwelt des individuellen Täters“ (S. 203). Dazu wird unter Rezeption der am Fall des Holocaust entwickelten Organisationssoziologie von *Stefan Kühl*³¹ eine Phänomenologie der Unrechtssysteme gefordert. Die hartnäckig verdrängte Rolle des informellen, durch soziale „Sanktionen“ abgesicherten kameradschaftlichen Konformitätsdrucks, der Autoritätsbindung und der massiven Auswirkungen der organisationalen „Indifferenzzone“ auf eine präsumtive Population von (Gewalt-)Tätern zu Recht herausgestrichen wird (S. 203 ff.). Diese kollektive Rahmung der Situation müsse bei der Schuldbewertung des Einzelnen berücksichtigt werden (S. 207, 214 ff.), da die regelmäßig erfolgreiche Einbindung in das Amalgam aus formalisierten und informellen

Erwartungen „der“ Gewaltorganisation die zukünftige Bereitschaft zur organisationskonformen rechtswidrigen Tat sicherstellt, indem sie Hemmungen vor ihr gezielt abbauen und an sie heranhelfen (S. 207 ff. mit Hinweisen). Der Argumentationsgang klingt mit einer erneuten Rückwendung zur Frage der gerechten „Austarierung der verschiedenen Zuschreibungsmöglichkeiten“ des Geflechts von „mikrokriminellen Phänomenen“ und „makrokriminelle[r] Dimension“ aus (S. 216). Zu Recht erkennt der *Verfasser* dabei die polare Alternative zwischen Einzelverantwortung und Strukturbedingtheit als Scheinproblem (S. 227). Positive Generalprävention allein genügt ihm, vor dem Hintergrund seiner Stoßrichtung nur konsequent, letztlich doch nicht zur Strafbegründung (S. 229). Die Verhinderung von Völkerrechtsverbrechen sei nur bei „vergleichsweise offen[er] und aktiv[er]“ Verweigerung der Tatausführung realistisch (S. 230). Abhilfe könne der neuerdings diskutierte Strafzweck der (symbolischen Ermunterung zur) Zivilcourage schaffen, der neben general- auch spezialpräventive Aspekte enthalte, wenn bzw. da der Einzelne als eine Art „Kontrollinstanz“ der Gesellschaft agiere (S. 231, vgl. S. 234 f.). Kommt die mit der Betonung der individuell-situativen Zwänge richtigerweise zurückgewiesene Idee vollständiger sittlicher Autonomie hier durch die Hintertür des diskutierten „Strafzwecks“ wieder herein? Gerade in Verbrechenssituationen „kriminelle[r] Nahraumoralität“ (S. 6) scheint der Einzelne als letztinstanzliche „Vergewisserungsinstanz“ (S. 1) überfordert. Theoretisch erteilt der *Verfasser* der wertenden Kreation eines „Idealmenschen“ denn auch eine Absage (S. 201). Primär erscheint der angebliche Strafzweck als aus dem gewünschten Ergebnis abgeleitetes Konstrukt: Zivilcourage besitzt man oder besitzt man, wie wohl gerade die Anklage wegen Beteiligung an Systemdelinquenz ausweist, eben nicht. Sie befeuern wird der Strafprozess, der nur ihren Mangel demonstriert, im Gegensatz zu ihrer heute nicht seltenen direkten positiven Prämierung nicht. In ihrem verbreiteten Fehlen wird man jedoch eine Facette der abschließend zu Recht beschworenen gesellschaftlichen Mitursachen und sozialen Mitverantwortung der Gesellschaft sehen (S. 232 f., 234 f.), die mit den Anlass für die Untersuchung gegeben hat.

Wie ersichtlich sind Einschätzungen vereinzelt schon in die vorangegangene Darstellung eingeflossen. Eine gesamt-hafte Würdigung steht noch aus. Sie nimmt ihren Ausgang vom Befund, dass *Beinder* die untersuchungsleitende These erfolgreich belegen kann, dass erhöhte Verantwortungszuschreibung gegenüber einer Person an einer (Schalt-)Stelle bei „relativer Unfreiheit des einzelnen Täters“ (S. 221) eine Verantwortungsverminderung an einer mit ihr verbundenen anderen Stelle nahelegt (S. 221 f.). In diesem Sinne ruft die Perspektive einer „Verantwortungsvermehrung“ nach einem „zweiten“, da in der Regel vernachlässigten Diskurs à la *Klaus Günther*³² (S. 27), und d.h. nach seiner Komplettierung durch den Topos der Verantwortungsverminderung und -entlastung (S. 221). Der komplexe Prozess der Themensuche und -findung, der im Vorwort erwähnt wird, scheint sich im Aufbau und im Gesamtbild der Arbeit zu spiegeln. Einer

³⁰ *Ropohl* (Fn. 25).

³¹ *Kühl*, Ganz normale Organisationen, 2014.

³² *Günther*, KJ 1995, 135 (150).

Arbeit, die versucht, Bausteine einer Reihe vordergründig strafrechtsfremder Materien in eine Art Matrix für eine gerechte Strafzumessung einzubringen. Man kann die Multidisziplinarität als Nachteil sehen, jedoch hebt der Zwang zur Brückenbildung zwischen verschiedendisziplinären Strängen den Argumentationsgang gerade hervor. Die argumentative Verknüpfung ist nachvollziehbar, auch wenn gerade den fachfremden Einschüben nicht immer leicht zu folgen ist, und auch in völkerstrafrechtlicher Hinsicht einiges wie z.B. das joint criminal enterprise schlicht vorausgesetzt wird. Jedoch besticht die Untersuchung in sprachlicher Hinsicht. Sie enthält eine Fülle von sorgfältig aufbereiteten grundsätzlichen Überlegungen zu „selektiv“ ausgewählten Fragen (S. 2, 7), die im Vorangegangenen nicht alle angesprochen werden konnten. Den Ergebnissen kann man sich überdies auf weite Strecken anschließen. Sie sind allerdings vielfach nur provisorisch oder teilweise ausgearbeitet und zum Teil auch nicht ganz neu, hingegen kunstvoll in ein stützendes und überaus filigranes multidisziplinäres Argumentarium eingeflochten. Dieses erweist sich als ebenso tiefeschürfend wie differenziert, auch wenn man mitunter über luftige Formulierungen wie „Teilhabe des Einzelnen am objektiven Geist“ stolpert (S. 20). Allemal klar wird, dass es dem *Verfasser* bei voller Konzentration auf den individuellen Täter stets um ein möglichst ganzheitliches oder Gesamtbild desselben geht (S. 172 f. mit Hinweis auf *Eberhard Schmidhäuser*³³, vgl. S. 237 These 3). Dieser als „positiv gewendete[r] Synkretismus“ (S. 2) ausgewiesene Zugang bildet den gedanklichen Schwerpunkt der Erörterungen. Ob die Ergebnisse nicht auch auf anderem Weg hätten gewonnen werden können, bleibe dahingestellt, da es nichts zur Sache beiträgt. Mit dem enormen argumentativen Aufwand etwa mit Blick auf das Determinismus/Indeterminismus-Problem oder die Systemtheorie vermag der daraus resultierende Ertrag jedenfalls nicht überall Schritt zu halten, womit sich ein entsprechendes Ungleichgewicht ergibt.

Die Untersuchung erweist sich in ihrem Kern als weit ausgreifende Analyse von möglichen Bausteinen (im Vorangegangenen etwa nicht erwähnt wurde die Übernahme der Thesen *Winfried Hassemers*³⁴ zu den Auswirkungen von Drittverhalten, S. 224 ff.) und als ausgefeiltes Plädoyer für eine differenzierte konkrete Schuldbemessung (S. 221). Weniger erfährt man über die in letzter Konsequenz jedoch unumgängliche Überführung der Befunde in operative dogmatische Konzepte. Eine konkrete und damit gehärtete dogmatische Verankerung der gewonnenen Erkenntnisse über faktische „Unfreiheiten“, d.h. das reale Maß an „Macht- bzw. Ohnmachtsstellung des konkreten Täters“ (S. 224), erfolgt nicht – weder in etwaigen guidelines für deren Bemessung und verbesserte Transparenz noch in einem oder mehreren spezifischen Schuldmilderungsgründen. Dies ist bedauerlich und schadet wohl auch dem Anliegen des *Verfassers*, da es die Rezeption seiner Überlegungen beeinträchtigen dürfte.

Ein Appell, die hier skizzierten Aspekte in der Straffestsetzung zu berücksichtigen, dürfte in der Praxis wohl kaum auf größeres Echo stoßen. Durch das frühe Caveat, dass „eine wohl ausgereifte Dogmatik“ und ein „handfeste[r] und voll praxistaugliche[r] Lösungsvorschlag“ nicht erwarten werden dürften (S. 3), ist man auf diese Enttäuschung schon vorbereitet. Die Berücksichtigung von Umständen wie, um nur die Folgenden zu nennen, Autoritäts- und Gruppenzwänge sowie Konformitätsdruck lässt sich ohne „fachfremde Erkenntnisse“ (S. 6) sicherlich nicht bewerkstelligen, da kognitive und moralische Alltagskonzepten ihnen nicht beizukommen vermögen. Sie bedeutet, wie mit Recht betont wird, selbstverständlich noch lange kein Plädoyer für die Maxime „tout comprendre, c’est tout pardonner“ (S. 24 ff.). Natürlich gibt es keinen strafrechtlichen „Entschuldigungsgrund des blinden Gehorsams“ (S. 70 mit Hinweis auf BGHSt 2, 251 [257]). Und Menschen lassen sich genauso wenig auf automatisch funktionierende „bloße Rädchen im Getriebe“ reduzieren (S. 157). Gegen solche Vorstellungen wehrt sich *Beinder*, der sich denn auch gegen eine vollständige Entlastung ausspricht, gerade mit Verve (S. 223). Sein Ansatz zielt keineswegs auf undifferenzierte Entlastung von jeglicher Verantwortung, sondern auf deren der konkreten Situation angemessene Allokation oder anders formuliert, die sorgfältige Herausarbeitung „individueller Verantwortungsanteile“ bei gleichzeitiger „Entlastung des Einzelnen angesichts der Mitverantwortung anderer“ (S. 221). Wie schon der Untertitel seiner Arbeit verdeutlicht, geht es dem *Verfasser* mithin um eine Propädeutik zu einer Verteilungsgerechtigkeit strafrechtlicher Schuld – oder mit der von ihm bevorzugten Formulierung: Zuschreibung von Verantwortungsbereichen zwischen den konkret –, aber in welchem Umfang? – einzubeziehenden personalen und sozialen (S. 226) (Sub-)Systemen à la *Jakobs*³⁵ (S. 127). Bemerkenswerterweise versteht er, und dies ist eine wichtige Erkenntnis, diese Zuschreibungsweise als „prinzipiell variabel, das heißt nicht auf die individualisierende Zurechnung auf den Täter festgelegt“, sie könnte an sich auch Organisationen oder Unternehmen erfassen. Verantwortung fließt demnach, um diesem Bild zu folgen, innerhalb des kollektiven Aktionszusammenhangs zu- und ab (S. 158 f., 237 f.). Im praktischen Klartext könnte dies bedeuten, dass im Strafverfahren die konkrete Strafzumessung auch eine „rechnerische“ Aufteilung der Verantwortung zwischen individuell Angeklagten, Gewaltorganisationen und gesamten Systemen als solchen (siehe hierzu die Forderung nach einer Dogmatik der Unrechtssysteme bei *Lampe*³⁶, S. 47 ff.) umfasst (S. 221 f.). Dieser Zwischenschritt einer Art „Verantwortungsschattenrechnung“, die aufgrund der „äußerst verwickelten Verschlungenheit“ der Verantwortungsebenen eine gewaltige Herausforderung mit sich bringt, soll dabei auch andere als strafrechtliche Arten von Verantwortlichkeit integrieren (S. 226 m.H. auf *Karl Jaspers*³⁷). Die verbreitete (S. 2, 6 f.), auch vom Rezensenten benutzte Metapher von Verantwor-

³³ *Schmidhäuser* (Fn. 26), S. 358, 359.

³⁴ *Hassemer*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 97 (107 ff.).

³⁵ *Jakobs* (Fn. 23), S. 29. Dieser ist dabei durch die Systemtheorie Luhmanns beeinflusst.

³⁶ *Lampe* (Fn. 3).

³⁷ *Jaspers*, Die Schuldfrage, 1946.

tungsebenen (S. 71 ff., Kritik daran S. 197) ist nicht ganz ungefährlich, sofern sie erstarrte Hierarchien suggeriert (davon erscheint auch die Systemtheorie nicht frei, S. 164 f.). Solche gibt es zwar durchaus, sie sind aber als unablässig von Neuem reproduzierte interpersonelle Verknüpfungen im beweglichen Fluss individueller Interaktion zu begreifen. Dies erkennt der *Verfasser* im Grundsatz selbst (S. 227).

Dass das Postulat, wonach eine strafrechtliche Entscheidung angeklagte Akteure in ihrem situativen systemischen Kontext beurteilt und dabei ihre persönliche Wahrnehmung einbezogen werden muss, tatsächlich ein unabdingliches Gebot bildet, zeigt das Verfahren gegen Dominic Ongwen³⁸, einem ca. neunjährig entführten und zum Kindersoldaten gepressten, späteren Militärkommandanten von Joseph Kony's „Lord Resistance Army“, vor dem IStGH. Das nach dem Schuldspruch ergangene separate Strafzumessungsurteil scheiterte nach Ansicht dieses Rezensenten dramatisch an der Komplexität des Problems eines solchen Opfertäters.³⁹

Beinder beobachtet völlig richtig: Die Dogmatik lässt sich durch das Völkerstrafrecht und die mit ihm einhergehenden neuen Fragestellungen „nicht wirklich aus der Ruhe bringen. Auch mit Blick auf die Mega-Dimension wird überwiegend angewendet, was sich im Kleinen bewährt hat“ (S. 2). *Recht* hat sie, wenn sie weiterhin Zurechnungsendpunkte und -verknüpfungen zu bilden und zu identifizieren sucht, da Strafrecht anders nicht funktionieren kann, *Unrecht* aber, wenn es sich bei diesen zwingend um Individuen handeln soll, denn damit blieben deren, kollektive Systemkriminalität erst ermöglichenden, organisationellen Zusammenschlüsse grundsätzlich außen vor – und zwar selbst im Rahmen bloßer Strafzumessungsüberlegungen. Gegenüber grundsätzlichen Herausforderungen erweist sich die Disziplin des Strafrechts mitunter ausgesprochen verschlossen und träge. Trägheit allein wird gerade dem Völkerstrafrecht, auch wenn es gute Gründe gibt, wirklich Bewährtes zu bewahren, den zukünftigen Weg „kollektive[r]“ Anstrengungen (S. 3) nicht weisen können – oder nur um den Preis zunehmender Friktionen: zu vieles ist hier einfach anders als im Strafrecht des gesellschaftlichen Normalzustands. Diesen Weg weiter und erfolgreich zu beschreiten, liefert die besprochene Dissertation tiefgründige Gedankenarbeit, die hoffentlich kreative Unruhe stiftet.

*Prof. Dr. Hans Vest, Bern**

³⁸ IStGH, Urte. v. 15.12.2022 – ICC-02/04-01/15-2023.

³⁹ IStGH, Urte. v. 15.12.2022 – ICC-02/04-01/15-2023, vom Schematismus der Mehrheitsauffassung hebt sich die abweichende Richterin Ibanez Carranza wohlthuend ab, Anx. 1; zu dieser Sanktionierung wurden zwei Hefte des International Criminal Law Review publiziert: 23 (5–6/2023) und 24 (1/2024).

* Der *Autor* ist emeritierter Professor für Strafrecht, Völkerstrafrecht und Rechtstheorie der Universität Bern.